



TAAD

TÜRKİYE ADALET AKADEMİSİ DERGİSİ

(Üç Ayda Bir Yayımlanan Ulusal Hakemli Dergidir)

“Adalet İçin Bilgi”



CİLT:1, YIL:2, SAYI:6, TEMMUZ 2011

www.humanlawjustice.gov.tr

www.taa.gov.tr

ISSN: 1309-6826

FİKRİ VE SİNAİ HAKLARA İLİŞKİN DAVALARDA BELGELERİN İBRAZİ MECBURİYETİ

Obligation Of The Presentation Of The Documents At The Actions Related To The
Intellectual And Industrial Rights

Eser RÜZGÂR*

ÖZET

Günümüzde medeni yargılamanın amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır. Maddi gerçeğe ulaşılması ise ileri sürülen vakıaların tam ispatı ile mümkündür. Ancak ileri sürülen her vakıa, iddîacı tarafın elinde bulunan deliller ile ispat edilemeyebilir. Vakıaların ispatı için karşı tarafın ya da 3. kişinin elinde bulunan, yargılama konusu dava ile ilgili bulunan belgelerin hatta eşyaların mahkemeye sunulması gerekebilir. İşte medeni usul kanununda belgelerin ibrazı mecburiyeti tam da bu noktada delil ikamesine katkı sağlamaktadır.

Fikri ve sınai mülkiye ilişkin hukuk sùjeleri, fikri bir mesainin ürünü oldukları için yargılama sırasında çerçevelerinin çizilmesi kolay değildir. Bu nedenle usul kanunlarındaki ibraz mecburiyetinin yanında fikri haklara ilişkin mevzuatta da maddi hukuk kaynaklı ibraz mecburiyetleri öngör÷lmüştür. Bu ibraz mecburiyeti, fikri ve sınai haklar ile ilgili ve saptaması zor zarar ve tecavüz olgularının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.

İbraz konusu belgeyi sunan taraf ya da 3. kişinin durumu, onun ispat yükünü taşıyıp taşıyamaması, sunulacak belgenin ticari ya da başka korumaya değer bir menfaat içerip içermemesi gibi ihtimaller fikri haklara ilişkin ibraz mecburiyetinin sınırlarını çizmektedir. Bir takım “haklı nedenler veya mazeretler” ibrazdan kaçınılabilmekte imkânı yaratabilmekte iken bazı hallerde hukuki dinlenilme hakkı ibrazı engellemektedir. Şu halde belgenin mahkemeye ibrazı herhalde mutlak bir zorunluluk getirmemektedir. İbraz emri, her vakıadaki menfaat dengesi gözetilerek ayrı ayrı verilmelidir.

Anahtar Sözcükler: Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, Ticari Sır, Usul Patenti, Veri İmtiyazı, Haklı Neden

ABSTRACT

The objective of civil judging is to find the material fact. And in order to find the material fact it is required to prove the claims propounded fully. However each claim to be propounded may not be proven with the evidence at the possession of the

* Avukat

claimant party. It may be required the documents or even the things under the possession of the other party or any 3rd parties to be presented so that the claims will be proven. And the obligation of the documentation in the civil procedural law provides supports to the substitution of the evidence right at this point.

Since the law subjects related to the intellectual and industrial properties are product of an intellectual procedure it is not easy to draw the exact framework. Therefore the obligation of the presentation originated from material laws was stipulated in the laws on the intellectual rights in addition to the obligation of the presentation of the documents defined under the procedural laws. This presentation obligation is of importance in order to define the damages and losses and breaches which are difficult to define and related to the intellectual and industrial rights.

The possibilities such as the situation of the party or the third party who presented the document as the subject of presentation, whether he is under any obligation to prove the claims, and whether the document to be presented contain any interest which is worthy of to be protected commercially or in other way draw the boundaries of the presentation obligation related to the intellectual rights. Some of the “rightful reasons or excuses” may lead the avoidance of the presentation obligation while some others may not. In this way, the presentation of the documentation may not be considered as an obligation under any circumstances. The presentation order should be made by considering the balance of interests in each relevant case.

