

**T.C.  
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA  
SENEDATIN İBRAZİ MECBURİYETİ**

**YÜKSEK LİSANS TEZİ**

**Birsen OK**

**Tez Danışmanı: Prof.Dr. Selçuk ÖZTEK**

**MAYIS 2008**

## İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR.....	v
RESUME.....	vii
ABSTRACT.....	viii
ÖZET.....	ix
GENİŞ ÖZET.....	x
GİRİŞ.....	1

## BİRİNCİ BÖLÜM

### SENEDATIN İBRAZI MECBURİYETİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE BU MECBURİYETE KONU OLABİLECEK BELGELER

A- Senedatın İbrazi Mecburiyeti Hakkında Genel Bilgiler.....	4
1) İbrazın Tanımı ve İbraz Hakkı - İbraz Mecburiyeti Ayrımı.....	4
2) Roma Hukukunda İbraz Mecburiyeti.....	8
3) “Kimse Kendi Aleyhine Olan Delilleri Göstermeye Zorlanamaz” ( <i>Nemo Tenetur Edere Contra Se</i> ) İlkesi ve Senedatın İbrazi Mecburiyeti .....	13
a) İlkenin Temelinde Yer Alan Kurallar.....	13
aa) Davalının Hareketsiz Kalma Hakkı.....	13
bb) Hakimin Tarafsızlığı.....	14
b) İlkenin İbrazdan Kaçınmaya Bağladığı Sonuçlar.....	14
c) Türk Hukukunda <i>Nemo Tenetur Edere Contra Se</i> İlkesi ve Senedatın İbrazi Mecburiyeti.....	15
d) Fransız Hukukunda <i>Nemo Tenetur Edere Contra Se</i> İlkesi ve Senedatın İbrazi Mecburiyeti.....	19
aa) Doktrin.....	19
bb) İçtihat.....	22
4) İbraz Mecburiyetinin İspat Yüküne Etkisi.....	28
B- Senedatın İbrazi Mecburiyetine Konu Olabilecek Belgeler.....	32
1) Senedatın İbrazi Mecburiyetine Konu Olabilecek Belgelerin Nitelikleri.....	32
a) Genel Olarak Senet Kavramı.....	32
b) Belgenin İspat Açısından Elverişli Olması.....	38

aa) Elverişlilik Kavramı.....	38
bb) Elverişlilik Kavramının İbraz Mecburiyetindeki Görünümü.....	41
c) Belgenin ve İçeriğinin Belirli Olması.....	43
d) Belgenin Karşı Tarafın veya Üçüncü Bir Kişinin Elinde Bulunması.....	46
e) Özel Bir Mesele: <i>Discovery</i> .....	48
2) Maddi Hukuka Göre İbrazı Gereken Belgeler (Maddi Anlamda İbraz Mecburiyeti).....	53
3) Yargılama Hukukuna Göre İbrazı Gereken Belgeler (Usuli İbraz Mecburiyeti).....	58
a) Mahkemeye Verilen Dilekçe ve Layihalarda Dayanılan Senetler.....	58
b) Bir Tarafın Diğer Taraftan Davaya İlişkin Aldığı Mektup ve Telgraflar.....	60
c) İki Taraf İçin Müşterek Olan İşlem ve Menfaatlere İlişkin Düzenlenen Belgeler.....	60
d) İki Tarafın Müstakilen veya Müştereken Malik Olduğu Belgeler.....	61
e) Hesap Defterleri.....	62
f) İmza veya Yazı İnkarı Halinde İbrazı Gereken Belgeler.....	64
g) Elektronik İmzalı Belgeler.....	67
h) Ticari Defterler ve Saklanması Mecburi Olan Diğer Belgeler.....	69
ı) Yargılama Hukukuna Göre İbrazı Gereken Diğer Belgeler.....	83

## İKİNCİ BÖLÜM

### HAKİMİN VERECEĞİ İBRAZ KARARI VE BU KARARA UYULMAMASININ SONUÇLARI

A- Hakimın Vereceği İbraz Kararı.....	85
1) Hakimın İbraz Kararı Vermekteki Takdir Yetkisi.....	85
a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.332’de Yer Alan “Mazereti Sahiha” İfadesinin Anlamı.....	85
b) Mazereti Sahiha Olarak Kabul Edilebilecek Haller.....	90
aa) Mücbir Sebep.....	90
bb) Özel Hayatın Gizliliğinin ve Kişilik Haklarının Korunması.....	92
cc) Meslek Sırrının Korunması.....	98
aaa) Meslek Sırrı Kavramı.....	98
bbb) Tıbbi Sırrın Korunması.....	102

ccc) Avukatlık Sırrının Korunması.....	106
ddd) Banka Sırrının Korunması.....	108
2) İbraz Prosedürünü Başlatan Unsur.....	115
a) Taraflardan Birinin Talebi.....	115
b) Hakim İbrazı Re'sen Emredip Emredemeyeceği Meselesi.....	117
3) İbraz Kararının İçeriği.....	121
a) İbraz Kararının Yöneltildiği Kişiler.....	121
aa) Davanın Karşı Tarafı.....	121
bb) Üçüncü Kişiler.....	124
b) Hakimin Emredebileceği İbraz Şekilleri.....	129
c) Hakimin Vereceği İbraz Süresi.....	132
4) İbraz Kararına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çare.....	133
B- İbraz Kararına Uyulmamasının (İbrazdan Kaçınmanın) Sonuçları.....	137
1) Karşı Tarafın İbrazdan Kaçınmasının Sonuçları.....	137
2) Üçüncü Kişinin İbrazdan Kaçınmasının Sonuçları.....	146
SONUÇ.....	149
KAYNAKÇA.....	155

**KISALTMALAR**

<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>Ad. Der.</b>	: Adalet Dergisi
<b>art.</b>	: article/Artikel (madde)
<b>AİHM</b>	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
<b>AİHS</b>	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
<b>ATF</b>	: Arrêt du Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi Kararı)
<b>AÜEHFD</b>	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>AY</b>	: Anayasa
<b>AYM</b>	: Anayasa Mahkemesi
<b>Av.K</b>	: Avukatlık Kanunu
<b>b.</b>	: bend
<b>Ban.K</b>	: Bankacılık Kanunu
<b>Batider</b>	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>bkz.</b>	: bakınız
<b>c.</b>	: cümle
<b>C.</b>	: Cilt
<b>CC</b>	: Code civil (Fransız Medeni Kanunu)
<b>CD</b>	: (Yargıtay) Ceza Dairesi
<b>Code jud.</b>	: Code judiciaire belge (Belçika Adliye Kodu)
<b>CPC</b>	: Code de procédure civile (Fransız Eski Usul Kanunu)
<b>CPCN</b>	: Code de procédure civile neuchâtelois (Neuchâtel Medeni Usul Kanunu)
<b>Çev.</b>	: çeviren
<b>Der.</b>	: derleyen
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>EİK</b>	: Elektronik İmza Kanunu
<b>éd.</b>	: édition (baskı)
<b>f.</b>	: fıkra
<b>fasc.</b>	: fascicule (fasikül)
<b>FSEK</b>	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
<b>Gaz. pal.</b>	: Gazette palais
<b>HD</b>	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: (Yargıtay) Hukuk Genel Kurulu
<b>HMK Tasarısı</b>	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İBK</b>	: (Yargıtay) İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İİK</b>	: İcra ve İflas Kanunu
<b>İsv.BK</b>	: İsviçre Borçlar Kanunu
<b>İsv.CK</b>	: İsviçre Ceza Kanunu
<b>İsv.MK</b>	: İsviçre Medeni Kanunu
<b>İsv. Taslağı</b>	: İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Taslağı
<b>İÜHFD</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>İÜHFM</b>	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

<b>Juriclass.</b>	
<b>proc. civ.</b>	: Jurisclasseur procédure civile
<b>K.</b>	: Karar
<b>LPCG</b>	: Loi de procédure civile genevoise (Cenevre Usul Kanunu)
<b>m.</b>	: madde
<b>MarkHK</b>	: Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>MBD</b>	: Manisa Barosu Dergisi
<b>MK</b>	: Medeni Kanun
<b>NCPC</b>	: Nouveau code de procédure civile (Fransız Usul Kanunu)
<b>no/No</b>	: numara
<b>özPO</b>	: Österreichische Zivilprozessordnung (Avusturya Usul Kanunu)
<b>PatKHK</b>	: Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
<b>RG</b>	: Resmi Gazete
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>Sem. jur.</b>	: Semaine juridique
<b>SÜHFD</b>	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>TCK</b>	: Türk Ceza Kanunu
<b>TD</b>	: (Yargıtay) Ticaret Dairesi
<b>TF</b>	: Tribunal Fédéral (İsviçre Federal Mahkemesi)
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>VUK</b>	: Vergi Usul Kanunu
<b>YÜHFD</b>	: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>ZPO</b>	: Zivilprozessordnung (Alman Usul Kanunu)

**Université** : **Université Galatasaray**  
**Institut** : **Institut des Sciences Sociales**  
**Département** : **Droit Privé**  
**Programme** : **Droit Privé**  
**Directeur de recherche** : **Prof.Dr. Selçuk ÖZTEK**  
**Diplôme sollicité- Date** : **DEA-Mai 2008**

## **RESUME**

### **LA PRODUCTION FORCEE DES PIECES EN DROIT DE LA PROCEDURE CIVILE TURQUE**

**Birsen OK**

Le droit à la preuve attribue à chacune des parties, en procès civil, le droit d'utiliser une pièce susceptible de prouver un fait présumé et également d'en avoir accès. En cas de détention de la pièce par un tiers ou par l'autre partie du procès, cela doit être incluse dans le procès. C'est la raison pour laquelle, le législateur, afin d'éclairer le procès, a apporté une exception à l'ancienne règle de *nemo tenetur edere contra se* selon laquelle nul ne pourrait être tenu de prouver contre soi en intégrant la règle de "La production forcée des pièces (Code de procédure civile Turque art. 326-336)". Ainsi cette recherche a pour l'objet de déterminer le statut de "La production forcée des pièces" qui constitue une règle générale en droit moderne même si celle-ci n'est pas concrétisée de même façon, en prévoyant son statut en droit comparé.

**Mots-Clés** : **Production forcée, pièce, procédure civile.**

**Code d'enregistrement** :

**University** : Galatasaray University  
**Institute** : Institute of Social Sciences  
**Science Programme** : Private Law  
**Programme** : Private Law  
**Supervisor** : Prof.Dr. Selçuk ÖZTEK  
**Degree Awarded and date** : MA-May 2008

## ABSTRACT

### THE COMPULSORY PRODUCTION OF DOCUMENTS IN TURKISH CIVIL PROCEDURE LAW

**Birsen OK**

Right to prove provides both parties of a court case, right to access and use requisite documents to prove their claims. This may require the other party or a third person who is totally irrelevant with the court case to disclose such documents. Consequently, legislator made an exception to the rule of *nemo tenetur edere contra se*, a common rule compelling parties from mandatory production of evidence to be used against themselves, to clarify the proceedings and establish the rule, “Compulsory Production of Documents (Turkish Code of Civil Procedure Art. 326-336)”. This dissertation purposes to determine the state of “Compulsory Production of Documents” in Turkish civil procedure law as a common rule in modern legal systems with varying importance.

**Keywords** : Compulsory production, document, civil procedure.

**Science Code** :



<b>Üniversite</b>	<b>: Galatasaray Üniversitesi</b>
<b>Enstitü</b>	<b>: Sosyal Bilimler Enstitüsü</b>
<b>Anabilim Dalı</b>	<b>: Özel Hukuk</b>
<b>Program</b>	<b>: Özel Hukuk</b>
<b>Tez Danışmanı</b>	<b>: Prof.Dr. Selçuk ÖZTEK</b>
<b>Tez Türü ve Tarihi</b>	<b>: Yüksek Lisans-Mayıs 2008</b>

## ÖZET

### TÜRK MEDENİ YARGILAMA HUKUKUNDA SENEDATIN İBRAZİ MECBURİYETİ

**Birsen OK**

İspat hakkı, davanın taraflarından her birine, ileri sürdüğü bir vakıanın ispatı için kendisine gerekli olan bir senedi (belgeyi) kullanabilme, ona erişebilme hakkını da bahşeder. Bu da, söz konusu belgenin kendi elinde değil de, karşı tarafın ya da davaya tamamen yabancı olan üçüncü bir kişinin elinde bulunması halinde, bunun davaya dahil edilmesini gerektirir. İşte, bu varsayımdan hareketle kanun koyucu, davanın aydınlatılması amacıyla, kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağını ifade eden *nemo tenetur edere contra se* ilkesine senetler bahsinde bir istisna getirerek, “Senedatın İbrazi Mecburiyeti (HUMK m.326-336)”ni hukukumuzda dahil etmiştir. Bu çalışma, somutlaştırılması her hukuk düzeninde aynı yoğunlukta olmasa da, modern yargılama hukukunun genel bir ilke olarak onayladığı “Senedatın İbrazi Mecburiyeti”nin Türk medeni yargılama hukukundaki yerini, konunun karşılaştırmalı hukukta düzenleniş şekli de göz önünde bulundurularak belirlemeyi amaçlamaktadır.

**Anahtar kelimeler** : İbraz mecburiyeti, senet (belge), medeni yargılama hukuku

**Bilim Dalı Sayısal Kodu** :

## LA PRODUCTION FORCEE DES PIECES EN DROIT DE LA PROCEDURE CIVILE TURQUE

La production forcée des pièces (art. 326-336 du Code de procédure civile) constitue l'un des éléments essentiels pour l'administration des preuves. Produire, en droit processuel, désigne l'action de verser aux débats toute pièce considérée comme susceptible de permettre ou de favoriser la preuve de certains éléments du litige. En principe, la production est volontaire et spontanée. La partie qui détient une telle pièce ne la retient pas et la produit volontairement pour convaincre le juge de sa demande ou de sa défense. C'est évident que le droit de produire se résulte du droit à la preuve. Mais le droit à la preuve dépasse cette simple prérogative: il suppose en outre que toute partie puisse disposer des moyens propres à établir la véracité de son allégation. Le problème à étudier est ce que, celui qui doit administrer la preuve d'un fait pour que sa demande soit accueillie ne dispose pas de la pièce de nature à établir la réalité dudit fait. Cette pièce peut se trouver en la possession de la partie adverse ou encore d'un tiers, alors, en cas de détention de la pièce par un tiers ou par la partie adverse, cela doit être inclue dans le procès. Seule une contrainte judiciaire les poussera à obéir et, alors, la production sera forcée.

Ici, le juge devra intervenir de façon active. Il lui faudra sortir de sa position de neutralité qui est traditionnellement la sienne pour l'instruction d'un procès civil. En exigeant de la partie adverse ou d'un tiers la production de la pièce qu'il détient, le juge fait peser sur chacun d'eux un devoir ce qu'on appelle "le devoir de concourir à la manifestation de la vérité". Mais l'adage *nemo tenetur edere contra se* qui désigne que nul ne pourrait être tenu de prouver contre soi (et qui se traduit, en matière de recherche des preuves, par une double règle: le principe du droit du défendeur à la passivité dans la charge de la preuve; le principe de la neutralité du juge dans cette même opération) semble en effet exclure pareille collaboration. En produisant la pièce sollicitée par son adversaire, la partie concourt sans doute à établir la vérité sur l'affaire litigieuse, mais il agit par là-même à l'encontre de ses intérêts. Le législateur a apporté une restriction à l'exercice de cette ancienne règle de afin de concrétiser le droit à la preuve et d'éclairer le procès en intégrant la règle de "La production forcée des pièces" et, cela est précisément organisée par les articles 326-336 du Code de

procédure civile: Les parties et les tiers sont astreints à produire les pièces qu'ils ont en leur possession et qui présentent un intérêt nécessaire pour la cause.

Quand on regarde au droit romain, on voit que dès son origine le droit romain comporta une forme de production forcée: l'*actio ad exhibendum*. Celle-ci a d'abord eu un domaine limité. Elle portait exclusivement sur des choses mobilières et précédait leur revendication. Plus tard, de cette action du jus civile, préalable à la *rei vindicatio*, le préteur a fait une action *in factum* permettant aux plaideurs d'exiger la production d'un document de nature probatoire et, enfin, la production forcée des preuves s'est trouvée expressément formulée dans le Code Justinien. Sans doute, l'action *ad exhibendum* du droit romain était tombée en désuétude. La production forcée des pièces constitue aujourd'hui une règle générale en droit de la procédure civile moderne.

L'article 6 du Code civil qui règle la répartition du fardeau de la preuve d'une façon générale, institue un véritable droit à la preuve à l'égard des faits pertinents. Le lien entre le fardeau de la preuve et la production forcée des pièces est ce que cette obligation processuelle ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve. Elle vient simplement en faciliter l'administration. Mais lorsqu'une partie, par son comportement fautif, empêche l'autre d'administrer une preuve, d'après l'article 332 du Code de procédure civile un renversement de la charge de la preuve (qui désigne dans le procès la partie à laquelle incombe la charge d'accomplir ce qui dépend d'elle pour apporter la preuve) peut se réaliser.

*Da mihi facta, dabo tibi jus*. L'adage fait clairement ressortir le rôle préjudiciel joué par l'établissement des faits dans toute procédure: Le juge, au moment de procéder à la subsomption, confronte la règle de droit avec les faits qu'il a retenus. Plus ceux-ci seront proches de la réalité, plus le jugement a des chances d'être juste. Dans ce contexte, les pièces peuvent jouer un rôle primordial. Par pièce, il faut entendre tout support permettant d'extérioriser une pensée ou une représentation de la réalité, ce qui peut recouvrir un écrit, un plan, une photographie, mais aussi un enregistrement ou encore des données informatiques. Une pièce qui peut être objet de l'obligation de produire, comme tous éléments de preuve, doit être pertinente. C'est-à-dire, elle doit être en rapport avec le procès et peut avoir une utilité pour la solution

du litige. La pertinence, notion nécessairement imprécise, dépend de l'appréciation du juge et des autres éléments de preuve déjà réunis. Cette caractéristique (la pertinence) de la pièce produite, d'après l'article 330 du Code de procédure civile exige une nécessité pour la solution du litige. Ici, l'utilité pour la solution du litige ne suffit pas. La production forcée des pièces peut porter aussi sur une ou plusieurs pièces en rapport avec le procès. Cependant, la production doit porter sur des pièces suffisamment déterminées (au moins déterminables). Elle ne peut porter sur un ensemble indistinct de documents. Ceux-ci et leur contenus doivent être suffisamment spécifiés (art.329 du Code de procédure civile). La production ne peut être ordonnée que si l'existence de la pièce est certaine. La pièce doit aussi être détenue par l'adversaire ou par un tiers. Il n'est pas besoin que la détention s'accompagne de la qualité de propriétaire. Ici, par détention, il faut comprendre la possession immédiate sur la chose, à savoir la maîtrise de fait, direct et sans intermédiaire. De ces caractéristiques de la pièce produite, on ne comprend que la production forcée en droit turque ne doit pas devenir une procédure qui ouvrirait à la partie les archives de son adversaire. Ce dernier est le cas que l'on constate en droit anglo-américain. Car, la *discovery* en droit de la procédure civile anglo-américaine s'agit de l'obligation pour chaque partie d'informer son adversaire, au moyen d'une liste qu'elle doit préparer et communiquer, de tous les documents dont elle dispose et qui se rapportent aux questions litigieuses. On ne propose pas intégrer cette procédure anglo-américaine au sein du Code de procédure civile puisque la *discovery* procède d'une philosophie bien différente de nos principes du droit de la preuve.

Plusieurs normes de droit matériel régissent l'obligation pour le détenteur des pièces de les produire, indépendamment de l'existence d'une procédure judiciaire. Ce sont des normes de droit matériel en relation avec un droit d'information découlant de telle ou telle figure contractuelle ou juridique. Il convient de distinguer soigneusement ces obligations découlant du droit matériel, des normes de procédure applicables en la matière, lesquelles sont avant tout destinées à la production des pièces en rapport avec le droit à la preuve. Parmi ces normes de droit matériel, qui détermine l'ampleur du devoir de produire des pièces en fonction du droit de fond, nous citerons les articles 595 et 215 du Code civil, les articles 381, 392, 168, 531 et 323 du Code des obligations et les articles 111, 249, 247, 167, 363 et 548 du Code de commerce.

Dans le cadre d'une procédure pendante, des litiges pourront survenir à propos de la production des pièces en rapport avec les mesures probatoires, ce qui pose la question des exigences posées en la matière par le droit processuel. Quelques dispositions sont des normes de nature procédurale, puisqu'elles présupposent l'existence d'une procédure judiciaire dans le cadre de laquelle la production sollicitée apparaît comme nécessaire à l'administration de la preuve. A cet égard, les articles 326-336 du Code de procédure civile ne reçoivent application qu'avec des restrictions en ce qui concerne les pièces sans rapport avec les faits contestés dans la procédure, la correspondance privée de nature confidentielle de l'une ou l'autre des parties avec des tiers, les divers papiers écrits par une partie pour son propre usage, de même que les écrits émanant de tiers qui pourrait refuser de témoigner. Comme une norme de droit processuel, l'article 80 du Code de commerce présente un intérêt indiscutable pour le sujet puisqu'il prévoit la faculté pour le juge d'obliger une personne astreinte à produire ses livres de commerce. D'après cette disposition, toute personne astreinte à tenir des livres peut être obligée, dans toutes contestations, de produire ses livres de commerce, si un intérêt digne de protection est démontré et si le juge estime cette production nécessaire à l'administration de la preuve. L'article 309 du Code de procédure civile constitue une autre norme exemplaire pour le sujet. Selon cet article, lorsque l'authenticité d'une pièce produite paraît douteuse, le juge ordonne les vérifications nécessaires. Toutes ces dispositions -une fois encore- tirent leur raison du droit à la preuve. Leur mise en œuvre présuppose l'existence d'une procédure pendante. C'est-à-dire, contrairement aux normes découlant du droit matériel, elles ne sont pas l'objet d'une demande autonome ayant pour seul objet le droit à la production des pièces.

L'obligation de produire des pièces peut rencontrer avec des résistances, autrement dit la collaboration à la manifestation de la vérité ne sera pas toujours spontanée de la part de l'adversaire et du tiers. L'adversaire peut seulement prétendre un motif véritable pour échapper à l'exécution de la production (art.332 du Code de procédure civile) et le tiers peut seulement refuser de produire la pièce qu'il détient s'il peut refuser de témoigner (art.336 du Code de procédure civile). Le législateur n'a pas prévu les limites décisives à cette obligation telle que l'existence d'un empêchement légitime. C'est précisément organisé par les articles 11, 139 et 141 du Nouveau code de procédure civile français et par l'article 10 du Code civil français.

Comme un empêchement légitime, les secrets d'affaire ou professionnels, l'intimité de la vie privée ou bien la force majeure peuvent pour notre droit processuel aussi recevoir une protection dans des circonstances de l'espèce.

Une partie peut être astreinte à produire une pièce suite à une réquisition de la partie adverse ou d'office par le juge. La décision du juge ordonnant la production est un jugement incident. Un jugement incident, par opposition au jugement final, ne met pas fin à l'instance, alors, il ne peut pas être attaquée par la voie du recours en cassation. On peut faire une référence à l'article 261 du Code de procédure civile neuchâtelois qui organise qu'en cas de contestation concernant l'obligation de produire une pièce, le juge statue en la forme incidente. Ici, il s'agit d'une opposition spéciale qui vise l'obligation de prendre une part active à l'administration de la preuve offerte. Le juge a la possibilité de rendre deux décisions successives. Dans la première il admet le principe de l'expertise, dans la seconde il donne l'ordre à la partie ou au tiers de collaborer à l'administration de cette preuve. Quand on regarde à l'égard du droit d'être entendu, c'est vrai que notre droit processuel a besoin aussi une telle opposition spéciale.

Les parties et les tiers peuvent être autorisés à produire des pièces qu'ils détiennent en copies ou en extraits. Lorsqu'une pièce est produite en copie, le juge peut ordonner la production de l'original en tout état de cause, d'office ou sur demande (art.321 du Code de procédure civile). La partie qui produit une pièce dans une autre langue que la turque peut être requise de la faire traduire. Si elle ne s'exécute pas, ou si la traduction présentée donne lieu à contestations, le juge ordonne la traduction officielle (art.325 du Code de procédure civile). L'obligation pour une partie de traduire les pièces en langue étrangère qu'elle produit vaut également pour celles qu'elle a requises de sa partie ou de tiers. Il revient ici à la partie qui a requis la production de procéder à la traduction d'une pièce en langue étrangère, qu'elle-même souhaite cette traduction ou qu'elle soit demandée par la partie adverse. S'il s'agit des pièces qui ne peuvent être déplacées, le juge procède lui-même ou fait procéder à leur inspection (art.323 du Code de procédure civile).

La production forcée des pièces a une incidence sur la solution du litige. Quand le jugement ordonnant la production ait été suivi d'un effet positif, autrement dit

quand la pièce réclamée est produite, le tribunal lui confèrera la force probante imposée tant par sa nature que par les règles légales le concernant. Les magistrats disposeront d'un élément supplémentaire d'appréciation. Dans le cas, en revanche, où le jugement ordonnant la production se heurte à un refus, l'aspect négatif de cette attitude rend plus délicate l'appréciation du juge. La procédure de production des pièces serait dénuée de toute efficacité si elle n'était garantie par des sanctions susceptibles de frapper celui qui refusait de produire une pièce dont la production a été ordonnée par le juge. Si la partie astreinte à produire une pièce sans avoir un motif véritable ne s'exécute pas et, si elle a déjà accepté que la pièce fût en ses mains, le juge peut décider que le fait (l'explication sur le contenu de la pièce de la partie requise) qui était à prouver par la pièce non produit soit considéré comme avéré (art.332 du Code de procédure civile). Si la partie astreinte à produire une pièce sans avoir un motif véritable ne s'exécute pas et, si elle a refusé la détention de cette pièce, on s'adresse au mécanisme de serment judiciaire (art.331 du Code de procédure civile). Quant aux tiers, ils peuvent aussi être astreints à produire les pièces qu'ils ont en leur possession et qui présentent un intérêt nécessaire pour la solution du litige. Mais, les pièces se rapportant à des faits sur lesquels le tiers pourrait refuser de témoigner sont exceptées de cette obligation. Le tiers qui conteste être en possession de la pièce requise peut être entendu comme témoin pour fournir tous renseignements sur cette pièce, notamment en ce qui concerne le lieu où elle se trouve (art.335 du Code de procédure civile). Le tiers qui refuse de produire une pièce qu'il détient, est passible des sanctions prévues contre le témoin récalcitrant (art.336 du Code de procédure civile). Sans doute, ces sanctions ne suffisent pas pour qu'on attribue un rôle primordial et efficace à la production forcée des pièces qui constitue un élément essentiel pour l'administration des preuves.

## GİRİŞ

Bir davanın tarafları, iddia ve savunmalarını ispat etmek için, ellerinde bulunan ve hakimın kanaatini kendi lehlerine etkileyebileceğine inandıkları senetleri (belgeleri) mahkemeye ibraz edebilirler. İbraz hakkı, ispat hakkının<sup>1</sup> (*droit à la preuve*) bir görünümüdür. Ancak, ispat hakkı, bu basit ayrıcalığı aşan bir fonksiyona sahiptir. Öyle ki, taraflara, ileri sürdükleri vakıaların doğruluğunu ortaya koyabilecek nitelikteki belgeleri kullanabilme, onlara erişebilme hakkını da bahşeder<sup>2</sup>. Bu da, söz konusu belgelerin kendi ellerinde bulunmaması halinde, bunların davaya dahil edilmesini gerektirir.

Aslında, mesele basittir: Davanın taraflarından biri, ileri sürdüğü vakıanın ispatı için gerekli olan belgeye sahip olmadığından, onu o anda elinde bulunduran kişiden talep edecektir. Bu kişi, davanın karşı tarafı olabileceği gibi, davaya tamamen yabancı olan üçüncü bir kişi de olabilir. Karşı taraf ya da üçüncü kişi bu talebe uyarsa, mesele yoktur. Ancak, uymazsa, başvurulabilecek tek yol, onu buna zorlamak olacaktır. Bu noktada, hakimın, geleneksel tarafsızlık pozisyonundan sıyrılarak, meseleye aktif bir şekilde müdahale etmesi gerekir<sup>3</sup>. Bunun için de, elinde, ibrazı emretmek şeklinde beliren bir yetkiyi kullanmasına izin veren bir düzenleme bulunmalıdır. Böylece, ibraz mecburiyeti, vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunmak şeklinde olumlu bir davranış yükü olarak beliren ve açıklama ödevi ya da

<sup>1</sup> İspat hakkı, tarihi açıdan, Roma hukukunda *corpus juris civilis*'teki "bir hususu ispat etmek imkanı varsa, bunun kısıtlanmaması gerekir (*facultas probationum non est angustanda*)" esasına dayanmaktadır (K. Yıldırım, "İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı", **Prof.Dr. Özer Selici'ye Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.684). HMK Tasarısı m.193, f.1, hukukumuzda ilk defa tarafların ispat hakkına sahip olduğunu açıkça vurgulamıştır. Maddenin gerekçesinde, ispatın, taraflar açısından sırf bir yük olmanın ötesinde, aynı zamanda kanuni bir hak olarak düzenlenmiş olduğu belirtilmiştir (Bkz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı, Ankara 2008, s.232). Aynı şekilde, İsv. Taslağı m.147, f.1'de, tarafların, usulüne uygun olarak ve süresinde getirmiş oldukları elverişli delilleri mahkemenin ikame etmesini isteme hakkına sahip oldukları belirtilmiştir (Çev. M. Atalı, "İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı", **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.1, İstanbul 2005, s.153; Yıldırım, İspat Hakkı, s.687). Aslında, bu düzenlemelerden önce de, ispat hakkının ispat yükü kuralını genel olarak düzenleyen MK m.6'da (İsv.MK m.8) zımnen mündemiç olduğu kabul edilmekteydi (B. Umar/E. Yılmaz, **İspat Yükü**, 2.Bası, İstanbul 1980, s.7; N. Jeandin, "LPC et production forcée des pièces", **Sem. jur.**, **II**, 2000, s.379). Esas itibarıyla, ispat hakkı, "Herkes, meşru bütün vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir" diyen AY m.36, f.1'de ilkeleştirilmiştir (Umar/Yılmaz, s.7). Bu hakkın, karşı tarafın belge ibrazına ilişkin özZPO m.303'te tarafların bir delile ulaşması meselesinin anayasal boyutu çerçevesinde ele alındığına ilişkin açıklama için ayrıca bkz. Yıldırım, İspat Hakkı, s.686-687.

<sup>2</sup> C. Marraud, "Le droit à la preuve: La production forcée des preuves en justice", **Juriclass. proc. civ.**, **I**, **2572**, 1973, no.1; M.A. Frison-Roche, "Obligation de concourir à la manifestation de la vérité", **Juriclass. proc. civ.**, **Fasc. 620**, 1999, no.23.

<sup>3</sup> Marraud, no.5.



gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi olarak adlandırılan usuli bir ödevin varlığı ile kendi varlığını ortaya koymuştur.

Kuşkusuz, Roma hukukundaki *ad exhibendum*<sup>4</sup> davası ortadan kalkmıştır. Modern yargılama hukuku, somutlaştırılması her hukuk düzeninde aynı şekilde olmasa da, davanın aydınlatılması amacıyla, taraflara ve üçüncü kişilere dayatılabilecek bir önlem niteliğindeki “Senedatın İbrazi Mecburiyeti”ni genel bir ilke olarak onaylamıştır. Ancak, bu, Roma hukuku kökenli meşhur ilke *nemo tenetur edere contra se*<sup>5</sup> nin haklı direnişi karşısında, kesinlikle kolay ulaşılmış bir sonuç değildir. Kanun koyucu, bu ilkenin önemini görmezden gelememiştir. Öte yandan, ona tamamen sadık kalırsa, davanın saklayan tarafa hizmet edip, yoksun kalan taraf aleyhine bir maskaralığa dönüşebileceği ve maddi vakıalar (başka bir deyişle, gerçek) kendisinden saklanan hakimin görevini layıkıyla tamamlamak konusunda bir güçlük içinde bulunabileceği<sup>6</sup> risklerini de hesaplamıştır. Bunun sonucunda tercih ettiği model, bu ilkeyi istisnai olarak kabul etmek olmuştur: HUMK m.326’da tahdidi olarak gösterilen hallerde taraflar ve aynı Kanun m.333 vd. uyarınca üçüncü kişiler, kendi aleyhlerine olsa bile, hakimin vereceği karar üzerine ellerinde bulunan belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar.

Hakimin vereceği ibraz kararı, bunun için gereken tüm şartlar gerçekleşmiş olsa bile, kendisinden elindeki belgeyi ibraz etmesi istenen karşı tarafın ya da üçüncü kişinin direnişi ile karşılaşabilir. Karşı tarafın, sırf bir “mazereti sahiha” sunması halinde ve üçüncü kişinin, sırf tanıklıktan çekinme hakkı mevcutsa bu kararın ifasından kaçınabileceği kabul edilmiştir. Oysa, bu kişilerin ellerinde, ibraz kararının ifasından kaçınmalarına imkan verebilecek ve aslında yasal engel olarak da değerlendirilebilecek (sır hakkı, kişilik hakkı gibi) bir ayrıcalık da bulunabilir. Kanun

<sup>4</sup> Bu dava, Roma’da ilk ortaya çıktığında istihkak davasına (*rei vindicatio*) bir hazırlık mahiyetinde olmak üzere menkul bir malın *magistra* önünde arz edilerek, ortaya çıkarılmasını (teşhirini) öngörmekteydi (Z. Umur, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983, s.2; J.J. Daigre, **La production forcée des pièces dans le procès civil**, Presses Universitaires de France, Paris 1979, s.34). Bu yolla istihkak iddia eden, davalının veya üçüncü bir kişinin elinde bulunan menkul bir malını ortaya çıkarabilmekteydi. Bu aşamada otonom bir dava teşkil etmeyen *ad exhibendum* davası, ihtiyaçların getirdiği baskı sonucunda Praetor tarafından başka bir dava (*in factum* davası) yoluyla genişletilmiş ve bu davayla taraflara, aralarındaki ihtilafa ilişkin delillerin ibrazını isteme hakkı verilmiştir. Geniş bilgi için bkz. s.8-12.

<sup>5</sup> Bu ilkeye göre, kimse (davalı) kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz. Zira, davalının, davacının delillerinin ikamesinde pasif kalma hakkı mevcuttur ve hakim, bu faaliyette tarafsız olmak zorundadır (Daigre, *La production forcée*, s.117). Geniş bilgi için bkz. s.13-27.

<sup>6</sup> Jeandin, s.398.

koyucu, ibraz kararına uyulmamasının sonuçlarını düzenlerken, “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”ne böyle bir varsayımı da kapsayacak kesin sınırlar getirmemiştir.

HUMK m.326 vd.’nda düzenlenen “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”nin Türk medeni yargılama hukukundaki yerini, konunun karşılaştırmalı hukukta düzenleniş şeklini de göz önüne alarak belirlemeyi amaçlayan bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Çalışmanın birinci bölümünde; ilk önce, konu hakkında genel bilgiler verilmiş; bu çerçevede, genel olarak ibraz kavramı, Roma hukukunda ibraz mecburiyeti, *nemo tenetur edere contra se* ilkesi ve ibraz mecburiyetinin ispat yüküne etkisi incelenmiştir. Daha sonra, bu mecburiyete konu olabilecek belgelerin nitelikleri açıklanmış ve maddi hukuka göre ibrazı gereken belgeler ile yargılama hukukuna göre ibrazı gereken belgeler olarak bir ayrım tabi tutularak, bu belgelerin neler oldukları gösterilmiştir. Çalışmanın ikinci bölümünde, öncelikle HUMK m.332’de yer alan “mazereti sahiha” ifadesinden hareketle hakimin ibraz kararını vermekteki takdir yetkisinin sınırları belirlenmeye çalışılmıştır. Daha sonra, hakimin ibrazı re’sen emredip emredemeyeceğine de değinmek suretiyle ibraz prosedürünü başlatan unsur olan ibraz talebi, ibraz kararının içeriği (bu kararın yöneltildiği kişiler, hakimin emredebileceği ibraz şekilleri ve hakimin vereceği ibraz süresi) ile ibraz kararına uyulmamasının sonuçları üzerinde durulmuştur. Çalışma, tüm bu hususların değerlendirildiği “Sonuç” bölümüyle tamamlanmıştır.

## I- SENEDATIN İBRAZI MECBURİYETİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER VE BU MECBURİYETE KONU OLABİLECEK BELGELER

### A- Senedatın İbrazi Mecburiyeti Hakkında Genel Bilgiler

#### 1) İbrazın Tanımı ve İbraz Hakkı - İbraz Mecburiyeti Ayrımı

İbraz (*production*), kelime anlamı itibarıyla, “sunma, gösterme, ortaya çıkarma”<sup>7</sup> demektir. Medeni yargılama hukukunda ibraz, “ihtilafli meseleye ilişkin bir veya birkaç unsurun ispatına elverişli olan tüm delillerin hakim önüne getirilmesi”<sup>8</sup> olarak tanımlanmıştır. Bu tanım, birbirinden farklı olmakla birlikte, birbirine bağımlı iki işlemi içermektedir: Birincisi, zihinsel özellikte olup, ileri sürülen bir vakıanın ispatını sağlayan delillerin ortaya konmasına ilişkindir. İkincisi ise maddi (somut) özellikte olup, bir önceki işleme tüm gücünü veren ve hakim önüne getirilen delilleri takdir etmesi ile son bulan işlemidir<sup>9</sup>.

Kanun koyucu, HUMK m.326 vd.’nda terminolojiye sadık kalarak, “ibraz” terimini kullanmıştır. NCPC incelendiğinde ise terminolojinin tam olarak kesinleştirilmiş olmadığı görülür. Gerçekten de, bu Kanun’da, taraflardan birinin elinde bulunan bir belgenin ibrazı için “ibraz” anlamına gelen “*production*” terimi kullanılmışken, üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazı için “erişmek, elde etmek” anlamına gelen “*obtention*” terimi tercih edilmiştir<sup>10</sup>. Bu terminolojik fark,

<sup>7</sup> F. Devellioğlu, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Aydın Kitabevi, Ankara 1999, s.403.

<sup>8</sup> G. Couchez, **Procédure civile**, 10<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris 1998, s.245; Couchez/J.P. Langlade/D. Lebeau, **Procédure civile**, Dalloz, Paris 1998, s.297; Couchez, “La production forcée des pièces”, **Jurisclass. proc. civ.**, Fasc.623, 1999, no.1; Daigre, La production forcée, s.1; J. Vincent/S. Guinchard, **Procédure civile**, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 1996, s.640; Guinchard, **Droit et pratique de la procédure civile**, Dalloz, Paris 2004, s.676; Guinchard, **Nouveau Code de procédure civile**, 1<sup>ère</sup> éd., Dalloz, Paris 1999, s.243.

<sup>9</sup> Daigre, La production forcée, s.1.

<sup>10</sup> Geçmişte, Fransız hukukunda, “teşhir etmek, ortaya çıkarmak” anlamına gelen “*exhibition*” terimi de sıkça kullanılmıştır. Bu, Roma hukukundaki *ad exhibendum* davasından kaynaklanmaktaydı. Oysa, bu dava, medeni hukuk tarafından tanınmış olan sübjektif bir hakkın üzerine inşa edilen otonom bir davadır. İbraz mecburiyeti ise davanın bir parçasıdır ve objektif bir zorunluluğa dayanır. Ayrıca, “*exhibition*” talep edilen şey üzerindeki maddi bir hakka dayanırken, “*production*” usuli bir ödevi somutlaştırır. Bu, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla adalete katkıda bulunma ödevidir (Daigre, La production forcée, s.3). 4/8/1962 tarihli Kanun (bkz. s.21) terminolojideki belirsizliğe bir örnek daha getirmiştir. Bu Kanun’da “bildirim” (*communication*) terimi kullanılmış olsa da, söz konusu olan aslında “ibraz”dı (Daigre, La production forcée, s.3, dn.4). Bu çerçevede, NCPC’de dikkat çeken bir

bir stil farkıyla açıklanmıştır. Şöyle ki, iki farklı terimin kullanılması, kanun koyucuyu tekrardan kurtarmıştır. Öte yandan, bu son söylem, anlamsal bir görüş noktası üzerinde durmaktadır. Bu, “*production*”un daha çok bir fiil olduğu, “*obtention*”un ise daha çok bir sonuç olduğudur. Tercihin, bu anlamda keyfi olmadığı söylenmiştir<sup>11</sup>.

Eski bir özdeyiş, her yargılamada vakıaların esasa girişmezden önce ortaya konulmasının oynadığı rolü şöyle açıklamıştır: “Bana olayı getir, sana davayı çözeyim” (*da mihi facta, dabo tibi jus*). Buna göre, hakim, esasa uygulayacağı kuralı kendisine sunulan vakıalarla (dava malzemesiyle) karşılaştırır. Bu malzeme gerçeğe ne derece yakınsa, yargılamanın adil olma şansı o derece artar<sup>12</sup>; özellikle senetler, kesin delil nitelikleri (HUMK m.288) de düşünüldüğünde, bu bağlamda hayati bir rol üstlenebilirler.

Bilindiği gibi, dava malzemesinin getirilmesi, re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalar hariç<sup>13</sup>, medeni yargılamada kural olarak taraflara düşer<sup>14</sup>.

---

özellikle değinmek gerekir. Bu, “ibraz” ve “bildirim” terimlerinin özenle birbirinden ayrılmış olmasıdır. Bunun nedeni, bu iki konuya ilişkin etkilerin tamamen farklı planlarda bulunmasıdır. Gerçekten de, bildirim (m.132-137) etkisi daha önceden ibraz edilmiş bir belgenin varlığını gerektirirken, ibraza ilişkin etki doğrudan delillerin duruşmalara getirilmesine özgüdür. İddiasını elinde bulunan bir belgeye dayandıran taraf onu ibraz ettiyse, artık karşı tarafça görülmesine izin vermeye ve bunun için de, söz konusu belgeyi ona bildirmeye mecburdur. Bundan kaçınamaz. İbraz ise bambaşka bir anlam ifade eder. Bu konu, delillerin ikamesi ile ilgilidir. Taraflardan her biri, elinde bulunan ve iddia veya savunmasını ispata yarayacak nitelikte olan belgeleri, kural olarak kendiliğinden (m.138-142 uyarınca ise mecburi olarak) ibraz eder. Bildirim mecburiyeti, duruşmalara sadakati sağlamayı amaçlar ve çelişkili davranma yasağının özel bir görünümünü teşkil eder. Hakimin değil, tarafların aydınlatılmasına hizmet eder. İbrazın asıl amacı ise hakimi aydınlatıp, vereceği karara temel teşkil etmek ve bu suretle gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmaktır (J. Viatte, “Communication et production de pièces en justice”, **Gaz. pal.**, I, 1979, s.406; Couchez, Procédure, s.245; Couchez/Langlade/Lebeau, s.297; Daigre, La production forcée, s.1-2, 124; Daigre/J.P. Faget, “La production forcée des pièces”, **Juriclass. encyclopédie des huissiers de justice**, Fasc. 10, 2003, no.2; Vincent/Guinchard, s.640; Guinchard, Code, s.243).

<sup>11</sup> Daigre, La production forcée, s.3.

<sup>12</sup> Jeandin, s.373-374.

<sup>13</sup> Re’sen araştırma ilkesinin uygulandığı hallerde (örneğin, babalık davasında, nesebin reddi davasında, kadastro mahkemelerinde görülen davalarda ve çekişmesiz yargıya giren bazı işlerde), hakim de, delillerin getirilmesi konusunda taraflar yanında görevli ve yetkilidir (N. Bilge/E. Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.294; B. Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.2, 6.Bası, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001, s.1923-1924; H. Pekcanitez/O. Atalay/M. Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 6.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.244-245; S. Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, C.1-2, 7.Bası, İstanbul 2000, s.250).

<sup>14</sup> Kuru, C.2, s.1922, 2022; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.241; M.R. Belgesay, **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, Güven Basımevi, İstanbul 1940, s.21; Y. Alangoya/M.K. Yıldırım/N. Deren Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5.Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2005, s.203; Bilge/Önen, s.194-195; K.O. Şengün, “Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilmesi”, **Ad. Der.**, S.3, 1970, s.192; S.Ş. Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 142, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960, s.148; M. Tuğsavul, “İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi”, **Ad. Der.**, S.7, 1951, s.1091. Dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi

Becker-Eberhard'a göre, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin kabulünün temelinde şu gerekçe yatmaktadır: Taraflar, doğrudan davaya katılanlar olarak, hükme etkili vakıaları en iyi bilen ve bunların takdimini en doğru yapacak olan kişilerdir<sup>15</sup>. Onlar, ortaya koydukları vakıaların adeta efendileridirler<sup>16</sup>. Böyle olunca, taraflar, eteklerindeki taşları kendileri dökcek; getirdikleri vakıaların ispatı için gereken delilleri kendileri ibraz edeceklerdir. Zira, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi delillerin taraflarca gösterilmesini de kapsar<sup>17</sup>. Buna göre, taraflar, HUMK m.242, f.1 uyarınca ellerinde bulunan belgeleri müfredat pusulası ile birlikte mahkeme kalemine verirler<sup>18</sup>; hakim, bunlardan incelemeye değer bulduklarını dava dosyasına koyar; diğerlerini ise onlara geri verir. Ayrıca, HUMK m.244 uyarınca taraflar, delillerini hasretmedikleri sürece, daima yeni delil ikamesini isteyebilir ve bu yolla mahkemeye yeni belge ibraz edebilirler<sup>19</sup>.

Anlaşıldığı üzere, ibraz, kural olarak ihtiyaridir (kendiliğindedir). Taraflar, ellerinde bulunan ve kendi lehlerine olacak nitelikteki belgeleri kendiliğinden ibraz ederler. İbrahim hakkının varlığı tartışmasızdır. Bu hak, varlığı tartışmasız olan başka bir hakkın, ispat hakkının bir türevidir. Ayrıca, ibraz hakkı, "ibraz etmek" imkanını kesin olarak kapsar. Böyle olmakla birlikte, "ibraz etmemek" imkanını da kapsayıp

---

hakkında geniş bilgi için bkz. Üstündağ, s.238-252; E. Becker-Eberhard (Çev. K. Yıldırım), "Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları", **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku** (Der. K. Yıldırım), 4.Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2002, s.17 vd.; Pekcantez/Atalay/Özekes, s.240-246; Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979, s.95 vd.

<sup>15</sup> Becker-Eberhard, s.32; N. Deren Yıldırım, "Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar", **75. Yaş Günü İçin Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004, s.825. Alangoya, aynı gerekçeden hareketle, dava malzemesinin getirilmesinde taraflara ağırlık tanındığını belirtmiş ve bunun sebebini, medeni yargılama hukukunun amacı olarak gördüğü gerçeğe ulaşma ihtimalinin daha yüksek olması ile açıklamıştır (Alangoya, "Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanması Hakkında Yeri ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında", **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi**, S.9, İstanbul 2005, s.91; Alangoya, İlkeler, s.89).

<sup>16</sup> Daigre, La production forcée, s.141.

<sup>17</sup> Yargıtay 8. HD'nin bu yöndeki 5/10/1998 tarih ve 913/9733 sayılı kararı için bkz. Pekcantez/Atalay/Özekes, s.242, dn.89; Üstündağ, s.241, dn.4; Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s.129. Aynı dairenin bu yöndeki 13/4/2000 tarih ve 2000/2373 E., 2000/3112 K. sayılı kararı için ayrıca bkz. Kazancı hukuk otomasyonu.

<sup>18</sup> Tahkikat hakiminin celseden önce yapabileceği tahkikat işlemleri mevcut olabileceğinden, taraflar, esas itibarıyla celseden önce ellerinde bulunan belgeleri bu madde uyarınca mahkeme kalemine ibraz edeceklerdir. Ancak, bu, tarafların ellerinde bulunan belgeleri celse sırasında ibraz edemeyecekleri anlamına gelmez (N. Berkin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası, İstanbul 1969, s.186-187; İ. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975, s.631).

<sup>19</sup> Bu talep, hakimın takdirine bağlıdır. Hakim, davayı geciktirmek gibi dürüstlük kuralına aykırı bir düşünceyle böyle bir talepte bulunulduğunu saptarsa, bu talebi kabul etmemelidir (R. Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, "S" Yayınları, Ankara 1989, s.125; Pekcantez/Atalay/Özekes, s.243).

kapsamadığı ve kapsıyorsa, bunun ibraz mecburiyetinin (HUMK m.326 vd.) varlığı ile nasıl bağdaştırılacağı bir mesele teşkil eder. Çözümüne, ibraz hakkı ile ibraz mecburiyeti arasındaki ayırım kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenirse, ulaşılabilir.

Bu iki kavramı (ibraz hakkı ve ibraz mecburiyetini) birbirinden ayrı düşünmek ne kadar önemliyse, bir o kadar da zordur. Zira, ikisi birlikte var olmakta ve asla birbirleriyle bağdaşmaz görünmemektedirler. Her ikisi de ispat hakkının bir görünümüdür. Davacı, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını istediğinde, zımnen ispat hakkından yararlanır. Elbette, davacı, yasal bir düzenlemeye gerek olmaksızın, söz konusu belgenin ibrazını isteyebilir<sup>20</sup>. Ancak, başlangıçta basit gibi görünen bu talep cevapsız kaldığında veya açıkça reddedildiğinde, hakim ispat hakkını galip kılacak bir imkana sahip değilse, ibraz istenen belge ölü bir belge olarak kalır. Kendisinden elinde bulunan belgeyi ibraz etmesi istenen kişiye düşen yasal bir mecburiyetin varlığı kabul edilmedikçe, bu hakkın kendini var etmesi mümkün değildir<sup>21</sup>. Böylece, ibraz mecburiyeti, ispat hakkına bir sağlamlık kazandırmıştır<sup>22</sup>.

İbraz mecburiyetinin esası, ileri sürdüğü vakıadan lehine haklar çıkaran tarafın, bu vakıanın doğruluğunu ortaya koyacak nitelikteki bir belgeyi o anda elinde bulundurmamasına; başka bir deyişle, bu nitelikteki bir belgenin davanın karşı tarafının ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunmasına dayanır. Bu halde, HUMK m.326 vd. ibraz istenen belgenin, ona dayanarak iddiasını ispata kalkışan tarafın değil, ancak karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunması halinde uygulanabilir. Bunun için, taraflardan birinin, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunan belgenin ibrazını istemiş olması gerekir<sup>23</sup>. Çünkü, taraflardan biri iddiasını kendi elinde bulunan bir belgeye dayandırmışsa, söz konusu belgeyi ibraz

<sup>20</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi 2/5/1974 tarihli kararında, davacının ileri sürdüğü vakıanın ispatına yarayacak nitelikteki bir belgeyi hakime başvurmaksızın elde etmesi halinde, artık ibraz mecburiyeti kurumuna başvurulmasına gerek olmadığına hükmetmiştir (Guinchard, Droit et pratique, s.680).

<sup>21</sup> Marraud, no.5.

<sup>22</sup> Fransız hukukunda (72-684 sayı ve 20/7/1972 tarihli Kararname ve özellikle 72-788 sayı ve 28/8/1972 tarihli Kararname m.73-77 ile) ibraz mecburiyetini temellendiren Reformun temel getirisi de, ispat hakkına bir sağlamlık kazandırmak olmuştur. Bu konuda, davacının özel çıkarıyla sağlam bir adaletin daha genel çıkarının bağdaştırılmış olduğu; bir kimsenin kötü niyeti veya kararsızlığının hakimim elverişli olduğuna inandığı bir delili incelemesine engel olamayacağı söylenmiştir (Marraud, no.5).

<sup>23</sup> Bilge/Önen, s.584; Bilge, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 2.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1967, s.514; Kuru, C.2, s.2191.

etmek zaten kendisine düşer. Bundan (belgeyi ibraz etmekten) kaçınmasının yaptırımı, o belgeyle ispat etmek istediği vakıyı ispat edememiş sayılması olur<sup>24</sup>. Zaten, dava malzemesi kural olarak taraflarca getirileceğinden, bu, başka türlü de düşünülemez. Taraflar, dava malzemesinin getirilmesinden sorumludurlar. Aksi halde, bunun sonuçlarına katlanmak zorundadırlar<sup>25</sup>. Bu nedenle, HUMK m.326, f.1, c.1’de yer alan “Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi, aşağıda yazılan vesikaları da ibraz ile mükelleftir” şeklindeki ifadenin yanıltıcı olduğu söylenebilir. Çünkü, bu ifade, kendi elinde bulunan bir belgeye dayanan tarafın bu belgeyi ibraz etmemesinin sonucunun da HUMKm.326 vd.’na tabi olacağı izlenimini uyandırmaktadır<sup>26</sup>.

## 2) Roma Hukukunda İbraz Mecburiyeti

Roma hukukunun doğumundan beri, bu hukukta bir çeşit ibraz mecburiyeti yürürlükteydi. Buna, *actio ad exhibendum*<sup>27</sup> denilmekteydi. Başlangıçta istihkak davasına hazırlık mahiyetinde olmak üzere<sup>28</sup> ihtilafı menkul bir malın ortaya çıkarılmasını<sup>29</sup> öngören bu kurum, ihtiyaçların getirdiği baskı sonucunda, daha sonra Praetor tarafından kurgusal bir dava yoluyla genişletilmiş ve *ad exhibendum* davası, bir ispat unsuru haline gelmiştir. Praetor’un bu eserinden sonra ise ibraz mecburiyeti, Justinien Kanunu ile Roma’da tam anlamıyla yerini almıştır.

<sup>24</sup> Kuru, C.2, s.2191; Bilge/Önen, s.586; Şengün, s.194; H. Rüssman (Çev. M. Özkes), “İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.349; İ. Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, 4.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s.495.

<sup>25</sup> Üstündağ, s.241; Pekcanitez/Atalay/Özkes, s.204.

<sup>26</sup> HMK Tasarısı m.223, f.1’in de bu ayrım dikkate alınmadan kaleme alınmış olduğu göze çarpmaktadır. Gerçekten de, maddede, (sadece karşı tarafın değil) her iki tarafın da delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları belirtilmiştir.

<sup>27</sup> “*Exhibendum*”un kökeninde yer alan “*exhibere*” kelimesi, davalının bir malı veya bir köleyi dava sırasında ortaya çıkarması anlamına gelmektedir. İspata yarayacak olan belgeleri ortaya çıkarmaya “*exhibere instrumenta*” denilmekteydi (Umur, s.70).

<sup>28</sup> Gerçekten de, *ad exhibendum* davası bu aşamada yargılamaya ilişkin özerklik saflığına sahip değildi. Müstakbel bir ana davaya bağlı olarak menkul bir malın teşhiri, bir hazırlık yargılamasından başka bir şey değildi. Aslında, *jus civile*, biri olmadan diğerinin de mevcut olmayacağını söyleyerek, hak ve dava kavramlarını birbirine karıştırmıştır. Oysa, *ad exhibendum* davasını hukuken doğrulayan hak, bu aşamada otonom bir dava teşkil etmemekteydi (Daigre, La production forcée, s.35).

<sup>29</sup> Umur, s.2; Daigre, La production forcée, s.34. Menkul malın fiziksel olarak ortaya konulması, istihkak talebi ile dava açılmasının zorunlu bir şartını teşkil etmekteydi. İstihkak iddia eden, dava konusu menkul mala sahip olmadığından, bu malın ortaya çıkarılmasını onu elinde bulunduran kişiden (davalı veya üçüncü kişi) istemekteydi (La production forcée, s.35-36).

Kısaca böyle özetlenebilecek olan Roma hukukunun evrimsel gelişimi biraz daha detaylandırılabilir. Bu çerçevede, öncelikle Roma'da ibraz mecburiyetinin kabulüne giden sürecin, kanun davaları sisteminden daha basit bir yol olan *formula*<sup>30</sup> usulünde hakim'in hukuk yaratmak konusunda geniş yetkileri bulunduğundan, Praetor'un belgelerin delil sıfatıyla teşhirine izin vererek, bu hukuk yolunun hayata geçirilmesine önem vermesi ile ivme kazandığı söylenebilir. Klasik dönemin hakimi, ispatın pratik zorlukları karşısında, *jus civile*'in *ad exhibendum* davasından delillerin mecburi ibrazını amaçlayan kurgusal bir dava yaratmıştır<sup>31</sup>.

Hukuk davasından (*actio civilis*) bu davaya (*action in factum*) geçiş kısa bir sürede gerçekleşmemiştir. *In factum* davasının oluşumu yavaş ve temeli tartışmalı olmuştur. Hakimin, özel, sınırlı ve kesin varsayımlara uyarlanmış usulleri yerleştirmesi ve teşhir etmeye ilişkin yasakları (*interdictum*)<sup>32</sup> terk etmesi gerekmiştir<sup>33</sup>. Praetor, bunu, yavaş ilerleyen bir çalışmanın ardından şartların yumuşatılması amacıyla kullanmış; içtihadı dayanan bu uzun ve zahmetli yol, yeni sözleşmesel yöntemlerin geliştirilmesiyle kolaylaştırılmıştır. Nihayet, Cumhuriyetin zengin Romalıları, bazı hukuki işlemler için, "*litteris*" sözleşmeleri denilen yeni bir yöntem geliştirmişlerdir. Bu yöntem, alacaklıya ait ev defteri üzerine kaydedilmek suretiyle işletilmekteydi. *Codice*'lerdeki bir alacağa ilişkin not, delil değerini taşımakta ve bu, sözleşmeyi geçerli hale getirmeye yetmekteydi. Ödeme vukuunda, bunlar, ev defterine geçirilmekteydiler. Bu yeni not, borçlunun (*solvens*) borcundan kurtulmasını sağlamıştır. Alacaklı (*accipiens*), kendi lehine olarak bunları mahkemeye ibraz edebilmekteydi. Borçlu da, bunları ibraza zorlanabilmekteydi. Ancak, borçlu, kendisinden istenen kayıtlara her zaman sahip değildi. Praetor,

<sup>30</sup> Bu usul, adi mahkemeler düzeninde (*ordo judiciorum privatorum*), *legis actio*'lardan sonra uygulanan usuldür. M.Ö. 110 seneleri civarında çıkan *lex aebutia* ile kanuni hale gelen ve bir *lex julia* ile tek usul olan *formula* usulünde, *magistra*, taraflara ihtilaflarına uygun bir *formula* vererek, onları hakime göndermekteydi. *Formula*'da, öncelikle tarafların seçtikleri hakim veya hakimlerin ismi yazılmakta; sonra, *intentio* denilen kısımda, şartlı bir cümle ile davacının iddiası belirtilmekte; *condemnatio* denilen kısımda ise hakime, bu iddia ispat edilebildiği takdirde davalının mahkum edilmesi, aksi halde beraat ettirilmesi emri verilmekteydi (Umur, s.75).

<sup>31</sup> Daigre, La production forcée, s.36-37.

<sup>32</sup> "*Interdictum*", *formula* usulü zamanında Praetor'un ve eyaletlerde valilerin, *imperium*'larına dayanarak, hakim'in karar vermesine ihtiyaç bırakmayacak şekilde ihtilaflı bir işin yapılmasını yasak veya emretmek suretiyle halletmeleridir. Bunlar, özellikle zilyetliğin himayesini sağlamışlardır. Örneğin, *interdictum exhibitoria*, bir malın ortaya çıkarılmasını emreden *interdictum*'tur (Umur, s.90). *Interdictum de uxore exhibendum* ile koca, üçüncü bir kişinin elinde bulunan karısını ve *interdictum de libero exhibendo* ile bir patron azat ettiği köleyi ortaya çıkarabilmekteydi. Bazıları tümüyle *rei vindicatio*'dan kaynaklansalar da, teşhire ilişkin yasaklar ibraz önlemi haline gelmemişlerdir (Daigre, La production forcée, s.37).

<sup>33</sup> Daigre, La production forcée, s.37.



tamamen adaletsiz ve borçlunun zararına olan bu meseleyi, borçlunun alacaklının ev defterinin ibrazını isteyebileceğini kabul ederek çözmüştür<sup>34</sup>.

*In factum* davasının *in jure* safhasında Roma hakimi, gerekli olan tüm belgelerin ibrazını talep etmek için, *imperium*'unda ısrarcı olmaya başlamıştır<sup>35</sup>. Evrimsel sürecine devam eden bu yöntem, yeni bir *in factum* davasını kendi yönünde geliştirmiştir. Gerçekten de, Cumhuriyet döneminin sonuna doğru *litteris* sözleşmeleri önemlerini yitirmeye başlamışlar; Romalılar, hesaplarını kendileri tutmaktan vazgeçerek, bu işi bankerleri (*argentarii*) aracılığıyla yerine getirmeye koyulmuşlardır<sup>36</sup>. *Argentarii*'ler hızlı bir gelişme göstermiş; bunlar, ispat sorunları üzerinde önemli sonuçlar doğurmuşlardır. Sonuçta, müşteriler, basit bir taleple ya da gerekli olduğunda mahkemeye başvurmak suretiyle, kendilerine ait hesapları teslim alma imkanına kavuşmuşlardır<sup>37</sup>.

Bu ilerlemenin sona ermesi, İmparator Alexander Sevère dönemine (MS 231) rastlamıştır. İmparator, kendi metni içinde ve törensel bir biçimde, hakimin müdahalesi üzerine kurulu ibraza ilişkin genel bir ilkeyi kabul etmiştir. *In factum* davası, bu dönemde Windsheid ile Demelius arasındaki bir tartışmanın temelini oluşturmuştur. Daigre, bu tartışmada Windsheid'in, davasının kabulü için davacıya harekete geçmesine yönelik bir hakkın sağlanmasının yeterli olduğunu; Demelius'un ise eski *actio ad exhibendum*'da olduğu gibi, davacının mülkiyet hakkına dayanması gerektiğini savunduğunu belirtmiştir<sup>38</sup>. Praetor içtihadının gelişmesinde Windsheid'in teorisine destek verilmiş; böylece, *in factum* davası, tam bir hukuk davasına (gerçek bir ibraz önlemine) dönüşmüştür<sup>39</sup>.

Söylenbilir ki, delillerin ibrazında Praetor davası, onun tarafından oluşturulan diğer davalarda olduğu gibi, hukuki mütalaalardan değil, toplumsal sebeplerden doğmuştur. Cumhuriyet döneminin sonundan itibaren, gereksinimlerin

<sup>34</sup> Daigre, La production forcée, s.38.

<sup>35</sup> Daigre, La production forcée, s.37. Verdiği emrin etkili olmasını sağlamak için, Praetor, bundan kaçınan tarafı tazminat ödemeye mahkum etmekteydi. Bu tazminatın miktarı, davacının uğradığı zarar oranında tespit edilmekteydi (Daigre, La production forcée, s.38).

<sup>36</sup> Daigre, La production forcée, s.38.

<sup>37</sup> Daigre, La production forcée, s.38-39.

<sup>38</sup> Daigre, La production forcée, s.39. Alacaklının ev defterlerinin ibrazı konusunda, davacı, mülkiyet hakkına dayanmamaktaydı. Sırf alacaklı bu kayıtlara sahipti. Aynı şekilde, Praetor, *in factum* davasını *argentarius*'a karşı kabul ettiğinde, bunu mülkiyet hakkına dayanmak suretiyle yapmamaktaydı. Banka defterleri sadece ona aitti (Daigre, La production forcée, s.39-40).

<sup>39</sup> Daigre, La production forcée, s.40.

baskısı sonucunda Praetor, eski *formula*'ları dönüştürme, hatta yenilerini yaratma gücü ile donatılmıştır. Bu dönemde, çoktan büyük fetihlerle antik toplum homojenliğini kaybetmiş; Roma'nın iki ucunda yer alan sınıflar arasında bir uçurum oluşmuştu: Üstte, *potentiores* ve olağanüstü servetleri; altta, *humiliores* denilen ve bir önceki sınıfın geniş ekonomik olanakları sayesinde zorlukla geçinen ve onların müşterileri olan sınıf. Bir davada bu iki sınıftan bireyler karşı karşıya geldiklerinde, genellikle *potentior* haklı çıkmaktaydı. Parasal olanaklara sahip olması, kendisine, hukuk danışmanlarından yararlanma imkanı sağlamaktaydı. Şartların eşitsizliği, hukuk önünde eşitliği teorik düşüncelerin gölgesinde bırakmış; bu durum karşısında, Praetor, geleneksel *formula* usulünü yumuşatmaya ve yeni usuller yaratmaya yönelmiştir. Amacı, zayıf olanın görüşlerini daha iyi toparlamasını sağlamak olmuştur. Genelleştirilmemesi ve abartılmaması gereken Praetor davası, ekonomik şartlar sebebiyle bozulan sosyal adaleti yeniden tesis etmeye yaramış; *ad exhibendum* davası, işte bu şartlar içinde kurgusal bir davaya dönüşmüştür. Çünkü, *humilior*, *potentior*'a karşı delil getirecek imkanlara sahip değildi. Bir borçtan kurtulmak için, alacaklının defterlerinden başka bir delil kabul edilmemekteydi<sup>40</sup>.

Justinien dönemine gelindiğinde, ibraz mecburiyeti artık vazgeçilmez bir ilke haline gelmiştir. Çünkü, Konstantin'den beri, davanın tahkikat aşamasında hakim sınırsızca yetkiliydi. İtham sistemine dayanan ve oldukça bireysel olan *formula* usulü, yerini *extra ordinem* usulüne bırakarak, kademeli olarak ortadan kalkmış; tahkik sistemine dayanan bu yeni usul, delillerin araştırılması ile davanın yürütülmesi konularında hakime geniş yetkiler tanıdığı; eski usulün uygulamalarını kendi içinde eritmiştir. İlk İmparatorluk döneminde ortaya çıkan bu usul, hakimi, gerçeği ortaya çıkarmaya çalışan aktif bir hakim olarak yüceltmıştır. Evrim, Dioklet zamanında başlamıştır. İmparator, hakime, tarafların taleplerini değiştirme yetkisi tanımıştır. Kısa bir süre içinde, hakimin tüm davayı bizzat kendisinin yürüttüğü anlaşılmıştır: *Inquisita fide veri*. Tahkik sistemine doğru gidiş, aslında İlk İmparatorluk döneminin sosyal durumu ile ilgili bir sebepten ileri gelmiştir. Şöyle ki, Roma toplumunun *humiliores* ve *potentiores* olarak ikiye ayrılması Cumhuriyet döneminin sonundan beri hassas bir konu teşkil etmiş ve bu bölünme, imparatorluk fetihleri sonucunda Roma'nın zenginleşmesiyle daha da belirginleşmiştir. Bu sınıflar arasında sınıf farkı da bulunmamaktaydı. *Humiliores*, diğerlerine, ekonomik olarak da sürekli

<sup>40</sup> Daigre, La production forcée, s.40.

olarak bağımlıydılar. *Humilior*'un, ekonomik olarak bağımlı olduğu *potentior*'a karşı dava açması düşünülemezdi; bu işe girişirse, *potentior*'un öfkesini üzerine çekmekten çekinmekteydi. Tek çare, daha önce Praetor'ların yapmış olduğu gibi, davada güçsüz olan tarafa, eşit şartlarda iddiasını ortaya koyabilmesi amacıyla bazı bireysel ve tamamlayıcı yöntemler sağlamak olmuştur. İlk İmparatorluk'taki *humilior*, artık hizmet eden rolünde değildi. Çözüm olarak, hakimin re'sen yapabileceği işlerin sayısı arttırılmıştır. Böylece, hakimin yetkileri de artmıştır. Hakim, davanın tahkikat aşamasında tarafların yerine geçmeye başlamıştır<sup>41</sup>.

*Extra ordinem* usulünde, hakim, re'sen hareket edebilmekte ve gerekli gördüğü tüm tahkikat önlemlerine re'sen başvurabilmekteydi. Çünkü, vereceği karar, tarafların anlattıkları duruma değil, gerçeğe dayanmalıydı. Hakimin bizzat kendisi de, her davada ispat yükünü taşımaktaydı. Böyle bir sistemde, taraflar, ellerinde bulunan delilleri ibraz etmek mecburiyetinden bağışık tutulamamışlardır. Aksine, ibraz mecburiyeti, Justinien Kanunu'nda açıkça yer almıştır. 22 nolu bu Kanun, *de edenco*, XXI. Başlık IV. Kitap açıkça ortaya koymuştur ki, "Tanıklıktan çekinemeyenler, ellerinde bulunan yazılı delilleri ibraz etmekten de kaçınamazlar (*illi autem codices vel instrumenta exhibere cogantur*)". Bundan çıkan sonuca göre, karşı taraf ya da üçüncü kişi, kendisinden ibrazı istenen belgeyi kaybettiğine yemin ederse ya da onu ibraz etmesi halinde davaya yabancı bir olgudan dolayı zarar göreceğini ispat edebilirse, hakim, ibrazdan kaçınmasına izin verecektir. Böylece, ibrazdan kaçınmaya imkan veren meşru nedenler ortaya çıkmıştır<sup>42</sup>.

Görüldüğü üzere, Roma hukukunun evrimsel çizgisi, ibraz mecburiyetinin kabulüne doğru giden bir süreklilik arz etmiştir. Praetor, *rei vindicatio*'nun hazırlayıcısı olan *jus civile*'in *ad exhibendum* davasından bir *in factum* davası yaratmış; bu dava ile taraflara, aralarındaki ihtilafın çözümüyle ilgili belgelerin ibrazını talep etme hakkı tanımıştır. "*Exhibition*" teriminden evrilen re'sen hareket ilkesi, İlk İmparatorluk hakiminin elinde bir tahkik silahı haline gelmiştir. Evrim, Justinien kanun hareketi ile tamamlanmıştır.

<sup>41</sup> Daigre, La production forcée, s.41.

<sup>42</sup> Daigre, La production forcée, s.42.

### 3) “Kimse Kendi Aleyhine Olan Delilleri Göstermeye Zorlanamaz” (*Nemo Tenetur Edere Contra Se*) İlkesi ve Senedatın İbrazi Mecburiyeti

#### a) İlkenin Temelinde Yer Alan Kurallar

##### aa) Davalının Hareketsiz Kalma Hakkı

Kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağı kuralı, köklerini, klasik anlamda medeni yargılamadan almış; delillerin ikamesi bakımından iki farklı kuralla şekillenmiştir. Bunlardan biri, davalının davacının ileri sürdüğü delillerin ikamesinde hareketsiz (pasif) kalma hakkının bulunması; diğeri ise hakimin delillerin ikamesi faaliyetinde tarafsız olması gerektiğidir<sup>43</sup>.

Birinci kural bağlamında, *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin *actori incumbit probatio* ilkesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığı söylenebilir. Zira, *actori incumbit probatio* ilkesi uyarınca ileri sürdüğü bir vakıayı ispat etmek için delil göstermekle yükümlü olan tarafın bu yükümlülüğü, sırf o vakıyla sınırlıdır. Böyle olunca, ondan, karşı tarafla gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla işbirliği yapması beklenemez. Çünkü, bu, medeni yargılamaya hakim olan bireyci anlayışın zararına olur<sup>44</sup>.

Davalının, davacının ileri sürdüğü vakıanın ispatı için, duruşmaya delil getirmesi beklenemez. Çünkü, davalının pasif kalma hakkı mevcuttur ve davalı, bu durumda ortaya çıkacak hukuki sonuçlar nedeniyle pasif kaldığı için kınanamaz<sup>45</sup>. Aksini kabul etmek, hakimin tarafların dini inançlarını sorgulamak için önlemler alması<sup>46</sup> ya da dava bir savaşa benzetilecek olursa, bu savaşın taraflarından birinden, elindeki silahları diğer tarafa gönüllü olarak teslim etmesini beklemek<sup>47</sup> veya dövülmesi için gereken değnekleri kendi elleriyle teslim etmediği için bir kişiyi suçlamak<sup>48</sup> gibi hiç de adil olmayan bir durum yaratır. Böyle olunca, davayı açan ve uyuşmazlığı hakimin önüne getiren taraf olarak davacı, kendi davranışının tüm

<sup>43</sup> Daigre, La production forcée, s.117.

<sup>44</sup> Daigre, La production forcée, s.117.

<sup>45</sup> Marraud, no.19; Daigre, La production forcée, s.118.

<sup>46</sup> Viatte, s.407.

<sup>47</sup> Daigre, La production forcée, s.117.

<sup>48</sup> Jeandin, s.380.

gereklerini yerine getirirken, aynı zamanda davanın sorumluluğunu da üstlenmelidir. İleri sürdüğü vakıaların ispatı için gereken tüm delilleri ibraz etmek kendisine düşer. Bunu yapmazsa, önemli bir risk üstlenmiş olabilir. Bu, davayı kaybetme riskidir<sup>49</sup>.

### **bb) Hakimin Tarafsızlığı**

*Nemo tenetur edere contra se* ilkesini şekillendiren ikinci temel kural, hakimin delillerin ikamesi için taraflara baskı yapamayacağı esasına dayanmıştır. Burada, “tarafsızlık”tan (*neutralité*) anlaşılması gereken, hakimin pasif kalmasıdır. Klasik anlamda yargılama felsefesi, davayı bir savaşa benzeterek, iki tarafın düellosunda hakimin bir kenarda beklemesi gerektiğini; ona biçilen rolün sırf hakemlikten ibaret olduğunu ifade etmiştir. Hakim, tarafların getirdiği deliller dışında, kendi kararıyla delil araştırmasına girişemez. Bu kuralın kabulüyle, hakimin re’sen karar verebileceği durumlar çok istisnai tutulmuştur. Kanunun açıkça cevaz verdiği haller dışında kalan her yargısal işlem, hakime yasaklanmıştır. Onun müdahalesi, özellikle ispat hukuku alanında sınırlanmıştır. Hakimin delillerin araştırılması için taraflardan birinin yanında dava ismi verilen savaşa girmesi, durumu kişiselleştirip, kendisini davada taraf haline getirir<sup>50</sup>. Bu ise savunma hakkının ihlal edilmesi demek olur. Zira, önceden duruşmaya getirilmeyen hiçbir delil, taraflardan birine karşı ileri sürülemez<sup>51</sup>.

### **b) İlkenin İbrazdan Kaçınmaya Bağladığı Sonuçlar**

Bu ilke, ibrazın kendiliğinden oluşunu yüceltmıştır. Kendiliğinden ibrazdan kaçınma halinde, bu kaçınmadan ne tür sonuçlar çıkarılabileceği konusunda ise Fransız doktrini ikiye bölünmüştür. Daigre, yazarların çoğunun, ibrazı tamamen tarafların iradesine bağlı olan ve hiçbir mecburiyeti içermeyen bir işlem olarak gördüklerini ve ibrazdan kaçınma halinde herhangi bir yaptırıma başvurulamayacağını savunduklarını; azınlıkta olan bir görüşün ise ilkenin esnek bir biçimde uygulanmasından yana olduğunu belirtmiştir<sup>52</sup>. Bu çerçevede, örneğin Carbonnier’nin, ibraz mecburiyetinin kabul edilemeyeceğini; ibrazdan kaçınan

<sup>49</sup> Daigre, La production forcée, s.118.

<sup>50</sup> Daigre, La production forcée, s.119-120, 124.

<sup>51</sup> Daigre, La production forcée, s.124.

<sup>52</sup> Daigre, La production forcée, s.122.

tarafın bu davranışının hakime bir karine sunduğunu ve hakimin, vicdani kanaatinden yola çıkarak, onun aleyhine hüküm verebileceğini savunduğunu söylemiştir<sup>53</sup>. Yazar, Carbonnier'nin bu yaklaşımını çelişkili bulmuş; yasal bir mecburiyet olmadıkça, bunu yerine getirmeyen kişi hakkında herhangi bir yaptırımın uygulanamayacağını ve hakimin, ibrazdan kaçınan tarafın kötü niyetli olduğundan bahisle bu davranışı serbestçe takdir edemeyeceğini savunmuştur. Yazara göre, doktrin “yaptırım” ifadesini kullanmaktan özenle çekinmişse de, ibrazdan kaçınma bir ikrar olarak kabul edilebilir ve ikrar, bir yaptırım olarak algılanabilir<sup>54</sup>.

