

TÜRK VE ALMAN MEDENİ USUL HUKUKUNDA KARŞI TARAFIN ELİNDEKİ BELGEYE ULAŞABİLME İMKÂN LARI

*The Right to Acces to Documents in the Possession of the Other Party
Within the Context of Turkish and German Laws of Civil Procedures*

Hilal ÜNAL KAYA¹

ÖZ

Belge, doğrudan bir bilgi, düşünce veya irade açıklaması içermesi nedeniyle ispat faaliyetinde kullanılacak en önemli araçlardan birisidir. İspat edilmek istenen hususa ilişkin belgenin, ispat yükünü taşıyan tarafın elinde değil de, karşı tarafın elinde olduğu durumlara ise uygulamada sıkça rastlanmaktadır. İşte bu durumlarda, ispat yükünü taşımayan tarafın, belgeyi ibraza zorlanıp zorlanamayacağı, zorlanabileceksen hangi şartlar altında bunun gerçekleşeceği yasa koyucuların takdirine bırakılmıştır. Makalede Türk ve Alman yasa koyucunun bu yöndeki tercihleri, ilgili düzenlemelerdeki son değişiklikler ve hukuki nitelikleri tartışma konusu yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Belge, belge ibrazı, ispat yükü, medeni usul hukuku, Alman hukuku, Türk hukuku

ABSTRACT

Document is one of the most important tools for the act of proving because it includes information, thought or someone's will. It is a widespread case that the document which is related to the point that needs to be proved is possessed not by the party that is obliged to prove but the other side. In such cases it is up to the legislators to decide whether to force the the party that is

Makalenin geliş tarihi: 12.06.2018 **Makalenin kabul tarihi:** 29.11.2018

¹ Dr. Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: unalhilal@hotmail.com)

not obliged to prove to present the document and the conditions under which they could be forced to do so. This paper discusses the preferences of Turkish and German legislators in this context and the latest changes and judicial features in the related regulations.

Keywords

Document, presentation of document, law of civil Procedure, German law, Turkish law

GİRİŞ

Günümüz Türk ve Alman usul hukuklarını şekillendiren, varlığı bugün dahi hissedilen “nemo contra se edere tenetur” ilkesi uyarınca, hiç kimse hasmının davayı kazanmasına yarayacak olan dava malzemesini sağlamakla yükümlü değildir. Bu ilkenin ispat hukuku yönünden yorumlanması şu şekildedir: Bir taraf kendi aleyhine fakat karşı tarafın lehine delil teşkil edebilecek bir bilgiyi veya belgeyi mahkemeye paylaşmak zorunda değildir. Taraflar ispat konusunda birbirlerine yardım etmek zorunda olmayıp, herkes kendi iddiasını ispatla yükümlüdür². Katı bir liberal hukuk anlayışını yansıtan bu ilkeden son yıllarda hem Alman hem de Türk hukukunda önemli sapmalar olduğu gözlemlenmektedir. Bu sapmaların temelinde değişen usul hukuku anlayışının etkisi büyüktür. Davayı tarafların savaş alanı olarak gören ve bu savaşta her türlü taktik ve manevranın serbest olduğu görüşü zamanla yerini daha toplumsal bir bakış açısına bırakmış, usul hukukunun amacının sadece tarafların sübjektif haklarını elde etmeleri değil, aynı zamanda maddi gerçeğe ve hakkaniyete en uygun kararlarla sosyal adalete katkıda bulunma olduğu gerçeği ön plana çıkmıştır³. Bu sonucun sağlanabilmesi için de, dava malzemesinin toplanmasına tarafların mümkün olduğunca geniş ölçüde katkıda bulunmaları öngörülmüştür. Bahsedilen durumun en son ve somut

² Peter Schlosser, Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991/12, s. 599; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 410; Baki Kuru, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 261.

³ Bkz. Rolf Stürner, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, 1976 Tübingen, s. 29 vd.; Eike Schmidt, Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Frankfurt 1973, s. 31 vd.; Hans Friedhelm Gaul, Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 1968/168, s. 53; Yavuz Alangoya, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 87; Kamil Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 34; Erdal Tercan, Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, s. 182, 183.

örneğini Alman Medeni Usul Kanunu'nun (ZPO) 142. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 219. maddesinde yapılan değişiklikler oluşturmaktadır. Bu değişiklikler gerektiğinde ispat yükünü taşımayan tarafın da belge ibrazı ile yükümlendirilerek davanın aydınlatılmasına katkıda bulunmasına hizmet etmektedir⁴. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki her iki hukuk düzeninde tarafların yanında üçüncü kişiler için de geniş ibraz yükümlülükleri öngörülmüştür. Ancak çalışmamızın sınırlarını karşı tarafın elindeki belgeye ulaşabilme yolları oluşturduğu için, üçüncü kişiler ile ilgili düzenlemelere sadece yeri geldikçe atıf yapılacaktır.

Gerek HMK`daki gerekse de ZPO`daki belge ibraz yükümlülükleri birlikte değerlendirildiğinde, belgenin ispat faaliyetinde oynadığı rolün önemi açıkça ortaya çıkmaktadır. Biz de belgenin bu önemine binaen, öncelikle her iki hukuk düzeni içerisindeki rolüne ana hatlarıyla değinmekte fayda olduğu kanaatindeyiz.

A. Belgenin İspat Faaliyetindeki Yeri

Türk Hukukunda

Belgenin Türkçe sözlük anlamı “*bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, doküman*”dır⁵. Bu tanımdan da kolayca çıkarılabileceği gibi belge, yargılamada maddi gerçeğe ulaşmada başvurulabilecek en önemli ispat araçlarından biridir ve bu nedenle hem Türk hem de Alman hukukunda ispat faaliyeti içinde özel bir yere sahiptir. Senet vasfını kazanmış bir belgeye ise – temelde önemli farklılıklar olmakla birlikte –, her iki hukuk sistemi de yüksek bir ispat gücü tanımıştır. Aradaki temel ayrım, Alman hukukunda hâkimin tüm delilleri serbestçe değerlendirebildiği serbest delil sisteminin (freie Beweiswürdigung, § 286 ZPO), Türk hukukunda ise hâkimin takdir yetkisinin sınırlandırıldığı kesin delil - takdiri delil ayrımının (das legale Beweissystem) var olmasıdır⁶. Buna göre, Türk hâkim

⁴ Joachim Zekoll/Jan Bolt, Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess, NJW 2002/43, s. 3130; Güray Erdönmez, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul 2014, s. 95; Güray Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, IBD, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s. 25.

⁵ Bkz. Türk Dil Kurumu Sözlük, (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&view=gts) (Erişim: 07.06.2018).

⁶ Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunda kesin delil-takdiri delil ayrımına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, her bir delile bağlanan hukuki sonuçlar incelendiğinde ve uzun

başta senet olmak üzere yemin ve kesin hüküm delilleri ile bağlıdır; yani bu delillerden biri ile ispat edilen bir vakıyı doğru olarak kabul etmek zorundadır. Tanık, bilirkişi ve kesif delillerini ise serbestçe değerlendirebilir. Alman hâkim ise önüne gelen delillerin tümünü böyle bir ayrıma tabi olmadan serbestçe değerlendirir. Diğer önemli bir fark da Türk hukukunda senetle ispat kuralının geçerli olmasıdır. Bu kural uyarınca belirli bir meblağı aşan hukuki işlemler ancak senetle ispat olunabilir (HMK md. 200/1). Diğer bir deyişle, bu tür uyuşmazlıkların ispatında tanık, bilirkişi, kesif gibi takdiri delillere başvurulamaz.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda belge, senedi de içine alacak şekilde, geniş ve üst bir kavram olarak düzenlemiştir. Buna göre her senet bir belge, ancak her belge bir senet değildir⁷. Nelerin belge kapsamına girdiği HMK md. 199'da şu şekilde ifade edilmiştir: “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir”. Görüldüğü üzere Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belgenin unsuru olarak yazılı olma şartı aranmamıştır. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli her türlü bilgi taşıyıcısı belge olarak kabul edilmiştir. Bir belgenin senet olarak kabul edilebilmesi içinse belirli şartları taşıması gerekir. Bu şartlar yazılı olmak, bir irade beyanı içermek ve imzalı olmak olarak sıralanabilir. Ayrıca senedin dış aleme yansıyacak şekilde varlık kazanmış olması da gerekir. Yani senet bir kâğıt ya da başka bir cisim üzerinde vücut bulmalıdır⁸.