384

Keyword(s): Obligation to present the documents, commercial (trade) secret, Method Patent, Data privilege, justification

GİRİŞ

Medeni usul hukuku, sübjektif haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözüme bağlanması amacını taşır. Sübjektif haklara ilişkin uyuşmazlıkların çözümü ise öne sürülen vakıaların ispatı ile mümkündür. Vakıaların ispatı ile varılmak istenilen sonuç, gerçeği temel alan şekli gerçeğin ortaya çıkarılmak istenmesinden ibarettir.¹ Yargılama esnasında hâkime tam güvenilir, hatayı önleyen sübjektif bağlayıcı ölçütler verilmemiştir. Bu nedenle yargılama sırasındaki gerçek, hâkimin algılamasına dayalı olarak tarafların getirdiği malzemeler ve kanuni araştırma imkânlarının toplamı olarak anlaşılmalıdır.²

Liberal hukuk politikasına sahip ülkelerde usul hukuku kuralları, vatandaşın adalete erişim konusunda gerekli tüm niteliklere sahip kabul eder.³

¹ GAUL F. Hans, Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan Bir Konu, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001, s. 90

² GAUL, a.g.e., s. 91

³ ASLAN Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989, s. 49

Bu ön kabulün bir yansıması olarak da dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi benimsenmiştir.⁴ Ancak bu ilkenin sıkı sıkıya uygulanması maddi gerçeği ikinci planda bırakan ve sonuçta şeklen gerçeği daha üstün tutan sonuçlar doğurması nedeniyle sınırlandırılmıştır.⁵ Mahkemenin aktif olarak dava malzemesinin toplanmasına katılma yasağı esas olarak vakıalar için geçerlidir. Delil ikamesi konusunda ise mahkeme dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi saklı olmak üzere “gerçeğe” ulaşmak için resen delil ikamesini emredebilir.⁶

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılarak şekli karara temel alınması gerekliliğinin bir sonucu olarak hâkimin resen delil ibrazını emretmesi gibi çeşitli araştırma imkânları ortaya çıkmıştır. Bu usullerden bir diğeri de hâkimin uyuşmazlığın çözümünde gerekli, tarafların ya da 3. kişilerin elinde bulunan delilleri mahkemeye ibrazını emretmesidir. Ancak bu ibraz emrinin sınırları, belgeyi/eşyayı elinde bulunduran tarafın bazı menfaatleri ile çeliştiği ölçüde sınırlanabilmektedir. Bu nedenle incelememizde ibrazdan kaçınma sebeplerine de değineceğiz.

I-Genel Olarak

“Kimse kendisi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamaz” usul hukukunun temel ilkelerinden biridir. Ancak anılan ilkenin mutlak şekilde uygulanması zaman içinde maddi gerçeğe ulaşmak isteyen hukuk sistemleri tarafından sınırlanmıştır.⁷ Bu sürecin bir parçası olarak HUMK m. 326 vd. ve HMK m. 210 vd. maddelerinde karşı tarafın ya da 3. kişilerin elinde bulunan ve onların aleyhine delil olabilecek belgelerin mahkemeye ibraz rejimi düzenlenmiştir. Senetlerin ibrazı mecburiyeti yukarıda anılan ilkenin bir istisnasıdır. Bu kapsamda taraflar mahkemenin emri ile kendi aleyhine olan delilleri de mahkemeye ibraz etmek zorunda kalabilmektedir. Bu istisna, tarafların yargılama konusu vakıayı aydınlatma ödevinden kaynaklanmaktadır.