Bu konuda, Marraud, hakimin ibrazdan kaçınan tarafın bu direnişini kötü niyetini ortaya koyan bir emare olarak görebileceğini ve karinenin önemini serbestçe değerlendireceğini (örneğin, kaçınmanın yerinde olduğunu düşünüyorsa, onu hiçbir şekilde dikkate de almayabileceğini) belirtmiştir<sup>55</sup>. Hakimin ibrazdan kaçınmayı bir ikrar olarak yorumlayıp yorumlamayacağı konusunda ise ikrarın onu yapana karşı tamamen geçerli, ancak benzer olaylarda dikkate alınabileceği kesin olmayan ve kasıtlı bir görünümle belirginleşen bir sonuç olduğunu; burada ise tamamen olumsuz bir davranışın huzurunda bulunulduğunu belirtmiştir. Yazara göre, ibrazdan kaçınma, açık bir ikrarda olduğu gibi, gerçekten davacının iddiasının aslı olmadığı bilincini tamamen yansıtmaz. Basit bir davranış, daima birçok yoruma elverişli olup, gerçek bir ikrar oluşturacak ölçüde kabul edilemez. Hakim, karar vermek için, değerlendirmesi çok nazik olan bir niyet araştırmasına kendisini vermelidir. Kuşkusuz, kanun koyucu, ikrarı daima açık bir şekilde anımsatmamış; özellikle, belirli bir davranışla karşılaştığında, hakimin bu davranıştan tüm hukuki sonuçları çıkarabileceğini öngörmüştür<sup>56</sup>. Burada incelenen kaçınma ise hiçbir zaman ileri sürülen vakıanın doğru olduğu sonucunu doğuramaz<sup>57</sup>.

### **c) Türk Hukukunda *Nemo Tenetur Edere Contra Se İlkesi* ve *Senedatın İbrazı Mecburiyeti***

Kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağını ifade eden *nemo tenetur edere contra se* ilkesi, medeni yargılama hukukumuzda kural

<sup>53</sup> Daigre, La production forcée, s.122, 129. Aynı görüşte, Viatte, s.408.

<sup>54</sup> Daigre, La production forcée, s.122.

<sup>55</sup> Marraud, no.23.

<sup>56</sup> Marraud, no.24.

<sup>57</sup> Marraud, no.27.

olarak yürüyen bir ilkedir<sup>58</sup>. Buna göre, taraflardan, doğal olarak sırf kendi ellerinde bulunan ve hakimin kanaatini kendi lehlerine etkileyebileceğine inandıkları delilleri ibraz etmeleri beklenebilir<sup>59</sup>. Bunun karşıt anlamından, kendi aleyhlerine olan deliller bakımından susma haklarının bulunduğu sonucu işin doğası gereği çıkar<sup>60</sup>. Böyle olmakla birlikte, HUMK m.326 vd. açıkça göstermiştir ki, kanun koyucu, ne bu ilkeyi tamamen yüceltip, hiç kimsenin kendi aleyhine olan delilleri ibraz etmeye zorlanamayacağını benimsemiş; ne de, onu tamamen hor görüp, tarafları ve üçüncü kişileri ellerinde bulunan tüm delilleri ibraz etmeye mecbur tutmuştur. “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”ni hukukumuzda dahil ederek<sup>61</sup>, iradesini, bu ilkeyi istisnai olarak kabul etmek yönünde kullanmıştır. HUMK m.326 vd., *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin apaçık bir istisnasıdır<sup>62</sup>.

<sup>58</sup> Bu ilke, sırf medeni yargılama hukukunda değil, AY m.38, f.5’te yer alan “Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” hükmü uyarınca ceza yargılamasında da yürür. Hatta, burada, istisnasız olarak uygulanır. Ancak, bu hüküm, maddi hukukun veya yargılama hukukunun taraflara ve üçüncü kişilere yüklediği ibraz mecburiyeti ile karıştırılmamalıdır. AYM, bir olayda vergi mükelleflerine yükletilen ibraz mecburiyetini AY’nin bu hükmüne aykırı bulmamıştır. Yapılan ihtara rağmen, şirket defterlerini incelenmek üzere vergi dairesine ibraz etmeyen sanık hakkında 213 sayılı VUK m.359, b.(a) uyarınca açılan kamu davasında, bu hükmün AY m.38, f.5’e aykırı olduğuna karar veren Mahkemenin iptal başvurusunu AYM 31/1/2007 tarih ve 2004/31 E., 2007/11 K. sayılı kararında, şu gerekçeyle reddetmiştir: “...Vergi ile ilgili defter tutma, saklama ve ibraz etme zorunluluğu yasalarla yükümlülere verilen bir görevdir. Bu görevler yerine getirilmediği takdirde, suç oluşmaktadır. İtiraz konusu kural ile herkesin geliri oranında vergiye katılımının sağlanması ve ödenmesi gereken vergi miktarının tespiti için, Vergi Yasası’nda öngörülen defterlerin tutulmasının ve bu defterlerin istendiğinde ibraz edilmesinin zorunlu kılınması, mükellefin Anayasa’nın 38. maddesinin beşinci fıkrasında öngörülen kendisini suçlama ve bu yolda delil göstermeye zorlanma olarak nitelendirilemez” (Bkz. 18/5/2007 tarih ve 26526 sayılı RG).

<sup>59</sup> Yargıtay 14. HD’nin 30/11/2001 tarih ve 7808/8353 sayılı kararında yer alan “...Bir davada taraflardan hiçbiri, karşı tarafın davayı kazanması için kendi aleyhine ve onun lehine olan bir delili göstermeye zorlanamaz. Davacı ve davalı, dayandıkları kanıtlarını kendileri ibraz etmek zorundadırlar” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.473, dn.286; Pekcanitez/H. Taş Korkmaz/N. Meriç, **İçtihat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.510-511) ve Yargıtay HGK’nın 24/6/1964 tarih ve 4-776/487 sayılı kararında yer alan “...Davacıdan kendisine karşı kullanılacak yönleri dilekçesinde apaçık belirtmesi beklenemez” (Arslan, s.118, dn.328) ifadeleri bunu açıkça göstermiştir.

<sup>60</sup> “Tarafların kendi aleyhlerine olan delilleri ibraz etmelerini beklemek gerçekçi de değildir” (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.472). “Davacı ileri sürdüğü vakıyı ne somutlaştırabiliyor, ne de ispatlayabiliyor ise kendi aleyhine olarak elinde bulunan delilleri ortaya çıkarmak yerine onu tereddütte bırakmak davalının menfaatinedir” (Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, s.139).

<sup>61</sup> Senedatın ibrazı mecburiyeti, 1296/1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu’nda düzenlenmiş değildi. Bu Kanun’un 4. Bab’ında yer alan “Senedata Dair Mevat” başlığı altındaki m.72-78 incelendiğinde, bu konuda herhangi bir hükme rastlanmamıştır (Bkz. B. Apaydın, “1296/1879 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu”, **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi**, S.35-36, İstanbul 2007, s.126-127). HUMK m.326 vd., 1925 tarihli CPCN m.263 vd.’ndan iktisap edilmiştir. Çalışmada ise esas itibarıyla 30/9/1991 tarihli CPCN m.259 vd. hükümlerine yer verilmiştir.

<sup>62</sup> İleri sürülen vakıaların ispatı ile gerçeğin ortaya çıkarılacağı düşünüldüğünde, susma hakkının sınırlandırılabilirliği kabul edilmelidir. Bu, adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil etmez. AİHM, bir olayda (Saunders v. the United Kingdom davasında) 17/12/1996 tarihinde verdiği kararda, adil yargılanma hakkını düzenleyen AİHS m.6’da özel olarak belirtilmemiş olsa da, sessiz kalma hakkının (*the right to silence*) adil yargılanma hakkı kavramının kalbinde yatan ve genel kabul gören

Bu ilkenin senedatın ibrazı mecburiyetinin (HUMK m.326 vd.) kabulündeki yeri konusunda doktrinde iki görüş oluşmuştur. Bir görüşe göre, kanun koyucunun *ratio legis*'i, medeni yargılama hukukunda geçerli olduğu tartışmasız kabul gören dürüstlük kuralının (MK m.2) bir uygulama görünümü olan “doğruyu söyleme ödevi”<sup>63</sup> ile açıklanabilir. Bu görüş, doğruyu söyleme ödevi uyarınca tarafların kendi lehlerine olan delilleri gösterip, aleyhlerine olanları saklayamayacaklarına; bu konuda dürüst davranmak zorunda olduklarına dayanmıştır<sup>64</sup>. Bu çerçevede, Arslan, dürüstlük kuralının medeni yargılama hukukunda geçerli olacağı kabul edildiğine göre, tarafların hükmün temelini oluşturacak vakılardan yalnızca lehlerine olanları açıklamalarının yeterli olacağını ve dürüstlük kuralının bir kimseyi kendi aleyhine sonuç doğuracak bir olayı kendiliğinden bildirmekle yükümlü kılamayacağını kabul etmenin bir çelişki teşkil edeceğini belirtmiştir<sup>65</sup>. Belgesay ise meseleyi şu sözlerle açıklamıştır: “Tarafların, hasımlarının iddia ve müdafaasının ispatına yarayacak olup ellerinde bulunan delilleri bildirmekle ve icabında mahkemeye teslim ile mükellef tutulmaları hüsnüniyet kaideleri icabındandır. Bazı hallerde, bir tarafın elinde bulunup, hasmının iddiasını ispata yarayan vesikaları mahkemeye teslim zorlanması bir adalet icabıdır. Tarafların birbirlerine karşı dürüst hareket etmek mecburiyetleri, hiç olmazsa bazı hallerde ellerinde bulunan vesikaların muayene edilmek üzere meydana çıkarılmasını iktiza ettirir. Hakim, münazaalı olan vaziyeti layıkıyla kavramak için mümkün olduğu kadar her tarafı elinde bulunan vasıtaları bildirmeye, teslim davet edebilmelidir. Taraflardan hiçbirinin, hakikati gizlemek, davanın haksız olarak kendi lehine neticelenmesini mümkün kılmak selahiyeti kabul edilemez”<sup>66</sup>.

---

uluslararası bir standart olduğuna hükmetmiş; ancak, bu hakkın mahkeme tarafından talep edilen belgeleri ibrazdan veya bir mahkeme emrine rağmen DNA, kan veya idrar örneği vermekten kaçınma hakkını kapsamadığını belirtmiştir [N. Mole/C. Harby, “The Right to a Fair Trial”, **HR Handbooks No. 3**, Belgium 2006, s.45].

<sup>63</sup> HMK Tasarısı m.34’te yer alan açık düzenlemeden önce de, hukukumuzda dürüstlük kuralının davada geçerli olduğu ve tarafların doğruyu söyleme ödevinin bulunduğu kabul edilmekteydi (Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.274, 275; Üstündağ, s.481-482; E. Tercan, “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, **Prof.Dr. Şakir Berki’ye Armağan**, Konya 1996, s.185-187; Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990, s.144-145; Alangoya, İlkeler, s.120-121; Bilge/Önen, s.299-301; Umar/Yılmaz, s.197; Postacıoğlu, Dersler, s.152, 179 vd.; Ansay, s.158-160; Arslan, s.117, 87 vd.). Doğruyu söyleme ödevi hakkında geniş bilgi için ayrıca bkz. Arslan, s.116-131; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.181 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.274-275; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.144-148.

<sup>64</sup> Arslan, s.117-118; Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.184-185; Alangoya, İlkeler, s.120; İ. Doğanay, “Türk Ticaret Kanununun Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme”, **Batider**, C.1, 1971, s.25; Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 78, İstanbul 1939, s.240; Belgesay, Deliller, s.68.

<sup>65</sup> Arslan, s.118.

<sup>66</sup> Belgesay, Deliller, s.68.



Diğer bir görüşe göre ise dürüstlük kuralı medeni yargılama hukukunda geçerli olmasına ve tarafların doğruyu söyleme ödevi bulunmasına rağmen, bu ödev, kendi aleyhlerine olan delilleri ibraz etmeleri mecburiyetini kapsamaz<sup>67</sup>. Doğruyu söyleme ödevi, tarafların iddia ve beyanlarında yalan söylememeleri şeklinde beliren bir kaçınma yükü veya gerçeği söylemeleri şeklinde beliren olumlu bir davranış yükü şeklinde ortaya çıkar. Ancak, ödevin bu ikinci cephesi, tarafların tüm gerçeği olduğu gibi söylemelerini, bir tarafın karşı tarafın beyanlarını açıklığa kavuşturmasını içermez<sup>68</sup>. Böyle olunca, senedatın ibrazı mecburiyeti, doğruyu söyleme ödevi ile açıklanamaz. Bu çerçevede, Atalay, HUMK m.326 vd.'nın temelinde ispat yükünü taşımayan tarafın vakıaların aydınlatılmasına olumlu bir biçimde katkıda bulunmakla yükümlü olduğunu ifade eden “açıklama ödevi”nin bulunduğunu söylemiştir<sup>69</sup>. Yazara göre, bu ödevin temelinde açıklama yapılması ve delillerin ibrazı konusunda somut bir maddi hukuk kuralı bulunmuyorsa, ancak bu takdirde dürüstlük kuralının yattığı söylenebilir. Oysa, HUMK m.326 vd. ile senedatın ibrazı mecburiyeti somut bir düzenlemeye bağlanmış olup, ispat yükünü taşımayan taraf ispat yükünü taşıyan tarafın asıl ispat konusunun delillerini göstermesine yardım etmeye (başka bir deyişle, iddiasını somutlaştırması yükünü<sup>70</sup> hafifletmeye) Kanun hükmü gereği zorlanmıştır<sup>71</sup>.

<sup>67</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.274, 472; Umar/Yılmaz, s.65, dn.77; Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı, s.80; Atalay, s.143-144. Yargıtay HGK 24/6/1964 tarih ve 4-776/487 sayılı kararında, “...Medeni Yasanın ikinci maddesinin 1 inci fıkrası hükmü usul alanında dahi uygulanır ise de, bu hüküm bir kimseyi durup dururken kendisine karşı sonuç doğuracak bir olayı kendiliğinden bildirmekle ödevli kılmaz” demek suretiyle bu hususu açıkça gözler önüne sermiştir (Arslan, s.118, dn.328).

<sup>68</sup> Atalay, s.144.

<sup>69</sup> Atalay, s.144. Rüssman, Alman hukukunda bazı yazarların medeni yargılama hukukunda “usuli gelişme” (*prozessuale Moderne*) yolunu gösterip, ispat yükü altında bulunmayan taraf hakkında genel bir açıklama ve yardım ödevi oluşturulmasına çalıştıklarını; bu bağlamda, istisnalar konusunda uzlaşarak, *<nemo tenetur edere contra se* ilkesinin gerçekten de terk edilmesi gerektiğini; zira, hakkaniyete uygun kararların ancak karara esas alınacak maddi vakıaların gerçeklere dayanması halinde verilebileceğini ve bu nedenle, her iki tarafın da gerçeği aydınlatacak şekilde yardım etmekle yükümlü olduklarını belirtmiştir (Rüssman, s.350-351). Belirtmek gerekir ki, Pekcanitez, Atalay ve Özekes, senedatın ibrazı mecburiyetinin kanun koyucunun davada aydınlatma ödevini taraflar açısından da kabul ettiğini gösterdiğini belirtirken (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.472), aslında tarafların açıklama ödevine işaret etmişlerdir. Meseleyi doğruyu söyleme ödevine dayandıran Arslan da, karşı tarafın ispata yarayacak vakıaları söylemek, bildiği veya sahip olduğu delilleri açıklamak ödevinin bulunduğunu kabul etmiştir (Arslan, s.89-90).

<sup>70</sup> Bilindiği gibi, somutlaştırma yükü, “tarafların, vakia iddiaları ve savunma sebeplerini, ispat ve delil gösterme faaliyetine esas teşkil edecek biçimde, münferit vakıaların bildirilmesi yoluyla kanunun veya usuli ilkelerin gerekli kıldığı ölçüde somutlaştırmaları konusundaki usuli yük”tür (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.432; Atalay, s.32-33). HMK Tasarısı m.198, f.1’de somutlaştırma yükü, “Taraflar, dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır” demek suretiyle açıkça düzenlenmiştir. Tasarı m.198, f.2’de yer alan “Tarafların, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri zorunludur” şeklindeki düzenleme ise somutlaştırma yükünün delillerle ilişkisini ortaya koymuştur. Bu fıkranın gerekçesi şöyle kaleme alınmıştır: “Uygulamada, tarafların iddia veya savunmada bulunurken yeterli araştırma yapmadan

## d) Fransız Hukukunda *Nemo Tenetur Edere Contra Se* İlkesi ve Senedatın İbrazı Mecburiyeti

### aa) Doktrin

Fransız hukukunda, kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağı kuralını taçlandıran klasik yaklaşım, hakimin re'sen hükmettiği alanları genişletmeye ve senedatın ibrazı mecburiyetini medeni yargılama hukukuna yerleştirmeye hizmet eden modern bir yaklaşım tarafından reddedilmiştir. Bu modern yaklaşımın amacı, taraflara davada dürüstlük ilkesini dayatmak olmadığı gibi, mutlak gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamak da değildir. Medeni yargılama hukukunda bir devrim değil, ancak bir evrim olarak nitelendirilebilecek olan yeni bir denge oluşturma çabasıydı<sup>72</sup>.

Modern yaklaşımın özü, tarafların gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla hakimle işbirliği yapmaları ödevine<sup>73</sup>; daha doğrusu, tarafların gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevine dayanmıştır. Çünkü, bir davada erişilmek istenen asıl amaç, hakimde kanaat uyandırarak öyle ya da böyle bir hüküm tesis edilmesini sağlamak değil, gerçeğe ulaşmaktır<sup>74</sup>. Davanın, tarafların sırf kendi uğurlarına savaştıkları bir alan olduğu inancı terk edilmelidir<sup>75</sup>.

Modern yaklaşım, *nemo tenetur edere contra se* ilkesine hakim olan “hakimin tarafsızlığı” kuralı ile çelişki halinde olmuştur. Bu kuralın modası çoktan geçmiş, terk edilmeye mahkum bir kural olduğunu; klasik yaklaşımın pozitif hukuk kuralları ile de mutlak bir çelişki içinde bulunduğunu<sup>76</sup> ve hakimin, davada aktif olarak rol

---

vakıalar ileri sürdükleri veya bunların delillerini ortaya koymadan dilekçeler verdikleri görülmektedir. Özellikle taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu davalarda, mahkemenin yargılamayı doğru yürütebilmesi ve makul bir sürede karar verebilmesi için, delillerin vakıalarla bağlantısı kurularak mahkeme önüne getirilmiş olması gerekir. Bu da, tarafların dayandıkları delilleri ve her bir delilin hangi vakıanın ispatı için kullanılacağını belirtmeleriyle mümkündür” (Bkz. HMK Tasarısı, s.234-235).

<sup>71</sup> Atalay, s.147, 157.

<sup>72</sup> Daigre, La production forcée, s.123.

<sup>73</sup> Bilindiği gibi, bu ödev, tarafların delillerin gösterilmesi konusunda ortaya koydukları davranışlar ve bunların hakim üzerindeki etkileri ile ilgilidir (Daigre, La production forcée, s.124).

<sup>74</sup> Frison-Roche, no.18.

<sup>75</sup> Frison-Roche, no.31.

<sup>76</sup> Bu çerçevede, “Taraflar, bir dilekçe ile, aleyhlerine kullanılan belgelerin bildirilmesini bunların kullanılmalarından itibaren üç gün içinde talep edebilirler” hükmünü içeren CPC m.188 (Daigre, La production forcée, s.120-121) ve bir belgenin hükme esas olan vakıa ile ilgili olması halinde, kendi

olarak, davanın karşı tarafını ya da üçüncü bir kişiyi elinde bulunan delilleri ibraz etmeye mecbur tutabileceğini savunmuştur<sup>77</sup>.

Modern yaklaşım, hakimin tarafsızlığına ilişkin kuralı, adalet politikası ve yargılama tekniği açılarından eleştirmiştir. Adalet politikası açısından yapılan eleştiri, klasik yaklaşımın hakimin delillerin araştırılması aşamasından dışlanmasını taraflar arasındaki eşitlik ilkesine bağlamasına yöneliktir. Gerçekten de, klasik yaklaşım, hakimin bu aşamaya müdahalesinin iki taraf açısından eşitsizliğe dayalı bir durum yarattığını savunmaktaydı. Modern yaklaşım ise tarafların davanın hiçbir aşamasında mutlak eşitlik içinde olmadıklarını; bu durumun, özellikle idari yargıda daha belirgin bir hal almış olduğunu; günlük yaşamda, medeni yargılama hukuku alanında da pek çok adaletsiz durumun ortaya çıktığını ifade etmiştir<sup>78</sup>. Buna göre, hakim, bu eşitsizliklerin dışında kalıp, onları yok sayamaz. Onun görevi, her ne pahasına olursa olsun uyumsuzluğu çözmek değil, aynı zamanda sosyal barışı da sağlamak ve bir konsensüs içinde tarafları uzlaştırmaktır<sup>79</sup>.

Yargılama tekniği açısından yapılan eleştiri, adalet politikası açısından yapılan eleştiriye göre daha yapıcıdır. Buna göre, hakim inkar edilemez bir şekilde tarafların ileri sürdükleri vakıalarla bağlıysa da, bu, bazı tahkikat önlemlerine re'sen başvuramayacağı anlamına gelmez<sup>80</sup>. Kanun koyucu, hakimin re'sen başvurabileceği tahkikat önlemlerini (isticvap ve keşif gibi) sıralamıştır. Klasik yaklaşım, bu önlemleri istisnai olarak nitelendirerek, görmezden gelmiştir. Hakimler, bu konuda daha cesur davranıp, hukuka uygun olarak elde edilebilecek delillere ilişkin tüm önlemlere re'sen başvurulabileceklerine hükmetmişlerdir. İçtihadın bu görüşünü benimseyen kanun koyucu, hakimlere, davayı daha iyi takip edebilmeleri için, gerekli önlemlere re'sen başvurma yetkisini tanımıştır<sup>81</sup>. Özellikle, hakimin, taraflara, talep üzerine ve bazı durumlarda re'sen emir verebileceğini ve bir imzanın sahteliğine, verdiği kararın kamuya ilan edilmesine bu yollarla hükmedebileceğini

---

iddiasına aykırı olsa bile, davacının bu belgeyi ibraz etmeye mecbur olduğunu öngören aynı Kanun m.480-10 (Viatte, s.407) örnek gösterilmiştir.

<sup>77</sup> Daigre, La production forcée, s.125.

<sup>78</sup> Daigre, La production forcée, s.127.

<sup>79</sup> Daigre, La production forcée, s.128.

<sup>80</sup> Daigre, La production forcée, s.129.

<sup>81</sup> Daigre, La production forcée, s.131.

düzenleyen CPC m.1036 hakim'in delillerin ikamesini re'sen emretmesi konusunda yasal bir zemin hazırlayarak, modern yaklaşımı taçlandırmıştır<sup>82</sup>.

Modern yaklaşım, ayrıca, klasik yaklaşımın beslediği hakim'in delillerin gösterilmesine müdahalede bulunmasına ilişkin korkunun yersiz olduğunu da vurgulamıştır. Bu korkunun temelinde, tarafların ihtilafli meseleye ilişkin tüm unsurları tartışmalarına engel olunmak istenmesi yatmaktadır. Aksine, modern yaklaşımla birlikte vicahilik ilkesi (*principe du contradictoire*) uygulama alanı bulacak; hakim, her iki tarafı da iddia ve savunmalarını temellendirmek üzere ellerinde bulunan delilleri mahkemeye ibraz etmeye mecbur tutacaktır<sup>83</sup>. Ayrıca, hakime tanınan bu yetki, önüne getirilen delilleri değerlendirme biçimi üzerinde de önemli bir etkiye sahip olacaktır. Çünkü, ihtilafın çözümü, bir belgenin ibrazından veya onun ibraz edilmemesinden etkilenecektir. Şöyle ki, ibraz kararını pozitif bir etki takip ettiğinde (belge ibraz edildiğinde), hakim ona yasal kurallar uyarınca ispat gücü verecektir. Böylece, gerçeğe ulaşma ihtimali artacak ve ispat yükünün kime düşeceğini belirlemeye daha az başvurulacaktır<sup>84</sup>. Hakim'in emrine karşı gelindiğinde ise delillerin takdiri daha nazik hale gelecektir. Gerçekten de, ibraz edildiğinde bir delile atfedilecek değeri belirleyebilmek ne kadar kolaysa, bir reddin değerlendirileceği biçimi belirlemek o kadar zordur<sup>85</sup>. Tüm bu görüşlerden sonra, yazarlar, *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin kapsamını daraltmak için, çok eski köklerini belirtip, bundan böyle yürürlükten kalktığını ileri sürmüşlerdir. Bu konudaki tartışma, neredeyse ilkenin tüm değerini inkar etmekle sonuçlanmıştır<sup>86</sup>. Kanun koyucu, mahkemelerin aracılığını alarak, ilk olarak çok dar bir alanda (4/8/1962 tarihli Kanun m.3 ile) hakime, vergi dairesinin elinde bulunan belgelerin ibrazını re'sen emretme yetkisi tanımış; daha sonra, 65-872 nolu 13/10/1965 tarihli bir Kararname ile önlem tüm belgelere uygulanabilir kılınmış ve ibrazın yetkili

---

<sup>82</sup> Daigre, La production forcée, s.131. Daigre, bu hükmün, başlangıçta oldukça dar yorumlanarak, kanun koyucunun hakime tam anlamıyla bir kolluk görevi verdiği şeklinde anlaşıldığını; bu anlayış mantıklı gözükse de, kanun koyucunun niyetinin başka olduğunu; burada, hakime, ilk aşamada davanın düzenini koruma yetkisi, sonraki aşamada ise tüm duruşma boyunca genel bir re'sen hareket etme ve emir verme yetkisi tanımak istediğini söylemiştir. Yazara göre, CPC m.1036 sırf hakim'in davanın düzenini koruma yetkisi şeklinde yorumlanırsa, bu, oldukça yüzeysel bir tespit olur. Hakime verilmiş olan bu yetki, onun *imperium* görevinin açığa çıkarılarak, *jurisdictio* görevinin tamamlanmasından başka bir anlam taşımaz. Bu iki kavram, hakim'in re'sen hareket etmesinin unsurlarını oluştururlar (Daigre, La production forcée, s.132).

<sup>83</sup> Daigre, La production forcée, s.129.

<sup>84</sup> Marraud, no.22.

<sup>85</sup> Marraud, no.23.

<sup>86</sup> Daigre, La production forcée, s.142.

hakim tarafından daima re'sen emredilebileceği kabul edilmiştir<sup>87</sup>. Bu ilerlemeye rağmen, denilebilir ki, 1972 tarihli Reforma kadar senedatın ibrazı mecburiyeti medeni yargılama hukukunda tam olarak bir yer edinmemiştir. Çünkü, bu Reformdan önce pozitif hukuk bu imkanı doğrudan doğruya ve üçüncü kişilere de teşmil edilebilecek bir şekilde tanımamaktaydı.

### bb) İctihat

Fransız içtihadı, teorik endişelerden ziyade pratik sebeplerle şekillenmiştir. Gerekçeler, pragmatizmden ödünç alınmış; ancak, bahsedildiklerinden daha az açıklanmışlardır. Bu konudaki kararlar, iki kategoride sınıflandırılmışlardır: Bazıları, ibraz mecburiyetine başvuruyu adil ve meşru kılmak için, olayın şartları içinde hakkaniyete (*équité*) dayanmışlardır. Diğerleri, karara dayanan akımı (*courant décisif*) temsil etmişler ve taraflara yükletilebilecek gerçek bir ibraz mecburiyetini hukuka uygunluk (kanunilik) ödevine (*devoir de loyauté*) bağlamışlardır<sup>88</sup>.

Hakkaniyete dayandırılan kararlar, 1920'li yıllarda sorumluluk sigortası alanında yeni bir akımın ortaya çıkması ile şekillenmişlerdir. Bu yıllarda, bir kazanın mağduruna, uğradığı zararı karşılamakla yükümlü olan sigortacıdan, elindeki poliçeyi ibraz etmesini isteme yetkisi tanınmıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi 14/6/1926 tarihli bir kararında, zarar görenin (mağdurun) zarara yol açanın işletmesine karşı doğrudan doğruya dava açabileceğine hükmetmiştir. Çözüm, en azından bazı kesin pratik nedenler için tanınmakta ve sunulan garantinin ekonomisine dayanmaktaydı. Çünkü, sorumluluk sigortası, üçüncü kişi yararına bir sözleşme olarak ortaya çıkmaktaydı<sup>89</sup>. Daigre, çözüme kavuşturulmuş olan bu sorunda zorluğun sırf ötelendiğini söylemiştir. Bu doğrudan davanın etkisi ne şekilde sağlanabilirdi? Mağdur, sonuç olarak, işletme tarafından riskin karşılanacağı hususunu ispat etmek durumundaydı. Bunun tek yolu ise poliçeden geçmekteydi. Öte yandan, varsayım olarak, mağdur bu poliçeyi elinde bulundurmamaktaydı. Sorumlu kişi dava ile bağlı bulunuyorsa, buradaki güçlük teorik olarak kalıyordu; çünkü bu kişi, işletmenin garanti edilen tutara mahkum edildiğini görmek isteyecekti. Ancak, şartlar öyle gelişebilirdi ki, kişi ölmüş olabilirdi; yani, davada taraf olarak

<sup>87</sup> Marraud, no.2.

<sup>88</sup> Daigre, La production forcée, s.133.

<sup>89</sup> Daigre, La production forcée, s.133-134.

bulunmayabilirdi. Bu durumda, mağdur, silahsız biçimde sigortacı karşısında yalnız kalacak ve sigortacı, *nemo tenetur edere contra se* ilkesine sığınarak, poliçeyi ibraz etmekten kaçınabilecekti. Doğrudan dava, bu bağlamda etkisiz kalmıştır<sup>90</sup>.

Varsayımlar çok akıcı değildir; içtihat da, zaten hemen oluşmamıştır. Bir ihtilafli meselenin ortasında zorluk ortaya çıkar çıkmaz mahkemeler harekete geçmekteydiler. Asıl müdahale gerekçeleri, durumun kendilerine hakkaniyetsiz gözükmesiydi. Örneğin, Rennes İstinaf Mahkemesi, 14/6/1928 tarihinde, önüne getirilmiş olan istisnai bir olayda şu şekilde karar vermiştir: Kendisinin zararı karşılama yükümlülüğü olmadığını gerekçe göstererek poliçeyi ibraz etmekten kaçınan, zarara yol açandır. Bir tarım işçisi, uğradığı bir iş kazasından sonra, bu kazaya sebep olan kişi hakkında dava açmıştır ve bu davada, zarara yol açan kişinin sigortalı olduğunu ileri sürmüştür. İşveren, zarara yol açanın söz konusu kazadan sonra sigortalandığını bildirmiştir. Mahkeme ise davalının elindeki poliçeyi ibraz etmesini emretmiş; bu emre riayet etmemesi halinde, kendisini davayı kaybetmekle tehdit etmiştir<sup>91</sup>. Bir sene sonra (26/12/1929 tarihinde), Paris Mahkemesi, benzer bir olaya bakmıştır. Bu olayda, mağdur, doğrudan doğruya ve sırf sigortacıya karşı hareket etmiştir. İstinaf Mahkemesi, mağdurun haklarının korunması için tek çare olarak gördüğü sigorta sözleşmesinin ibrazını emretmiştir. Mesele, aynı Mahkeme önündeki iki olayda yaklaşık otuz yıl sonra (21/12/1961 ve 31/12/1961 tarihlerinde) tekrar ortaya çıkmıştır. Bu kere, sonuç oldukça özgündü; mağdur, ilk defa tazminatla tatmin edilmiştir. Yirmi yıl sonra, tekrar, durumundaki ağırlaşma nedeniyle tamamlayıcı bir tazminata hak kazanmıştır. Tamamlayıcı tazminat kavramı hakimler tarafından ortaya konmuştur<sup>92</sup>. Sigortalı ortadan kaybolduğu için tek sorumlu olarak kabul edilen sigorta şirketi, bu ek tazminat borcunu üstlenmekten kaçınmıştır. Şirket, buna gerekçe olarak, parasal sıkıntı nedeniyle üstlendiği garantinin uzun süredir sınırlı olduğunu ileri sürmüştür<sup>93</sup>. O zaman yürürlükte olan Fransız Ticaret Kanunu m.10 ve 30/12/1938 tarihli bir Yönetmelik m.183'de belirtilen (belgelerin tanzim edilmelerinden itibaren on sene sonra arşivlerden yok edileceğine ilişkin) kural uyarınca poliçe yok edildiğinden, bunun ibrazı mümkün olamamıştır. İki kararda da, bu nokta üzerinde durulmayarak, davanın kaybedilmesi tehdidi altında ibraza şöyle

<sup>90</sup> Daigre, La production forcée, s.134.

<sup>91</sup> Marraud, no.14; Daigre, La production forcée, s.134.

<sup>92</sup> Daigre, La production forcée, s.134.

<sup>93</sup> Daigre, La production forcée, s.134-135.

emredilmiştir: “Mağdura yüklenemeyecek olan bir nedenle sigortalı ortadan kaybolursa, poliçeyi ibraz etmesi gereken, sözleşmenin diğer tarafı olan sigortacıdır. Bu durum, CC m.1315<sup>94</sup> ile uyarlı değildir. Böyle olmakla birlikte, bu madde sıkı biçimde uygulanırsa, bu kere poliçenin ibrazından kaçınılması halinde kanun tarafından kendisine doğrudan dava açma hakkı tanınan mağdur bu hakkını kaybedebilecektir”<sup>95</sup>.

Hakkaniyet, tüm bu kararlar açısından önemli bir gerekçedir. Çünkü, ispat yüküne ilişkin sert ilkelerin yumuşatılmasına dayanmaktadır. Bu kavrama başvurulmuş olması, oldukça geniş sonuçların ortaya çıkabileceğini göstermiştir. Hakkaniyete açılan geniş kapı, hakimin yetkilerindeki artışı ifade etmiştir<sup>96</sup>.

Kanunilik ödevi üzerine inşa edilen ibraz mecburiyetine gelince, 19. yüzyılın sonlarına doğru bu ödevden hareketle bir akımın ibraz mecburiyeti lehine tavır takındığı söylenebilir. Bunun için, iki ayrı teknik kullanılmıştır. İlki, bir tahkikat önlemine dayanmaktaydı: Bilirkişilik. Klasik doktrin bundan çekinmemiştir; belki de, tehlikeyi görememiştir. Diğer teknik ise aynı zamanda kabul edilmiştir ve daha doğrudandır: Pek çok karar, hakime, tarafların iddia ve savunmalarını doğrulamaya yarayan belgelerin hukuka uygun olarak ibrazını emretme yetkisi vermiştir<sup>97</sup>.

Bilirkişilik kurumu, bilirkişiye, görevini yerine getirmesi amacıyla taraflardan gerekli belgelerin ibrazını talep etme yetkisi vermektedir. Mantıklı olunursa, bu, ibraz önleminin bir ilavesi niteliğinde olabilir. Ancak, bir varsayımda, o da, ibrazın bilirkişiliğin yegane konusu olduğu halde, bu tekniğin etkisi normal amacından saptırılarak sağlanmıştır. CPC zamanında metinlerde bu konu düzenlenmemiştir. İçtihat ve doktrin ise tarafların bilirkişiye görevini ifa etmesinde yardımcı olmaları gerektiğini oybirliği halinde kabul etmekteydi. Bu da, bilirkişinin sahip olması

<sup>94</sup> Bkz. s.28, dn.111.

<sup>95</sup> Daigre, La production forcée, s.135. Chambéry Mahkemesi'nin önüne de benzer olaylar getirilmiştir. 10/2/1952 tarihli bir kararında Mahkeme, CC m.1315'i sert olarak uygulayarak, kendisini sınırlandırmış ve olayda, poliçenin ibrazı talebini reddetmiştir. 27/3/1963'te ise eski içtihadına geri dönerek, bir sigorta şirketini ibraz ile yükümlü kılmıştır. Mahkeme, kararını şöyle gerekçelendirmiştir: “*Nemo tenetur edere contra se* ilkesi, üçüncü bir kişinin kendi aleyhine (zararına) delil göstermek suretiyle ibraza zorlanmasını yasaklar. Burada, kişilerin hepsinin davayla bağlı olduklarını (davanın tarafı olduklarını) tespit etmek gerekir”. Bu karar, ibrazı davaya ilişkin hukuki bağ ile gerekçelendirerek, kendisini meşru kılmıştır. Taraflar açısından davadan kaynaklanan bir zorunluluğu içermektedir. Bu, ibraz mecburiyetidir (Daigre, La production forcée, s.135-136).

<sup>96</sup> Daigre, La production forcée, s.135.

<sup>97</sup> Daigre, La production forcée, s.136.

gereken tüm belgelerin kendisine tevdi edilmesiyle mümkün olacaktı. En fazla karşılaşılan varsayım, muhasebeci-bilirkişinin atanması olmuştur. Bu kişi, tarafların hesaplarını kontrol ederken, doğal olarak onların defter ve kayıtlarını da talep edip, inceleyebilmekteydi. 22/3/1897 tarihli bir karardan bu yana Temyiz Mahkemesi, tarafları, yapacağı incelemelerde bilirkişiye kolaylık göstermeye mecbur kılmıştır. Hakim, bilirkişinin taleplerinin sürekli ve ısrarlı bir şekilde karşılıksız kalması halinde, ibrazdan kaçınan taraf aleyhine rahatlıkla karar verebilmekteydi<sup>98</sup>. Reforma kadar olan süreç içinde bu içtihat yinelenmiştir. Pek çok defa kararlar, miras hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar hakkında verilmişlerdir. Hakimin, bilirkişinin mirasçıların hesaplarını kontrol edebileceğine hükmetme yetkisinin bulunduğu vurgulanmıştır. İçtihat, işvereni de, çalıştırdığı ücretlinin maaşını düzgün ödeyip ödemediğinin müfettiş tarafından denetlenmesi için, gerekli belgeleri ibraz etmeye mecbur ederek müdahalede bulunmuştur<sup>99</sup>.

Bu içtihadın özelliği, bilirkişinin kendi görev tanımına uygun olarak oluşturulmuş olmasıdır. Böylece, hakimler, bilirkişinin asli görevini yerine getirmesini kolaylaştırmışlardır. Bilirkişilere, kendilerine gerekli olan tüm belgeleri talep etme yetkisi verilmiştir. Sunduğu kolaylıkların fazlalığı sebebiyle bu tahkikat önlemi daha sonra amacından sapmıştır<sup>100</sup>. Bu noktada, bilirkişinin el koyma yetkisiyle donatıldığı “*expertise-perquisition*” kurumundan bahsetmek gerekir. Yayınlanmış kararlardan sırf bir tanesi bu duruma örnek teşkil etmiştir. Mağdurun, uğradığı kaza sonucu sorumluluk altına giren kişinin sigortacısından zararını tazmin edemeyip, mahkemeye başvurması üzerine olay adli bir boyut kazanmıştır. Mağdur, doğrudan dava açma yoluna başvurmuş; davalı sigorta şirketi, sorumlu kişiyi hiç sigortalamadığını bildirmiştir. Mahkeme ise bir bilirkişi atamış ve ona, şirketin merkezinde kazanın sorumlusunun adının geçtiği bir poliçenin bulunması görevini yüklemiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi, 22/3/1962 tarihli kararında, bilirkişinin atanmış olmasını olayın şartları içinde hukuka uygun bularak, temyiz başvurusunu reddetmiştir<sup>101</sup>. Daigre, bu kararın, istisnai ve amacı aşan bir nitelikte olduğunu; kendince, hakimin gerçeğe yaklaşma ve uzun süreden beri kapalı kaldığı kısır döngüden kurtulma arzusunu ifade ettiğini belirtmiştir. Oysa, bu kurum, son çare

<sup>98</sup> Daigre, La production forcée, s.137.

<sup>99</sup> Daigre, La production forcée, s.137.

<sup>100</sup> Daigre, La production forcée, s.137-138.

<sup>101</sup> Daigre, La production forcée, s.138. “Bu poliçenin ibrazı, hakime ispat açısından azami oranda kanaat sağlayacaktı” ( Marraud, no.28).



olarak uygulanmalıydı. Zira, bir çelişkiye dayanmaktaydı: Hakimler, bunu, tarafsızlık ilkesine zarar vermemek için kullanmaktaydılar. Öte yandan, bu durum, bilirkişilere kendilerine bahşedilenlerden çok daha fazlasına sahip olma imkanı tanımaktaydı<sup>102</sup>.

İbraz mecburiyetini bilirkişilik kurumuna bağlı ek bir önlem olarak gören bu akımdan başka, bu mecburiyeti bağımsız bir tahkikat önlemi olarak kabul eden bir akım da mevcuttur<sup>103</sup>. Bu çerçevede, ibraz mecburiyeti 19. yüzyılın sonlarına doğru somutlaşmıştır. Bu konudaki ilke kararı, Fransız Temyiz Mahkemesi tarafından 17/6/1879 tarihinde verilmiştir. Olayda, Paris Mahkemesi, terekeye ilişkin bir envanterin ibrazı talebini reddetmiştir. Çünkü, davacı, davayı açarken ortaya koyduğu iddialar göz önünde bulundurulduğunda, miras ilişkisine yabancıydı. Yüksek Mahkeme, olabildiğince ihtiyatlı bir şekilde ve ilk defa olarak, şu sözlerle hakimın ibrazı emredebileceğine hükmetmiştir: “Gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla mahkemeler, önceden bildirilmemiş ya da kullanılmamış tüm belgelerin ibrazını emredebilirler. Hakimler, bu tahkikat önlemine, ancak kendilerine ciddi gelen gerekçelerin bulunması halinde başvurabilirler”<sup>104</sup>. Böylece, içtihat, ibraz mecburiyetini somut bir şekilde ortaya koymuş ve bu mecburiyeti gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ile gerekçelendirmiştir. Burada, Fransız doktrini ve uygulamasının ilk defa aynı noktada birleştikleri görülmektedir: Gerçeğin ortaya çıkarılmasına

<sup>102</sup> Daigre, La production forcée, s.138.

<sup>103</sup> Büyük kanunlaştırma hareketlerinin sona ermesinden önce (özellikle, 1806 tarihli CPC’nin kabulünden önce), içtihat, şahsi bir dava niteliğini verdiği *ad exhibendum* davasını uygulamaktan çekinmemiştir. CPC’nin ertesinde bu sorun ender olarak mahkemelerin önüne getirilmiş ve her defasında olumsuz sonuçlanmıştır. Bu dönemde, belgelerin mecburi ibrazına ilişkin örnekler sırf Belçika’da rastlamak mümkün olmuştur. Gerçekten de, Belçika (ve özellikle Brüksel) mahkemeleri, ibraz mecburiyetini tartışmasız olarak kabul etmiş ve uygulamışlardır. Buna gerekçe olarak, *ad exhibendum* davası pek çok metinde yer aldığı halde, *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin hiçbir Kanun metninde öngörülmemiş olduğu gösterilmiştir (Daigre, La production forcée, s.138-139).

<sup>104</sup> Daigre, La production forcée, s.140; Marraud, no.2, dn.11. İsviçre Adalet Mahkemesi de, 17/4/1959 tarihli bir kararında, kısa ve özlü olarak, davayı gerçeğe yakın ölçüde daha iyi sonuca bağlayabilmeye izin veren bir belgeyi ibraz etmeye bir tarafı davet etmek konusunda hakimi yetkilendirmiştir. Aynı Mahkeme 14/3/1969 tarihli başka bir kararında, tarafların ihtilafı meseleyi aydınlatmak amacıyla mahkemeye yardım etmekle yükümlü olduklarını; bu yardımlarının mahkeme için gerekli olduğunu; gerçeği ortaya çıkaracak nitelikteki tüm belgeleri birbirlerine bildirerek, birbirlerine yardımcı olmayı görev bilmeleri gerektiğini belirtmiş ve olayda, satış fiyatının sözleşmede kararlaştırılan kriterlere göre belirlenip belirlenmediğini saptayabilmek için, ticari işletmenin sahibinden (satıcıdan) tüm fatura ve ticari defterlerinin ibrazını isteyen yerel mahkeme kararını onamıştır. Mahkemenin, bu kararla, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevini yadsınamaz bir şekilde evrimleştirdiği söylenmiştir (Jeandin, s.386). Belgeleri ibraz ödevini içeren İsv. Taslağı m.152 vd. katkıda bulunma yükümlülüğü ve kaçınma hakkını düzenlemiştir. Buradaki “katkıda bulunma yükümlülüğü”, maddi vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğüdür (Atalı, “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.3, İstanbul 2006, s.624).

katkıda bulunma ödevi. Oysa, kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağı kuralı benzer bir işbirliğini dışlar. Davacının istediği belgeyi ibraz ettiğinde, davalı, kuşkusuz gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunmuş olur. Onun tarafından bakıldığında ise kendi zararına hareket etmiş olduğu açıktır. İlkenin bu haklı direnişine rağmen, kanun koyucu, çok geçmeden (5/7/1972 tarih ve 72-626 sayılı Kararname m.12 ile CC'ye eklenen m.10, f.1 ile) bu ödevi meşrulaştırmış; böylece, uzun süren bu ihtilafa son vermiştir. Buna göre, “Herkes, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla adalete katkıda bulunmakla yükümlüdür”<sup>105</sup>. Gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi, ispat yükü kendisine düşen tarafın, iddiasını ispat etmek için göstereceği deliller kendi elinde bulunmadığında davayı kaybedeceğini ifade eden klasik anlayışı temelinden sarsmıştır<sup>106</sup>.

Sonuç olarak, söylenebilir ki, *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin terk edilip edilmeyeceği; edilecekse, bunun kapsam ve şartlarının nasıl tayin edileceği konusunda Reformdan önce Fransız mahkemeleri genişçe topa tutulmuşlardır. İlke kararına rağmen, ibraz mecburiyetini kabul etmeye eğilimli (yine de, oldukça çekingen) bir akım hariç, böyle bir imkanı kabul etmek ve uygulamak konusunda oybirliği halinde olmamış; bu noktada iyi niyete sahip olduklarını gösterecek de, önlemin yürürlüğe konulması şartları hakkında çok duraksamışlardır<sup>107</sup>. 20. yüzyılın ikinci yarısına gelindiğinde, içtihat, ibraz mecburiyetine olumlu bakar hale dönüşmüştür. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin her dairesi, günden güne verdikleri kararlarda, tarafların ibrazı talep etmelerine izin verilmesi gerektiğine hükmetmişlerdir<sup>108</sup>. Bunun için, kararlarında farklı gerekçelere başvurmuşlardır. Bu çerçevede, bazen bir Kanun metnine, çoğunlukla CPC m.188'e<sup>109</sup> dayanmışlardır. Ancak, genel olarak içtihat, metinsel temeli olmayan bir gerekçeyle, gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki menfaat ile şekillenmiştir<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Marraud, no.5; Couchez, La production forcée, no.11; M. Boitard/A. Boquet, “Réflexions sur la communication d'une pièce imposée par le juge dans le procès civil”, **Gaz. pal. du 13 novembre**, 1976, s.639; Couchez, Procédure, s.246; Couchez/Langlade/Lebeau, s.298.

<sup>106</sup> Frison-Roche, no.22.

<sup>107</sup> Marraud, no.2.

<sup>108</sup> Daigre, La production forcée, s.140-141.

<sup>109</sup> Bkz. s.19, dn.76.

<sup>110</sup> Daigre, La production forcée, s.141.

#### 4) İbraz Mecburiyetinin İspat Yüküne Etkisi

Davanın tarafları arasındaki hukuki ilişkiler (maddi hukuk) ile ilgilenmeksizin, sırf ispata ilişkin çıkarı göz önüne alarak ispat yükü kuralını genel olarak düzenleyen MK m.6 (İsv.MK m.8) uyarınca ileri sürülen bir vakıanın, bu vakıadan lehine haklar çıkaran tarafça ispat edilmesi gerekir<sup>111</sup>. Bir vakıanın ispatını sağlayacak delillerin ikamesine gelince, bu, kural olarak o vakıayı ileri sürene düşer. Ancak, bazen ispat yükünü taşıyan tarafın göstereceği deliller karşı tarafın elinde bulunabilir. Böyle bir durumda, karşı tarafın, gösterilecek delilleri ortaya koymaktan kaçınarak, ispat yükünü taşıyan tarafın ispat yükünü yerine getirmesini önlemeye çalışması mümkündür<sup>112</sup>. Gerçekten de, bu durumda karşı taraf, kendisinden ibrazı istenen belge kendi işine yaramadığı halde, hatta kendi zararına olarak hareket etmek istemeyecek; ispat yükünü taşıyan tarafı ispatsız durumda bırakarak ve kendi eksik yardım yükümlülüğüne dayanarak, davada başarılı sonuç elde etmeyi tercih edecektir<sup>113</sup>. *Nemo tenetur edere contra se* ilkesi düşünüldüğünde, (ispat yükünü taşımayan) karşı tarafın bu davranışı, doğal da sayılacaktır. Böyle olmakla birlikte, kural, ileri sürülen bir vakıanın ispat edilmemesinin sonucuna ispat yükünü taşıyan tarafın katlanacağı yönündedir<sup>114</sup>.

Kural, ispatsızlığın riskini ispat yükünü taşıyan tarafın üstleneceği yönünde ise de, ispat yükünü taşımayan karşı taraf ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyetine yardımcı olmak şeklinde beliren açıklama ödevine muhatap olduğundan, bu ödevin ihlali halinde ispat yükünün yer değiştirip değiştirmeyeceği tartışılabilir. Bu çerçevede, Atalay, açıklama ödevinin, ispatsızlık halinin aşılmasına hizmet ediyorsa da, ispat yükü ile ilgili bir mesele olmadığını; bir tarafa açıklama ödevinin yüklenmesinin ispat yükünün de o tarafa geçtiği anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Yazara göre, örneğin, açıklama ödevi bulunan karşı taraf elindeki belgenin kaybolması sebebiyle vakıanın aydınlatılmasına katılamıyorsa ve bu sebeple vakıa

<sup>111</sup> Kuru, C.2, s.1975; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.338; Kuru/Arslan/E. Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku**, 16.Bası, Ankara 2005, s.421; Üstündağ, s.615; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.423; Umar/Yılmaz, s.86-87; Jeandin, s.379. Fransız hukukunda, bu hükme benzer genel bir ispat yükü kuralı mevcut değildir. Bu konudaki en önemli hüküm, CC m.1315'te yer alan "Bir borcun yerine getirilmesini isteyen kimse, bu borcu ispat etmek zorundadır. Buna karşılık, borçtan kurtulmuş olduğunu iddia eden kimse, borcun yerine getirildiğini veya borcun düşmesi sonucunu doğuran olayı ispat etmek zorundadır" şeklindeki hükümdür (Umar/Yılmaz, s.74).

<sup>112</sup> Arslan, s.89.

<sup>113</sup> Rüssman, s.350.

<sup>114</sup> Arslan, s.89; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.419, 420; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.336-337.

açıklığa kavuşmamış ve belirsizlik hali doğmuşsa, belirsizliğin riski yine ispat yükünü taşıyan tarafa aittir ve onun aleyhine ispat yüküne dayanan bir kararla talebi reddedilecektir<sup>115</sup>. Umar ve Yılmaz ise meseleye açıklama ödevinden bağımsız olarak yaklaşmış ve sırf ispat zorluğu ya da imkansızlığının ispat yükünü taşıyan tarafı bu yükten kurtarmaya yetmeyeceğini söylemişlerdir<sup>116</sup>.

Fransız hukukunda Boitard ve Boquet, ibraz mecburiyetinin ispat yükünü davacının taşıdığı eski geleneği önemli ölçüde değiştireceğini söylemişlerdir. Yazarlara göre, bundan böyle medeni yargılamanın özel hukuktan neşet eden nitelikleri önemli ölçüde zedelenecektir. NCPC m.1'de davanın ancak tarafların inisiyatifi ile açılacağı ve yine onların talebiyle sonlandırılacağı belirtilmişse de, dava üzerindeki tasarruf hakları önemli ölçüde sarsılacaktır. Dava, her iki taraf açısından da artık ibrazı istenen belgenin ispat gücüyle orantılı olarak bir belirsizliğe doğru sürüklenecektir. Hakimin, davacının haklı olup olmadığına göre değil, iddiasını ispatlamak için hangi delilleri ve ne ölçüde ibraz ettiğine ve davalının karşı delil ortaya koyup koymadığına göre kararını vereceğini ifade eden klasik doktrin maddi gerçeğe ulaşılması amacıyla ciddi biçimde sorgulanmaktadır. Ahlaki açıdan bakılırsa, kanun koyucunun iradesine karşı koymak mümkün gözükmeseyse de, ibraz mecburiyetinin kabulü hakimin yargılamadaki gücünü ciddi biçimde arttıracaktır<sup>117</sup>. Bu konuda, Marraud ve Daigre, ibraz mecburiyetinin ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmayacağını; sadece davalının davacının delil ikamesi faaliyetine aktif bir şekilde katılmakla yükümlü kılındığını ve böylece delil ikamesinin kolaylaştırılmış olacağını söylemişlerdir<sup>118</sup>. İspat zorluğu veya imkansızlığı ile ispat yükünün yer değiştirmesi kavramlarını zaman zaman birleştiren bağın ise tamamen

<sup>115</sup> Atalay, s.146.

<sup>116</sup> Umar/Yılmaz, s.67.

<sup>117</sup> Boitard/Boquet, s.639. Yazarlar, bu görüşlerini Paris İstinaf Mahkemesi'nin 7/3/1972 ve 8/7/1976 tarihli kararları üzerine şekillendirmişlerdir. Gerçekten de, ilk kararında Mahkeme, *nemo tenetur edere contra se* ilkesini adeta hiçe sayarak, nafaka alacağına değişiklik yapılmasına ilişkin olan bu davada, davalı eşin, kendi çıkarlarına aykırı olsa da, maaş bordrolarını ve ödeme makbuzlarını ibraz etmeye mecbur olduğuna hükmetmiştir. İkinci olayda, davacı, dava görülüp hüküm tesis edildikten sonra hükme esas olabilecek (fakat hükümde dikkate alınmamış olan) bir belgenin ibrazını üçüncü kişiden talep etmiş; ancak, bunun sadece bir örneğine sahip olabilmıştır. Davacı, buna tüm gücüyle karşı çıkmış ve belgenin aslının ibrazını talep etmiştir. Mahkeme, yapılan inceleme sırasında söz konusu belgenin aslının üçüncü kişinin elinde bulunduğu tespit edildiğini belirterek, NCPC m.11'in değil, belgenin aslının ibrazını emreden 27/10/1964 tarihli bir Kararname'nin uygulanması gerektiğine; bu bağlamda, üçüncü kişi tarafından belgenin aslının, karara hükmedilmesinden itibaren on beş gün içinde mahkeme kalemine ibrazına ve temyizi kabil olmayan bu kararın üçüncü kişiye derhal tebliğine karar vermiştir (Boitard/Boquet, s.638; ilk karar için ayrıca bkz. Couchez, La production forcée, no.15).

<sup>118</sup> Marraud, no.27; Daigre, La production forcée, s.271.

tesadüfi olmadığı; gerçekten de, mahkemelerin, bazen davacının ibraz talebini onu ispat yükünden kurtaracağı gerekçesiyle reddettikleri; bazen de, açıkça ispat yükünün yer değiştirdiğine hükmettikleri<sup>119</sup> belirtilmiştir<sup>120</sup>.

Açıklama ödevinin ihlalinin, daha genel olarak ispat zorluğu ya da imkansızlığının ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmayacağı belirtildikten sonra, bu ödevin ihlali ile “delil ikamesinin engellenmesi”ni birbirinden ayırt etmek ve bu kere, delil ikamesinin engellenmesi halinde ispat yükünün<sup>121</sup> yer değiştirip değiştirmeyeceğini tespit etmek uygun olacaktır. Bu halde, öncelikle açıklama ödevinin ihlalinde bir ihmal (kaçınma), yani olumsuz bir davranış (hareketsiz kalma) söz konusuysa, delil ikamesinin engellenmesinde karşı tarafın lehine olan delilleri yok etmek veya gizlemek, yani olumlu bir davranışın söz konusu olduğu söylenmelidir. Delil ikamesinin engellenmesi, ispat yükü kendisine düşmeyen tarafın, karşı tarafça gösterilebilecek bir delili kusuru ile veya kasten karşı tarafın bu delilden yararlanmasını önlemek için ortadan kaldırması; başka bir deyişle, ispatı çok güç veya imkansız hale getirmesidir. Bu, dava sırasında olabileceği gibi, davadan önce de gerçekleşebilir<sup>122</sup>.

<sup>119</sup> Marraud, no.28; Daigre, La production forcée, s.270.

<sup>120</sup> Böyle olmakla birlikte, Paris İstinaf Mahkemesi 1970 tarihli bir kararında, ibraz kararının ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmayacağına açıkça hükmetmiş; hatta, davacıyı, taşıdığı ispat yükünü yerine getirmesi konusunda dikkatlice uyarmıştır. Marraud’ya göre, Mahkemenin gerekçesi, (davacıya, ona faydalı olabilecek belgeleri sağlama imkanı veren ayrıcalık olması açısından) ispat hakkının varlığı benimsenirse, cezbedici görülebilir. Yine de, Mahkeme, olayda gerekçesini sınırlı bir şekilde sergilemiştir: “İbraz mecburiyetinin varlığı, davacı yanında davalıyı da sahip olduğu ispat hakkını kullanmak konusunda yetkilendirir” (Maraud, no.20).

<sup>121</sup> Atalay’ın da belirttiği gibi (Atalay, s.126), doktrinde ispat yükünün yer değiştirmesinden söz edilirken, bundan objektif ispat yükünün mü subjektif ispat yükü anlamına gelen delil ikame yükünün mü kastedildiği açık değildir. Bunun nedeni, objektif ispat yükünü taşıyan taraf çoğu kez delil ikame yükünü de taşıdığından (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.366; Jeandin, s.380; Arslan, s.89; Umar/Yılmaz, s.34), bu iki kavramın içiçe geçmiş olmasıdır. Oysa, objektif ispat yükü, “belli bir olayın gerçekleşmiş olup olmadığının anlaşılabilmesi, yani olayın ispatsız kalması yüzünden hakimin aleyhte bir kararıyla karşılaşmak tehlikesi”dir (Umar/Yılmaz, s.3; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.422; Atalay, s.9; Üstündağ, s.613). Delil ikame yükü ise “aleyhte bir karar verilmesi tehlikesi yolundaki yaptırım ortadan kaldırmak amacıyla, taraflardan birine düşen kendi delil gösterme işiyle, belli bir olay hakkında kendi iddiasının doğruluğu veya karşı tarafın iddiasının asılsızlığı hakkında hakimde kanaat sağlamak yükü”dür (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.426; Jeandin, s.380; Umar/Yılmaz, s.34; Atalay, s.16-17).

<sup>122</sup> Atalay, s.126. Bir doktorun hastalık için tutulan belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınması veya bu belgeleri yöntemine göre saklamaması ya da düzenlemeyi kusuruyla savsaması, ispatla yükümlü olmayan kişinin hakkında çekişme bulunan olay hakkında büyük bir olasılıkla hüküm içeren vasiyet belgesini yok etmesi, örneğe göre satımda satımın örneğe uygun olduğunu ispatla yükümlü bulunmayan alıcının kendisine verilmiş olan örneği muhafaza etmeyip atması, davalı doktorun bilirkişi raporuna dayanak yaptığı röntgen filmlerini mahkemeye sunmaktan kaçınması gibi örnekler, Alman hukukunda delilleri yok etmek olarak kabul edilmiştir (Umar/Yılmaz, s.63).

Delil ikamesinin engellenmesinin yaptırımı, yani burada ispat yükünün yer değiştirip değiştirmeyeceği konusunda doktrinde iki farklı görüş oluşmuştur. Arslan'a göre, delil ikamesinin engellenmesi halinde, ispat yükünün yer değiştirmesi ve iddianın aksinin ispatı yükünün dürüst davranmamış olan tarafa geçmesi gerekir<sup>123</sup>. Çünkü, dürüst olmayan davranışların davada hukuki sonuç doğurmasını önleme yanında, ispat yükünün tersine çevrilmesi de dürüstlük kuralına uygun olmayan davranışları önlemede daha etkili olacaktır. Başka bir deyişle, ispat yükünün taraflar arasında paylaştırılmasında dürüstlük kurallarının dikkate alınması gerekli olduğundan, bu kural uyarınca ispat yükünün yer değiştirmesi de bu gereğin bir sonucu olacaktır<sup>124</sup>.

Atalay'ın savunduğu diğer görüşe göre ise delil ikamesinin engellenmesi, delillerin değerlendirilmesi ile ilgili bir meseledir. Buna göre, hakim, delillerin değerlendirilmesi aşamasında taraf davranışlarını da dikkate alacak ve bu davranış değerlendirmesi dava öncesi veya dava sırasındaki davranışları kapsayacağından, kusurlu olarak ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikamesi imkanını ortadan kaldıran karşı tarafın bu davranışı onun aleyhine bir emare olarak kabul edilecektir. İspat yükü, kanun hükümleri ile belirlenmiştir ve değişmez. Kendisine ispat yükü düşmeyen tarafa yüklenmiş olan yükümlülükleri düzenleyen kanun hükümleri, bunların ihlali durumunda karşı tarafın iddiasının ispatlanmış sayılacağı ve aksini ispat yükünün delil ikamesini engelleyen tarafa geçeceği yönünde açık bir düzenleme getirmiş olmalıdırlar. Aksi halde, hakimin, yorum yoluyla maddi hukuk kurallarını değiştirmesi ve ispat yükünün karşı tarafa geçtiğine karar vermesi kabul edilemez<sup>125</sup>.

Atalay'ın bu görüşüne paralel olarak, Yıldırım, Alman hukukunda baskın görüşün, karşı tarafın ibrazdan kaçınması halinde iddianın ispatlanmış sayılmasını hakimin serbest takdirine bırakan ZPO m.427'yi bir müeyyide norm olarak değil,

<sup>123</sup> Arslan, s.91. Delil ikamesinin engellenmesi halinde, İsviçre hukukunda da ispat yükü (daha doğrusu, delil ikame yükü) yer değiştirir ve dürüstlük kuralına göre vakıa ispatlanmış sayılır (Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.149). Bu durumda delil ikame yükü Alman hukukunda da yer değiştirir (Umar/Yılmaz, s.63; Arslan, s.91, dn.251). Bu, Alman hukukunda da iyi niyet ve hakkaniyet gibi gerekçelerle açıklanmıştır (Umar/Yılmaz, s.63). Ayrıca, Alman içtihadına göre, ispat yükü taşımayan tarafın davranışını hesaba katması gerekiyorsa, bir üçüncü kişinin delil ikamesine engel olması halinde de, ispat yükü yer değiştirir. Alman doktrininde bir görüş, bunu, ispat yükünün gerçek bir yer değiştirmesi olarak kabul etmiştir. Çünkü, burada engelleme, gerçek olayın nasıl cereyan ettiği hakkında bilgi edinme imkanını kaldırmaktadır (Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.149, dn.305).

<sup>124</sup> Arslan, s.91-92.

<sup>125</sup> Atalay, s.127.

delillerin değerlendirilmesinin bir türü olarak kabul ettiğini belirtmiştir. Bu halde, mahkeme, bu hükme aykırılığı (yani, engelleyen tarafın davranışlarını) delilleri değerlendirirken karara bağlayacaktır<sup>126</sup>. Umar ve Yılmaz ise ibrazı istenen bir belgenin ibraz edilmemesi üzerine diğer tarafın bu belgenin içeriği hakkındaki beyanının doğru kabul edilebileceğini öngören HUMK m.332 düşünüldüğünde, en azından belgeler bakımından delillerin yok edilmesi durumunda ispat yükünün (daha doğrusu, delil ikame yükünün) ters çevrilebileceğinin benimsenmesi gerektiğini savunmuşlardır<sup>127</sup>. Ayrıca, bu durumun, delil ikamesinin engellenmesine kanun koyucu tarafından getirilmiş olan özel bir müeyyide olduğu da söylenmiştir<sup>128</sup>.

## **B- Senedatın İbrazi Mecburiyetine Konu Olabilecek Belgeler**

### **1) Senedatın İbrazi Mecburiyetine Konu Olabilecek Belgelerin Nitelikleri**

#### **a) Genel Olarak Senet Kavramı**

HUMK'ta senedin tanımı yapılmamıştır<sup>129</sup>. Doktrin ise hukukumuzda kesin delillerin en önemlisi olarak görüldüğü içindir ki, kendisini öteden beri bu kavramı tanımlamak ihtiyacı içinde hissetmiştir. Böylece, senet, geniş anlamıyla, “ispata yarayacak irade beyanını dış aleme yazılı olarak yansıtan belge”<sup>130</sup>; dar anlamıyla, “bir kimse tarafından vücuda getirilen (veya getirilen) ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı ve imzalı belge”<sup>131</sup> olarak tanımlanmıştır<sup>132</sup>. Senedin

<sup>126</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.151 ve orada dn.318'te belirtilen yazarlar.

<sup>127</sup> Umar/Yılmaz, s.63-65.

<sup>128</sup> Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.150.

<sup>129</sup> Aynı şekilde, senet, HMK Tasarısı'nda da tanımlanmamıştır. Senet kavramına yer veren Tasarı m.203'ün gerekçesinde, senedin tanımlanmasından özellikle kaçınıldığı belirtilmiş; bunun nedeni olarak, senedin öteden beri kanunda yer aldığı ve bu konuda doktrinde ve yargı uygulamasında ciddi bir tereddüdün mevcut olmadığı gösterilmiştir. Ayrıca, senedin kesin delil olarak kabulü nedeniyle yapılacak bir tanım bazı sınırlamaları da içereceğinden, ortaya çıkacak gelişmelere engel olmamak açısından bu yolun benimsendiği vurgulanmıştır (Bkz. HMK Tasarısı, s.236).

<sup>130</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.461; Ansay, s.286; N. Kaçak, **Hukuk Davalarında İspat Rehberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.62; Kuru, C.2, s.2074; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.439. Benzer bir tanıma göre, senet, geniş anlamıyla, “fikir ve düşüncelerin yazı veya belirli işaretler altında şekillendirilmeleri, maddileştirilmeleridir (dışa vurulmasıdır)”. Bu anlamda, geçmişte olan bir olayı gösteren her türlü şeye senet nazarıyla bakılabileceği söylenmiştir (S. Deliduman, “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, **AÜEHFD**, C.4, S.1-2, 2000, s.414).

<sup>131</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.461; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.348; Kuru, C.2, s.2074; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.439; M. Ertugut, **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004, s.193; Belgesay, Deliller, s.134; İ.H. Karafâkih, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınlarından 20-2, Ankara 1952, s.180; Bilge/Önen, s.554; Bilge, s.487-488; Önen, **Medeni**

tanımında yer alan “kendi aleyhine delil teşkil eden” ifadesi, senedi vücuda getiren (veya getirten) kimsenin onu daha sonra kendi aleyhine delil teşkil etmek iradesiyle vücuda getirmiş (veya getirtmiş) olması gerektiği şeklinde anlaşılmalıdır. Zira, doktrindeki hakim görüşün belirttiği gibi, bir kimsenin senedin kendi aleyhine delil teşkil etmesini düşünmediği hallerde de (bir tarafın, diğer tarafa yazdığı mektup gibi), yazılı belge senet sayılır<sup>133</sup>. O halde, burada önemli olan, söz konusu belgenin ileride o kişi aleyhine delil olarak kullanılmasıdır<sup>134</sup>.

Tanımından hareketle unsurları tespit edilmeye çalışılırsa, senedin esas itibarıyla iki unsuru içerdiği söylenebilir. Birincisi, bu yazının belirli bir vakıayı ya da işlemi belgelemesi (tespit etmesi); ikincisi ve asli olanı ise bu yazının altında aleyhine delil teşkil edecek kimsenin imzasının<sup>135</sup> bulunmasıdır<sup>136</sup>. Bu iki unsuru taşıyan bir belgenin senet olarak kabulü için, karşı tarafa verilmiş olması da gerekmez. Bu çerçevede, HUMK m.326 vd.’nin bir belgenin senet niteliğine sahip olması için karşı tarafa verilmiş olmasının şart olmadığını gösterdiği; zira, bu

---

**Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s.240; Berkin, Esaslar, s.176; Postacıoğlu, Dersler, s.596; Postacıoğlu, **Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1952, s.191; Deliduman, “Elektronik Verilerin Delil Değeri”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. M. Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006, s.49; Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, s.414; M.A. Tutumlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.47; Erturgut, Delil, s.189.

<sup>132</sup> Yargıtay HGK’nın 18/9/1963 tarih ve T-10/27 sayılı kararında, “... (senet) sözü edilenlerden biri tarafından diğerine yöneltilmiş, yahut sözü edilenlerce birbirlerine karşılıklı olarak yöneltilmiş irade bildirimlerini (beyanlarını) kapsar kağıtlardır” denmiştir (Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, s.415). Senet, İsviçre hukukunda, “bir kimsenin yazılı açıklamasını (irade beyanını) taşıyan obje” [F. Hohl, **Procédure civile (Tome I: Introduction et théorie générale)**, Staempfli Editions SA, Bern 2001, s.194]; Alman hukukunda, “algılanabilir şekilde yazılı olarak biçimlendirilmiş irade (düşünce) açıklaması” (Erturgut, Delil, s.189-190; A. Deyneki, **Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.5) olarak tanımlanmıştır.

<sup>133</sup> Kuru, C.2, s.2074; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.439; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.461-462; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.348; Bilge/Önen, s.554; Tutumlu, s.47; R. Akcan, “Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği”, **SÜHFD**, C.9, S.1-2, 2001, s.171; Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, s.415; Erturgut, Delil, s.192.

<sup>134</sup> Erturgut, Delil, s.192.

<sup>135</sup> İmza, senet metninin kimden sadır olduğunu gösterir. İmza, genel olarak kişinin karakteristik özelliklerini taşıyan ve yazılı alışkanlıkları sebebiyle birbirine benzer şekilde ortaya çıkan kişisel ve yazılı işarettir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.463; Erturgut, Delil, s.194; Pekcanitez, “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002, s.399). Yargıtay 15. HD’nin “Senet metni borçlu (senet aleyhine olan kişi) tarafından (el ile) yazılmış olsa bile, yazılı belgenin altında borçlunun imzası yoksa veya imza sahte ise böyle bir belge senet sayılmaz” şeklindeki 5/5/1975 tarih ve 739/2404 sayılı kararı için bkz. Kaçak, İspat Rehberi, s.273; Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, s.416, 417 ve orada dn.21’deki karar).

<sup>136</sup> Pekcanitez, Elektronik Ticaret, s.399; Kuru, C.2, s.2076; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.441; Berkin, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, **İÜHF**, İstanbul 1946, s.1177; Postacıoğlu, Şahadet, s.192; Erturgut, Delil, s.193. Senedin, senet sayılan belgenin bir cisim bulması (yani, dış aleme yansiyacak şekilde varlık kazanmış olması), yazılılık, irade beyanı ve imza olmak üzere dört unsurdan oluştuğu da söylenebilir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.462-463).



düzenleme uyarınca yargılamada delil olarak kullanılacak belgeler karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunuyorlarsa, hakimin bunların ibrazını emredeceği söylenmiştir<sup>137</sup>.

Senedin yazılı olması ve imzanın elle atılması kurallarının en önemli istisnasını, “elektronik imza” ile imzalanmış verilerin delil değeri oluşturmaktadır. Elektronik imza, EİK m.3, b’de, “başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” olarak tanımlanmıştır. Doktrinde, imza kişinin kimliğini gösteren, onu belirleyen ve diğer kişilerden ayıran bir işaret olarak tanımlandığına göre, elektronik imzanın da başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik işaret olduğu söylenmiştir<sup>138</sup>. Diğer bir tanıma göre, elektronik imza, “kişilerin biyometrik özelliklerine dayalı (ses, göz retinası taraması, parmak izi taraması gibi) biyometrik yöntemler, kredi kartlarında kullanılan PIN kodları, elle atılmış imzanın tarayıcıdan geçirilerek elektronik ortama aktarılmış hali, bilgisayar ekranında bu amaçla yapılmış bir kalemle atılan imza tekniği veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulan dijital (sayısal) imzayı da içeren bir üst kavram”dır<sup>139</sup>.

Günümüzde, teknolojinin gelişmesiyle birlikte verilerin bir yerden başka bir yere elektronik ortamda gönderilmesinin (örneğin, tarafların karşılıklı iradelerinin uyuşması ile bir sözleşmenin ortaya çıkmasının) gündeme gelmiş olması, ispat hukuku alanında önemli sonuçlar doğurmuştur. Burada, mesele, senetle ispatı gereken hallerde elektronik ortamda yapılmış olan bir sözleşmeye ilişkin uyuşmazlık ortaya çıktığında tarafların bu sözleşmeyi senet olarak kullanıp kullanamayacakları noktasında düşünülmüştür<sup>140</sup>. Kanun koyucu, bu meseleyi, 5070 sayılı EİK m.5, BK m.14, f.1 ve HUMK m.295/A ile çözmüştür<sup>141</sup>. Buna göre, EİK m.5, f.1’de, güvenli

<sup>137</sup> Erturgut, Delil, s.192-193.

<sup>138</sup> Deliduman, Elektronik Veriler, s.46. Benzer bir tanım için bkz. Pekcanitez, Elektronik Ticaret, s.395; Z. Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, **AÜHFD**, C.50, S.2, 2001, s.98.

<sup>139</sup> Erturgut, “Elektronik İmza Kanunu Açısından Elektronik İmza ve Güvenli Elektronik İmzalı Belgeler”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. M. Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006, s.111; U. Altınışık, **Elektronik Sözleşmeler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.78-79.

<sup>140</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.465.

<sup>141</sup> Tüm bu düzenlemelerden önce de, elektronik imza konusundaki sıkıntıları aşmanın en pratik yolunun elektronik imzanın elle atılmış imzanın tabi olduğu hüküm ve sonuçlara tabi olacağının kabul edilmesi olduğu ileri sürülmekteydi (Deliduman, “İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik

elektronik imzanın<sup>142</sup> elle atılan imza ile aynı sonuçları doğuracağı; aynı şekilde, BK m.14, f.1’de, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı ispat gücüne sahip olduğu belirtilmiştir. HUMK m.295/A’da da, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde oldukları ve bu verilerin, aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayıldıkları<sup>143</sup> kabul edilmiştir<sup>144</sup>.

---

İmzanın Bu Sistemdeki Yeri”, **E-Academi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, Nisan 2002, S.2, <http://www.e-akademi.org/makaleler/sdeliduman-1.htm>, 10 no’lu paragraf). Hatta, elektronik imzanın yasal zemine kavuşması beklenmeden sorun çözülmek isteniyorsa, BK m.14’e “Nitelikli elektronik imza elle atılan imza ile aynı hüküm ve sonuçlara tabidir” şeklinde bir fıkra eklenmesi gerektiği; elektronik imzanın kısa sürede yasalaşacağı düşünülüyorsa, bu kere bu yasaya “Nitelikli elektronik imza BK m. 14’te düzenlenmiş olan elle atılmış imzanın hüküm ve sonuçlarını doğurur” şeklinde bir madde konularak sorunun çözümlenebileceği söylenmekteydi (Deliduman, İspat Sistemimiz ve Elektronik İmza, 14 no’lu paragraf).