Türk ispat hukukunda belgeyi ayrıcalıklı kılan diğer bir husus, belirli şartları taşıması durumunda delil başlangıcı olarak da değerlendirilebilmesi ve senetle ispat kuralının önemli bir istisnasını oluşturmasıdır. HMK md. 202/2'de delil başlangıcı, “iddia konusu hukuki işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya

bir zaman dilimine yayılan Türk Medeni Usul geleneği göz önüne alındığında böyle bir ayrımın varlığından söz etmek gerekir. Bkz. Oğuz Atalay, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt: 2, İstanbul 2017, s. 1735.

⁷ H. Özden Özkaya-Ferendeci, Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, DEÜHFD, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, s. 822.

⁸ Güray Erdönmez, Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt: 2, İstanbul 2017, s. 1773; Serdar Nart, Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, DEÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, s. 213 vd.

gönderilmiş belge” olarak tanımlanmıştır. Bu şartları taşıyan bir belge senetle ispat zorunluluğunu ortadan kaldıracak, iddianın diğer takdiri delillerle de ispatını mümkün kılacaktır (HMK md. 202/1).

Yukarıda kısaca bahsettiğimiz tüm bu düzenlemeler, belgenin Türk hukukunda oynadığı önemli role işaret etmektedir. Özellikle senetle ispatı gereken bir hususun varlığı halinde, ispat yükünü taşıyan tarafın elinde bu nitelikte bir belge yoksa ve fakat karşı taraf elinde böyle bir belgeyi bulduruyorsa, söz konusu belgenin erişilebilirliği ispat faaliyeti açısından hayati önem arz etmektedir. Bu durum az sonra bahsedeceğimiz belgelerin ibrazına ilişkin hükümlerle mümkün olacaktır. Diğer yandan HMK`da belge kavramının geniş ele alınması, belgelerin ibrazına ilişkin hükümlerin de uygulama alanını genişletecek olumlu bir gelişme olarak karşımıza çıkmaktadır.

II. Alman Hukukunda

Alman Medeni Usul Kanununda belge ve senet için kullanılan terminolojik ayırım Türk hukukundaki kadar keskin değildir. Bu yaklaşım farklılığında Alman hukukunda daha önce de belirttiğimiz üzere kesin delil - takdiri delil ayırımının ve senetle ispat kuralının olmayışının etkisi büyüktür. ZPO`da belge kavramı için, senedi de içine alacak şekilde “Urkunde” terimi kullanılmaktadır. Buna göre, bir düşünce içeren her yazılı açıklama bir belge yani “Urkunde”dir⁹. Dikkat edilirse ZPO`da, HMK`dan farklı olarak belgenin zorunlu unsuru olarak yazılı olma koşulu aranmıştır. Yazılılık unsuru taşımayan diğer bilgi taşıyıcıları (örneğin çizim, plan, ses kaydı, fotoğraf, film, elektronik veriler vb.) keşif nesnesi olarak kabul görmekte ve keşif delilinin konusunu oluşturmaktadır¹⁰.

Alman hukukunda bir belge, düzenleyen tarafından imzalanmışsa “Privaturkunde” (özel belge), resmi bir makam tarafından düzenlenmişse “amtliche Urkunde” (resmi belge) ismini alır (§§ 415, 416 ZPO). Bu kavramların Türk hukukundaki karşılığı “adi senet” ve “resmi senet” tir. İşte bu iki şekilden biriyle düzenlenmiş bir belgeye (Türk hukukundaki anlamıyla senede) ZPO`da da yüksek bir ispat gücü tanınmıştır. Ancak bu formel (şekli)

⁹ Martin Schwab, Zivilprozessrecht, 2016, § 5 Rn. 257 G; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, ZPO, 14. Auflage 2017, § 415 Rn. 4.

¹⁰ Musielak/Voit, § 415 Rn. 5.

bir ispat gücüdür. Yani bu tür belgeler, yalnızca içerisinde yer alan açıklamaların düzenleyen tarafından bilerek ve isteyerek yapıldığını tam olarak ispatlar (§§ 415, 416 ZPO)¹¹. İçerik yönünden ise böyle bir ispat gücü yoktur. Alman Medeni Usul Hukukunda serbest delil sistemi geçerli olduğu için, hâkim gerek özel imzalı gerekse de resmi belgelerin içeriğinde yer alan hususların doğruluğunu önüne gelen dava malzemesinden ve delillerden yola çıkarak serbestçe takdir edecektir¹². Örneğin A'nın elinde B tarafından yazılıp imzalanmış, kiralanın taşınmazın büyüklüğünün 100 m² ve kira bedelinin de 5000 TL olduğuna dair bir belge varsa – ve bu belgenin gerçekliği tartışmalı değilse¹³ – hâkim belgedeki açıklamanın B'ye ait olduğunu kabul etmek zorundadır. Yani bu hususta bir takdir yetkisi yoktur. Ancak taşınmazın gerçekten 100 m² olup olmadığını ve 5000 TL karşılığı kiralanıp kiralanmadığını hâkim § 286 ZPO uyarınca serbestçe takdir edecektir. Bu yöndeki ispat faaliyeti de her türlü delille yapılabilecektir. Ancak eklemek gerekir ki, her ne kadar Alman hukukunda hâkim senet içeriği ile bağlı değilse de, senedin ikna ediciliğinin yüksek olduğu bu hukuk sisteminde de kabul görmüş bir gerçektir¹⁴.

Son olarak belirtmek gerekir ki, belge – ister senet vasfını kazanmış olsun ister olmasın – doğrudan bir bilgi, düşünce veya irade içermesi nedeniyle, her hukuk sisteminde ispat faaliyetinde kullanılabilir en önemli araçlardan biridir. Bir vakıanın ispatı için gerekli olan belgenin, ispat yükünü taşıyan tarafın elinde değil de, karşı tarafın elinde olduğu durumlara ise uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu gibi durumlarda, ispatla yükümlü olmayan tarafın olayın aydınlatılmasına ne derece katkıda bulunacağı, diğer bir deyişle hangi şartlar altında elindeki belgeyi mahkemeye sunmak zorunda olduğu sorusu gündeme gelmektedir. Aşağıda bu sorunun Türk ve Alman hukukundaki yanıtları aranırken, aynı zamanda ilgili düzenlemelerin hukuki boyutları tartışma konusu yapılacaktır.

¹¹ Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 415 Rn. 26.

¹² Musielak/Voit, §§ 415, 416 Rn. 10, 4; Münchener Kommentar, §§ 415, 416 Rn. 27, 9.

¹³ İmzalanmış veya resmi olarak düzenlenmiş bir belgenin geçersiz (sahte) olduğu iddia edilirse bu husus Alman Usul Kanununun 437 ila 440. paragraflarına göre öncelikle çözümlenecektir. Detaylı bilgi için bkz: Nart, s. 223 vd.

¹⁴ Musielak/Voit, § 415 Rn. 7.

B. B. Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları

I. Alman Medeni Usul Kanundaki Düzenlemeler ve Değerlendirilmeleri

1. Almanya'daki Hukuki Duruma Genel Bakış

İspatla yükümlü tarafın iddiasını ispatlayabilmesi için hasmının elindeki belgelere ihtiyaç duyduğu durumlara uygulamada sıkça rastlanmaktadır. Bu belgelere ulaşabilmenin Alman Medeni Usul Kanununda iki farklı yöntemi vardır. Bunlardan ilki tarafların delil ikamesi yolu (Beweisantritt der Parteien), ikincisi de hâkimin re`sen ibraz kararıdır (Vorlageanordnung von Amts wegen). §§ 422, 423 ZPO tarafların delil ikamesine ilişkin olup, karşı tarafın elindeki belgelere ulaşılabilmesi için gerekli olan şartları düzenlemektedir. § 142 ZPO ise hâkimin yargılama esnasında gerekli gördüğü belgeyi takdir hakkını kullanarak bizzat kendisinin mahkemeye getirtmesini düzenlemektedir.