⁴ **BECHER-EBERHARD Ekkehard**, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Sınırı, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001, s. 21

⁵ **BECHER-EBERHARD**, a.g.e., s. 21; **SCHILKEN Eberhard**, Dava malzemesinin Taraflarca Getirilmesi Ve Hâkimin Rolü, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001, s. 57

⁶ **BECHER-EBERHARD**, a.g.e., s. 31; **GAUL**, a.g.e., s. 97; **KURU Baki**, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2007, s. 382; **ALANGOYA Yavuz**, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979, s. 163-163

⁷ **ERDÖNMEZ Güray**, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul, 2010, s. 27. (İbraz Mecburiyeti)

Davadaki maddi gerçeği arama çabasının bir sonucu da dava taraflarına ve 3. kişilere ispat ile yükümlü olmadıkları hususlara ilişkin çeşitli ispat yükümlülükleri getirilmiş olmasıdır. Bu kapsamda -MK m. 2’de ifade edilen dürüstlük kuralının usul hukukuna etkisiyle- yargılama konusu maddi vakıaların çözümü için davanın taraflarına ve yeri geldiğinde 3. kişilere *aydınlatma ödevi* yüklenmiştir. Bu ödevin temelinde somut maddi ve usuli bir normun olmadığı hallerde usuli dürüstlük kuralının bulunduğu söylenebilir.⁸ Ancak çoğu zaman mahkemenin verdiği ibraz emri ya usul ya da maddi hukuka ilişkin bir norma dayanır.

Yargılama sırasında mahkemeye ibrazı istenilen belgeler belgeyi sunan tarafın başkaca sübjektif haklarını da barındırıyor olabilir. Örneğin, ticari bir defterin sunulmasında uyuşmazlığın ilgili kısımları haricinde müşteri listeleri, finansal planlamalar gibi ticari sır niteliğinde bilgiler bulunabilmektedir. Bu bilgilerin ifşasının belgeyi sunan tarafı zarara uğratacağı açıktır. İbraz emri karşısında belgeyi ibraz edecek taraf ya belgeyi ibraz etmemek için *dava açmamak* ya da kendi menfaatini haiz belgelerin (örneğin ticari sırları) *ifşasına katlanmak* zorunda kalma gibi bir seçim içinde kalmaktadır. Bu nedenle ibrazın uygulama alanı menfaatler dengesi göz önüne alınarak sınırlı tutulmuştur. Uygulamanın sınırını tarafların başkaca sübjektif hakları oluşturmaktadır.

Öncelikle ibraza mecbur olunacak şeylerin kapsamının sınırlandırılması gerekir. HUMK’ da ibraz mecburiyetinin konusu “*senet*” kavramı ile ifade edilmiştir. Ancak biz bunun geniş anlamda yorumlayarak ibrazın konusunun belge olarak anlaşılması gerektiği görüşüne katılmaktayız.⁹ Nitekim HMK’ da bu kapsam “*belge*” ifadesi ile genişletilmiştir. Bu konuyla ilgili olarak *Belgesay* bir adım daha ileri giderek, taşınır eşyanın da ibraz mecburiyetinin konusu oluşturabileceğini belirtilmiştir.¹⁰ Biz de bu konuda bir adım öteye giderek, dijital ortamda tutulan verilerin de ibraz

⁸ ATALAY Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 144 vd.

⁹ GÖKSU Mustafa, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi-2009/2, s.258

¹⁰ BELGESAY Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, c. 2, İstanbul, 1939, s. 239 vd. Eşyanın hükme esas alınacak bir uyuşmazlık ile ilgili olarak araştırılması HUMK m. 367 uyarınca (geniş anlamda) keşif ile sağlanabilmektedir. Hatta mahkeme keşife resen de hükmedebildiği için tarafın talebi ile de bağlı değildir. Ancak HUMK’un keşfe ilişkin hükümleri ibrazı emredilen eşyanın mahkeme huzuruna getirilmemesi durumun yaptırımı konusunda yetersiz kalmaktadır. Taşınmazlar ile ilgili engellerin cebri şekilde bertarafı mümkün iken; taşınırlara ilişkin engellerin kaldırılması aynı nispette mümkün değildir. Nitekim yeri dahi belli olmayan bir taşının mahkeme emri ile huzura getirilmemesi durumunda hakim ne tür yaptırım uygulayacağı keşfe ilişkin hükümlerden anlaşılamamaktadır. Bu nedenlerden ötürü senetlerin ibrazına ilişkin hükümlerin kıyasen bu alanda da uygulanması gerekmektedir.