<sup>142</sup> Güvenli elektronik imza, EİK m.4’te, “münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece onun tasarrufunda bulunan elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan imza” olarak tanımlanmıştır.

<sup>143</sup> Konuralp’e göre, HUMK m.295/A dolaylı olarak elektronik senedi düzenlemiştir. Elektronik senet, “bir kimsenin kendi güvenli e-imzası ile meydana getirdiği ve aleyhine delil olarak kullanılma amacı taşıyan ve bilgisayar ortamında varlığını sürdürebilen elektronik veriler”dir (H. Konuralp, “Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu”, s.5, <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm>). Deliduman ise kanun koyucunun elektronik senet terimini bilinçli olarak kullanmaktan kaçındığını ve sırf elektronik verilerin senet hükmünde olduğunu kabul etmekle yetindiğini; böyle bir durumda, elektronik verilere vermek istemediği senet niteliğinin kendilerine tanınmayacağı kabul edileceğini belirtmiştir. Yazar, bunu, elektronik imzanın senetteki imza kadar müşahhas olmamasına bağlamıştır (Deliduman, Elektronik Veriler, s.49-50). HMK Tasarısı m.209, f.2’de de, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde oldukları belirtilmiştir. Ayrıca, bu maddenin gerekçesinde, bunların adi senet hükmünde oldukları açıkça vurgulanmış (Bkz. HMK Tasarısı, s.239); böylece, bu konudaki mevcut tartışma (Bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.354; Deliduman, Elektronik Veriler, s.50; L. Keser Berber/Y. Beceni/T. Sevim, “E-İmza ve Adi Senetler”, <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=151078>; Deliduman, İspat Sistemimiz ve Elektronik İmza, 10 no’lu paragraf) son bulmuştur.

<sup>144</sup> Alman hukukunda, ZPO’da gerçekleştirilen 1/1/2002 tarihli Reformdan sonra, m.371, f.1, c.2 ile elektronik imzalı belgelerin keşif konusu teşkil edeceği kabul edilmiştir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.354; Erturgut, Delil, s.159-160 ve s.258, dn.411). Ancak, 1/4/2005 tarihinde yürürlüğe giren Adli İletişim Kanunu ile ZPO’ya eklenen m.371a’da, nitelikli elektronik imza ile mühürlenmiş (damgalanmış) elektronik belgeler açısından bir ayırım yapılmış ve bunlar hakkında adi senetlerin ispat gücüne ilişkin hükümlerin (ZPO m.415-444) uygulanacağı belirtilmiştir [M.E. Yardım, **Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2006, s.52. Alman hukukunda nitelikli elektronik imzalı belgelerin taşınması gereken şartlar için ayrıca bkz. Erturgut, Delil, s.156, dn.107]. Böylece, bu madde kapsamındaki bir elektronik imzalı belge keşif konusu olmaktan çıkarılmıştır. Fransız hukukunda ise CC m.1316, 13/3/2000 tarih ve 2000-230 sayılı Elektronik İmzanın ve Bilişim Teknolojisinin İspat Hukukuna Uyumu Kanunu (Loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l’information et relative à la signature électronique) ile değiştirilmiş ve aynı paragraf altında dört yeni maddeye yer verilmiştir. CC m.1316’ya göre, yazılı delil, harfler, karakterler, sayılar veya taşıyıcısı ve iletim şekline bakılmaksızın anlaşılabilir şekilde ortaya çıkan tüm diğer işaretler veya sembollerden oluşur. Böyle olunca, elektronik belgeler, anlaşılabilir oldukları sürece yazılı delil olarak değerlendirileceklerdir. Buna göre, bir e-posta veya ses kaydı, senetle ispat kuralı açısından delil olarak kullanılabilir kılınmıştır. CC m.1316-1’deki düzenlemeye göre, kişinin kimliğinin usulüne uygun şekilde tespit edilmesi ve belgenin bütünlüğünün korunduğu belirlenmek şartıyla elektronik formdaki yazı, kağıt araç üzerindeki ile aynı nitelikte bir delildir. Yine, CC m.1316-3’e göre, elektronik veri taşıyıcıları üzerindeki yazılar da, kağıt taşıyıcı üzerindikilerle aynı güce sahiptirler (Erturgut, Delil, s.164-165; düzenleme için ayrıca bkz. <http://www.legifrance.gouv.fr>).

Görüldüğü üzere, dar anlamda senedin yazılılık ve yazılı şekilde cisim bulma özelliklerini her durumda karşılamıyor olsalar da<sup>145</sup>, bu hükümler, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş elektronik verilere senet niteliğini vermişlerdir. Bu halde, kanun koyucu, güvenli elektronik imzalı belgeler açısından senedin bazı özelliklerinden vazgeçmek zorunda kalmış; başka bir deyişle, güvenli elektronik imzalı belgelerin senedin fonksiyonlarını karşıladıklarını varsaymıştır<sup>146</sup>. Böyle olmakla birlikte, kanun koyucu, meseleyi, kısmen (sırf güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler açısından) çözmüş; güvenli elektronik imza dışında kalan elektronik imzalı belgelerin delil değeri konusunda suskun kalmıştır<sup>147</sup>. Bu suskunluk, senetle ispat kuralının uygulanması açısından hayati öneme sahip olsa bile, HUMK m.326 vd. açısından bakıldığında böylesine bir önem arz etmez. Zira, HUMK m.326 vd.’nın başlığı her ne kadar “Senedatın İbrazi Mecburiyeti” ise de, burada sayılan belgeler dar anlamda senetlerden ibaret değildirler. Dolayısıyla, sırf güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgelerin değil, güvenli elektronik imza dışında kalan elektronik imzalı belgelerin ibrazının da HUMK m.326 vd.’na tabi olacağı söylenebilir<sup>148</sup>.

Senedin tanımı verildikten, unsurları açıklandıktan ve elektronik imzalı belgelerin delil değeri ile bunun HUMK m.326 vd. karşısındaki önemi üzerinde durulduktan sonra, HMK Tasarı m.223 vd.’nda ibraz mecburiyeti (senet değil) belge kavramı esas alınarak düzenlenmiş olduğundan, hukukumuzda ilk defa bu Tasarı ile açıkça düzenlenmiş olan “belge” kavramını açıklamak yerinde olacaktır. Bilindiği gibi, belge, kelime anlamı itibarıyla, “bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim

<sup>145</sup> Elektronik imza ile imzalanmış belgelerin senedin unsurları açısından detaylı bir değerlendirmesi için bkz. Erturgut, Delil, s.189 vd.; Pekcanitez, Elektronik Ticaret, s.399-410.

<sup>146</sup> Erturgut, Delil, s.188, dn.64.

<sup>147</sup> Bu konudaki tartışma için bkz. Erturgut, Delil, s.239 vd.; Deliduman, Elektronik Veriler, s.50-52; Atalay, “Elektronik Belgelerin Delil Değeri”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. M. Tevetoğlu), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006, s.139 vd. Elektronik imza ile imzalanmış belgelerin delil değeri konusundaki EİK yürürlüğe girmeden önceki tartışma için ayrıca bkz. Berber, **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s.209-210; Pekcanitez, Elektronik Ticaret, s.410-424; Deliduman, İspat Sistemimiz ve Elektronik İmza, 8 no’lu paragraf.

<sup>148</sup> Bu nedenle, güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler senet hükmünde sayıldıklarından, sırf bunların ibrazında HUMK m.326 vd.’nin kıyasen uygulanabileceği yönündeki görüşte (bkz. Erturgut, Delil, s.195; Erturgut, Elektronik İmza, s.123) isabet bulunmamaktadır. Kaldı ki, elektronik imzalı belgelerin ibrazını düzenleyen HMK Tasarısı m.223, f.1, c.2’nin gerekçesinde, ibraza konu elektronik belgenin güvenli veya basit elektronik imza ile imzalanmış olup olmamasının önemli olmadığı; güvenli elektronik imza ile imzalanmamış veya hiç elektronik imza taşımayan bir elektronik belgenin de delil olarak ibraz edilmesinin gerekebileceği; belgenin ibrazı ile onun delil değeri ayrı ayrı değerlendirildiğinden, böyle bir ayrıma gitmeye gerek de olmadığı belirtilmiştir (Bkz. HMK Tasarısı, s.247-248). Böylece, bu tartışmanın bir önemi de kalmamıştır.

vb. vesika, doküman"dır<sup>149</sup>. Belge, anlaşıldığı üzere, medeni yargılama hukuku açısından senet kavramına göre daha geniş bir kavramdır. Özellikle, iradenin dış alemde varlık kazanmasını sağlayan şey, genel anlamıyla belge olarak kabul edilebilir; ancak, her belge, medeni yargılama hukuku anlamında senet sayılamaz<sup>150</sup>. Tasarı m.203 de belgeyi, senet kavramını da içine alan bir üst kavram olarak kabul etmiş ve farklı nitelikteki bilgi taşıyıcılarından en tipik olanları örnek olarak saymak suretiyle bir çerçeve tanım yapmıştır<sup>151</sup>. Buna göre, "uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi verilerle elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları" birer belgedirler<sup>152</sup>. Bu çerçevedeki bir belge, Tasarı'nın getirdiği düzenleme (m.223-225) uyarınca ibraz mecburiyetine konu olacaktır.

<sup>149</sup> Erturgut, Delil, s.30. İsviçre hukukunda, belgeden, yazı, plan, fotoğraf, kayıt ve hatta bilgisayar verileri gibi bir düşünceyi dışsallaştırmaya izin veren her türlü araç anlaşılmalıdır (Jeandin, s.374). "Bertossa/Galliard/Guyet belge kavramını, bir vakıanın varlığını saptamaya elverişli işaretler taşıyan her şey olarak tanımlamıştır" (Jeandin, s.375). Belçika hukukunda, sırf klasik anlamda yazılı olan ve delil olarak kullanılabilen objelerin (sözleşmeler, mektuplar, adi senetler, hesap defterleri gibi) değil, aynı zamanda modern delil araçlarının (fotoğraflar, ses kayıtları, görsel kayıtlar gibi) da belge oldukları (J.V. Compennolle, "La production forcée de documents dans le Code judiciaire", **Annales de droit de Louvain**, 1981, s.92) belirtilmiştir. Anglo-Amerikan hukukunda, mikro fiş, ses kaydı, video kaydı, bir bilgisayar disketi veya bir bilgisayar programının belge olarak kabul edildiği ve 1974 tarihinde İngiltere'de verilmiş bir kararda, belgenin belirleyici özelliğinin kulak, burun veya başka bir duyu organıyla algılanmasına bakılmaksızın, bilgi edinilmesini sağlaması olduğunun belirtildiği [İ. Ataman Figanmeşe, **Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini** (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2005, s.190] söylenmiştir.

<sup>150</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.462.

<sup>151</sup> Maddenin gerekçesi için bkz. HMK Tasarısı, s.236-237.

<sup>152</sup> İsv. Taslağı m.169'da da, yazılı metin, çizim, plan, fotoğraf, film, ses kaydı, elektronik data ve benzeri gibi, hukukun önemli olan vakıaları ispatlamaya elverişli olan dokümanların belge olarak geçerli olduğu belirtilmiştir (Atalı, İsv. Taslağı, s.158). CPCN m.254'te, ihtilafli meseleyi ispata yönelik her türlü yazı, resim, plan ve fotoğraflar ile film ve diğer dokümanlar belge olarak kabul edilmiştir. Özel bilirkişi raporunun (*expertise privée*) bu madde anlamında belge sayıldığı belirtilmiştir (F. Bohnet, **Code de procédure civile neuchâtelois commenté**, 2<sup>e</sup> édition, Helbing & Lichtenhahn, Bale 2005, s.413). Bilindiği gibi, özel bilirkişi raporu hakkında HUMK'ta açık bir hüküm bulunmamaktadır. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, tarafların uzman kişiden kendi iddia veya savunmalarını güçlendirmek amacıyla rapor alıp, onu mahkemeye sunabileceklerini; bu raporun, delil olarak kabul edilmeyip, ancak iddia veya savunmalarının bir parçasını oluşturacağını ve bu şekilde değerlendirileceğini ileri sürmüşlerdir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.505). Bu konu, "Uzman görüşü" başlıklı HMK Tasarısı m.297 ile açıklığa kavuşmuştur. Buna göre, taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak uzmanından bilimsel görüş alabilirler; hakim, talep üzerine veya re'sen kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir ve hakim ile taraflar, çağrıldığı oturumda uzmana gerekli soruları sorabilirler. Maddenin gerekçesinde, hakim, uzmanın sunduğu raporu serbestçe değerlendireceği belirtilmiştir (Bkz. HMK Tasarısı, s.281). Buna göre, özel bilirkişi raporu belge olarak kabul edilebilecek ve (takdiri) delil olarak kabul edilmek üzere ibraz edilebilecektir. Ayrıca, uzman bilirkişi mahkemeye çağrılıp kendisine yöneltilen soruları cevaplamak durumunda kalabilecektir. Böyle olmakla birlikte, özel bilirkişi raporunun ibraz mecburiyetine (HUMK m.326 vd.) konu olabileceği söylenemez. Bir kere, böyle bir raporu alıp almamak konusunda taraflar tamamen serbesttirler. Kendi isteğiyle almış olduğu görüş kendisi aleyhine kanaat içerdiğinde, taraf, bu raporu ibraz etmeye mecbur tutulamaz. Ayrıca, böyle bir raporun varlığının ortaya konulması ve içeriğinin bildirilmesi, ibrazını talep edebilmek açısından son derece güçtür. Burada, hakim diğer delillerden yola çıkarak karar vermesi isabetli olur.

## b) Belgenin İspat Açısından Elverişli Olması

### aa) Elverişlilik Kavramı

İspat açısından elverişlilik (*pertinence*), tüm deliller açısından geçerli olan genel bir kabul edilebilirlik şartıdır. Elverişlilik, aslında muğlak bir kavramdır. Bu alandaki terminoloji kesin olarak saptanmış değildir. Fransız hukukunda, bu konuda yapılan detaylı incelemelere rağmen, bu kavramı başka bir kavramla karıştırmaya eğilimli bir akım oluşmuştur. “Elverişli vakıa” (*fait pertinent*) ve “sonuçlandırıcı vakıa” (*fait concluant*) kavramları sıklıkla karıştırılmışlardır<sup>153</sup>. Ancak, bu kavramları ibraz mecburiyeti açısından özenle birbirinden ayırmak ve asla karıştırmamak gerekir.

Bilindiği gibi, hakim, ileri sürülen vakıaları değerlendirmeden önce zihinsel bir operasyona girer; öncelikle, bu vakıaların ispatına ihtiyaç olup olmadığını belirler ve bunlardan tarafların iddia ve savunmalarını doğrulayacak nitelikte olanları diğerlerinden ayırır. Hakim tarafından yerine getirilen bu işlemler zinciri, taraflara dayatılan yüklerin sırasına da uygun düşer<sup>154</sup>. Bunlar, kronolojik olarak iddia yükü (*charge de l'allégation*), somutlaştırma yükü, ispat yükü (*risque veya fardeau de la preuve*) ve delil gösterme yükü (*charge de la preuve*) olarak sıralanırlar. İleri sürülen vakıanın ispatına gerek yoksa (örneğin, o vakıa taraflar arasında zaten çekişmesizse ya da çekişmeli olmaktan çıkmışsa), hakimin bu yükleri tespit etmesine de gerek olmayacaktır. Ancak, ileri sürülen vakıa uyuşmazlığın çözümünü etkileyecek nitelikteyse, ispatsız kaldığı ölçüde bu yüklerin tek tek tespit edilmesi gerekecektir. Bu çerçevede, önce iddia yükü altında olan tarafın bu iddiayı ortaya koyması, sonra bu iddiaya göre o vakıayı ispata elverişli şekilde somutlaştırma yükü altında bulunan tarafın bu vakıayı açık bir şekilde somutlaştırması gerekir. Bunlardan sonra, tarafların ispat yükünden bağımsız olarak gösterdikleri delillere ve ispat faaliyetine rağmen yine de ispatsız bir durum varsa, o vakıanın kim tarafından ispat edileceği (ispat yükünün belirlenmesi) ve nihayet, delil gösterme yükünün kimde bulunduğu tespit edilmesi gerekir<sup>155</sup>.

<sup>153</sup> Compennolle, s.91; Daigre, La production forcée, s.170.

<sup>154</sup> Daigre, La production forcée, s.170.

<sup>155</sup> Pekantez/Atalay/Özekes, s.434.

İleri sürülen bir iddianın tatmin edici olması için, bu iddianın sonuçlandırıcı bir vakıaya (başka bir deyişle, ileri sürülen talebi temellendirmeye özgü bir vakıaya) ilişkin olması gerekir<sup>156</sup>. Bir vakıanın, sonuçlandırıcı vakıa olarak nitelenebilmesi için, tanınması istenen hakkın genelleştirici unsurlarını cevaplayan bir olguya bağlanmış olması gerekir. Anglo-saxon deyişle, burada “ortaya konan vakıa” (*fait en cause*) söz konusudur. Bu, kendisinden çıkar beklenen bir hukuk kuralını doğrudan tetikleyen vakıadır<sup>157</sup>. Bu halde, ispat için doğrudan önemli olan bu vakıa, bizzat hukuk kuralının dayandığı, o hukuk kuralındaki hukuki sonucun doğumu için ön koşul olarak düzenlenen vakıadır. Örneğin, bir ödünç sözleşmesinde paranın ödendiği vakıası bu niteliktedir<sup>158</sup>. Bir vakıa, hakimin kanaatini oluşturmaya elverişli ve böylece vereceği karara etki edecek nitelikte olduğu sürece “sonuçlandırıcı”dır ve ancak böyle bir vakıanın ispatı gerekli ve önemlidir<sup>159</sup>.

Taraflar, ileri sürdükleri iddiaların başarıya ulaştığını görmek istiyorlarsa, gereken vakıaları ispat etmek zorundadırlar. *A priori* ispatı gereken bu vakıalar, hukuki sonuç açısından önemli olanlardır (davanın haline müessir olanlardır)<sup>160</sup>. Başka bir deyişle, sonuçlandırıcı vakılardır. Hukuki alanda ispat, kanunda kabul edilen yollarla ihtilafli bir vakıaya ilişkin olarak hakimin kanaatini belirlemektir<sup>161</sup>. İspata ilişkin operasyonda erişilmek istenen amaç, hakimin dışında ve davadan önce gerçekleşen uyuşmazlığa ilişkin vakıaların gerçekliği konusunda o anda hakimde kanaat uyandırmaktır<sup>162</sup>.

Bilindiği gibi, delil, bir vakıanın ispatı için başvuru araçlarına denir. HUMK m.238 delili, “davanın haline tesir edebilecek çekişmeli hususların ispatı için başvuru araçları” şeklinde tanımlamıştır<sup>163</sup>. Başka bir deyişle, delil, ispat faaliyetinde kullanılan, dava öncesinde ve mahkeme dışında gerçekleşmiş olan

<sup>156</sup> Elbette, bunlar, aynı zamanda taraflar arasında çekişmeli olan ve kural olarak sırf onlar tarafından ileri sürülmüş olan vakılardır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400, 401).

<sup>157</sup> Daigre, *La production forcée*, s.171.

<sup>158</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.401.

<sup>159</sup> Daigre, *La production forcée*, s.171; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.401.

<sup>160</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.401.

<sup>161</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400; Daigre, *La production forcée*, s.170; Bilge/Önen, s.491; Kuru, C.2, s.1966; Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999, s.12; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.417; Üstündağ, s.613; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.321; Önen, s.201; Ansay, s.251-252; Berkin, Esaslar, s.167; Postacıoğlu, Dersler, s.527.

<sup>162</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400.

<sup>163</sup> Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.330; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.418; İ. Açı, “Delil”, **ABD**, S.4, 1975, s.478.

vakıaların temsilen yargılamaya aktarılmasına yarayan ve çekişmeli vakıayı temsile ya da yansıtmaya elverişli olan inandırma araçlarıdır<sup>164</sup>. Taraflardan biri, hakime sonuçlandırıcı vakıaya ilişkin doğrudan bir delil sunduğunda, ispattan beklenen amaca ulaşılmış olunur. Taraf bu vakıaya komşu, onunla bağlantılı ve onu gerçeğe yakın kılan bir delil getirmişse, yine bu amaca ulaşılmış sayılacaktır<sup>165</sup>. Bu çerçevede, ibrazı istenen belge iddiaya esas olan vakıanın delilini teşkil ediyorsa, bu belgenin ibrazı gerekeceği gibi, söz konusu vakıayı ispat edebilecek diğer bir vakıanın delilini teşkil etmesi halinde de ibrazı gerekir<sup>166</sup>.

Elverişli vakıa ile sonuçlandırıcı vakıa arasındaki mesafeyi iyi bilmek gerekir. Elverişlilik, kesinlikle belirsiz bir kavramdır; hakimın takdirine ve daha önceden toplanmış olan ispat unsurlarına göre şekillenir<sup>167</sup>. Delil (belge), ispat edilmek istenen vakıa ile uyumlu, onunla yakın ilişki içinde ve böylece, ihtilafli meselenin çözümü için faydalı ise elverişlidir<sup>168</sup>. Bu halde, delilin ispat faaliyetinde işe yarar olabilmesi için, aslında elverişli bir vakıaya özgü olmasının yeterli görülebileceği söylenmiştir. Buna göre, örneğin bir hayat sigortasından faydalanacak kişi, ödemeyi talep ettiğinde, sigortalının intiharının bilinçsiz karakterini de ispat etmek durumundadır. Bu vakıayı doğrudan doğruya ispatlayamıyorsa, bununla ilgili diğer hususları (örneğin, sigortalının eyleminden önceki sağlık durumunu) ispat edebilir<sup>169</sup>. Böyle olunca, hakim, ileri sürülen vakıanın ispatı için faydalı (yoksa vazgeçilmez değil) bir ilgi sunması halinde, belgenin ibrazını emredebilir<sup>170</sup>.

<sup>164</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.444.

<sup>165</sup> Daigre, La production forcée, s.171. Sonuçlandırıcı vakıanın gerçekleşmiş olduğu sonucunu ortaya koymaya elverişli olan komşu vakıalara “emare vakıalar” da denir. Hakim, delilleri değerlendirmede takdir hakkına sahip olduğu alanda emarelere dayanarak bir vakıayı ispat edilmiş sayabilir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.400).

<sup>166</sup> Belgesay, Şerh, s.246.

<sup>167</sup> Daigre/Faget, no.33.

<sup>168</sup> Compennolle, s.91; Daigre, La production forcée, s.172. Fransa’da, elverişli vakıa ve sonuçlandırıcı vakıa ayrımı daha çok teorik düzeyde kalmıştır. Mahkemeler, bu kavramları sıklıkla karıştırmış veya mantıksız bir şekilde, aynı olayda birlikte uygulamışlardır. Böyle olmakla birlikte, elverişlilik, NCPC m.184-283 arasında düzenlenmiş olan tüm tahkikat önlemleri için ortak bir kabul edilebilirlik şartı olarak görülmüştür. CPC’de yer almamasına rağmen, keşif alanındaki istisna hariç, doktrin ve içtihat bu ilkenin gerekliliği konusunda anlaşmışlardır. Reform çalışmaları bu bağlamda hiçbir değişiklik getirmemiş; NCPC, kendi ardılı gibi, elverişlilik konusunda herhangi bir açıklama getirmemiştir. Sırf keşif alanında önceden olduğu gibi bir istisna içermiştir (Daigre, La production forcée, s.170, 172).

<sup>169</sup> Daigre, La production forcée, s.171.

<sup>170</sup> Couchez, La production forcée, no.32. İsviçre Federal Mahkemesi 11/2/1976 tarihli bir kararında, ihtilafli meselenin çözümlenmesi için yararlı olan bir belgeyi elinde bulduran tarafın, talep halinde bu belgeyi ibraz etmeye mecbur olduğuna hükmetmiştir (Jeandin, s.382). Bu mesele, LPCG m.186, f.2’nin yürürlüğe girdiği 1987 tarihi itibarıyla Cenevre hukukunda açıklığa kavuşmuştur. Zira, hakimın, ihtilafın çözümüne faydalı olacak bir belgeyi elinde bulduran tarafı, ispat yükü kendisine düşmese bile, ibraza zorlayabileceği kabul edilmiştir (Jeandin, s.382).

## bb) Elverişlilik Kavramının İbraz Mecburiyetindeki Görünümü

İbrazı istenen belgenin ispat açısından elverişli olması gereği, ibraz mecburiyetinin kabul edilmesinden itibaren etkilerini bu kuruma da yaymıştır. Ancak, elverişlilik kavramı, HUMK m.330'da yer alan "ibrazı istenilen vesika ile ispat edilmek istenilen hususun davanın sübutuna medar olacağına mahkemece kanaat hasıl olduğu" şeklindeki ifadeden anlaşılacağı üzere, ibraz mecburiyetine ibrazı istenen belgenin ileri sürülen vakıanın ispatı için "gerekli", böylece sürecin ortaya konması için "vazgeçilmez" olması gerektiği yönünde yansımıştır<sup>171</sup>. Dolayısıyla, kanun koyucu, elverişli vakıa ve sonuçlandırıcı vakıa ayrımında sonuçlandırıcı vakıayı benimsemiştir. Buna göre, hakim, ilk önce ibrazı istenen belgenin ileri sürülen vakıanın ispatı için gerekli olup olmadığını inceleyecektir. Bu incelemenin sonucunda, bu belgenin ileri sürülen vakıanın ispatı için gerekli olduğu kanaatine varırsa, ibrazı emredecektir. Aksi halde (belgenin ispat edilmek istenen vakıanın ispatı için gerekli olmadığı kanaatine varırsa), ibrazı emretmeyecektir. Hakimin söz konusu belgenin ibrazını ispat açısından gerekli saymaması, bu belgenin ileri sürülen vakıayı ilgilendirmemesi ya da o vakıanın aslında kesin olarak ispat edilmiş olması halinde söz konusu olur<sup>172</sup>.

Fransa'da, eski içtihat, ibraza konu delilin ispat açısından elverişli bir delil olmasını aramıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesi hakimlerine bunu takdir etmek konusunda egemen bir yetki tanımıştır<sup>173</sup>. Reformu doğuran ilk metinlerin yayınlanmasından hemen sonra, yeni hükümlerde aranan bu şart doktrin ve mahkemeler tarafından da benimsenmiştir<sup>174</sup>. Çünkü, ibraz mecburiyeti, gerçeğin ortaya çıkarılması kaygısını iyi bir şekilde cevaplandırmaktaydı. Böyle olunca, sırf ispat açısından elverişli olan belgelerin bu amacın gerçekleştirilmesine tabi olacakları

<sup>171</sup> Aynı şekilde, HMK Tasarısı m.225, f.1'de de, ibrazı istenen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna kanaat getirildiği takdirde, mahkemenin bu belgenin ibrazını emredebileceği belirtilmiştir. CPCN m.259 uyarınca da, taraflar, "dava için bir önem teşkil" eden belgeleri (*pièces qui présentent un intérêt pour la cause*) ibraz etmeye mecbur edilebilirler (Bohnet, s.418).

<sup>172</sup> Kuru, C.2, s.2191; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.459. "İddiayı ispat edecek nitelikte olmayan senetlerin ibrazı mecburi değildir. Mahkeme, bu hususu sabit addedince dava da sabit olacaksa, belgenin ibrazını emreder; aksi halde, emretmez. Örneğin, davacı, satış bedelinden bir alacak iddia edip, iddiasını ispat için davalının elinde malın teslim edildiğine dair müştereken tutulmuş bir zabıt bulunduğunu iddia ederse, teslimle satış sabit olacağından, belgenin ibrazını isteyebilir. Ancak, davalı paranın peşin ödendiğini iddia ederse, tutulan zabıtta satış bedelinin ödendiğinin yazılı olduğu iddia edilmedikçe, zaptın ibrazı istenemez. Çünkü, satış inkar olunmadığından, zaptın ibrazında fayda yoktur" (Belgesay, Şerh, s.246-247).

<sup>173</sup> Daigre, La production forcée, s.172.

<sup>174</sup> Daigre, La production forcée, s.172-173.



kabul edilmiştir<sup>175</sup>. Fransız hakimi, ibraz talebini değerlendirirken, delilin ispat açısından elverişli olup olmadığı hususuna dikkatlice değinmiştir<sup>176</sup>.

1879'da başlayan içtihat ise ibrazı isteyen tarafın ciddi ve gerçek bir menfaati doğrulaması gereğini dayatmaktaydı. Formül, ibrazı istenen belgenin ispat açısından “yararlı” olmaktan öte, bizim Kanunumuzun aradığı anlamda “gerekli” olduğunu kabul etmeye zorlamaktaydı<sup>177</sup>. Bu gereklilik, aslında tüm 19. yüzyıl boyunca etkisini göstermiştir. Daigre'e göre, bu çekince, ibraz mecburiyeti kurumu zamansal sürecine yerleştirilirse, kolaylıkla anlaşılabilir. Hakim görüş, hakimlere, medeni yargılamada hiçbir şekilde takdir yetkilerinin olamayacağını; dava sırasında pasif bir rolleri bulunduğunu öğretmiştir. Bu görüşün sürekli yinelediği uyarılara rağmen, içtihat, zaman zaman cesur denemelerde bulunmuştur. Yine de, ibraz mecburiyeti sayısız önlemlerin eşliğinde kabul edilmiştir. Hakimler, bu alanda deneyim sahibi olmadıklarından, adli hata yapmaktan çekinmişler; bu nedenle, ibraz mecburiyetini bazı sınırlı örneklere hapsetmişlerdir. Bu sınırlı deneyimin haricinde, bu konuda karar vermek için aydınlanmayı beklemişlerdir. Bu süreçte ise ibraz taleplerini ya tümünden geri çevirmiş ya da tümünden kabul etmişlerdir. Fransız Temyiz Mahkemesi, bir süre sonra yenilik yapılması gereğini hissetmiş; içtihadındaki kabul yönlü kararları cesaretlendirmeyi ve sertçe verilen red kararlarının önüne geçmeyi amaçlamıştır<sup>178</sup>.

Düşünülenin aksine, sonraki kararlarda “ciddi menfaat” şartında ısrar edilmemiştir. Bazı istisnai kararlar hariç, mahkemeler, ibraz mecburiyeti açısından delilin vazgeçilmez olması gereğine yer vermemişlerdir. 1892 yılından itibaren, Fransız Temyiz Mahkemesi de, bu şartı yavaş yavaş dışlamaya başlamıştır. Nihayet mahkemeler, müşterek hukuktan gelen ortak bir şart üzerinde uzlaşarak, ibraz için “hukuki bir menfaat”in varlığının yeterli görüleceğini kabul etmişlerdir<sup>179</sup>.

<sup>175</sup> Marraud, no.12; Daigre, La production forcée, s.173.

<sup>176</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi'nin bu konudaki 4/12/1972 tarihli kararı dikkat çekicidir. Olayda, davacı, davalıya verdiği bir miktar (100.000 Frank kadar) ödünç için, toplam bu meblağ değerindeki iki ayrı çeki delil olarak göstermiştir. Hem ilk derece mahkemesi, hem istinaf mahkemesi, hem de Temyiz Mahkemesi şu gerekçeyle davacının talebini reddetmişlerdir: “Davacı tarafından imzalanan ve davalı tarafından boz durulan iki adet çek, gerçekten de yazılı delil başlangıcı değerindedirler. Ancak, bunlar, sırf sebebi muğlak olan bir iadenin delilleri olabilirler” (Daigre, La production forcée, s.173).

<sup>177</sup> Marraud, no.12; Daigre, La production forcée, s.173.

<sup>178</sup> Daigre, La production forcée, s.173-174.

<sup>179</sup> Daigre, La production forcée, s.174.

Görünüşte, Reformdan sonraki kararlar 19. yüzyıldaki örneklere benzer bir tutum sergilemişlerdir. Bazıları ibraz için delilin vazgeçilmezliği şartını aramışlardır. Fransız Temyiz Mahkemesi sırf bir örnek olarak düzenlenmiş ve üçüncü kişiye teslim edilmiş olan bir sözleşme metninin ibrazının, başka delil bulunmadığından, vazgeçilmez bir özellik taşıdığına hükmetmiştir. Bir başka olayda, Paris İstinaf Mahkemesi, aynı gerekçeyle, bir nafaka borçlusunun son aylara ait maaş bordrolarının ibrazına hükmetmiştir. Nanterre Büyük Dava Mahkemesi (*tribunal de grande instance*) ise kocanın kariya yapmış olduğu hakaret dolu açıklamalar bakımından, kocanın adli sicil kayıtlarının mutlaka ibrazı gerektiğini vurgulamıştır<sup>180</sup>. Diğer kararlar ise açıkça, delilin sırf elverişli olması gerektiğine dayanmışlardır<sup>181</sup>. Böylece, elverişlilik şartı, Fransız hukukunda ibrazın emredilmesi için yeterli bir şart olarak kabul edilmiştir. Tüm diğer tahkikat önlemlerinde geçerli olan bu şartın, senedatın ibrazı mecburiyeti açısından da bir ön şart olduğu ve bu şart gerçekleşmemişse, diğer tüm şartlar olgunlaşmış olsa bile, hakimin ibraz talebini reddedeceği kabul edilmiştir<sup>182</sup>.

### c) Belgenin ve İçeriğinin Belirli Olması

Taraflardan biri, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan ve ileri sürülen vakıanın ispatı için gerekli olan bir ya da birden çok belgenin ibrazını talep edebilir. Ancak, bu talep, sırf belirli, tanımlanmış (veya belirlenebilir, tanımlanabilir) belgelere ilişkinse, dinlenebilir<sup>183</sup>. İbrazı istenen belgenin belirli veya yeterince

<sup>180</sup> Daigre, La production forcée, s.174. Daigre, verilen tüm bu örneklerde delilin vazgeçilmez olması gereğine yapılan referansın anlamlı olmadığını; çünkü, tanık olmaksızın ve sadece bir örnek olarak düzenlenmiş olan bir sözleşmeyi ispat etmenin başka bir yolu olmadığını, bir nafaka borçlusunun aylık gelirlerinin maaş bordrolarını talep etmekten daha iyi bir yolla ispat edilemeyeceğini ve bir ceza mahkumiyetini ispatlamak için, hukuk mahkemesi kararının bir örneğini istemekten daha etkili bir yol olmadığını söylemiştir (Daigre, La production forcée, s.174).

<sup>181</sup> Daha önce ibraz mecburiyeti konusunda oldukça katı bir tutum sergileyen Marsilya Büyük Dava Mahkemesi tahkikat hakimi, bir olayda sırf elverişlilik şartı ile tatmin olmuştur. Paris Mahkemesi de, elverişlilik şartının yerine getirildiğini gerekçe göstererek, bir olayda ibrazı emretmiştir (Daigre, La production forcée, s.175).

<sup>182</sup> Daigre, La production forcée, s.175.

<sup>183</sup> Daigre/Faget, no.27, 28; Couchez/Langlade/Lebeau, s.300. Paris Mahkemesi 29/7/1882 tarihli bir kararında, ibraz talebini ibrazı istenen belgenin yeterli derecede belirlenmemiş olduğunu gerekçe göstererek, reddetmiştir (Daigre, La production forcée, s.185; Marraud, no.12). Fransız Temyiz Mahkemesi 15/3/1979 tarihli bir kararında, hakimin ibraz talebini değerlendirebilmesi için, ibrazı istenen belge veya belgelerin nelerden ibaret olduğunun mutlaka belirtilmesi gerektiğine hükmetmiştir (Guinchard, Droit et pratique, s.681). Mahkeme, ibraz talebinin belli bir şehir içerisindeki bir grup taşınmazda gerçekleştirilen çalışmaların yürütülmesiyle ilgili teknik belgeler ve hesaplara ilişkin olması halinde, ibrazı istenen belgelerin yeterince belirlenmemiş olduğundan bahisle, müteaddit olaylarda karşı tarafın bunları ibrazı mecbur edilemeyeceğine hükmetmiştir (Couchez, La production forcée, no.25; Daigre, La production forcée, s.187; Daigre/Faget, no.28).

belirlenebilir olması gereği, “ispata yarayan tüm belgelerin ibrazı” şeklindeki muğlak bir talebi tümüyle dışlar<sup>184</sup>.

İhtilafli meselenin temelini oluşturan belge veya belgelerin, tarih, şekil ve içerik bakımından tam olması gerektiği ifade edilmiştir<sup>185</sup>. Burada önemli olan, böyle bir belgenin kesin olarak ihtilafli meseleyi çözüp çözemeyeceği değil, maddi varlığıyla mevcut olup olmadığı ve bir maddi bütünlük sağlayıp sağlayamadığıdır. Belgenin belirlenmesi, ibrazı isteyen tarafın bu talebi tanımlamak ya da tanımlanabilir hale getirmek için gerekli olan kanaati mahkemeye sunması amacına hizmet eder. Bir bütün olarak sunulan belirlenmiş, sınırlanmış ve tanımlanmış bir belgenin mevcudiyetine kimse karşı koyamaz<sup>186</sup>. Bu işin (belgenin belirli olup olmadığı) tespiti, hakimın takdir yetkisine tabidir<sup>187</sup>. Hakim, bu işi bilirkişiye bırakamaz<sup>188</sup>.

HUMK m.329’da, karşı tarafın elindeki bir belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının ibrazını isteyen tarafın mümkün olduğu ölçüde bunun içeriğini ve bu suretle neyi ispat edeceğini (karşı tarafın bunu ibrazla neden yükümlü olduğunu) açıkça belirtmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>189</sup>. Bunun nedeni, mahkemenin, dava ile ilgisi bulunmayan ve ileri sürülen vakıayı ispata ilişkin olmayan belgelerle gereksiz yere meşgul olmasını ve bazı hallerde, karşı tarafın ticari sırlarının bu yolla öğrenilmesini önlemektir<sup>190</sup>. Aynı şekilde, üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını isteyen taraf da, HUMK m.334, f.1 uyarınca bu belgenin içeriğini mümkün olduğu ölçüde belirtmelidir. Bu belgenin içeriği konusunda bilgi vermeyen tarafın söz konusu açıklamayı davanın ileriki aşamasında yaparak, ileri süreceği talebin zamanı ve kabulü için gereken şartlar ise HUMK m.306’da açıklanmıştır. Buna göre, hakim, bu talebin davayı uzatmak amacıyla yapıldığı veya ağır ihmal sonucu olarak zamanında yapılmadığı kanaatine varırsa ve karşı taraf üçüncü

<sup>184</sup> Compernelle, s.92-93.

<sup>185</sup> Daigre, La production forcée, s.184. NCPC’de açıkça öngörülmemişse de, ibraz prosedürüne başlanması ve bu prosedürün tamamlanması ibrazı istenen belgeye bağlı olarak gerçekleşeceğinden, bu şartın aranması gerektiği söylenmiştir (Daigre, La production forcée, s.184-185).

<sup>186</sup> Daigre, La production forcée, s.185.

<sup>187</sup> Compernelle, s.92; Daigre, La production forcée, s.185.

<sup>188</sup> Daigre/Faget, no.29.

<sup>189</sup> HMK Tasarısı, ibrazı istenen belgenin içeriğinin mümkün olduğunca bildirilmiş olması şartına yer vermemiştir. Böyle olmakla birlikte, Tasarı m.224, f.3’te, mahkemenin duruma göre senedin içeriği konusunda diğer (ibrazı isteyen) tarafın beyanını kabul edebileceği öngörülmüştür. Böyle olunca, Tasarı’nın, açıkça belirtilmemiş olsa da, (zımnen) bu şartı içerdiği sonucuna varılabilir.

<sup>190</sup> Pekcantez/Atalay/Özokes, s.473.

kişideki belgenin ibrazını istemezse, belgenin incelenmemesine karar verebilir<sup>191</sup>. Bu halde, ibrazı istenen belge ister karşı tarafın, ister üçüncü kişinin elinde bulunsun, bu kişilere söz konusu belgenin neden ibaret olduğunu anlayabilecekleri derecede açıklama yapılmış olmalıdır. Aksi halde, söz konusu belgenin ibrazı istenmiş sayılamaz<sup>192</sup>.

Kanun belge içeriğinin mümkün olduğu kadar açıklanmasını emrettiğinden, bu belgenin tarif ve tavsifi yeterlidir. Buna göre, ibrazı istenen belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının tam bir kopyalarının iddiaya bağlanması veya içeriklerinin tümüyle bildirilmesi gerekli olmasa bile, hiç olmazsa mahiyetleri ve tespit ettikleri vakıalar hakkında açıklama yapılmış olmalıdır<sup>193</sup>. Çünkü, ibrazı isteyen tarafın elinde bir örnek bulunmaması ihtimali her zaman vardır. Bu halde, bir görüşe göre, davacı paranın verildiğine veya alındığına dair davalının elinde bir belge bulunduğunu veya hesap defterinde bu işleme ilişkin bir kayıt bulunduğunu ileri sürmüştü, bu beyanı yeterli görülmelidir. İbrazi isteyen taraf, ispat edeceği işlemin karşı tarafın hangi hesap defterinin hangi sayfasında kayıtlı olduğunu bildirmeye mecbur tutulamaz<sup>194</sup>. Diğer bir görüşe göre ise ibrazı istenen belgenin hangi tarihte ve ne mahiyette düzenlendiği veya hangi işlemi kayıt eden, nerede ve ne sebeple tutulmuş olan hesap defterinin ibrazının istendiği açıkça belirtmelidir. Aksi takdirde, yani belirli olmayan bir belge veya hesap defteri söz konusu edilerek ibraz istenmiş olur ve mahkeme, bu halde ibraz talebini dikkate almayabilir<sup>195</sup>.

Anglo-Amerikan hukukunda da, *discovery*<sup>196</sup> anlamında ibrazı istenen bir belgenin belirli olması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak, burada belirlilik kavramı, davanın aydınlatılması amacıyla geniş yorumlanmıştır. Buna göre, belge, ihtilaflı meselenin bir unsuru üzerinde aydınlatıcı olduğu andan itibaren belirlidir<sup>197</sup>.

<sup>191</sup> Belgesay, Şerh, s.212-214.

<sup>192</sup> Belgesay, Deliller, s.73.

<sup>193</sup> Belgesay, Şerh, s.245-246, 250.

<sup>194</sup> Belgesay, Şerh, s.246.

<sup>195</sup> R. Ersoy, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1976, s.749.

<sup>196</sup> *Discovery*, Anglo-Amerikan hukukunda iki anlama gelmektedir. Birinci anlamıyla, tarafların ihtilafla ilgili bilgileri edinmek için gerçekleştirdikleri işlemleri, ikinci anlamıyla ise bu işlemlerin gerçekleştirilmesine ayrılmış dava safhasını ifade eder. *Discovery*, bir dava safhası olarak, davanın içerdiği iki bölümden biri olan *pre-trial* bölümüne dahildir. *Pre-trial* bölümü, diğer (medeni yargılama hukukumuzdaki tahkikat ve yargılama safhalarına karşılık gelen) bölüm olan *trial*'a hazırlanma bölümüdür. *Discovery*, *pre-trial* bölümünün ilk safhası olan *pleadings*'lerin (dava dilekçelerinin) verilmesinden sonraki safhayı oluşturur (Ataman Fıganmeşe, s.173-174). Çalışmada, *discovery*'nin belgelerin ibrazına ilişkin düzenlemesi açıklanmıştır (Bkz. s.48-52).

<sup>197</sup> Jeandin, s.387.

Tarafların *discovery* aşamasında birbirlerine iletecekleri listelerde, tanımlanabilir nitelikteki tüm belgelerin numaralandırılmış olarak ve mantıki bir sıra (genellikle, kronolojik sıra) içinde gösterilmeleri gerekir. Ayrıca, bu listeler, tarafların elinde bulunan, ancak ibrazlarından kaçınmak istedikleri belgeleri de içerirler<sup>198</sup>. Taraflardan her biri, diğerinden, kendi listesini yemin vermek suretiyle onaylamasını isteyebilir. Bu, listenin içeriğinin eksiksiz olmadığı yolundaki tüm itirazları engeller. Yemin beyanına karşı, diğer taraf, bazı hallerde listenin tamamlanmasını isteme olanağına sahiptir<sup>199</sup>.

#### **d) Belgenin Karşı Tarafın veya Üçüncü Bir Kişinin Elinde Bulunması**

Kanunumuza göre, ileri sürdüğü vakıanın ispatı için gerekli olan bir belgenin ibrazını isteyen taraf, bu talebini, ancak bu belge karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin “yedinde” (elinde) bulunuyorsa, dinletebilir. Bunun için, öncelikle böyle bir belgenin mevcut olması gerekir. Mevcudiyet (*existence*) şartı, ancak ibrazı istenen belge yeterince belirlenmemişse, aranır. İyice tanımlanmış, belirlenmiş bir belgenin varlığına kimse karşı koyamaz<sup>200</sup>.

“Elde bulundurma”dan, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin ibrazı istenen belgenin zilyetliğine sahip olması anlaşılır. Bu halde, karşı taraf ya da üçüncü kişi, bu belgenin maliki bulunmak zorunda değildir<sup>201</sup>. Belge üzerinde doğrudan doğruya zilyetlik (gerçek doğrudan ve aracısız hakimiyet) tesis edilmiş olmalıdır<sup>202</sup>. Söz konusu belgenin herhangi bir hukuki nedenle elde bulunduruluyor olması da şart değildir<sup>203</sup>.

<sup>198</sup> Jeandin, s.388. *Discovery*, bir belgeyi ibraz etmemek hakkından yararlanmak isteyen tarafı, listesinde bu amaca ilişkin bir paragrafta bunu belirtmeye zorlamaktadır. Belge içeriği tümüyle ortaya dökülmeden, sırf ferdileştirilebilmek amacıyla belirlenebilir bir şekilde tasvir edilecektir. İtiraz halinde, tarafın kendi lehine ileri sürebileceği bir ayrıcalığın bulunup bulunmadığını tespit etmek, *pre-trial* ile görevli hakime (*master*) düşmektedir. Ayrıcalık (örneğin, meslek sırrı) kabul edilirse, taraf, belgeyi ibraz etmekten başışık tutulabilir (Jeandin, s.388).

<sup>199</sup> Jeandin, s.387. Örneğin, tasdik edici belgeler olmaksızın bilançodan bahsedilmesinin, ibraz edilmemiş bir örneğe referans yapan bir yazışmanın veya diğer tarafın elinde bulunan ve varlığını öğrendiği belirli belgelerin söz konusu olduğu hallerde, bunların ibrazı *further and beter list of documents* denilen özel bir yargılama usulüne göre istenebilmektedir (Jeandin, s.387).

<sup>200</sup> Daigre, La production forcée, s.184.

<sup>201</sup> Daigre, La production forcée, s.188.

<sup>202</sup> Bohnet, s.417. Delil teşkil etmesi amacıyla kendisine bir şey verilmiş olan hakim, dolaylı zilyet durumunda değildir. MK m.679, f.1 (İsv.MK m.924, f.1) anlamında da zilyetliği elde etmiş olmaz. Böyle olunca, herhangi bir zilyetlik devrinden söz edilemez (Bohnet, s.418).

<sup>203</sup> Compennolle, s.92.

Hakimin karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin ibrazını emredebilmesi için, HUMK m.330 uyarınca karşı tarafın, söz konusu belgenin elinde bulunduğunu ikrar etmiş olması (onu elinde bulundurduğunu bildirmiş olması) veya yazılı talebe rağmen sükut etmiş (susmuş) olması gerekir<sup>204</sup>. İlk durumda, bu davranış “açık ikrar”, ikinci durumda ise “susma ile ikrar” teşkil eder. Susma ile ikrar teşkil edebilmesi için, ibraz talebi, Kanunda açıkça belirtildiği üzere yazılı olarak ileri sürülmüş olmalıdır<sup>205</sup>. Bu halde, kanun koyucu, genel kuralın (BK m.3-6) aksine, yazılı talebe karşı cevap verilmemiş olmasını da, isticvapta (HUMK m.234) ve giyapta (HUMK m.408) olduğu gibi, ikrar olarak nitelendirmiş; bu konuda hakime takdir yetkisi tanımamıştır<sup>206</sup>. Hakim, her iki durumda (hem susma ile ikrar, hem açık ikrar) da ibrazı emredecektir.

Fransız ve Belçika hukuklarında, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunduğunu iddia ettiği bir belgenin ibrazını isteyen tarafın, söz konusu belgenin bu kişilerin elinde bulunduğunu gösteren makul ve inandırıcı delilleri mahkemeye ibraz etmeye mecbur olduğu kabul edilmiştir<sup>207</sup>. Code jud. m.877, açıkça, “karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde ihtilafli meselenin ispatında delil olarak kullanılacak bir belge olduğuna dair güçlü ve açık bir karinenin mevcut olması” şartını aramıştır<sup>208</sup>. Daigre, hukuka uygun olarak elde edilmiş olması şartıyla, her türlü delilin bu amaçla ibraz edilebileceğini söylemiştir. Çünkü, burada, hukuki bir işlemin değil, basit bir vakıanın (belgenin elde bulunduğunun) ispatı söz konusudur. Bu

<sup>204</sup> HMK Tasarısı m.224, f.1’de, karşı tarafın, ibrazı istenen belgenin elinde olduğunu ikrar ettiği veya ileri sürülen talep üzerine sükut ettiği ya da belgenin var olduğu resmi bir kayıtla anlaşıldığı veya başka bir belgede ikrar olunduğu takdirde, mahkemenin bu belgenin ibrazını emredeceği belirtilmiştir.

<sup>205</sup> Bilge, s.516, dn.4.

<sup>206</sup> Bilge/Önen, s.584, dn.1; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.473; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.459; T.Ö. Kiraz, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Bilge Yayınevi, Ankara 2005, s.164-165. Yazar, ZPO m.425’e göre de, belgenin elinde bulunduğunu kabul eden veya yazılı talep üzerine açıklama yapmayan karşı tarafın söz konusu belgeyi ibraz etmeye mecbur olduğunu belirtmiştir (Kiraz, s.165).

<sup>207</sup> Daigre, La production forcée, s.189; Compennolle, s.92. Sırf hesap defterleri, gelir beyannameleri, noterlerce düzenlenen belgeler gibi mevcudiyetleri asıl olan belgelerin elde bulundurulduklarına ilişkin delillerin ibrazı gerekmez. Çünkü, bu belgelerin elde bulundurulduğuna ilişkin bir karine mevcuttur. Elbette, bu karinenin aksi ispat edilebilir (Daigre, La production forcée, s.190). Böyle bir durumda, ispat yükünün elde bulundurmaya sınırlı olarak tersine çevrilebileceği; karşı tarafın ya da üçüncü kişinin böyle bir belgeyi elinde bulundurmadığını ispat etmek durumunda kalacağı ileri sürülmüştür (Daigre, La production forcée, s.190). Ancak, ibraz talebi, çoğunlukla elde bulundurulması zorunlu olmayan (kişisel mektuplar, kira sözleşmeleri, fotoğraflar, filmler gibi) belgelere ilişkin olur. Bunların ibrazını isteyen taraf, hem bunların mevcudiyetine, hem elde bulundurulduklarına ilişkin delilleri getirmek zorundadır (Daigre, La production forcée, s.191). Söz konusu belgeler, yeterli derecede belirlenmişlerse, bunların mevcudiyetleri asıl kabul edileceğinden, sırf bu halde elde bulundurulduklarına ilişkin delillerin ibrazı gerekmez. Bu durumda, hakim, şartlardan birinden yola çıkarak, diğeri hakkında karine oluşturabilir (Daigre, La production forcée, s.184).

<sup>208</sup> Compennolle, s.93.

delillerin değerlendirilmesi sonucunda, hakim, belgenin karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunup bulunmadığını takdir edecektir. Buradaki ispat ölçüsü, yaklaşık (gerçeğe yakın) ispattır. Buna göre, hakim, bu vakıa iddiasının kuvvetle muhtemel olduğu (yoksa, kesin olarak gerçek olduğu değil) kanaatine varırsa, bu vakıayı gerçekleşmiş sayacak ve ibrazı emredebilecektir<sup>209</sup>.

Belgesay, davacı delillerini bildirmek için kendisine verilmiş olan süre içinde vereceği layihada karşı tarafın elinde bulunan bir belgeye dayandığını bildirmişse, karşı tarafın, elinde böyle bir belge bulunmadığını veya onu ibraza mecbur olmadığını derhal bildirmesi gerektiğini; cevap layihasında bu hususta susması ve tahkikat hakiminin sorusuna karşı cevap da vermemesi halinde, hakimin belgenin ibrazını emredeceğini söylemiştir<sup>210</sup>. Daigre de, karşı tarafın kendisinden ibrazı istenen belgeyi elinde bulundurmadığı yönünde itirazda bulunması gerektiğini; bunu yapmazsa, (ibrazı isteyen) tarafın belgenin onun elinde bulunduğuna ilişkin mahkemeye ibraz ettiği delillerin geçerli kabul edileceğini söylemiştir<sup>211</sup>. Bu halde, her iki yazara göre de, itirazın yokluğu, söz konusu belgenin elde bulundurulduğu anlamına gelecektir. Daigre, üçüncü kişiler açısından da aynı sonuca ulaşmanın mantıksız olmayacağını söylemiştir. Yazara göre, muhatapın (karşı tarafın ya da üçüncü kişinin) hareketsiz kalarak durumu kabullenmesi, gizli bir ikrar olarak değerlendirilebilir. Bu sonucun doğmaması için, muhatap, kendisinden ibraz etmesi istenen belgeyi elinde bulundurmadığını açıkça belirtmeli ve buna ilişkin delilleri de göstermelidir<sup>212</sup>.

#### e) Özel Bir Mesele: *Discovery*

İbrazı istenen belgenin niteliklerine ilişkin açıklamalardan anlaşıldığı üzere, ibraz talebinin kabulü için, ibrazı isteyen tarafın ibrazını istediği belgenin varlığını biliyor (hatta, içeriğini mümkün olduğunca açıklamış) olması, bu belgenin karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunması ve hakimin, ibrazı ileri sürülen vakıanın ispatı açısından gerekli sayması gerekir. Buna göre, kanun koyucu, bir tarafı, onun haberi olmaksızın ihtilafli meseleyi ispata yarayabilecek nitelikteki bir

<sup>209</sup> Daigre, La production forcée, s.191-192.

<sup>210</sup> Belgesay, Şerh, s.247.

<sup>211</sup> Daigre, La production forcée, s.189.

<sup>212</sup> Daigre, La production forcée, s.189.

belgeyi elinde bulunduran ve kendisine karşı kullanılabileceğini bildiğinden, onu ortaya koymaya yanaşmayan (başka bir deyişle, saklayan) diğer tarafa karşı koruyacak bir imkan öngörmemiştir. Sırf bizim hukukumuzda değil, İsviçre ve Fransız hukuklarında da, “bir tarafın sahip olduğu belge arşivinin tümüyle diğer tarafın emrine açılabilmesi”<sup>213</sup> öngörülmemiştir.

Aslında, saklama hakkı oluşturmak, medeni yargılamanın bireyci anlayışına uygun düşebilir<sup>214</sup>. Ancak, yardımdan yoksun olan taraf, bu durumda davayı kaybetmek riski altında olacaktır. Oysa, ileri sürülen vakıaların ispatı sürecinde üstün tutulan amaç gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Öyleyse, burada birbirini dışlayan iki ilke bir kez daha karşı karşıya gelmektedir: *Nemo tenetur edere contra se* ve gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma (veya açıklama) ödevi. Çözüme, bir kez daha *nemo tenetur edere contra se* ilkesinin terk edilip edilmeyeceğine karar vermekle ulaşılabilecektir. Hatta, bu kere, bununla da kalınmayıp, tarafların fayda veya zararlarına aldırış etmeden ellerinde bulunan tüm belgelerin varlığını ortaya koymaya mecbur olduklarının kabul edilip edilmeyeceğine karar vermek gerekecektir.

Bu düzenleme yokluğu, farklı bir hukuk sisteminin, Anglo-Amerikan hukukunda özel hukuk uyuşmazlıklarının büyük çoğunluğuna uygulanan *discovery* sisteminin meseleyi düzenleyiş şeklinden esinlenilerek, açıklanabilir. Bundan, *discovery*'nin Türk medeni yargılama hukukuna dahil edilmesinin önerildiği anlaşılmamalıdır. Bu sistemin referans alınmasının nedeni, bu varsayımda, mevcut düzenlemeye göre yardımdan yoksun olacak olan tarafa, bu sistem uygulanırsa, büyük ölçüde yardım edilmiş olacaktır. Zira, *discovery*, kimsenin kendi aleyhine olan delilleri zorlanamayacağını ifade eden *nemo tenetur edere contra se* ilkesini tümüyle hiçe saymıştır<sup>215</sup>. Bu sistemde taraflar, ellerinde bulunan tüm belgeleri, onları kullanma veya kullanmama niyetlerinden ve onların kendilerine yararlı mı zararlı mı olacağını bilme sorunundan bağımsız olarak sıralamaya (varlıklarını ortaya

<sup>213</sup> J.A. Jolowicz, “La production forcée des pièces en droits français et anglais, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs”, *Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Paris 1996, s.172.

<sup>214</sup> Jeandin, s.398.

<sup>215</sup> Jolowicz, İngiliz hakim Donaldson'ın bu ilkenin tümüyle terk edilmiş olmasından büyük mutluluk duyduğunu söylemiş; onun, davanın ne bir savaş alanı, ne de bir oyun olduğunu söylediğini ve hakimin, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla taraflarla ilgili her türlü bilgiye sahip olması gerektiğini savunduğunu belirtmiştir. Jolowicz'e göre ise günümüzde pozitif hukukun gerçeği ne ölçüde ortaya çıkarttığı tartışmalıdır. Davanın tarafları, dürüst olmalıdırlar. Taraflardan birinin, diğer tarafın varlığından haberdar olmadığı, ancak onun iddiasını güçlendirecek ve ihtilafı meseleyi çözebilecek nitelikteki bir belgeyi adaletten saklayarak davayı kazanması kabul edilemez (Jolowicz, s.172-173).



koymaya) ve yasal bir engelden yararlanmadıkça, birbirlerine teslim etmeye mecburdurlar<sup>216</sup>.

*Discovery* safhasında (dava dilekçelerinin verilmesinden itibaren on dört günlük bir süre içinde), taraflardan her biri, elinde bulunan tüm belgeleri sıralayan bir listeyi kendiliğinden diğer (karşı) tarafa teslim eder<sup>217</sup>. Taraf, elinde bulunan tüm belgeleri diğer tarafa vermeye mecbur olduğu gibi, diğer tarafın talebi üzerine elinde bulunmayan belgeleri araştırıp bulmaya da mecburdur. Bundan kaçınırsa, *pre-trial* ile görevli hakim (*master*) tarafından buna mecbur edilebilir<sup>218</sup>. Ayrıca, taraflardan her biri, kendisine verilen listede yer alan belgeleri görmeye ve bunlardan örnek almaya yetkilidir<sup>219</sup>. Ancak, bu, karşı tarafın belgeyi artık elinde bulundurmadığını ispat etmiş olması ya da içeriğini bildirmemek için yasal bir engel ileri sürmüş olması<sup>220</sup> veya belgenin ibrazının büyük çaba harcanmaksızın gerçekleştirilemeyecek olması hallerinde söz konusu olmaz<sup>221</sup>.

*Trial* (tahkikat ve yargılama) safhasına gelindiğinde, hakimin kullanımına sunulmuş olan delillerin daha önceden birikmiş olması, onun ikna edici bir karara varmasını sağlar. *Trial* ile görevli hakimin üzerinde çalışacağı konu, bir kere bütünüyle belirlenmiş olur. Bu, karşı tarafın iradi olarak yol açabileceği her türlü sürpriz etkisini dışlama avantajı da sağlar. Zira, *discovery* safhasında vakıaları saklayan taraf, bir daha (*trial* safhasında) onları ileri süremez. Ayrıca, taraflar, duruşmalar başlamadan önce, mahkemenin bileceği tüm vakıaları öğrenmiş olurlar. Bu, davacıya, davaya bağlı şansların ve risklerin son bir hesaplamasına girişme imkanı verir. En hakkaniyetli sonuca, taraflar birbirlerinin argümanlarına en serbest şekilde karşı çıkabilme fırsatı bulduklarında ulaşılır. *Discovery*, gün geçtikçe bir fair

<sup>216</sup> Jeandin, s.397.

<sup>217</sup> Jeandin, s.386; Jolowicz, s.170.

<sup>218</sup> Jeandin, s.386. *Discovery*, hakimin müdahalesinin zayıflığı ile şekillenmiştir. Hakim, sırf oyunun kurallarına saygılı olunmasını sağlamak gerektiği ölçüde müdahale eder (Jeandin, s.386). Alangoya, davanın yürütülmesinde büyük ağırlığı taraflara veren bu sistemin felsefesinin, gerçeğin tarafların getirdikleri vakıalar ve delillerin ve onların savaşının sonunda ortaya çıkacağına, buna hakimin karışmaması gerektiğine dayandığını söylemiştir (Alangoya, Dava Temeli, s.100 ve orada dn.103'teki karar).

<sup>219</sup> Jolowicz, s.170; Jeandin, s.389.

<sup>220</sup> Bu durumda, görüşmenin yeri ve zamanı karşı taraf tarafından ayarlanır. Bu görüşmede, karşı taraf belgeyi bir ayrıcalık göstermek sureti ile ibrazdan kaçınırsa, diğer taraf, hakime başvurarak ondan hukuki sorunu çözmesini ister. Hakim, belgeyi ibraz etmeyen tarafın sunduğu ayrıcalığı inceleyerek, geniş takdir yetkisi çerçevesinde sorunu çözer. Ancak, ihtilafli meseleyi esaslı biçimde çözecek ya da onun önemini ortadan kaldıracak nitelikteki bir belgenin ibrazına hakimin mutlaka hükmetmesi gerekir (Jolowicz, s.171).

<sup>221</sup> Jeandin, s.396.

play ideali, bir gladyatörler dövüşü, medeni yargılama alanında ekonomik liberalizmin ifadesi olarak yükselmiştir<sup>222</sup>.

Bu açıklamalardan sonra, *discovery*'nin kendi içinde çelişkileri bulunduğu da söylenmelidir. Bir kere bu sistem, güçlü olan taraf açısından diğerine karşı adil olmayan bir silah şeklinde kullanılmaya elverişlidir. Taraflardan biri, diğerine, inceleyebileceğinin çok ötesinde bir belge listesi verirse, dava içinden çıkılmaz ve masraflı bir hal alabilir. Karşı tarafın belgelerine erişmek için, onu, ihtilafli meseleye ilişkin tüm belgelerin varlığını ortaya koymaya, bazen de elinde bulunmayan belgeleri araştırıp bulmaya zorlamak katlanılmaz durumlara sürükleyebilir<sup>223</sup>. Bunun için, hakimin, yerinde ve hakkaniyete dayalı bir çözüm ihtimali konusunda ikna olmuşsa, ibrazı emretmesi gerektiği ve hukuk sistemlerinin birbirine uyarlı hale getirilmesi için, *discovery*'nin bir baskı aracı olmaktan çıkarılarak ve gereksiz masraf yaratan yanı törpülenerek, reforme edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür<sup>224</sup>. Bu reformda, *discovery*'nin, belge saklamayı yasaklayan kuralı mutlaka içinde barınması gerektiği söylenmiştir<sup>225</sup>.

Anglo-Amerikan hukukuna hakim olan *discovery*'nin meseleyi düzenleyiş şekli kısaca böyle açıklanabilir. Söylenbilir ki, böyle bir sistem, HUMK'ta öngörülmüş olan ispat hukukuna ilişkin bazı ilkeleri alaşağı eder niteliktedir. Bir kere, elbette dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin uygulandığı davalarda vakıa ve delilleri göstermek taraflara düşer. Ancak, bu davalarda bile, hakimin delillerin ikamesine müdahale edebildiği haller (HUMK m.217, f.2, m.378 ve m.75, f.3'te olduğu gibi) söz konusu olabilir. Kaldı ki, re'sen araştırma ilkesinin

<sup>222</sup> Jeandin, s.396. Jeandin, tarafların, olayların çoğunda *discovery* safhası sonunda ihtilafa uzlaşarak son vermeyi tercih ettiklerini açıklamıştır. Bir yazarın, şu başlığı taşıyan eserinin dikkat çekici olduğunu söylemiştir: "Discovery! How to win your case without trial?" (Jeandin, s.396). Belirtmek gerekir ki, Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında medeni yargılamanın uyumlaştırılması önerileri arasında Marcel Storme'un başkanlık ettiği bir çalışma grubu tarafından ileri sürülmüş olan öneriye göre, hakim, re'sen ya da taraflardan birinin talebi üzerine taraflardan her birini ihtilafli meseleye ilişkin olan ve elinde bulunan tüm belgelerin bir listesini bildirmeye mecbur edebilecektir. Bu listede, tarafların hangi belgelerin ibrazından kaçındıkları, yine yasal bir engel ileri sürülerek gösterilecektir (Jeandin, s.400; Jolowicz, s.173).

<sup>223</sup> Jolowicz, s.173; Jeandin, s.395. Jeandin, Junker'in, kendisini otuz beş milyon sayfa tutan belgeleri ibraz etmek zorunda bulan Japon ihracatçının ve kendisinden bir yıllık telefon görüşmeleri istenen Alman firmasının düştükleri şaşkınlığı örnek verdiğini belirtmiştir (Jeandin, s.395). Ataman Figanmeşe de, United States v. AT & T davasında sekiz milyon sayfalık belge gösterilmiş olup, bunun bir buçuk milyonluk kısmının fotokopisinin çekilmesine izin verilmek zorunda kalındığını söylemiştir (Ataman Figanmeşe, s.191, dn.572).

<sup>224</sup> Jolowicz, s.173-174.

<sup>225</sup> Jolowicz, s.174.

uygulandığı davalarda, hakim de, taraflar yanında delillerin araştırılması konusunda yetkilidir. Hakimin müdahalesinin *discovery*'deki kadar zayıflatıldığı bir sistem düşünülemez. Ayrıca, taraflardan birini, elinde bulunan, ancak diğer tarafın varlıklarından haberdar olmadığı belgeleri ortaya koymaya zorlamak, iddia yükünü<sup>226</sup> ve somutlaştırma yükünü<sup>227</sup> ortadan kaldırmak anlamına gelir. Zira, taraflar, ileri sürdükleri vakıaların varlığını ortaya koymak ve onları delilleriyle birlikte somutlaştırmak zorundadırlar. Bu nedenle, kanun koyucu, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını isteyen tarafı da bu belgenin varlığını ortaya koymaya ve onu, içeriğini mümkün olduğunca açıklamak suretiyle somutlaştırmaya mecbur etmiştir. HUMK m.326 vd. açısından, tarafları bundan bağışlamak kabul edilemez.

Her ne kadar HMK Tasarısı m.223, f.1, c.1'de, tarafların, kendilerinin ve karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri ibraz etmeye mecbur oldukları öngörülmüşse de, buradaki “tüm belgeler” ifadesinden hareketle Tasarı'nın bir *discovery* varyantını formüle ettiği söylenemez. Bu ifadenin Tasarı'da yer almasının tek sebebi, HUMK m.326'daki tahdidi sayımın terk edilmek istenmesidir. Böyle olmakla birlikte, Tasarı m.142 vd.'nda yer alan “ön inceleme”nin *discovery*'yi çağrıştırdığı söylenebilir. Şöyle ki, bu safha, *discovery*'de olduğu gibi, dilekçelerin verilmesinden sonra, fakat tahkikat safhasından önce gerçekleşecektir. Ayrıca, bu incelemede mahkeme, tarafları, tahkikata geçilmeden sulhe veya arabulucuya gitmeye teşvik edebilecek; böylece, ihtilafın halli *discovery*'de olduğu gibi, uzlaşma suretiyle mümkün olabilecektir. Yine, *discovery*'de olduğu gibi, taraflar, bu safhadan sonra iddia ve savunmalarını değiştiremeyecek ve genişletemeyeceklerdir. Deliller, bu aşamada değerlendirilmeyip (örneğin, ibraz edilen belgeler incelenmeyip), sırf tahkikat safhasına hazırlık mahiyetindeki (tarafların delillerini sunmaları için gereken işlemler gibi) işlemler yapılacaktır.

---

<sup>226</sup> İddia yükü, “tarafların davadaki maddi meseleye ilişkin olup, bir hukuk normunun koşul vakıasına ilişkin somut vakıaların varlığını mahkemeye bildirme, ileri sürme konusundaki ödevleri”dir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.429).

<sup>227</sup> Bkz. dn.70, s.18-19.

## 2) Maddi Hukuka Göre İbrazı Gereken Belgeler (Maddi Anlamda İbraz Mecburiyeti)

Maddi hukuka göre ibrazı gereken belgeleri belirtmeden önce, ibraz mecburiyetine konu olabilecek belgelerin maddi hukuka göre ibrazı gereken belgeler ve yargılama hukukuna göre ibrazı gereken belgeler olarak bir sınıflandırmaya tabi tutulmalarının önemini ve bu sınıflandırmada dikkate alınabilecek ölçütü açıklamak yerinde olacaktır. Bilindiği gibi, HUMK m.326, f.1, c.1 “Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi” demek suretiyle, öncelikle tarafları maddi hukuka göre ellerinde bulunan belgeleri ibraz etmeye mecbur tutmuştur. Sonra, dört bent halinde (tahdidi olarak), hangi belgelerin ayrıca ibraz edileceğini saymıştır. Ayrıca ibrazı gereken bu belgeler, mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan senetler, bir tarafın diğer taraftan davaya ilişkin aldığı mektup ve telgraflar, iki taraf için müşterek olan işlem ve menfaatlere ilişkin olarak düzenlenen belgeler ve iki tarafın müstakilen veya müştereken sahip olduğu belgelerdir. Belirtmek gerekir ki, HMK Tasarısı’nın getirdiği düzenleme, bu düzenlemeden oldukça farklıdır. Şöyle ki, Tasarı m.223, f.1, c.1’de, tarafların, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorunda oldukları belirtilmiştir. Dolayısıyla, HUMK m.326’nın aksine, tüm belgeleri kapsayan genel bir düzenleme getirilmiştir. Buna gerekçe olarak, ibraz mecburiyetinin, HUMK m.326’da belirtilen TK ve MK dışındaki kanunlar açısından da söz konusu olabileceği<sup>228</sup>; kaldı ki, ibraz mecburiyeti bir kanunda özel olarak düzenlenmişse, bunu tekrar belirtmeye gerek de olmadığı ve böylece, tek tek sayılıp ihtimal dışı kalabilecek durumların Tasarı’nın bu hükmü ile bertaraf edildiği gösterilmiştir<sup>229</sup>.

<sup>228</sup> Aslında, Tasarısı’nın bu düzenlemesinden önce de, HUMK m.326, f.1, c.1’de “Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince...” denmişse de, bu ifadenin aslında “özel hukuka ilişkin kanunlar” şeklinde anlaşılması gerektiği söylenmekteydi (Kuru/Arslan/Yılmaz, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, 28.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2006, s.126, dn.52).

<sup>229</sup> Bkz. HMK Tasarısı, s.247. CPCN m.263a’nın karmaşık düzenlemesi de, 30/9/1991 tarihli değişiklik ile daha basit bir ilkeye bürünmüş; yargılamanın gereklerine daha iyi uyarlanmıştır. Buna göre, bu Kanun m.259 uyarınca taraflar, ellerinde bulunan ve dava için bir önem teşkil eden belgeleri ibraz etmeye mecbur tutulabilirler (Bohnet, s.417). Üçüncü kişinin elinde bulunan belgelerin ibrazına ilişkin NCPC m.138’de, taraflardan birinin, resmi bir senedin (*acte authentique*), tarafı bulunmadığı adi bir senedin (*acte sous seing privé auquel elle n’a pas été partie*) veya üçüncü kişinin elinde bulunan belgelerin ibrazını isteyebileceği belirtilmiştir. Tarafların ellerinde bulunan belgelerin ibrazına ilişkin m.142’de ise tarafların elinde bulunan “ispat unsurları”ndan (*éléments des preuves*) bahsedilmiştir (Guinchard, Code, s.241, 243; Vincent/Guinchard, s.643; Daigre/Faget, no.1). Bu düzenlemelerin, “Hakim, taraflardan birinin talebi üzerine ve itaatsizlik cezası (*peine d’astreinte*) tehdidi altında, bir ispat unsurunu elinde bulunduran tarafı bunu ibraz etmeye ve yasal bir engelden

HUMK m.326'dan hareketle yapılacak sınıflandırma, ibrazı istenen bir belgenin maddi hukuk hükümlerine göre mi yargılama hukuku hükümlerine göre mi ibrazı gereken belgelerden olduğunu; daha doğrusu, maddi anlamda ibraz mecburiyetinin mi, usuli ibraz mecburiyetinin mi söz konusu olduğunu belirleme faaliyetidir. Bu faaliyet, önemini, özellikle meseleye uygulanacak hukuk bakımından gösterir. Şöyle ki, maddi anlamda bir ibraz mecburiyeti söz konusu olduğunda, devletler özel hukuku kurallarına göre uygulanması gereken ilgili maddi hukuk kuralları senedatın ibrazı mecburiyeti hakkında karar verecektir. Böyle olunca, Türk devletler özel hukukuna göre yabancı maddi hukuk uygulanmaktaysa, ibraz mecburiyeti de bu hukuka göre tayin edilecektir. Bir usuli ibraz mecburiyeti söz konusu olduğunda ise Türk mahkemesi önünde taraf olarak ortaya çıkan yabancılar için de, bu mecburiyet geçerli olacaktır. Bu durum, HUMK m.333 vd. uyarınca üçüncü kişi durumunda olan yabancılar için de geçerli olacaktır<sup>230</sup>.

Sınıflandırmada dikkate alınabilecek ölçüt olarak, İsviçre hukukunda ibraz mecburiyetinin derdest bir davanın varlığından bağımsız olarak düzenlenmiş olup olmadığı hususu dikkate alınmıştır. Buna göre, maddi hukuk hükümleri, ibraz mecburiyetini derdest bir davanın varlığından bağımsız olarak düzenlemişlerdir. Bunlar, maddi hukuktan doğan sözleşmesel veya diğer hukuki şekillerden kaynaklanan bilgi edinme hakkıyla ilişki içindedirler<sup>231</sup>; var oluş nedenlerini, bilgilendirme konusundaki maddi hukuktan kaynaklanan bir ön yükümlülüğün almaktadırlar ve kullanılmaları, hiçbir zaman derdest bir davanın varlığını önceden varsaymayı gerektirmez. Bu hükümler, ibraz hakkını amaçlayan bağımsız bir talebin konusunu oluştururlar<sup>232</sup>. Usuli ibraz mecburiyeti ise ispata ilişkin hakla ilişki içinde

---

yararlanmadığı sürece, bir üçüncü kişiyi de aynı şekilde elinde bulundurduğu tüm belgeleri ibraz etmeye mecbur tutabilir" hükmünü içeren NCPC m.11, f.2'nin eseri oldukları (Daigre/Faget, no.1); buna göre, m.138 ve 142 ile, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunan ve davayı aydınlatacak nitelikteki tüm belgelerin ibrazına izin verildiği söylenmiştir (Daigre/Faget, no.21). Fransız mahkemelerinin, çeşitli kararlarında, örneğin hastaneye kayıt işlemlerini içeren bir dosyanın, bir pasaportun, bir hesap cüzdanının, sigortalının zarara uğradığı yönündeki beyanını içeren bir belgenin, taraflar arasındaki anlaşmayı saptayan iki avukat arasındaki mesleki bir yazışmanın, çocuklar ve torunlar yararına açılmış olan bir tasarruf hesabının veya istenilen tutarların ve alacak senetlerinin doğruluğunu kontrol etmek amacıyla düzenlenmiş olan bir kredi teklifinin bu hükümlere göre ibraz edilebileceğine hükmettikleri belirtilmiştir (Daigre/Faget, no.22).