§ 142 ZPO hükmü 2002 Reformu ile önemli değişikliklere uğramış, belgelerin ibrazı konusunda hâkimin takdir yetkisi oldukça genişletilmiştir. Maddenin eski lafzına göre, hâkim ancak kendi elindeki belgeye dayanan taraftan bu belgeyi mahkemeye sunmasını isteyebiliyorken, yeni düzenlemeyle artık hangi tarafın belgeye dayandığının bir önemi kalmamakta, taraflardan herhangi birinin belgeye değinmesi hâkimin bu belgenin ibrazını emretmesi için yeterli sayılmaktadır¹⁵ ¹⁶. Burada vurgulanması gereken, 2002 ZPO-Reformuyla, iddiasını belge aracılığıyla ispat etmek isteyen tarafa önemli kolaylıkların sağlanmış olması ve ispat yükünü taşımayan tarafın da

¹⁵ Hanns Prütting/ Markus Gehrlin, ZPO Kommentar, 8. Auflage, 2016, § 142 Rn. 1; Richard Zöllner, Zivilprozessordnung - Kommentar, 31. Auflage, 2016, § 142 Rn. 2; Peter Gruber/ Erik Kießling, Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff: ZPO nach der Reform 2002, ZJP 116 (2003), s. 310.

¹⁶ Ayrıca yeni düzenlenen § 142 ZPO hâkime üçüncü kişilerin elindeki belgelerin ibrazını da emredebilme olanağı tanımaktadır. Bu düzenlemeden önce, tarafların üçüncü kişinin elindeki belgeye ulaşabilmelerinin tek yolu § 428 ZPO uyarınca mahkemeden süre talep etmeleri ve bu süre içinde ayrı bir dava ile üçüncü kişiden ilgili belgenin ibrazını istemeleri idi. Bu davanın başarı şansı ise, üçüncü kişinin belgenin ibrazını isteyen tarafa karşı maddi hukuk hükümlerince herhangi bir ibraz yükümlülüğünün olup olmadığına bağlıydı. Bu yol hala açık olmakla birlikte artık taraflara üçüncü kişinin elindeki belgeye ulaşabilmeleri için çok daha kolay ve zahmetsiz bir yol öngörülmüştür. § 428 ZPO' ya eklenen bir hükümle, iddiasını üçüncü kişinin elindeki belgeyle ispat etmek isteyen taraf, hâkimden § 142 ZPO uyarınca belgenin ibrazına karar vermesini isteyebilecektir.

gerektiğinde olayın aydınlatılmasına kendi aleyhine bile olsa katkıda bulunmasının önünün açılmış olmasıdır.

2. Delil İkamesi Yolu (§§ 422, 423 ZPO)

Alman hukukunda karşı tarafın elindeki belgeye ulaşabilme yollarından ilki, ispat yükü altındaki tarafın bu belgeye delil olarak dayanmasıdır (delil ikamesi yolu). Bu durumda ispat yükünü taşımayan fakat belgeyi elinde bulduran tarafın ibraz yükümlülüğünün doğabilmesi için, ya maddi hukuktan doğan böyle bir ibraz yükümlülüğünün olması (§ 422 ZPO) ya da kendisinin de yargılama sırasında bu belgeye delil olarak dayanmış olması gerekir (§ 423 ZPO). Bu iki şarttan birisi mevcutsa, ispat faaliyetinde bulunan taraf, bir dilekçeyle karşı tarafın elinde bulunan belgenin mahkemece ibrazının emredilmesini isteyebilir. Ancak bu dilekçede bulunması gereken bazı zorunlu unsurlar vardır ve bunlar § 424 ZPO`da açıkça düzenlenmiştir. Buna göre ibraz isteyen taraf, hangi belgenin ibrazını istediğini ve bu belgenin içeriğinde neler bulunduğunu mümkün olduğunca tam olarak dilekçesinde belirtmelidir (Nr. 1, 3). Örneğin “konuyla ilgili tüm belgeler” ya da “yaptığımız tüm yazışmalar” gibi muğlak bir ifade yeterli olmayacaktır¹⁷. Diğer yandan ispat yükü altındaki tarafın belgenin içeriğinde neler bulunduğunu tamamen bilmesi de beklenemez, dolayısı ile öğretide bu şartın çok sert yorumlanmaması gerektiğine haklı olarak dikkat çekilmiştir¹⁸. Kanımızca belgenin diğer belgelerden ayırt edilmesini sağlayacak ve içeriği hakkında genel bir fikir verecek nitelikteki tanımlama yeterli görülmelidir.

İbraz istenen belge ile ispat edilmek istenen vakıaların ve karşı tarafın ibraz yükümlülüğünü doğuran hususların da dilekçede gösterilmesi zorunludur (Nr. 2, 5). Böylece bir yandan ibraz istenen belgenin olayın aydınlatılması için elverişli bir belge olup olmadığının kontrolü sağlanacak, diğer yandan da karşı tarafın hukuk alanına nedensiz bir müdahalenin önüne geçilmiş olacaktır (Ausforschungsverbot)¹⁹. Ve son olarak, belgenin karşı tarafın elinde bulunduğunu gösteren emarelerin de dilekçede gösterilmesi gereklidir ki (Nr. 4) karşı taraf gerektiğinde belgenin elinde olduğu yönündeki iddiaya karşı kendisini somut nedenlerle birlikte savunabilsin²⁰.

¹⁷ Musielak/Voit, § 424 Rn. 2.

¹⁸ Bkz: Münchener Kommentar, § 424 Rn. 2; Musielak/Voit, § 424 Rn. 1.

¹⁹ Musielak/Voit, § 424 Rn. 2; Münchener Kommentar, § 424 Rn. 2.

²⁰ Beck'sche Online-Kommentar (BeckOK), ZPO, 27. Auflage, 2017, § 424 Rn. 7.

§ 427 ZPO' da ibrazdan kaçınmanın sonuçları düzenlenmiştir. Buna göre karşı taraf ibraz kararını yerine getirmekten kaçınır veya belgenin kendisinde bulunmadığını ileri sürmekle birlikte arayıp bulmakta özen yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim ispat yükünü taşıyan tarafın belgenin içeriğine dair beyanlarını doğru kabul edebilir. Bu konuda hâkim § 286 ZPO uyarınca takdir yetkisini kullanacaktır²¹.

Görüldüğü gibi, Alman hukukunda tarafların delil ikamesi yoluna başvurarak karşı tarafın elindeki belgeye ulaşabilme imkânları oldukça kısıtlıdır. Maddi hukuktan doğan bir ibraz yükümlülüğü veyahut karşı tarafın da aynı belgeye dayanmış olma zorunluluğu aranması ispat yükü altındaki tarafın işini oldukça zorlaştırmaktadır. Bir kere karşı tarafın da aynı belgeye dayanmış olması şartı çoğu kez ilgili belge bu tarafın lehine fakat ispat yükü altındaki tarafın aleyhine ise gerçekleşeceğinden, pratikte ispat yükü altındaki tarafa pek de bir fayda sağlamayacaktır. İspat yükü altındaki tarafa asıl yardımcı olacak olan, maddi hukuktan doğan bir ibraz talep hakkının olup olmadığıdır ve bu da ancak münferit uyuşmazlıklara ilişkin özel kanun hükümlerinde sınırlı şekilde öngörülmüştür²². Dolayısı ile §§ 422, 423 ZPO düzenlemelerinin temelinde, kimsenin kendi aleyhine olabilecek bir dava malzemesini mahkemeye getirmek zorunda olmadığı fikri yatmaktadır ki bu fikir Alman yargı kararları ve öğretisinde ağırlığını halen korumaktadır²³. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi, bu görüş değişen usul hukuku anlayışı çerçevesinde güncelliğini ve önemini gittikçe yitirmekte, yerini maddi hukuktan tamamen bağımsız, sırf usul hukuku temeline dayanan yükümlülüklerin genişletilmesi gerektiği fikrine bırakmaktadır²⁴. Bunun

²¹ Musielak/Voit, § 427 Rn. 2.