<sup>230</sup> E. Nomer/C. Şanlı, **Devletler Hususi Hukuku**, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007, s.354. Taraf olan yabancıların tabi olacağı ibraz mecburiyeti açısından, onun Türkiye'de bulunup bulunmaması ya da kendi milli hukukunda farklı bir ibraz mecburiyetinin düzenlenmiş olması rol oynamayacak; ancak, üçüncü kişiler, yabancı ülkede oturdukları takdirde, onların tabi olacağı ibraz mecburiyeti milletlerarası adli yardım yoluyla temin edilebilecektir (Nomer/Şanlı, s.354).

<sup>231</sup> Jeandin, s.375.

<sup>232</sup> Jeandin, s.377.

bulunan ve herşeyden önce derdest bir dava sırasında başvurulmuş bir önlem niteliğindeki ibraz mecburiyetine tahsis edilmiş olan hükümlere dayanır<sup>233</sup>. Bu ayırmadan hareketle, ticari defter ve belgelerin ibrazı mecburiyetini düzenleyen İsv.BK m.963'ü (TTK m.80), İsviçre doktrini ve Federal Mahkeme usuli bir hüküm olarak kabul etmiştir. Çünkü, ticari defterlerin bu madde anlamında ibrazı, derdest bir dava sırasında istenmektedir<sup>234</sup>. Aynı şekilde, bir eşin diğerini bilgilendirmesi ödevine ilişkin olsa da, hakimin boyun eğmeyen eşi ve üçüncü kişileri gerekli belgeleri ibraz etmekle yükümlü kılabilceğini düzenleyen İsv.MK m.170, f.2<sup>235</sup> ve kira sözleşmesiyle ilgili ihtilafta, her iki tarafın da bu ihtilafın saptanabilmesi amacıyla gerekli tüm belgeleri ibraz etmeye mecbur olduğunu öngören İsv.BK m.274<sup>236</sup> de usuli hükümler olarak gösterilmişlerdir .

Tüm bu açıklamalardan sonra, Türk-İsviçre hukukunda, maddi hukukun belirli durumlarda bilgi ve belgelerin bildirilmesini isteme hakkı verebileceğinin kabul edildiği söylenmelidir. Bu, hak sahibinin gelecekteki davranışını belirlemek (muhtemelen, dava açma şansını hesaplamak) için gerekli olan bilgilerin elde edilmesini sağlamaya yöneliktir. Bu hak, mevcut yasal hükümlerden, yazılı olmayan maddi hukuktan veya iyi niyet kurallarından kaynaklanabilir. Buna göre, maddi hukuk bilgi ve belgelerin bildirilmesine ilişkin açık bir düzenleme öngörmüş olabilir; öngörmemişse bile, hakim, onu yorumlayabilir; hatta, kanun boşluğunu MK m.1 (İsv.MK m.1) anlamında doldurabilir. Ayrıca, hakim, dermeyan edilen bir hukuki ilişkiden (örneğin, bir sözleşmeden) bilgi ve belgelerin bildirilmesini isteme hakkının bulunduğunu iyi niyet kuralları uyarınca da çıkarabilir<sup>237</sup>.

<sup>233</sup> Jeandin, s.378; Hohl, s.194.

<sup>234</sup> Jeandin, s.378.

<sup>235</sup> Jeandin, s.378. “Boşanma yargılamasında, her eş, diğerini, kendiliğinden, gelir durumu ve malvarlığı hakkındaki iddiaları değerlendirmek için gerekli olduğu ölçüde ve bilginin başka türlü elde edilmesi mümkün değilse, bilgilendirmekle yükümlüdür. Boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin bir sözleşmenin imzalanmasında bu ödevin ihlali, MK m.28 anlamında hile teşkil edebilir. Kadının talebi üzerine, koca, elinde bulundurduğu evlilik birliğinden kaynaklanan kazanç payının hesaplanması kapsamındaki mallara ilişkin kadının iddialarına özgü belgeleri ibraz etmeye mecburdur” (Bu yöndeki ATF 118 II 382 için bkz. Bohnet, s.418; Hohl, s.195).

<sup>236</sup> Jeandin, s.378. “Üçüncü kişilerin pay sahipleri defterini inceleyemeyeceği yönündeki kuralın medeni yargılamada hiçbir önemi bulunmamaktadır. İsviçre doktrinine göre pay sahipleri defterinin ibrazını talep etmek, medeni yargılamada mevcut çıkarların düşünülüp tartılmasına bağlıdır. Kuşkusuz, pay sahipleri defterini inceleme hakkı bu defter uygun bir ispat aracı ise teminat altına alınmalıdır” (15/7/2003 tarihli TF 1 P 128/2003 için bkz. Bohnet, s.418, 370).

<sup>237</sup> Hohl, s.194.

Maddi hukuka göre ibraz mecburiyetini düzenleyen hükümler arasında ise şunlar sayılabilir:

-Miras bırakanın ölümünden sonra ele geçen vasiyetnamesinin, geçerli olup olmadığına bakılmaksızın, derhal sulh hakimine teslim edilmesi mecburiyetini içeren MK m.595, f.1 (İsv.MK m.556, f.1),

-Neşir sözleşmesinin tarafları ücretleri kısmen veya tamamen eserin satışına bağlamışlarsa, naşirin satış hesabını düzenlemek ve teamüle uygun olarak bunu ispat edici belgeleri sağlamakla yükümlü olduğunu belirten BK m.381, f.2 (İsv.BK m.389, f.2),

-Tellalın, aracılığını yaptığı işlemlerin taraflarından birinin talebi üzerine, her zaman yevmiye defterinin söz konusu işleme ait kısmının bir suretini imzalayarak, talepte bulunan tarafa vermeye mecbur olduğunu belirten TTK m.111, f.3,

-Vekilin, müvekkilin talebi ile, her zaman ona iş görmesinden dolayı hesap vermek ve bu sıfatla her ne adla olursa olsun almış olduğu her şeyi vermeye mecbur olduğunu düzenleyen BK m.392, f.1 (İsv.BK m.400, f.1) ve diğer eşe kendi mallarının yönetimini bırakan eşe, müvekkilin vekile karşı sahip olduğu hakların aynıları bahşeden MK m.215 (İsv.MK m.195),

-Sermaye Piyasası Kurulu uzman ve yardımcılarının, sermaye piyasası kurumlarından, bunların iştirak ve kuruluşlarından ve diğer gerçek ve tüzel kişilerden, SPK ve diğer kanunların sermaye piyasasına ilişkin hükümleriyle ilgili görecekları bilgileri istemeye, bunların tüm defter, kayıt ve belgelerini ve sair bilgi ihtiva eden vasıtalarını incelemeye ve bunların örneklerini almaya, işlem ve hesaplarını denetlemeye ve ilgililerden yazılı ve sözlü bilgi almaya yetkili olduklarını; ilgililerin de, istenilen bilgi, belge, defter ve sair vasıtaların örneklerini vermek, yazılı ve sözlü bilgi vermekle yükümlü olduklarını belirten SPK m.45, f.2<sup>238</sup>,

<sup>238</sup> Aynı Kanun m.46, f.1, b.(f)'de, Kurulun, bu Kanun uyarınca yaptığı izleme, inceleme ve denetlemeler sonucunda, denetimle görevlendirilenler tarafından istenecek defter, evrak, dosya, kayıt ve bilgi içeren diğer vasıtaların ibraz veya teslim edilmemesi halinde, gerektiğinde mahkemeye başvurarak, bunların tesliminin sağlanmasını talep etmeye de yetkili olduğu belirtilmiştir.

-Alacağın temlikinde, temlik eden kişinin, temlik alan kişiye borç senedi ile mevcut tüm delilleri teslim etmek ve ona, alacağı dermeyeran edebilmesi için gerekli tüm bilgileri vermekle yükümlü olduğunu öngören BK m.168, f.2 (İsv.BK m.170, f.2),

-Komandit şirketin komanditer ortağına, iş yılı sonunda ve iş saatleri içinde şirketin envanteriyle bilanço içeriğini ve bunların sıhhatini bizzat veya bir bilirkişi marifetiyle inceleme (hatta bu kontrolü, bilirkişinin şahsı hakkında bir itiraz olursa, hakim tarafından belirlenecek tarafsız bir bilirkişiye devretme) imkanı veren TTK m.249, f.1 (İsv.BK m.600, f.3),

-Kollektif şirkette, yönetim yetkisine sahip olsun olmasın bütün ortakların, şirket işlerinin gidişi hakkında bizzat bilgi edinmek, şirketin evrak ve defterlerini incelemek hakkına sahip olduğunu öngören TTK m. 167 ve komandit şirkette, komandite ortağa, bu maddeye atıfla her zaman şirket defterlerini inceleyebilme yetkisi veren TTK m.247 (İsv.BK m.598),

-Adi şirketin her bir ortağına, kişisel olarak şirket işlerinin işleyişi hakkında bilgi sahibi olma, şirket defterlerini ve hesaplarını inceleme imkanı veren BK m.531 (İsv.BK m.541),

-Anonim şirket yönetim kuruluna, şirketi temsile ve şirket işlerini görmeye memur olan kimselerden işlerin gidişi ya da belirli bazı işler hakkında açıklama isteme ve defter ve dosyaların kendisine ibrazına dahi karar verebilme imkanı veren TTK m.331, f.1 (İsv.BK m.715a),

-Anonim şirket ortağının, şüpheli gördüğü noktalarda denetçilerden gerekli açıklamayı istemeye ve şirkete ait defter ve yazışmaları, yönetim kurulu kararı ya da genel kurulun açık izni ile (işlerin gizliliğinin korunması kaydıyla) inceleyebileceğini öngören TTK m.363, f.1 ve 2 (İsv.BK m.697),

-Ortaklarının sayısı yirmiden az olan limited şirkette, yönetim yetkisi bütün ortaklara ait değilse, müdür sıfatını haiz olmayan ortaklara, şirket defter ve belgelerini BK m.531 atfıyla inceleme yetkisi veren TTK m.548, f.2 (İsv.BK m.819),



-Yargı organları, emniyet makamları, diğer kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüsleri, özel ve kamuya ait bankalar, noterler, sigorta şirketleri ve vakıfların, kanunlarındaki özel hükümler saklı kalmak kaydıyla, avukatların gerek duydukları bilgi ve belgeleri onların incelemelerine sunmakla yükümlü olduklarını öngören Av.K m.2<sup>239</sup> ve

-İştirakli hizmet sözleşmesinde, ücretin yanında iş sonucundan bir pay kararlaştırılmışsa, işverene, işçiye ya da onun yerine sözleşmeyle veya hakim tarafından belirlenen güvenilir kişiye kazanç ve zarar hakkında gerekli bilgileri vermek ve gerektiği kadar işletme defterlerinin incelenmesine izin vermek mecburiyeti getiren BK m.323, f.2 (İsv.BK m.330, f.2)<sup>240</sup>.

### **3) Yargılama Hukukuna Göre İbrazi Gereken Belgeler (Usuli İbraz Mecburiyeti)**

#### **a) Mahkemeye Verilen Dilekçe ve Layihalarda Dayanılan Senetler**

HUMK m.326, f.1, b.1 uyarınca bir taraf, mahkemeye verdiği evrakta elinde bulunduğunu bildirdiği bir senede dayanmışsa, karşı tarafın talebi üzerine bu senedi mahkemeye ibraz etmeye mecburdur<sup>241</sup>. Kanun, mahkemeye verilen “evrakta”

<sup>239</sup> Bu madde ile, davaya hazırlık amacıyla, avukatlara, gerekli gördükleri bilgi ve belgeleri inceleme ve bunlardan örnek alma hakkı verilmiştir. Böylece, avukatlar, dava açıp açmamaya veya diğer hukuki girişimlerde bulunmaya karar verebileceklerdir. Bunun için, avukatın, talepte bulunurken, öncelikle talebe konu bilgi ve belge hakkında bir gerekçe sunması gerekir. Bu, maddede yer alan “gerek duyduğu” şeklindeki ifadenin bir sonucudur. Bu “gerekçe”den ise avukatın müvekkili ile istenen bilgi ve belge arasında bir ilişki bulunması gerektiğinin anlaşılması gerektiği; istenen bilgi ve/veya belgenin müvekkil ile bağlantılı olması yeterli olup, avukatın bu bilgi ve belgeyi nerede, nasıl, hangi amaçla kullanacağı konusunda ayrıntılı açıklama yapmasına gerek olmadığı söylenmiştir. Yine, istenen bilgi ve belgenin ne olduğunun açıkça belirtilmesi gerektiği de belirtilmiştir (Açıklama ve Danıştay 1. Dairesinin bu maddeye ilişkin olarak verdiği 10/4/2002 tarih ve 2002/26 E., 2002/52 K. sayılı kararı için bkz. K. Vuraldoğan, “Avukatlık Kanunu Madde 2 Uyarınca Avukatın Bilgi, Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı”, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_207.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_207.htm)).

<sup>240</sup> Tüm bu hükümlerden başka, bizim Kanunumuza alınmayan İsv.BK m.257b, f.2 de, maddi anlamda ibraz mecburiyeti içeren bir hüküm olarak gösterilmiştir. Bu hüküm uyarınca kiracı, kendi yükümlülüğüne bırakılmış şeyin kullanımından doğan işletme masrafları ve kamu harcamaları ile ilgili belgeleri inceleme hakkına sahiptir (Jeandin, s.375).

<sup>241</sup> Yargıtay HGK'nın 18/10/1969 tarih ve 1/716-770 sayılı kararında, davalı vekilinin dilekçesine ekli olarak sunduğunu bildirdiği sekiz adet belge halen dosyada bulunmadığı gibi, mahkemece kendisine bunların ibraz ettirilmesi yönüne de gidilmediği; oysa, HUMK m.326 vd. uyarınca bu gibi belgelerin ibrazının mecburi olduğu (Kuru, C.2, s.2189, dn.373; Ersoy, s.747) ve 10/11/1973 tarih ve 5/1260-896 sayılı kararında, mahkemenin ilk oturumunda verdiği kesin mehil içerisinde delillerini ibraz etmiş olan, ancak daha sonra bunları İş Müdürlüğüne incelenmek üzere hakimliğin izni ile geri alan davacıdan bu belgelerin ibrazının istenmesi gerektiği (Kuru, C.2, s.2189, dn.374); Yargıtay 13. HD'nin 30/11/1987 tarih ve 5298/5915 sayılı kararında, davacı delil listesinde ve oturumda davalı kat

diyerek, dava dilekçesi ve cevap layihası yanında, mahkemeye verilen tüm dilekçe ve layihalarda dayanılan senetlerin ibrazını mecburi kılmıştır. Ayrıca, bir tarafın duruşmada sözlü olarak dayandığı senetlerin de ibrazı mecburidir<sup>242</sup>. Hatta, Belgesay, Kanundaki “senetler” ifadesinin de sınırlayıcı olmadığını; bir tarafın mahkemeye verdiği dilekçe ve layihalarda dayandığı delil olarak kullanılacak nitelikteki tüm belgeleri ibraz etmeye mecbur olduğunu ileri sürmüştür<sup>243</sup>.

Belirtmek gerekir ki, bir taraf, dilekçe veya layihasında dayanmış olduğu senedi mahkemeye ibraz etmekten vazgeçebilir. Bunun için, karşı tarafın muvafakatine de gerek yoktur. Karşı taraf o senedin mahkemeye ibrazını talep etmedikçe, burada ibraz mecburiyeti söz konusu olmaz. Bununla birlikte, HUMK m.307 uyarınca bir taraf, karşı tarafın muvafakati olmadıkça, ibraz etmiş olduğu senede dayanmaktan vazgeçemez<sup>244</sup>. HUMK m.307’de “delil” denilmiş olduğundan bahisle, gösterilen tanıkların dinlenilmesinden de vazgeçilip geçilemeyeceği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, bu hüküm, Kanunun “senetler” bahsinde yer almakta ise de, diğer deliller hakkında da kıyasen uygulanabilir<sup>245</sup>. Diğer bir görüşe göre ise bu hükmün, ZPO m.436’da olduğu gibi, “senet” olarak anlaşılması gerekir ve bir tarafın dinletmekten vazgeçtiği tanıklar karşı tarafça tanık olarak gösterilebileceklerinden, sırf senetler hakkında uygulanması sakıncalı da değildir<sup>246</sup>.

---

maliklerinin defter kayıtlarına dayanmış olduğundan, bunların ibrazına karar verilmek gerektiği (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.367, dn.40); Yargıtay 3. HD’nin 28/1/1964 tarih ve 939/752 sayılı kararında, davacıya iddiasını ispat etmek için dava dilekçesinde işaret ettiği vesikayı ibraz ettirmek, gerektiğinde yemin hakkını kullandırmak suretiyle bir karar verilmek gerekirken, yazılı şekilde tanıkların ifadelerine dayanarak karar verilmesinin yolsuz olduğu (C. Erdoğan, **Açıklamalı ve İctihathı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1973, s.241-242) belirtilmiştir.

<sup>242</sup> Belgesay, Şerh, s.241; Kuru, C.2, s.2192.

<sup>243</sup> Belgesay, Şerh, s.241; Belgesay, Deliller, s.70.

<sup>244</sup> Yargıtay 2. HD’nin bu yöndeki 4/3/1996 tarih ve 1465/2011 sayılı kararı için bkz. Kuru, C.2, s.2187.

<sup>245</sup> Postacıoğlu, Dersler, s.533. Yargıtay 2. HD’nin 15/2/1966 tarih ve 6799/848 sayılı kararında, bu maddenin genel olarak tarafların dayandıkları bütün delilleri kapsadığının mahkemelerce kabul edilmekte ve bu yönde uygulanmakta olduğu belirtilmiştir (Kuru, C.2, s.2188, dn.371).

<sup>246</sup> Kuru, C.2, s.2187; Bilge/Önen, s.585, dn.4. Bir görüş, senedin objektif bir delil niteliğinde olduğunu, şahidin ise bu nitelikte olmadığını; bu açıdan, delil dermeyan edenin senetten vazgeçmesi konusunda meşru bir menfaatinin mevcut olmadığını, şahit açısından ise bu delilin niteliği itibarıyla böyle bir menfaatin söz konusu olduğunu belirtmiştir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.366-367). Yargıtay HGK’nın bu yöndeki 12/10/1949 tarih ve T/177-93 sayılı ve Yargıtay 2. HD’nin aynı yöndeki 28/12/1978 tarih ve 7964/9136 sayılı, 5/3/1979 tarih ve 239/731 sayılı ve 5/3/1979 tarih ve 239/731 sayılı kararları için bkz. Kuru, C.2, s.2187-2188. Son karar için ayrıca bkz. Kaçak, İspat Rehberi, s.379. HMK Tasarısı m.200’de, herhangi bir delili gösteren tarafın, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemeyeceği kabul edilmiştir. Böylece, bu tartışmaya son verilmiştir.

## **b) Bir Tarafın Diğer Taraftan Davaya İlişkin Aldığı Mektup ve Telgraflar**

HUMK m.326, f.1, b.2 uyarınca bir taraf, karşı taraftan davaya ilişkin olarak gerek davadan önce, gerek dava sırasında aldığı<sup>247</sup> mektup ve telgrafları, onun talebi üzerine mahkemeye ibraz etmeye mecburdur. Başka bir deyişle, bir taraf, dava olunan işle ilgili olarak gerek kendisi, gerek karşı taraf için bir hak doğurmak, lehine bir vakıayı tespit etmek gibi bir amaçla karşı tarafa göndermiş olduğu mektup ve telgrafların ibrazını talep edebilir<sup>248</sup>.

“Davaya ilişkin” ifadesinden anlaşılması gereken, sırf davaya konu teşkil eden ihtilafı meselenin kurulması veya ispatı amacıyla yazılan mektup ve telgrafların ibrazının talep edilebileceğidir<sup>249</sup>. Böyle olunca, tarafların bir delil niteliğini taşımayarak yazmış oldukları dostane mektupların, aile mektuplarının, hatıra defterlerinin veya üçüncü kişilerle teati ettikleri mektupların ibrazı mecburi olmayacaktır<sup>250</sup>.

## **c) İki Taraf İçin Müşterek Olan İşlem ve Menfaatlere İlişkin Düzenlenen Belgeler**

HUMK m.326, f.1, b.3 uyarınca bir taraf, karşı tarafla birlikte bir işlem yaparak ya da ortak menfaatleri için delil teşkil etmek üzere bir nüsha belge düzenlemişse, diğer (karşı) tarafın talebi üzerine bunu ibraz etmeye mecburdur<sup>251</sup>.

<sup>247</sup> Kuru, C.2, s.2189; Belgesay, Deliller, s.70.

<sup>248</sup> Kuru, C.2, s.2192; Belgesay, Şerh, s.241.

<sup>249</sup> Belgesay, Deliller, s.70; Belgesay, Şerh, s.241.

<sup>250</sup> Belgesay, Deliller, s.70.

<sup>251</sup> Yargıtay HGK'nın 28/1/1970 tarih ve 1969/T-670-59 sayılı kararında, davacı tarafından bir sözleşmenin varlığı iddia edilmiş ve davalı bunu inkar etmişse, davalıdan anılan sözleşmenin ibrazının istenmesi ve icabına göre HUMK m.331'de yazılı işlemlerin yapılması gerektiğine [Kuru, C.2, s.2190, dn.376; Ersoy, s.749; Erdoğan, s.248; Z. Saka, **Ticaret Hukuku (Ticari İşletme)**, İstanbul 1998, s.307, dn.40]; Yargıtay 1. HD'nin 30/12/1952 tarih ve 4850 E., 5087 K. sayılı kararında, dava konusu ölüncüye kadar bakma sözleşmesinin dayandığı noter senedinin usulen ibraz ettirilmesi gerekirken, temliğin tapu siciline tescil edilmedikçe geçerli sayılmayacağından bahisle, davanın reddine karar verilmesinin yolsuz olduğuna [T. Atasayan, **Hukuk Muhakemeleri Usulü (İçtihatlar Külliyyatı)**, Türkiye Ticaret Matbaası, İstanbul 1954, s.488-489; Ersoy, s.748]; Yargıtay HGK'nın 18/4/1973 tarih ve 1969/9-1206 E., 1973/329 K. sayılı kararında, davalı elinde bulunan ibranameyi ibraz etmemiş ve davacı tarafından ibraz olunan ibranamenin aksini de ispatlayamamış olduğundan, bozmaya uyulmak gerekirken önceki hükümde direnilmesinde isabet bulunmadığına (B. Sınmaz/İ. Karataş, **İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1987, s.568) ve Yargıtay 14. HD'nin 30/11/2001 tarih ve 7808/E., 8353/K. sayılı kararında, dava konusu sözleşmenin fotokopisinden bu sözleşmenin tek nüsha olarak düzenlendiği ve aslının davalıda

Belgesay'a göre, Kanun, müşterek menfaatler veya işlemler için yazılan yazının senet niteliğinde olması gerektiğini; yani, ihtilafli meseleyi olduğu gibi tespit etmek amacıyla yazılmış olması gerektiğini aramıştır. Aksi halde, bu senedin ibrazı mecburi olmayacaktır. Buna göre, bir vekil, yaptığı yolculuğun izlenimlerini aktarmak için aldığı notları ibraz etmeye mecbur tutulamayacaksa da, müvekkili adına yaptığı bir işlemin kayıt ve şartlarını tevsik için tuttuğu defteri, bu defterin menfaatine düzenlenen kimsenin (karşı tarafın) talebi üzerine ibraz etmeye mecbur olacaktır<sup>252</sup>.

#### **d) İki Tarafın Müstakilen veya Müşterekeken Malik Olduğu Belgeler**

HUMK m.326, f.1, b.4'te, kaynak CPCN m. 263, f.1, b.(d)'den farklı olarak, sırf ibrazı talep eden tarafın değil, her iki tarafın da müstakilen veya müştereken malik oldukları vesikaların (belgelerin) talep üzerine mahkemeye ibrazı gerektiği belirtilmiştir. Bu fark yüzünden Kanunumuzda ibraz mecburiyeti, iki tarafa yükletilmiş gibi gözükmiştir<sup>253</sup>. Bu çerçevede, HUMK m.326'daki sayımın tahdidi olmayıp, örneklerin belirtilmesi şeklinde yorumlamaya müsait bir lafza sahip olduğu savunulmuştur<sup>254</sup>. Ancak, hakim görüş, böyle bir yorumun kapsamı amaç dışında çok fazla genişleteceği; bu nedenle, hükmü, kaynak Kanunda olduğu gibi "belgelerin ibrazını isteyen tarafın maliki veya müşterek maliki olduğu (ve fakat karşı taraf elinde bulunan) belgeler" şeklinde anlamak gerektiği yönündedir<sup>255</sup>. Buna göre, örneğin, taraflardan biri, incelemesi için karşı tarafa verdiği senede müstakilen sahip olduğundan, bu senedin ibrazını talep edebileceği gibi, şayi bir hissesine malik olduğu senetlerin de ibrazını talep edebilir<sup>256</sup>.

Belgesay, Kanun karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin sırf ellerinde bulunan senetleri ibraz etmeye mecbur tutulabileceklerini düzenlemişse de, iyi niyet kuralları uyarınca herhangi bir yazının ya da belirli bir malın da talep halinde ibraza konu

---

fotokopilerinin ise davacılar da bulunduğu anlaşıldığından, uyumsuzluğun HUMK m.326 vd. uyarınca çözümlenmesi gerekirken, davanın reddine karar verilmesinin yolsuz olduğuna (Tutumlu, s.55-56; Z. Ergün, **İçtihat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2005, s.864-865; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.473, dn.286; Pekcanitez/Taş Korkmaz/Meriç, s.510-511) hükmedilmiştir.

<sup>252</sup> Belgesay, Deliller, s.70-71; Belgesay, Şerh, s.242.

<sup>253</sup> Berkin, Esaslar, s.187.

<sup>254</sup> Postacıoğlu, Dersler, s.631-632.

<sup>255</sup> Kuru, C.2, s.2190; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.367; Belgesay, Şerh, s.242. Ayrıca, kanun koyucunun amacının hükmü genişletmek olmadığı; yoksa, HUMK m.326, f.1, c.1'i de bu bende uygun olarak değiştirmesi gerektiği ileri sürülmüştür (Berkin, Esaslar, s.187).

<sup>256</sup> Belgesay, Şerh, s.242.

olabileceğini ileri sürerek, bunları da “vesika” sözüne dahil etmiştir. Yazara göre, davacı, hasmına teslim ettiği malın matluba uygun olduğunu iddia ederek, sözleşme uyarınca tam bedelini talep ederse, bu malın ibrazı mecburi olmalıdır. Çünkü, davacı elinde bulunan malın ayıp ve kusurunu iddia etmişse, elinde bulunan senede dayanılan hallerde uygulanan hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Karşı taraf da, elinde bulunan malın haline ilişkin davacının iddiasını inkar ederek, bunun kendi savunmasına uygun olduğunu ileri sürerse, elinde bulunan bir senede dayanmış olması halinde uygulanan hükümlere kıyasen bu malı ibraza mecbur edilebilir<sup>257</sup>.

Belgesay, ayrıca, ibrazı isteyen tarafın bu bent kapsamındaki bir belgeyi, onu elinde bulundurana karşı açacağı dava ile teslim alıp, mahkemeye ibraz etmek yetkisinin bulunduğunu; kanun koyucunun, kolaylık olmak için, bir dava görülürken o davayı ispata yarayan belgelerin hadis bir iddia ile talep edilebilmesini kabul ettiğini belirtmiştir<sup>258</sup>.

#### e) Hesap Defterleri

HUMK m.327 uyarınca taraflardan biri, elinde bulunan hesap defterinin musaddak parçalarını (onaylı sayfalarını), karşı tarafın talebi üzerine ibraz etmeye mecburdur<sup>259</sup>. Hesap defterlerinin işlem sahibinin daima elinde bulunmaları gerektiğinden, bunların asıllarının ibrazı mecburi tutulmamış; suretlerinin ibrazıyla yetinilebileceği kabul edilmiştir<sup>260</sup>. Şu kadar ki, hesap defterleri, asıllarıyla beraber notere veya yetkili resmi makama tevdi edilip, aslına uygunlukları tasdik edildikten sonra ibraz edilirler<sup>261</sup>.

<sup>257</sup> Belgesay, Şerh, s.240. Oysa, Yargıtay’ın da kabul ettiği üzere “ibraz” sözü, ancak yazılı deliller için kullanılabilir (Yargıtay HGK’nın bu yöndeki 16/12/1964 tarih ve 6/1283-736 sayılı kararı için bkz. Tutumlu, s.77-78; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.331).

<sup>258</sup> Belgesay, Deliller, s.71.

<sup>259</sup> Yargıtay TD’nin “Usulün 326 ve müteakip maddeleri mucibince bir taraf diğer tarafın hesap defterlerine istinat edebilir. Binaenaleyh, davacının davalıların murisinin ticari defterlerine istinat etmeye Usul Kanunu hükümlerine göre hakkı vardır” şeklindeki 21/1/1961 tarih ve 1960/2523 E., 214/K. sayılı kararı için bkz. İ. Doğanay, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, 4.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005, s.494-495, dn.77; H. Domaniç/E. Çamoğlu, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965, s.157-158.

<sup>260</sup> “Kanunun onaylı suretle yetinip yetinmemek konusunda hakime takdir hakkı vermesi çok yerindedir. Çünkü cari hesaplar işlem ve rakamların teselsülü suretiyle devam ettiklerinden, birkaç sayfa onaylı suretin ibrazı, defterin tamamını incelemek ihtiyacından mahkemeyi alıkoyamaz. Toplamları sehven veya kasden gerçeği yansıtmadığı anlaşılan birkaç sayfanın, asıl defterin incelenmesi halinde hesap sehivleriyle sakat olması daima mümkündür” (Ersoy, s.748).

<sup>261</sup> Ersoy, s.748. Tasdikın resmi makam tarafından yapılması gerekmediği de söylenmiştir (Bkz. Belgesay, Şerh, s.243).

İbrazı gereken kayıtlar, sırf ihtilaflı meseleye ilişkin olan kayıtlardır. Başka bir deyişle, dava olunan şeyin karşı tarafa verildiğine veya bu şeyin karşı tarafça verildiğine ilişkin olan defter kayıtlarıdır. Buna göre, bir taraf, ihtilaflı meselenin ispatına yarasa bile, karşı tarafın üçüncü kişilerle yaptığı işlemlere ait defter kayıtlarının onaylı suretlerinin ibrazını talep edemez<sup>262</sup>. İbrazı gereken kayıtlar sırf ihtilaflı meseleye ilişkin olanlar olduğundan, karşı taraf, incelenmek üzere hesap defterinde yer alan tüm kayıtları (başka bir deyişle, hesap defterini aynen) ibraz etmeye mecbur tutulamaz. Çünkü, hesap defterinde ihtilaflı meseleye ilişkin olmayan veya sahibinin meşru menfaatleri bakımından saklamak istediği kayıtlar bulunabilir. Kaldı ki, hesap defterinde yer alan tüm kayıtların ibrazı, aslında bunun teslimi anlamına gelir. Oysa, teslim mecburiyeti, sırf TTK m.79’da tahdidi olarak sayılan hallerde söz konusudur<sup>263</sup>.

Hakim, ibraz edilen suretin aslına uygun olup olmadığından şüphe ederse, bunu kontrol için geniş yetkiye sahiptir. Bu kontrolü çeşitli şekillerde yapabilir ve bu konuda gereken önlemleri alabilir. HUMK m.328’de, bu konuda gereken defterlerin veya parçası ibraz olunan asıl defter halinin tayin ve tespit edilmesine ve asıllarının fotoğraflarının (fotokopilerinin) çıkarılmasına karar verilebileceği belirtilmiştir. Ancak, bu yolda işlem yapılabilmesi için, verilen örneklerin karşı tarafça veya mahkemece yeterli görülmemiş olması gerekir<sup>264</sup>. Hakim, konunun önemine, tarafların sosyal durum ve sıfatlarına ve davanın haline göre HUMK m.328’de belirtilen önlemlerden en uygun olanını üstün tutmalı; defter sahibinin şahsen verdiği güveni ve dava olunan şeyin nispeten önemsizliğini dikkate alarak, kontrolden vazgeçebilmelidir. Kanun, “karar verebilir” ifadesiyle denetlemeyi hakimine bırakmıştır. Ayrıca, defterinde ihtilaflı meseleye ilişkin kayıt bulunmayan kişi, bu kaydın bulunmadığını imzası ile tasdik ederse, defterinin onaylı parçasını ibraz etmiş sayılır. Hakim, defterin onaylı sayfalarının ihtilaflı meseleye ilişkin tüm kayıtları

<sup>262</sup> Belgesay, Şerh, s.243-244.

<sup>263</sup> Belgesay, Şerh, s.243; Belgesay, Deliller, s.72. HUMK m.327, ticari defter ve belgelerin ibrazı mecburiyetini düzenleyen TTK m.80’i bir derecede tadil etmiştir. Şöyle ki, TTK m.80’e göre ibraz, defterin mahkeme tarafından belirli kayıtlarının suretleri çıkarılarak incelenmesi suretiyle gerçekleşir; HUMK m.327’ye göre ise defter sahibinin çıkaracağı suretin aslına uygunluğu tasdik edildikten sonra, bu suret mahkemeye ibraz edilir (Belgesay, Şerh, s.244). TTK m.79 ve 80’de düzenlenmiş olan teslim ve ibraz kurumları hakkında geniş bilgi için bkz. s.69-83.

<sup>264</sup> İ. Erdemir, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi**, 2. Bası, Ankara 1998, s.1478.

içerip içermediğini tespit edebilmek için, bunları karşı tarafın yokluğunda emin addettiği bir kişiyi incelettirebilir<sup>265</sup>.

Son olarak, belirtmek gerekir ki, hesap defterlerinin onaylı sayfalarının ibrazı mecburiyeti sırf ticari defterler bakımından söz konusudur. Hiçkimse özel işlemlerini kayda özgü olan defterlerini ibraz etmeye mecbur tutulamaz. Tacirler, kanunen tutmaya mecbur oldukları defterlerin onaylı sayfalarını ibraz ederler<sup>266</sup>.

### **f) İmza veya Yazı İnkarı Halinde İbrazi Gereken Belgeler**

Bilindiği gibi, adi bir senetteki yazı veya imza, sahibi tarafından inkar edilirse, ona ait olduğu mahkeme tarafından tespit edilene kadar söz konusu senet delil olarak kullanılamaz<sup>267</sup>. İmza inkarı üzerine mahkeme, imzanın sahte olup olmadığını re'sen araştırıp inceler<sup>268</sup>. Bu araştırma ve incelemenin sırası, HUMK m.308 vd.'nda gösterilmiştir. Hakim, imza veya yazı incelemesi yaparken, bu sırayı izlemek zorundadır<sup>269</sup>.

HUMK m.308 vd.'nda öngörülen sıra şöyledir<sup>270</sup>:

-Hakim, öncelikle HUMK m.308 uyarınca tarafların durumları ve davadaki açıklamalarını dikkate alarak, senet hakkında bir karar verebilir<sup>271</sup>.

-Hakim, tarafların durumları ve davadaki açıklamalarından bir sonuca varamıyorsa, onları belirleyeceği bir tarihte duruşmaya davet eder. İmzayı inkar eden

<sup>265</sup> Belgesay, Deliller, s.72; Belgesay, Şerh, s.244-245.

<sup>266</sup> Belgesay, Şerh, s.244.

<sup>267</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.470; Bilge/Önen, s.569; Deynekli, İspat Şekli, s.64.

<sup>268</sup> Aslında, taraflardan biri, kendisine karşı ileri sürülen adi senetteki imzayı inkar etmese bile, mahkeme imzanın aleyhine ileri sürülen tarafa ait olup olmadığını re'sen araştırabilir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.470; Kuru, C.2, s.2084; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.355; Bilge/Önen, s.569). Aksi görüşte, Belgesay, Şerh, s.215-216.

<sup>269</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.470 ve orada dn.283'teki Yargıtay 3.HD'nin 29/5/2000 tarih ve 4885/5011 sayılı kararı; aynı karar için ayrıca bkz. Pekcanitez/Taşkorkmaz/Meriç, s.500, 504; Ertugut, Delil, s.291; Tutumlu, s.173-174. Yargıtay'ın, bu sıraya aykırılığı bir bozma sebebi olarak kabul ettiği söylenmiştir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.357 ve orada dn.20'deki Yargıtay 2. HD'nin 4/7/1957 tarih ve 3208/4103 sayılı kararı; Deynekli, İspat Şekli, s.63-64 ve orada dn.267'deki Yargıtay 13. HD'nin 13/3/1979 tarih ve 761/1173 sayılı kararı).

<sup>270</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.470-472; Kuru, C.2, s.2085-2097; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.355-357; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.442-444; Deynekli, İspat Şekli, s.62-64.

<sup>271</sup> Yargıtay 8. HD'nin bu yöndeki 10/2/1986 tarih ve 1250/1158 sayılı kararı için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.355, dn.15.

taraf, usulüne uygun olarak çağrıldığı duruşmaya bir özrü olmadan gelmezse, isticvap hükümlerine göre (HUMK m.234) senetteki imzayı ikrar etmiş sayılır. Bu halde imza incelemesi son bulur ve mahkeme, ikrar edilen senet üzerinden karar verir. Taraflar, çağrıldıkları duruşmaya gelirlirse, inkar edilen yazı veya imza hakkında açıklama yaparlar; imza karşılaştırması yapılabilmesi için gereken karşılaştırmaya elverişli imzaları mahkemeye sunarlar ve imzanın inkar edene ait olduğunu nasıl ispat edeceklerini açıklarlar. Hakim, bu oturumda, imza karşılaştırması yapabilmek için, imzayı inkar eden tarafa yazı yazdırır; yani, istiktap eder. Hakim, ilk bakışta imzanın o kişiye ait olduğunu tespit edebiliyorsa, kararını verir ve imzanın inkar edene ait olduğunu açıklar.

-Hakim, bunu tespit edemiyorsa ve özellikle inkar edilen imza kolaylıkla taklit edilebilen bir imza ise bilirkişiye başvurur. Bilirkişi incelemesinde de, bir sıra tespit edilmiştir<sup>272</sup>. Bilirkişi, öncelikle inkar edene ait olduğu muhakkak olan bir imza (medarı tatbik imza) ile inkar edilen imzayı karşılaştırarak sonuca varır<sup>273</sup>. Bunun için, HUMK m.309 uyarınca karşılaştırmaya uygun olacak yazılar ve bilirkişinin inceleme yapacağı gün hakim tarafından belirlenir<sup>274</sup>.

Tarafların ileri sürebilecekleri belgelerden hangilerinin karşılaştırmaya uygun olduğu HUMK m.309, f.3'te sayılmıştır<sup>275</sup>. Buna göre, ancak tarafların ittifak ettikleri belgeler, resmi senetler, bir kimsenin memuriyeti sebebiyle ya da mahkeme huzurunda yazıp imzaladığı belgeler, karşılaştırma için uygun belgelerdir. Davacı davalının (başka bir nedenle) kendisine gönderdiği bir mektup gösterir ve davalı da, bu mektubun ve altındaki imzanın kendisine ait olduğunu kabul ederse, hakim, bu mektuptaki imza ile adi senetteki inkar edilen imzayı karşılaştırmaya tabi tutar; yani, mektuptaki imza davalının uygulamaya elverişli imzası olarak kabul edilir<sup>276</sup>. Bir

<sup>272</sup> Yargıtay HGK'nın bu yöndeki 1/12/1993 tarih ve 545/750 sayılı kararı için bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.357, dn.19.

<sup>273</sup> Hakim, (bilirkişiye gitmeden) bizzat karşılaştırmaya elverişli belgelerdeki imzayı inkar edilen imza ile karşılaştırabileceği ileri sürülmüştür (Kuru, C.2, s.2087; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.443).

<sup>274</sup> Bu halde, ibraz edilen karşılaştırmaya uygun belgenin içeriğinin incelenmesi mümkün değildir. Mahkeme, belgede yer alan ve karşılaştırmaya esas olabilecek noktaları tespit eder. Taraflar, hakim ve gerektiğinde bilirkişi sırf bu noktaları incelerler (Belgesay, Deliller, s.71).

<sup>275</sup> HMK Tasarısı m.212 vd.'ndeki düzenlemede ise karşılaştırmaya elverişli belgeler açısından böyle bir sınırlamaya gidilmemiştir. CPCN m.258'de de, ibraz edilmiş bir belgenin gerçekliği şüpheli görünürse, hakimin talep üzerine veya re'sen karşılaştırma için gerekli belgelerin ibrazını emredebileceği belirtilmiştir (Bohnet, s.416); bu belgelerin neler olduğu ayrıca sayılmamıştır.

<sup>276</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.443; Kuru, C.2, s.2089.



resmi daire müdürünün, o daire adına yazılan resmi yazılardaki imzası<sup>277</sup> ya da ticaret sicilindeki imza<sup>278</sup> da uygulamaya elverişli imzadır. Bunlardan başka, inkar edenin tapu dairesinde düzenlenen resmi senetteki imzası, düzenleme biçimindeki veya imzası onaylanmış noter senedindeki imzası, evlenme defterindeki imzası, icra tutanağındaki imzası uygulamaya elverişli imzadır. İmzayı inkar edenin muhtarlık sicil defterindeki imzası, noter aracılığı ile gönderdiği protesto veya ihbarnamedeki imzası, ticaret ve sanayi odasındaki noterlikçe onaylı olmayan sirkülerdeki imzası, noterlikçe onaylı olmayan vasiyetnamedeki imzası, sigorta şirketine yazdığı mektuptaki imzası, tebliğ mazbatasındaki imzası ve banka tebliğ belgesindeki imzası ise uygulamaya elverişli imza değildir<sup>279</sup>.

Karşılaştırmaya uygun yazı veya imza bulunamadığı takdirde ise HUMK m.309, f.4 uyarınca bilirkişi de, senedi inkar edene yazı yazdırarak veya imza attırarak istiktap yoluna gider<sup>280</sup>.

-Tüm bu incelemelerden hiçbir sonuç alınamazsa, senedin yazıldığını görenler veya kesin olarak bilgisi olan kişiler tanık olarak dinlenerek, bir karara varmaya çalışılır.

Son olarak belirtmek gerekir ki, inkar edilen adi bir senet değil de, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş bir veri ise HUMK m.295/A, f.2 uyarınca HUMK m.308 kıyasen uygulanacaktır. Erturgut, burada sırf HUMK m.308'e atıf yapılması sebebiyle HUMK m.309'un uygulanamayacağını söylemenin yanlış olmayacağını; zira, m.309'daki hususların, elektronik belgelerin niteliğine uygun bir inceleme içermediğini<sup>281</sup>; hakim bilirkişiye re'sen başvurabileceği için<sup>282</sup>, m.309'a atıf yapılmamış olmasının elektronik belgelerdeki imza inkarının incelenmesi açısından

<sup>277</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.443; Kuru, C.2, s.2091.

<sup>278</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.471; Kuru, C.2, s.2090.

<sup>279</sup> Kuru, C.2, s.2090.

<sup>280</sup> Yargıtay 12. HD'nin bu yöndeki 19/9/2005 tarih ve 13571/17488 sayılı kararı için bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.471; Pekcanitez/Taş Korkmaz/Meriç, s.503.

<sup>281</sup> Örneğin, tarafa hakim önünde yazı yazdırılması (istiktap) şeklinde bir inceleme elektronik belgeler açısından uygulama alanı bulamaz. Çünkü, elektronik imzanın sahte olmadığı, ancak imzası inkar edilmiş ibraz edilen belgedeki imza sayesinde incelenebilecektir. Bundan başka, imza anahtarı sahibi olduğu iddia edilen kişinin başka elektronik belgeleri imzalaması, ibraz edilen belgedeki sahtelik incelemesi açısından bir fayda sağlamayacaktır (Erturgut, Delil, s.293-294).

<sup>282</sup> Hakimin gözle görülecek şekilde elektronik imzalı belgenin niteliğini (güvenli elektronik imzalı olup olmadığını) tespit edememesi, zaten el yazısıyla imzalanmış belgelerden farklı olarak belgenin bilirkişi tarafından incelenmesi gerektiği sonucunu doğurur (Erturgut, Delil, s.188).

bir sakıncası da bulunmadığını söylemiştir<sup>283</sup>. Yazar, ayrıca, elektronik olarak karşılaştırmaya elverişli imzaların, ancak tarafın nitelikli sertifika sayesinde kendisine özgülenmiş olan gizli anahtarla imzaladığı diğer elektronik belgeler olabileceğini; imza inkarında bulunan kişinin imzasının karşılaştırılmasının teknik olarak diğer elektronik belgelerle yapılmasının mümkün olmadığını; zira, her elektronik belgenin imzasının birbirinden farklı olacağını; bu yüzden, imza karşılaştırması için en iyi yöntemin, ibraz edilen ve imzası inkar edilen elektronik belgenin bizzat kendisinin imza kontrolünü yapmak olacağını ileri sürmüştür<sup>284</sup>.

### g) Elektronik İmzalı Belgeler

Hukumumuzda, elektronik imzalı belgelerin ibrazı düzenlenmemiştir<sup>285</sup>. Bu konudaki ilk açık düzenleme HMK Tasarısı'nda yer almıştır. Tasarı m.223, f.1, c.2'de, elektronik belgelerin kağıt üzerine çıktıları alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek ibraz edilecekleri belirtilmiştir<sup>286</sup>. Buna göre, elektronik imzalı bir belge, yazıcıdan kağıt üzerine çıktısı alınarak ya da kayıtlı olduğu bir veri taşıyıcısının (hard disk, disket, CD-ROM, DVD, manyetik bantlar vb.) ibrazı<sup>287</sup> veya belgenin mahkemeye elektronik yolla

<sup>283</sup> Ertugut, Delil, s.294. Aynı görüşte, Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.354. HUMK m.295/A, f.2'deki atfın sırf HUMK m.308'e değil, m.308 vd.'na yapıldığı yönündeki görüş için ise bkz. Yardım, s.111. HMK Tasarısı m.214'te, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş verinin inkarı halinde, hakim tarafından veriyi inkar eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılmamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulacağı belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde, bu verilerin inkarı halinde, bu iddianın incelenmesinin diğer belgelerdeki sahtelik incelemesinden farklılık göstereceği; zira, güvenli elektronik imza ile oluşturulan verinin doğruluğu konusundaki tereddüt, ancak konunun uzmanı bilirkişilerce yapılacak teknik bir incelemeyle giderilebileceği belirtilmiştir (Bkz. HMK Tasarısı, s.243).

<sup>284</sup> Ertugut, Delil, s.293; Ertugut, Elektronik İmza, s.122.

<sup>285</sup> Aslında, VUK uyarınca kağıt ortamında düzenlenen, tutulan, muhafaza ve ibraz edilen defter ve belgeler yerine, aynı bilgileri içeren elektronik defter ve belgelerin oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafazası ve ibrazına ilişkin usul ve esasları belirleyen 361 sıra nolu VUK Genel Tebliği'nde bir düzenleme mevcuttur. Şöyle ki, bu Tebliğ m.7'ye göre, Başkanlıkça ön denetime tabi tutularak belirlenmiş olan formata uygunluğu kabul edilen veriler vergi kanunları karşısında kağıt ortamında tutulan defter ve belgeler gibi kabul edilecekler ve VUK'ta ve diğer vergi kanunlarında yer alan defter (tasdike ilişkin hükümler hariç), kayıt ve belgelere ilişkin hükümler, elektronik defter ve belgeler için de geçerli olacaklardır. Aynı madde uyarınca diğer kurumlar tarafından, mükelleflerin elektronik ortamda tuttukları defter ve belgelerinin kağıt ortamında ibrazı istendiğinde, mükellefler, bunları kağıt ortamına aktararak, kendilerine düşen ibraz mecburiyetini (bkz. s.84) yerine getirebileceklerdir.

<sup>286</sup> Hükmün gerekçesinde, elektronik imzalı belgelerin ibrazı kağıt bazlı belgelerden farklı olduğundan, bu konunun ayrıca düzenlendiği ve elektronik imzalı bir belgenin mahkemeye elektronik ortamda ibraz edilmesinde incelemeye elverişli şeklin ne olduğunun o günkü teknik imkanlara uygun olarak tespit edileceği belirtilmiştir (Bkz. HMK Tasarısı, s.247-248).

<sup>287</sup> Yardım, uygulamada çoğunlukla bir CD veya diskete kaydedilmiş elektronik belgelerin bir jelatin içerisinde dava dosyasına eklendiklerini; dava dosyasına bu yolla eklenmiş bir veri taşıyıcısının bozulma riski olduğu gibi, içeriği dışarıdan görülmediğinden, dışarıdan aynı görünen başka bir veri

(elektronik postaya eklenen bir dosya ile) gönderilmesi<sup>288</sup> suretiyle mümkün olabilir<sup>289</sup>. Bu son iki halde, elektronik imzalı belgenin incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilmiş olacağı söylenebilir<sup>290</sup>.

Bu konuda, ayrıca, hukukumuzda sırf güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriler senet hükmünde sayıldıklarından, verinin çıktısının ibrazının, bunun senet niteliğinin tespiti için yeterli olmayacağı; elektronik belgenin, hakim ve asıl olarak görevlendirilecek bilirkişinin incelemesine imkan verecek şekilde elektronik olarak ibraz edilmesi gerektiği; böyle olmakla birlikte, elektronik belgeler için bilirkişi incelemesi gerekeceğinden<sup>291</sup>, elektronik belgenin çıktısının ibrazı söz konusu olsa bile, mutlaka elektronik ortamda bir inceleme yapılabilmesi, bu imkanların mahkemeye veya atanacak bilirkişiye sunulması gerektiği<sup>292</sup> ve elektronik veri sırf belli bir yerdeki bilgisayarda bulunuyor ya da başka bir taşıyıcıya kaydedilemiyorsa, keşif suretiyle belgenin elektronik ortamda incelenebileceği ileri sürülmüştür<sup>293</sup>.

Ayrıca, son yıllarda muhasebe tekniği alanına bilgisayar ve mikro filmlerin girmesi ile, TTK'da da, özellikle İsv.BK m.963, f.2<sup>294</sup> dikkate alınarak, düzenleme yapılması ihtiyacı hissedilmiştir. Bu ihtiyaca çözüm getirmek amacıyla TTK Tasarısı m.86'da, saklanması zorunlu olan belgeleri sırf görüntü veya başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kişinin, giderleri kendisine ait olmak üzere o belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmaya yükümlü olduğu ve gerekiyorsa, onları, yine giderleri kendisine ait

---

taşıyıcısıyla kolaylıkla değiştirilebileceğini veya karıştırılabileceğini belirtmiş; bu çerçevede, elektronik belge kayıtlı olduğu bir veri taşıyıcısının ibrazı suretiyle ibraz edilecekse, burada en güvenilir yolun, elektronik belgeyi ibraz edecek olan tarafın bu belgeyi güvenli elektronik imzası ile imzalayarak veri taşıyıcısına kaydetmesi ve veri taşıyıcısının içerisindeki veri (elektronik belge) imzalanmış şekilde mahkemeye ibraz edilmesi olduğunu söylemiştir (Yardım, s.182-183).

<sup>288</sup> Elektronik verinin mahkemeye elektronik yolla (elektronik postaya eklenen bir dosya ile) gönderilmesinde, bu veri aktarımının gerçekleştiği hatların güvenliğinin de sağlanmış olması gerekir (Erturgut, Delil, s.297).

<sup>289</sup> Keser Berber, s.207; Erturgut, Delil, s.296; Erturgut, Elektronik İmza, s.123.

<sup>290</sup> Elektronik imzalı belgenin bu durumda tekrar başka bir veri taşıyıcısı üzerine kaydedileceği; böylece, belgenin mahkemenin bilgisayarında görülebilir şekilde ibraz edilmiş olacağı ve bu yolla ibraz edilmiş olan delilin, cisim bulmuş olan veri taşıyıcısı değil, cisim bulmamış olan elektronik veri olacağı söylenmiştir (Erturgut, Delil, s.296).

<sup>291</sup> Bkz. s.68, dn.281.

<sup>292</sup> Erturgut, Delil, s.298; Erturgut, Elektronik İmza, s.123.

<sup>293</sup> Erturgut, Delil, s.298.

<sup>294</sup> Bu hükümde, ticari defterler, muhasebe kayıtları ve yazışmaların, elektronik veya benzer bir araçta saklandıkları takdirde, hakim bunların başkaca bir araç gerektirmeden okunaklı bir şekilde sunulmalarını veya okunaklı hale gelebilmeleri için gereken araçların verilmesini emredebileceği düzenlenmiştir (J.K. Kostkiewicz/U. Bertschinger/P. Breitschmid/I. Schwander, **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, orell füssli Verlag AG, Zürich 2002, s.1151).

olmak üzere bastırmak ve yardımcı araçlara ihtiyaç duyulmadan okunabilen kopyalarını sunmak zorunda olduğu kabul edilmiştir.

#### h) Ticari Defterler ve Saklanması Mecburi Olan Diğer Belgeler

HUMK m.326’da sayılan ibrazı gereken belgelerden biri de, “TTK mucibince bir kimsenin yedinde bulunan vesikalar”dır<sup>295</sup>. Bundan maksat, ticari defterler ve saklanması zorunlu olan diğer belgelerdir. Bilindiği gibi, kanun koyucu, ticari defter ve belgelerin delil olarak kabul edilmeleri konusunda iki düzenleme getirmiştir. Biri, ticari defterlerin tacirlerin ticari işletmeleriyle ilgili hususlardan doğan uyuşmazlıklarda mevcut yasal düzenlemeye (TTK m.82 vd.) göre belirli şartlarla kesin delil<sup>296</sup> sayılmaları, diğeri ise her türlü davada mahkemenin bunların ibraz (TTK m.80) veya teslimlerine (TTK m.79) karar verebilmesidir<sup>297</sup>.

Öteden beri kabul edilen, fakat günden güne terk edilen bir görüşe göre, ticari defterler sadece defter sahibini (taciri) ilgilendirdiklerinden, gizlidirler. Bu gizlilik, ticari defterlerin tacirin ticari işletmesi ve ticari faaliyetiyle ilgili ayrıntılı bilgiler ve bu arada tacirin ticari sırlarını içermelerinden kaynaklanır. Ancak, ticari defterlerin, ispat aracı olarak, istisnaen (ve özellikle uyuşmazlık halinde) sahipleri dışındaki kişiler ve/veya mahkeme tarafından incelenebilmeleri mümkün olmalıdır<sup>298</sup>. Zira, kendi defterlerinden çıkarılacak sonuç hakkında tacirin kendi beyanı ile yetinilemez<sup>299</sup>. Bu izin, tacirler açısından hem bir hak, hem bir mecburiyet

<sup>295</sup> CPCN m.259, f.3’te de, ticari defterlerin ibrazı mecburiyetine ilişkin özel hukuka ait kanun hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. HMK Tasarısı’nda, HUMK m.326’daki tahdidi sayım terk edildiğinden, bu hükme yer verilmemiştir.

<sup>296</sup> Ticari defter ve belgelerin sırf tacirler arasındaki uyuşmazlıklarda kesin delil sayılabileceklerine ilişkin 15/3/1950 tarih ve 28/E., 6/K. sayılı Yargıtay İBK için bkz. Erdoğan, s.150; Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki, s.415, dn.13. Belirtmek gerekir ki, ticari defter ve belgelerin kesin delil nitelikleri TTK Tasarısı ile kaldırılmıştır. Ancak, bunlardan (takdiri) delil olarak yararlanılması, yine bunların mahkemeye ibraz veya teslimleri suretiyle mümkün olacaktır.

<sup>297</sup> R. Poroy/H. Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.206; Deynekli, **Ticari Defterlerin İspat Kuvveti** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1987, s.12; H. Ülgen, “Ticari Defterlerle İspat”, **Batider**, C.4, S.1-4, 1967, s.86; R. Güvenol, **Ticari Defterlerle İspat** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1987, s.33; Ülgen/Ö. Teoman/M. Helvacı/A. Kendigelen/A. Kaya/N.F. Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006, s.507.

<sup>298</sup> M. Gençtürk, **Ticari Defterlerin Delil Niteliği**, İstanbul 1996, s.137; Y. Karayalçın, **Ticaret Hukuku (Giriş-Ticari İşletme)**, 3.Bası, Yayılım Yayıncılık, Ankara 1968, s.356; İ. Metin, **Ticari Defterlerin İspat Kuvveti** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1988, s.68; Güvenol, s.79; Deynekli, Ticari Defterler, s.16; Doğanay, Şerh, s.492; H. Arseven, “Yeni Ticaret Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler (Ticari Defterler)”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, C.3, S.9, 1956, s.378.

<sup>299</sup> Gençtürk, s.137; Karayalçın, s.356; Güvenol, s.79. Yargıtay 11. HD’nin 18/6/1981 tarih ve 2634/E., 3139/K. sayılı kararında, davalının defterinde bir kayıt bulunmadığını beyan etmiş olmasının

niteliğindedir. Başka bir deyişle, tacir, bazen kendi isteği ile, bazen de mecburi olarak, defterlerini başkalarının incelemesine sunmaktadır<sup>300</sup>. İşte, TTK, bu hak mecburiyetin uygulanmasını iki tür usuli işlemle düzenlemiş ve tarafların sıfatına ve uyumsuzluğun niteliğine göre birbirinden ayrı hükümlere bağlamıştır<sup>301</sup>. Bunlardan biri, ticari defterlerin ibrazı, diğeri ise teslimidir.

Ticari defterlerin ibrazı mecburiyeti, TTK m.80’de şöyle düzenlenmiştir: “Muhakeme esnasında muhik bir menfaatin mevcudiyeti ispat olunur ve mahkeme ibraz edilmesini sübut bakımından zaruri addederse, yalnız ihtilafli meseleye müteallik kayıtların sureti çıkarılmak veya ehli-vukuf tetkikatı yaptırılmak üzere mahkeme re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine bunların birine yahut her ikisine ait defterlerle saklanması mecburi olan kağıtların ibrazını emredebilir”<sup>302</sup>. Bu madde anlamında ibraz, “ticari defterler ve saklanması zorunlu olan diğere belgelerin sırf uyumsuzlukla ilgili kısımlarının incelenmesi ve sırf bu kısımların delil olarak kabul edilmesi amacıyla mahkeme emrine verilmesi”<sup>303</sup> olarak tanımlanmıştır.

Belirtmek gerekir ki, TTK m.80 ticari defterlerin ibrazında uygulanacak tek hüküm değildir. Zira, TTK m.81’de yer alan “HUMK’un muhakemeye muhtaç davalarda hazırlık işlemlerine ait hükümleri ile senetlerin ibrazı mecburiyetine ilişkin hükümlerinin ticari işlerde de uygulanabileceği” yönündeki atıf ile, HUMK m.326

---

kendi lehine bir beyan olup, bununla yetinilemeyeceği ve davalıya, ticari defterlerini ibraz etmesinin emredilmesi gerektiği belirtilmiştir [G. Eriş, **Açıklamalı-İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu (Ticari İşletme ve Şirketler)**, C.1, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.1067; Güvenol, s.82, dn.161].

<sup>300</sup> Gençtürk, s.137-138.

<sup>301</sup> H. Arslanlı, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960, s.137; Gençtürk, s.138; Güvenol, s.79.

<sup>302</sup> İsv.BK m.963, f.1, “Kim ticari defter tutmakla mükellefse, işletmeyi ilgilendiren bir ihtilaf vukuunda, muhik bir menfaatin varlığı ispat edilir ve hakim ibrazı ispat bakımından zorunlu addederse, ticari defterlerini, muhasebe kayıtlarını ve yazışmalarını göstermeye mecbur edilebilir” şeklindedir [H. Honsell/N.P. Vogt/R. Watter, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II (Art.530-1186)**, 2.Auflage, Helbing&Lichtenhahn, München 2002, s.1790; V. Çernis, “Ticaret Kanunumuzun Ticari Defterler Hakkındaki Hükümlerine Toplu ve Tenkidi Bir Bakış”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1945, s.34]. Ticari defterlerin ibrazı mecburiyetine ilişkin TTK Tasarısı m.83, f.1’de, ticari uyumsuzluklarda mahkemenin tarafların ticari defterlerinin ibrazına, re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine karar verebileceği belirtilmiştir.

<sup>303</sup> Gençtürk, s.138; Güvenol, s.80; Domaniç, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, İstanbul 1998, s.245-246; Domaniç, **Ticaret Hukukunun Umumi Esasları**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976, s.180; Domaniç/E. Ulusoy, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5. Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007, s.326; S. Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, 8.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005, s.336; Ş.M. Bilgişin, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.1, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948, s.306; F. Yarbaş, **Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği**, Adalet Yayınevi, Ankara 1998, s.143; S.K. Mimaroglu, **Ticaret Hukuku (İşletme Hukuku)**, C.1, 3.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978, s.347; Deynekli, **Ticari Defterler**, s.22.

vd. ticari defterlerin ibrazında da uygulanabilir kılınmıştır<sup>304</sup>. Bu hüküm karşısında TTK m.80'in gerekli olup olmadığı tartışılmıştır. Bir görüş, HUMK m.326 vd.'nin daha kapsamlı olduğunu ve özellikle üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazına bile imkan verdiğini belirterek, TTK m.80'in gerekli olmadığını ileri sürmüştür<sup>305</sup>. Hakim görüş ise TTK m.81'in HUMK'a yaptığı atfın sırf TTK'da istisnai hüküm bulunmayan (üçüncü kişilere ait ticari defterlerin ibrazı gibi) hallerde uygulanabileceği; çünkü, bir konuda özel hüküm mevcutsa, genel hükümlere gidilemeyeceği yönündedir<sup>306</sup>. Bu kural (*lex specialis derogat lex generalis*), bir genel hukuk ilkesidir.

Bilindiği gibi, TTK m.66, f.1 uyarınca her (gerçek ve tüzel kişi) tacir, ticari işletmesinin ekonomik ve mali durumunu, borç-alacak ilişkilerini ve her iş yılı içinde elde edilen sonuçları belirlemek amacıyla defter tutmak zorundadır. Tacir, tutmak zorunda olduğu bu defterleri, kendi seçimine göre tuttuğu (ihtiyari) defterleri belirli bir süre (on yıl) saklamaya mecburdur (TTK m.68)<sup>307</sup>. Tacirin tutmak zorunda olduğu defterleri ve isteğine bağlı olarak tuttuğu defterleri dışında saklamak zorunda olduğu belgeler ise TTK m.66, f.2'de örnek olarak sayılmıştır. Buna göre, tacirler,

<sup>304</sup> Aynı atfa, TTK Tasarısı m.83, f.2'de de yer verilmiştir.

<sup>305</sup> Karayalçın, s.359.

<sup>306</sup> Ü. Somuncuoğlu, "Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari Defterlerle İlgili Bazı Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", **İBD**, C.50, S.1-4, 1976, s.171-172; Deyneki, Ticari Defterler, s.21-22; Güvenol, s.80; Gençtürk, s.138-139; Metin, s.73.

<sup>307</sup> Tacirin tutmak zorunda olduğu defterler, ismen sayılmak suretiyle gösterilen zorunlu defterler ve ismen gösterilmemekle birlikte ticari işletmenin nitelik ve öneminin tutulmasını zorunlu kıldığı diğer defterler olmak üzere iki gruba ayrılır. Gerçek kişi tacirlerin tutmak zorunda olduğu ismen sayılmak suretiyle gösterilen defterler, yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri ya da işletmelerinin nitelik ve önemine göre sadece işletme hesabı defteridir. Tacirin işletmesi büyük ve karmaşık nitelikte bir işletme ise, sadece bu sayılan defterlerin tutulması, ticari işletmenin ekonomik ve mali durumu ile iş yılı içinde elde edilen sonuçları tam olarak yansıtmaya yeterli olmaz. Bu gibi hallerde, işletmesinin nitelik ve öneminin gerektirdiği diğer (ismen sayılmayan) defterleri de tutmak zorundadır. Tüzel kişi tacir, gerçek kişi tacirin tutmakla yükümlü olduğu bu üç deftere ek olarak karar defteri de tutmak zorundadır. Bu deftere, genel kurul veya ortaklar kurulu ve yönetim kurulu kararları yazılır. Ayrıca, işletmesinin nitelik ve öneminin gerektirdiği diğer defterleri de tutmak zorundadır. Özel hukuk hükümlerine göre yönetilmek veya ticari şekilde işletilmek üzere devlet, vilayet, belediye gibi kamu tüzel kişileri tarafından kurulan ve tüzel kişiliği bulunmayan işletmeler ile dernekler tarafından kurulan ticari işletmeler ve bunlara benzeyen ve tüzel kişiliği bulunmayan diğer ticari teşekküller de, (karar defteri hariç) yevmiye defteri, defteri kebir ve envanter defteri tutmak zorundadırlar. İhtiyari defterler ise tacirin (tutmak zorunda olduğu defterler dışında) tutmak istediği (el defteri, alacak defteri, borç defteri, kasa defteri, muamele defteri, mağaza defteri, cari hesap defteri gibi) defterlerdir (Geniş bilgi için bkz. Eriş, s.1048-1065; Doğanay, İnceleme, s.10-20; Z. Balkız, "Ticari Defterlerin İspat Hukuku Bakımından Delil Olma Nitelikleri", **MBD**, S.10, 1984, s.5-7; A. Akdemir, "Lehte Delil Olacak Ticari Defterler", **MBD**, S.8, 1984, s.6-10; Somuncuoğlu, s.163-166; Arkan, s.321-329; Ülgen, s.484-498; Poroy/Yasaman, s.201-202; Kuru, C.3, s.240-2446; M.C. Kutadgu, "Yeni Ticaret Kanunu'na Göre Tüccarın Defter Tutma Mükellefiyeti", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C.4, S.9, 1957, s.385-389; Yarbaş, s.83-88; Doğanay, "Tacir Olmayan Bir Kimse Tacir Sıfatını Haiz Olan Hasminin Ticari Defter Kayıtlarına Dayanabilir mi?", **A.R. Seçkin'e Armağan**, Ankara 1974, s.737-739; Arseven, s.374-378).

işletmeleriyle ilgili işler dolayısıyla yazdıkları ve aldıkları mektup, yazı, telgraf, faks, fatura, cetvel, senet gibi belge ve kağıtlar ile ödemelerini gösteren belgeler, sözleşmeler, taahhüt, kefalet ve diğer teminat senetleri ve mahkeme ilamı gibi belgeleri de saklamak zorundadırlar. Sonuç olarak, TTK m.80'e göre ibrazı gereken defter ve belgeler, bu maddede yer alan “defterlerle saklanması mecburi olan kağıtlar” ifadesinden anlaşıldığı üzere, tacirin tutmak zorunda olduğu ve ihtiyari olarak tuttuğu defterleri ile bunlar dışında saklamak zorunda olduğu diğer belgelerdir<sup>308</sup>.

Görüldüğü üzere, ibrazı istenebilecek ticari defter ve belgeler, kural olarak tarafların ticari defter ve belgeleridir. Üçüncü kişilere ait defter ve belgelerden yararlanılmak istenilmesi halinde, tek bir hal dışında (o da, TTK m.112 uyarınca tellalın, aracılığını yaptığı bir ticari sözleşmeden doğan davada, taraflardan birinin talebi üzerine bordro, suret ve diğer ispat edici belgelerin karşılaştırılması amacıyla yevmiye defterini ibraza mecbur tutulabileceğidir)<sup>309</sup>, TTK'da özel hüküm bulunmadığından, TTK m.81'de yer alan atıf sebebiyle HUMK m.334 vd. uygulanacaktır<sup>310</sup>. Böyle olunca, üçüncü kişilerin ibrazdan kaçınmaları halinde,

<sup>308</sup> Yargıtay TD'nin 24/5/1966 tarih ve 4424/E., 2613/K. sayılı kararında, davalı defter tutmakla sorumlu ise TTK m.80 uyarınca kendisine uygun bir süre verilerek, defterlerini ibraz etmesi gerektiği belirtilmiştir (Eriş, s.1066). Yargıtay 11. HD'nin 26/9/1980 tarih ve 4074/E., 4167/K. sayılı kararında, müşteriler defteri olarak adlandırılan defter TTK'nın öngördüğü defterlerden olmadığından ve davacı davalının defterlerine dayandığından, TTK m.80 ve 81 ile HUMK m.326 vd. uyarınca davalının tutmak zorunda bulunduğu ticari defterlerin ibrazı için davalıya uygun süre verilmesi gerektiği belirtilmiştir (Eriş, s.1070; Yarbaş, s.143, dn.11; Doğanay, Şerh, s.494, dn.76). Olayda, bilirkişi raporu, davalının müşteri hesabı defterine dayanarak oluşturulmuştur. Bu defter, tacirin ihtiyari defterlerindedir ve aslında ibraza konu olabilir. Ancak, bu defterde yer alan kayıtlar, sırf tacirin tutmak zorunda olduğu defterlerle birlikte sahipleri lehine hüküm ifade edeceklerinden (Yarbaş, s.88), bir uyumsuzluk vukuunda ticari defterlerin ibrazı gerekir.

<sup>309</sup> Gençtürk, s.138; Domaniç, Esaslar, s.179; Deynekli, Ticari Defterler, s.22; Güvenol, s.76; Arslanlı, s.139. Ayrıca, iflas ve konkordato halinde, birbirinin alacaklarının sırasına ve esasına itiraz eden alacaklıların borçlunun defterlerine dayanmaları (İİK m.235); varant ve makbuz senedi hamiliyle, bu senetlerden birine dayanmaksızın malı fiilen eline geçiren kimseler arasında çıkan davalarda, söz konusu senetlerin hamilinin üçüncü kişi durumundaki umumi mağazaya ait makbuz defterine dayanması; mirasçılardan mirası reddetmesine itiraz eden murisin alacaklılarının, terekenin borca batık olmadığını ispat amacıyla murisin ticari defterlerine dayanması; ciro edilen bir bonu sebebiyle cirantalarla hamil veya hamil ile keşideci arasında çıkan uyumsuzluklarda, üçüncü kişi durumunda bulunan ciranta ya da keşideci gibi kişilerin ticari defterlerine başvurulması ve ticari şirket ortaklarından birinin payını birden fazla kişiye devretmesi halinde, hangi devrin geçerli ve daha önce yapıldığının ispatı için üçüncü kişi durumundaki ortaklık defterlerinin ibrazının istenmesi ve davanın ihbarı (HUMK m.49-52) ile davaya müdahale (HUMK m.53-58) hallerinde ihbar edilenin veya müdahale edenin ticari defterlerinden tarafların yararlanması halleri de, üçüncü kişilere ait defter ve belgelerin ibrazının istenebileceğine örnek olarak gösterilmişlerdir (Domaniç/Ulusoy, s.325; Güvenol, s.78; Gençtürk, s.136).

<sup>310</sup> Somuncuoğlu, s.172; Yılmaz, s.200; Gençtürk, s.136; Güvenol, s.78. Yargıtay 19. HD'nin bu yöndeki 23/5/1995 tarih ve 8563/E., 4436/K. sayılı kararı için bkz. Kaçak, **Emsal İctihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s.1270. Yargıtay TD'nin “Ticari davalarda da deliller ve bunların ikamesi Usul Yasası hükümlerine tabidir. Bu itibarla Usul

tanıklıktan çekinme hakları bulunmuyorsa (HUMK m.245 ve 246), tanıklıktan çekinme hükümleri (HUMK m.253 ve 271) uyarınca haklarında ceza ve tazminata karar verilecek (HUMK m.336); bu halde ibrazı isteyen tarafa yemin verilip, davanın lehine bitirilmesi söz konusu olmayacaktır. Tanıklıktan çekinme hakları bulunan üçüncü kişiler gibi, defterlerini zayi ettiğini (TTK m.68, f.4; HUMK m.294) ispat eden üçüncü kişiler de bu yaptırıma tabi tutulmayacaklardır<sup>311</sup>.

TTK m.80'den anlaşıldığı üzere, ibrazın gerçekleşebilmesi iki temel şartın varlığına bağlıdır. Bunlar, dava sırasında korunmaya değer bir menfaatin varlığının ispatlanması<sup>312</sup> ve mahkemenin ticari defterlerin ibrazını ispat bakımından zorunlu saymasıdır<sup>313</sup>. İbrazın bu iki şarta tabi kılınmasının amacı, tacirin ticari defterlerinin her zaman karşı taraf tarafından kolayca incelenerek, ticari sırlarının öğrenilmesi riski altında bulunmasını ve davanın ibraz işlemleriyle uzatılarak yargı makamlarının gereksiz yere uğraştırılmasını önlemektir<sup>314</sup>. Ayrıca, ibrazın bu iki şarta bağlanması nedeniyle, mahkemenin ibrazı emredebilmesi için, ibrazı isteyen tarafın HUMK m.329 uyarınca ibrazını istediği defter ve belgelerin hangi iddiasının ispatına yarayacağını mümkün olduğunca açıklaması gerekir. TTK m.80'in uygulanabilmesi için, kendisinden ibraz talep edilen tarafın tacir olması yeterli olup, ibrazı isteyen tarafın da tacir olması şart değildir<sup>315</sup>.

---

Yasasının 326 md. ve devamı maddeleri uyarınca üçüncü kişiler nezdinde bulunan defterlerin de incelenmesi mümkündür” şeklindeki 2/6/1973 tarih ve 1972/2414 E., 1973/2929 K. sayılı kararı için bkz. Güvenol, s.76, dn.154; Kaçak, Kanun, s.1266; O. N. Çevik, **Gerekeçeli-İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu**, Ankara 1985, s.218.

<sup>311</sup> Domaniç/Ulusoy, s.328; Domaniç, Şerh, s.247.

<sup>312</sup> Yargıtay 11.HD'nin 4/3/1983 tarih ve 894/E, 1048/K. sayılı kararında, davalının dayandığı davacının defterlerinde ilgili konuda bir kayıt bulunması halinde, bu kaydın davacı aleyhine ve kendi (davalı) yararına olacağından bahisle, davalının haklı bir nedenle bunlara dayandığı kabul edilmiştir (Eriş, s.1067-1068).

<sup>313</sup> İsv.BK m.963'te aranan ve ticari defterlerin ibrazı mecburiyetinin “işletmeye ilişkin” bir ihtilaf vukuunda doğabileceğine yönelik şarta ise TTK m.80'de yer verilmemiştir. Ticari defterlerin ibrazı mecburiyetinin ticari işletmeyi konu alan uyuşmazlıklarda söz konusu olabileceğine değinen ATF 73 II 358 için bkz. Bohnet, s.419.

<sup>314</sup> Gençtürk, s.139; Güvenol, s.81.

<sup>315</sup> Gençtürk, s.139; Eriş, s.1066; Domaniç/Ulusoy, s.328; Metin, s.72; Arslanlı, s.138. Ancak, ibraz talebini tacir olmayan tarafın yapması halinde defter ve belgelerin ispat gücünün HUMK'a göre tayin edileceği söylenmiştir (Arslanlı, s.138; Metin, s.72; Karayalçın, s.362). Yargıtay 11. HD'nin “Tacirler arasındaki uyuşmazlıkta TTK'nın 80 ve ardından gelen maddeleri uyarınca taraflara defterlerinin ibrazı olanağının sağlanması gerekir” şeklindeki 2/6/1981 tarih ve 2359/E., 2772/K. sayılı ve Yargıtay 19. HD'nin “Tacir olan taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözümünde, taraflara ait ticari defterler incelenerek, uyuşmazlığın karara bağlanması gerekir” şeklindeki 12/4/1995 tarih ve 7433/E., 3426/K. sayılı kararları için bkz. Eriş, s.1066-1067, 1072. Bu halde, tarafların tacir olduğu ihtilaflarda, her iki tarafın da ticari defterleri incelenmeden hüküm tesis edilemez.



TTK m.80’de yer alan bu iki temel şart, taraflardan birinin başka delil ibraz etmeksizin karşı tarafın defterlerindeki kayıtları kabul edeceğini bildirmesi (delillerini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmesi) halini düzenleyen TTK m.83, f.2’de aranmamıştır. Zira, bu halde mahkeme, haklı bir sebebin varlığını ve ispat bakımından defterlerin ibrazının zorunlu olup olmadığını araştırmaksızın, ibrazı emretmek zorundadır. Ancak, kanun koyucu, bu durumu yaptırımsız bırakmamış ve TTK m.83, f.2 hükmünden yararlanan tarafın karşı tarafın ticari defterlerine karşı delil yaratma durumunu önleyebilmek amacıyla, karşı tarafın defterlerindeki kayıtların aksinin başka delillerle ispatlanamayacağını öngörmüştür<sup>316</sup>.

İbraz, kanun koyucu tarafından, ticari defter ve belgelerin incelemeye tabi tutulacak kısımları ve bu incelemeyi yapacak kişiler açısından sınırlandırılmıştır. Gerçekten de, ticari defterlerin ibrazının emredilmesi halinde, TTK m.80, f.1 uyarınca defterlerin her tarafının değil, sırf ihtilafla ilgili olan kısımlarının sureti çıkartılabilir veya yalnız onlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılabilir<sup>317</sup>. Ancak, doktrinde, ticari defterlerin sahibi lehine delil olmaları için, tacirin tüm defterlerinin kanuna uygun olarak tutulmuş olması ve bu defterlerdeki kayıtların birbirini doğrulamaları şartları da arandığından, bu durumların kontrol edilebilmesi için, tüm defterlerdeki ilgili kayıtların bilirkişiye incelettirilmesi gerektiği savunulmuştur<sup>318</sup>. Belirtmek gerekir ki, tüm defterlerin incelenmesi sırf bu hususların tespiti

<sup>316</sup> Güvenol, s.81; Gençtürk, s.140; Arslanlı, s.139; Metin, s.73; Ülgen, s.96. Bundan başka, tacirler arasında ticari bir işten dolayı ihtilaf çıkması halinde, taraflardan biri iddiasını kendi ticari defterleriyle ispat etmek isterse, mahkeme yine söz konusu şartların gerçekleşmesini aramaksızın, ibrazı emreder (Gençtürk, s.140; Arslanlı, s.139; Güvenol, s.82; Metin, s.73).

<sup>317</sup> TTK Tasarısı m.84’te, ticari defterlerin uyuşmazlıkla ilgili kısımlarının inceleneceği ve gerekli görülen hallerde defterlerin ilgili yapraklarından suret alınacağı belirtilmiştir. İsv. Taslağı m. 173’te de, geniş kapsamlı belgelerin sırf ispat için gerekli olan kısmının verilmesinin yeterli olacağı belirtilmiştir (Atalı, İsv. Taslağı, s.158). Buradaki, “geniş kapsamlı belgeler” ile, ticari defter ve belgelerin kastedildiği söylenebilir. HMK Tasarısı m.223, f.2 de, “Ticari defterler gibi devamlı kullanılan belgelerin sadece ilgili kısımlarının onaylı örnekleri mahkemeye ibraz edilebilir” şeklindedir. Hükmün gerekçesinde, bu hüküm ile bazı belgelerin tamamının değil, sırf belirli bölümlerinin delil olarak kullanılmasının söz konusu olabileceği ihtimalinin düzenlenmek istendiği; özellikle, ticari defterler gibi hacimli belgelerin sırf belirli bir sayfası ya da bölümünün uyuşmazlıkla ilgili olabileceği; bu durumda, sürekli kullanılan bu tür belgelerin tamamının ibrazını istemenin, hem ibraz eden taraf için bazı zorluklar ortaya çıkarabileceği, hem de uyuşmazlık dışındaki bölümlerinin ibrazı sebebiyle mahkeme dosyasında gereksiz yer işgal edileceği belirtilmiştir (Bkz. HMK Tasarısı, s.248). Oysa, TTK m.80 hükmü karşısında bu hükme ayrıca yer verilmesine gerek yoktur. Çünkü, TTK m.80, sırf ihtilafla ilgili kayıtların ibrazını özel olarak öngörmektedir. Kaldı ki, bu, ibrazın tanımı itibarıyla da başka türlü düşünülmemeyecek bir sonuçtur.

<sup>318</sup> Güvenol, s.82-83; Domaniç/Ulusoy, s.327; Gençtürk, s.141; Doğanay, Şerh, s.493; Deynekli, Ticari Defterler, s.25; Kuru, C.2, s.2196-2197; Yasaman/Poroy, s.207; Domaniç, Şerh, s.247. Yargıtay TD’nin bu yöndeki 12/10/1962 tarih ve 5140/E., 3523/K. sayılı kararı için bkz. Gençtürk, s.141, dn.339; Domaniç/Ulusoy, s.327, dn.245; Domaniç/Çamoğlu, s.157; Güvenol, s.83, dn.162. Aynı Dairenin 3/4/1972 tarih ve 72/316 E., 72/1687 K. sayılı kararı için ayrıca bkz. Domaniç/Ulusoy, s.327, dn.245.

bakımından gerekli olup, delil olarak kullanılacak kısım, ancak ihtilafla ilgili kayıtlardır<sup>319</sup>. İhtilafla ilgili olan kısımlardan fotokopi çekilmesi de mümkün ve yeterli görülebilir (HUMK m.323, f.2 ve 328). Ancak, taraflar veya hakim, davanın her aşamasında asılların ibrazını isteyebilirler (HUMK m.321)<sup>320</sup>.

Kanun koyucu, ibraz mecburiyetine, incelemeyi yapacak kişiler açısından da bir sınırlama getirmiştir. Buna göre, taraflar, ibrazı isteyebilmekle birlikte, inceleme yetkisine sahip değildirler. İnceleme, ya doğrudan doğruya mahkeme veya mahkemece tayin edilen bilirkişi tarafından yapılacaktır. Böylece, incelemenin kapsamı gibi, incelemeyi yapacakların sayısı da sınırlı tutulmuştur<sup>321</sup>.

Ticari defterler ve belgeler, kural olarak davanın yürütülmekte olduğu mahkemeye ibraz edilirler ve orada suretleri çıkartılarak, üzerlerinde mahkeme veya bilirkişi tarafından inceleme yapılır. Ancak, TTK m.80, f.2’de, “İbrazına karar verilen ticari defter, hesap ve kağıtlar, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin kaza dairesi içinde olup da nakil ve ibrazında güçlük bulunduğu takdirde, bu defterlerin kanuna uygun olarak tutulup tutulmadıklarını ve bunların ibrazını gerekli kılan hal ve keyfiyetin ehli-vukuf vasıtasıyla incelenerek neticesini gösterir bir zabıt varakası tutulması ve rapor alınması ve lüzumuna göre suretlerinin çıkarılıp gönderilmesi ticari defter, hesap ve kağıtların bulunduğu yerde ticari davalara bakmakla mükellef mahkemeden istenir” denmiştir. Buna göre, ibrazına karar verilen ticari defter ve belgeler, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkemenin kaza dairesi içindeyseler ve taşınmaları ve ibrazlarında güçlük bulunmaktaysa, bunların kanuna uygun olarak tutulup tutulmadıklarını ve ibrazlarını gerekli kılan hal ve keyfiyetin bilirkişi aracılığıyla incelenerek, sonucunu gösterir bir tutanak düzenlenmesi ve rapor alınması ve gerekiyorsa örneklerinin

<sup>319</sup> Domaniç, Şerh, s.247; Domaniç/Ulusoy, s.327; Yasaman/Poroy, s.207. Ticari defterler delil olarak kullanılırken, bunlardaki kayıtların dayandıkları belgelerin ibrazının da gerekli olup olmayacağı tartışmalıdır. Poroy, belge ile ispat yapılacaksa, ticari defterlerle ispat usulünün bir özelliğinin kalmayacağını belirterek, ticari defterlerin dayandıkları belgelerin ibrazının gerekli olmadığını savunmuştur (R. Poroy, **Ticari İşletme Hukuku**, 3.Bası, İstanbul 1983, s.154-155). Oysa, Yargıtay 19. HD’nin 1/2/1995 tarih ve 249/E., 712/K. sayılı kararında, ticari defterlerin dayanağı olan belgeler üzerinde durulmadan mücerret defter kayıtları ile hüküm tesis edilemeyeceğine (Doğanay, Şerh, s.496, dn.81) ve Yargıtay 11. HD’nin 18/2/1991 tarih ve 9193/E., 1051/K. sayılı kararında, ticari defterlerle birlikte bunların dayanaklarının da incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir (Eriş, s.1087).

<sup>320</sup> Domaniç/Ulusoy, s.326, 328; Domaniç, Şerh, s.246; Yarbaş, s.144.

<sup>321</sup> Defterlerini ibraz eden tarafın menfaatlerine hâlel gelmeyecekse, mahkemenin takdirine göre, diğer (ibrazı isteyen) tarafın ibraz edilen defter ve belgeleri inceleyebilmesi mümkün olmalıdır. TTK Tasarısı m.84’te, haklı olarak ticari defterlerin ihtilafla ilgili kısımlarının tarafların katılımıyla inceleneceği belirtilmiştir.

çıkarılıp gönderilmesi, ticari defter ve belgelerin buldukları yerde ticari davalara bakmakla görevli mahkemeden istinabe yoluyla istenecektir<sup>322</sup>.

İbraz için mahkemenin vereceği süre, Kanunda açıkça belirtilmemiştir. Buna göre, ibrazın süresini, olay önüne gelen hakim belirler. Hakimin, bu süreyi, inceleme ne kadar zamanda yapılabilecekse, o kadar vermesinin daha uygun olacağı söylenmiştir<sup>323</sup>. Ticari defterlerin ibrazı mecburiyeti, her halde TTK m.68'de (İsv.BK m.962) yer alan on yıllık saklama süresinin bitimine kadar devam eder. Bu sürenin geçmesinden sonra, ibrazdan kaçındıklarından bahisle defter sahipleri herhangi bir yaptırıma tabi tutulamazlar<sup>324</sup>.

TTK m.80'den anlaşıldığı üzere, mahkeme, bu şartların gerçekleşmesi halinde talep üzerine ibraza karar verebileceği gibi, özellikle ibrazı ispat açısından gerekli görüyorsa, re'sen de taraflardan birine veya her ikisine ait ticari defter ve belgelerin ibrazını emredebilir. Hakim, talep halinde, bu taleple bağlı değildir; ibrazın ispat açısından gerekli olup olmadığını serbestçe takdir eder ve gerekçeli olarak karara bağlar. Bu karar aleyhine HUMK m.218 uyarınca itiraz mümkündür. Mahkeme, itirazı haklı bulursa, eski kararından rücu edebilir. Defterlerin ibraz edilip edilmemesine ilişkin mahkeme ara kararları, ancak esas kararlarla birlikte temyiz edilebilirler<sup>325</sup>.

Ticari defterlerin ibrazından kaçınmanın sonuçlarına gelince, bu konu, çalışma konumuz açısından detaylı olarak incelenmeye değerdir. Bu çerçevede, öncelikle belirtmek gerekir ki, mahkemece hakkında ibraz kararı verilen taraf, elbette bu kararı yerine getirmeyebilir; başka bir deyişle, ifaya zorlanamaz. Bu, ticari defterlerin tacirin ticari sırlarını yansıtmamasının doğal bir sonucu olarak gösterilmiştir<sup>326</sup>. Ancak, burada, ibrazdan kaçınmanın sonuçları açısından bir ayrıma gidilmiştir. Şöyle ki, ispat yükü kendisine düşen taraf, HUMK'a göre caiz olan diğer delillerle birlikte (onlardan vazgeçmeden) karşı tarafın ticari defterlerine de dayanmışsa, karşı tarafın ticari defterlerini ibrazdan kaçınmasının sonuçları, bu konuda TTK'da özel hüküm

<sup>322</sup> Yargıtay 15. HD'nin bu yöndeki 11/6/2001 tarih ve 1547/E., 3140/K. sayılı kararı için bkz. Eriş, s.1069-1070. Yargıtay 11. HD'nin aynı yöndeki 6/12/1979 tarih ve 1979/5152 E., 1979/5575 K. sayılı kararı için ayrıca bkz. Doğanay, Şerh, s.493, dn.74.

<sup>323</sup> Deynekli, Ticari Defterler, s.24.

<sup>324</sup> Gençtürk, s.147; Güvenol, s.89-90; Doğanay, Şerh, s.497-498.

<sup>325</sup> Domaniç/Ulusoy, s.326; Domaniç, Şerh, s.246.

<sup>326</sup> Gençtürk, s.141; Güvenol, s.83.

bulunmadığından, TTK m.81'deki atıf sebebiyle genel hükümlere (HUMK m. 330-332) tabi olacaktır. Bunun için, mahkemenin, tarafın sırf karşı tarafın delillerine dayanıp dayanmadığını (delillerini onun defterlerine hasredip etmediğini) açık olarak tespit ettikten sonra işlem yapması gerekir. Zira, karşı tarafın defterleri yanında başka delillere (örneğin, kendi defterlerine) de dayanmamışsa, yani delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmişse, TTK m.83, f.2'nin uygulanması söz konusu olacaktır<sup>327</sup>. Bu halde, taraf, karşı tarafın defterleri ile birlikte kendi defterlerine de dayanmışsa, karşı tarafın defterlerini ibrazdan kaçınması halinde, ona HUMK m.331 uyarınca inkar yemini teklif eder. Bu yemin kabul ve icra edilmez veya belgeler süresi içinde ibraz edilmezse, HUMK m.332 uyarınca mahkeme, bu husustaki maksadı da dikkate alarak, diğer (ibrazı isteyen) tarafın belgelerin içeriği hakkındaki beyanını kabul edebilir<sup>328</sup>. Bu takdirde, karşı taraf, ibrazdan kaçınmanın sonucu olarak, davayı kaybedebilecektir<sup>329</sup>.

Taraflardan biri, karşı tarafın ticari defterlerinin içeriğini kabul edeceğini mahkeme önünde bildirirse ve bu beyanı imzalayarak tutanağa geçirirse, bu kere delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmiş olur<sup>330</sup>. Bunun üzerine, karşı taraf defterlerini ibraz ederse, ibrazı isteyen tarafın artık diğer delillerle defterlerde yer

<sup>327</sup> Yargıtay 13. HD'nin "Davacı, iddiasını ispat için, davalının ticari defterleri ile birlikte dava dilekçesinin deliller bölümünde ve delil listesinde açıkladığı başka delillere de dayanmıştır. TTK'nun 83/2 nci maddesinin uygulanabilmesi için, sadece davalının defterine dayanmak gerekir. Başka bir deyişle, davacının başka deliller göstermeksizin iddiasını münhasıran davalının defter kayıtlarıyla ispat edeceğini iddia etmemiş olmasına göre davacının tüm temyiz itirazlarının reddi gerekir" şeklindeki 29/9/1987 tarih ve 3205/4527 sayılı kararı ve Yargıtay 11. HD'nin "Davacı ve davalı taraf tacir olup, mahkemeye sundukları delil listelerinde iddia ve savunmalarını münhasıran birbirlerinin ticari defterlerine dayandırmamışlardır. O halde, TTK'nun 83. maddesinin uygulanması mümkün değildir" şeklindeki 5/3/1998 tarih ve 10644/1404 sayılı kararı için bkz. Kuru, C.3, s.2447-2448, dn.19. Yargıtay 11. HD.'nin aynı yöndeki 17/10/1986 tarih ve 5197/5392 sayılı, 27/1/1986 tarih ve 7692/193 sayılı ve 15/6/1981 tarih ve 2987/3019 sayılı kararları için ayrıca bkz. E. Yılmaz, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara 1989, s.194-195, dn.16.

<sup>328</sup> Somuncuoğlu, s.173; Mimaroglu, s.348; Belgesay, "Ticari Muamelelerin İsbati ve Ticari Defterlerin Ziyar", **İBD**, C.31, S.10-12, 1957, s.302; Doğanay, İnceleme, s.34. Aksi görüşte, Deynekli, Ticari Defterler, s.60.

<sup>329</sup> Gençtürk, s.147.

<sup>330</sup> Taraf karşı tarafın ticari defterlerinin içeriğini kabul edeceğini mahkeme önünde sözlü olarak bildirirse, bu beyan duruşma tutanağına yazılır (HUMK m.151, f.2). Kanunda yazılı olmamakla birlikte, önemli sonucu olduğu (delilini hasretmiş olduğundan başka delil gösteremeyeceği) için, tutanağın bu beyana ilişkin bölümünün delilini karşı tarafın ticari defterlerine hasretmiş olan tarafa okunarak, imza ettirilmesi gerekir (HUMK m.151, f.5'e kıyasen). Taraf karşı tarafın ticari defterlerinin içeriğini kabul edeceğini bir dilekçe ile (yazılı olarak) mahkemeye bildirirse, bu dilekçenin verildiğinin tutanağına yazılması yeterli olup, ayrıca tarafa okunmasına ve imza ettirilmesine gerek olmayacaktır (Kuru, C.3, s.2448-2449; S. Olgaç/M. Çenberci, "İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler", **Batider**, C.3, S.1, 1965, s.110).

alan kayıtları çürütmeye kalkışmasına göz yumulamaz<sup>331</sup>. Ancak, karşı taraf ticari defterlerini ibrazdan kaçınırsa, mahkeme, ibrazı isteyen tarafa iddiasının doğruluğu hakkında bir yemin verir<sup>332</sup>. Burada, HUMK m.331 uyarınca “inkar yemini” değil, TTK m.83, f.2 uyarınca “defter yemini” verilmesi söz konusudur<sup>333</sup>. TTK m.83, f.2 uyarınca yemin, re’sen teklif olunan yemin (tamamlayıcı yemin) niteliğindedir. Çünkü, karşı taraf ticari defterlerini ibrazdan kaçındığından, defterlerin ibrazını isteyen taraf lehine bir kanaat doğar. Mahkeme, bu kanaatini tamamlamak için, bu karine lehine olan tarafa re’sen yemin verir<sup>334</sup>. Bu yemin hakim tarafından ispat yükü kendisine düşen (yani, kendisine verilen süreye rağmen ticari defterlerini ibraz etmeyen tarafa değil, karşı tarafın ticari defterlerine dayanan) tarafa teklif edildiğinden, kendisine yemin verilen taraf bu yemini karşı tarafa reddedemez<sup>335</sup>. Delillerini karşı tarafın defterlerine hasreden taraf yemin etmezse, iddiasını ispat edememiş sayılacağından, davası reddedilebilecektir. Mahkeme huzurunda beyan ederek, delillerini karşı tarafın defterlerine hasreden taraf yemin ederse, mahkeme, bu yemin ile bağlı kalacağından, bu kere onun lehine hüküm verecektir<sup>336</sup>.

TTK m.83, f.2 karşı tarafın ticari defterlerinden söz ettiğine göre, onun ticari defter tutmak zorunda olan tacir olması gerekirse de, ibrazı isteyen tarafın tacir olması şart değildir<sup>337</sup>. Karşı taraf tacir değilse (delilini onun defterlerine hasreden taraf tacir olsa bile), ticari deftere de sahip değil demektir. Bu nedenle, bu halde karşı

<sup>331</sup> Ülgen, s.98; Kuru, C.3, s.2453. Yargıtay TD’nin bu yöndeki 7/3/1938 tarih ve 562 sayılı kararı için bkz. Domaniç/Ulusoy, s.328, dn.248.

<sup>332</sup> Yargıtay 15. HD’nin bu yöndeki 20/6/1990 tarih ve 1620/E., 2984/K. sayılı kararı için bkz. Eriş, s.1086.

<sup>333</sup> Yargıtay TD’nin 21/12/1970 tarih ve 1970/2092 E., 1970/5297 K. sayılı kararında, tacir sıfatını taşıyan davalının TTK m.68, f.4’te öngörülen şekilde mahkemeden aldığı zaıi belgesini vermediği sürece defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılacağı ve ticari defterlerin kaybedildiği kabul olunmasına rağmen, davacıya HUMK m.331’in tanıdığı yemin teklif etme hakkının kullanılmamış olmasının bozmayı gerektirdiği belirtilmiştir (Doğanay, Şerh, s.496-497, dn.82; Doğanay, İnceleme, s.27, dn.22; Kuru, C.3, s.2452-2453). Kuru, olayda, davacı delillerini davalının defterlerine hasretmişse, HUMK m.331’in değil, TTK m.83, f.2’nin uygulanması gerektiğini söylemiştir (Kuru, C.3, s.2453). “Bu itibarla, hasmın defterlerini ibrazdan kaçınması durumunda, TTK m.83, f.2’ye göre işlem yapılmak gerekirken, buna aykırı olarak tarafa yemin teklifi hakkı bulunduğu hatırlatılması doğru değildir” şeklindeki Yargıtay 11. HD.’nin 28/2/1986 tarih ve 574/1050 sayılı kararı için bkz. Eriş, s.488; Yılmaz, s.197, dn.24. Yargıtay TD’nin aynı yöndeki 1/4/1930 tarih ve 11/E, 140/K. sayılı ve 19/1/1931 tarih ve 1040/E., 1243/K. sayılı kararları için ayrıca bkz. Domaniç/Ulusoy, s.327, dn.247.

<sup>334</sup> Bkz. Kuru, C.3, s.2454 ve orada dn.42’deki karar.

<sup>335</sup> Kuru, C.3, s.2454; Yılmaz, s.199.

<sup>336</sup> Gençtürk, s.150; Kuru, C.3, s.2454; Olgaç/Çenberci, s.110. Yargıtay 11. HD’nin bu yöndeki 13/12/1974 tarih ve 3455/3610 sayılı ve Yargıtay TD’nin 25/3/1968 tarih ve 1215/1684 sayılı kararları için bkz. Kuru, C.3, s.2456. Yargıtay 11. HD’nin aynı yöndeki 12/12/1974 tarih ve 4551/3610 sayılı ve 13/12/1976 tarih ve 3465/3610 sayılı kararları için ayrıca bkz. Kaçak, Kanun, s.1268-1269.

<sup>337</sup> Yılmaz, s.197; Kuru, C.3, s.2449. Yargıtay 11. HD’nin bu yöndeki 17/11/1977 tarih ve 4782/5146 sayılı kararı için bkz. Yılmaz, s.197-198; Kuru, C.3, s.2449. Aynı Dairenin 2/5/1980 tarih ve 2398/2334 sayılı kararı için ayrıca bkz. Yılmaz, s.198, dn.26.

tarafın ticari defterlerine dayanma söz konusu olamaz. Tacir olmayan karşı tarafın bazı defterleri bulunsa ve diğer taraf delilini bunlara hasretmiş olsa bile, bu halde artık TTK hükümleri uygulanamaz ve böyle olunca, karşı tarafın defterlerinin kendi aleyhine delil teşkil etmesi düşünülemez. Bu halde karşı tarafın defterlerinin ibrazı, ancak HUMK m.326 vd. hükümlerine göre istenebilir<sup>338</sup>.

Karşı tarafın ticari defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılması için, ayrıca, mahkemenin ibraz için verdiği sürenin kesin olması gerektiği söylenmiştir. Buna göre, bu süre kesin süre değilse (yani, mahkeme sürenin kesin olduğunu açıkça bildirmemişse), karşı tarafa talebi üzerine ikinci bir süre verilmedikçe, karşı taraf defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılamaz. Karşı taraf, mahkemenin verdiği ikinci süre içinde de defterlerini ibraz etmezse, ancak bu takdirde ibrazdan kaçınmış sayılır. Çünkü, mahkemenin verdiği ikinci süre, açıkça belirtilmemiş olsa bile, kesindir (HUMK m.163)<sup>339</sup>.

Bir taraf, ister diğer delillerle birlikte karşı tarafın ticari defterlerine dayanmış olsun, ister delilini karşı tarafın defterlerine hasretmiş olsun, sırf bir halde defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılmaktan kurtulabilir. O da, TTK m.68, f.4 uyarınca defterleri yangın, su baskını, yer sarsıntısı gibi sebeplerle kanuni süre içinde kaybolursa, bu kaybı öğrendiği günden itibaren on beş gün içinde ticari işletmesinin bulunduğu yerin yetkili mahkemesinden alacağı zayi belgesini ibraz etmesidir<sup>340</sup>. Bunu yapmazsa, ticari defterlerinin kaybolduğunu başka şekilde ispat ederek, ibrazdan kaçınmanın sonuçlarından kurtulamaz. Zira, ziya belgesinin alınmasındaki amaç, “defteri ibrazdan kaçınmış olmak” durumuna düşmemeyi sağlamaktır<sup>341</sup>. Ticari defterlerinin bulunmadığını (defter tutmadığını) bildirmesi, hatta bunu ispat etmesi halinde bile, karşı taraf, ticari defterlerini ibrazdan kaçınmış sayılır. Çünkü, karşı taraf, tacir olduğuna göre, defter tutmaya mecburdur; defterlerinin var olması asıldır. Bu nedenle, ticari defterlerin ibrazını isteyen tarafın karşı tarafın ticari defterlerinin bulunduğunu ispat etmesine de gerek yoktur. Böyle olunca, karşı tarafın defterlerinin

<sup>338</sup> Kuru, C.3, s.2449-2450.

<sup>339</sup> Kuru, C.3, s.2450-2451; Yılmaz, s.196.

<sup>340</sup> Ticari defterlerin ve belgelerin kaybı ve ziya hakkında detaylı bilgi için bkz: İ. Ergökmen, “Türk Ticaret Kanunu Yönünden Defter ve Belgelerin Kaybı”, **Mali Muhasebe Dergisi**, Mayıs 1993, S.177-178, s.29-33; Belgesay, “Ticari Defterlerin Ziyat”, s.297-302.

<sup>341</sup> Kuru, C.3, s.2452.

bulunmadığını bildirmesi, onları ibrazdan kaçınma sayılmalıdır<sup>342</sup>. Kuru'ya göre, aksi halde karşı tarafa, aleyhine kayıtlar içeren ticari defterlerinin kendi aleyhine delil teşkil etmesini önlemek için kolayca başvurabileceği bir imkan (defterlerinin bulunmadığını bildirme imkanı) tanınmış olur ve böylece TTK m.83, f.2 işlemez hale gelir<sup>343</sup>. Olgaç ve Çenberci'ye göre ise karşı tarafın defter tutmadığı şeklindeki beyanı şöyle anlaşılmalıdır: Kanun, ibrazdan kaçınmadan bahsettiğine göre, TTK m.83, f.2'nin uygulanması açısından defterlerin varlığını esas tutuyor demektir. Bu halde, karşı taraf gerçekten defter tutmuyorsa, bu hükmün uygulanmasına imkan yoktur<sup>344</sup>. Bu konuda, ayrıca, karşı tarafın hiç ticari defteri bulunmadığını ileri sürmesi halinde, diğer (ibrazı isteyen) tarafın bu defterlerin varlığını sicil memurluğundaki beyannameler veya şahit vs. ile ispat edebileceği de söylenmiştir<sup>345</sup>.

Ticari defterlerin ibrazında özellik arz eden hususlar incelendikten sonra, bunların “telim”i üzerinde durmak uygun olacaktır. Ticari defterlerin teslimi, TTK m.79'da, “Ticari defterlerle, saklanması mecburi olan diğer kağıtların teslimi, miras, şirket ve iflas işlerinde istenebilir. Teslim halinde defter, hesap ve kağıtların her tarafı gerek mahkeme ve gerek ilgililer tarafından incelenebilir” şeklinde düzenlenmiştir<sup>346</sup>. Bu madde anlamında teslim, “TTK m.79'da sayılan hallerde (miras, şirket ve iflas işlerinde)<sup>347</sup>, ticari defter ve belgelerin her tarafının, gerek

<sup>342</sup> Kuru, C.3, s.2451; Ülgen s.96, 98.

<sup>343</sup> Kuru, C.3, s.2451. Aynı görüşte, Ülgen, s.96. Yazar, defter tutması gerekiyorken, bu mecburiyete uymayan tacirin en azından usulsüz defter tutmaya bağlanan sonuçlara maruz kalması gerektiğini; çünkü, defter tutmuş olan tacirin ancak bir usulsüzlük söz konusu olduğu zaman onu ibraz etmekten kaçınabileceğini söylemiştir (Ülgen, s.96).

<sup>344</sup> Olgaç/Çenberci, s.110.

<sup>345</sup> Ülgen, s.96-97; Somuncuoğlu, s.173; Karayalçın, s.361.

<sup>346</sup> TTK m.79'a kaynak teşkil eden Alman TK mülga m.47, “Malvarlığı paylaşılmasında, özellikle, miras, mal ortaklığı ve şirketlerin paylaşılması meselelerinde mahkeme, bütün muhtevanın incelenmesi için ticari defterlerin teslimini isteyebilir” hükmünü ihtiva etmekteydi (E. Moroğlu/M. Dural, **Son Değişikliklerle Alman Ticaret Kanunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1974, s.17). TTK Tasarısı m.85, “Malvarlığı hukukuna ilişkin olan, özellikle de mirasa, mal ortaklığına ve şirket tasfiyesine ilişkin uyumsuzluklarda, mahkeme ticari defterlerin teslimine ve bütün içeriklerinin incelenmesine karar verebilir” şeklindedir. “Malvarlığı hukukuna ilişkin olan” kavramının sınırı belirli olmayan bir kavram olduğu; ticari işletmelerin ve şirketlerin malvarlığı hukuku ile ilgili olmayan işlerinin neredeyse bulunmadığı; böyle olunca, her durumda ticari defterlerin teslimine karar verilebileceği belirtilmiştir (İ. Kayar, “Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, **YÜHFD**, C.2, S.1, 2005, s.376).

<sup>347</sup> TTK m.79'da sayılan bu haller dışında ticari defter ve belgelerin tesliminin istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, diğer bazı hallerde de (konkordato gibi) teslim istenebilir (Domaniç, Şerh, s.242; Domaniç/Ulusoy, s.329). Diğer bir görüşe göre ise bu maddedeki sayım tahdididir [O. İmregün, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 12.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s.103-104; S. Karahan, **Ticari İşletme Hukuku**, 11.Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2001, s.145; İlkten, s.74; Ülgen/Teoman/Helvaci/Kendigelen/Kaya/Nomer Ertan, s.507; Arkan, s.336; Kayar, s.376).

mahkeme, gerek ilgililer tarafından incelenmek üzere mahkeme emrine verilmesi”<sup>348</sup> olarak tanımlanmıştır.

Ticari defter ve belgelerin teslimini isteyebilecek olan “ilgililer” kapsamına kimlerin girdiğini, her durumu ayrı ayrı inceleyerek belirlemek mümkün olacaktır. Buna göre, ticari defter ve belgeleri inceleme yetkisi, ticari bir işletmenin intikali halinde mirasçılara, kolektif, komandit, limited, kooperatif ve adi şirketlerde ortaklara, iflas halinde ise iflas idaresine aittir<sup>349</sup>.

TTK m.79’da sayılan teslim hallerinden biri, miras sebebiyle teslimdir. Bilindiği gibi, tacirin ölümü üzerine mirasçıları arasında bir ihtilaf çıkabileceği gibi, mirasçıların kendilerine tanınan mirası kabul veya reddetmek konusunda sağlıklı bir karar verebilmeleri ve terekenin tespiti ve defter tutma talebinde bulunabilmeleri için, miras bırakanın mali durumunu kesin olarak öğrenmeleri gerekir. Bu da, miras bırakanın ait ticari defter ve belgelerin incelenmesi ile mümkündür. Ayrıca, mirasın açılması ile terekeye dahil olan mallara zilyet olanlarla, bu imkandan yoksun bulunan mirasçılar arasındaki ihtilafların giderilmesi ve her ilgilinin iddiasını ispat edebilmesi için de, defterlerin teslimi gerekebilir. İşte, bu hallerde mahkeme, mirasçılardan birinin başvurusu üzerine veya kendiliğinden ticari defterleri elinde bulunduran mirasçıdan veya ihtiyari tedbir olarak terekeye el koymuş olan miras bırakanın son yerleşim yeri sulh mahkemesinden ticari defterlerin teslimini isteyebilir<sup>350</sup>. Burada, teslimi, mirasçılığı tartışmasız kişiler isteyebilir. Mirasçının kanuni mirasçı veya mansup mirasçı olması arasında ise fark yoktur<sup>351</sup>.

TTK m.79’da sayılmış olan diğer bir teslim hali, şirket ihtilaflarında teslimdir<sup>352</sup>. Bir şirketin ortakları arasında şirket konularında bir ihtilaf çıktığı takdirde, ortaklardan her biri, şirketin türüne göre değişiklik gösteren “inceleme” yetkisine dayanarak, ticari defter ve belgeleri elinde bulunduran diğer ortak veya

<sup>348</sup> Mimaroglu, s.347; Domaniç, Esaslar, s.183; Domaniç, Şerh, s.242; Domaniç/Ulusoy, s.328; Gençtürk, s.142; Yarbaş, s.126; İmregün, s.103.

<sup>349</sup> Gençtürk, s.143.

<sup>350</sup> Gençtürk, s.143; Domaniç, Şerh, s.242; Domaniç/Ulusoy, s.330; Arkan, s.336; Güvenol, s.85; Deynekli, Ticari Defterler, s.18; Metin, s.69; Doğanay, Şerh, s.490.

<sup>351</sup> Gençtürk, s.143; Arslanlı, s.138.

<sup>352</sup> Geniş bilgi için bkz. Arkan, s.336-338; Güvenol, s.85-89; Deynekli, Ticari Defterler, s.18-21; Metin, s.69-71; Doğanay, Şerh, s.490-491; Gençtürk, s.144-146.



ortaklardan bunların teslimini isteyebilir<sup>353</sup>. Buradaki “şirket” kavramına TTK m.136’da sayılan şirket türlerinden (kolektif, komandit, anonim, limited ve kooperatif) başka MK’da yer alan mal ortaklığı (m.256-281), aile vakfı ve aile malları ortaklığı (m.372-385), BK m.520-541’de düzenlenen adi şirket, adi şirket kurallarına tabi tutulan özel şirketler ve özel kuruluş kanunları uyarınca kurulan şirketler de dahildir<sup>354</sup>. Ayrıca, teslim, şirket konusuna ilişkin ve ortaklar arası ihtilaflarda söz konusu olacağından, ticari işletmede alacak veya borçları bulunan üçüncü kişilerin TTK m.79 uyarınca defter ve belgelerin teslimini talep ve bunları inceleme haklarının bulunmadığı belirtilmelidir. Üçüncü kişilerle şirket arasındaki ihtilaflarda, üçüncü kişiler, kural olarak defter ve belgelerin ibrazını TTK m.80 uyarınca isteyebilirler<sup>355</sup>. Ancak, Domaniç, üçüncü kişilerin defterlerin teslimini istemekte menfaatlerinin bulunduğu ve şirketin tanıklıktan çekinme nedenlerine sahip olmadığı tüm hallerde<sup>356</sup>, üçüncü kişilerin de teslimi isteyebileceklerini savunmuştur<sup>357</sup>.

TTK m.79’da öngörülmüş olan son teslim hali, iflas sebebiyle teslimdir. Bilindiği gibi, tacirin iflası üzerine oluşan iflas masasını temsil edecek olan iflas idaresi, İİK m. 210 uyarınca tacirin bütün defterlerini koruma altına almak ve hepsini incelemek yetkisini kazanır. Bu inceleme, hem alacaklıların hukuki yararı açısından, hem ortada bir hileli veya taksirli iflas durumunun mevcut olup olmadığının kontrolü açısından çok önemlidir. Birbirlerinin alacaklarının esas ve sırasına itiraz hakları bulunan tüm alacaklılar (İİK m.235) da, bu haklarını kullanabilmeleri için, müflisin (borçlunun) defterlerini incelemek yetkisine sahiptirler. Bu hakkın kullanılması, iflasın kaldırılması (İİK m.182 ve 183) veya kapanmasına (İİK m.154) kadar devam eder<sup>358</sup>.

Belirtmek gerekir ki, mahkemenin ve ilgililerin defterlerin teslimini talep etme hakları, ibrazdaki durumun aksine, sırf ihtilafa ilişkin kayıtlarla sınırlı değildir. Sayılan hallerde teslim mecburiyeti, ticari defterlerin tamamını kapsamaktadır. Gerek

<sup>353</sup> Ortakların sahip olduğu inceleme yetkisi, maddi hukuka göre ibrazı gereken belgeler incelenirken açıklandığından, burada bu konuya değinilmeyecektir (Bkz. s.57).

<sup>354</sup> Domaniç/Ulusoy, s.329.

<sup>355</sup> Domaniç, Esaslar, s.279; Domaniç/Ulusoy, s.329; Gençtürk, s.144.

<sup>356</sup> Örnekler için bkz. Domaniç, Şerh, s.242-243; Domaniç/Ulusoy, s.330.

<sup>357</sup> Domaniç, Şerh, s.242; Domaniç/Ulusoy, s.330.

<sup>358</sup> Domaniç/Ulusoy, s.331; Arkan, s.338; Güvenol, s.89; Deynekli, Ticari Defterler, s.21; Metin, s.71-72; Doğanay, Şerh, s.492.

mahkeme, gerek ilgililer defterlerin her tarafını inceleyebilirler. Bu nedenle de, ibrazdan farklı olarak ticari defter ve belgelerin suretlerinin değil, asıllarının teslim edilmesi gerekir. Teslimden kaçınmanın sonucu ise ibrazdan kaçınmada olduğu gibidir<sup>359</sup>.

### 1) Yargılama Hukukuna Göre İbraza Gereken Diğer Belgeler

HUMK m.326'da tahdidi olarak sayılan belgeler, HUMK m.327 ve 328 uyarınca hesap defterleri, imza veya yazı inkarı halinde HUMK m.309, f.3 uyarınca ibrazı gereken belgeler, elektronik imzalı belgeler ve TTK m.80 uyarınca ticari defterler ve saklanması zorunlu olan diğer belgelerin dışında yargılama hukukuna göre ibrazı gereken belgeler arasında, yani usuli ibraz mecburiyetini öngören diğer hükümler arasında şunlar gösterilebilir:

-Marka hakkı sahibinin, markasının kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğradığı zararın miktarının belirlenmesi için, marka hakkına tecavüz eden kişiden (tazminat yükümlüsünden) markasının kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini isteyebileceğini öngören MarKHK m.65<sup>360</sup>,

-Patent hakkı sahibinin, patent konusu buluşun kendi izni olmaksızın kullanılması sonucunda uğradığı zararın miktarının belirlenmesi için, tazminat

<sup>359</sup> Domanıç/Ulusoy, s.329.

<sup>360</sup> Buradaki "zarar" ifadesinden, KHK m.61 ve 64'teki fiili zarar ile m.66 ve 67'deki yoksun kalınan kazanç anlaşılmalıdır. Tazminat talebi dışındaki, yani aynı KHK m.62, f.1, b.(a), (c), (d), (e) ve (f)'de yer alan talepler açısından, bunları sağlayan veya kolaylaştıran belgelerin ibrazının bu madde kapsamında istenemeyeceği belirtilmiştir (Ü. Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4.Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005, s.468). Belge kapsamında, öncelikle ticari defter kayıtları ve bunların müstenidatı gelir. Çünkü, yoksun kalınan karın hesabı ancak mütecavizin defterlerinin ibrazı ile mümkün olabilir. Ancak, talep, şüphesiz bunlarla sınırlı değildir. Tazminat hesabına esas olabilecek tüm belgelerin ibrazı mahkeme aracılığıyla istenebilir. Buna göre, gümrük belgeleri, makine parkı listesi, ambar kayıtları, (müşteriler, dağıtıcılar, lisans alanlar başta olmak üzere) ilgili kişilerle yazışmalar, üreticilerin, dağıtıcıların, taşıyıcıların, depolayanların unvanlarını, adreslerini ve siparişlerini içeren belgeler hükmün kapsamındadır (Tekinalp, s.468). Talebin muhatabının (tazminat yükümlüsünün) ibrazdan kaçınması halinde nasıl bir usulün takip edileceği hakkında maddede bir açıklık bulunmamaktadır. Kaya, burada, genel hüküm niteliğindeki HUMK m.326 vd.'nin uygulanabileceği görüşündedir (A. Kaya, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2006, s.296). Arkan, maddede belgelerin ibrazının ne zaman ve nasıl isteneceği gösterilmemiş olduğundan, zarar miktarının belirlenmesinin açılacak bir tazminat davasına hazırlık yönünden büyük öneme sahip olacağı dikkate alınarak, tazminat davası açılabilmesi için gerekli şartların oluştuğu hallerde (marka hakkına tecavüz, kusur gibi) bu talebin yapılmasına izin verilmesi gerektiğini söylemiştir. Yazara göre, maddede belgelerin verilmemesinin müeyyidesi de gösterilmemiş olduğundan, talebin dava yoluyla ileri sürülmesi (HUMK m.368 vd.) mümkün olmalıdır (S. Arkan, **Marka Hukuku**, C.2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.533, Ankara 1997, s.247-248).

yükümlüsünden buluşun kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini isteyebileceğini öngören PatKHK m.139<sup>361</sup>,

-FSEK kapsamında açılacak davalarda mahkemenin, davacının iddianın doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter derecede delil sunması halinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanun'da öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri ve/veya tüm yararlanan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebileceğini; belirtilen belge ve/veya listelerin sunulmamasının tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil edeceğini belirten FSEK m.76, f.3<sup>362</sup> ve

-Defter ve belgelerini muhafaza etmek zorunluluğunda bulunan vergi mükelleflerinin, muhafaza etmek zorunda oldukları her türlü defter, belge ve karneler ile vermek zorunda buldukları bilgilere ilişkin mikro fiş, mikro film, manyetik teyp, disket ve benzeri ortamlardaki kayıtlarını ve bu kayıtlara erişim veya kayıtları okunabilir hale getirmek için gerekli tüm bilgi ve şifreleri muhafaza süresi içerisinde yetkili makam ve memurların talebi üzerine ibraz ve inceleme için arz etmek zorunda olduklarını düzenleyen VUK m.256<sup>363</sup>.

<sup>361</sup> Maddedeki "zarar" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, tazminat talebi dışındaki talepler açısından bunları sağlayan belgelerin ibrazının bu madde kapsamında istenip istenemeyeceği ve nelerin belge kapsamında değerlendirilebileceği hakkındaki açıklama için bkz. Tekinalp, s.590.

<sup>362</sup> Bu yetkinin kullanılabilmesi, iki şartın gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. Bunlardan ilki, davanın FSEK kapsamında olması (hukuk veya ceza davası olabilir); diğeri, davacının mahkemeye iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturacak düzeyde delil sunmuş olmasıdır. Hükümde geçen "kullananlar" ile kastedilen, anılan eserlerden veya bağlı haklardan, çoğaltma, dağıtma, satma, yayma veya başka bir suretle ticarete koyma, umuma iletme, kiralama, ödünç verme ya da herhangi bir şekilde yararlananlar ya da yararlandırılanlardır. Hüküm "kullanma" dediği için, yararlanma ile bir menfaat sağlanıp sağlanmadığı önemli değildir. Mahkemenin talebine rağmen anılan belge ve/veya listelerin ibraz edilmemesi, kullanmanın haksız olduğuna karine teşkil edecektir [Tekinalp, s.326; C. Suluk/A. Orhan, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku (Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri)**, C.2, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005, s.956].

<sup>363</sup> Mükellefler, VUK uyarınca tutmak ve muhafaza etmek zorunda buldukları defter ve belgelerini, talep edilmesine rağmen, kendilerine verilen (VUK m.14 uyarınca en az 15 günlük) süre içinde denetim için ibraz etmezlerse, VUK m.30, f.2, b.3 uyarınca re'sen vergi tarhi yoluna gidilir. VUK mükerrer m.355 uyarınca kendilerine özel usulsüzlük cezası verilir. VUK m.341'de gösterildiği şekilde vergi ziyanının oluşması halinde, VUK m.344 uyarınca tarh edilecek vergi ile ilgili vergi ziyai cezası uygulanır. Tarh edilecek vergi için, gecikme cezası alınır. Ayrıca, VUK m.359'daki hürriyeti bağlayıcı cezaların (kaçakçılık cezasının) uygulanabilmesi açısından Cumhuriyet Savcılıklarına duyuruda bulunulur.

## II- HAKİMİN VERECEĞİ İBRAZ KARARI VE BU KARARA UYULMAMASININ SONUÇLARI

### A- Hakimin Vereceği İbraz Kararı

#### 1) Hakimin İbraz Kararı Vermekteki Takdir Yetkisi

##### a) Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu m.332’de Yer Alan “Mazereti Sahiha” İfadesinin Anlamı

Hakimin ibraz kararı vermekteki takdir yetkisi, üzerinde önemle durulması gereken bir konudur. Taraflardan biri, diğer (karşı) tarafın elinde bulunan bir belgenin ibrazını istediğinde, bu belgenin içeriğini mümkün olduğunca açıklamışsa; karşı taraf, yazılı talep üzerine söz konusu belgenin elinde bulunduğunu bildirmiş veya bu talebe cevap vermemek suretiyle belgenin elinde bulunduğunu ikrar etmiş sayılmışsa ve hakim, ibrazı istenen belgenin ileri sürülen vakıanın ispatı için gerekli olduğu kanaatine ulaşmışsa<sup>364</sup>, söz konusu belgenin ibrazı mecburidir (HUMK m.329 ve 330). Böyle olmakla birlikte, HUMK m.332’de yer alan “Vesikayı ibraz veya yemin etmesine karar verilen taraf, kararda tayin olunan müddet zarfında vesikayı ibraz etmez ve ademi ibrazı mazereti sahihaya müstenit olduğunu ispat edemez veya teklif olunan yemini kabul ve icra etmezse, mahkeme ibraz veya yemin edilmemek hususundaki maksadı nazara alarak, diğer tarafın senet münderecatı hakkındaki beyanatını kabul edebilir” şeklindeki düzenleme karşısında, kendisinden elinde bulunan belgenin ibrazı istenen karşı tarafın gerçek bir mazeret ileri sürerek, ibraz kararının ifasından kaçınabileceği söylenmelidir. Bu durumda, hakim, ibraz talebini değerlendirirken, hangi hallerin “mazereti sahiha” olarak kabul edilebileceği hakkında Kanun’da bir açıklık bulunmadığından, karşı tarafın ileri sürdüğü bu mazeretin kabul edilip edilmeyeceğini takdir edecektir. İşte, hakimin takdir yetkisi bu noktada oldukça önem kazanmaktadır.

<sup>364</sup> “İbraz ile, bunu isteyen tarafın iddiasının gerçek olduğu inkar edilemez biçimde ortaya çıkacaksa, hakim, takdir yetkisini kaybeder ve ibrazı emretmek durumunda kalır. Çünkü, hakim, ispata doğrudan etki edecek bir tahkikat önlemini emretmeyi ve hatta, talep edilen hakka ilişkin kuralın temelini oluşturan vakıaları reddedemez” (Daigre, “La doctrine et la réforme de la procédure civile: A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces”, **Jurisclass. proc. civ.**, 1981, I, 3020, no.7).

Bu çerçevede, “mazereti sahiha” ifadesi geniş yorumlanarak, belgeyi elinde bulunduran karşı tarafın meşru menfaatleri ile ibrazı isteyen tarafın bu belgeyle iddiasını ispat edebilmek hususundaki menfaatinin karşılaştırılması ve menfaatler dengesi belgeyi elinde bulunduran tarafın lehine ise onu ibraz etmeye mecbur tutulamaması gerektiği ve özellikle, ibrazı istenen belgeyi ibraz ederse, ileride ceza takibatına maruz kalacak, kendisine veya yakınlarına büyük bir mali zarar gelecek ya da haysiyet ve şerefi ihlal edilmiş olacaksa, ibrazdan kaçınmasının söz konusu belgenin içeriğini ikrar etmiş sayılması sonucunu doğurmayacağı ileri sürülmüştür<sup>365</sup>. Ayrıca, ibraz kararının ifası, gizli kalması gereken bazı hususların açığa çıkması ve sahibine zarar vermesi tehlikesini doğurabileceğinden, buna engel olmak için, karşı taraf ya da üçüncü kişinin davaya yabancı olan bilgilerin sızması konusunda gerekli önlemlerin alınmasını hakimden isteyebileceği de söylenmiştir<sup>366</sup>.

Bilindiği gibi, taraflardan biri, sırf karşı tarafın değil, üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin de ibrazını isteyebilir. Taraf ibrazını istediği belgenin içeriğini mümkün olduğunca açıklamışsa, hakim, bu durumda da söz konusu belgenin ibrazını emreder (HUMK m.334). Üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadıkça, elindeki belgeyi ibraz etmekten kaçınmaz (HUMK m.336). Görüldüğü üzere, kanun koyucu, üçüncü kişilerin ibraz kararının ifasından kaçınmalarına imkan veren tek bir bağışıklık hali öngörmüştür. O da, tanıklıktan çekinme haklarının bulunmasıdır. Tanıklıktan çekinme hakları bulunmayan üçüncü kişilere ise ibrazdan kaçınma konusunda hiçbir imkan verilmemiştir.

Hakim, (ister karşı tarafın, ister üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazı istenmiş olsun) her durumda ibraz talebini hukuki bir menfaatin oluşup oluşmadığına göre değerlendirecektir. “Hukuki menfaat”ten anlaşılması gereken, ibrazın emredilmesinin davanın sonuca kavuşmasında elzem olmasıdır<sup>367</sup>.

Söylenbilir ki, ibraz kararının ifasından kaçınma, olayların çoğunda bu kararın yöneltildiği kişinin (karşı tarafın ya da üçüncü kişinin) kötü niyetinden kaynaklanır ve ifa etmeme, bu kişiye kusur olarak atfedilir<sup>368</sup>. Bu durumda, karşı

<sup>365</sup> Belgesay, Deliller, s.73.

<sup>366</sup> Bilge, s.515; Bilge/Önen, s.585; Ansay, s.300; Ersoy, s.752.

<sup>367</sup> Guinchard, Droit et pratique, s.681.

<sup>368</sup> Daigre, La production forcée, s.225.

taraf ya da üçüncü kişi, ifa etmemeden doğan yaptırımlara maruz kalacaktır. Ancak, mesele her zaman böyle kolay çözülemez. Çünkü, hakimin niteliği gereği takdiri olan yetkisinin doğal olarak sınırları da bulunacaktır. Kanun koyucu, “mazereti sahiha” ifadesi ile bize bu konuda ilgiden tamamen yoksun gözükmesine de, hakimin takdir yetkisini kesin sınırlarla belirlememiştir. Örneğin, senedatın ibrazı mecburiyetini sıkça karşılaşılabilecek bir varsayımı da kapsayacak şekilde formüle etmemiştir. Bu varsayım, ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan veren (kişilik haklarının korunması gibi) yasal bir engelin bulunması halinde, ibraz kararını ifa etmekle yükümlü olan karşı tarafın ya da (özellikle tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan) üçüncü kişinin bunu ileri sürerek, ibrazdan kaçınabilip kaçınamayacağıdır.

Kanunumuzun aksayan bu yanı kısaca ortaya konulduktan sonra, bu konuyu daha belirgin çizgilerle düzenlemiş olan Fransız hukukuna başvurarak, meseleye net bir çözüm getirilip getirilemeyeceği tartışılabilir. Bundan önce, Fransız hukukunda hakimin ibrazı emretmesinin temelinde yatan takdir yetkisinin sırf yargılama erkinden kaynaklanan egemen bir yetki olarak kabul edildiği söylenmelidir<sup>369</sup>. Bu ifade, hakimin ibraz kararı vermekteki takdir yetkisinin mutlak olduğu izlenimini uyandırmaktadır. Bu yüzden, senedatın ibrazı mecburiyeti, hakimlere ceza yargılamasında geçerli olan tahkik sistemini anımsatan olağanüstü güçler vereceğinden, medeni yargılamaya hakim olan şahsi adaletin sağlanması amacıyla sapılacağından ve özellikle adalet sisteminin kişilik haklarına daha az önem veren bir hal alacağından şüphe edilerek, geçmişte genişçe eleştirilmiştir. Bunun en temel nedenini, hakimin keyfiliğe doğru sürükleneceğine ilişkin korku oluşturmaktaydı<sup>370</sup>. Oysa, takdir yetkisi, hakime, sırf medeni yargılamanın daha iyi bir konuma

<sup>369</sup> Fransız Temyiz Mahkemesi 4/12/1973 tarihli kararında, hakime tanınan takdir yetkisinin sırf yargılama erkinden kaynaklanan bir yetki olduğuna (Boitard/Boquet, s.639); 16/10/2003 tarihli bir kararında, hakimin bir belgenin ibrazını emretmesindeki takdir yetkisinin mutlak olduğuna (Guinchard, Droit et pratique, s.679) ve 9/7/1986 tarihli bir kararında, karşı tarafı elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmeye mecbur etmenin yerinde olup olmadığının her olayda hakimin egemen yetkisine göre tespit edileceğine (Frison-Roche, no.88) hükmetmiştir. Böyle olmakla birlikte, Mahkeme'nin 31/3/1995 tarihli kararında, hakimin ibraz kararı vermekteki takdir yetkisinin her durumda temyiz denetimine tabi olacağına hükmedildiği (Couchez, La production forcée, no.33) dikkat çekicidir.

<sup>370</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.8, 10. Daigre, “takdir” kelimesi kulaklarda ilk bakışta “keyfilik” terimini yankılattığından, bir an için hakimin bu yetkiyi kullanmasından endişe edilebileceğini; ancak, bu endişenin hakimlerin bu yetkiyi aşırı dikkatli biçimde kullanmalarına neden olacağını; son yüzyıllarda hakimlerin pasif kalması gerektiği kabul edilmiş ve onlara atfedilen değer düşüğüne ilişkin görüşler ortaya atılmış olsa da, hakimlerin çok ciddi bir ahlak anlayışına ve sorumluluk bilincine sahip olduklarını ve günlük yaşamda hakimlikten daha disiplinli bir mesleğin belki de bulunmadığını söylemiş ve hakimin yargısal işlemleri yargısal güvenceler sağlayan düzenlemelerle desteklenirlerse, bu korkunun tamamen ortadan kalkacağını vurgulamıştır (Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.8).

getirilmesi için tanınmıştır. Bundan anlaşılması gereken, hakimin ihtilaflı meselenin ispatı için ortaya konan vakıaları bir bütün olarak ve en iyi şekilde anlayabilmesidir. Hakimin yetkilerinin genişletilmesi, elbette ona, tarafların özel hayatlarına doğrudan müdahale etme yetkisi vermez. Ancak, hakim, bu yolla somut olayın oluşum şartlarını iyi bir şekilde anlama fırsatını elde etmiş olur. İşte, ibraz mecburiyeti, hakime bu amaca ulaşması için verilmiş olan bir araçtır<sup>371</sup>. Ayrıca, hakimin yegane görevi, sırf önüne gelen iki farklı mütalaadan hukuka uygun olanını seçmek değil, aynı zamanda gerçeği ortaya çıkararak, adaleti tesis etmektir. Adalet ve gerçek zıt anlamlar içeren terimler değildirler. Aslında, her ikisi de görecelidir; zira, insan doğasına dayanırlar ve ilki, ikincisi olmadan gerçekleşemez<sup>372</sup>. Suistimale açık ve abartılı terimleri kullanmaktan her zaman kaçınmak gerekir. Mutlak gerçek ve tahkik sistemi gibi terimlerin medeni yargılama hukukunda hiçbir şekilde yeri yoktur. Mutlak gerçek terimi, hukuki gerçekten daha önemli gözükse de, medeni yargılama hukukunda hiçbir anlam ifade etmez. Hem gerçek kavramı, insan zihninin bir ürünü olduğundan, belirsiz bir kavramdır<sup>373</sup>. Kaldı ki, hakimin takdir yetkisi, bir tahkikat önleminin kabulü ya da reddi yönündeki kararın sırf hukukilik değil, aynı zamanda yerindelik değerlendirmesine de tabi kılınmasına dayanır. Böyle olunca, hakim diğer delillerden yola çıkarak kararını kabul ya da ret yönünde önceden vermişse, yargılamanın ibraz mecburiyeti gibi bir usulle ağırlaştırılmasına gerek yoktur. Hakim, diğer delilleri takdir etmeden önce ibraz talebini değerlendirirse, yargılamayı yavaşlatarak, aynı işi iki defa yapmış olur. Esasa etki edebilecek nitelikteki diğer delillerin değerlendirilmesinin gereksiz yere geciktirilmemesi gerekir. Sırf ibraz talebine yönelik değerlendirme, kesin hüküm anlamına da gelmez<sup>374</sup>.

Tüm bunların dışında, takdir yetkisinin mutlak olduğu kabul edilirse, hakimin ibraz kararını gerekçelendirmeden verebileceği de ileri sürülmüştür. Oysa, bu çözüm, özellikle kendisinden belge ibraz etmesi istenen üçüncü kişinin yasal bir engel ileri sürmesi halinde<sup>375</sup>, getirisiz kalacaktır<sup>376</sup>. Çalışmada Fransız hukukunun referans alınmasındaki neden de, NCPC m.11, f.2, 139 ve 141’de üçüncü kişilerin “yasal bir

<sup>371</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.8.

<sup>372</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.11.

<sup>373</sup> Daigre, Le du pouvoir discrétionnaire du juge, no.10.

<sup>374</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.5. Paris İstinaf Mahkemesi 15/4/1975 tarihli kararında, ihtilaflı meseleyi başka yollarla çözüme kavuşturmak mümkünse, üçüncü kişinin elinde bulunan belgenin ibrazına hükmedilemeyeceğini belirtmiştir (Guinchard, Droit et pratique, s.681).

<sup>375</sup> Temyiz Mahkemesi’nin 27/1/1999 tarihli radikal bir kararına göre, hakimin takdir yetkisi, yasal bir engelin bulunması halinde sınırlıdır (Guinchard, Droit et pratique, s.679).

<sup>376</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.5.

engel” (*empêchement légitime*) ileri sürerek ibrazdan kaçınabileceklerinin açıkça düzenlenmiş olmasıdır<sup>377</sup>. Taraflara yükletilen ibraz mecburiyetini düzenleyen NCPC m.142’de ise bu hususa yer verilmemiştir<sup>378</sup>. Böyle olmakla birlikte, tarafların, ibraz kararını ancak tahkikata yabancı (mutlak) mesleki sır ve mücbir sebep gibi mutlak sebepler ileri sürerek başarısızlığa uğratabilecekleri kabul edilmiştir. Bu varsayımlar dışında ise gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi, taraflar açısından diğer tüm argümanlardan üstün gelir. Oysa, üçüncü kişiler, mutlak bir nitelik taşımaya bile, yasal bir engel ileri sürerek ibrazdan kaçınabilirler. NCPC, üçüncü kişiler açısından daha az ciddiyet göstermiştir<sup>379</sup>.

Ayrıca, herkesi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla adalete destek vermeye zorlayan CC m.10’da da, yasal bir sebep (*motif légitime*) ileri sürülerek bu desteğin verilmesinden kaçınılabileceği kabul edilmiştir. Bu halde, yasal engel kavramı, hakimin ibraza ilişkin kuralları uygulamasının önünde ciddi bir engel teşkil etmektedir. Fransız hakimi, yasal bir engelin varlığına sığınsa da, karşı tarafın ya da üçüncü kişinin adalete destek vermeye zorlanıp zorlanmayacağına egemen bir şekilde ve takdir yetkisine dayanarak karar vermektedir. Her durumda, bir ibraz engelinin varlığını, onu ileri süren karşı taraf ya da üçüncü kişi ispat edecektir<sup>380</sup>.

Olayların çoğunda ileri sürülen yasal engel, sır kavramıdır. Sır, bir mesleğe bağlanabileceği gibi, kişilik hakkına ve özel hayatın gizliliğine de bağlanabilir<sup>381</sup>. Burada, iki hakkın karşı karşıya geldiği söylenebilir. Bunlar, taraflardan birinin karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını isterken sahip olduğu ispat hakkı ve karşı tarafın ya da üçüncü kişinin bu belgenin ibrazı ile ortaya çıkacak gizli durumu saklama hakkıdır. CC m.10’un amacı, aşağı yukarı tartışmalı

<sup>377</sup> CPCN m.265’de de, üçüncü kişinin yasal bir engel ileri sürerek ibrazdan kaçınabileceği düzenlenmiştir. Yasal bir engel ileri sürmeksizin ibrazdan kaçınan üçüncü kişi, tanıklıktan çekinen kişiye uygulanan yaptırımlara maruz kalır (Bohnet, s.423).

<sup>378</sup> Temyiz Mahkemesi’nin 19/6/1990 tarihli bir kararında, tarafların (olayda, davacının) yasal bir engel ileri sürerek ibrazdan kaçınmayacağı (Guinchard, Droit et pratique, s.679) kabul edilmiştir.

<sup>379</sup> Daigre, La production forcée, s.229.

<sup>380</sup> Frison-Roche, no.67.

<sup>381</sup> Zira, kişilik hakkının içine, kişinin maddi bedensel değerlerinin yanında, kişinin onuru, saygınlığı, sır alanı gibi manevi değerleri ile mesleki ve ticari saygınlığı ve sırları da girer [A. Zevkliler/A. Havutçu, **Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Ankara 2002, s.126-127]. Buna göre, bir kişinin özel veya mesleki hayatıyla ilgili olup da, yabancı gözlerden uzak kalmasını istediği konular, o kişinin sır çevresini oluştururlar. Ortak hayat, herkesin diğerinin gizliliğine (mahremiyetine) saygı göstermesi ve herkesin özel hayatının başkalarının onu öğrenme merakından uzak kalabilmesi esasına dayanır [J. Akipek/T. Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku (C.1, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)**, 4.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2002, s.409].



olan bir meslek sırrının arkasına sığınmaktan memnun olanların işlediği “sessiz kalma hakkının suistimali”ni önlemektir<sup>382</sup>. Bu halde, ibraz mecburiyeti açısından sorgulanmakta olan iki farklı değer söz konusudur. Şöyle ki, hakim, ya takdir yetkisini ibrazın önündeki engelleri dar yorumlayarak kullanacak ve kişilik haklarının korunması ile özel hayatın gizliliği ilkesi gibi temel bazı ilkeler açısından tehlikeli bir ortam oluşturacak ya da yetkisini çok geniş kullanarak, ibraz engellerinin sayısını arttıracak ve kurumu etkisiz hale getirecektir<sup>383</sup>.

Bu çalışmada, esinlenmeyi deneyerek, Fransız hukukunda ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan verdiği kabul edilen yasal engeller olarak mücbir sebep, özel hayatın gizliliğinin ve kişilik haklarının korunması ile meslek sırrının korunmasının, ibraz kararının ifasından kaçınmak konusunda “mazereti sahiha” teşkil edip edemeyecekleri üzerinde durulmuştur. Böylece, mevcut düzenleme açısından bir tartışma oluşturmaktan başka bir iddiası olmayan birkaç satırla hakimin takdir yetkisinin sınırları netleştirilmeye çalışılmıştır.

## **b) Mazereti Sahiha Olarak Kabul Edilebilecek Haller**

### **aa) Mücbir Sebep**

Hakimin ibrazı emredebilmesi için gereken tüm şartlar oluşmuş olsa bile, kendisinden belge ibraz etmesi istenen karşı taraf ya da üçüncü kişi, bu belgeyi mahkemeye ibraz etmekte imkansızlık içinde bulunabilir. Örneğin, söz konusu belge çalınmış, kaybolmuş ya da yok olmuş olabilir. Bu varsayımlarda, Fransız hukukuna göre karşı taraf ya da üçüncü kişinin elinde kendisini ibraz kararının ifasından bağışlayan bir engel bulunmaktadır. Bu, mücbir sebeptir. Bilindiği gibi, mücbir sebep (*force majeure*), genel hukuk kurallarına göre bir bağışıklık nedenidir. Hem taraflar, hem üçüncü kişiler, bir mücbir sebep ileri sürerek ibrazdan kaçınabilirler<sup>384</sup>.

Mücbir sebep söz konusu olduğunda, Fransız hukukuna göre ispat yükü yer değiştirip, ibrazı istenen belgeyi elinde bulundurduğu iddia edilen karşı tarafa ya da üçüncü kişiye geçer. Buna göre, ibrazını istediği belgenin karşı tarafın ya da üçüncü

<sup>382</sup> Frison-Roche, no.68.

<sup>383</sup> Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.5.

<sup>384</sup> Compennolle, s.97; Daigre, La production forcée, s.229.

kişinin elinde bulunduğunu ispat etmek durumunda olan taraf, ispat yükünden kurtulur. Artık, söz konusu belgeyi elinde bulundurmadığını bunu ileri süren karşı taraf ya da üçüncü kişi ispat edecektir. Şu kadar ki, ibrazı isteyen taraf, belgenin karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunduğunu gösteren makul ve inandırıcı delilleri mahkemeye sunmuş olmalıdır. Durumu, hakim takdir edecektir<sup>385</sup>.

Fransa’da, sigorta sözleşmeleri alanında orijinal bir zorluk baş göstermiştir. Zira, olayların çoğunda, mağdur, uğradığı zararın tazmini için, kazanın failine (sigortalıya) kazadan uzun bir süre sonra başvuruyordu. Sigortalı, ortadan kaybolduğundan, ihtilafa dahil edilememekteydi. Mağdurun (davacının), teminat hakkını ispatlamak için, poliçeyi ibraz etmekten başka bir yolu bulunmamaktaydı. Davacı, fail (sigortalı) bulunamadığından, poliçenin tek nüshasını elinde bulunduran sigorta şirketinden bunun ibrazını talep etmekteydi. Bir olayda, sigorta şirketi, ibrazı ilke olarak reddetmemiş; ancak, bunu pratik bir sebep yüzünden yerine getiremediğini bildirmiştir. Bu sebep, tabii olduğu on yıllık saklama süresi dolmuş olduğundan, poliçenin yok edilmiş olmasıydı. Bunu teyit etmek için, sigorta şirketi, ticari defterler ve belgelerin on yıl boyunca muhafaza edileceğini öngören o zaman yürürlükte olan Fransız Ticaret Kanunu’nun ilgili hükmüne dayanmıştır. Mahkeme, sigorta şirketinin meşru pozisyonunu tanımış ve kendi ispatını sağlayamayan davacının iddiasını reddetmiştir<sup>386</sup>. Görüldüğü üzere, olayda, mücbir sebep teşkil eden durum (poliçenin yok edilmiş olması), yasal bir imkana dayanmıştır. Bu nedenle, tarafı bulunmadığı bir poliçeyi elinde bulundurması kendisinden beklenemeyecek olsa da, davacının iddiası reddedilmiştir.

Bizim hukukumuzda, elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmesi istenen karşı taraf böyle bir belgenin varlığını inkar ettiğinde, diğer (ibrazı isteyen) taraf kendisine HUMK m.331 uyarınca yemin teklif eder ve karşı taraf, bu yemini kabul ve icra ederse, ancak bu takdirde söz konusu belgeyi ibraz etmekten kurtulur<sup>387</sup>. Her ne kadar HUMK m.331’de yer alan “...yemin teklif eder” şeklindeki ifadeden inkar halinde ibrazı isteyen tarafın inkar eden (karşı) tarafa sırf yemin teklif edebileceği

<sup>385</sup> Compernelle, s.97; Daigre, La production forcée, s.229.

<sup>386</sup> Daigre, La production forcée, s.228-229.

<sup>387</sup> Kendisinden ticari defterlerini ibraz etmesi istenen karşı taraf, bir mücbir sebep (yok olma, kaybolma gibi) ileri sürerek defterlerini ibrazdan kaçınırsa ve bu mücbir sebebi ispat etmek için TTK m.68, f.4 uyarınca mahkemeden aldığı zayı belgesini ibraz ederse, ibrazdan kaçınmanın sonuçlarından kurtulur.

anlaşılsa da, bir görüşe göre bu, karşı tarafın kendisinden ibraz etmesi istenen belgeyi elinde bulundurmadığını kanaat verici delillerle ispat etmesine engel değildir<sup>388</sup>. Bu halde, bu görüş uyarınca karşı taraf söz konusu belgeyi elinde bulundurduğunu inkar ettiğinde, bu inkarın bir mücbir sebebe dayandığını delilleriyle birlikte ispat ederse, ibrazdan kaçınabilecektir.

### **bb) Özel Hayatın Gizliliğinin ve Kişilik Haklarının Korunması**

İbraz kararının ifasından kaçınmaya imkan veren ayrıcalıklardan biri de, özel hayatın gizliliğinin ve kişilik haklarının korunmasındaki menfaattir<sup>389</sup>. Kişilik haklarının korunmasına yönelik temel düzenleme olan MK m.23 vd. ve özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağını ifade eden AY m.20 dikkate alındığında, mahkemelerin özel hayatın gizliliği ilkesinin ve kişilik haklarının ihlaline aracılık etmemeleri, bu ilkelere saygı göstermeleri gerektiği kabul edilmelidir. Dolayısıyla, ister karşı tarafın ister üçüncü bir kişinin elinde bulunsun, bir belgenin ibrazını emretmek böyle bir sonuç doğuracaksa, hakim bu emri vermekten vazgeçebilmelidir<sup>390</sup>. Gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevine bu çerçevede yasal bir sınır getirilmesi, ispat ahlakının bir gereğidir<sup>391</sup>.

Fransız hukukunda, hakimin ibraz kararı vermekteki takdir yetkisi, herkesin özel yaşamına ait bir sır alanı bulunduğunu öngören CC m.9 ve hakimin özgürlüklerin bekçisi olduğunu belirten anayasal norm uyarınca sınırlandırılmıştır. Bu konudaki içtihat, söz konusu düzenlemelere paralel bir şekilde oluşmuş ve vazgeçilmez nitelikteki özel hayatın gizliliği ilkesinin ve kişilik haklarının korunması gereğinin ibraz hakkından üstün oluşuna dayanmıştır. Örneğin, Marsilya Büyük Dava Mahkemesi, 20/2/1974 tarihinde, taraflardan birinin diğer tarafın elinde bulunan tüm belgelerin ibrazını istemesi üzerine, şu gerekçeyle ibraz talebini reddetmiştir: “Kesin olarak söylenebilir ki, karşı taraf, davayla ilgili elinde bulunan tüm belgeleri ibraz etmeye zorlanamaz. Zira, tüm belgeler denince, karşı tarafın

<sup>388</sup> Belgesay, Şerh, s.248.

<sup>389</sup> Kişilerin, kendi kişiliklerini oluşturan çeşitli unsurların (maddi, manevi ve iktisadi varlıkları, ehliyetleri ile kişisel durumları gibi) tamamı üzerinde sahip oldukları hukuken korunan menfaate “kişilik hakkı” denir. Kişilik hakkı, bir kimseye, bedeni ve maddi bütünlüğüne, menfaat ve ilişkilerine yönelik saldırılardan kaçınılmasını başkalarından isteme yetkisi verir. Bir anlamda kişilik hakkı, kişinin hak süjesi olarak herkes tarafından tanınmasını istemek ve bu sıfatla itibar görmek konusundaki menfaat ve yetkileri anlamına da gelir [Akipek/Akıntürk, s.359-360].

<sup>390</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.474.

<sup>391</sup> Frison-Roche, no.77.

kişisel mektupları ve diğer her türlü özel yazışmaları da devreye girer. Sırf taraflardan birine ispat kolaylığı sağlamak için, diğer tarafı, elinde bulunan tüm belgeleri ibraz etmeye zorlamak kabul edilemez. Aksi takdirde, bu, medeni yargılamada tahkik sisteminin kabul edildiği anlamına gelir. Ayrıca, açıktır ki, bu husus ibraza zorlanan tarafın kişilik haklarını da zedeleyecektir<sup>392</sup>. Aynı şekilde, Evry-Corbeil Büyük Dava Mahkemesi, bir olayda, davacı kocanın davalı karının hamilelik durumunu tespit ettirmek için ilgili belgelerin ibrazını istemesi üzerine, bu talebi kişilik haklarının korunmasını gerekçe göstererek, reddetmiştir<sup>393</sup>. Böyle olmakla birlikte, bazen içtihat, dava için gerekli (belki de en nesnel) bilgiye ulaştıracak bir ibraz talebini kabul etmek konusunda hakimi titizce yetkilendirmiştir. Örneğin, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 26/1/1982 tarihli kararında, doğal babalık araştırmasında davacının apaçık uygunsuz davranışını ispatlayabilecek bir polis raporunun ibrazı talebinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Çünkü, özel hayatın gizliliği ilkesi, burada, ibraz mecburiyetinin önünde bir bahane teşkil edemezdi. İbraza talebi, özel hayatın gizliliğinin korunması gerekçesiyle felce uğratılmazdı<sup>394</sup>.

Kişiler arasındaki mektup ve diğer yazışmaların ibrazı da, herkesin haberleşme özgürlüğüne sahip olduğunu ve haberleşmenin gizliliğinin esas olduğunu öngören AY m.22, f.1 ışığında değerlendirildiğinde, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevinin istisnalarından bir diğeri olarak görülebilir. Eski bir Fransız içtihadı, özel yazışmaların, ancak mahrem olmadıkları ilan edildikten itibaren ibraz emrine konu olabileceklerini ifade etmiştir. Bundan, mahrem bir mektup veya yazışmanın, hem yazanın hem gönderilenin onayı olmadıkça ibraz edilemeyeceği sonucu çıkarılmıştır. Böyle olmakla birlikte, bu kural günümüzde tersine çevrilmiş; yazışmaların sırrının senedatın ibrazı mecburiyetinin önünde bir engel teşkil etmeyeceği kabul edilmiştir. Bu çözümü kabul etmek gerekir; aksi halde, ibraz mecburiyeti kurumunun içeriğinin büyük bir bölümü boşaltılmış olur<sup>395</sup>. Bu çerçevede, haberleşmenin gizliliği ilkesinin, Anayasal bir norm olduğundan, ibraz kararına karşı ileri sürülebilecek yasal bir engel olarak kabul edilmesi gerektiği yönündeki görüşe de karşı çıkılabilir. Çünkü, Anayasa ile korunmak istenen hukuki menfaat, bireylerin posta idaresine emanet ettikleri yazışmaların kamu gücünü

<sup>392</sup> Boitard/Boquet, s.639-640.

<sup>393</sup> Boitard/Boquet, s.640.

<sup>394</sup> Frison-Roche, no.78.

<sup>395</sup> Daigre, La production forcée, s.231.

arkasına alarak hareket eden idareye karşı korunmak istenmesidir. Dolayısıyla, haberleşmenin gizliliği ilkesinin senedatın ibrazı mecburiyetinin önünde gerçek bir yasal engel teşkil ettiği söylenemez. Zira, bu kurumun esasında, gerçeğin ortaya çıkarılması amacı yatmaktadır. Bir yazışma, meslek sırrı kapsamındaysa, sırf bu halde bunun ibrazı engellenebilir. Ancak, burada ibraz engeli, haberleşmenin gizliliğinin korunmasına değil, meslek sırrının korunmasına dayandırılacaktır<sup>396</sup>. Fransız içtihadı, bir posta abonesinin adresinin gizli olup olmadığı konusunda şöyle düşünmektedir: Fransız Temyiz Mahkemesi, posta idaresinin, kendisinden abonelerin adreslerini bildirmesi istendiğinde, kural olarak meslek sırrını ileri sürerek bundan kaçınabileceğine içtihat etmiştir. Temyiz Mahkemesi'nin, tavrı bu olmakla birlikte, 21/7/1987 tarihli bir kararında, bu bilgilerin alışıldık bir şekilde telefon rehberinde açıklandıkları ölçüde, idarenin meslek sırrının arkasına gizlenemeyeceğine<sup>397</sup> hükmettiği de söylenmelidir. Paris İstinaf Mahkemesi ise bu konuda Temyiz Mahkemesi gibi düşünmemektedir. Mahkeme 24/2/1989 tarihli bir kararında, idarenin bir ajanının, abonenin onayı olmadıkça, özel hayatını ortaya çıkararak ona zarar veremeyeceğine; bunun, meslek sırrını ihlal etmek anlamına geleceğine hükmetmiş ve bunu, yasal bir engelin bulunması halinde üçüncü kişinin ibrazdan kaçınabileceğinin NCPC m.141'de açıkça düzenlenmiş olmasına bağlamıştır<sup>398</sup>. Bundan başka, AY m.22, f.1'nin, haberleşme özgürlüğünü düzenleyen AİHS m.8 ile paralellik gösterdiğini unutmamak gerekir. Bu iki üst hukuk metninde, kişisel bir hak olan "özel hayatın gizliliği" korunmak istenmiştir. Gerçeğin ortaya çıkarılması amacına dayanan ibraz mecburiyetiyle ise kamusal bir yarar korunmaktadır ve bu koruma, özel hayatın gizliliği ilkesiyle engellenemeyecek değerdedir. Aksini kabul etmek, derdest bir davayı çıkmaza sürüklemekten başka bir işe yaramaz<sup>399</sup>.