²² Maddi hukuktan doğan ibraz yükümlülüğüne örnek olarak, Fikri Mülkiyet Hukuku konusuna giren bir hakkı zedeleyen kişinin, hakkı zedelenen kişiye karşı, onun talebini temellendirebilmesi için gerekli belgeleri sunması zorunluluğu (§ 101a UrhG) ya da bir hakkı devreden kişinin, hakkı devralan kişiye, devredilen hakkın kanıtı olan belgeleri vermesi zorunluluğu gösterilebilir (§ 402 BGB).

²³ Bkz.: BGH, 11.06.1990, NJW 1990, S. 3151; BGH, 12.11.1991, NJW 1992, S. 1819; BGH, 7.12.1999, NJW 2000, s. 1109; Friedrich Stein/Martin Jonas, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, 2005, § 138 Rn. 27; Münchener Kommentar, § 286 Rn. 130; Hans Prütting, Discovery im deutschen Zivilprozeß?, AnwBl 2008, s. 156 vd. Aynı yönde: Peter Arens, Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), s. 21.

²⁴ Stürmer, s. 134 vd.; Peter Gottwald, Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? — Gutachten A, in: Ständige

Alman Medeni Usul Kanundaki en belirgin örneği ise aşağıda inceleyeceğimiz § 142 ZPO hükmüdür.

3. Hâkimin Re`sen İbraz Kararı (§ 142 ZPO)

ZPO`da karşı tarafın elindeki belgeye ulaşabilme yollarından ikincisi, hâkimin § 142 ZPO uyarınca vereceği re`sen ibraz kararıdır. Almanya`da 1.1.2002 tarihli usul hukuku reformu ile ilk derece mahkemelerinin güçlendirilmesi, bu aşamada yapılan hukuki incelemenin mümkün olduğunca derinleştirilmesi ve böylece temyiz mahkemelerinin iş yükünün azaltılması hedeflenmiştir²⁵. Bu amaçla – aynı zamanda hukuk güveninin ve barışının da daha etkin sağlanabilmesi adına – hâkimlerin yetkileri önemli ölçüde arttırılmıştır²⁶. Öyle ki öğretilerde, hâkimlerin artan bu yetkilerinin “tarafarca getirilme prensibini” (Verhandlungsmaxime) zedeleyeceği ve “re`sen araştırma ilkesini” (Untersuchungsmaxime) yargılamada hakim kılacağı yönünde endişeler baş göstermiş, tartışmaların odağında ise § 142 ZPO ile getirilen değişiklikler yer almıştır²⁷.

§ 142 ZPO ile hâkime ispat yükü kurallarını baz almaksızın, gerekli gördüğü an herhangi bir tarafın elindeki belgenin ibrazını emredebilme yetkisi tanınmaktadır²⁸. Ancak bunun için yasa koyucunun öngördüğü belli şartların da gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Öncelikle yargılama sırasında taraflardan birinin ilgili belgeye dayanmış olması gerekmektedir. Hangi tarafın olduğunun bir önemi yoktur. Bu ispat yükünü taşıyan taraf olabileceği

Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages — Karlsruhe 1996, Band I (Gutachten), München 1996, s. A 1 ff.; Reinhard Greger, Justizreform? Ja, aber..., JZ 2000, s. 847; Stephan Lorenz, Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozeßrecht-Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?, ZJP 111 (1998), s. 60 vd.; Johannes Lang, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Berlin 1999, s. 264 vd.; Sonja Lang, Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Frankfurt am Main 2007, s. 251 vd.

²⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 61. (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/047/1404722.pdf>) (Erişim: 07.06.2018).

²⁶ BT-Drucks. 14/4722, S. 61. (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/047/1404722.pdf>) (Erişim: 07.06.2018).

²⁷ Bu yöndeki endişeler için bkz: Ingo Saenger, Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, ZJP 121 (2008), s. 145; Stein/Jonas, 22. Auflage 2005, § 144 Rn. 22.

²⁸ Jan Kraayvanger/Mark C. Hilgard, Urkundenvorlegung im Zivilprozess Annäherung an das amerikanische „discovery“-Verfahren?, NJ 2003, s. 572; Zekoll/Bolt, s. 3130.

gibi, ispat yükünü taşımayan taraf da olabilir. Taraflardan herhangi birinin dayanmadığı bir belgenin ibrazını hâkim, kendisinin söz konusu belgenin varlığından başka yollardan haberi olsa bile isteyemeyecektir. Aksi takdirde hâkimin olayı re`sen araştırması söz konusu olacaktır ki usul hukukunda bu, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça istenmeyen bir durumdur. Diğer yandan hâkim, ibraz kararı vermeden önce taraflar arasındaki menfaat dengesini de gözetmelidir. Belgenin ibrazından yararlanacak olan tarafın – ki bu genelde ispat yükü kendisine düşen taraf olacaktır – menfaati ile belgeyi ibraz edecek olan tarafın menfaati karşı karşıya geldiğinde, hâkim her olayın kendi özelliğine göre karar verecektir. Burada belirleyici olan kıstaslar orantılılık, beklenebilirlik, kişilik haklarına bir müdahalenin veya korunması gereken bir sırrın mevcut olup olmamasıdır²⁹.

§ 142 ZPO hükmü, belgenin ibrazını isteyip istememeyi hâkimin takdirine bırakmış, taraflara bu yönde bir talep hakkı tanımamıştır³⁰. Hâkim olayda her iki tarafın da menfaatlerini göz önüne alarak en uygun kararı vermelidir. Kanunda tarafların hangi hallerde belgenin ibrazından kaçınabileceklerine dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Daha önce de belirtildiği gibi örneğin belgeyi ibraz edenin özel hayatı veya ticari bir sırrı deşifre edilmiş olursa veyahut kendisinden belgenin ibrazının beklenemeyeceği başka bir durum varsa, taraf ibraz ile yükümlü olmayacaktır³¹.

Haksız yere ibrazdan kaçınan taraf için yasa koyucu ilgili maddede herhangi bir yaptırıma yer vermemiştir. Ancak bu durumu hâkim § 286 ZPO uyarınca delillerin serbestçe değerlendirilmesi esnasında göz önünde bulundurabilecek ve ibrazdan kaçınan tarafın aleyhine değerlendirebilecektir³². Eğer ibrazdan kaçınan tarafın aynı zamanda maddi hukuktan doğan bir ibraz yükümlülüğü varsa ya da bizzat kendisi yargılama

²⁹ Zöllner, § 142 Rn. 8.; Prütting/Gehrlein, § 142 Rn. 9; BGH, 26.6.2007, XI ZR 277/05. (<https://lexetius.com/2007,1945>) (Erişim: 07.06.2018).

³⁰ Hâkimin kendisine tanınan bu imkanı göz önünde bulundurup bulundurmadığının kontrolü temyiz mahkemesine aittir, Münchener Kommentar, § 142 Rn. 3.

³¹ Üçüncü kişilerin hangi hallerde ibrazdan kaçınabilecekleri ise kanunda açıkça düzenlenmiştir. Buna göre tanıklıktan çekinme hallerinden herhangi biri mevcutsa üçüncü kişi belgeyi ibrazdan da kaçınabilecektir. İbrazın üçüncü kişi için “beklenebilir” olması gerektiği de yine kanunda açıkça ifade edilmiştir (§ 142 Abs. 2 ZPO).

³² Münchener Kommentar, § 144 Rn. 15; BGH, 26.6.2007, XI ZR 277/05. (<https://lexetius.com/2007,1945>) (Erişim: 07.06.2018).

esnasında ilgili belgeye dayanmışsa § 427 ZPO kıyasen uygulama alanı bulacak ve karşı tarafın belgenin içeriği ile ilgili iddiaları ispatlanmış kabul edilebilecektir³³.

4. § 142 ZPO Hükümünün Uygulama Alanı İle İlgili Tartışmalar

Literatürde § 142 ZPO` nun iki farklı fonksiyonundan söz edilmektedir. Bunlardan ilki hâkimin davayı aydınlatma ödevi ile ilgili olan fonksiyonu, ikincisi ise mahkemece delil elde etme fonksiyonudur³⁴. Hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde tarafların getirmiş olduğu dava malzemesindeki belirsizlikleri ve boşlukları gidermekle görevlidir (§ 139 ZPO). İşte bu amaçla hâkim, § 142 ZPO uyarınca herhangi bir taraftan bu eksikliklerin giderilmesi adına belge ibrazı isteyebilecektir. Bu konuda öğretide herhangi bir görüş ayrılığının olmadığı söylenebilir.