---

<sup>396</sup> Compernelle, s.102.

<sup>397</sup> Frison-Roche, no.79.

<sup>398</sup> Frison-Roche, no.72. İlk derece mahkemesi hakimleri, CC m.10 ve NCPC m.141'i daha enerjik bir şekilde uygulamışlardır. Nevers Büyük Dava Mahkemesi bir boşanma davasında verdiği 7/10/1976 tarihli kararında, davalı eşin adresini bildirmemesi üzerine, validen bunun bildirilmesini istemiştir. Toulouse Büyük Dava Mahkemesi de, 21/4/1988 tarihli bir kararında, varlığı ve miktarı bilinen, ancak borçlunun yeni adresi bilinemediğinden ifa edilemeyen bir borcun söz konusu olması halinde, CC m.10 ve NCPC m.141 uyarınca üçüncü kişi işverenin borçlunun adresini bildirmeye zorlanabileceğini belirtmiştir. Burada ölçüt, dava konusu alacağın hukuken tanınmış (varlığı sabit olmuş) bir alacak olup olmadığıdır. Hukuken tanınmış bir alacak söz konusu ise CC m.10 (gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi), aksi halde NCPC m.141 (meslek sırrının korunması) üstün gelecektir (Frison-Roche, no.73).

<sup>399</sup> Compernelle, s.103.

Fransız hukukunda, bir kişinin bilirkişi nezdinde kan (DNA) incelemesi yaptırmaya hakim kararıyla ve itaatsizlik cezası (*peine d'astreinte*) tehdidi altında zorlanıp zorlanamayacağı da tartışılmıştır. Fransız hukuku, DNA incelemesini, özellikle anneliğin ya da babalığın ispatı açısından pozitif bir delil olarak kabul etmektedir. Hatta, DNA incelemesi, Paris İstinaf Mahkemesi'nin 21/2/1986 ve 11/7/1986 tarihli kararlarına bakılacak olursa kusursuz (karşı çıkılamaz) bir delildir. Bu yüzden, bir kişinin itaatsizlik cezası tehdidi altında bu incelemeye zorlanıp zorlanamayacağının belirlenmesi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevini ilkeleştiren CC m.10 açısından önem teşkil eder<sup>400</sup>. Paris İstinaf Mahkemesi 24/11/1981 tarihli bir kararında, meseleyi şu sözlerle açıklığa kavuşturmuştur: “Hakim, olayda yetkilerini aşmıştır. Çünkü, insan vücudunun bütünlüğünün korunması gereği, kişinin vücuduna doğrudan etki etmeyi gerektiren zorlayıcı önlemler alınmasına karşı çıkar. CC m.10, taşıdığı genel nitelikteki şartlara rağmen, hukukun temel ilkelerinden birinin ihlal edilmesini gerektirecek boyutta zorlayıcı bir önlemin alınması imkanını içermez. Bu maddede yer alan itaatsizlik cezası, bu varsayımda uygulanamaz”. Grenoble İstinaf Mahkemesi'nin 12/10/1987 tarihli bir kararına göre de, kimse kan vermeye zorlanamaz ve DNA incelemesinin reddi, asla babalığın ikrarı anlamına gelmez. Bu, ancak ek bir emare teşkil edebilir<sup>401</sup>.

Bizim hukukumuzda, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılan istisnai haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, AY m.17, f.2'de hükme bağlanmıştır. MK m.24, f.2 de, kişilik hakkının ihlal edilebileceği halleri istisnai olarak sıralamıştır. Bunlar, kişilik hakkı ihlal edilenin rızası, üstün nitelikte bir özel ya da kamu yararı ve kanunun verdiği yetkidir. Bu düzenlemelerden hareketle bir görüş, çocukla baba arasında nesep bağının kurulması kamu yararı ile ilgili olduğundan, babalığı iddia olunan kişinin kanının, vermek istemese bile, hakim karar ile zorla alınabileceğini savunmuştur<sup>402</sup>. Diğer bir görüş ise vücut bütünlüğüne yasal dayanaktan yoksun her türlü müdahalenin, kişilik hakkına hukuka aykırı bir müdahale teşkil edeceğini ve burada ancak, nesebin reddi davasında annenin, babalık davasında babalığı iddia olunan davalının kan incelemesine itiraz etmesi üzerine

<sup>400</sup> Frison-Roche, no.81.

<sup>401</sup> Frison-Roche, no.82.

<sup>402</sup> K. Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s.210. Yargıtay 2. HD, 22/11/1999 tarih ve 10976/12647 sayılı kararında, babalık davasının kamu düzeni ile doğrudan ilgili olup, ancak nesep ilişkisinin kuşkuya yer bırakmayacak şekilde açığa çıkarılması halinde kabul edilebileceği; bu nedenle, mahkemece kan ve doku testi yaptırılmadan, tanık beyanı ile yetinilerek karar verilmesinin doğru olmadığı belirtilmiştir (Tutumlu, s.356-357).

davacının ispat yükünden kurtulacağı ve ispat yükünün test için kan vermeyi reddeden karşı tarafa geçeceğini söylenebileceğini ileri sürmüştür<sup>403</sup>. Belirtmek gerekir ki, bu tartışma, MK m.284, f.1, b.2’de yer alan “Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı hakim öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hakim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir” şeklindeki düzenleme ile son bulmuştur<sup>404</sup>. Adli Tıp Kurumu Kanunu m.23, b.(c)’de, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu ile ihtisas kurullarının, ilgili kişileri gerektiğinde muayene edebilecekleri ve usulüne göre dinleyebilecekleri, ayrıca her türlü tetkikatı yapabilecekleri veya yaptırabilecekleri öngörülmüştür. Bu konuda HMK Tasarısı m.296’nın getirdiği düzenleme, “Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması halinde, hakim, incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir. Üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülüğün kaçınamaz” şeklindedir.

Bu çerçevede, taraflardan birinin karşı tarafın kişilik haklarını ihlal ederek elde ettiği bir delili (örneğin, karşı tarafın mektubunu açarak elde ettiği bir belgeyi) davada delil olarak kullanabilip kullanamayacağı üzerinde de durulabilir. Bilindiği gibi, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş delillerin, her ne kadar Kanunumuzda bu

<sup>403</sup> R. Erten/B. Acır/S. Taşveren, “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHF**, C.45, S.1-4, 1996, s.581-582. Bu görüş, hakim, kararını verirken, DNA testini reddeden kişi aleyhine değerlendirme yapmasında bir sakınca olmayacağını; bu düşünüş tarzının, hakkaniyet ve objektif iyi niyet kurallarına da uygun olacağını; aksi halde, hukukun bilimi göz ardı etmesi ve gerçeğin feda edilmesi gibi olumsuz bir durumla karşı karşıya kalınmış olunacağını belirtmiştir (Erten/Acır/Taşveren, s.582).

<sup>404</sup> Bu hükmün uygulanması açısından, hakim kan incelemesine karar verebilmesi için, davacı kocanın çocuğun kendisinden olmadığı konusunda ciddi kanaat uyandırmaya elverişli maddi olguları ortaya koyması gerektiği ve hakim kan incelemesine karar vermesi halinde bile, kadının, bu incelemeye rıza göstermemesi halinde, yine kan vermeye zorlanamayacağı söylenmiştir. Zira, böyle bir zorlama, kadının kişilik haklarına dahil değerlerinden vücut bütünlüğünün ihlali anlamına gelir. Bu durumda, hakim, kadının kan incelemesine rıza göstermemiş olmasını da, diğer delillerle birlikte değerlendirerek, bu incelemenin uygulanmasından beklenen sonucu davalı kadın aleyhine doğmuş sayabilecektir [Dural/T. Ögüz/A. Gümüş, **Türk Özel Hukuku (C.3, Aile Hukuku)**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008, s.251-252].

konuda bir açıklık bulunmasa da<sup>405</sup>, karşılaştırmalı hukuka paralel olarak<sup>406</sup>, davada kural olarak delil olarak kullanılamayacakları<sup>407</sup> ileri sürülmüştür. Zira, yasak bir delilin kullanılması, kişinin anayasa ile teminat altına alınmış olan temel hakkının (kişilik hakkının) ve özellikle adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelir. Ancak, burada, ihlal edilen hukuk normunun konuluş amacı ve anlamı göz önüne alınmalıdır. Medeni yargılama hukukunda geçerliliği kabul gören dürüstlük kuralı uyarınca hakim, bunu her somut olayın koşullarına göre takdir edecektir<sup>408</sup>. Bir yasak delilin davada delil olarak kullanılmak istenmesi, HUMK m.326 vd. açısından bakıldığında ise mümkün gözükmemektedir. Taraflardan biri, karşı tarafı ya da üçüncü bir kişiyi, elinde bulunan ve kendi aleyhine delil teşkil eden bu tür bir belgeyi ibraz etmeye zorlayamaz. O, ancak karşı taraf hakkında elinde böyle bir belge mevcutsa, bu belgeyle kendi iddiasını ispat etmeye kalkışabilir. İşte, bu halde hakim, durumu (söz konusu belgenin delil olarak kabul edilip edilmeyeceğini) somut olayın şartlarına göre takdir edecektir.

<sup>405</sup> Kanun koyucunun bu alanı bilinçli olarak gri bir alan olarak bıraktığı; genel bir yasak getirmemiş olmasının, yargılama hukukunun amacına ve genel olarak ispat hakkı ile hayatın gerçeklerine uygun düştüğü söylenmiştir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.332).

<sup>406</sup> Örneğin, Alman hukukunda, bir kimsenin rızası olmaksızın sesinin bir teybe kaydedilmesi ve sonradan herhangi bir davada buna dayanılması, kural olarak yasaktır; çünkü, bu durum, Anayasa ile teminat altına alınmış olan kişilik haklarının ihlali anlamına gelir (Üstündağ, s.761-762. Bir Alman mahkemesinin aksi yöndeki istisnai bir kararı için ayrıca bkz. Üstündağ, s.762, dn.35). Karşılaştırmalı hukukta, kişilik haklarına bu suretle müdahale acil durumdan kaynaklanmışsa, ancak bu halde söz konusu delilin değerlendirilebileceği; buna göre, bazı hallerde gizlice dinleyen kişinin tanıklığı veya meşru müdaafa, çocuk kaçırılması ile sus payı gibi haller söz konusu ise yasak delilin değerlendirilebileceği belirtilmiştir (Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.332).

<sup>407</sup> Yargıtay'ın ise delilin elde ediliş tarzını dikkate almaksızın değerlendirme yaptığı söylenmiştir (Üstündağ, s.627). Örneğin, Yargıtay 15. HD'nin 30/6/1975 tarih ve 1976/7 sayılı kararında, davalı tediye konusunda davacının harici ikrarını tespit ve ispat eden bir teyp bandını elinde tuttuğunu ileri sürdüğünden, uzman bilirkişiler aracılığıyla banttaki sesler dinlenerek, davacıya ait bulunup bulunmadığı ve gerçekten ödeme hakkında uyuşmazlığa çözüm getiren ve davacıyı bağlayan bir beyana yer verilip verilmediğinin araştırılması gerektiği belirtilmiştir (Üstündağ, s.626-627).

<sup>408</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.447-449. Örneğin, Yargıtay HGK, 25/9/2002 tarih ve 617/648 sayılı kararında şu gerekçeyle özel hayatın gizliliği ilkesinin korunması esnasından ayrılmıştır: "...Hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş deliller yasak delil olarak değerlendirilemezler. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediklerinden, mahkemede delil olarak değerlendirilebilirler. Aynı evde yaşayan kadın, kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi, bu mekan eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan, kadın için gizli mekan olarak kabul edilemez. Hiç kimse, evindeki bir mekanda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz" (Tutumlu, s.339-343).



## cc) Meslek Sırrının Korunması

### aaa) Meslek Sırrı Kavramı

Meslek sırrı (*secret professionnel*) kavramının açıklanmasından önce, genel olarak sır (*secret*) kavramının açıklanması uygun olacaktır. Buna göre, sır, “herkes tarafından bilinmeyen ve sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü hususlar”<sup>409</sup> olarak tanımlanmıştır. Bu tanımdan hareketle, sırrın iki temel unsuru içerdiği söylenebilir. Bu unsurlardan ilki, sır sahibinin bir hususun sır olarak saklanması konusunda sübjektif bir iradesinin bulunmasıdır. Başka bir deyişle, sır sahibi, sır teşkil eden hususun üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesini istemiyor olmalıdır<sup>410</sup>. İkinci unsur ise bu hususun başkaları tarafından bilinmemesidir. Eğer bir husus daha önce üçüncü kişiler tarafından biliniyor veya bilinmesi gerekiyorsa, kişi onun sır olarak saklanmasını istese bile, o husus objektif olarak sır niteliğini taşımaz<sup>411</sup>.

Bir davada, olayların çoğunda, kendisine sır emanet edilen kişi, ihtilafa yabancı olan üçüncü bir kişi (örneğin, karşı tarafın tıbbi dosyasını elinde bulunduran hekim) olacaktır. Ancak, kendisine sır emanet edilen kişi, davanın taraflarından biri de olabilir. Bu durumda, kendisine sır emanet edilen taraf ibrazı isteyen tarafısa, hiçbir zorluk olmayacak; ibraz kararı sorunsuzca ifa edilecektir. Çünkü, burada ibraz talebi, sırrın kaldırılması niteliğinde olacaktır. Kendisine sır emanet edilen kişi, ibrazı isteyen taraf değil de, karşı taraf ya da üçüncü kişi ise iki ilke çekişmeye girecektir: Gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma (veya açıklama) ödevi ve sır hakkı<sup>412</sup>. Mesele, bu iki ilkeden hangisinin ve ne ölçüde önceliği olacağı noktasında düğümlenmektedir. Çözüm ise ibraz hakkı ve sır hakkı kavramlarının özel çıkar ve genel çıkar niteliklerinden yola çıkılarak ulaşılabilecektir. İbrahim, taraflardan birine kendi iddiasını ispatlayacak yolları sağlamaya izin verdiği ölçüde, bir özel çıkar kurumu olarak görülebilir. Ancak, bunun da ötesinde ibraz, adli bir kurumdur. Sırf

<sup>409</sup> Ö. Günergök, **Avukatlık Sözleşmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s.99; S. Donay, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978, s.4; M.E. Bilge, **Ticari Sırların Korunması**, Ankara 2005, s.19; M.F. Yıldırım, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu** (yayına hazırlayanlar: C. Baygın/M. Uçar/Y. Büyükay), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007, s.59; Z. Aytaç, “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Batider**, C.10, S.1, 1979, s.183; M. Ertanhan, **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, s.78.

<sup>410</sup> Aytaç, s.184; Donay, s.5.

<sup>411</sup> Donay, s.6; Aytaç, s.184. Ayrıca, sır saklama yükümlülüğü, gerçek olan sır mahiyetindeki bilgileri kapsar (Aytaç, s.184; M.E. Bilge, s.102).

<sup>412</sup> Daigre, La production forcée, s.226.

bir kişiye sübjektif bir hak vermeyi amaçlamamakta, aynı zamanda ve daha çok özel ihtilaflarda adli idealin gerçekleştirilmesine izin vermektedir. Başka bir deyişle, vakıalara uygun özel hakların gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir. Sır hakkı ise özel bir karaktere sahiptir ve bu özel karakter, ibraza karşı koyabilecek güçte değildir. İstisnalar hariç, sır hakkı görecelidir; iş sırları buna bir örnektir. Adalet, sırta üstün bir değerdir. Sır hakkı, kişilerin ihtilaflı olmayan ilişkilerindedir. Bu hak, sözleşmesel iyi niyetten kaynaklanır<sup>413</sup>.

Meslek sırrına gelince, öncelikle söylenebilir ki, sır ayrımında en büyük bölümü meslek sırrı oluşturur. Meslek sırrı, en basit ifadesiyle, “bir meslek sahibinin mesleğiyle ilgili faaliyeti sırasında öğrendiği sır”dır<sup>414</sup>. “Bir mesleğin icrası sırasında öğrenilen, sır sahibi tarafından açıklanmaması öngörülen ve objektif olarak başkaları tarafından bilinmeyen, bireyin özel yaşamına ilişkin bilgi ve olaylar”<sup>415</sup> meslek sırrını oluştururlar.

Bilindiği gibi, meslek sırrının açıklanması, bizim hukukumuzda tanıklıktan çekinme sebebi olarak düzenlenmiştir. Bu konuda, HUMK m.245, f.1, b.4 ile, tüm meslek, sanat ve memuriyet dolayısıyla öğrenilen sırları kapsayacak şekilde geniş bir düzenleme getirilmiştir. Yine, HUMK m.246, f.1, b.3, beyanda bulunulması halinde başkaları tarafından öğrenilmesi istenilmeyen meslek veya sanatla ilgili bir sırrın açıklanması sonucu doğacaksa, tanıklıktan çekinme hakkı tanımıştır<sup>416</sup>. Kanun koyucunun, meslekleri itibarıyla bir kişinin sırrını bilenlerin öğrendikleri sırları saklamalarını istemesinin temelinde, özellikle ihtiyaç sahibi kişilerin sosyal gerekçeler göz önünde bulundurularak sırlarının açıklanması korkusu taşımadan ilgili (avukat, hekim gibi) kişilere rahatlıkla başvurabilmelerini temin ve bu amaçla gereken güven ortamının sağlanması yatar. Sonuç olarak, mesleklerini ifa ederken başkalarının sırlarını öğrenenlerin, sır sayılan hususları saklamalarında kamu yararı

<sup>413</sup> Daigre, La production forcée, s.227.

<sup>414</sup> Donay, s.7; Aytacı, s.185; M.E. Bilge, s.34; Daigre, La production forcée, s.228.

<sup>415</sup> Donay, s.11; Aytacı, s.185.

<sup>416</sup> CMK m.46’ya göre, avukatlar, avukat stajyerleri ve yardımcıları, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer tüm tıp meslek ve sanat mensupları ile mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterler, bu sıfatları dolayısıyla öğrendikleri bilgiler hakkında tanıklıktan çekinebilirler. HMK Tasarısı m.252’de, kanun gereği veya nitelikleri bakımından sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kişilerin bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilecekleri belirtilmiştir. Ayrıca, Tasarı m.253, f.1, b.(c)’de, tanığın, beyanı meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebep olacaksa, tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir.

bulunmaktadır<sup>417</sup>. Böyle olmakla birlikte, HUMK m.245, f.1, b.4'te yer alan "...şu kadar ki, o kimse muvafakat ederse, şahadetten imtina edemezler" şeklindeki ifade karşısında, meslekleri itibarıyla sır sayılan hususları öğrenen kişiler, sır sahibinin rızasının bulunması halinde<sup>418</sup> tanıklıktan çekinemeyeceklerdir.

Bir hususun sır olarak kabul edilmesinin doğal sonucu, onun kural olarak hiçbir yerde ve hiçbir makam önünde açıklanmamasıdır. Çünkü, sır sayılan bir hususun herhangi bir şekilde açıklanması söz konusu olursa, bu, o hususun sır niteliğine aykırı düşeceği gibi, sır sayılan hususlarda her zaman bir tehlikenin varlığını da ortaya çıkarır. Gerçekten de, bir kere bu sırlar ile bağlılığın kabul edilmesi halinde, tanıklık için de olsa, sırların açıklanmasından sır sahibi daima zarar görebilir. Özellikle aleni duruşmalarda, böyle bir sırrı hakim ve mahkeme görevlileri dışında duruşmada bulunabilecek herkesin öğrenmesi söz konusu olabilir<sup>419</sup>. Bu yüzden de, meslek sırrına vakıf olan kişilerin, bu sırların açıklanması sonucunu doğuracak nitelikteki belgeleri ibraz etmeleri beklenmemelidir<sup>420</sup>.

Meslek sırrının açıklanmasının söz konusu olabilmesi için, öğrenilen sırrın doğrudan doğruya meslekle ilgili olması gerekir. Gerçekten de, belirli bir konuda danışmada bulunan veya öğüt alan kişi, kendi durumuna veya işlerine ilişkin sırların açıklanmayacağına inandığı ve gerekli aydınlatıcı bilgilere sahip olacağını düşündüğü için bilgi verir. Örneğin, bir hekime, hekimlikle ilgili olmayan veya onun hekim olması dolayısıyla değil de, bir dost olarak sırrını veren kişinin bu sırrı hekim tarafından açıklanırsa, meslek sırrının açıklanmasından söz edilemez. Bu nedenle, sırrın mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi yeterli olmayıp, icra edilen meslekle de

<sup>417</sup> Ertanhan, s.76.

<sup>418</sup> CPCN m.236, f.1, b.(c)'de, İsv.CK m.321, f.1'de belirtilen kişilerin ve meslekleri gereğince kendilerine emanet edilen sırlara vakıf olan kişilerin tanıklıktan çekinebilecekleri; sır sahibinin rıza göstermesi halinde ise tanıklıktan çekinilemeyeceği düzenlenmiştir (Bohnet, s.395). Sır sahibi rıza göstersin göstermesin, ihtilafta kendisi tarafsız, hakim, onu bu konuda isticvap edebilir. Sır sahibi, ihtilafa taraf değilse, kendisi de tanık olarak dinlenebilir. Ancak, sır sahibi rıza göstermediği sürece, sırrını emanet ettiği kişinin tanık olarak dinlenmesi mümkün değildir. Sır sahibinin rızasını almak tanığa değil, onu dinleyecek olan mahkemeye ait bir görevdir. Rıza, mahkeme tarafından sır sahibinden yazılı olarak istenebilir. Ayrıca, tanığa da, mahkemeye müracaat etmesi halinde, sır sahibinden yazılı olarak izin alma yetkisi verilebileceği gibi, sır sahibinin bizzat mahkemeye müracaat etmesi üzerine sözlü olarak da izin alınabilir. Bu sözlü beyanın tutanağa geçirilmesi gerekir. Sır sahibinin yazılı talebe rağmen cevap vermemesi halinde ise sır kabul edilen hususlarda tanık dinlenmesine izin verilmediğinin kabulü gerekir. Daha önce tanığın dinlenmesine rıza göstermemiş olan sır sahibi, davada karar verinceye kadar kararını gözden geçirip, tanığın dinlenmesine rıza gösterebilir. Ancak, daha önceden verilen rıza geri alınmaz (Ertanhan, s.83).

<sup>419</sup> Ertanhan, s.77-78.

<sup>420</sup> Pekcantez/Atalay/Özekes, s.406-407.

doğrudan ilgili olması gerekir<sup>421</sup>. Başka bir deyişle, sır ile icra edilen meslek arasında bir nedensellik bağı bulunmalıdır. Ayrıca, meslek sahibinin öğrenmiş olduğu sırrın bizzat ilişkide bulunduğu kişiye ait olması zorunlu değildir. Örneğin, avukatın, bir dava nedeniyle kendisine başvuran müşterisinin açıklamaları arasında üçüncü kişiye ait sır teşkil eden hususlar da bulunabilir. Bu durumda bile öğrenilen sır, avukatın mesleği nedeniyle öğrendiği hususları kapsadığı; başka bir deyişle, sır ile meslek arasında nedensellik bağı bulunduğu için açıklanmamak gerekir<sup>422</sup>. Sırrın mesleğin icrası sırasında öğrenilmesi ise iki şekilde olabilir: Meslek sahibinin sır teşkil eden hususu öğrenmesi kural olarak kendisine başvuranın veya kendisi ile ilişki kuranın verdiği bilgilerle söz konusu olur. Başka bir deyişle, sır sahibi, belirli bir güven çerçevesi içinde sırrını verir. Niteliği itibarıyla sır teşkil eden bir hususun tevdi edilmemesi halinde de, meslek sahibi tarafından öğrenilmesi, onun yönünden susma borcu doğurmaktadır. Gerçekten de, meslek sahibine başvuran, ona sırlarını tevdi eden kişi, tevdi etmediği hususların bile onun tarafından öğrenilebileceğini düşünmelidir. Sır sahibi sırrını tevdi etmediği halde, mesleğini icra eden bu sırı mesleğin icrası sırasında öğrenmişse, bu sır ile onun mesleği arasında bir nedensellik bağı kurulacağından, sırrı açıklamaması gerekir<sup>423</sup>.

Meslek sırrının varlığı, bir kişiyi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevinin ifasından bağışlar. Bu, hem taraflar, hem üçüncü kişiler açısından ileri sürülebilecek bir ibraz engelidir. Bu sırla bağlı olan kişiler arasında Fransız hukukunda bir ayırım yapılmıştır. Bunların bir kısmı meslek sırrıyla mutlak olarak, bir kısmı göreceli olarak bağlıdırlar. Özellikle CC m.10 açısından bakıldığında, meslek sırlarından her biri ayrıntıları bu madde ile doğrudan ilgisi bulunmayan kazüistik bir bütünün konusunu oluşturduklarından<sup>424</sup>, yazarlar, bu alandaki incelemelerini daha çok mutlak mesleki sır olarak nitelendirilen durumlara özgülemişlerdir. Zira, sırf bu gruba giren meslek sahipleri ibraz kararına kesin olarak karşı çıkabilirler. Sırf bu halde meslek sırrı, ondan yararlananı bir suçu ihbar etmek ve tanıklıktan çekinmek konularında yetkilendirir. Mutlak mesleki sır ayrıcalığından kimlerin yararlanacağı kanun koyucu tarafından belirlenmemişse de, hekimlerin, avukatların ve rahiplerin bundan yararlanabileceği konusunda uzlaşmıştır<sup>425</sup>.

<sup>421</sup> Donay, s.8-9; Ertanhan, 81-82.

<sup>422</sup> Donay, s.9.

<sup>423</sup> Donay, s.10-11.

<sup>424</sup> Frison-Roche, no.70.

<sup>425</sup> Daigre, La production forcée, s.228.

Çalışmada, sırf tıbbi sır, avukatlık sırrı ve banka sırrı ileri sürülerek ibrazdan kaçınılabilinip kaçınılamayacağı incelenmiştir.

### **bbb) Tıbbi Sırrın Korunması**

Tıbbi sır, ibraz kararının ifasının önündeki yasal engellerden biri olarak kabul edilebilir. Hekimin sır saklama yükümlülüğünün temelinde, esas itibarıyla herkesin yaşama, maddi ve manevi bütünlüğünü koruma hakkının bulunduğunu ifade eden AY m.17 ve MK m.24 bulunmaktadır. Bu düzenlemelerden başka, konuyla ilgili özel bazı düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m.4'te, "Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz" denmiştir. Hasta Hakları Yönetmeliği m.23'te, "Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz" hükmü yer almaktadır. Ayrıca, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m.9'a göre, "Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek, bu görevlerinden çekilebilir".

Bu düzenlemelerden çıkan sonuçlardan ilki, hekimin tedavi sırasında öğrendiği hastaya ait sırları gizli tutup, üçüncü kişilere açıklamamakla yükümlü

olmasıdır. Bu, hekimin sır saklama borcunun bir gereğidir. Tedaviden beklenen amaca ulaşılabilmesi için hekim ve hasta arasında bulunması zorunlu olan güven ilişkisi, hastaya ait sırların saklanmasını gerektirir. Hekim, hastasına ilişkin sırları onun ölümünden sonra bile açıklayamaz; bilimsel tebliğlerde hastanın adı gizlenmeli ve hastaya ilişkin sırlar diğer hekimlere bile verilmemelidir<sup>426</sup>.

Hastanın menfaati bulunan herşey, hekimin sır saklama borcunun konusuna girer<sup>427</sup>. Hasta dosyaları, hastayla ve hastalıkla ilgili tüm bilgi ve belgeleri kapsar nitelikte olmalıdır. Söz konusu kayıtlara, hastalığın tam bir geçmişi, hastanın şikayetleri, teşhis ve tedavi yöntemi, iyileşme sürecine ilişkin bilgiler, hastanın kişisel özellikleri, yapılan test ve incelemeler, çekilen filmler, ameliyat protokolü, tedavinin seyri ve sonucu, taburcu olma anındaki durumu gibi hususlar yazılmalıdır<sup>428</sup>. Tüm bu bilgiler, hekimin sır saklama yükümlülüğüne dahil olacaktır.

Diğer bir sonuç, hekimin, sırf hastanın sırların açıklanmasına rıza vermesi halinde, sır olarak nitelendirilen bilgi ve belgeleri MK m.23 sınırları içinde kalmak kaydıyla üçüncü kişilere açıklayabilecek olmasıdır. Hastanın rızası, burada, hekimin davranışını hukuka uygun hale getirir<sup>429</sup>. Yoksa, sır saklama yükümlülüğü, kural olarak tüm üçüncü kişileri kapsar. Bu nedenle, hekim, hastanın rızasının bulunmadığı hallerde, zorunlu olmadıkça sır niteliğindeki bilgi ve belgeleri başka hekimlere ve hatta hasta yakınlarına bile açıklayamaz<sup>430</sup>.

Meslek sırrı gibi üstün bir menfaatin bulunması halinde, hukuk düzeninin bilgi ve belgelerin mahkemeyeyle paylaşılmasına izin verebilmesi için, ispat hakkı ile kişisel bilgilerin korunması ilkesini bir noktada uzlaştırmak gerekir<sup>431</sup>. Bunun için de, sır kavramının içeriğinin iyice belirlenmesi gerekir. Hekim, hukukun kendisine izin verdiği ölçüde bilgilerini mahkemeyeyle paylaşabilmelidir. Ancak, bu sınırı bilinçli olarak aşması durumunda, artık hukukun cevaz verdiği alanın dışına çıkmış olur. Bu halde, kural, hekimin, mahkeme tarafından istense bile, hastaları hakkındaki

<sup>426</sup> B. Yılmaz, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007, s.43; M.F. Yıldırım, s.60.

<sup>427</sup> B. Yılmaz, s.43.

<sup>428</sup> G. Hatırnaz, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s.81.

<sup>429</sup> Hatırnaz, s.80; Donay, s.51; M.F. Yıldırım, s.60.

<sup>430</sup> Hatırnaz, s.80; M.F. Yıldırım, s.60.

<sup>431</sup> Compennolle, s.99.

teşhislere ve onlara uyguladığı tedavilere ilişkin bilgileri mahkemeye paylaşmasının mümkün olmadığıdır. Hekimin verdiği sağlık raporları, bir hastalığın teşhis edildiğine ilişkin laboratuvar kayıtları gibi belgelerin ortaya dökülmesi hoş karşılanmaz. Tıbbi sır kavramının içinde değerlendirilen hiçbir belgenin ibrazı zorla istenemez. Hatta, böyle bir belge mahkemeye kadar getirilmişse, hakim, bu belgeyi mutlaka dosyadan çıkarmalıdır<sup>432</sup>. Oysa, hakim böyle bir belgeyi dosyadan çıkarması (başka bir deyişle, onu inceleyememesi), bu belgenin gerçeğin ortaya çıkarılmasında kilit rol oynaması halinde mesele teşkil edebilir. Bu çerçevede, CPCN m.221’de yer alan düzenlemeden bahsetmek gerekir. Zira, bu maddede, tarafların delillerin değerlendirilmesi sürecine katılmaya ve ibraz edilen belgelerden haberdar olmaya haklarının bulunduğu belirtildikten sonra, bu kurala tarafların ya da üçüncü kişilerin iş sırlarının (*secrets d'affaires*) korunması gibi üstün bir hakkın bulunması halinde istisna getirilebileceği ve bu durumda hakimin, ya doğrudan doğruya ya da bir bilirkişi marifetiyle ve her iki tarafın da yokluğunda ibraz edilen delili inceleyebileceği düzenlenmiştir. Bilindiği gibi, hukuki dinlenilme hakkı (*droit d'être entendu*), taraflara, sırf iddia ve savunmada bulunma imkanı değil, aynı zamanda dosyaya girmiş olan tüm bilgi ve belgelerden haberdar edilme imkanı da sağlar. Ancak, bu kurala, taraflardan birinin ya da üçüncü bir kişinin sahip olduğu daha üstün bir hakkın korunması amacıyla istisna getirilebilir. İşte, tıbbi bilgiler de bu duruma bir örnektir. Özellikle tıbbi bir tahlil (bir akıl hastalığının incelenmesi gibi) gerektiğinde, bilirkişiler, tarafların yokluğunda (bazen de, incelenen konunun doğası gereği tarafları dışarıda bırakarak) çalışmalarını yürütürler. Neuchâtel Kantonu mahkemelerinin yerleşik içtihadı, tarafların, hekim bilirkişilerin incelemelerine katılamazlarsa da, bunların raporlarında ulaştıkları sonuca itiraz edebilecekleri yönündedir<sup>433</sup>. Böylece, hakim, dosyaya girmiş ve davanın aydınlatılması için önem teşkil eden bir delili bu yolla değerlendirebilir ve kanaat sahibi olabilir.

Kural tıbbi sırrın korunması olmakla birlikte, öyle bazı haller söz konusu olabilir ki, hekim, sır konu bilgileri açıklamaya, belgeleri ibraz etmeye mecbur edebilir. Örneğin, Paris İstinaf Mahkemesi 8/1/2002 tarihli bir kararında, bilirkişilik kurumu çerçevesinde Paris hastanelerinin sosyal yardım idaresini, bir hastanın tıbbi durumunu gösteren bir dosyayı ibraz etmeye mecbur tutmuştur. Mahkeme, gerekçesini, meslek sırrının iyi niyetle ifayı engellemeye yönelik olarak delillerin

<sup>432</sup> Compennolle, s.100.

<sup>433</sup> Bohnet, s.369-370.

engellenmesi maksadıyla ileri sürülmesi halinde (olayda, özel sigorta şirketi sigortalının sözleşme imzalandığı sırada gerçek tıbbi durumunu kendisinden sakladığını iddia etmiştir), ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan veren yasal bir engel teşkil etmeyeceğine dayandırmıştır<sup>434</sup>.

Fransız Temyiz Mahkemesi, 7/12/2004 tarihli bir kararında, tıbbi sırrın ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan veren yasal bir engel olduğuna açıkça hükmetmiştir. Buna göre, hakim, ihtilafa yabancı olan üçüncü bir kişiden bu ihtilafın çözümü için gereken belgelerin ibrazını isteyebilecekse de, bu belgeler bir kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiler içeriyorsa, kişiyi bunları mahkemeye paylaşmaya zorlayamaz. Kişinin kanuni temsilcileri de bu korumadan yararlanır. Hatta, söz konusu belgeleri elinde bulduran sağlık kurumu da bunları ibraz etmeye zorlanamaz. Kişinin rızasının bulunmaması halinde, bu engellenmenin delilleri gizlemek maksadıyla ve kötü niyetle yapıp yapılmadığını hakim takdir edecektir. Mahkemenin gerekçesini yorumlayan Daigre, bu kararda beklenmedik bir noktanın bulunmadığını belirtmiştir. Kendisinden elinde bulunan bir belgenin ibrazı istenen üçüncü kişi, yasal bir engel ileri sürerek, onu ibraz etmekten kaçınabilirler. Somut olayda, ibrazın önündeki yasal engel tıbbi sırdır. Sırrın korunmasında menfaati olan kişi onun açığa çıkarılmasına izin verirse, ancak bu halde sırrı saklayan kurumun bunu içeren belgeleri ibraz etmesinin önündeki yasal engel kalkacaktır. Kişi, sırrın açığa çıkmasına hizmet edecek belgelerin ibrazına karşı çıkarsa, bunları elinde bulduran kurum, sırf yasal engele dayanarak ibrazdan kaçınmakla kalmayacak, aynı zamanda ibrazı yerine getirmemeye ilişkin bir yükümlülük altına da girmiş olacaktır. Yasal bir engel ileri sürerek ibrazdan kaçınılabilmekle birlikte, ibrazı gereken belgelerin ihtilafı meselenin çözümünde kilit rol oynaması durumunda nasıl bir yol izleneceği ise mesele teşkil eder. Hakim, sırrın saklanmasıyla korunacak olan menfaat ile sırrın açıklanmasıyla ihtilafı meselenin çözümünde ulaşılacak olan menfaat arasındaki dengeyi gözeterek, meseleyi çözecektir. Sonuç olarak, sır konusunda esas söz sahibi olması gereken ne mahkeme, ne sigorta şirketi, ne de sağlık kurumudur. Bu konuda söz sahibi olacak yegane kişi, sigortalı olan hastanın kendisidir. Ancak, sır içeren belgelerin ibrazına engel olunmak istenmesi halinde, hakimin geniş takdir yetkisiyle söz konusu engelin aşılabileceği bilinmelidir. Hakim, takdir yetkisini ibrazdan kaçınmayı haklı görmemek yönünde kullanarak, bu

---

<sup>434</sup> Guinchard, Droit et pratique, s.681.



belgelerin ibrazını emretmek yoluna gidebilir. Böyle olunca, ibrazdan kaçınmanın gerekçeleri oldukça dikkatli ve net bir şekilde ortaya konulmalıdır<sup>435</sup>.

### ccc) Avukatlık Sırrının Korunması

Avukat da, tıpkı hekim gibi, mesleki faaliyetinden kaynaklanan sırları saklamakla yükümlüdür. Bu sır, mutlaktır ve kamu düzenindedir. Bu sırrın tutulmasında kamusal fayda vardır<sup>436</sup>. Brüksel İstinaf Mahkemesi, 18/6/1974 tarihli bir kararında, bu hususu şu sözlerle ifade etmiştir: “Avukatlık sırrının var oluş nedeni, bu meslek grubunda çalışan kişilerin kamu yararı çerçevesinde güvenilirlik ve inandırıcılık özelliklerine sahip olmalarına dayanır. Avukata başvuran kişiler, kendi yararları açısından onunla paylaştıkları bilgilerin karşı tarafa ya da üçüncü kişilere sızmayacağı inancıyla hareket ederler”<sup>437</sup>. Gerçekten de, avukat ile müvekkili arasındaki sözleşme ilişkisinin temeli karşılıklı güvendir. Müvekkil, avukatına çekinmeksizin güvenemediği ve önemli tüm vakıalar hakkında bir bakış sunamadığı takdirde, avukatın ona gereği gibi danışmanlık yapması ve onu etkili biçimde temsil etmesi zorlaşır. Bu özel güven ilişkisi sebebiyle, avukat, vekaletin devam ettiği sırada müvekkiline ilişkin olarak öğrendiği bilgileri gizli tutmak zorundadır<sup>438</sup>.

Av.K m.36’da, “Avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatın birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmesi, iş sahibinin iznini almış olmasına bağlıdır. Ancak, bu halde bile, avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması, hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz” hükmü yer almaktadır<sup>439</sup>. Ayrıca, Avukatlık Meslek Kuralları m.37’de, “Avukat meslek sırrı ile

<sup>435</sup> Daigre, Etablissement de santé et secret médical, Production forcée de pièces, **Jurisclass. proc. civ.**, Procédure no.2, Février 2005, commentaire no.30.

<sup>436</sup> Ertanhan, s.86.

<sup>437</sup> Compernelle, s.98.

<sup>438</sup> Günergök, s.99.

<sup>439</sup> Avukat, hukukçu olması nedeniyle, sırrın açıklanmasının sır sahibinin lehine olup olmayacağını sır sahibinden daha iyi takdir edeceğinden, ona, sır sahibinin izni halinde bile tanıklıktan çekinip çekinmeyeceğini bu madde ile serbestçe takdir edebilme yetkisi tanınmıştır. Sır sahibinin izninden sonra avukatın takdir edeceği husus, bilginin sır olup olmadığı değil, o bilgiyi açıklanmasının sır sahibine zarar verip vermeyeceğidir. Sır sahibinin iznine rağmen, tanıklıktan çekinen avukat, bir gerekçe göstermelidir. Zira, menfaatler dengesinin bir tarafında sır sahibinin sırrın gizli kalmasındaki menfaati, diğer tarafında ise yargılama sonucunda verilecek ve adil olması istenen bir kararda yer alan toplum menfaati olduğuna göre, avukat, bu çekinmeyi en azından görünüşte haklı kılan sebepleri açıklamak zorundadır (Ertanhan, s.88, dn.164). Günergök, Kanunun sırf “tanıklıktan çekinme”

bağlıdır. Tanıklıktan çekinmede de bu ölçüyü esas tutar. Avukat, davasını almadığı kimselerin başvurması nedeniyle öğrendiği bilgileri de sır sayar. Avukatlık sırrının tutulması süresizdir, meslekten ayrılmak bu yükümü kaldırmaz. Avukat, yardımcılarının, stajyerlerinin ve çalıştırdığı kimselerin de meslek sırrına aykırı davranışlarını engelleyecek tedbirleri alır” denmiştir. Buna göre, avukatın sır saklama yükümlülüğü, görevini ifa ettiği sırada kendisine danışılan, tespit edilen ya da öğrenilen her türlü bilgiyi kapsamaktadır. Meslek sırrı, yazışmaları kapsadığı gibi, sözlü beyanları da kapsar<sup>440</sup>. Avukatın sır olarak saklaması gereken şeyler sırf özel şeylerden ibaret de değildir; müvekkilin işletmesi, iş ilişkileri ve politik görüşleri ve vergiyle ilgili hususlar da meslek sırrı kapsamındadır. Edinilen ve gizli tutulması gereken bilgilerin avukatlık sıfatı dolayısıyla veya mesleki faaliyet sırasında öğrenilmiş olması yeterlidir<sup>441</sup>.

Avukatın sır saklama yükümlülüğü, sırf kendi müvekkiline karşıdır. Bu yükümlülük, kural olarak mutlak geçerliliğe sahip olduğundan, müvekkilin yakınlarına, mirasçılara, diğer avukatlara, mahkeme ve idari makamlara karşı da mutlak olarak saklanmalıdır. Ancak, müvekkilin her sırrı bu korumadan yararlanmaz. Avukatın saklamakla yükümlü olduğu ve tanıklık etmekten çekinme hakkı bulunduğu sırlar, sırf kendisine mesleğinin icrasına ilişkin olarak açıklanmış olan sırlardır<sup>442</sup>. Avukatın karşı tarafa ise sadakat yükümü yoktur. Çünkü, burada vakıaların açıklanması özel bir güven ilişkisine dayanmamakta, aksine zorunlu olarak kendi iddialarının ispat edilebilmesi için gerekli olup, sadece ispat aracı amacı arz etmektedir<sup>443</sup>.

İbraz mecburiyeti açısından avukatın rolü ve sorumluluğu, küçümsenecek boyutta değildir. Davada gösterilecek belgeleri avukat belirleyebilir ve bunlardan müvekkilin çıkarlarına uygun olmayanları eleyebilir. Bazı belgelerin varlığından haberdar da olmayabilir. İlk halde, iddiasını ispat etmek için bu belgeleri delil olarak

---

ifadesini kullanmış olmasına rağmen, müvekkilin rızasının sırrın açıklanmasını da mümkün kılacağını; avukatın, müvekkilin rızası olmasına rağmen dilediği takdirde sırrı açıklamama hakkının da bulunduğunu söylemiştir (Günergök, s.104). HMK Tasarısı m.252’de, sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, tanıklıktan çekinilemeyeceği belirtilmiş; burada, Av.K’nın bu hükmü saklı tutularak, müvekkili rıza gösterse bile, avukatın sır saklama yükümlülüğü uyarınca tanıklıktan çekinebileceği vurgulanmıştır.

<sup>440</sup> Compennolle, s.98.

<sup>441</sup> Günergök, s.102; Ertanhan, s.86-87.

<sup>442</sup> Günergök, s.100.

<sup>443</sup> Günergök, s.102.

kabul edilmeleri amacıyla mahkemeye ibraz edecektir. İkinci halde ise müvekkilin kendisinden ibrazı istenen belgeyi saklaması, iyi niyetli avukatın sorumluluğunu doğurabilecektir. Böylesine çetrefilli bir durumda avukatın sorumluluktan kurtulmasının kolay olmayacağı söylenmiştir<sup>444</sup>.

Sonuç olarak, avukat, meslek sırrıyla korunan her türlü belgeyi ibraz etmekten kaçınabilir. Pretoire dilinde buna, “sarayın inancı altında” denmiştir. Ancak, burada, avukatın müvekkili ile teati ettiği yazışmaların, notların ve diğer her türlü belgenin dokunulmaz olması gerekir. Bu yüzden, meslek sırrıyla korunan halleri bunun dışında kalan hallerden dikkatlice ayırmak gerekir. Örneğin, görüşmeleri içeren yazışmalar, bu konuda bir anlaşma imzalandığında, mahkemeye ibraz edilebilirler. Mahremiyet, bu takdirde işlevsiz hale gelir. Avukatın, vekil sıfatıyla hareket ettiği kabul edilir<sup>445</sup>. Ayrıca, müvekkilin avukata gönderdiği başkasına teslimi mümkün olmayan ve mutlak surette gizlilik içeren mektuplar ile müvekkilin avukata gönderilmek üzere kendi danışmanı ya da sekreterine emanet ettiği mektup ya da belgelerin nitelikleri farklıdır. Böyle olunca, avukata gönderilmekle birlikte başkalarına da emanet edilebilen belgelerin meslek sırrı güvencesinden faydalanıp faydalanamayacakları bir mesele teşkil eder<sup>446</sup>.

### **ddd) Banka Sırrının Korunması**

Meslek sırrı kapsamında değerlendirilen banka sırrı da, ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan veren yasal bir engel olarak görülebilir. Bankacılar da, tıpkı avukatlar ve hekimler gibi, meslekleri nedeniyle öğrendikleri (banka müşterilerine veya bankaya ait) sırları, sır sahibi rıza göstermedikçe, üçüncü kişilere ya da tanık olarak davet edilmiş olsalar bile, HUMK m.245, f.1, b.4 uyarınca tanıklıktan çekinmeleri gerektiğinden, mahkemeye açıklayamazlar<sup>447</sup>.

<sup>444</sup> Boitard/Boquet, s.640-641.

<sup>445</sup> Daigre, La production forcée, s.228.

<sup>446</sup> Compernelle, s.99. Hakimin bu belgelerin değerlendirilmesine ilişkin bir takdir yetkisinin olacağı Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 23/6/1958 tarihli bir kararında kabul edilmiştir (Compernelle, s.99, dn.34).

<sup>447</sup> TCK m.239, f.1 uyarınca sıfat veya görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgeleri yetkisiz kişilere vermek ve ifşa etmek suç teşkil eder.

Bankacının sır saklama yükümlülüğü, “ilgilinin iradi veya gayri iradi olarak bankacıya verdiği veya bankacının mesleğini icra ederken öğrendiği bilgilerin açıklanmamasına ilişkin olan ve taraflar arasındaki ilişki ile bağlantılı olarak dürüstlük kuralından kaynaklanan bir yan yüküm”dür<sup>448</sup>. Banka sırrı, bankacının müşterisiyle girdiği iş ilişkisi dolayısıyla öğrendiği, müşterisine ilişkin her türlü ticari ve kişisel bilgileri kapsar. Sır saklama yükümlülüğünün söz konusu olabilmesi için, öğrenme ile iş ilişkisi arasında bir nedensellik bağının bulunması gerekli ve yeterlidir. Söz konusu bilginin öğrenilmesinin iş ilişkisinin amacına hizmet edip etmediği önemli değildir. Bu nedenle, bankacının sözleşme görüşmeleri sırasında öğrendiği ve sözleşmenin kurulması açısından hiçbir önemi bulunmayan bilgiler de banka sırrı olarak korunurlar<sup>449</sup>.

Banka sırrı, hukukumuzda ilk defa Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı m.4, f.1’de açıkça tanımlanmıştır. Buna göre, banka sırrı, “bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen mali, iktisadi, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi, belge, elektronik ortam kayıt ve verileri”nden oluşur. Banka sırrının korunmasına ilişkin düzenleme ise esas itibarıyla 5411 sayılı BankK m.73, f.3’te yer almıştır. Buna göre, bankaların ortakları, yönetim kurulu üyeleri, mensupları, bunlar adına hareket eden kişiler ile görevlileri, sıfat ve görevleri dolayısıyla öğrendikleri bankalara veya müşterilerine ait sırları, bu konuda kanunen açıkça yetkili kılınan mercilerden başkasına açıklayamazlar. Bu yükümlülük, görevden ayrıldıktan sonra da devam eder. 1211 sayılı Merkez Bankası Kanunu m.35’te de, “Banka mensupları, sıfat ve görevleri dolayısıyla Bankaya veya Banka ile münasebeti olan kişi ve kurumlara ait olmak üzere bildikleri sırların gizliliğine riayet eylemek ve bu sırları kanunen yetkili kılınan mercilerden gayrisine herhangi bir surette açıklamamakla yükümlüdürler. Bu yükümlülük, bankadan ayrılmaları halinde dahi devam eder” hükmü yer almaktadır. Ticari Sırlar Kanunu Tasarısı m.4, f.2’de de, “Banka sırrı, bankanın yetkili organları ve görevlileri tarafından, bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen esas ve sınırlamalara tabi olmak kaydıyla açıklanamaz, kullanılamaz ve verilemez” demek suretiyle bu hükümlere paralel bir

<sup>448</sup> A. Altop, **Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996, s.40; Donay, s.220.

<sup>449</sup> Altop, s.41.

düzenleme getirilmiştir. Bu Tasarı banka sırrının korunmasına ilişkin detaylı bir düzenleme getirmiştir. Şöyle ki, Tasarı m.6'da, ilgili sır sahibinin açıkça rızası bulunan bilgi ve belgelerin açıklanmasının kanuna aykırılık teşkil etmeyeceği ve taraflar arasındaki sözleşmelerde banka sırrının açıklanmasına ilişkin hükümler varsa, bunların saklı olduğu belirtilmiştir. Bundan başka, Tasarı m.7 ve 8'de, banka sırrı sahiplerinin, yürütülen görev ve konuyla doğrudan bağlantılı ve sınırlı olmak kaydıyla, adli yargıda görülmekte olan davalarda, her derecedeki mahkemelere, bunların yazılı talebi üzerine özel kanunlarında bu konuda yetkilerinin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın (yetkileri varsa, bu yetkileri de saklı kalmak kaydıyla) sır kapsamında bulunan bilgi, belge, elektronik ortamdaki kayıt ve verilerini açıklamakla yükümlü oldukları belirtilmiştir.

Bu düzenlemeler karşısında, bir meslek sırrı olarak banka sırrının ibraz kararının ifasından kaçınmaya imkan verebilecek bir yasal engel, bir mazereti sahiha olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışılabilir. Mesele, bir kez daha karşılaştırmalı hukuktaki uygulama örneklerine başvurularak, açıklanacaktır. Bu çerçevede, öncelikle Belçika doktrininde, bankacıların da, bizim hukukumuzda olduğu gibi, meslek sırrını ifşa yasağına riayet etmeleri gerektiğinin kabul edildiği söylenmelidir. Böyle olmakla birlikte, Belçika CK uyarınca meslek sırrının ifşası, bu sırda sahip olan kişinin ihtilafı meseleyi aydınlatmak üzere usulüne uygun olarak yetkili ve görevli mahkeme tarafından kanunun izin verdiği hallerde tanıklık yapmak üzere çağrılması ve bilgisini mahkemeye paylaşması halinde suç teşkil etmez. Aksine, bu halde, bankacının meslek sırrının arkasına gizlenmesi disiplin suçu teşkil etmektedir. Kanunun açıkça öngörmediği hallerde meslek sırrının gerektirdiği özeni göstermeden tanıklık yapan bankacının beyanı ise hukuka aykırı kabul edilerek, dava dosyasından çıkartılır. Bu kuralların belgelerin ibrazında da uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür<sup>450</sup>. Doktrinin bu tutumuna rağmen, Belçika Temyiz Mahkemesi 25/10/1978 tarihli bir kararında, bankacının bu madde anlamında meslek sırrını ifşa yasağı ile bağlı olmadığına; yapmış olduğu sözleşmede sırların korunacağına ilişkin bir kayıt varsa, sırf bu halde sırda riayet etmesi gerektiğine ve elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmekten, meslek sırrının arkasına sığınarak kaçınamayacağına hükmetmiştir<sup>451</sup>. Mahkemenin kararını yorumlayan Compennolle, bankacının sahip olduğu sırrı açıklaması cezai sorumluluğunu gerektirmemekle birlikte, müşterisiyle

<sup>450</sup> Compennolle, s.98.

<sup>451</sup> Compennolle, s.100.

yaptığı sözleşmeden kaynaklanan gizliliğin, Code jud. m.882 anlamında ibrazdan kaçınmaya imkan veren yasal bir engel teşkil edebileceğini söylemiştir. Kaldı ki, aynı Kanun m.929'a göre, meslek sırrı, tanıklıktan çekinmeyi hukuka uygun hale getiren tek gerekçe de değildir. Meslek sırrı kavramından bağımsız olarak da, bankacıyla müşterisi arasında bir gizlilik sözleşmesi oluşmuş olabilir. Hakim, bunu dikkate almak zorundadır. O halde, bazı hallerde gizlilik sözleşmesinin varlığı, meslek sırrını ifşa suçunun oluşmasını önleyeceği gibi, ibrazdan kaçınmak için Code jud. anlamında yasal bir engel de oluşturabilir. Gizlilik kavramı, meslek sırrı kavramına dahil olmakla birlikte, onunla özdeş değildir. Bu kavramın sınırları tam olarak çizilememiştir. Yazar, Belçika hakiminin, gizlilik kavramını, ihtilaflı meselenin çözümüne gerçekten etki edecekse, ibraz kararının ifası açısından engel oluşturabilecek bir gerekçe olarak görmediğini söylemiştir<sup>452</sup>.

Fransa'da, Ekonomi ve Finans Kanunu m.L.511, f.1'de banka sırrına vakıf olan ve bu sırrı açıklamama yükümlülüğü altında bulunan görevliler belirtilmiştir. Buna göre, bir banka ya da kredi kurumunun yönetim kurulu üyeleri ya da denetim kurulu üyeleri ile bankanın işletmesine ve yönetimine katılan tüm çalışanlar banka sırrını saklamakla yükümlüdürler. Bu madde, banka sırrının kapsamı konusunda ise sessiz kalmıştır. Böyle olmakla birlikte, Fransız hukukunda, banka sırrının bankacının mesleğini icra ederken edindiği gizli kalması gereken tüm bilgileri kapsadığı kabul edilmiştir. Buna göre, banka sırrı, şifreli bilgilerle birlikte müşterinin finansal durumuyla bağlantılı özel yaşamına ilişkin diğer tüm bilgilerin de açıklanmasını yasaklar. Bu sır, bir banka hesabının mevcudiyetini olduğu kadar, bu hesap üzerinden yapılan tüm işlemleri de koruma altına almaktadır. Özellikle, şirketlerin hesaplarını, bilançolarını, üretim faaliyetlerini ve oluşturdukları tüm projeleri banka sırrı kapsamında değerlendirmek gerekir. Bu son kategoride kişiye ait kimlik bilgileri, adres bilgileri gibi özel bilgiler de yer almaktadır. Zira, banka sırrının korunmasındaki amaç, müşterinin çıkarlarını korumak olduğu gibi, finansal ilişkilerde vazgeçilmez olan güven ilkesini garanti altına da almaktır. Bankacının bu yükümlülüğe uymaması, beraberinde hukuki ve cezai sorumluluğunu getirir. Müşteri için mutlak bir şahsi hak olan sır hakkı, ona bu hakkını mahkeme önünde doğrudan doğruya ileri sürme imkanı sağlar. Öyleyse, bu kerte de önem atfedilen bu hakkın müşterinin ölümüyle birlikte ortadan kalkmaması; başka bir deyişle, banka sırrlarının

---

<sup>452</sup> Compernelle, s.101.

müşterinin ölümünden sonra da açıklanmamaları gerekir. Banka ile doğrudan ilişkisi bulunmayan mirasçılar, sır hakkını ileri sürebilmelidirler. Bu çerçevede, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin bir olayda (BNP-Paris-Bas Bankası ile Ulusal Yaşlılık Sigortası Kurumu arasındaki bir davada) verdiği 25/2/2003 tarihli ilgi çekici bir kararından söz edilebilir. Olayda, müteveffanın ölümünden haberi olmayan Kurum, bu kişinin hesabına para yatırmaya devam etmiş; durumun ortaya çıkması üzerine, paranın yatırıldığı bankadan fazla ödenen kısmın iadesini ve müteveffanın hesap bilgilerini talep etmiştir. Banka ise meslek sırrı kavramını ileri sürerek, bu talebe karşı çıkmıştır. Kurum, daha sonra sosyal sigortalar alanında yetkili ve görevli mahkemeye başvurarak, söz konusu belgelerin ibrazını talep etmiş ve talebi kabul edilmiştir. Sorunun istinaf mahkemesine taşınması üzerine, mahkeme, somut olayda Ekonomi ve Finans Kanunu m.L.511 ve CC m.10'un uygulanma kabiliyetinin bulunmadığını; bu hükümlerin ibraz kararının önünde yasal bir engel teşkil etmediklerini; kaldı ki, müteveffaya ait bulunan ve ihtilafli meseleyi çözmeye muktedir olan bu bilgilere başka yollarla ulaşılmamasının mümkün de olmadığını belirterek, ibrazı emretmiştir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise istinaf mahkemesinin kararını şu gerekçeyle bozmuştur: “Banka hesaplarına ilişkin bilgiler, müteveffanın mirasçıları tarafından bu hesaplar üzerinden işlem yapılacağından, bu kişileri de ilgilendirirler. Böyle olunca, banka sırrı kavramı, bankadan istenen belgelerin ibrazının önünde yasal bir engel teşkil etmektedir. Söz konusu belgelerin ibrazının reddedilmesi gerekirken, CC m.10 ihlal edilerek bu talebin kabul edilmesi hukuka aykırıdır”. Bu karar, banka sırrının müşterinin ölümünden sonra da korunup korunmayacağına ilişkin meseleyi aydınlatması açısından önemlidir. Buna göre, müteveffanın mirasçıları da onun sırlarına sahip olup, bu sırların korunmasına devam edilmelidir. Kural olarak banka hesabı, hesap sahibinin ölümüyle birlikte kapatılır. Ancak, bazı durumlarda veraset işlemlerinin yapılabilmesi için, mirasçılar banka hesabının açık tutulmasını isteyebilirler. Bu halde, mirasçılar, hesabın gerçek sahibi gibi, banka sırrının korunmasına ilişkin tüm talepleri ileri sürebilirler<sup>453</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 12/2/2007 tarihli bir kararında, banka sırrının korunmasının İsv.MK m.170 düzenlemesi karşısında ibrazdan kaçınmaya imkan verip vermeyeceği şöyle değerlendirilmiştir. Olayda, evli bir çift arasındaki malvarlığı uyuşmazlığına ilişkin bir davada, İspanya-Majadahonda ilk derece

<sup>453</sup> A. E. Manga, “La pérennité du secret bancaire”, **Sem. jur. éd. générale, II**, Décembre 2003.

mahkemesi, 6/4/2006 tarihinde, Cenevre Kantonu Savcılığı'na başvurarak, uluslararası adli yardımdan yararlanmak istediğini bildirmiştir. Böylece, 18/3/1970 tarihli La Haye Sözleşmesi uyarınca medeni ve ticari alanda delillerin elde edilmesi amacıyla istinabe yoluna başvurulması gündeme gelmiştir. Bu talebe konu husus, bir İsviçre bankasının davalı kocanın finansal durumuyla ilgili bilgilerini mahkemeye paylaşmasından ibarettir. Cenevre Kantonu Mahkemesi, 8/5/2006 tarihinde, söz konusu bankadan, davalı kocaya ait nezdinde bulunan tüm aktiflerin dökümünü çıkartıp vermesini; ayrıca, beş yıl öncesine kadarki hesap hareketlerinin de teslimini istemiştir. Banka'dan, hesap bilgilerini gösteren belgelerin kopyalarını ibraz etmesi veya bu bilgilere sahip olan bir banka çalışanın yeminli tanık olarak dinlenmesi istenmiştir. Mahkeme, kararında, malvarlığına ilişkin bu uyuşmazlıkta bankacılık sırrının ileri sürülmesinin MK m.170, f.1 ve 2 uyarınca geçerli olmayacağını belirtmiştir. Bunun üzerine, davalı koca, Cenevre Kantonu İstinaf Mahkemesi'ne başvurarak, bu karara itiraz etmiştir. İstinaf Mahkemesi, 23/6/2006 tarihinde, söz konusu (8/5/2006 tarihli) kararın istinafa konu olamayacağı gerekçesiyle, başvuruyu reddetmiştir. Koca, nihayet Federal Mahkeme'ye başvurmuş; Federal Mahkeme, ilk derece mahkemesi kararının icrasını, esasa ilişkin sorun çözülene kadar durdurmuştur. Banka da, Mahkeme'nin kararına karşı üçüncü kişi olarak temyize başvurmuştur. Federal Mahkeme, şu gerekçelerle temyiz başvurusunu reddetmiştir: "MK m.170, f.1 uyarınca her eş, diğerini, kendi sahip olduğu kazanç, gelir, mal ve borçlarla ilgili olarak bilgilendirmekle yükümlüdür. Aynı madde f.2'ye göre, mahkeme, davalı olan diğer eşi ve hatta üçüncü kişileri, bu çerçevede gerekli olan belgeleri ibraz etmeye mecbur edebilir. MK m.170, f.3'e göre ise sırf avukatların, noterlerin, hekimlerin, din görevlilerinin ve bu kişilerin yardımcılarının meslek sırları bu kuraldan istisna tutulmuştur. Görüldüğü üzere, banka sırrı bu istisnai durumlara girmemektedir. MK m.170, f.3, kantonların kanunlarından kaynaklanan farklılıkları ortadan kaldırmak amacıyla kabul edilmiştir. Karşı çıkılan karara göre, MK m.170 ile birlikte düşünüldüğünde ve bu konudaki içtihat da göz önünde tutulduğunda, yabancı bir hakim, İsviçre hakiminden, istinabe yoluyla eşlerin finansal durumlarına ilişkin her türlü bilgiyi talep edebilir. Bu yetki, ekonomik değere sahip her eşyaya teşmil edilebilir. Böyle olunca, banka hesapları da buna dahil olacaktır. Bu durumda, banka, hesap bilgilerini sağlamakla yükümlüdür. Meslek sırrının (olayda, banka sırrının) önceliği burada ileri sürülemez. Başvuran banka, kendisinin kocaya ilişkin bilgi ve belgeleri mahkemeye ibraz etmeye zorlanamayacağını bildirmiştir. Çünkü,



bu bilgilerle birlikte üçüncü kişilerin de korunması gündeme gelebilecektir. Bu bilgilerin ifşası, üçüncü kişilerin haklarına zarar verebileceği gibi, ceza davası açılmasına da neden olabilecektir. Oysa, korumadan yararlanan eş, banka ve onunla iş ilişkisine girenlerden ayrı değerlendirilmelidir. MK m.170, f.2 sırf eşlerin malları üzerinde bilgi edinilmesine olanak vermiştir. Üçüncü kişiler, Kanunun dışında kalmaktadırlar. Daha önceki içtihadın MK m.170, f.3'ü yorumladığı gibi, eşlerden birinin diğer eşe ait bilgileri elde etmesi, banka sırrının önünde gelmektedir. Bu hak, zaten eşin malları ile de sınırlıdır. Mal (*bien*) kavramını geniş yorumlamak gerekir. Bundan, ekonomik değer taşıyan herşeyi anlamak gerekir. Ekonomik değere sahip olmak veya malvarlığına ilişkin bulunmak kavramı, sırf ceza hukukunda anlam ifade etmez; diğer alanlarda da, örneğin, borç için icra takibinde ve geçici hukuki korumada da geçerlidir. Bilgi ve belgelere ulaşma hakkı, alacaklının ve miras hakkı sahibinin haklarından daha dar biçimde yorumlanamaz. Bu hak, kanundan kaynaklandığı için, eşlerden diğerinin banka ile sözleşmesel ilişkiye girmiş olup olmamasının da çok fazla bir önemi bulunmamaktadır. Aynı şekilde, ekonomik hakka sahip olan kocanın kendisine verilen özel vekalet gereği bankadan bilgileri bizzat kendisinin öğrenmiş olup olmamasının da önemi bulunmamaktadır. Çünkü, önemli olan, olayda bahsi geçen mallara sahip olmasıdır. İş ilişkisinden kaynaklanan sırların korunması bağlamında, bankanın sağlaması gereken bilgilerin sınırlarını belirlemek ise kendisine başvuru olan hakime ait bir iştir"<sup>454</sup>. Gerçekten de, İsviçre hukukuna göre, karının ekonomik durumunun davada önem arz ettiği hallerde, koca, gelir kaynaklarını açıklamaya mecburdur. Bu halde, eşlerin mal ayrılığını kabul edip etmemelerinin de önemi yoktur. Boşanma davasında, her eş, diğerini, kendiliğinden, gelir durumu ve malvarlığı hakkındaki iddiaları değerlendirmek için gerekli olduğu ölçüde ve bilginin başka türlü elde edilmesi mümkün değilse, bilgilendirmekle yükümlüdür. Asıl amacı hakimi bilgilendirmek olan bu yükümlülüğün, CPCN m.221 uyarınca iş sırları (*secrets d'affaires*) gibi daha üstün bir menfaatin bulunması halinde ise bu sırların korunmasına ilişkin haklardan feragat etmeyi gerektirmediği kabul edilmiştir. İhtilafli meselede iş sırrını takdir edebilmek amacıyla, hakim, kocanın belirli açıklamalar yapmasını isteyebilir. Menfaatin hukuk düzeni tarafından korunup korunmayacağına hükmetmek açısından bu husus önemlidir. İş sırrı, ekonomik bir olgu olmakla birlikte, bunun hukuken korunabiliyor olması gerekir. Örneğin, boşanma davasında eşine ağır bir nafaka borcu ödemek istemeyen kocanın

<sup>454</sup> Kararın tam metni için bkz. <http://www.bger.ch/fr>, BGE 5P.423/2006 /frs.

iş sırrını ortaya koyması kabul edilemez. Aynı şekilde, vergi kaçırın bir tacirin, iş sırlarını öne sürerek, ekonomik durumunu açıklamaktan kaçınması da korunamaz. Böyle hallerde, hakim, CPCN m.218’de sayılan delillerden biri (tanık, keşif, belge, bilirkişi) için iş sırrının mevcut olup olmadığına ve bunun hukuken korunup korunmayacağına karar verecektir. Bir iş sırrının korunmasından daha üstün bir menfaatin yokluğu halinde, hakimin, bankaları sırdan bağışlamak konusunda kocayı temerrüde düşürmesi gerekir. Bu halde, koca, buna zorlanamaz. Burada, kocanın bilgi vermeyi reddetmesinin yaptırımı, hakimin delilleri serbestçe değerlendirmesi olacaktır<sup>455</sup>.

## **2) İbraz Prosedürünü Başlatan Unsur**

### **a) Taraflardan Birinin Talebi**

İbraz prosedürünü başlatan, hakimin ibraz kararını tetikleyen unsur, kural olarak taraflardan birinin talebidir. Gerçekten de, HUMK m.326 vd. incelendiğinde, örneğin m.329’da yer alan “vesikanın veya hesap defterinin muayyen parçalarının ibrazını talep eden taraf”, m.327’de yer alan “talep vukuunda”, m.330’da yer alan “tahriren sebkeden talebe karşı”, m.334, f.1’de yer alan “üçüncü şahsın yedinde bulunan vesikanın ibrazını talep eden kimsenin” ve m.334, f.2’de yer alan “talebi kabul edilirse” şeklindeki ifadelerden, hakimin ancak taraflardan birinin talebi üzerine diğer (karşı) tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını emredebileceği söylenebilir. Bundan, ilk bakışta hakimin ibrazı re’sen emredemeyeceği sonucu çıkarılabilir. Hakimin, ticari defterlerin ibrazı mecburiyetini düzenleyen TTK m.80’in ve [bilirkişi (HUMK m.275), isticvap (HUMK m.230) ve keşifte (HUMK m.363) olduğu gibi] bazı delillere re’sen başvurabildiği hallerin aksine, burada inisiyatif almak imkanının bulunmadığı düşünülebilir. Bu başlık altında, ilk önce ibraz talebi, sonra hakimin ibrazı re’sen emredip emredemeyeceği meselesi incelenmiştir.

Hakimin taraflardan birinin talebi üzerine ibrazı emredebilmesi için, sırf ibrazın talep edilmiş olması yeterli olmayıp, bu talebin belirli bazı şartları taşıması da gerekir. Bu çerçevede, öncelikle ibraz talebinin yazılı olarak yapılması gerektiği

---

<sup>455</sup> Bohnet, s.369-370.

söylenmelidir<sup>456</sup>. Bu sonuca, HUMK m.329’da yer alan “vesikanın veya hesap defterinin muayyen parçalarının ibrazını talep eden tarafın mümkün olduğu kadar işbu vesikalar münderecatını tahriren tasrih ve tayin etmiş olması” ve HUMK m.330’da yer alan “tahriren sebkedden talebe karşı” şeklindeki ifadelerden hareketle ulaşılabacaktır. Aslında, HUMK m.330’da yer alan “tahriren sebkedden talebe karşı” ifadesinden, sırf ibrazı istenen belgenin elde bulunduğu konusunda yazılı talebe rağmen cevap verilmemesi halinde susmanın ikrar sayılacağı sonucu çıkmaktadır<sup>457</sup>. HUMK m.329 da, aslında ibrazı istenen belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının sırf içeriklerinin yazılı olarak açıklanmasını aramıştır. Bu halde, söylenebilir ki, kanun koyucu ibrazı istenen belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının sırf içeriğinin yazılı olarak açıklanmasını aramışsa da, ibraz talebi bu açıklamayı bir unsur olarak içerdiğine göre, bu talebin de yazılı olarak yapılacağıının kabulü gerekir.

İbraz talebinin şekline ilişkin şart (yazılı olması gerektiği) açıklandıktan sonra, bu talebin hangi süre içinde ileri sürülebileceğinden bahsetmek uygun olacaktır. Zira, ibrazın talep edilebilmesi, kural olarak belirli bir süre içinde mümkündür. Şöyle ki, taraflardan biri, karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının ibrazını istiyorsa, bu talebini, HUMK m.329 uyarınca “esbabı sübutiyasını beyan ettiği sırada”; üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını istiyorsa, bu talebini, HUMK m.334, f.1 uyarınca “delâili sübutiyasını beyan ettiği sırada” ileri sürmelidir. Buna göre, her iki durumda da, taraf, ibraz talebini, kendisine delillerini göstermesi için verilen süre içinde ileri sürebilecektir. Delillerin ne zamana kadar gösterileceğine gelince, bu konuda yol gösterici hükümler HUMK m.180 ve HUMK m.200, f.son’dur. Buna göre, dava

<sup>456</sup> NCPC m.139’da ise ibraz talebinin herhangi bir şekle tabi olmaksızın yapılabileceği açıkça belirtilmiştir (Daigre/Faget, no.35; Daigre, La production forcée, s.212; Couchez, Procédure, s.247; Couchez/Langlade/Lebeau, s.300; Guinchard, Droit et pratique, s.681; Vincent/Guinchard, s.644; Couchez, La production forcée, no.26; Marraud, no.9). Kanun koyucunun buradaki kaygısının, hakimleri farklı tahkikat önlemlerini birleştirmeye yönlendirmeyi teşvik etmek olduğu; bunun için de, şeklin azami derecede basitleştirilmesi yoluna gittiği söylenmiştir (Couchez, La production forcée, no.26). Böyle olmakla birlikte, ibraz talebini bir yazı ile maddeleştirerek (somutlaştırarak) bir ispat unsuru olarak muhafaza etmenin yerinde olacağı; bunun, ileride ortaya çıkabilecek bazı zorluklardan kurtulmayı sağlayacağı; örneğin, temyiz aşamasında, iddia edilenlerle birlikte ilk derece mahkemesine yazılı olarak başvurulduğu ortaya konulmadıkça, ilk derece mahkemesi hakimini bir talebe cevap vermediğinden bahisle suçlamanın zorlaşacağı savunulmuştur (Daigre, La production forcée, s.212).

<sup>457</sup> Bilge, ibraz talebinin, sırf bu sonucun doğabilmesi için mutlaka yazılı olması gerektiğini; sözlü talebe karşı cevap verilmemesinin ikrar sayılamayacağını belirtmiştir (Bilge, s.516, dn.4). Böylece, yazar, ibraz talebinin sözlü de yapılabileceğini kabul etmiştir. HMK Tasarısı m.224, f.1’de, sırf karşı tarafın ileri sürülen talep üzerine sükût etmesi halinde mahkemenin belgenin ibrazını emredeceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, ibraz talebinin yazılı olması gerektiğine ilişkin bir şart öngörülmemiştir.

dilekçesinde delillerinin nelerden ibaret olduğunu bildirmek zorunda (HUMK m.179, f.3) olan davacı, onları m.180, f.1 uyarınca asıllarıyla birlikte veya sırf örneklerini davalı sayısından bir fazla olarak dava dilekçesine eklemek ve mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Aynı şekilde, delillerini cevap layihasında belirtmek zorunda (HUMK m.195, f.1) olan davalı da, HUMK m.200, f.son uyarınca onları cevap layihasıyla birlikte mahkemeye ibraz etmek zorundadır. Aksi takdirde, ilk duruşmada hakim, davacı ve/veya davalıya delillerini sunmaları için on günlük kesin bir süre vererek, bu süre içinde eksikliği gidermelerini ister<sup>458</sup>. Elbette ki, bu düzenlemeler dışında da, (daima) yeni delil gösterilebilir. Hakimin, ilk duruşmadan sonra bile delil gösterilmesi gereken hallerde taraflara yeni süre verebileceğini öngören HUMK m.217, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla tahkikatın sonunda bile tarafların iddialarının yeni delillerle ispat edilmesini isteyebileceğini öngören HUMK m.378, davanın her aşamasında iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere gereken delillerin mahkemeye verilmesini emredebileceğini öngören HUMK m.75, f.3 ve tarafların gösterdiği delillerin incelenmesinden sonra iki taraftan her birinin yeni delil ibraz ve ikamesini isteyebileceğini öngören HUMK m.244 hükümleri karşısında kolaylıkla bu sonuca ulaşılabilir.

İbraz talebinin şekli ve zamanı açıklandıktan sonra, bu talebin dinlenebilmesi için, onun muğlak bir talep olmaması (başka bir deyişle, açık, seçik ve belirgin olması) gerektiği de söylenmelidir. Bunun için de, ibraz talebinin ibrazı istenen belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının nelerden ibaret olduğu ve bunların mümkün olduğunca içerikleri hakkında yeterince açıklık içermesi ve aynı zamanda yöneltildiği kişiyi (karşı taraf ya da üçüncü kişi) göstermesi gerekir. Aksi halde, bu talep dinlenmez.

### **b) Hakimin İbrazı Re'sen Emredip Emredemeyeceği Meselesi**

Kural ibrazın taraflardan birinin talebi üzerine emredilebileceği olmakla birlikte, hakimin ibrazı re'sen de emredip emredemeyeceği tartışılabilir. Bir görüşe göre hakim, taraflardan birinin talebi olmadıkça, diğer tarafın ya da üçüncü bir

<sup>458</sup> Tarafların davanın başında delillerini göstermek zorunda bırakılışı, özellikle tarafların ellerindeki delilleri bir an önce mahkemeye ibraz etmeleri içindir. Süresi içinde haklı bir mazereti olmaksızın delil göstermemiş olan taraf, daha sonra bu delilini ileri sürememelidir. Bu, sırf davayı uzatmak amacıyla bazı delilleri daha sonra göstermeye kalkışmalarını önlemek amacıyla da dayanır (Pekcantez/Atalay/Özekes, s.445-446).

kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını emredemez. Çünkü, ibrazı istenen belgenin ihtilafı meselenin aydınlatılması için gerekli olduğunu hakim değil, o belgeye dayanarak ileri sürdüğü vakıyı ispat etmeye çalışan taraf bilmektedir<sup>459</sup>. Bu görüşteki haklılık payı büyük olsa da, kanun koyucunun hakime belgelerin ibrazını re'sen emretme yetkisi vermediğini kabul etmek, tatmin edici bir sonuç olmaz. Bir kere, senedatın ibrazı mecburiyeti (HUMK m.326 vd.) delillerin ikamesinin önemli bir unsuru olarak kabul edilmiştir<sup>460</sup>. Böyle olunca, sırf taraflara tanınmış olan bu inisiyatifin önemini gerektiğinden fazla hesaplamamak gerekir. Kaldı ki, medeni yargılama hukukunda geçerli olan asıl ilke, dava malzemesinin ve bunun sonucu olarak delillerin de taraflarca getirilmesi (başka bir deyişle, hakimin delillerin ikamesini re'sen emredemeyeceği) olsa da, bu ilkenin uygulandığı davalarda bile, hakimin delillerin ikamesini re'sen emredebileceğini öngören HUMK m.217, f.2, HUMK m.244, HUMK m.378 ve HUMK m.75, f.3 gibi hükümler mevcuttur. Özellikle HUMK m.75, f.3 uyarınca hakim, davanın her aşamasında, iki tarafın iddiaları dahilinde olmak şartıyla gereken delillerin ibrazını emredebilir. Alangoya, bu hükümde, CPCN m.57, f.2'de olduğu gibi, taraflarca ibraz ve ikame edilmemiş olan belirli delillerin ibraz ve ikamesinin re'sen emredilebileceğinin düzenlenmiş olduğunu belirtmiştir<sup>461</sup>. Buna göre, delillerin hasredilmiş olması hali dışında, “iki tarafın iddiaları doğrultusunda” olmak şartıyla, yani dermeyan edilmemiş olmakla

<sup>459</sup> Marraud, no.6; Daigre, La production forcée, s.207. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 21/10/1975 tarihli kararına göre, kendisinden talep edilmediği için ibrazı emretmeyen hakim kınanamaz (Guinchard, Droit et pratique, s.681).

<sup>460</sup> İsviçre Devlet Konseyi Raporu'na (BGC 154 I 340) göre, belgelerin ibrazı mecburiyeti, delillerin ikamesinin önemli unsurlarından biridir (Bohnet, s.417).

<sup>461</sup> İsviçre'de bu hükümle, taraflarca getirilen maddi vakıaların gerçek olup olmadığının hızla incelenmesinde hakime önemli bir vasıtanın verilmiş olduğu kabul edilmiştir. Bu hüküm, vakıaların gerçekliğinin en iyi şekilde ortaya çıkarılması amacını taşımaktadır (Alangoya, Dava Temeli, s.87, dn.24 ve s.89, dn.35). Belgelerin ibrazı mecburiyetine ilişkin CPCN m.259'da bu konuda açıklık bulunmamasıyla birlikte, hakimin bir belgenin ibrazını, taraflardan birinin talebi üzerine ya da re'sen emredebileceği ileri sürülmüştür (Bohnet, s.417). Aynı şekilde, özPO m.182, f.1'de düzenlenmiş olan hakimin aydınlatma ödevi uyarınca hakimin, taraflardan sırf hangi delilleri ikame etmek istediklerini bildirmelerini istemek değil, aynı zamanda dava veya duruşma sırasında açıklanması gerekli vakıaların ispatı için önem taşıyan delilleri re'sen ikame etmek yetkisinin de bulunduğu; böyle olunca, ibrazı re'sen emredebileceği belirtilmiştir (Deren Yıldırım, İşbirliği İlkesi, s.821). ZPO'da 2002 yılında gerçekleştirilen Reform ile, bu Kanun m.142'de hakimin hem tanıklık yaparak bilgi vermek mecburiyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere, hem taraflara ellerinde bulunan belgelerin ibrazını emredebileceği düzenlenmiştir (Alangoya, Dava Temeli, s.96). Gottwald, maddede bu yetkiye mahkemenin başvurabileceğinin belirtilmesinin, bu yetkilerin ihtiyari olduğunu gösterdiğini; bu ihtiyari yetkiye, özellikle belgelerin üçüncü kişilerde bulunduğu hallerde mahkemelerce genellikle başvurulmadığını; bazı hukukçuların, taraflardan birinin talebi ve m.142, f.2'deki koşulların bulunması durumunda mahkemenin takdir yetkisinin bulunmadığını, mutlaka belgelerin sunulması yönünde bir emir vermesi gerektiğini savunduklarını; bu yetkilerin kullanılması takdiri olsa bile, durum değerlendirmesinin ardından bazen takdir yetkisinin sifira inebileceğini söylemiştir [P. Gottwald, “2001 Reformu Kanunu'nun Ardından Almanya'da Medeni Usul Hukuku” (Çev. M. Atalı/M. Göksu), *Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi*, S.3, İstanbul 2006, s.691].

birlikte söz konusu belirli delillere işaret eden ve usulüne uygun olarak yargılamaya aksetmiş bulunan dayanak noktalarının bulunması halinde, hakim, re'sen delil ikame edebilecektir<sup>462</sup>. Yazar, CPCN açısından da, hakimin istediği delili değil, dosyadan anlaşılabilen delilleri talep edebileceğini belirtmiştir. Buna göre, hakim, dosyadan anlaşılabilen üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını emredebilmelidir<sup>463</sup>.

NCPC m.11, f.2'ye göre, ibraz kararı, bir dava tarafının talebi olmaksızın verilemez. Bu genel kuralın uygulanmasına ilişkin olan NCPC m.138 üçüncü kişilere ve aynı Kanun m.142 taraflara yükletilen ibraz mecburiyeti açısından bu kuralı yinelemişlerdir<sup>464</sup>. Böyle olmakla birlikte, Kanunun genel hükümlerinin, özel hükümler tarafından başka türlü öngörülmedikçe uygulanabilecekleri; bazı yargılama makamları için, hakime ibrazı re'sen emretme yetkisi veren ayrı bir düzenlemenin mevcut olabileceği; örneğin, NCPC m.844 uyarınca, büyük dava mahkemesi hakiminin, ihtilafı meselenin çözümlenmesi için gerekli olduğunu düşündüğü açıklamaları sağlamaya tarafları davet edip, onları, ihtilafı aydınlatmaya özgü bilgi ve belgeleri belirlediği sürede ibraz etmeye mecbur edebileceği, buna uymayan tarafın aleyhinde karar verebileceği ve bu düzenlemenin, ticaret mahkemesi rapörtör hakimi (NCPC m.862) ve istinaf mahkemesinde zorunlu temsil bulunmayan süreçleri yürütmekle görevli hakim (NCPC m.940) için de geçerli olduğu belirtilmiştir<sup>465</sup>. Bu orijinalite şaşırtıcı bulunsa da, bu makamlar önündeki prosedürün basit ve hızlandırılmış bir prosedür olması amaçlandığından, kanun koyucunun hakimin yetkilerini artırmak yoluna gittiği; biraz daha yakından bakıldığında, başka bir orijinalliğin farkına varılacağı, ibraz alanında tanınan bu istisnai yetkinin hakimin yasal olarak kabul edilebilen her türlü tahkikat önlemini re'sen emredebileceğini öngören CC m.10'a uygun düştüğü, böylece ibraz mecburiyetinin bir tahkikat

<sup>462</sup> Alangoya, Dava Temeli, s.89.

<sup>463</sup> Alangoya, Dava Temeli, s.89, dn.38. Yargıtay 4. HD 30/11/2000 tarih ve 11832/10914 sayılı kararında, yayın yolu ile kişilik haklarına saldırı dolayısıyla açılan bir manevi tazminat davasında, davalı tarafından talep edilmemiş olmasına rağmen, dosyadan haberin dayandığı bir resmi rapor olduğunun anlaşılması üzerine, hakimin bu raporu celp etmesi gerektiğine hükmetmiştir (Alangoya, Dava Temeli, s.90). Yazar, bu karara yazılan karşı oy yazısında bunun dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesine aykırı olduğu söylenmişse de, mahkemenin HUMK m.75, f.3 hükmünü olayda doğru olarak uyguladığını belirtmiştir (Alangoya, Dava Temeli, s.90, dn.45).

<sup>464</sup> Daigre, La production forcée, s.202; Guinchard, Droit et pratique, s.679.

<sup>465</sup> Daigre/Faget, no.9; Daigre, La production forcée, s.205; Guinchard, Droit et pratique, s.679-680. Bir özelliği not etmek gerekir ki, hakimin bu yetkisi sırf taraflara yükletilen ibraz mecburiyeti açısından söz konusudur; hakim, üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazını re'sen emreder (Daigre/Faget, no.10).

önlemine dönüştüğü ileri sürülmüştür<sup>466</sup>. Bu durum, tarafların bu yargılama makamları önünde temsil edilmelerinin zorunlu olmaması ile de açıklanmıştır. Bu çerçevede, kanun koyucunun, temsilcinin zorunlu olup olmamasına göre farklı çözüm yolları öngördüğü ve hakimin, avukatı olmayan tecrübesiz bir davacıya yardım edebilirken, avukatla temsil edilen tarafa bu yardımı yapmayacağı belirtilmiştir. Böylece, hakim, ilk varsayımda taraflar nezdinde daha aktif bir rol oynayacaktır<sup>467</sup>.

Fransız hukukunda, ayrıca, re'sen işe girişme yetkisi bulunmasa da, belli bir belgenin ibrazı kendisine ispat açısından gerekli görünüyorsa, hakimin, tarafa, söz konusu belgenin ibrazını talep etmekte bir çıkarı bulunduğunu salık verebileceği savunulmuştur<sup>468</sup>. Ancak, içtihat, bu ayrıcalığın hakime sunduğu olanakları hissetmiş; bir olayda Fransız Temyiz Mahkemesi, ilk derece mahkemesi hakimini sırf kendisine ibrazı talep etmesini önermediği için suçlayan bir davacının talebini hakimin tavsiyeden başka bir yetkisi bulunmadığı ve hiçbir zaman onu yürürlüğe koymakla yükümlü tutulamayacağı gerekçesiyle reddetmiştir<sup>469</sup>. Bizim hukukumuzda göre ise dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hakimin HUMK m.75, f.3 uyarınca delil sormaya yetkisi olduğu halde belli bir delili hatırlatma yetkisi yoktur. Bu, HUMK m.75, f.1'de yer alan "Kanunun tayin ettiği istisnai haller dışında hakim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya iddia sebeplerini re'sen dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek hallerde dahi bulunamaz" kuralının bir sonucudur.

---

<sup>466</sup> Daigre, La production forcée, s.206. Gerçekten de, Daigre, ibraz mecburiyetini bir tahkikat önlemi olarak kabul etmiştir (Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge, no.7; Daigre, La production forcée, s.206, 272). Couchez ise NCPC m.10'un hakime yasal olarak kabul edilen tüm tahkikat önlemlerini re'sen emretme yetkisini genel olarak tanıdığı halde, belgelerin ibrazı açısından bunun geçerli olmadığını; ibraz mecburiyetinin, olsa olsa özel bir rejime tabi bir tahkikat önlemi olarak düşünülebileceğini savunmuştur (Couchez, La production forcée, no.40).

<sup>467</sup> Daigre, La production forcée, s.206; Guinchard, Droit et pratique, s.680. Daigre'e göre bu gerekçe, aslında tek başına yeterli değildir; taraflar, çoğunlukla adli hizmetlerden yararlanmaktadırlar (Daigre, La production forcée, s.207).

<sup>468</sup> Marraud, no.7; Daigre, La production forcée, s.207.

<sup>469</sup> Daigre, La production forcée, s.207.

### 3) İbraz Kararının İçeriği

#### a) İbraz Kararının Yöneltildiği Kişiler

##### aa) Davanın Karşı Tarafı

Hakimin vereceği ibraz kararı, ya davanın karşı tarafına ya da davaya tamamen yabancı olan üçüncü bir kişiye yöneltilir. HUMK m.326 vd., taraflardan birinin dayandığı ve ileri sürdüğü vakıanın ispatı için ibrazını istediği belgenin ya karşı tarafın ya da üçüncü kişinin elinde bulunması halinde uygulanır. Hakimin vereceği karar üzerine hem karşı taraf (HUMK m.326-333), hem üçüncü kişiler (HUMK m.333-336), kendi aleyhlerine olsa bile, ellerinde bulunan belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar<sup>470</sup>.

“Davanın karşı tarafı”ndan maksadın ne olduğunu tespit edebilmek için, öncelikle taraf kavramı açıklanmalıdır. Buna göre, “üçüncü kişi”den anlaşılması gereken, kendiliğinden ortaya çıkar. Bilindiği gibi, “taraf”, medeni yargılama hukukuna hakim olan şekli taraf kavramına göre, maddi taraf kavramının aksine (yani, maddi hukuk ilişkisinin gerçek süjesi olması aranmaksızın), dava dilekçesinde gösterilmiş olan kişidir<sup>471</sup>. Başka bir deyişle, taraf, “dava dilekçesinde yer alıp, kendi adına hukuki korunma talep eden ya da kendisine karşı hukuki korunma talep edilen kişi”dir<sup>472</sup>. İki taraf sistemi üzerine inşa edilen dava teorisi, kendi adına hukuki korunma talep eden kişiyi “davacı”, kendisine karşı hukuki korunma talep edilen kişiyi ise “davalı” olarak adlandırmıştır. Bir davada, davacı ve/veya davalı tarafta

<sup>470</sup> CPCN uyarınca da taraflar (m.259) ve üçüncü kişiler (m.263) ellerinde bulunan ve dava için bir önem teşkil eden belgeleri ibraz etmeye mecbur edilebilirler. NCPC m.11, f.2’ye göre, hakim, talep halinde, itaatsizlik cezası tehdidi altında, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını emredebilir. Aynı Kanun m.138-141 üçüncü kişilere yükletilen ibraz mecburiyetini düzenlemişken, bu Kanun m.142 karşı tarafa yükletilen ibraz mecburiyetine ilişkindir. Bu son madde, karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin ibrazı talebinin ve ibraz prosedürünün m.138 ve 139’daki düzenlemelere uygun olarak yapılacağını belirtmiştir.

<sup>471</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.278; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.196; Pekcanitez, **Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, Ankara 1992, s.28; Üstündağ, s.387; E. Erişir, **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Yayınevi, İzmir 2007, s.55; Deren Yıldırım, **Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, Alfa Yayınevi, Ankara 1996, s.20; Ö. Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Mimosza Yayınevi, Konya 1997, s.13.

<sup>472</sup> Ansay, s.106; Üstündağ, s.387; Erişir, s.55; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.196; Deren Yıldırım, **Kesin Hüküm**, s.20; Pekcanitez, **Fer’i Müdahale**, s.28; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.123; Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, İstanbul 1995, s.29; Ulukapı, s.13.



birden çok kişi bulunabilir; bu, davanın iki tarafının bulunduğu esasına aykırılık teşkil etmez.

Şekli taraf kavramından hareketle, örneğin fer'i müdahilden, asli müdahilden, dava arkadaşlarından ve davanın ihbar olunduğu kişiden, elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmesinin istenebilir istenemeyeceği tartışılabilir. Bilindiği gibi, fer'i müdahil, şekli taraf kavramına göre taraf sayılamaz. Fer'i müdahil, katıldığı davada kendisi adına herhangi bir korunma talep edemez. Yine, kendisine karşı herhangi bir hukuki korunma istenemez. Davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılır. Katıldığı tarafın mahkemeden talep ettiği hukuki korunmayı destekler veya kendisine karşı hukuki korunma istenen tarafın savunmalarına yardımcı olur. Buna göre, fer'i müdahilin davaya katılabilmesi için, davanın tarafı olmaması gerekir. Yani, dava dilekçesinde davacı veya davalı olarak belirtilmemiş olması gerekir<sup>473</sup>. Asli müdahil ise davanın taraflarına karşı yeni bir dava açtığından ve böylece bu davanın davacı tarafında kendisi diğer tarafında ise ilk davanın tarafları yer aldığından, şekli taraf kavramına göre taraf sayılır<sup>474</sup>. Bu halde, söz konusu davada kendisinden elinde bulunan bir belgenin ibrazı istendiğinde, onu ibraz etmeye mecburdur. Ayrıca, davanın üçüncü kişiye ihbar edilmesi üzerine, ihbar olunan kişi, fer'i müdahil olarak davaya katılabileceği gibi, tarafı temsilen de davayı takip edebilir. Bu ikinci halde, ihbar olunan kişi tarafın temsilcisi sayılır. Ancak, ihbar üzerine tarafı temsil eden kişi de, tıpkı fer'i müdahil gibi, taraf sıfatını kazanmaz ve temsilci olarak katıldığı dava kendi davası sayılmaz<sup>475</sup>. Bu halde, ihbar olunan karşı taraf olarak kabul edilemeyeceğinden, onun elinde bulunan bir belgenin ibrazı istenemez. Dava arkadaşlarına gelince, dava arkadaşlarının her biri davada ayrı ayrı taraftırlar. Özellikle ihtiyari dava arkadaşlığında, davacı veya davalı tarafta yer alan

<sup>473</sup> Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s.28, 40; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.216. Bu konudaki geniş açıklama ve fer'i müdahilin taraf sayılacağına ilişkin diğer görüş için bkz. Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s.26 vd. Yargıtay 6. HD'nin 7/10/1988 tarih ve 8657/13986 sayılı kararında, davaya müdahale eden kimsenin asli müdahillik dışında, hiçbir zaman taraf hukukuna sahip olamayacağı belirtilmiştir (Özekes, Asli Müdahale, s.32, dn.142). Belirtmek gerekir ki, HMK Tasarısı m.71'de, üçüncü kişinin, davayı kazanmasında hukuki yararı bulunan taraf yanında ve ona yardımcı olmak amacıyla tahkikat sona erinceye kadar fer'i müdahil olarak davada yer alabileceği belirtilerek, fer'i müdahilin davanın tarafı olmadığı açıklığa kavuşturulmuştur.

<sup>474</sup> Özekes, Asli Müdahale, s.29-30; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.196.

<sup>475</sup> Atalı, **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007, s.117; Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s.41, dn.88. HMK Tasarısı m.68'de, kendisine dava ihbar olunan kişinin davayı kazanmasında hukuki yararı olan taraf yanında davaya katılabileceği belirtilerek, bu kişinin sırf fer'i müdahil olarak davaya katılabileceği kabul edilmiş; tarafı temsil etme yetkisi kaldırılmıştır. Böylece, Av.K m.35, f.1'de yer alan yargı mercileri önünde dava takip etme hakkının sırf baroya kayıtlı avukatlara tanındığı yönündeki esasa aykırılık teşkil eden bu durum ortadan kaldırılmıştır.

kişiler birbirinden bağımsızdırlar. İhtiyari dava arkadaşlarının her biri taraf olup, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilirler<sup>476</sup>. Böyle olunca, HUMK m.326 vd. uyarınca dava arkadaşlarından, ellerinde bulunan belgelerin ibrazı istenebilir.

Kanun koyucunun davanın karşı tarafının elinde bulunan belgelerin ibrazına ilişkin düzenlemesi (HUMK m.326-333) kısaca şöyle toparlanabilir. Öncelikle, karşı tarafça ibrazı gereken belgeler, HUMK m.326 ve HUMK m.327’de gösterilmiştir. HUMK m.326 uyarınca ibrazı gereken belgeler, maddi hukuka göre ibrazı gereken belgeler ve dört bent halinde (tahdidi olarak) gösterilmiş olan belgelerdir. Bunlar yargılama hukukuna göre ibrazı gereken belgeler olup, mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan senetler, bir tarafın diğer taraftan davaya müteallik aldığı mektup ve telgraflar, iki taraf için müşterek olan işlem ve menfaatlere ilişkin olarak düzenlenen belgeler ve iki tarafın müstakilen veya müştereken sahip oldukları vesikalardan ibarettirler. HUMK m.327 uyarınca ise karşı taraf hesap defterlerinin ihtilafla ilgili kısımlarının onaylı sayfalarını ibraz etmeye mecburdur. HUMK m.328 uyarınca hakim, onaylı hesap defterleri sayfalarının asıllarına uygunluğunu kontrol etmek için, icabeden defterlerin veya sayfaları ibraz olunan asıl defter halinin tespit edilmesine ve asıllarının fotokopilerinin çıkarılmasına karar verebilir.

Karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin veya hesap defterinin onaylı sayfalarının ibrazını isteyen tarafın, HUMK m.329 uyarınca mümkün olduğu ölçüde bu belgelerin içeriğini, delillerini beyan ettiği sırada ve yazılı olarak açıklamış olması gerekir. Aksi halde, ibraz talebi dinlenmez. Bunun üzerine, HUMK m.330’a göre, hakim ibrazı istenen belge ile ispat edilmek istenen hususun davanın sübutuna medar olacağına delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi (HUMK m.240) gereğince kanaat getirirse ve karşı taraf söz konusu belgenin elinde bulunduğunu ikrar veya yazılı talebe rağmen sükut ederse (böylece ikrar etmiş sayılırsa), belgenin ibrazı emredilir.

İbrarı istenen belgenin elinde bulunduğunu ikrar eden veya yazılı talebe rağmen bu konuda cevap vermeyen karşı tarafın söz konusu belgeyi ibraz etmesine karar verilmişse, HUMK m.332 uyarınca karşı taraf bu kararda gösterilen süre içinde belgeyi ibraz etmez ve ibraz etmemesinin gerçek bir mazerete dayandığını ispat

<sup>476</sup> Pekcanitez, Fer’i Müdahale, s.30.

edemezse, mahkeme, ibraz edilmemek hususundaki maksadı da nazara alarak, diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanını kabul edebilir. İbrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden karşı tarafa ise HUMK m.331 uyarınca ibrazı isteyen tarafın talebiyle “böyle bir vesikaya vazülyed bulunmadığına, itina ile aradığı halde bulamadığına ve hasmının istimaline imkan vermemek kasdıyla izaa veya imha veyahut ihfa etmediğine ve senedin nerede ve kimin yedinde olduğundan malumatı bulunmadığına” ilişkin yemin teklif olunur. HUMK m.332’ye göre yemin etmesine karar verilen karşı taraf, bu kararda gösterilen süre içinde yemini kabul ve icra etmezse, mahkeme, yemin edilmemek hususundaki maksadı da nazara alarak, diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanını kabul edebilir.

### bb) Üçüncü Kişiler

Bir davada davalı ve davacı tarafta yer alan kişiler dışında kalan herkes, şekli taraf kavramına göre o dava açısından “üçüncü kişi” sayılacaktır<sup>477</sup>. Davada dayanılan ve ibrazı istenen belgenin sırf karşı tarafın değil, üçüncü bir kişinin elinde de bulunabileceği varsayımından hareketle kanun koyucu, davanın aydınlatılması amacıyla, üçüncü kişileri de ibraz mecburiyetine tabi kılmıştır. Başka bir deyişle, senedatin ibrazı mecburiyeti (HUMK m.326 vd.), sırf davanın karşı tarafı üzerinde değil, üçüncü kişiler üzerinde de ağırlığını hissettirmeye elverişli bir kurumdur<sup>478</sup>. Bugün için haklarında ibraz kararı verilebilecek kişilerin kapsamını sınırlandırmak gibi bir sorundan bahsedilemez<sup>479</sup>.

<sup>477</sup> Özkes, Asli Müdahale, s.30.

<sup>478</sup> LPCG, üçüncü kişilere yükletilebilecek ibraz mecburiyeti açısından suskun kalmıştır. 19/11/1976 tarihli bir kararında, bir Cenevre mahkemesi, bu meseleye istemeyerek yaklaşmış; tanıklık etme yükümlülüğü uyarınca tanık olarak çağrıldığı zaman üçüncü kişinin kendisinden istenen belgeyi ibraz etmeye mecbur edilebileceğini belirtmiştir. Ancak, tanıklık etme yükümlülüğüne ek olarak üçüncü kişilerin ibraz mecburiyetine tabi oldukları sonucunun çıkarılamayacağı; böyle olunca, buna imkan veren yasal bir düzenlemenin bulunması gerektiği savunulmuştur (Jeandin, s.383). İngiliz hukukunda, sırf taraflar *discovery* ile amaçlanmış listeleri ve belgeleri sağlama yükümlülüğüne tabidirler (Ataman Figanmeşe, s.186, dn.542). Hakimin üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazını emredebilmesi, istisnai olarak mümkündür. Özellikle, *subpoena duces tecum* emri, üçüncü kişiye, hakim tarafından dinlenmek için hazır bulunma ödevi yükler; ancak bu yolla üçüncü kişi, emirde belirtilen belgeleri ibraz etmeye mecbur edilebilir (Jeandin, s.387).

<sup>479</sup> Özellikle üçüncü kişilerin tabi oldukları ibraz mecburiyetinin doğrulanması, geçmişte oldukça tartışmalıydı. Bu çerçevede, örneğin NCPC’nin en göze çarpan özelliklerinden birinin, üçüncü kişilere başvurma imkanı getirmesi olduğu söylenebilir. Reforma kadar Fransız doktrini, üçüncü kişilere yönlendirilecek bir müdahalenin nasıl doğrulanacağını açıklayamamaktaydı; buna, ancak yasal bir düzenleme ile izin verilebileceği savunulmaktaydı (Marraud, no.9; Couchez, La production forcée, no.19). Sırf herkesi adalete destek vermeye zorlayan CC m.10’un, davayı aydınlatmak için, üçüncü kişilere yönlendirilecek ibraz talebini de doğruladığı ileri sürülmekteydi (Marraud, no.10). Üçüncü

Üçüncü kişiler, kendilerine tamamen yabancı olan bir davaya karışmaktan huzursuzluk duyacakları kesin olsa da, tıpkı davanın karşı tarafı gibi, gerçeğin ortaya çıkarılmasına destek vermekten kaçınmazlar. Üçüncü kişilerin sürece temelden katılmalarından sakınılmış; onlara sürecin ek bir aksesuarı olarak dokunulmuştur. Üçüncü kişi, ibraz kararının öznesi olsa bile, asla esas ihtilafın tarafı haline gelmez. Fransız Temyiz Mahkemesi, bu durumu genel olarak değerlendirmiş; CC m.10'da öngörülen gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevinin üçüncü kişiyi davada taraf haline getirmedigini açıkça vurgulamıştır<sup>480</sup>. HUMK m.335'te, herkesin elinde bulunan belgeyi ibraz etmek veya bu belgenin nerede bulunduğunu bildirmek üzere tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilmesi<sup>481</sup> ve HUMK m.336'da, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan üçüncü kişinin hakim kararına uymaya mecbur olduğu; aksi halde, kendisine tanıklar hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanun koyucu, üçüncü kişiyi, tanık olarak dinlenebildiği ölçüde ibraz kararının öznesi olarak kabul etmiştir. Bu çerçevede, öncelikle hiç kimsenin kendi davasında tanık olamayacağı ilkesinden hareketle, tarafların tanık olarak dinlemeyeceği; bu nedenle, HUMK m.335'te yer alan "herkesin" ifadesinin sırf üçüncü kişileri ifade etmekte olup, kesinlikle tarafları kapsamadığı söylenmelidir. HUMK m.335 ve 336 birlikte değerlendirildiğinde de, "herkes" ifadesinin sırf üçüncü kişileri kapsadığı sonucuna kolaylıkla varılabilir. Bu halde, taraflar ve kanuni temsilcileri dışında herkes (daha doğrusu, üçüncü kişiler), tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadıkça, tanık olarak dinlenebilecektir<sup>482</sup>. Tarafların ve kanuni temsilcilerinin bilgilerinden ise isticvap (HUMK m.230 vd.) yoluyla yararlanılır. Kendilerinden isticvap yoluyla yararlanan kişiler, tanıklık ehliyetine sahip değildirlir. Böyle olmakla birlikte, mahcur veya on altı yaşından küçük olmaları nedeniyle isticvap yoluyla dinlenemeyen tarafların (HUMK m.231) belli bir vakıa hakkındaki bilgilerinden, tanık olarak dinlenmeleri suretiyle yararlanılabilmeleri

---

kişilerin ibraz mecburiyetine tabi olmasında ciddi tereddütler duyan Fransız hakimleri, NCP'nin bilincine varıp, ondan yararlanmakta ise gecikmemişlerdir. Örneğin, bir boşanma davası sırasında, eşin adresini belirtmeyi reddetmesi üzerine, hakim, valiliğe, bu adresi mahkemeye bildirmesini emretmekte tereddüt etmemiştir (Couchez, La production forcée, no.19).

<sup>480</sup> Daigre, La production forcée, s.209.

<sup>481</sup> Üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazı için aslında iki yol söz konusudur. Hakim, üçüncü kişiyi HUMK m.335 uyarınca tanık sıfatıyla mahkemeye çağırarak, ibrazı sözlü olarak emredebileceği gibi, bunu, üçüncü kişiye bir ihtarname göndermek suretiyle de yapabilir (Ersoy, s.754).

<sup>482</sup> HMK Tasarısı m.243'te, ancak üçüncü kişilerin davada tanık olarak gösterilebileceği açıkça vurgulanmıştır.

gerektiği ileri sürülmüştür<sup>483</sup>. Üçüncü kişi olarak kabul edilen fer'i müdahilin bilgisinden de, tanık olarak yararlanılabilir<sup>484</sup>. Aslında, fer'i müdahilin menfaatleri asıl davanın tarafı ile aynı yöndedir; başka bir deyişle, onun da davanın kazanılmasında menfaati vardır. Bu yüzden, fer'i müdahilin davada tanıklık yapamayacağı düşünülebilir. Çünkü, fer'i müdahilden, davadaki menfaati nedeniyle tarafsız tanıklık yapmasını beklemek zordur. Ancak, müdahilin davada menfaatinin bulunması, tanık olarak dinlenmesine engel değildir. Zira, kanun koyucu, davada menfaati bulunan üçüncü kişilerin de tanık olarak dinlenebileceğini; ancak, bu kişilerin yeminsiz dinlenmeleri gerektiğini HUMK m.247, f.1, b.5'te açıkça düzenlemiştir. Bu halde, müdahilin tanık olarak yaptığı açıklamalar, asıl tarafın menfaatine veya yaptığı işlemlere aykırı olsa bile, bu durumun artık bir önemi bulunmayacak; fer'i müdahilin tanık olarak yaptığı açıklamalar dikkate alınacaktır<sup>485</sup>. Aynı şekilde, davanın ihbar olunduğu kişi de, tanık olarak dinlenebilir.

“Üçüncü kişi” kavramının kapsamına, sırf özel kişiler değil, noterler ve diğer resmi memurlar da girer. Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 21/7/1987 tarihli bir kararında, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevinin özel kişilere olduğu kadar, resmi makamlara da dayatılabileceği açıkça vurgulanmıştır. Kararda, hakimin taraflardan birinin talebi üzerine üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını emretmeye yetkili olduğu; kuvvetler ayrılığı ilkesi görmezden gelinerek, üçüncü kişinin, resmi bir kurum olsa bile, elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmeye mecbur edilebileceği belirtilmiştir<sup>486</sup>. Oysa, kuvvetler ayrılığı ilkesine dayanan klasik kuram, medeni hakime, idari hakimin aksine idareye emir verme yetkisi vermemiştir. Aktif idare ile yargılama makamı arasındaki ayrılık ilkesi, hakimlere, her ne olursa olsun kamu hukuku tüzel kişilerinin yerine geçmeyi ve onlara emir vermeyi yasaklamıştır. Böyle olmakla birlikte, kural, daima bu şekilde uygulanamaz; özellikle yargılama hukuku alanında bu kuralın sınırları mevcuttur. Esas karara öncülük eden ibraz kararı, idari faaliyete gerçek anlamda zarar

<sup>483</sup> Kuru, C.3, s.2567; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.493; Üstündağ, s.732; Karafakih, s.200; Ertanhan, s.53 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.380; Tercan, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001, s.188. Pekcanitez, Atalay ve Özekes, tanık olabilmek için taraf olmamak gerektiği şeklindeki ifadenin tam olarak doğru olmadığını; çünkü, tarafın dinlenilmesi ile tanık olarak dinlenmenin birbirini kapsayan iki ispat şekli olduğunu; taraf olarak davada dinlenmiş olan kişinin tanık olamayacağını, taraf olarak dinlenilmemiş tarafın ise tanık olabileceğini; örneğin, kanuni temsilcinin taraf olmadığını, ancak isticvap edilmişse artık tanık olarak dinlenemeyeceğini belirtmişlerdir (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.507).

<sup>484</sup> Pekcanitez, Fer'i Müdahale, s.168; Tercan, İsticvap, s.188; Bilge/Önen, s.269.

<sup>485</sup> Tercan, İsticvap, s.189.

<sup>486</sup> Couchez, La production forcée, no.19.

vermemektedir. Bu karar, hakimin statüsüne özgüdür: Medeni hakim de, idari hakim gibi emreder, zorlar ve tehdit eder. Hakimin idari makamlara karşı sahip olduğu düzenleyici yetkisi burada kendisini meşrulaştırmıştır<sup>487</sup>. İdare, yargılama makamını görmezden gelemez. Kaldı ki, yargının bağımsızlığı ilkesi, idarenin bağımsızlığı ilkesinden daha kuvvetli bir ilkedir<sup>488</sup>. Bu sonuçtan hareketle, kanun koyucu, ibraz mecburiyetinin noterler ve diğer resmi memurlar için de söz konusu olduğunu açıkça öngörmüştür (HUMK m.322). Ayrıca, bir senedi aslı resmi bir dairede bulunduğundan ibraz edemeyen tarafın, o senedin aslının söz konusu daireden getirilmesini isteyebileceği de kabul edilmiştir (HUMK m.324)<sup>489</sup>. Ancak, bir noktada, noterler de ibrazdan kaçınabilirler. O da, HUMK m.245, f.1, b.4 uyarınca tanıklıktan çekinmek zorunda olmalarıdır. Çünkü, noterler ve noter çalışanları, meslekleri gereğince öğrendikleri sır sayılan hususlarda sır sahibinin izni olmadıkça, açıklama yapamazlar; başka bir deyişle, tanıklıktan çekinmeleri gerekir. Noterlik Kanunu m.54'te de, noterlerin ve noter katiplerinin, kendilerine bildirilen veya noterlik işlemleri nedeniyle öğrendikleri ve iş sahiplerinin maddi veya manevi menfaati bulunan ve sır sayılan hususları kanunun emrettiği haller dışında açıklamalarının yasak olduğu belirtilmiştir. Noterlik evrak ve defterlerinin gizliliğine ilişkin aynı Kanun m.55'te ise noterlerin sır saklama yükümlülüklerinin istisnası olarak görülebilecek bir hüküm yer almıştır. Şöyle ki, bu defterlerde yer alan bir husus dava konusu olmuşsa veya bir dava konusuyla ilgiliyse, noterlik defter ve kayıtlarının mahkeme tarafından incelenebileceği ve mahkemenin gerekli görmesi halinde, bu kayıtlarda yer alan hususlarda noterin veya noter çalışanlarının tanıklık yapmalarının istenebileceği düzenlenmiştir. Ayrıca, HUMK m.249'a göre, devlet hizmetinde bulunanlar, meslek sırrı ile bağlı oldukları vakıalar hakkında gerek hizmetlerinin devam süresi içinde, gerek hizmetten ayrıldıktan sonra, bağlı oldukları resmi makamın yazılı izni olmadıkça, tanık sıfatı ile dinlenemezler<sup>490</sup>.

Üçüncü kişiler tarafından ibrazı gereken belgeler, HUMK m.333 uyarınca "326. maddenin 2, 3, 4 üncü fıkralarında beyan olunan vesikalar"dır. Öncelikle belirtmek gerekir ki, üçüncü kişiler, HUMK m.326, f.1, b.2, 3 ve 4'te belirtilen (karşı tarafın elinde bulunan) belgeleri değil, bu bentlerde yazılı olan sebeplere dayanarak

<sup>487</sup> Daigre, La production forcée, s.199.

<sup>488</sup> Daigre, La production forcée, s.200.

<sup>489</sup> HMK Tasarısı m.220, f.2'de, belgenin aslını elinde bulunduran resmi makamların da, talep halinde onu mahkemeye vermek zorunda oldukları belirtilmiştir.

<sup>490</sup> Devlet sırrı ve tanıklık hakkında geniş bilgi için bkz. Ertanhan, s.93 vd.

kendi ellerinde bulunan belgeleri ibraz etmeye mecburdurlar. HUMK m.330, üçüncü kişilerin tabi olduğu ibraz mecburiyetini, HUMK m.326, f.1, b.2, 3 ve 4'te belirtilen belgelerle sınırlamıştır. Bir görüşe göre, bu, HUMK m.326, f.1, b.1'de belirtilen üçüncü kişilerin elinde bulunan belgelerin ibrazının emredilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Çünkü, bu bentte yazılı belgelerden (mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan senetlerden) HUMK m.330'da bahsedilmemiş olması, bu belgelerin nadiren üçüncü kişilerin elinde bulunmalarından kaynaklanmıştır. Oysa, taraflardan biri mahkemeye verdiği dilekçe ve layihalarda üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgeye dayanmış; iddiasını onunla ispat etmek istemiş olabilir. Kanunun açıkça yasaklamadığı bir hususu hakim takdir etmesine bir engel bulunmamaktadır. Böyle olunca, HUMK m.326, f.1, b.1, üçüncü kişiler hakkında da uygulanabilir<sup>491</sup>.

Üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazının emredilebilmesi için, taraflardan birinin, HUMK m.334, f.1 uyarınca bu belgenin içeriğini mümkün olduğunca (ve yazılı olarak) bildirmiş olması ve bu talebini, kural olarak delillerini bildirdiği sırada ileri sürmüş olması gerekir<sup>492</sup>. Hakim, bu talebi kabul ederse, söz konusu belgenin ibrazını emreder (HUMK m.334, f.2)<sup>493</sup>. Hakim, bu talebin davayı

<sup>491</sup> Belgesay, Şerh, s.249-250; Ersoy, s.753. HMK Tasarısı m.225, f.1'de ise böyle bir sınırlamaya gidilmemiş; mahkemenin, üçüncü kişi veya kurumun elinde bulunan herhangi bir belgenin ibrazını emredebileceği belirtilmiştir.

<sup>492</sup> HMK Tasarısı m.225, f.1'de, mahkemenin, üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin taraflarca ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olduğuna karar verirse, bu belgenin ibrazını emredebileceği belirtilmiş; söz konusu belgenin içeriğinin mümkün olduğunca (ve yazılı olarak) bildirilmesi gerektiğine yer verilmemiştir.

<sup>493</sup> Taraflar arasındaki uyuşmazlığın bir televizyon programı yapım sözleşmesinden kaynaklandığı bir olayda, davacı, akdin davalı şirket tarafından haksız olarak feshedildiğini ileri sürerek, uğradığı kar kaybı ve cezai şartın tahsilini istemiştir. Fesih, üçüncü kişi A.S.'nin başrol oyunculuğundan vazgeçmesi ve oyunun istenilen nitelikte olmamasına dayandırılmıştır. Ancak, davalı şirket A.S.'nin oynamaktan vazgeçtiğine ilişkin bir belge ibraz etmemiştir. Ayrıca, A.S., davalı şirketin tanık listesinde gösterildiği halde, dinlenmemiştir. Yargıtay 15. HD 24/1/2006 tarih ve 2005/2361 E., 2006/224 K. sayılı kararında, A.S.'nin tanık olarak dinlenmesi ve başrol oyunculuğundan vazgeçtiğine ilişkin elinde yazılı bir belge varsa, bu belgeyi HUMK m.334 uyarınca ibraz etmesi ve bu şekilde delillerin ikmalinden sonra fesihte hangi tarafın kusurlu olduğunun belirlenmesi gerekirken, eksik inceleme ile feshin haksız kabul edilmesinin doğru olmadığına hükmetmiştir (Pekcanitez/Taş Korkmaz/Meriç, s.513-514). Başka bir olayda, davalı kiracı olmadığını ileri sürmüş; davacı ise davalının vergi defterinde kiracı olduğuna ilişkin kayıt bulunduğunu ileri sürerek, bu defterin incelenmesini istemiştir. Davalı, söz konusu defter kontrol amacıyla maliyeye verildiğinden, onu getiremediğini, ancak getireceğini söylemiş; daha sonraki duruşmalara ise gelmemiştir. Yargıtay 6. HD. 13/11/1969 tarih ve 4200/4601 sayılı kararında, HUMK m.333 vd. uyarınca bu vergi defterinin maliyeden istenmesine ve gerekli incelemenin yapılmasına karar vermiştir (Kuru, C.2, s.2195, dn.389; Ersoy, s.753). Yargıtay 2. CD'nin 13/11/1980 tarih ve 1980/6934 E., 1980/8046 K. sayılı kararında, elinde bulunan belgeyi ibraz etmesi gerekirken, HUMK m.326, f.1, b.3 ve m.334, f.2 uyarınca mahkemece verilen emri yerine getirmediği anlaşılan sanığın TCK m.526, f.1 uyarınca cezalandırılmasında bir isabetsizlik bulunmadığına (Sınmaz/Karataş, s.568) hükmedilmiştir. Bu son karar açısından belirtmek gerekir ki, 1/6/2005'te yürürlükten kalkan eski TCK m.526, f.1'e göre, yetkili makamlar tarafından adli işlemler dolayısıyla ya da kamu güvenliği, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması düşüncesiyle, kanun ve nizamlara aykırı olmayarak verilen bir buyruğu

uzatmak amacıyla yapıldığı veya ağır ihmal sonucu olarak bu talebin zamanında yapılmadığı kanısına varırsa ve karşı taraf söz konusu belgenin ibrazını istemezse, üçüncü kişinin elinde bulunduğu iddia edilen belgenin incelenmemesine karar verebilir (HUMK m.306). Bunun dışında hakim, üçüncü kişinin elinde bulunduğu iddia edilen belgenin davanın ispatı için gerekli olduğu kanısına varırsa, talebi kabul ederek, üçüncü kişinin o belgeyi ibraz etmesini emreder<sup>494</sup>.

Üçüncü kişiler, HUMK m.335 uyarınca ellerinde bulunan belgeleri ibraz veya bu belgelerin nerede bulunduğunu beyan etmek üzere tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılabilirler. HUMK m.336'ya göre, üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazı emredildiğinde, üçüncü kişi, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı (HUMK m.245 ve 246) bulunmadıkça, ibraz kararına uymaya mecburdur. Uymazsa, kendisine tanıklar hakkındaki hükümler (HUMK m.253 ve 271) uygulanır.

### **b) Hakimın Emredebileceği İbraz Şekilleri**

Taraflardan biri, ileri sürdüğü vakıanın ispatı için kendi elinde bulunan bir senede dayandığında, bu senedin aslını ibraz edebileceği gibi, örneğini (suretini) de ibraz edebilir. İşte, taraflardan biri, diğer (karşı) tarafın elinde bulunan bir senedin ibrazını istediğinde, karşı taraf da, kural olarak bu senedin aslını veya suretini ibraz edebilecektir. Ancak, karşı taraf, HUMK m.321 uyarınca örneğini sunduğu bu senedin aslını da, diğer (ibrazı isteyen) tarafça veya mahkemece talep edildiğinde (davanın her aşamasında), bu senet telef veya zayi olmadıkça, ibraz etmeye mecburdur<sup>495</sup>. Böyle olunca, hakimın emredebileceği ibraz şekillerinden biri, senedin

---

dinlemeyen veya bu yolda alınmış bir önleme uymayan kişinin eylemi suç oluşturmaktaydı. Aynı tarihte yürürlüğe giren Kabahatler Kanunu m.32, bu emre aykırı hareket eden kişiye sırf para cezası verileceğini düzenleyerek, bu fiili suç olmaktan çıkarmıştır.

<sup>494</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.460.

<sup>495</sup> Yargıtay 12. HD'nin 15/9/1997 tarih ve 5184/5705 sayılı kararında, fotokopisi ibraz edilen faturanın aslının ibrazının gerektiğine (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.472, dn.285); 20/1/1997 tarih ve 1996/8850 E., 1997/61 K. sayılı kararında, davacıya yetki belgesi verilmediğini ileri sürmüş olan davalı fotokopisi ibraz edilen yetki belgesini kabul etmemiş sayılacağından, mahkemenin, kendisine, bu belgenin aslını ibraz ettirmesi gerektiğine (bkz. Kazancı hukuk otomasyonu) hükmetmiştir. HMK Tasarısı m.220, f.1'de de, belgenin sırf örneğinin mahkemeye verildiği durumlarda, mahkemenin re'sen veya taraflardan birinin talebi üzerine belgenin aslının verilmesini de isteyebileceği belirtilmiştir. İsv. Taslağı m.173, f.1 uyarınca da, belgelerin suretleri verilebilirse de, mahkeme, asıllarının veya onaylı suretlerinin verilmesini isteyebilir (Atalı, İsv. Taslağı, s.158). CPCN m.259, f.2'de duruma göre, tarafların belgenin suretini veya özetini ibraz etmelerine izin verilebileceği belirtilmiştir. CPCN m.256 uyarınca bir belgenin sureti ibraz edildiğinde, hakim, talep üzerine veya re'sen bu belgenin aslının ibrazına karar verebilir (Bohnet, s.417, 414). Aynı Kanun m.260 uyarınca belge özet veya suret olarak ibraz edildiğinde, hakim kontrolünün yapılması veya orijinaline uygun



aslını ibrazdır. Hakim, buna, talep üzerine veya re'sen karar verebilir. Hakimin bu emrine rağmen, karşı taraf, senedin aslını, zayi veya telef olduğundan, mahkemeye ibraz edemezse, noterlikçe onaylı olmayan adi senet suretleri (örneğin, noterlikçe onaylı olmayan adi senet fotokopisi) delil teşkil etmeyecektir<sup>496</sup>. HUMK m.323, f.1 ve 2 uyarınca aslının mahkemeye sunulması zor olan belgeleri hakim yerinde inceleyebilir veya bilirkişiye incelettirebilir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası uyarınca başka bir mahkemeye gönderilmesi zor olan senet aslı davaya bakan mahkeme adına o yer mahkemesince istinabe yoluyla incelenir<sup>497</sup>. Bir senedi aslı resmi bir dairede (veya noterde) olduğu için ibraz edemeyen taraf, senet aslının o daireden getirilmesini isteyebilir (HUMK m.324). Ayrıca, mahkeme, telgrafların aslını veya suretini ve telgraf haberleşmesi hakkındaki her türlü bilgiyi isteyebilir ve PTT idaresi bu isteği yerine getirmekle yükümlüdür (406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu m.9).

Taraflardan biri, iddiasını ispat amacıyla yabancı dilde yazılmış bir belgeyi mahkemeye ibraz ettiğinde, ona Türkçe tercümesini ilâştirmek zorundadır<sup>498</sup>. Hakim veya karşı taraf bu tercümeyi kabule değer görmezse, belgenin resmen tercüme ettirilmesi emredilebilir (HUMK m.325)<sup>499</sup>. Bu halde, yabancı dildeki bu belgeyi

---

olup olmadığını saptamak için, gerekli önlemlerin alınmasını emredebilir. Böylece, hakim, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi uyarınca belgenin suretini ibraz eden kişiyi bir ara kararla aslını ibraz etmeye mahkum etmek yerine, suretin aslına uygunluğuna karar vermekle yetinebilir. Dosyaya aslıyla konulan suretin uygunluğuna itiraz edilmezse, suretin aslına uygun olduğu kabul edilmiş sayılır. Hakim, gerekli görürse, suretin aslını isteyebilir ya da takdir yetkisini kullanarak, ispat yüküne ilişkin genel kurallar çerçevesinde suretin ispat gücünü değerlendirebilir (Bohnet, s.419).

<sup>496</sup> Kuru/Arslan/Yılmaz, s.457. Yargıtay 13. HD'nin bu yöndeki 22/9/1988 tarih ve 2652/4125 sayılı kararı için bkz. Kaçak, İspat Rehberi, s.392; Kaçak, Kanun, s.1266. Senedin aslı HUMK m.294'teki şartlarda kaybolmuşsa, ancak bu madde uyarınca tanık dinlenebilir. Senedin varlığı, bu hal dışında tanıkla ispat olunamaz. Yargıtay 4. HD'nin bu yöndeki 21/3/1951 tarih ve 2704/2146 sayılı kararı için bkz. Kuru, C.2, s.2185 (Ancak, Kuru, senet fotokopisinin yazılı delil başlangıcı sayılarak, HUMK m.292 uyarınca tanık dinlenebileceği görüşündedir. Yargıtay HGK'nın aksi yöndeki 21/4/1993 tarih ve 15-17/170 sayılı kararı için bkz. Kaçak, İspat Rehberi, s.392; Kaçak, Kanun, s.1266).

<sup>497</sup> HMK Tasarısı m.222, mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgelerin, hakim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde inceleneceğini ya da bu belgelerin mahkemeye sunulmuş örneklerinin asıllarıyla karşılaştırılacağını, inceleme sonunda bir tutanak düzenleneceğini ve gerekli görülürse uygun teknik araçlarla belgenin aslının kaydedileceğini; mahkemenin bu yöndeki emrinin yerine getirilmesine haklı bir sebep olmaksızın engel olunması halinde, hakimin, engel olan kişiyi sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk lirasından beşbin Türk lirasına kadar disiplin para cezasına mahkum edeceğini, gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebileceğini düzenlemiştir. CPCN m.255, buldukları yerden getirilemeyecek olan belgeler söz konusu ise, hakimin bu belgeleri ya bizzat kendisinin inceleyeceğini ya da bilirkişiye incelettireceğini belirtmiştir (Bohnet, s.413).

<sup>498</sup> Yargıtay 19. HD'nin bu yöndeki 21/3/1996 tarih ve 6509/2663 sayılı kararı için bkz: Kaçak, Kanun, s.1267.

<sup>499</sup> Aynı şekilde HMK Tasarısı m.226'da, yabancı dilde yazılmış belgeye dayanan tarafın, tercümesini de mahkemeye sunmak zorunda olduğu; mahkemenin re'sen veya diğer tarafın talebi üzerine belgenin resmi tercümesini de isteyebileceği belirtilmiştir. CPCN m.259, "Yabancı dildeki belgeler" başlıklı olup, "Fransızcadan başka bir dilde bir belge ibraz eden taraftan, bu belgeyi tercüme ettirmesi istenebilir. Bu tercümeyi yaptırmaz veya yaptırır da ibraz edilen tercümeyle itiraz edilirse, hakim, resmi tercüme yapılmasına karar verebilir" şeklindedir. Burada yargılama dilinin Fransızca olması

tercüme ettirmek, onu ibraz edene düşer<sup>500</sup>. Taraf, nispeten hacimli bir belge ibraz ettiğinde, bunun sırf bir kısmının davanın esası için faydalı olduğu anlaşılıyorsa, karşı taraf, diğer bölümlerinin de tercüme ettirilmesini isteyememelidir. Çünkü, böyle bir talep, hiçbir yasal menfaate cevap vermez ve hukukun işleyişini gereksiz yere zorlaştırır<sup>501</sup>. Kural, tercüme ettirme yükümlülüğünün ibraz eden tarafa ait olduğu ise de, taraflardan biri, diğer (karşı) tarafın elinde bulunan yabancı dildeki bir belgenin ibrazını istediğinde, ibraz edilen belgeyi tercüme ettirmek, bu kere ibraz isteyen tarafa düşmelidir. İbrazi isteyen tarafa düşen tercüme ettirme yükümlülüğü, üçüncü kişilerin elinde bulunan ve bunlar tarafından ibraz istenen yabancı dildeki belgeler için de geçerlidir. HUMK m.325'teki kural, hakimin ibrazı re'sen emretmesi halinde uygulanır. Sırf bu halde yabancı dildeki belgeyi tercüme ettirmek, ibraz edene (karşı taraf ya da üçüncü kişiye) düşer<sup>502</sup>.

İbrazi istenen belgenin aslı ya da sureti ibraz edilebileceği gibi, hakim, iki başka ibraz şekli arasında da seçim yapmak imkanına sahiptir. Buna göre, öncelikle hakim, gerekli görürse ve buna bir engel de yoksa, belgenin bütün olarak ibrazına karar verebilir. Bu halde, söz konusu belgenin aslının ibrazını emredebileceği gibi, sureti ile de yetinebilir. Ayrıca, hakim, ibrazı istenen belgenin sırf bir kısmının duruşmalara getirilmesini gerekli görmüşse, kısmi ibrazı da emredebilir. Bu halde hakimin, en kolay ve en emin yolu seçmesi gerekir. Aranan pasaj iyi belirlenmişse, parçanın hazırlanması işi elde bulundurana bırakılmalıdır<sup>503</sup>. Bu, yapabilirse, belirlenmiş pasajı belgenin geri kalanından maddi olarak ayıracaktır. Yoksa, emin bir teknikle kopya (uygun kabul edilmiş suret veya fotokopi) alacaktır. Bir araştırma gerekliyse, hakim tarafından tayin edilmiş tarafsız bir kimseye (teknisyene) emanet edilmelidir. Parçanın ibrazı, belgenin geri kalanına saygı göstermeye izin verir. İbrazi, çoğunlukla belgenin avukatlar arasında transferiyle yapılacaktır. Onların yokluğunda, belge, mahkeme kalemine verilecek ve yerinde incelemeye sunulacaktır<sup>504</sup>. Belgenin bir kısmının ibrazına, ticari defter ve belgelerin ve hesap defterlerinin onaylı

---

konusunda kazanılmış bir hak vardır. Talep olmadığında, karşı taraf tercümeden vazgeçmiş kabul edilir (Bohnet, s.415). İsv. Taslağı m.173, f.3'te de, yabancı dildeki belgelerin bir tercümesinin hakimin emri veya taraflardan birinin isteği üzerine mahkemeye verileceği, mahkemenin tercümeyle bir bilirkişiye yaptırabileceği veya kontrol ettirebileceği düzenlenmiştir (Atalı, İsv. Taslağı, s.158).

<sup>500</sup> Yargıtay 2. HD'nin 25/4/1974 tarih ve 1369/2438 sayılı kararında, hiç kimsenin hasmının ibraz ettiği yabancı dilde yazılmış belgeyi Türkçeye çevirmeye zorlanamayacağı, bu görevin ibraz edene düştüğü açıkça belirtilmiştir (Kuru, C.2, s.2186; Kaçak, İspat Rehberi, s.394; Kaçak, Kanun, s.1267).

<sup>501</sup> Bohnet, s.415.

<sup>502</sup> Bohnet, s.415, 419.

<sup>503</sup> Daigre, La production forcée, s.214.

<sup>504</sup> Daigre, La production forcée, s.215.

sayfalarının ibrazında rastlanır. Zira, ticari defter ve belgeler geniş hacimli belgeler olduklarından, bunların sırf ihtilafla ilgili kısımlarının suretlerinin çıkartılacağı veya sırf onlar üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılacağı (TTK m.80) ve hesap defterlerinin de sırf ihtilafla ilgili kısımlarının onaylı sayfalarının ibraz edileceği (HUMK m.327) kabul edilmiştir.

### c) Hakimın Vereceği İbraz Süresi

Hakimin ibraz için vereceği süre, Kanunda belirtilmemiştir. HUMK m.332'de, "...kararda tayin olunan müddet zarfında" karşı tarafın ibrazı emredilen belgeyi ibraz veya yemin etmemesinin yaptırımını açıklanmıştır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, ibrazın süresini belirlememiştir. Öyleyse, bu süreyi hakim belirleyecektir<sup>505</sup>. Hakim, bu süreyi, tarafların durumu, işlemin niteliği gibi hususları dikkate alarak belirleyecek; ne yargılamanın gereksiz yere uzamasına sebep olacak kadar uzun bir süre, ne de tarafların davaya yeterince etki edebilmelerini engelleyecek, duruma göre hukuki dinlenilme hakkının ihlali sayılabilecek kadar kısa bir süre verecektir<sup>506</sup>. Hakim, ibrazın gerçekleştirilmesi için gerekli olan süreyi zorluklar oranında belirleyecektir. İbrazın, bununla yükümlü olan kişinin üzerinde imkansız bir yükümlülük olarak ağırlığını hissettirmesinden kaçınarak ve aynı zamanda prosedürün yavaşlamamasını da sağlayarak, doğru ölçüyü hakim dikkatlice saptayacaktır<sup>507</sup>.

Bilindiği gibi, hakim tarafından belirlenen süreler, kural olarak kesin değildirler. HUMK m.159 uyarınca hakim, iki tarafı dinledikten sonra, makul sebeplere dayanarak, belirlediği süreyi azaltıp çoğaltabilir. Hakim, süre verirken bu sürenin kesin olduğunu belirtmemişse, HUMK m.163 uyarınca süreyi geçiren taraf yeni bir süre verilmesini isteyebilir. İlk verilen süre içinde işlemi yapamamış olan tarafa ikinci bir süre verilebilmesi için tarafın mazeret göstermesi veya ispat etmesi aranmaz. Hakimın bu talep üzerine vereceği ikinci süre, kararında belirtilmemiş olsa bile, kesindir ve bir daha süre verilemez (HUMK m.163). O halde, ilk verilen süre

<sup>505</sup> HMK Tasarısı m.224, f.1'de ise mahkemenin belgenin ibrazı için vereceği sürenin kesin süre olduğu belirtilmiştir. Buna göre, kararda belirtilen kesin süre içinde taraf belgeyi ibraz etmekten kaçınırsa, bunun sonucu, onu bir daha ibraz edememesidir. Taraflar için öngörülmüş olan bu kesin süre hakim tarafından azaltılıp, çoğaltılamaz. Hakim süreye uyulup uyulmadığını re'sen gözetir.

<sup>506</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.154.

<sup>507</sup> Daigre, La production forcée, s.215.

içinde ibrazın imkansızlığı anlaşılırsa, hakim süreyi uzatabilir. Bu durumda verilen süre kesin olup, ibrazdan kaçınma halinde yine HUMK m.332 uygulanır. Bununla birlikte, hakim, süre verirken bu sürenin kesin olduğunu da kararında belirtebilir (HUMK m.163)<sup>508</sup>. Ancak hakim, sürenin kesin olduğuna karar verirse, bunu kararında açıkça belirtmesi, süre içinde yapılacak işlemi ve süreye uymamanın müeyyidesini de açıkça göstermesi gerekir. Elbette ki, bu maddenin gösterdiği sonucun uygulanabilmesi (ibrazı isteyen tarafın belgenin içeriği hakkındaki beyanının gerçek kabul edilmesi), her durumda ibrazdan kaçınma hususunda tarafın gerçek bir mazeretinin bulunmaması veya böyle bir mazereti varsa bile, kendisine verilen süre içinde bunu beyan ve ispat edememiş olmasına bağlıdır.

#### **4) İbraz Kararına Karşı Başvurulabilecek Hukuki Çare**

İbraz talebinin kabulü ya da reddi kararı, bir mahkeme ara kararıdır. Bilindiği gibi, ara kararları, davaya son vermeyen, sadece onu yürütmeye (ilerletmeye) yarayan kararlardır. Hakim, yargılamayı yürütmek için, davada bir çok ara kararı verir. Tüm bu kararların ortak niteliği, hakim bu kararları vermekle davadan (işten) elini çekmeyip, ona devam etmesidir. Kural olarak hakim, verdiği ara kararından dönebilir (rücu edebilir). Çünkü, ara kararları, kural olarak taraflardan biri lehine usuli kazanılmış hak doğurmaz. Bu halde, hakim ara kararından dönebileceğine ilişkin kuralın tek istisnası, usuli kazanılmış hakkın bulunmasıdır. Hakimin bir tarafa teklif ettiği re'sen yemin kararından dönmemesi, üst mahkemenin bozma kararına uyan mahkemenin bu uyma kararıyla bağlı olması (sonradan bozmaya uyma kararından dönerek, direnme kararı verememesi), bu kararların usuli kazanılmış hak doğurması sebebiyledir. Ara kararı, davayı sona erdirmedeğinden (daha doğrusu, nihai karar olmadığından), tek başına temyiz edilemez; ancak esas hükümle (nihai kararla) birlikte temyiz edilebilir. Hukukumuzda ara kararları için kabul edilmiş bir hukuki çare mevcut değildir. Sırf bazı kararlar için (bkz. HUMK m.55, 107, 218 ve 402) aynı mahkemeye itiraz imkanı tanınmıştır. Bunun dışında, bir taraf, karşı taraf lehine usuli kazanılmış hak doğurmamış olan ara kararından dönmesini hakimden isteyebilir<sup>509</sup>. Buna göre, ibraz talebinin kabulü ya da reddi kararı, ancak esas

<sup>508</sup> "...kendi elinde olan bilgi ve delili vermeyen tarafa kat'i mehil verilmesi gerektiği" şeklindeki Yargıtay TD'nin 22/11/1955 tarih ve 6579/7560 sayılı kararı için bkz. Ersoy, s.750.

<sup>509</sup> Kuru, C.3, s.2998-3004; Üstündağ, s.787-790; Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s.470-471; Kuru/Arslan/Yılmaz, s.532; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.522.

hükümle birlikte temyiz edilebilecek; hakim, usuli bir hak doğurmayan bu kararından yargılama bitinceye kadar dönebilecektir.

CPCN m.261’de, bir belgenin ibrazı mecburiyeti konusunda ihtilaf olması halinde, hakimin bu ihtilafı bir ara karar (*judgement incident*) ile çözüme bağlayacağı düzenlenmiştir. Burada, delillerin ikamesinde aktif bir rol almayı amaçlayan özel bir “itiraz” söz konusudur. Hakim, birbirini takip eden iki karar alma imkanına sahiptir: İlkinde, bilirkişi ilkesini kabul edebilir; ikincisinde, karşı tarafa veya üçüncü kişiye söz konusu delilin ikamesinde işbirliğinde bulunma emri verebilir. Bu sistemde hakim, ilk kararını vermek için, ilgilileri delil ikamesinde işbirliği yapmaya doğrudan veya dolaylı olarak zorlamak yolunu aramaksızın, bilirkişi ilkesinin kabul edilip edilmemesinin davanın esası için faydalı olup olmadığını inceler. Zorlama yolunun söz konusu olmadığı varsayımında bile, ilgililerin kendiliğinden tabi oldukları durum için bu ilkeyi kabul etmekte fayda bulunabilir. İki dereceli bu sistem, belgelerin ibrazı konusundaki Neuchâtel mahkemelerinin yerleşik içtihadına tamamen uygun düşer. Kuşkusuz, re’sen hareket ilkesi (*maxime d’office*), iş mahkemesi başkanının, gerçeğin ortaya çıkarılmasına fayda sağlayacağını düşündüğü tamamlayıcı bir önleme başvurusuna izin vermiştir. Ancak, hakim, bunu yaparken, tarafların hukuki dinlenilme hakkına saygı göstermek zorundadır. Bu hak, içtihadın verdiği tanıma göre, sırf tarafların gösterilen delillerden haberdar edilmelerini içermez; aynı zamanda, yargılananın kendisi aleyhine karar verilmeden önce açıklamada bulunabilme hakkını da içerir. Bu son söylenen, Neuchâtel iş mahkemesi hakimleri tarafından bilmezden gelinmiştir. Kendisine karşı başvurulabilecek hiçbir acil hukuki çare öngörülmemiş olan hakimin ibraz kararı, ilgilileri çok kısa bir süre içinde (otuz gün) ve cezai (İsv.CK m.292) ve usuli yaptırımlar altında ibraza mecbur etmektedir. Neuchâtel hakimi, bunu, ilgililere iş sırları konusunda ele geçirilen belgelerin kabul edilebilirliği hakkında ileri sürebileceklerini düşündükleri itirazları değerlendirme, gerektiğinde bu sırların korunması için önlem alınmasını isteme fırsatı vermeksizin yapmaktadır<sup>510</sup>. Bu nedenle, ilgilinin bu konudaki itirazının bu madde uyarınca bilirkişi aracılığıyla değerlendirilmesi gündeme gelmiştir. Burada, hukuki dinlenilme hakkını ilkeleştiren CPCN m.221 ile bir bağlantı kurulabilir. Zira, bu maddede, her ne kadar tarafların dosyaya girmiş belgelerden haberdar edilmeleri gerektiği vurgulanmışsa da, hukuki dinlenilme hakkına tarafların ya da üçüncü kişilerin iş

<sup>510</sup> Bohnet, s.420.

sırları gibi üstün bir menfaatin bulunması halinde istisna getirilebileceği ve bilirkişinin gerektiğinde tarafların yokluğunda gerçekleştireceği inceleme sonucunda hakimin söz konusu delil hakkında aydınlatılacağı düzenlenmiştir. Böyle olunca, bu iki maddenin (CPCN m.221 ve 261) birlikte değerlendirilmesi sonucunda, hakimin söz konusu itiraz üzerine ibraz mecburiyetine üstün gelen bir hakkın bulunup bulunmadığını bilirkişi ilkesine başvurarak takdir edeceği ve böyle bir üstün hakkın bulunmadığı sonucuna varırsa, ilgiliyi söz konusu delilin ikamesi için işbirliği yapmaya mecbur edeceği söylenebilecektir. Belirtmek gerekir ki, CPCN m.261’de yer alan itiraz üzerine verilecek kararın, her ne kadar içtihat bu konuda tam olarak belirlenmemiş olsa da, temyiz yoluyla bertaraf edilebileceği söylenmiştir<sup>511</sup>.

Fransız hukukunda, ibraz kararına karşı başvurulabilecek hukuki çare veya çareler, bu kararın yöneltildiği kişiye göre farklı şekilde düzenlenmiş; bu çerçevede, taraflara ve üçüncü kişilere farklı olanaklar sunulmuştur. Tarafların başvurabileceği hukuki çareler, basit bir kuraldan kaynaklanmaktadır. Bu kural, ibraz kararının bir hukuk öncesi karar (*décision avant-dire droit*) olmasıdır. Bu yüzden, burada, istinaf (*appel*) ve itiraz (*opposition*) rejimlerinden bahsedilebilir. Hukuk öncesi kararları, bugün esas hakkındaki kararlarla birlikte istinafa tabidirler (NCPC m.545). Karar, düzenlenmesinde esasın bir kısmını çözüme bağlıyorsa, istinaf ivedilikle mümkün hale gelmektedir (NCPC m.544). Çünkü, esasa ilişkin bir sorunu çözüme bağladığından, bir kısmi nihai karardır. Böylece, durum, nihai kararlarla birlikte istinaftır. Ancak, bu istisna, karar tahkikat hakimi tarafından verildiğinde, yürümez; tahkikat hakimi, esas hakkında karar vermeye yetkili değildir. Bu hakimin emirlerine karşı, nihai kararlarla birlikte istinaf yolu kesinlikle açık değildir (NCPC m.776)<sup>512</sup>. İtiraz yolunun ibraz mecburiyeti alanında açık olup olmadığı meselesi ise kanun koyucu tarafından çözümlenmemiştir. Böyle olmakla birlikte, hiçbir genel hükümde, bir hukuk öncesi karar olan ibraz kararına karşı bu yolun yasaklanmamış olduğu; *a priori* ibraz talebi reddedilen davacının bu yola başvurabileceği düşünülebilir. Ancak, çözüm bu kadar kesin değildir. Bunun iki sebebi vardır. Birincisi, tahkikat hakimi önünde itirazın kabul edilmemesidir (NCPC m.776). Bundan, ibraz kararını ilan eden hakime göre itiraz yolunun açık olup olmadığının belirleneceği sonucu çıkacaktır. İkinci sebep ise tahkikat hakimi önünde çözümü belirlemeye davet etmektedir. Şöyle ki, hukuk öncesi kararları arasında itirazın açık olarak kapalı

<sup>511</sup> Bohnet, s.420.

<sup>512</sup> Daigre, La production forcée, s.220.

olduğu bir kategori mevcuttur ki, bu, gerçek anlamda tahkikat kararlarıdır. Tahkikat önlemleri alt başlığında yer almasına rağmen (NCPC m.150), bu ilkenin kesinlikle ibraz kararı için de geçerli olacağı; zira, ibraz mecburiyetinin yeni tipte bir tahkikat önlemi olarak görüldüğü; bu halde, burada da gerçek anlamda tahkikat önlemlerinde söz konusu olan (sulandırıcı başvurulardan kaçınmak gerektiği yönündeki) kuralın uygulanacağı söylenmiştir<sup>513</sup>.

Fransız hukukuna göre üçüncü kişilerin başvurabileceği hukuki çare veya çarelere gelince, üçüncü kişilerin orijinal bir başvuru imkanından (*référé au juge*) yararlandıkları söylenmelidir. Üçüncü kişi, davaya yabancı bir kişi olduğundan, davanın esası hakkında hüküm verilmeden önce, kural olarak kendi def'ini ileri süremeyecektir. NCPC m.141'de ise üçüncü kişinin, hakimin verdiği emri geri çekmesi için, bu yolla def'ini ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Böylece, nihai karardan önce de, ibraz kararının yeniden gözden geçirilmesi sağlanabilecektir. Üçüncü kişi, sırf bir halde bu başvuru imkanından yararlanamaz. O da, hakimin ibraz kararını bir bilirkişinin talebi üzerine vermiş olmasıdır<sup>514</sup>. Burada mesele, üçüncü kişinin itirazı yolunun (*tierce opposition*) ibraz kararına karşı açık olup olmadığı ve açık ise bu kere üçüncü kişinin, bu başvuru imkanı (*référé au juge*) ile itiraz yolu arasında seçim hakkına sahip olup olmadığıdır. *A priori* hiçbir metin, üçüncü kişinin itirazı kurumunun uygulanmasını yasaklamamıştır. Önceden oldukça tartışmalı olan bu kurum, bugün mükemmel bir şekilde hukuk öncesi kararlarına karşı kabul edilmiştir. O halde, üçüncü kişinin itirazının, ibraz kararına karşı başvurulabilecek bir hukuki çare olduğu söylenebilir. Böyle olmakla birlikte, bu özel prosedürün (*référé au juge*) varlığı, üçüncü kişinin itirazının kabul edilebilirliğini kuşkuya düşürmektedir. Hiçbir metin doğrulaması bile, NCPC m.141'in öngördüğü imkanın üçüncü kişinin itirazını dışladığı; ikisinin birlikte uygulanabileceğini kabul etmenin Kanuna hakim olan mantık arayışına da ters düşeceği; üçüncü kişinin itirazının hukuk öncesi kararlarına karşı kapalı bir yol olduğu; oysa, "*référé au juge*"ün, hukuk öncesi kararlarına karşı başvurulmuş bir yol olup, ibraz kararına ve onun da ötesinde

<sup>513</sup> Daigre, *La production forcée*, s.220. Ayrıca, taraflara yükletilen ibraz mecburiyeti açısından ibraz kararının yasal olarak sırf uyarması ve hakimin, tarafların avukatlarını bu karardan önce açıklama yapmaları için davet etmesi (NCPC m.774) gerektiği de ileri sürülmüştür. Bunun nedeni, savunma hakkına saygının esas olması, buna aykırılığın bir bozma nedeni teşkil etmesidir (Daigre, *La production forcée*, s.208).

<sup>514</sup> Guinchard, *Droit et pratique*, s.682.

tüm tahkikat önlemlerine ilişkin kararlara karşı uygulandığı belirtilmiştir<sup>515</sup>. Bu orijinal kanun yolunda, hakim, üçüncü kişinin ibraz kararından dönülmesine ilişkin talebini reddederse, üçüncü kişi artık NCPC m.141'e göre istinaf kanun yoluna başvurabilir. Üçüncü kişi, istinaf yoluna hakim bu ret kararına karşı ve bu karara hükmedilmesinden itibaren on beş gün içinde gidebilir. Dikkat çekici husus, NCPC m.141'de birbirinden bağımsız iki ayrı kanun yolunun değil, birbirini takip eden kademeli kanun yollarının düzenlenmiş olmasıdır<sup>516</sup>.

## **B- İbraz Kararına Uyulmamasının (İbrazdan Kaçınmanın) Sonuçları**

### **1) Karşı Tarafın İbrazdan Kaçınmasının Sonuçları**

Hakimin ibraz talebini kabul ederek ibrazı emretmesine rağmen, bu emrin ifasından keyfi olarak kaçınan karşı tarafın bir takım yaptırımlara maruz kalacağı şüphesizdir. Aksi halde, senedatin ibrazı mecburiyeti işlevsiz bir kurum haline dönüşür. Kanun koyucu, kendisinden elinde bulunan bir belgenin ibrazı istenen karşı tarafın ibrazdan kaçınmasının sonuçlarını (yaptırımlarını), ibraz talebi üzerine nasıl davrandığına göre belirlemiştir. Karşı taraf, yazılı ibraz talebi üzerine esas itibarıyla üç şekilde davranabilir. Şöyle ki, karşı taraf, ya kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu bildirir (ikrar eder) veya bu talebe rağmen sessiz kalır (böylece belgenin elinde bulunduğunu ikrar etmiş sayılır) ya da söz konusu belgenin elinde bulunduğunu inkar eder.

İlk iki varsayımda; yani, karşı tarafın kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu ikrar etmesi veya yazılı talebe rağmen cevap vermemek suretiyle ikrar etmiş sayılması hallerinde, ibrazdan kaçınmasının sonucu aynıdır. Buna göre, belgeyi ibraz etmesine karar verilen karşı taraf kararda gösterilen süre içinde onu ibraz etmezse ve ibraz edememesinin gerçek bir mazerete dayandığını ispat da edemezse, hakim, HUMK m.332 uyarınca ibraz edilmemek konusundaki maksadı da nazara alarak, diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanını kabul edebilir<sup>517</sup>. Buna göre, hakim, ibrazı isteyen tarafın bu beyanını onun

<sup>515</sup> Daigre, La production forcée, s.222.

<sup>516</sup> Guinchard, Droit et pratique, s.682.

<sup>517</sup> “Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, onu ibraz etmemek için az çok bir makul sebep gösterir; örneğin, belgenin üçüncü kişinin elinden alınmasının veya bulunduğu yerden getirilmesinin zor ya da masraflı olduğunu bildirir; bu durumda, mahkeme durumu takdir eder” Belgesay, Şerh,



lehine delil sayabilir<sup>518</sup>. Kanuni delille ispatı gereken bir işlemin de, bu şekilde ispat edilmiş sayılabileceği söylenmiştir<sup>519</sup>. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, bu konuda hakime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Buna göre, örneğin, diğer (ibrazı isteyen) tarafın vermiş olduğu onaysız senet suretinin (veya fotokopinin) aslına uygun olduğunu kabul edebilir; ibrazı isteyen taraf böyle bir suret (veya fotokopi) göstermemiş olsa bile, ibrazı istenen senedin içeriği hakkındaki beyanı ispat edilmiş sayılır<sup>520</sup>. Ancak, bunun için, ibrazı isteyen tarafın, daha önceden karşı tarafı ibrazını istediği belgenin içeriği hakkında yeterince bilgilendirmiş olması gerekir (HUMK m.329).