Tartışmaların kaynağı düzenlemenin ikinci fonksiyonu olan mahkemece delil elde etme fonksiyonudur. Taraflarca getirilme prensibi delil ikamesini kural olarak taraflara bırakmıştır. Taraflardan birisi iddiasını karşı tarafın elindeki belge ile ispatlamak istiyorsa daha önce de belirttiğimiz gibi kendisine tanınan yol Alman Medeni Usul Kanunu` nun ispat hükümlerine ilişkin 422 ve 423üncü maddeleridir. Buna göre karşı taraf, ispatla yükümlü tarafın iddiasını ispatlayabilmesi için gerekli olan belgeyi ancak iki halde ibraz etmekle yükümlü tutulabilecektir: Ya kendisinin maddi hukuktan doğan böyle bir ibraz yükümlülüğü olmalıdır (§ 422 ZPO) ya da bizzat kendisi yargılama esnasında ibrazı istenen belgeye dayanmış olmalıdır (§ 423 ZPO). Karşı tarafın elindeki belgeye dayanarak delil ikame etmek isteyen tarafa tanınan imkanlar bu iki şart ile sınırlıyken, § 142 ZPO hâkime bu şartlardan bağımsız, çok daha geniş bir delil elde etme olanağı tanımaktadır. Hâkim, §§ 422, 423` de belirtilen şartlardan herhangi birinin mevcut olup olmadığına bakmaksızın, gerekli görürse ispat yükünü taşımayan taraftan belgenin ibrazını isteyebilecektir³⁵. Yasa koyucu § 142 ZPO ile bu konuda sadece

³³ Üçüncü kişiler açısından ise durum farklıdır. § 142 Abs. 2 ZPO` nun tanıklığa ilişkin maddelere yaptığı atıf dolayısı ile belgeyi geçerli bir neden olmaksızın ibraz etmeyen üçüncü kişiye karşı disiplin hapis veya disiplin para cezası uygulanabileceği gibi, haksız yere ibrazdan kaçınmasının yol açtığı giderlere katlanmasına da hükmedilebilecektir (§ 390 Abs.1 ZPO).

³⁴ Wiczorek, Bernhard/ Schütze A. Rolf, Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Großkommentar, 4. Auflage, 2013, § 142 Rn. 1; Musielak/Voit, § 142 Rn. 1.

³⁵ Zekoll/Bolt, s. 3129; Kraayvanger/Hilgard, s. 572.

hâkimi yetkilendirmiş, taraflara bu yoldan delil ikame etme yolunu açmamıştır. Bu da literatürde hâkime tanınan delil ikame etme yetkisinin taraflara tanından çok daha geniş olduğu ve bu durumun taraflarca getirilme ilkesine (Verhandlungsmaxime) aykırı olduğu görüşünün doğmasına neden olmuştur³⁶. Bu görüş taraftarları yargılamada taraf egemenliği (Parteiherrschaft) ve hâkim egemenliği (Richterherrschaft) arasında kabul edilebilir bir dengenin kurulabilmesi için, hâkimin § 142 uyarınca ispat yükünü taşımayan taraftan belgenin ibrazını talep ederken §§ 422 ve 423'deki şartların varlığını araması gerektiğini savunmaktadırlar³⁷.

Ancak gerek § 142 ZPO'nun düzenleniş amacı gerekse de Alman Federal Mahkemesinin son yıllarda konuyla ilgili vermiş olduğu kararlar yukarıdaki görüşe katılmayı mümkün kılmamaktadır. Kanun tasarisının gerekçesinde yasa koyucu, mahkemenin hızlı bir şekilde dava konusu olaya göz atabilmesi için belgelerin ibrazı konusundaki yükümlülüklerin genişletildiğini açık bir dille ifade etmiştir³⁸. Diğer yandan Alman Federal Mahkemesi 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda, istinaf mahkemesinin § 142 uyarınca §§ 422 ve 423'de belirtilen şartlar gerçekleşmese bile belgenin ibrazına karar verebileceğine, hâkimin bu konudaki takdir yetkisine açıkça dikkat çekmektedir³⁹. Yine 2010 yılında vermiş olduğu bir kararda, bir tarafın diğer tarafın elindeki belgeye dayanması durumunda, hâkimin § 142 uyarınca ilgili belgenin ibrazını isteyebileceğine, § 423'den farklı olarak ispat yükünü taşıyan tarafın karşı tarafın elindeki belgeye yapmış olduğu atfin yeterli olduğuna, bu durumda verilen ibraz kararının hasmın hukuki alanına haksız bir müdahale oluşturmayacağına hükmetmiştir⁴⁰. Dolayısı ile hâkimin § 142 hükmünü uygularken §§ 422, 423 hükümleri ile sınırlı tutulması gerektiği görüşü inandırıcılığını büyük ölçüde kaybetmiştir.

Ancak § 142 ZPO'daki düzenlemenin bu haliyle, tarafların delil ikamesi (Beweisantritt der Parteien) ile hâkimin bizzat delil elde etmesi (Beweiserhebung von Amts wegen) arasında bir uçuruma sebebiyet verdiği

³⁶ Saenger, s. 145, 146.

³⁷ Stein/Jonas, § 142 Rn. 20 vd.; Wiczorek/Schütze, § 142 Rn. 13; Adolf Baumbach / Wolfgang Lauterbach /Jan Albers, /Peter Hartmann, Zivilprozessordnung, 75. Auflage, 2017, § 142 Rn. 6; S. Lang, s. 195.

³⁸ BT-Drucks. 14/4722, S. 61, (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/14/047/1404722.pdf>) (Erişim: 07.06.2018).

³⁹ BGH 26.6.2007, XI ZR 277/05, (<https://lexetius.com/2007,1945>) (Erişim: 07.06.2018).

⁴⁰ BGH 15.06.2010, XI ZR 318/09, Juris. Bu yönde bkz.: Musielak/Voit, § 142 Rn. 1.

doğrudur. Fakat bunun çözümü maddenin uygulama alanını sınırlamak olmamalıdır. Zira § 142 ile genişletilen usuli ibraz yükümlülüğü olayın daha hızlı ve derinlemesine çözümüne katkıda bulunacaktır. Tarafların ispat yükü kuralları ile sıkı sıkıya bağlı olmaksızın, olayın aydınlatılmasına katkıda bulunmaları, ellerindeki bilgi ve belgeleri hâkimle paylaşmaları maddi gerçeğe dolayısı ile hakkaniyete daha uygun kararların çıkmasına yol açacaktır. Bunun için maddenin uygulama alanını sınırlamadan bir çözüm yolu aramak gerekir. Örneğin yapılacak bir yasa değişikliği ile taraflara da hâkimle eşit imkanların sunulması düşünülebilir ki bu zaten ZPO`ya yabancı bir durum da değildir. Şöyle ki: Eğer ispat faaliyeti üçüncü kişinin elindeki bir belgeyle yapılacaksa, yasa koyucu § 428 ZPO`ya eklediği bir cümle ile taraflara hâkimden § 142`ye göre ibraz kararı vermesini isteme hakkı tanımıştır. Yani iddiasını üçüncü kişinin elindeki bir belge ile ispat etmek isteyen tarafa dolaylı da olsa § 142`den yararlanarak delil ikame etme olanağı tanınmıştır. Aynı şey § 142`ye paralel bir değişiklik olan § 144 ZPO için de geçerlidir. 2002 ZPO-Reformu ile değişen § 144 hükmü, keşif için gerekli olan nesnenin mahkemeye sunulması ile ilgilidir. Burada da hâkime tarafları ibraza zorlayabilmek için geniş yetkiler tanınmıştır⁴¹. Ancak tarafların delil ikamesi olarak keşfi düzenleyen § 371 Abs. 2`ye eklenen bir hükümle, taraflara hâkimden § 144 ZPO uyarınca keşif konusu nesnenin ibrazına karar vermesini isteme yetkisi tanınmıştır. Böylelikle hâkimin re`sen vereceği ibraz kararı üzerine delile ulaşılması ile taraflarca gerçekleştirilen bir ispat faaliyeti sonucu delile ulaşılması arasında eşitlik sağlanmıştır. Benzer çözüm belge karşı tarafın elinde olduğu zaman da düşünülebilir. İddiasını hasmının elindeki belge ile ispatlamak isteyen tarafa da hâkimden § 142 ZPO uyarınca ibraz kararı vermesini isteme yoluyla delil ikame edebilme olanağının tanınması kanımızca isabetli olacaktır.

II. Hukuk Muhakemeleri Kanundaki Düzenleme ve Değerlendirilmesi

1. Türkiye`deki Hukuki Duruma Genel Bakış

Alman hukukuna paralel gelişmeleri 2011 tarihli HMK`da da gözlemlemek mümkündür. Kanunun genel gerekçesinde, yapılan

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz: Münchener Kommentar, § 144 Rn. 1; Prütting/Gehrlein, § 144 Rn. 1; Musielak/Voit, § 144 Rn. 1.

değişikliklerin daha etkin, doğru ve hızlı bir yargılamayı hedeflediği belirtilirken, yargılamanın amacı olan maddi gerçeğe ulaşmanın da göz ardı edilemeyeceği vurgulanmaktadır. Belgelerin ibrazı alanında getirilen değişiklikleri bu çerçevede ele aldığımızda amaçla uyumlu, daha etkin bir olay incelemesini mümkün kılan, tarafları ispat yükü kurallarından bağımsız⁴² olayın aydınlatılmasına katkıda bulunmaya zorlayan yenilikler olduğu görülmektedir. Taraflar için maddi hukuktan bağımsız, § 142 ZPO hükmüne benzer usuli bir ibraz yükümlülüğüne HMK'nın 219. maddesinde yer verilmiştir⁴³. Ancak bu iki düzenleme nitelik olarak birbirinden farklılık göstermektedir. § 142 ZPO “sözlü yargılama” başlığı altında, hâkimin davayı aydınlatma ödevinden (§ 139 ZPO) hemen sonra düzenlenmişken, HMK md. 219 “ispat ve deliller” başlığı altında tarafların delil ikamesi yolu olarak düzenlenmiştir. Yani § 142 ZPO hâkimin re'sen delil elde etmesini düzenlerken, HMK md. 219 taraflarca delil elde edilmesini düzenlemektedir.

Türk kanun koyucu karşı tarafın elindeki belgeye ulaşılabilmesinde, Alman kanun koyucunun aksine ikili bir yol değil tek bir yol izlemiş ve bunu tarafların delil ikamesi başlığı altında yapmıştır. Aslında HMK md. 219 deliller kısmına ait bir düzenleme olmakla ve taraflarca yürütülen bir ispat faaliyetini içermekle nitelik olarak ZPO'nun 422 ve 423üncü maddelerine denk düşmektedir. Ancak Türk hukukunda karşı tarafın elindeki belgeye dayanarak ispat faaliyetini yürütmek, Alman hukukunun aksine maddi hukuktan doğan böyle bir hakkın olması veya karşı tarafın kendisinin de bizzat bu belgeye dayanmış olması gerektiği gibi bir şartla sınırlanmamış, bunun yerine taraflar için genel bir ibraz yükümlülüğü öngörülmüştür.

Türk hukukunda da 1086 sayılı HUMK md. 326'da tarafların belge ibraz yükümlülükleri kural olarak maddi hukuk hükümlerine bağlı kılınmıştı. Madde 326 “*Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi...*” diyerek kural olarak tarafın belgeyi ibraz etmesi için maddi hukuktan doğan bir yükümlülüğünün olmasını

⁴² Erdönmez, Belgelerin İbrazi, s. 95; Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, s. 25. Eski Usul Kanunumuzdaki (HUMK) düzenlemeye ilişkin olarak bkz.: Mustafa Göksu, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, MIHDER, Cilt: 5, Sayı: 13, 2009, s. 253.

⁴³ HMK md. 221 ile üçüncü kişiler için de usuli ibraz yükümlülüğü öngörülmüş, tarafların iddialarını üçüncü kişinin elinde bulunan bir belge ile ispatlayabilmeleri mümkün kılınmıştır.

şart koşmuştu. Maddenin devamında ise dört bent halinde maddi hukuk haricinde usuli ibraz yükümlülüğünün doğduğu istisnai haller sıralanmıştı. 6100 sayılı HMK md. 219 ile Türk hukukundaki bu durum kökten değişmiş, tarafların ibraz yükümlülükleri maddi hukuktan koparılarak usul hukuku temelinde yeniden şekillendirilmiştir. HMK md. 219 hükmünde “*taraflar kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar...*” denilerek, Türk hukukunda taraflar için genel bir usuli ibraz yükümlülüğü öngörülmüş, maddi hukuktan doğan ibraz yükümlülüğü ise ilgili özel hukuk hükümlerine bırakılmıştır⁴⁴.

2. Karşı Tarafın İbraz Yükümlülüğü (HMK md. 219)

HMK md. 219 hükmü tarafların belge ibraz yükümlülüğünü düzenlemektedir. Buna göre taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Görüldüğü gibi ibraz yükümlülüğünün ilk şartı, taraflardan birinin ilgili belgeye delil olarak dayanmış olmasıdır. Taraflardan biri kendi elindeki bir belgeye delil olarak dayanmışsa, zaten bu belgeyi mahkemeye sunması kendisinden beklenir, fakat karşı taraf istemedikçe buna zorlanamaz. Böyle bir belgenin mahkemeye sunulmamış olması halinde kişi kendi iddiasını ispat edememiş sayılır⁴⁵. Ancak bir taraf iddiasını ispatlamak için karşı tarafın elindeki belgeye dayanmışsa, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, karşı tarafın bu belgeyi mahkemeye sunması zorunludur. Bu şartların neler olduğu ise HMK md. 220’de düzenlenmiştir.

Hasmının elindeki belgeye dayanarak iddiasını ispatlamak isteyen tarafın öncelikle bu iddiasını yeterince somutlaştırmış ve dayandığı belgenin ayırt edici unsurlarını belirtmiş olması gerekir (HMK md. 194). Belgenin ibrazına yol açacak iddianın ne ölçüde somutlaştırılması gerektiği her olayın özelliğine göre değişkenlik gösterebilir. Somutlaştırma yükünün kapsamı bakımından ikili bir ayırım yapmak mümkündür. Eğer dava konusu olay, ibraz talebinde bulunan tarafın kendi yaşam ve algı alanında gerçekleşmişse, onun ibraz talebinin haklılığını ortaya koyacak somut dayanak noktalarına ve iddiasını güçlendirmek için yeterli bilgiye sahip olduğu söylenebilir. Bu durumda ibraz

⁴⁴ Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, s. 26.

⁴⁵ Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayyvaz, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017, s. 411.

kararı ancak somutlaştırma yükünün eksiksiz yerine getirilmesiyle verilebilir. Ancak belge ile ispat edilmek istenen vakıa karşı tarafın yaşam ve algı alanında vuku bulmuşsa, ispat faaliyetinde bulunan taraftan detaylı bir açıklama yapması çoğu kez beklenemeyeceğinden, onun somutlaştırma yükü daha hafif olabilecektir⁴⁶. Örneğin, ameliyat sonrasında meydana gelen bir komplikasyondan kaynaklanan uyuşmazlıkta, hatalı tedavi yöntemi uygulandığı yönündeki iddiasını doktorun elindeki belgelerle ispatlamak isteyen taraftan, bu iddiasını etraflıca somutlaştırması beklenemez, zira olay karşı tarafın hakimiyet alanında gerçekleşmiştir. İspat yükü altındaki tarafın olay hakkında detaylı bilgi sahibi olması beklenemeyeceğinden, buradaki somutlaştırma yükü dar yorumlanmalıdır.