Üçüncü varsayımda; yani, hakimin karşı tarafın elinde bulunan bir belgenin ibrazını emretmesine rağmen, karşı tarafın söz konusu belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi (belgenin elinde bulunmadığını bildirmesi) halinde<sup>521</sup>, bunun sonucu, ibrazı isteyen tarafın HUMK m.331'e göre karşı (inkar eden) tarafa, "böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde onu bulamadığına ve kendisinin (ibrazı isteyen tarafın) kullanmasına imkan vermemek amacıyla ortadan kaldırmadığına, yok etmediğine, saklamadığına, onun nerede veya kimin elinde bulunduğunu bilmediğine" dair yemin teklif etmesidir<sup>522</sup>. İnkâr halinde, ibrazı

---

s.249. Yargıtay TD'nin "...davalı avukatının mesleki vazifesi sebebiyle duruşma günü temyiz murafaası için Ankara'da bulunması, verilen mehiller içerisinde ticari defterlerini şahsen veya müvekkili eliyle mahkemeye ibraz etmesine engel değildir" şeklindeki 19/10/1962 tarih ve 1962/2961 E., 1962/3580 K. sayılı kararı için bkz. Doğanay, Şerh, s.489-490, dn.71. Yargıtay 4. HD'nin 27/1/1967 tarih ve 11198/585 sayılı kararında, makbuz şerhini taşıyan belge alacaklıda bulunmaktayken gerçek bir özre göre ibraz edilemez duruma düşüyse, HUMK m.332 uyarınca özrün gerçek olduğunu ispat yükünün belgeyi elinde buldurana düşeceğine ve davacı çalınmayı ispat edemezse, ödemenin kabulü gerekeceğine (Kuru, s.2192, dn.382; Ersoy, s.753; Kaçak, İspat Rehberi, s.397); Yargıtay TD'nin 27/12/1957 tarih ve 3165/2758 sayılı kararında, mahkemece davalının elinde olduğu anlaşılan pusulaların ibrazına karar verildiği halde, bunları ibraz etmeyen ve bunların elinden çıktığını ispat da edemeyen davalının HUMK m. 332'ye göre bu pusulalar münderecatını kabul etmiş sayılması gerektiğine (Ersoy, s.753; Kuru, C.2, s.2192) hükmedilmiştir. HMK Tasarısı m.224, f.3'te de, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın, kendisine verilen sürede delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermemesi halinde, mahkemenin duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer (ibrazı isteyen) tarafın beyanını kabul edebileceği belirtilmiştir.

<sup>518</sup> Kuru, C.2, s.2192.

<sup>519</sup> Postacıoğlu, Dersler, s.632.

<sup>520</sup> 1925 tarihli kaynak CPCN m.268 konuyu daha açık bir şekilde ifade etmekteydi. Gerçekten de, bu maddede, belgeyi ibraz etmesine karar verilen tarafın kararda belirlenen süre içinde onu ibraz etmemesi halinde, mahkemenin durumu serbestçe takdir edeceği ve diğer tarafın vermiş olduğu senet kopyasının doğru (aslına uygun) olduğunu kabul edebileceği belirtilmekteydi (Kuru, C.2, s.2192, dn.380).

<sup>521</sup> Karşı tarafın yazılı ibraz talebine karşı sükut edip, elinde bulunan belgeyi ibraz etmesine karar verildikten sonra söz konusu belgenin elinde bulunduğunu inkar etmesi ise dikkate alınmaz (Ersoy, s.749).

<sup>522</sup> Görüldüğü üzere, elinde karşı tarafın iddiasını ispata yarayabilecek belge bulunan taraf, bu belgeyi onun talebi üzerine Kanunun tayin ettiği hallerde ibraz etmeye mecbur olduğu gibi, ibrazının istenmesine engel olmamak için onu imha etmemek ile de yükümlüdür. Kanun, ibrazla yükümlü olan

isteyen taraf, karşı tarafın belgeyi elinde bulundurduğu konusunda başka bir delil ikame edemez; sırf bu yemini teklif edebilir<sup>523</sup>. Böyle olmakla birlikte, ibrazı istenen belgeyi kaybettiğini iddia eden tarafa yemin teklif edilmesinin (başka bir deyişle, davanın elinde bulunan belgeyi ibraz etmeyen taraf aleyhine sonuçlandırılmasının) zorunlu olmadığı; karşı tarafın söz konusu belgeyi kaybettiğini kanaat verici delillerle ispat edebileceği; edemezse, ibrazı isteyen tarafın kendisine doğru söylediğine ilişkin yemin verebileceği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, her ne kadar HUMK m.331'de kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden karşı tarafa yemin teklif edileceği belirtilmiş ve bu yeminin formülü gösterilmişse de, bu hüküm, ibrazı isteyen tarafın karşı tarafın icra ettiği yeminin yalan olduğunu ispat etmesine engel olmadığı gibi, ona yemin teklif etmeden de iddiasının doğru olmadığını ispat etmesine engel değildir. Böyle olunca, belgenin elinde bulunduğunu inkar eden karşı tarafın iddiasının doğru olmadığı (belgenin onun elinde bulunduğu veya onu kaybetmediği), hakimi bu hususa inandıran her türlü delille ispat edilebilmelidir; örneğin, bir taraf, aldığı mektup veya telgrafi inkar ediyorsa, postahanedan alınan bir makbuzla bu husus ispat edilebilmelidir. Hatta, karşı taraf

---

tarafı, gerektiğinde bu belgeyi özenle aramakla da yükümlü tutmuştur (Belgesay, Deliller, s.73). İmha sebebiyle ibraz edilemeyen ve mevcudiyeti ispat edilemeyen defterler için yemin teklif edilebileceğine ilişkin Yargıtay TD'nin 6/12/1949 tarih ve 5166/5154 sayılı kararı için bkz. Ersoy, s.751; C. Çatalkaya/A. Tarıkoğulları/M.H. Özcan, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965, s.419; H. Karaok, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ege Matbaası, İstanbul 1954, s.599. Yargıtay 13. HD.'nin 9/12/1974 tarih ve 3357/3491 sayılı kararında, davacının, davalılarla ilgili sayfaları olduğunu söylediği veresiye defteri sayfalarını dosyaya ibraz ettiğini; davalıların ise sözünü ettikleri defterin ibraz edilen defter olmadığını, bu defterin dışı spiro telli okul defteri gibi küçük bir defter olduğunu beyan ettiklerini; davacı kendisinde böyle bir defter olmadığını bildirdiğinden, HUMK m.331 uyarınca davalıların davacıya yemin yöneltme hakları bulunduğunu; mahkemece davalılara bu hakları hatırlatılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, defter ibraz edilmediğinden bahisle davanın reddine karar verilmesinin isabetsiz olduğuna (Kuru, C.2, s.2193, dn.384; Yılmaz, s.189, dn.1); Yargıtay 15. HD.'nin 27/3/1978 tarih ve 618/646 sayılı kararında, dava konusu iş hakkında yazılı bir sözleşme yapıldığına, fakat bunun davalıların elinde bulunduğuna ve durumu tanıkla ispat edeceğini bildirmiş olan davacının bu isteğinin davalıların inkarı (tanık dinletmeye karşı koymaları) sebebiyle mahkemece reddedildiğine; oysa, HUMK m.331 çerçevesinde, davacının varlığını iddia ettiği yazılı sözleşme için davalılara yemin yöneltmesi gerektiğine (Kuru, C.2, s.2193, dn.385; Yılmaz, s.189, dn.1); Yargıtay 3. HD.'nin 21/3/1952 tarih ve 3102/2614 sayılı kararında, davalının, senedin aslını zayi ettiğine (bunun elinde bulunmadığına) ve arkasında borcun ödendiğine ilişkin meşruhat da mevcut olmadığına dair HUMK m.331'e göre yemin ettirilmesi suretiyle uyuşmazlığın çözümlenmesi gerekirken, bu yolda işlem yapılmayarak davacının iddiasının kısmen reddedilmesinin yolsuz olduğuna (Ersoy, s.750-751; Çatalkaya/Tarıkoğulları/Özcan, s.419); Yargıtay TD'nin 6/12/1949 tarih ve 5166 E., 5154 K. sayılı kararında, davacılar vekili, davalının bilirkişi tatbikatı sırasında ibraz ettiği defterden başka olarak ikinci bir defter tutmuş olduğunu ve bunu ketim ve ifa ederek mahkemeye ibraz etmediğini dermeyan etmişse de, bu iddiasını ispat etmemiş ve HUMK m.331 uyarınca davalıya yemin de teklif etmemiş olduğundan, davacıların davasının tahakkuk etmemiş olduğuna (Atasayan, s.489-490; Ersoy, s.751) hükmedilmiştir. HMK Tasarısı m.224, f.2'de de, mahkemenin, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde onu bulamadığına, delil olarak kullanılmaması için imha etmediğine ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif edileceği belirtilmiştir.

<sup>523</sup> Bilge/Önen, s.586; Berkin, Esaslar, s.187; Bilge, s.516; Ersoy, s.750.

iddiasının doğru olup olmadığı için şahsen isticvaba davet edilerek, ziyayı gerektiren vakıanın bütün hal ve şartları hakkında sorguya çekilebilmelidir. Karşı tarafın iddiasının doğru olmadığı, durum ve şartlardan (örneğin, onun mantıksız ve anormal cevaplarından) da anlaşılabilir<sup>524</sup>. Ayrıca, kendisinden elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmesi istenen karşı tarafın, ibraz talebine itiraz ederek, söz konusu belgenin elinde bulunmadığını veya ibraz şartlarının mevcut olmadığını (özellikle, bu belge ile ispat edilmek istenen vakıanın davaya esas olan meseleyi ispat edemeyeceğini) iddia edebileceği; bu halde itirazının değerlendirileceği; mahkemenin, her şeyden önce belgenin neden ibraz edilmediğini veya neden yemin edilmediğini araştıracağı ve ibraz şartlarının oluştuğu anlaşılır da, ihtilaf belgenin elde bulunup bulunmadığı noktasına münhasır kalırsa, belgeyi ibraza mecbur olan karşı tarafa HUMK m.331'in gösterdiği şekilde bir yemin verileceği de söylenmiştir<sup>525</sup>.

İbrazi isteyen tarafın talebi üzerine karşı tarafa teklif edilecek yemin, kural olarak HUMK m.331'de gösterildiği şekilde yapılır. Ancak, aynı maddede yer alan "mahkeme, davanın haliyle şekli yemini tevfiğ edebilmek için ledelhace yemin suretini tadil edebilir" şeklindeki ifade sebebiyle, mahkeme, davanın durumunu dikkate alarak ve maddedeki formülü esas tutarak, yeminin kati şeklini tayin edebilir; yani, davanın durumuyla yeminin biçimini bağdaştırmak için gerekirse yemin şeklini değiştirebilir. Örneğin, mahkeme, belgeyi elinde bulunduran karşı tarafın onu aradıktan sonra bulamadığına kanaat getirmekle birlikte, onu bulmak ümidini beslediğinden şüphe ederse, bulacağına ümidi kalmadığına da yemin verebilir. Aynı şekilde, ibrazı istenen belgeyi bir seyahat sırasında kaybettiğini iddia eden tarafa neden belgeyi beraberinde götürdüğünü sorularak, bu cevabın yemin altında beyanı istenebilir. Hakim, tüm bu cevaplardan sonra, belgenin yine de inkar eden karşı tarafın elinde bulunup bulunmadığını tespit eder<sup>526</sup>.

HUMK m.331'e göre yapılan yemin teklifi üzerine, kendisinden elinde bulunan belgenin ibrazı istenen karşı taraf iki şekilde davranabilir. Şöyle ki, karşı taraf, ya kendisine teklif olunan bu yemini kabul ve icra eder ya da etmez. Karşı taraf, kendisine teklif edilen yemini kabul ve icra ederse, söz konusu belgenin elinde

<sup>524</sup> Belgesay, Şerh, s.247-248.

<sup>525</sup> Çatalkaya/Tarikoğulları/Özcan, s.416.

<sup>526</sup> Belgesay, Şerh, s.248.

bulunmadığı sabit olur ve bundan böyle o belgeyi ibraz etmeye mecbur tutulamaz<sup>527</sup>. Dolayısıyla, teklif olunan yemin karşı tarafça kabul ve icra edildiği takdirde, ibrazı isteyen taraf, başka delili varsa, artık sırf onunla davasını ispat edebilir; iddiasını bir daha karşı tarafın elinde bulunan belgeye dayandıramaz<sup>528</sup>. Karşı taraf yemini kabul ve icra etmezse, bu kere tıpkı kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu ikrar etmesine (ya da yazılı talebe rağmen bu konuda sessiz kalarak ikrar etmiş sayılmasına) rağmen ibraz kararının ifasından kaçınmasında olduğu gibi, hakim, yemin edilmemek hususundaki maksadı da dikkate alarak, diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanını gerçek kabul edebilir<sup>529</sup>.

Bir resmi makam davada taraf olarak belge ibrazına mecbur tutulursa ve yemin ettirilmesi gerekirse, yemini kimin eda edeceği hakkında Kanunumuzda açık bir hüküm yoktur. Bu konuda, ZPO'da olduğu gibi, belgeyi saklamakla yükümlü olan kişinin yemini icra etmesi gerektiği söylenmiştir<sup>530</sup>. Aynı şekilde, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden karşı tarafın yerleşim yerinde araştırma yapılıp yapılamayacağı konusunda da Kanunda açıklık bulunmamaktadır. Bu konuda Belgesay, hakimin, davanın önemini ve bu yüzden bu kişilerin uğrayabileceği zararı dikkate alarak, durumu takdir edeceğini ve gerekiyorsa araştırma emri verebileceğini belirtmiştir<sup>531</sup>. Bohnet ise CPCN açısından araştırma yoluyla elde edilen bir delilin kabul edilmediğini; örneğin, karşı tarafın bankadaki arşivlerinin bu yolla bilirkişi tarafından incelenmesinin mümkün olmadığını söylemiştir<sup>532</sup>.

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, karşı tarafın ibrazdan kaçınmasının sonuçları konusunda örneğin Code jud.'in oldukça dikkatli bir tutum izlediği söylenebilir. Bu Kanun, ibrazından kaçınılan belge ile ispat edilmek istenen vakıanın doğruluğunun ortaya konulmuş olacağını; başka bir deyişle, vakıanın ispat edilmiş

<sup>527</sup> Yemin edilmesiyle birlikte ibraz mecburiyetinin ortadan kalkması nedeniyle, olumlu bir sonuç elde etmenin hemen hemen imkansız olduğu belirtilmiştir (Tuğsavul, s.1092).

<sup>528</sup> Bilge/Önen, s.586; Önen, s. 244; Bilge, s.516; Ansay, s.302; Şengün, s.195; Tuğsavul, s.1092.

<sup>529</sup> Aynı esas, HMK Tasarısı m.224, f.3'te de yer almakta, ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar eden karşı taraf yemini kabul veya icra etmezse, mahkemenin duruma göre belgenin içeriği konusunda ibrazı isteyen tarafın beyanını kabul edebileceği belirtilmektedir.

<sup>530</sup> Bilge/Önen, s.586; Bilge, s.516.

<sup>531</sup> Belgesay, Şerh, s.245.

<sup>532</sup> Bohnet, s.413, 417.

sayılacağını kabul etmiştir<sup>533</sup>. Böyle olmakla birlikte, Belçika Adalet Bakanlığı Raporu'nda bu çözüm şu sözlerle dışlanmıştır: “Hakimin delilleri hür iradesiyle takdir edeceği ve buna göre karar vereceği ilkesi göz önüne alınmalıdır. Böyle olunca, kesin olarak ispat edilmemiş bir vakıyı sırf yaptırım uygulamak adına doğru (gerçek) kabul etmek, adalet ve nisfet kavramlarıyla çelişecektir”<sup>534</sup>. Ayrıca, Code jud. m.822 uyarınca ibraz kararına hukuka aykırı olarak karşı gelen karşı taraf tazminata da mahkum edilebilir. Buradaki tazminat miktarının hangi ölçüte göre hesaplanacağını önemli bir mesele teşkil ettiği; ihtilafli meselenin kaynağını oluşturan belgenin üzerinden bir hesaplama yapılabilirse de, bu belgenin ibraz edilmediği düşünülecek olursa, bu yöntemi uygulamanın imkansız olacağı; bu nedenle, bu yaptırımın da etkili olmadığı söylenmiştir<sup>535</sup>. Bunlardan başka, Belçika CK'da, mahkeme tarafından ibrazı istenen bir belgeyi hukuka aykırı şekilde ortadan kaldıran, değiştiren ve saklayan hamilin, ceza mahkemesinde cezalandırılacağı da düzenlenmiştir. Bu Kanunun hazırlık çalışmalarındaki tartışmalarda, belgenin mahkemenin ibraz emrinden önce yok edilmesi ya da değiştirilmesi halinde bile, suçun sübuta ermiş olacağı belirtilmiştir. Bu cezai yaptırımın, belirli hallere (senedin yok edilmesi, değiştirilmesi ve hukuka aykırı şekilde saklanması) münhasır olduğundan, ciddi bir çözüm olarak görülemeyeceği belirtilmiştir<sup>536</sup>. Belirtmek gerekir ki, Code jud., karşı tarafın ibraz kararına direnmesi halinde, bu karara konu belgenin elinden cebren alınabileceğini de öngörmüştür. Compernelle, düşünülmesi gereken asıl yaptırımın bu olması gerektiğini söylemiştir. Ancak, burada şöyle bir meselenin ortaya çıkacağını da belirtmiştir. Bu mesele, kanun koyucunun üçüncü kişilere karşı cebir kullanmayı imkansız kılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Code jud. m.878 uyarınca üçüncü bir kişiden elinde bulunan bir belgenin ibrazı istendiğinde, üçüncü kişinin ibrazdan kaçınmak için hukuki gerekçelerini açıklaması, onu davanın tarafı haline getirmez. Burada, tıpkı tanık olarak dinlenecek kişinin tanıklıktan çekinmek amacıyla hukuki gerekçelerini ileri sürmesi ve bu kişinin

<sup>533</sup> LPCG m.186, f.2'de de, yasal bir engel ileri sürülmeksizin ibrazdan kaçınma halinde, hakimin ibrazı isteyen tarafın ileri sürmüş olduğu vakıyı gerçek kabul edebileceği belirtilmiştir. İsviçre Adalet Mahkemesi 12/6/1992 tarihli bir kararında, bu düzenlemenin içtihatlarla oluşturulan ilkeleri yeni bir bağlama oturtmaktan daha fazlasını yapmış olduğunu vurgulamıştır. Böyle olmakla birlikte, Jeandin, doktrinde bir görüşün, bu maddenin ihtiyatlı bir şekilde uygulanması ve ihtilafın çözümü için faydalı olan bir belgenin ispat yükü kendisine düşen (ve ibrazı isteyen) tarafın elinde bulunmadığının, karşı tarafın ise söz konusu belgeyi gerçekten elinde bulundurduğunun ve bu belgeyi ibraz etmekten kaçınmak konusunda hiçbir yasal engel ileri süremeyeceğinin doğrulanması gerektiğini savduğunu belirtmiştir (Jeandin, s.383).

<sup>534</sup> Compernelle, s.102-103.

<sup>535</sup> Compernelle, s.103.

<sup>536</sup> Compernelle, s.103-104.

duruşmada dinlenmesi gibi bir durum söz konusudur. Bu duruşmanın amacı da, zaten tanık olarak dinlenecek kişiyi davada taraf haline getirmek olmayıp, sırf tanıklıktan çekinme sebeplerini öğrenmektir. Yazar, yine de bu düzenlemenin, kendisinden elinde bulunan bir belgenin ibrazı istenen üçüncü kişiye de teşmil edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür<sup>537</sup>.

CPCN m.262’de, karşı tarafın ibrazdan kaçınmasının hakim tarafından serbestçe takdir edileceği düzenlenmiştir. Burada, hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Taraflardan biri, davranışlarıyla diğer tarafın belgeyi ibraz etmesini engeller veya zorlaştırır ya da imkansız hale getirirse, hakim, o tarafın aleyhine kanaat sahibi olur ve büyük olasılıkla onun aleyhine karar verir<sup>538</sup>.

Fransız hukukunda, ibraz mecburiyetine ilişkin metinlerde açıkça öngörölmüş olan tek bir yaptırım bulunmaktadır. Bu yaptırım, herkesi adalete destek vermeye davet eden CC m.10’da öngörölmüş olan zorlama veya itaatsizlik cezası (*astreinte*) olup, hem davanın karşı tarafı hem üçüncü kişiler için ortaktır. Aslında, itaatsizlik cezası, bu maddenin öngördüğü tek yaptırım değildir. Bu hükümde ayrıca, tazminat yükümlülüğünden (*dommages-intérêts*) ve hukuki para cezasından (*amende civile*) da bahsedilmiştir. Bu yaptırımların doğuş nedeni, gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevinin ihlal edilmesidir. Bu sonuncu yaptırımın (hukuki para cezasının) sayılmış olmasının nedeni ise sırf bir hatırlatma yapmak içindir. Bu ceza, suçta ve cezada kanunilik ilkesine tabidir ve ibraz mecburiyeti açısından uygulama alanı bulamayacaktır. Hiçbir kanun metni, bu yaptırımın ibrazdan kaçınma halinde uygulanacağını belirtmemiştir<sup>539</sup>. İtaatsizlik cezası ve tazminat yükümlülüğüne gelince, bunların ikisi de kusurlu bir davranışı, hakimin kararına boyun eğmemeyi cezalandırmaktadırlar. İtaatsizlik cezası, bir noktada tazminat yükümlülüğünden ayrılır. O da, ihtiyari bir ceza olmasıdır. İtaatsizlik cezası, hükmedildiği sırada ve etkileri devam ederken sırf bir tehditten ibarettir; ibraz kararının ifa edilmesinin bir güvencesidir. Ancak, bu, tasfiyeyle ilişkilendirilirse, ivazlı bir yaptırıma dönüşür ve ciddi bir mahkumiyeti beraberinde getirir. İtaatsizlik cezası açısından iki mesele söz konusudur. Biri, bu cezaya hükmeden hakimin onu tasfiye edip edemeyeceği; diğeri

<sup>537</sup> Compennolle, s.105.

<sup>538</sup> Bu sonuç, aynı zamanda tarafın belgenin aslını ibraz etmekten kaçınması halinde de uygulanır (Bohnet, s.391).

<sup>539</sup> Daigre, La production forcée, s.234.

ise bu yaptırımın tazminat yükümlülüğünden kesin olarak ayrıldığı bilinmekle birlikte, bunun parasal miktarının hangi ölçüte göre hesaplanacağıdır<sup>540</sup>. İlk mesele açısından belirtmelidir ki, itaatsizlik cezasına hükmeden hakimin esas davaya bakan hakim olması halinde, herhangi bir zorluk yaşanmaz. Bu hakim, ister geçici ister nihai nitelikte olsun, bu cezayı tasfiye etmeye yetkilidir. 5/7/1972 tarihli Kararname m.7, bilinçli olarak genel ifadelerle kaleme alınmıştır. Aslında, asıl zorluk bu yasa metninin yorumlanması sırasında ortaya çıkmıştır. Bunun ilk tasarısı, tasfiye emrini verme yetkisini sırf dar anlamda cezaya hükmeden hakime tanımaktaydı. Bunun sonucu, diğer bir mahkeme tarafından hükmedilmiş olan bir itaatsizlik cezasını esasa bakan hakimin tasfiye edemeyeceği; böyle olunca, ilk derece mahkemesi tarafından hükmedilmişse, istinaf mahkemesinin bu cezayı tasfiye edemeyeceğidir. 9/7/1975 tarihli Kararname ise bu hükmü genişletici bağlamda düzeltmiştir. Bu tarihten itibaren tüm hakimler, kendileri hükmetmemiş olsalar da, her türlü itaatsizlik cezasını tasfiye edebilmişlerdir<sup>541</sup>. İkinci meseleye gelince, öncelikle cezanın miktarının uğranılan zararlar ölçülmediği söylenmelidir. Bu tartışmaya son veren 5/7/1972 sayılı Kararname m.6 bu konuda oldukça nettir: İtaatsizlik cezası, tazminat yükümlülüğünden bağımsızdır. Hiçbir zarar meydana gelmemiş olsa bile, bu cezaya hükmedilebilir. Örneğin, karşı tarafın ibraz emrini ifa etmemiş olması herhangi bir zarar meydana getirmediyse de, sırf bu emre uyulmadığından bahisle bu yaptırıma hükmedilebilir. 1959 yılında Fransız Temyiz Mahkemesi'nin verdiği bir kararda, birlikte değerlendirilmesi gereken iki ayrı ölçüt kabul edilmiştir. Buna göre, itaatsizlik cezasının miktarı, borçlunun kusurunun ağırlığına ve onun ödeme gücüne göre hesaplanmalıdır. Mahkemeye göre, ibrazdan kaçınan tarafın gücünü kırmaya yönelik olan bu yaptırım, onun direncinin gücü oranında hesaplanmalıdır<sup>542</sup>. Mahkeme, başka bir olayda temyiz talebini aynı gerekçeyle reddetmiştir. Buna göre, "Caydırıcı nitelik taşıyan bu cezanın kusurun ağırlığı ve borçlunun ödeme gücü oranında hesaplandığı dikkate alındığında, besin ürünleri satan davalı firmanın kötü niyeti, kusuru ve suistimale açık bir şekilde mahkeme kararına olan direnci tespit edilmiştir". Ancak, bu karar açısından dikkat edilmesi gereken husus, gerekçesinde itaatsizlik cezasının amacının alacaklının mahkeme kararının uygulanmasında borçlunun neden olduğu gecikme yüzünden uğradığı zararların tazmin edilmesi olduğunun da söylenmiş olmasıdır. Bu karar, aslında bu yaptırımın içinde taşıdığı

<sup>540</sup> Daigre, La production forcée, s.235.

<sup>541</sup> Daigre, La production forcée, s.236.

<sup>542</sup> Daigre, La production forcée, s.238-239.

çelişkiyi ortaya koymuştur. Bu çelişki, bu yolla elde edilen paranın Hazine kasasına değil, zarar gören alacaklının malvarlığına katılıyor olması, böylece alacaklının zenginleşmesini sağlamasıdır. Mahkeme, bu kararda cezanın miktarını hesaplarken sırf borçlunun ödeme gücü ve kusurunun derecesini değil, aynı zamanda alacaklının uğradığı zararı da dikkate almıştır. Oysa, bu yaptırım, sırf ibraza direnen borçluyu ona itme yoludur; yoksa, alacaklının zararlarının ödetilmesinin bir aracı değildir<sup>543</sup>.

Fransız hukuku, ibraz mecburiyeti alanında sırf itaatsizlik cezasını değil, ibrazla yükümlü olan kişinin hukuki sorumluluğunu da tartışmaya açmıştır. 5/7/1972 tarihli Kararname'den önceki dönemde, hiçbir metin doğrudan doğruya bu konuyu öngörmemişti. Doktrin, mesele ortaya konulduğunda, bunu zorluk çekmeden benimsemiştir. İçtihadı gelince, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin oldukça orijinal bir olaya ilişkin olarak 1897 yılında verdiği bir karardan bahsedilebilir. Olayda, hakkında gerçeğe aykırı ve hakaret içeren isnatlarda bulunulan bir kadın, bu isnatları çürütebilecek nitelikte olan bir belgeyi daha önce bir notere teslim etmiştir. Mahkemenin söz konusu belgenin ibrazını emretmesine rağmen, noter, onu ibraz etmekten kaçınmıştır. Mahkeme, bu kamu görevlisini tazminata mahkum eden istinaf mahkemesi kararını onamıştır. Bu karar yenilik yaratacak nitelikte değildir. Hiç kuşkusuz, noter hakim tarafından kendisine verilen emri teslim almıştır; böyle olmakla birlikte, burada ibraz, maddi anlamda bir mecburiyete dayanmıştır ki, bu, kendisine emanet edilen eşyanın sahibine gerektiğinde iade edilmesi gereğidir. Bu halde, yargılama hukukundan kaynaklanan bir aykırılıktan doğrudan doğruya bahsetmek mümkün değildir. Başka bir kararda, vasiyetnamelerin ibrazı tartışılmıştır. Bunların geç ibraz edilmiş olmasından doğan zararı, bu zarar üçüncü kişinin nezdinde bile meydana gelmiş olsa, bu vasiyetnameleri elinde bulunduran tazmin etmelidir. Bir önceki karardan farklı olarak, bu karar, yasal temeli olan bir mecburiyet ile gerekçelendirilmiştir. O da, CC uyarınca müteveffanın ölümü üzerine vasiyetnameleri elinde bulunduran herkesin, bunları notere teslim etmek zorunda oluşudur<sup>544</sup>.

Belirtmek gerekir ki, borçlunun ibraza ilişkin hukuki sorumluluğu, Reformdan önce Fransız hukukunda tartışılmamıştır. Burada mesele, ibraz kararına direnmenin kötüye kullanılabilme özelliğine dayanmaktadır. CC m.10, ibraza konu belgenin

<sup>543</sup> Daigre, La production forcée, s.238-239.

<sup>544</sup> Daigre, La production forcée, s.241.



ibraz edilmemesinde kötüye kullanılmış olan dirençten doğan sorumluluğu ortaya koymaktadır. Bu, bir hakkın (ibraz etmemek hakkının) anormal bir şekilde ifa edilmesini yaptırıma bağlamakta olup, sırf özellikleri belirlenmiş kötüye kullanma halinde mümkün olabilmektedir. Burada mesele, basit bir ifa etmemenin bunun failinin sorumluluğunu her şekilde doğurup doğurmayacağına veya basit bir ifa etmemenin yeterli olmayıp, bu ifa etmemenin kusurlu niteliğinin ispatının mutlaka gerekip gerekmediğine ilişkindir. CC m.10, bu çerçevede iki ayrı işaret ortaya koymuştur. Bunlardan biri, adalete destek vermeyi reddeden kişinin, harekete geçirilen hukuki sorumluluğu nedeniyle tehdit edilememesidir. Diğer işaret daha ilginçtir ve metnin tüm kapsamında yerini almaktadır. CC m.10, f.2, kendi içinde ifa etmemeye bağlanan bazı ufak yaptırımlar getirmiştir. Çünkü, sırf yasal bir engel ilgiliyi mahkum olmaktan kurtaracaktır. Tazminat borcu, uğranan zararı karşılamaya yönelik olacaktır. Bu, her zaman olduğu gibi, her somut olayın şartları dikkate alınarak belirlenecektir. Bu konuda, maddi zararın belirlenmesinin oldukça güç olacağı; ibrazı istenen belge ibraz edilmiş olsaydı, davanın sonucunun ne olacağını bilinemeyeceği; zarar görenin, uğradığı zararı analiz ederek ve söz konusu belgenin ihtilafı meselenin kendi lehine çözümlenmesinde işe yarayıp yaramayacağını tespit ettirmesi gerekeceği; bu yüzden, tazminat talebinin genelde kabul görmediği söylenmiştir. Çünkü, ibraz mecburiyetinin etkili olabilmesi için, bu mecburiyete uyulmaması halinde uygulanacak yaptırımın yargılama hukukundan kaynaklanmış olması gerekir. Bu yüzden de, itaatsizlik cezası, daima tazminattan daha etkili bir yaptırımdır. Ayrıca, bu ceza (itaatsizlik cezası) ile, önleyici etki de sağlanmış olur<sup>545</sup>.

## 2) Üçüncü Kişinin İbrazdan Kaçınmasının Sonuçları

İbraz kararı üçüncü bir kişiye yöneltildiğinde, üçüncü kişinin bu karara uymamasının sonuçları, onun tanıklıktan çekinme hakkının bulunup bulunmadığı esas alınarak düzenlenmiştir. Üçüncü kişiler, tanıklık edebildikleri ölçüde ibraz kararının öznesi olarak kabul edilmişler ve tanıklıktan çekinme hakları bulunmadıkça, bu kararı ifa etmeye mecbur tutulmuşlardır. Gerçekten de, HUMK m.335'de, herkesin (üçüncü kişilerin), başkaları arasındaki bir davanın ispatı için gerekli olan ve ellerinde bulunan belgeleri mahkemeye ibraz etmek veya onların

<sup>545</sup> Daigre, La production forcée, s.242-243.

nerede bulunduğunu bildirmek üzere tanık sıfatıyla mahkemeye çağrılacakları<sup>546</sup> ve aynı Kanun m.336'da, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakları bulunmayan üçüncü kişilerin ibrazdan kaçınmayacakları, aksi halde kendilerine tanıklar hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir<sup>547</sup>. Bu halde, elinde bulunan bir belgeyi ibraz etmeyen veya bu belgenin nerede bulunduğu ya da içeriği hakkında bilgi vermek üzere davet edildiği halde mahkemeye gelmeyen üçüncü kişi hakkında tanıklara ilişkin hükümler uygulanacaktır. Dolayısıyla, kanun koyucu, her ne kadar üçüncü bir kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazını isteyen tarafı söz konusu belgenin içeriği hakkında mümkün olduğunca açıklama yapmak zorunda bırakmışsa da (HUMK m.334), karşı tarafın ibrazdan kaçınmasındaki durumun aksine, burada ibrazı isteyen tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanının gerçek kabul edilebileceği gibi bir yaptırım öngörmemiştir.

Görüldüğü üzere, üçüncü kişiler, tanıklıktan çekinme hakları bulunmuyorsa, ibraz kararına uymak zorundadırlar. Kimlerin tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğu, HUMK m.245 ve 246'da gösterilmiştir. Öncelikle tanığın kim olduğu açıklanacak olursa, tanık, davada taraflar arasında çekişmeli olan, geçmişte meydana gelmiş olaylar ve durumlarla ilgili sahip olduğu bilgi ve algılarını mahkemeye aktaran kişidir<sup>548</sup>. Tanık delili, hukukumuzda takdiri delil olarak kabul edildiğinden, hakimin serbest değerlendirmesine (HUMK m.240) bırakılmıştır. Bu delil, zayıf, çürük, güvenilmez bir delildir. Çünkü, tanığın, bir vakıayı tamamen hatırında tutması ve gerçeği olduğu gibi anlatması zordur. Yine, tanığın objektif olması gibi bir husus aranmadığından, tanık, yakınları lehine açıklamalar yapmak isteyebilir. Bunlardan başka, ahlak, din, şeref ve namus gibi manevi yönleri zayıf olan kişilerin bilerek gerçeğe aykırı tanıklık yapmaları da mümkündür<sup>549</sup>.

Tanıklık yapmak, ispat edilmek istenen olayın ispatı ve gerçeğin tespiti açısından kural olarak mecburi olmakla birlikte, bu konuda bir istisna getirilmemiş

<sup>546</sup> HMK Tasarısı m.225, f.2'de, belgeyi ibraz etmesine karar verilen herkesin, elindeki belgeyi ibraz etmek, belgeyi ibraz edememesi halinde ise bunun sebebinin delilleriyle birlikte açıklamak zorunda olduğu, mahkemenin yapılan açıklamayı yeterli görmemesi halinde bu kimseyi tanık olarak dinleyebileceği belirtilmiştir.

<sup>547</sup> HMK Tasarısı m.225, f.3'te, belgeyi ibraz etmek zorunda olanların, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre söz konusu belgeyi ibraz etmekten veya bu konudaki tanıklıktan çekinebilecekleri; belgeyi ibraz veya bu konuda tanıklık yapmak zorunda olanlar hakkında tanıklar hakkındaki hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

<sup>548</sup> Pekcantez/Atalay/Özekes, s.507; Kuru, C.3, s.2567; Üstündağ, s.731; Ertanhan, s.48.

<sup>549</sup> Kuru, C.3, s.2571; Pekcantez/Atalay/Özekes, s.507; Ertanhan, s.50-53.

olsaydı, bu, tanıklık yapmak zorunda olan kişileri zor durumda bırakacak ve belki de yalan söylemelerine ya da en azından bildiklerini söylememelerine neden olacaktı<sup>550</sup>. Bu nedenle, bazı kişilere tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Tanıklıktan çekinme hakkı bulunanlar ve tanıklıktan çekinme halleri, HUMK m.245 ve 246'da gösterilmiştir. HUMK m.245'te, taraflarla olan yakınlık ve ilgi halinde kimlerin tanıklıktan çekinebileceği sayılmıştır. Bu kişiler, taraflardan birinin nişanlısı (b.1), evlilik ortadan kalksa bile tarafların eşleri (b.2), taraflardan birinin neseben veya sebeben usul ve fûru ya da üçüncü dereceye kadar neseben veya sıhriyet doğuran evlilik ortadan kalkmış olsa bile, ikinci dereceye kadar sebeben civar hısımları ve aralarında evlatlık ilişkisi bulunanlar (b.3) ile memuriyet, meslek ve sanatları itibarıyla bir kimsenin sırrını bilenlerdir (b.4). HUMK m.246'da ise tanığın, tanıklığının kendisine ya da yakınlarına zarar vermesi halinde (başka bir deyişle, menfaati nedeniyle) tanıklıktan çekinebileceği haller düzenlenmiştir. Bu haller, tanıklığın, tanığın kendisine veya HUMK m.245, b.1-3'teki yakınlarından birine doğrudan doğruya mali bir zarar doğuracak (b.1); tanığın kendisinin veya HUMK m.245, b.1-3'teki yakınlarından birinin şeref ve haysiyetlerini ihlal edecek veya haklarında ceza kovuşturması yapılmasını gerektirecek (b.2) ve gizlenmesi tanığın kendisince gerekli olan ve sanatına ait sırların açıklanması sonucunu doğuracak (b.3) nitelikte olmasına özgüdür.

İşte, HUMK m.245 ve 246'da gösterilen bu haller dışında üçüncü kişiler, hakimin ibraz kararına uymazlarsa, gerektiğinde kendilerine tanık yemini verilerek, tanıklar gibi cezalandırılırlar (on beş güne kadar cezai sonuç doğurmayan medeni hapis ile tazyik olunabilirler) ve polis vasıtasıyla (zorla) mahkemeye getirilebilirler (HUMK m. 253, 271).

---

<sup>550</sup> Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.508.

## SONUÇ

HUMK m.326 vd.'nda düzenlenmiş olan “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”, delillerin ikamesinin önemli bir unsurudur. Bir davanın tarafları, iddia ve savunmalarını, kural olarak kendi ellerinde bulunan ve kendi lehlerine olan belgelerle ispat etmeye çalışırlar. İleri sürülen vakıaların ispatına elverişli olan belgelerin hakim önüne getirilmesini ifade eden “ibraz”, kural olarak kendiliğindedir. İbraz hakkı, ispat hakkının bir görünümüdür. Bu, kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanmayacağını ifade eden ve davalının davacının delillerini göstermesine yardımcı olmaya zorlanamayacağı ve hakim delil ikamesi faaliyetinde pasif kalması gerektiği şeklindeki kurullarla şekillenen Roma hukuku kökenli meşhur ilke *nemo tenetur edere contra se*'nin taçlandırdığı durumdur. Ancak, ispat hakkı, bir tarafın ileri sürdüğü vakıanın doğruluğunu ortaya koyabilecek nitelikteki bir belgenin davanın karşı tarafının ya da davaya tamamen yabancı olan üçüncü bir kişinin elinde bulunması halinde, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla, davaya dahil edilmesini de kapsar. Böylece, HUMK m.326 vd. ile, kanun koyucu, ispat hakkını somutlaştırarak, taraflara ve üçüncü kişilere dayatılabilecek usuli bir ödevin, ibraz ödevinin varlığını kabul etmiş ve bu açıdan *nemo tenetur edere contra se* ilkesine bir istisna getirmiştir.

Kurumun tarihsel gelişimine bakıldığında, Roma'dan beri bir çeşit ibraz mecburiyetinin yürürlükte olduğu görülür. *Rei vindicatio*'nun hazırlayıcısı olan *actio ad exhibendum*'dan Praetor, ihtiyaçların getirdiği baskı sonucunda kurgusal ve otonom bir dava olan *action in factum*'u yaratmış; onun bu eserinden sonra ibraz mecburiyeti, tanıklıktan çekinemeyenlerin ellerinde bulunan yazılı delilleri ibraz etmekten de kaçınamayacaklarını öngören Justinien Kanunu ile Roma'da tam anlamıyla yer etmiştir. Bugün için ibraz mecburiyeti, medeni yargılama hukukunun tartışmasız olarak onayladığı genel bir ilkedir.

İbraz mecburiyetinin temelinde, ispat yükünü taşımayan tarafın ispat yükünü taşıyan tarafın delil ikamesi faaliyetine aktif bir şekilde katılması, ona asıl ispat konusunun delillerini göstermekte yardımcı olması yatmaktadır. Bu yardım yükümlülüğünün *ratio legis*'inde, Türk hukukuna göre vakıaların aydınlatılmasına olumlu bir şekilde katkıda bulunmak şeklinde beliren açıklama ödevi, Fransız

hukukuna göre ise gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi yer almaktadır. Ancak, bu usuli ödevlerin varlığı, ispat hakkının varlığını somutlaştırmak, sağlamlaştırmak ve delil ikamesini kolaylaştırmakla birlikte, delil ikamesinin engellenmesi hali hariç, ispat yükünün genel tanımı (MK m.6) üzerinde herhangi bir etki yaratmaz. Başka bir deyişle, açıklama ödevi veya gerçeğin ortaya çıkarılmasına katkıda bulunma ödevi, hatta daha genel olarak ispat zorluğu ya da imkansızlığı, ispat yükünün (daha doğrusu, delil ikamesi yükünün) yer değiştirmesi sonucunu doğurmaz. Böyle olmakla birlikte, hukukumuzda sırf bir halde en azından belgeler açısından delillerin yok edilmesi durumunda delil ikame yükünün ters çevrilebileceği söylenmiştir. O da, HUMK m.332’de ibrazı istenen bir belgenin ibraz edilmemesi üzerine diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanının gerçek kabul edilebileceğidir. Kanun koyucu, delil ikamesinin engellenmesine bu düzenleme ile özel bir müeyyide getirmiştir.

İleri sürülen bir vakıanın ispatı için ibrazı istenen bir belgenin, “Senedatın İbrazi Mecburiyeti”ne konu olabilmesi için, belirli bazı niteliklere sahip olması gerekir. Bu çerçevede, Çalışmada, öncelikle genel olarak belgenin ispat açısından elverişliliği açıklanmış; daha sonra, elverişlilik kavramının HUMK m.326 vd. açısından ne şekilde anlaşıldığı belirtilmiştir. Kanunumuz ibrazı istenen bir belgenin ibraz mecburiyetine konu olabilmesi için, bu belge ile ispat edilmek istenen hususun davanın sübutuna medar olacağına hakimin kanaat etmesini aramış; böylece, elverişli vakıa-sonuçlandırıcı vakıa ayırımında sonuçlandırıcı vakıaya üstünlük vermiştir. Bu mecburiyete konu olabilecek bir belge, ispat açısından “gereklilik” şartı yanında, “belirlilik” şartını da yerine getirmiş olmalıdır. Buna göre, ibraz talebi, ihtilaflı meseleye ilişkin bir ya da birden çok belgeye ilişkin olabilir de, sırf belirli bir belgeyi içeriyorsa ve bu belgenin içeriği hakkında yeterince açıklama yapılmışsa, dinlenebilir. Bunlardan başka, HUMK m.326 vd. hem karşı tarafın, hem üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgeleri konu edinmiştir. Burada, “elde bulundurma”dan, söz konusu belgenin zilyedliğine sahip olmanın yeteceği anlaşılır. Bu zilyedliğin, belge üzerinde doğrudan doğruya (aracısız) hakimiyet şeklinde tesis edilmiş olması gerekir. İbrazi istenen belgenin bu saydığımız niteliklerinden çıkan sonuca göre, kanun koyucu, taraflardan birini, onun haberi olmaksızın ihtilaflı meseleyi ispatlayabilecek nitelikteki bir belgeyi elinde bulunduran ve kendisine karşı kullanılabileceğini bildiği için onu saklayan diğer (karşı) tarafa karşı koruyacak bir

imkan öngörmemiştir. Saklama hakkı oluşturmak, medeni yargılamaya hakim olan bireyci anlayışa uygun düşse de, ispat faaliyetinin temelinde yer alan gerçeğin ortaya çıkarılması amacı ve medeni yargılamada geçerli olduğu tartışmasız kabul gören dürüstlük ilkesi düşünüldüğünde, kabul edilebilir bir hal değildir. Bu konuda, Anglo-Amerikan hukukunda uygulanan *discovery*'nin belgelerin ibrazı mecburiyetini düzenleyiş şekli ana hatlarıyla incelenerek, bir tartışma oluşturulmaya çalışılmıştır. Bu tartışmada, her ne kadar bu sistemde taraflar tahkikat aşamasından önce ellerinde bulunan tüm belgelerin bir listesini ve gerektiğinde bunların örneklerini birbirlerine teslim etmeye (hatta ellerinde bulunmayan belgeleri bile diğer tarafın talebi üzerine araştırıp bulmaya) mecbursalar da ve bu mecburiyet davanın aydınlatılması amacına gerçek anlamda hizmet etmekteyse de, *discovery*'nin ispat hukukumuzu şekillendiren temel bazı ilkelere aykırı bir anlayışa sahip olduğu sonucuna varılmıştır.

“Senedatın İbrazi Mecburiyeti”ne konu olabilecek belgeler, meseleye uygulanacak hukuk açısından taşıdığı önem de dikkate alındığında, ibrazı istenen belgenin maddi hukuk normlarına göre mi yargılama hukuku normlarına göre mi ibrazı gereken belgelerden olduğuna; başka bir deyişle, bir maddi anlamda ibraz mecburiyetinin mi, usuli ibraz mecburiyetinin mi söz konusu olduğuna göre bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Gerçekten de, HUMK m.326 öncelikle, “Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi” demek suretiyle maddi hukuka göre tarafların ellerinde bulunan belgeleri ibraz etmeye mecbur olduklarını belirtmiştir. Aynı madde, bundan sonra, dört bent halinde hangi belgelerin ayrıca ibraz edileceğini tahdidi olarak saymıştır. Ayrıca ibrazı gereken bu belgeler, “mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan senetler, bir tarafın diğer taraftan davaya ilişkin aldığı mektup ve telgraflar, iki taraf için müşterek olan işlem ve menfaatlere ilişkin düzenlenen belgeler ve iki tarafın müstakilen veya müştereken malik olduğu (daha doğrusu, ibrazı isteyen tarafın maliki veya müşterek maliki olduğu, ancak karşı tarafın elinde bulunan) belgeler”dir. Bunlardan başka, HUMK m.327 ve 328’de, karşı tarafın elinde bulunan hesap defterlerinin ibrazı da mecburi tutulmuştur. Üçüncü kişilere yükletilen ibraz mecburiyeti ise HUMK m.326’da tahdidi olarak sayılan belgelerden “mahkemeye verilen dilekçe ve layihalarda dayanılan senetler” dışındaki belgeleri kapsar (HUMK m.333). Bu sınıflandırmada uygulanan ölçüt, ibraz mecburiyetinin derdest bir dava sırasında başvurulmuş bir önlem olup olmadığı olmuştur. Buna göre,

maddi anlamda ibraz mecburiyeti öngören hükümler, ibraz mecburiyetini, derdest bir davanın varlığından bağımsız olarak düzenleyen, varlık nedenlerini tamamen bilgilendirme konusundaki bir ön yükümlülükten alan hükümlerdir. Usuli ibraz mecburiyeti öngören hükümler ise tamamen ispat hakkı ile ilişki içinde bulunan, bir dava sırasında ve bu davanın aydınlatılması amacıyla başvurulmuş bir önlem, usuli bir ödev niteliğindeki ibraz mecburiyetine ilişkindirler. Bundan hareketle, Çalışmada, kanunlarımızda dağınık halde bulunan maddi anlamda ibraz mecburiyeti getiren hükümler sayıldıktan sonra, “Usuli İbraz Mecburiyeti” başlığı altında, HUMK m.326’da tahdidi olarak gösterilen belgeler, HUMK m.327 uyarınca hesap defterleri, imza veya yazı inkarı halinde ibrazı gereken belgeler (HUMK m.309, f.3), elektronik imzalı belgeler, ticari defter ve belgeler ile bazı kanunlarda yer alan ilgili hükümler incelenmiştir.

HUMK m.326 vd., kendi haklarının doğruluğuna inanmış ve bu yüzden diğer (ibrazı isteyen) tarafın kendisini yenmesine imkan verecek yolları ona bağışlamaya hiç de eğilimli olmayan karşı taraf veya tamamen yabancı olduğu bir davayla kendisini rahatsız hissedeceği kesin olan üçüncü kişi tarafından hoş karşılanmayacak bir düzenleme içermektedir. Bu düzenlemede, karşı tarafın ibrazdan kaçınabilmesi için öngörülen tek imkan gerçek bir mazeret sunması (HUMK m.332), üçüncü kişinin ibrazdan kaçınabilmesi için ise tanıklıktan çekinme hakkının bulunmasıdır (HUMK m.336). Oysa, bu kişiler, bu varsayımlar dışında da, ibrazdan kaçınmalarına imkan verecek ayrıcalıklara sahip olabilirler. Kanun koyucu, “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”nin uygulama alanını kesin çizgilerle belirlememiş; hakimın ibraz kararı vermekteki takdir yetkisini sınırlandırabilecek halleri, özellikle yasal engel olarak kabul edilebilecek bir ayrıcalığın bulunması halinde ibrazdan kaçınılabileceğini açıkça öngörmemiştir. Bu nedenle, Çalışmada, hakimın takdir yetkisini daha belirgin çizgilerle sınırlandırmış olan Fransız hukukunda yasal engel olarak kabul edilmiş olan hallere referans yapılmış ve bu çerçevede, mücbir sebep, özel hayatın gizliliğinin ve kişilik haklarının korunması ile meslek sırrının korunmasının bizim hukukumuz açısından “mazereti sahiha” olarak kabul edilip, ibrazdan kaçınmaya imkan verip veremeyeceği değerlendirilmiştir.

HUMK m.326 vd. incelendiğinde, ibraz prosedürünü başlatan unsurun taraflardan birinin talebi olduğu (burada hakimın, inisiyatif almak imkanından

yoksun olduğu) söylenebilirse de, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin geçerli olduğu davalarda bile hakime ibrazı re'sen emretme yetkisi veren yasal imkanlar ve bunlardan özellikle hakimin davanın her aşamasında iki tarafın iddiaları dahilinde olmak şartıyla gereken delillerin ibrazını emredebileceğini öngören HUMK m.75, f.3 düzenlemesi karşısında, ibrazın taraflardan birinin talebi üzerine emredilebileceği gibi, re'sen de emredilebileceği sonucuna varılmıştır.

Hakimin vereceği ibraz kararı, davanın karşı tarafına ya da üçüncü bir kişiye yöneltilir. Hem karşı taraf, hem üçüncü kişiler, Kanunda tayin edilen hallerde ellerinde bulunan belgeleri, gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla, ibraz etmeye mecburdurlar. Hakim, karşı tarafın talebi üzerine veya re'sen ibrazı istenen belgenin aslının ibrazına karar verebileceği gibi, bu belgenin suretinin ibrazıyla da yetinebilir. Yabancı dilde yazılmış olan bir belgenin ibrazı istendiğinde, her ne kadar kural belgeyi ibraz edenin onun tercümesini yaptırmakla yükümlü olduğu ise de, tercüme ettirme yükümlülüğü, belgenin ibrazını isteyen tarafa düşer. Bu, üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgelerin ibrazının istenmesi halinde de geçerlidir. İbrazı istenen belgenin aslı veya sureti ibraz edilebileceği gibi, ticari defterler ve belgelerin sırf ihtilafı ile ilgili kısımlarının ve hesap defterlerinin sırf onaylı sayfalarının ibrazında olduğu gibi, hakim, kısmi ibrazı da emredebilir. Hakimin ibraz için vereceği süre ise Kanunda gösterilmemiştir. Buna göre, bu sürenin belirlenmesi, hakimin takdirine bırakılmıştır. Hakim, ibraz için, ibrazdan beklenen faydayı da gözeterek, ibraz prosedürünü yavaşlatmamayı sağlayacak bir süre verir.

Hakimin vereceği ibraz kararının kabulü ya da reddi kararı, bir mahkeme ara kararıdır. Hukukumuzda, ara kararlarına karşı başvurulabilecek herhangi bir çare düzenlenmemiştir. Bu nedenle, ibraz kararı, ancak esas hükümlerle birlikte temyize tabidir. Böyle olmakla birlikte, delillerin ikamesi açısından yüksek kerte de önem atfeden ibraza, bu kararın ifası ile yükümlü olan kişinin hukuki dinlenilme hakkı hiçe sayılarak hükmedilemez. Bu, CPCN m.221 ve 261'in açıkça düzenlediği durumdur. Gerçekten de, CPCN m.221'de tarafların hukuki dinlenilme hakkı garanti altına alınmış ve aynı Kanun m.261'de ibraz mecburiyeti hakkında bir ihtilaf vuku bulursa, bunun hakimin ara kararı ile çözüme kavuşturulacağı; tarafların ve üçüncü kişilerin iş sırrı gibi ibraza üstün gelebilecek bir menfaatinin bulunması halinde, hakimin, önce bilirkişiye başvurarak gerçekten de korunmaya değer üstün bir menfaatin bulunup



bulunmadığını takdir ettireceği, bulunmadığı sonucuna varılırsa, bu kere ibrazı emrederek, ilgiliyi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla işbirliğinde bulunmaya zorlayacağı düzenlenmiştir. CPCN’de yer alan bu özel ve iki kademeli itiraz rejiminin bizim Kanunumuza uyarlanması düşünülmelidir.

Hakimin ibraz kararını gerçek bir mazeret olmaksızın ifa etmekten kaçınan karşı tarafın ve bu kararın ifasından tanıklıktan çekinme hakkı bulunmadığı halde kaçınan üçüncü kişinin tabi olacağı rejim, Kanunda belirtilmiştir. Buna göre, ibraz kararının ifasından keyfi olarak kaçınan karşı taraf, kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu bildirmiş (ikrar etmiş) veya yazılı talebe rağmen bu konuda sessiz kalmışsa, hakim, diğer (ibrazı isteyen) tarafın söz konusu belgenin içeriği hakkındaki beyanını gerçek kabul edebilir (HUMK m.332); başka bir deyişle, ibrazı isteyen tarafın bu beyanını onun lehine delil sayabilir. Karşı taraf, kendisinden ibrazı istenen belgenin elinde bulunduğunu inkar etmişse, bu kere diğer (ibrazı isteyen) taraf kendisine HUMK m.331 uyarınca “böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde onu bulamadığına ve kendisinin (ibrazı isteyen tarafın) kullanmasına imkan vermemek amacıyla ortadan kaldırmadığına, yok etmediğine, saklamadığına, onun nerede veya kimin elinde bulunduğunu bilmediğine” dair yemin teklif eder. Karşı taraf, bu yemini kabul ve icra ederse, artık elindeki belgeyi ibraz etmeye mecbur tutulamaz ve diğer (ibrazı isteyen) taraf, başka delili varsa, artık sırf onunla iddiasını ispata kalkışabilir; bir daha o belgeye dayanamaz. Karşı taraf söz konusu yemini kabul ve icra etmezse, hakim, diğer (ibrazı isteyen) tarafın o belgenin içeriği hakkındaki beyanını gerçek kabul edebilir. İbraz kararı üçüncü bir kişiye yöneltildiğinde ise üçüncü kişinin ibrazdan kaçınmasının sonucu, sırf onun tanıklıktan çekinme hakkının (HUMK m.245 ve 246) bulunup bulunmadığına göre formüle edilmiştir. Buna göre, yasal olarak tanıklıktan çekinme hakkı bulunmayan üçüncü kişiler, mahkemenin ibraz kararına uymak zorundadırlar; uymazlarsa, kendilerine HUMK m.336’da belirtildiği üzere tanıklıklar hakkındaki hükümler (HUMK m.253 ve 271) uygulanır. Görüldüğü üzere, ibrazdan kaçınmanın yaptırımı, karşı taraf açısından ibrazı istenen belgenin içeriğinin gerçek kabul edilmesi veya yemine başvurulması, üçüncü kişi açısından ise tamamen tanıklık mekanizmalarına bağlanmıştır. Oysa, “Senedatın İbrazı Mecburiyeti”, (belki Fransız hukukunda yer alan itaatsizlik cezası gibi) daha etkin ve caydırıcı güvencelerle desteklenmeli, böylece daha etkili bir kuruma dönüştürülmelidir.

## KAYNAKÇA

### A) GENEL YAPITLAR

Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut, **Türk Medeni Hukuku (C.1, Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku)**, 4.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2002.

Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Yıldırım Deren, Nevhis, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, 5.Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2005.

Alangoya, Yavuz, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul 1979 (Kısaltılmışı: Alangoya, İlkeler).

Altınışik, Ulvi, **Elektronik Sözleşmeler**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Ansay, Sabri Şakir, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7.Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.142, Güzel Sanatlar Matbaası, Ankara 1960.

Arkan, Sabih, **Marka Hukuku**, C.2, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No.533, Ankara 1997.

Arkan, Sabih, **Ticari İşletme Hukuku**, 8.Bası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005.

Arslan, Ramazan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, "S" Yayınları, Ankara 1989.

Arslanlı, Halil, **Kara Ticaret Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1960.

Atalay, Oğuz, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001.

Atalı, Murat, **Medeni Usul Hukukunda Davanın İhbarı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Ataman Figanmeşe, İnci, **Milletlerarası Usul Hukukunda Delillerin Temini** (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2005.

Atasayan, Tacettin, **Hukuk Muhakemeleri Usulü (İçtihatlar Külliyyatı)**, Türkiye Ticaret Matbaası, İstanbul 1954.

Atilla, Altop, **Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Bankaların Verdikleri Banka Bilgilerinden Dolayı Hukuki Sorumlulukları**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1996.

Belgesay, Mustafa Reşit, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No.78, İstanbul 1939 (Kısaltılmışı: Belgesay, Şerh).

Belgesay, Mustafa Reşit, **Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller**, Güven Basımevi, İstanbul 1940 (Kısaltılmışı: Belgesay, Deliller).

Berkin, Necmettin, **Medeni Usul Hukuku Esasları**, Hamle Matbaası İstanbul 1969 (Kısaltılmışı: Berkin, Esaslar).

Bilge, Mehmet Emin, **Ticari Sırların Korunması**, Ankara 2005.

Bilge, Necip, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 2.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1967.

Bilge, Necip/Önen, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Bilgişin, Şevket Memedali, **Ticaret Hukuku Prensipleri**, C.1, 2.Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1948.

Bohnet, François, **Code de procédure civile neuchatelois commenté**, 2<sup>e</sup> éd., Helbing& Lichtenhahn, Bale 2005.

Couchez, Gérard, **Procédure civile**, 10<sup>e</sup> éd., Sirey, Paris 1998 (Kısaltılmışı: Couchez, Procédure).

Couchez, Gérard/Langlade, Jean-Pierre/Lebeau, Daniel, **Procédure civile**, Dalloz, Paris 1998.

Çatalkaya, C./Tarıkoğulları, A./Özcan, M.H., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1965.

Çevik, Orhan Nuri, **Gerekçeli-İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu**, Ankara 1985.

Daigre, Jean-Jaques, **La production forcée des pièces dans le procès civil**, Presses Universitaires de France, Paris 1979 (Kısaltılmışı: Daigre, La production forcée).

Deren Yıldırım, Nevhis, **Türk, İsviçre ve Alman Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları**, Alfa Yayınevi, Ankara 1996 (Kısaltılmışı: Deren Yıldırım, Kesin Hüküm).

Deynekli, Adnan, **Senetlerin Üçüncü Kişilere Karşı İspat Şekli**, Turhan Kitabevi, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: Deynekli, İspat Şekli).

Deynekli, Adnan, **Ticari Defterlerin İspatı Kuvveti** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1987 (Kısaltılmışı: Deynekli, Ticari Defterler).

Devellioğlu, Ferit, **Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lûgat**, Aydın Kitabevi, Ankara 1999.

Doğanay, İsmail, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, 4.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Doğanay, Şerh).

Domaniç, Hayri/Ulusoy, Erol, **Ticaret Hukukunun Genel Esasları**, 5.Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2007.

Domaniç, Hayri/Çamoğlu, Ersin, **İçtihatlı-Notlu Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1965.

Domaniç, Hayri, **Türk Ticaret Kanunu Şerhi**, C.1, İstanbul 1998 (Kısaltılmışı: Domaniç, Şerh).

Domaniç, Hayri, **Ticaret Hukukunun Umumi Esasları**, 3.Bası, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1976 (Kısaltılmışı: Domaniç, Esaslar).

Donay, Süheyl, **Meslek Sırrının Açıklanması Suçu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1978.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, **Türk Özel Hukuku (C,3, Aile Hukuku)**, Filiz Kitabevi, İstanbul 2008.

Erdemir, İlder, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi**, 2.Bası, Ankara 1998.

Erdoğan, Celal, **Açıklamalı ve İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ankara 1973.

Ergün, Zafer, **İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.

Eriş, Gönen, **Açıklamalı, İçtihatlı En Son Değişikliklerle Birlikte Türk Ticaret Kanunu (C.1, Ticari İşletme ve Şirketler)**, 4.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Erişir, Evrim, **Medeni Usul Hukukunda Taraf Ehliyeti**, Güncel Yayınevi, İzmir 2007.

Ersoy, Rifat, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1976.

Ertanhan, Mesut, **Medeni Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Erturgut, Mine, **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Yetkin Yayınları, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: Erturgut, Delil).

Gençtürk, Muharrem, **Ticari Defterlerin Delil Niteliği**, İstanbul 1996.

Guinchard, Serge, **Droit et pratique de la procedure civile**, Dalloz, Paris 2004 (Kısaltılmışı: Guinchard, Droit et pratique).

Guinchard, Serge, **Nouveau Code de procédure civile**, 1<sup>ere</sup> éd., Dalloz Paris 1999 (Kısaltılmışı: Guinchard, Code).

Günergök, Özcan, **Avukatlık Sözleşmesi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.

Güvenol, Reyhan, **Ticari Defterlerle İspat** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1987.

Hatırnaz, Gültezer, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007.

Hohl, Fabienne, **Procédure civile (Tome I, Introduction et théorie générale)**, Staempfli Editions SA, Bern 2001.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Watter, Rolf, **Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationrecht II (Art. 530-1186)**, 2.Auflage, Helbing & Lichtenhahn, München 2002.

İmregün, Oğuz, **Kara Ticareti Hukuku Dersleri (Genel Hükümler-Ortaklıklar-Kıymetli Evrak)**, 12.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Kaçak, Nazif, **Emsal İçtihatlarla Hukuku Usulü Muhakemeleri Kanunu**, 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: Kaçak, Kanun).

Kaçak, Nazif, **Hukuk Davalarında İspat Reberi**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005 (Kısaltılmışı: Kaçak, İspat Reberi).

Karafakih, İsmail Hakkı, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınlarından 20-2, Ankara 1952.

Karahan, Sami, **Ticari İşletme Hukuku**, 11.Bası, Mimoza Yayınevi, Konya 2001.

Karaok, Hasan, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu**, Ege Matbaası, İstanbul 1954.

Karayalçın, Yaşar, **Ticaret Hukuku (Giriş-Ticari İşletme)**, 3.Bası, Yayılım Yayıncılık, Ankara 1968.

Kaya, Arslan, **Marka Hukuku**, Arıkan Yayınevi İstanbul 2006.

Keser Berber, Leyla, **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, Yetkin Yayınları, Ankara 2002.

Kiraz, Taylan Özgür, **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar**, Bilge Yayınevi, Ankara 2005.

Konuralp, Haluk, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara 1999.

Kostkiewicz, J.K./Bertschinger, U./Breitschmid, P./Schwander, I., **Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht**, Orell Füssli Verlag AG, Zürich 2002.

Kuru, Baki, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, C.2 ve 3, 6.Bası, Demir Demir Yayınları, İstanbul 2001.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Medeni Usul Hukuku**, 16.Bası, Ankara 2005.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili ve Mevzuat**, 28.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2006.

Metin, İlkten, **Ticari Defterlerin İspat Kuvveti** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 1988.

Mimaroğlu, Sait Kemal, **Ticaret Hukuku (İşletme Hukuku)**, C.1, 3.Bası, Sevinç Matbaası, Ankara 1978.

Moroğlu, Erdoğan/Dural, Mustafa, **Son Değişikliklerle Alman Ticaret Kanunu**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1974.

Nomer, Ergin/Şanlı, Cemal, **Devletler Hususi Hukuku**, 15.Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2007.

Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa, **Aile Hukuku**, 3.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001.

Önen, Ergun, **Medeni Yargılama Hukuku**, Sevinç Matbaası, Ankara 1979.

Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2003 (Kısaltılmışı: Özekes, Hukuki Dinlenilme Hakkı).

Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale**, Alfa Yayınevi, İstanbul 1995 (Kısaltılmışı, Özekes, Asli Müdahale).

Pekcanitez, Hakan, **Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale**, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No.30, Ankara 1992 (Kısaltılmışı: Pekcanitez, Fer'i Müdahale).

Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet, **Medeni Usul Hukuku**, 6.Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Taş/Meriç, Nedim, **İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Yetkin Yayınları, Ankara 2007.

Poroy, Reha, **Ticari İşletme Hukuku**, 3.Bası, İstanbul 1983.

Poroy, Reha/Yasaman, Hamdi, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapevi, İstanbul 2004.

Postacıoğlu, İlhan, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6.Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul 1975 (Kısaltılmışı: Postacıoğlu, Dersler).

Postacıoğlu, İlhan, **Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1952 (Kısaltılmışı: Postacıoğlu, Şahadet).

Saka, Zafer, **Ticaret Hukuku (Ticari İşletme)**, İstanbul 1998.

Sınmaz, Burhan/Karataş, İbrahim, **İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara 1987.

Suluk, Cahit/Orhan, Ali, **Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku (Genel Esaslar Fikir ve Sanat Eserleri)**, C.2, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005.

Tekinalp, Ünal, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, 4.Bası, Arıkan Yayınevi, İstanbul 2005.

Tercan, Erdal, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Yetkin Yayınları, Ankara 2001 (Kısaltılmışı: Tercan, İsticvap).

Tutumlu, Mehmet Akif, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 3.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005.

Ulukapı, Ömer, **Medeni Usul Hukukunda Tarafların Duruşmaya Gelmemesi**, Mimoza Yayınevi, Konya 1997.

Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, **İspat Yükü**, 2.Bası, İstanbul 1980.

Umur, Ziya, **Roma Hukuku Lügatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983.

Ülgen, Hüseyin/Teoman, Ömer/Helvacı, Mehmet/Kendigelen, Abuzer/Kaya, Arslan/Nomer Ertan, Füsün, **Ticari İşletme Hukuku**, Vedat Kitapevi, İstanbul 2006.

Üstündağ, Saim, **Medeni Yargılama Hukuku**, 7.Bası, İstanbul 2000.

Vincent, J./Guinchard, Serge, **Procédure civile**, 24<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris 1996.

Yarbaş, Fevzi, **Ticaret ve Vergi Davalarında Ticari Defterlerin Delil Niteliği**, Adalet Yayınevi, Ankara 1998.

Yardım, Mehmet Ertan, **Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medeni Usul Hukukumuzda Etkileri** (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul 2006.

Yıldırım, Kamil, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul 1990 (Kısaltılmışı: Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi).

Yılmaz, Battal, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara 2007.

Yılmaz, Ejder, **Medeni Yargılama Hukukunda Yemin**, Ankara 1989.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe, **Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Gerçek ve Tüzel Kişiler)**, Ankara 2002.

## **B) MAKALELER**

Açan, İbrahim, “Delil”, **ABD**, S. 4. 1975.

Akcan, Recep, “Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği”, **SÜHFD**, C.9, S.1, 2, 2001.

Akdemir, Ayşe, “Lehte Delil Olacak Ticari Defterler”, **MBD**, S.8, 1984.

Alangoya, Yavuz, “Dava Temeli, Hakimın Dava Malzemesinin Toplanmasıdaki Yeri ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında”, **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi**, S.9, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Alangoya, Dava Temeli).

Apaydın, Bahadır, “1296/1879 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu”, **Kazancı Hukuk, İşletme ve Maliye Bilimleri Hakemli Dergisi**, S.35 ve 36, İstanbul 2007.

Arseven, Haydar, “Yeni Ticaret Kanunumuzun Getirdiği Yenilikler (Ticari Defterler)”, **İktisat ve Maliye Dergisi**, C.3, S.9, 1956.

Atalay, Oğuz, “Elektronik Belgelerin Delil Değeri”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. Tevetoğlu, Mete), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006.

Çev. Atalı, Murat, “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Taslağı”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.1, İstanbul 2005 (Kısaltılmışı: Atalı, İsv. Taslağı).

Atalı, Murat, “İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı Hakkında Değerlendirmeler”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.3, İstanbul 2006.

Aytaç, Zühtü, “Anonim Ortaklık Denetçilerinin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Batider**, C.10, S.1, 1979.

Balkız, Zeynep, “Ticari Defterlerin İspat Hukuku Bakımından Delil Olma Nitelikleri”, **MBD**, S.10, 1984.

Becker-Eberhard, Ekkehard (Çev. Yıldırım, Kamil), “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, **İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku** (Der. Yıldırım, Kamil), 4.Bası, Alkım Yayınevi, İstanbul 2002.

Belgesay, Mustafa Reşit, “Ticari Muamelelerin İsbatı ve Ticari Defterlerin Ziyai”, **İBD**, C.31, S.10-12, 1957 (Kısaltılmışı: Belgesay, Ticari Defterlerin Ziyai).

Berkin, Necmettin, “İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil”, **İÜHFİM**, C.8, İstanbul 1946 (Kısaltılmışı: Berkin, Senet ve Yazılı Şekil).

Boitard, Michel/Boquet, André, “Réflexions sur la communication d’une pièce imposée par le juge dans le procès civil”, **Gazette palais du 13 novembre**, 1976.  
Compernelle, J.Von, “La production forcée de documents dans le Code judiciaire”, **Annales de droit de Louvain**, 1981.

Couchez, Gérard, “La production forcée des pièces”, **Jurisclass. proc. civ., Fasc.623**, 1999 (Kısaltılmışı: Couchez, La production forcée).

Çernis, Volf, “Ticaret Kanunumuzun Ticari Defterler Hakkındaki Hükümlerine Toplu ve Tenkidi Bir Bakış”, **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1945.



Daigre, Jean-Jacques, “La doctrine et la réforme de la procédure civile : A propos du pouvoir discrétionnaire du juge en matière de production forcée de pièces”, **Jurisclass. proc. civ., I, no.3020**, 1981 (Kısaltılmışı: Daigre, Le pouvoir discrétionnaire du juge).

Daigre, Jean-Jacques/Faget, Jean-Pierre, “La production forcée des pièces”, **Jurisclass. Encyclopédie des Huissiers de Justice, Fasc.10**, 2003.

Deliduman, Seyithan, “Medeni Usul Hukukunda Senet ve Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki”, **AÜEHFD, C.4, S.1, 2**, 2000 (Kısaltılmışı: Deliduman, Senetlerle Yazılı Şekil Arasındaki İlişki).

Deliduman, Seyithan, “İspat Sistemimizin Mevcut Durumu ve Elektronik İmzanın Bu Sistemdeki Yeri”, **E-Academi Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi**, 2002, S.2, [www.e-akademi.org/makaleler/sdeliduman1.htm](http://www.e-akademi.org/makaleler/sdeliduman1.htm) (Kısaltılmışı: Deliduman, İspat Sistemimiz ve Elektronik İmza).

Deliduman, Seyithan, “Elektronik Verilerin Delil Değeri”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. Tevetoğlu, Mete), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: Deliduman, Elektronik Veriler).

Deren Yıldırım, Nevhis, “Hakimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar”, **75. Yaş Günü İçin Prof.Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara 2004.

Doğanay, İsmail, “Tacir Olmayan Bir Kimse Tacir Sifatını Haiz Olan Hasmının Ticari Defter Kayıtlarına Dayanabilir mi?”, **A.R. Seçkin’e Armağan**, Ankara 1974.

Doğanay, İsmail, “Türk Ticaret Kanununun Defterlerle İlgili Hükümleri Üzerine Bir İnceleme”, **Batider**, C.1, 1971 (Kısaltılmışı: Doğanay, İnceleme).

Ergökmen, İsmet, “Türk Ticaret Kanunu Yönünden Defter ve Belgelerin Kaybı”, **Mali Muhasebe Dergisi**, Mayıs 1993, S.177 ve 178.

Erten, Rıfat/Acır, Birsen/Taşveren, Sema, “GEN (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **AÜHFD, C.45, S.1-4**, 1996.

Erturgut, Mine, “Elektronik İmza Kanunu Açısından Elektronik İmza ve Güvenli Elektronik İmzalı Belgeler”, **Türkiye II. Bilişim Hukuku Sempozyumu** (Der. Tevetoğlu, Mete), Kadir Has Üniversitesi Yayını, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: Erturgut, Elektronik İmza).

Frison-Roche, Marie Anne, “Obligation de concourir à la manifestation de la vérité”, **Jurisclass. proc. civ., Fasc.620**, 1999.

Gotwald, Peter (Çev. Atalı, Murat/Göksu, Mustafa), “2001 Reformu Kanunu’nun Ardından Almanya’da Medeni Usul Hukuku”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, S.3, İstanbul 2006.

Jeandin, Nicolas, “LPC et production forcée des pièces”, **Sem. jur., II**, 2000.

Jolowicz, J.A., "La production forcée des pièces en droits français et anglais, in Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs", **Mélanges en l'honneur de Roger Perrot**, Paris 1996.

Kayar, İsmail, "Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi", **YÜHFD**, C.2, S.1, 2005.

Keser Berber, Leyla/Beceni, Yasin/Sevim, Tuğrul, "Elektronik İmza ve Adi Senetler", <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?vaziid=151078>.

Konuralp, Haluk, "Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu", <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm>.

Kutadgu, Melih Cevdet, "Yeni Ticaret Kanunu'na Göre Tüccarın Defter Tutma Mükellefiyeti", **İktisat ve Maliye Dergisi**, C.4, S.9, 1957.

Manga, Ayissi Eugene, "La pérennité du secret bancaire", **Sem. jur. éd. générale**, no.50, II, 2003.

Marraud, Catherine, "Le droit à la preuve: La production forcée des preuves en justice", **Jurisclass. proc. civ.**, I, 1973.

Mole, N./Harby, C., "The Right to a Fair Trial", **HR Handbooks No. 3**, Belgium 2006.

Olgaç, Senai/Çenberci, Mustafa, "İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler", **Batider**, C.3, S.1, 1965.

Pekcanitez, Hakan, "Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002 (Kısaltılmışı: Pekcanitez, Elektronik Ticaret).

Rüssman, Helmut (Çev. Özekes, Muhammet), "İnternette Hukuki İşlemler: Hukuki Geçerliliği ve İspat (Alman Hukukuna Göre)", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2002.

Somuncuoğlu, Ünal, "Türk Ticaret Kanunu'nun Ticari Defterlerle İlgili Bazı Hükümleri Üzerine Bir İnceleme", **İBD**, C. 50, S. 1-4, 1976.

Şengün, Kemal Oğuz, "Hukuk Davalarında Delillerin Gösterilmesi", **Ad. Der.**, S.3, 1970.

Şenocak, Zarife, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **AÜHFD**, C.50, S.2, 2001.

Tercan, Erdal, "Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü", **Prof.Dr. M. Şakir Berki'ye Armağan**, Konya 1996 (Kısaltılmışı: Tercan, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).

Tuğsavul, Muhsin, "İspat Külfeti, Kanuni Deliller ve İkamesi", **Ad. Der.**, S.7, 1951.

Viatte, J., “Communication et production de piéces en justice”, **Gaz. pal., I**, 1973.

Vuraldoğan, Kemal, “Avukatlık Kanunu Madde 2 Uyarınca Avukatın Bilgi, Belge İnceleme ve Örnek Alma Hakkı”, [www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_207.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_207.htm).

Yıldırım, Kamil, “İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu Taslağında İspat Hukuku ve Özellikle İspat Hakkı”, **Prof.Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: Yıldırım, İspat Hakkı).

Yıldırım, Mustafa Fadıl, “Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü”, **Sağlık Hukuku Sempozyumu** (yayına hazırlayanlar: Baygın, C./Uçar, M./Büyükyay, Y.), Yetkin Yayınevi, Ankara 2007.

### **C) İNTERNET SAYFALARI**

[www.bger.ch](http://www.bger.ch)

[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr)

Kazancı Hukuk Otomasyonu