İbraz istenen belgenin içeriği ve ayırt edici unsurları hakkında verilecek bilginin ne olması gerektiği hususunda da genel bir kriter yoktur. İbraz talebinde bulunan taraf, belgenin içeriği ve bu belgeyle neyi ispat etmek istediği konusunda mahkemeye ne kadar çok bilgi verirse, hâkimin ilgili belgenin delil değerini takdir etmesi ve ibraz kararı vermesi o denli kolaylaşır. Ancak karşı tarafın himayesinde bulunan bir belge hakkında çoğu kez ayrıntılı bilgiye sahip olunamayacağı göz önünde tutulduğunda, ibraz istenen belgenin diğer belgelerden ayırt edilmesini sağlayacak yeterlilikte tanım ve muhtemel içeriği hakkında bilgi verilmesi yeterli görülmelidir⁴⁷. İbraz istenen belgenin ayırt edici unsurlarının belirtilmesi zorunluluğu, bir taraftan davayla ilgisi bulunmayan belgelerin gereksiz yere mahkemeye getirilmesini, diğer yandan da karşı tarafın elindeki belgelerin kötü niyetli olarak ele geçirilmesini önlemeye yönelik bir tedbirdir⁴⁸.

İbraz talep eden taraf kendisine düşen bu yükümlülükleri yerine getirdikten sonra hâkim, ibraz istenen belgenin ileri sürülen hususun ispatı için zorunlu olup olmadığını ve belgenin karşı tarafın elinde bulunup bulunmadığını araştırır (HMK md. 220/1). Öncelikle, ispat faaliyetinde bulunan tarafın verdiği bilgilerden hareketle, belgenin ileri sürülen iddiayı ispatlamaya elverişli olup olmadığı incelenir. Eğer elverişli bir belge olduğuna

⁴⁶ Detaylı bilgi için bkz: Levent Börü, İddia Ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 229 vd.; Taner Emre Yardımcı, Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, İstanbul 2017, s. 89 vd.

⁴⁷ Göksu, söz konusu belgenin içeriğinin ve neleri ispat edebileceğinin mümkün olduğunca detaylı mahkemeye bildirilmesi gerektiğini belirttikten sonra, bu bildirmeyi yaklaşık ispat haline benzer bir durum olarak nitelemiştir. Göksu, s. 259.

⁴⁸ Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 1814.

kanaat getirilirse, bu sefer de ibraz edilmesinin zorunlu olup olmadığı araştırılır. İddia edilen vakıalar dava dosyasındaki diğer delillerle ispatlanabiliyorsa, ibraz talebinin reddedilmesi gerekir⁴⁹.

Diğer yandan hâkimin, ibrazı istenen belgenin karşı tarafın elinde bulunduğuna ikna olması da gerekmektedir (HMK md. 220/1). Burada bahsi geçen “elinde bulunmak” kavramı geniş yorumlanmalı, sadece belgeyi fiilen elinde bulunduran değil, belge üzerinde dolaylı da olsa hakimiyet kurabilecek durumda olan tarafın da gerektiğinde ibraz ile yükümlü tutulabilmesi gerekir. Hakimi, belgenin karşı tarafın elinde bulunduğuna ikna etmekte aranacak ispat ölçüsü tam ispat değil, yaklaşık ispat olmalıdır⁵⁰. Yani karşı tarafın ilgili belgeyi yüksek bir ihtimal olarak elinde bulundurduğunun ispatı, ibraz kararı için yeterli sayılmalıdır. Zira karşı tarafın hakimiyet alanındaki bir belgenin varlığını tam olarak ispatlamak güçtür.

İbrazla yükümlü tutulan taraf belgenin elinde olduğunu inkar ederse nasıl bir yol izlenmesi gerektiği HMK`nın 220. maddesinin 2. fıkrasında gösterilmiştir. Buna göre mahkeme, belgenin elinde bulunduğunu inkar eden tarafa, böyle bir belgenin elinde bulunmadığına, özenle aradığı halde bulamadığına ve nerede olduğunu da bilmediğine ilişkin yemin teklif eder. Taraf kendisinden beklenen yemini icra etmezse, hâkim duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını doğru kabul edebilir (HMK md. 220/3). Ancak *Erdönmez`in*⁵¹ haklı olarak belirttiği gibi bu hüküm, ibrazla yükümlü tarafın belgenin elinde olduğunu inkar edip sonrasında yemin eda ederek kötü niyetli olarak belgeyi ibrazdan kaçınmasına yol açabilecek niteliktedir. Doğrudan yemin teklif etmek yerine, tarafın belgenin neden elinde olmadığı ve özenle arayıp aramadığı konusunda dinlenmesi (HMK md. 144) ya da isticvap edilmesi (HMK md. 169 vd.) ve sonrasında dosyadaki tüm deliller dikkate alınarak bu beyanın doğru olup olmadığının takdir edilmesi daha doğru bir yol olur. Hakimde her şeye rağmen bir kanaat oluşmadıysa o zaman yemin teklif edebilmelidir.

⁴⁹ Erdönmez, Belgelerin İbrazı, s. 128.

⁵⁰ Aynı yönde: Hakan Albayrak, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara 2013, s. 226.

⁵¹ Erdönmez, Pekcanitez Usul, s. 1819.

Tarafların hangi hallerde ibrazdan kaçınabileceklerine ilişkin kanunda açık bir hüküm yoktur⁵². Hâkim somut olaya göre her iki tarafın da menfaatini göz önüne alarak bir karara varacaktır. Belgeyi ibraz edecek tarafın, belgenin ibrazından yararlanacak olan taraf karşısında korunmaya değer hukuki bir menfaati var mı (örneğin; özel hayatın gizliliği, ticari sır, meslek sırrı, devlet sırrı, kişilik haklarının korunması vb.) buna bakılacaktır. Böyle bir durumun varlığı halinde, hâkimin korunması gereken menfaat ile olayın aydınlatılması arasındaki menfaati karşılaştırarak bir karara varması gerekir⁵³. Belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf haklı bir sebep olmaksızın ibrazdan kaçınırsa, mahkeme, belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanlarının doğruluğunu kabul edebilir (HMK md. 220/3).

Yeri gelmişken, hâkimin tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde kalan, varlığı dava dosyasından anlaşılabilen belgelerin ibrazına re'sen de karar verebilmesi gerektiğini belirtmek isteriz⁵⁴. Hâkimin bu yetkisinin kaynağı davayı aydınlatma ödevini düzenleyen HMK md. 31 hükmüdür. Buna göre “*hâkim uyumsuzluğun aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda... taraflara açıklama yaptırabilir, soru sorabilir, delil gösterilmesini isteyebilir.*”

Sonuç olarak iddiasını ispatlamak isteyen ancak bunun için hasmının elindeki belgeye ihtiyaç duyan taraf için 2011 yılında yürürlüğe giren HMK md. 219 hükmü önemli kolaylıklar getirmiştir. Bundan böyle ispat yükünü taşımayan tarafı ibraza zorlayabilmek için maddi hukuktan doğan böyle bir yükümlülüğün aranmasına gerek yoktur. HMK md. 220'deki şartların varlığı halinde taraflar, ispat yükü dağılımından bağımsız ibraz ile yükümlü

⁵² Taraflarda olduğunun aksine, üçüncü kişiler için kaçınma sebepleri açık bir hükümle düzenlenmiştir. HMK md. 221/3 uyarınca tanıklıktan çekinme sebepleri üçüncü kişi için aynı zamanda ibrazdan kaçınma sebebi teşkil etmektedir. Üçüncü kişinin haksız yere ibrazdan kaçınması durumunda tanıklara ilişkin HMK md. 253 hükmü uygulama alanı bulacak ve üçüncü kişiye disiplin para veya disiplin hapis cezası verilebilecektir. Ayrıca ibrazdan kaçınmanın yol açtığı masraflar da kendisine yüklenebilecektir.

⁵³ Erdönmez, ibrazla yükümlü tarafın korunmaya değer bir menfaatinin bulunmasının ibrazdan kaçınmak için yeterli bir neden olamayacağını, bunun yerine her iki tarafın da menfaatini koruyacak bir çözümün bulunması gerektiğini düşünmektedir. Yazar bu bağlamda gizli yargılama müessesesini gündeme getirmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, s. 27, 28.

⁵⁴ Bu yöndeki görüşler için bkz: Alangoya, s. 164 vd., 176; Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, s. 50.

tutulabilmektedir. Üstelik belgenin kendi aleyhlerine hususlar içermesi de bu sonucu değiştirmemektedir.

SONUÇ

Almanya'da 2002 ZPO-Reformu ile getirilen yenilikler ile 2011 tarihli HMK`daki düzenlemelerin önemli ortak yanlarından birinin tarafların ve üçüncü kişilerin genişletilen belge ibraz yükümlülükleri olduğunu görüyoruz. Ayrıca her iki ülkede de tarafların ve üçüncü kişilerin belge ibraz yükümlülüklerinin maddi hukuktan tamamen bağımsız, sırf usul hukuku düzleminde yeniden şekillendiğini söyleyebiliriz. Gerektiğinde ispat yükünü taşımayan tarafın da davayla ilgisi bulunmayan bir üçüncü kişinin de olayın aydınlatılmasına katkıda bulunması zorunluluğu getirilerek, maddi gerçeğe ve hakkaniyete daha uygun kararların çıkmasının önü açılmıştır. Bu anlamda her iki ülkede de atılan adımların anlamı büyüktür. En önemlisi de şimdiye dek usul hukukunda alışlagelmiş bir fikir olan, kimsenin kendi aleyhine fakat karşı tarafın lehine sonuç doğurabilecek bir delili mahkemeye sunmakla zorunlu olmadığı fikri önemli ölçüde sınırlanmıştır. Artık bir taraf, olayın aydınlatılması eğer bunu gerektiriyorsa ve kanunda belirtilen temel şartlar gerçekleşmişse, elindeki belge kendi aleyhine bile olsa ibraz ile yükümlü tutulabilecektir.

Usul hukuku sadece tarafların bireysel haklarının yarıştığı bir alan değil, maddi gerçeğin göz önünde tutularak toplumsal barışın ve adaletin ön plana çıktığı bir hukuk dalıdır. Gerek taraflar gerekse de üçüncü kişiler ellerinde bulunan bilgi ve belgelerle bu amacın gerçekleşmesine mümkün olduğunca katkıda bulunmalı, hâkimler de kanunun bu yolda kendilerine tanıdığı yetkileri cömertçe kullanmalıdır. Kanun koyucu gerektiğinde ispat yükü dağılımının dahi bu amacın gerçekleşmesini engelleyemeyeceğini attığı adımlarla göstermiştir. Öyle ki her iki hukuk sisteminde de tarafların usuli ibraz yükümlülükleri ispat yükü kurallarından bağımsız olarak düzenlenmiş, gerektiğinde ispat yükünü taşımayan tarafın da elindeki belge ile ispat faaliyetine katılması öngörülmüştür.

Her ne kadar iki ülkedeki usuli ibraz yükümlülüklerine ilişkin düzenlemenin benzerlikleri – özellikle belgenin ibrazından kaçınma ve bunun sonuçlarına ilişkin – olsa da, çok önemli bir noktada birbirlerinden ayrılmaktadırlar: § 142 ZPO usuli ibraz yükümlülüğünü tamamen hâkimin

takdir yetkisi çerçevesinde düzenlerken, HMK md. 219 bunu tarafların delil ikamesi çerçevesinde düzenlemektedir. HMK`daki düzenleme ZPO`nun sadece hâkime tanımış olduğu bir yetkiyi taraflara da tanıyarak kanımızca bir adım öne geçmiştir. Yukarıda detaylı ifade edildiği gibi, Alman Usul Hukukunda iddiasını hasmının elindeki belge ile ispatlamak isteyen tarafa tanınan imkânlar çok sınırlıyken, kısaca ispat faaliyetinde bulunan taraf, karşı tarafı sadece §§ 422 ve 423`deki şartların gerçekleşmesi halinde ibraza zorlayabilecekken, Türk hukukunda böyle bir sınırlama öngörülmemiş, taraflara hasmının elindeki belge ile ispat konusunda çok daha geniş haklar tanınmıştır. Yeni HMK ile ispat yükünü taşıyan taraf maddi hukuktan doğan herhangi bir sınırlamayla karşılaşmaksızın, madde 220/1`deki şartların gerçekleşmesi halinde karşı tarafın elindeki belgeyle iddiasını ispat yoluna gidebilecektir. Her ne kadar Türk hukukunda da hâkimin takdir hakkını kullanarak re`sen ilgili belgenin ibrazına hükmedebileceğini kabul etmek gerekirse de, Alman Usul Kanunu`nun aksine bu temel olarak taraflara tanınmış bir ispat hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Türk hukukundaki düzenlemenin taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu bir sistem için daha isabetli bir düzenleme olduğunu söylemek yanlış olmaz.

KAYNAKÇA

- Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1979.
- Albayrak, Hakan: Medeni Usul ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Arens, Peter: Zur Aufklärungspflicht der nicht beweissbelasteten Partei im Zivilprozeß, ZJP 96 (1983), S. 1-24.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar, Ayvaz Sema: Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung, C. H. Beck Verlag, 75. Auflage, München 2017.
- Beck'sche Online-Kommentar (BeckOK): ZPO, C. H. Beck Verlag, 27. Auflage, 2017.
- Börü, Levent: Medeni Usul Hukukunda İddia Ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- Erdönmez, Güray: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazı, İBD, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, S. 15-53.
- Erdönmez, Güray: Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Baskı, On iki Levha Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Gaul, Hans Friedhelm: Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses, AcP 168 (1968), S. 27-62.
- Gottwald, Peter: Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? — Gutachten A, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages — Karlsruhe 1996, Band I (Gutachten), München 1996, S. A 1-109.
- Göksu, Mustafa: Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, MİHDER, Cilt: 5, Sayı: 13, 2009, S. 251-282.
- Greger, Reinhard: Justizreform? Ja, aber..., JZ 2000, S. 842-851.^[1]
- Gruber, Peter/Kießling, Erik: Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff: ZPO nach der Reform 2002, ZJP 116 (2003), S. 305-333.
- Kraayvanger, Jan/Hilgard, Mark C.: Urkundenvorlegung im Zivilprozess. Annäherung an das amerikanische „discovery“-Verfahren?, NJ 2003, S. 572-575.

- Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı), Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Lang, Johannes: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsvereinheitlichung, Duncker&Humblot Verlag, Berlin 1999.
- Lang, Sonja: Die Urkundenvorlagepflicht der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Peter Lang Verlag, Frankfurt am Main 2007.
- Lorenz, Stephan: Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US-amerikanischen Zivilprozeß- recht-Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?, ZZP 111 (1998), S. 35-65.
- Musielak, Hans-Joachim/Voit, Wolfgang: ZPO, Franz Vahlen Verlag, 14. Auflage, München 2017.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, C. H. Beck Verlag, 5. Auflage, München 2016.
- Nart, Serdar: Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat, DEÜHFD, Cilt: 9, Sayı: 1, 2007, S. 207-232.
- Özkaya-Ferendeci H. Özden: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri, DEÜHFD, Cilt: 16, Özel Sayı 2014, S. 813-829.
- Pekcanitez, Hakan/Özkes, Muhammet/Akkan, Mine/Korkmaz Taş, Hülya: Pekcanitez Usul Medeni Usul Hukuku, Cilt II, 15. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Prütting, Hanns: Discovery im deutschen Zivilprozeß?, AnwBI 2008, S. 153-159.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus: ZPO Kommentar, Luchterhand Verlag, 8. Auflage, Köln 2016.
- Saenger, Ingo: Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht, ZZP 121 (2008), S. 139-163.
- Schlosser, Peter: Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne, JZ 1991/12, S. 599- 608.
- Schmidt, Eike: Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie, Athenäum Verlag, Frankfurt 1973.
- Schwab, Martin: Zivilprozessrecht, C.F. Müller, 5. Auflage, Heidelberg 2016.
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin: Kommentar zur Zivilprozessordnung, Mohr Siebeck Verlag, 22. Auflage, Tübingen 2005.

- Stürner, Rolf: Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 1976.
- Tercan, Erdal: Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Şakir Berki'ye Armağan, Konya 1996, S. 181-212.
- Wieczorek, Bernhard/Schütze, A. Rolf: Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Groß- kommentar, Band 3 §§ 128-252, De Gruyter Verlag, 4. Auflage, Berlin 2013.
- Yardımcı, Taner Emre: Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, On İki Levha Yayıncılık İstanbul 2017.
- Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, Kazancı Yayın, İstanbul 1990.
- Zekoll, Joachim/Bolt, Jan: Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess, NJW 2002/43, S. 3129-3134.
- Zöller, Richard: Zivilprozessordnung - Kommentar, Dr. Otto Schmidt Verlag, 31. Auflage, Köln 2016.