mecburiyetinin konusunu oluşturacağı kanaatindeyiz. Elektronik imza ile usulüne uygun imzalanmış verilerin dışında, maddi hukuk normları ile veri depolayan kurumlarında gerektiğinde bu verileri mahkemeye ibrazı istenebilir. Bu verilere örnek olarak, hastanelere getirilmesi tasarlanan hastalara ait dosya verileri, hastaların ilaç alımına ilişkin veriler, Yeni TTK uyarınca şirketlerin resmi internet sitelerinde yayımlanan veriler gösterilebilir.

Tarafın talebi doğrultusunda ibrazı istenilebilecek belgeler, hükme esas alınacak maddi vakıaların ispatı için gerekli olanlar ile sınırlıdır. Taraf söz konusu belgenin ibrazından ancak haklı bir sebep göstererek veya belgenin elinde olduğu iddiasını inkâr ederek kurtulabilir.

Fikri ve sınai mevzuatında yer alan haklar nitelikleri itibari ile fikri bir mesainin ürünü olduklarından dolayı, söz konusu haklara ilişkin bilgilerin gizliliği önem taşımaktadır. Bu noktada dikkat çekilmesi gereken husus, medeni yargılamanın maddi gerçeğe ulaşma amacı ile belgeyi ibraz edenin sahip olduğu subjektif hakkının korunması arasında nasıl bir denge- nin kurulacağı meselesidir. Nitekim bağımsız ekonomik değere sahip fikri ürünleri ele geçirmeyi hedefleyen *kurgusal taleplere* mutlak üstünlük tanınması, ispat yükü üzerinde olmayan ancak belgeyi ibraz etmeye zorlanan tarafın subjektif haklarını zedeleyebilir. Fikri haklara ilişkin uyuşmazlıklarda yaşanan ispat güçlükleri göz önüne alındığında, tarafların veya 3. kişilerin elinde bulunan belgelerin ibrazının uyuşmazlığın çözümü için önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Salt usul hukuku anlamında karşı tarafın belgelerinin ibrazının istenmesi, ispat yükü ile delil ikame yükü kavramlarının farklılığının doğal bir sonucu olarak gözükmektedir. İspat yükü, ispatsızlık rizikosunu kimin taşıyacağı ile ilgilidir.¹¹ Delil ikame yükü ise ispat yükü üzerinde olan veya olmayan tarafın yargılama konusu vakıayı aydınlatma ödevi içinde delil ileri sürme yükünü ifade eder. Yani ispat yükü üzerinde olmayan ve fakat yargılamayı çözecek delillerin mahkemeye sunularak kendi vakıalarını ispat etmek isteyen taraf için karşı tarafın delillerine dayanmak doğal bir çözüm yoludur. Bu şekilde ispat yükünü taşıyan taraf, delil ikame yükünü karşı tarafa yükleyebilmekte ve sonuç olarak kendi vakıalarını ispat ederek ispatsızlık rizikosundan kurtulabilmektedir. Bu iki yükün birbirinden ayrılma imkânı ise ispat yükünün maddi hukuktan kaynaklanması ve

¹¹ **ÖZEKES Muhammet**, FSEK'de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirmesi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, İstanbul, 2005, s. 78 vd. (Değerlendirme)

hâkim takdirine tabi olmaması; delil ikame yükünün ise usul hukukundan kaynaklanıyor olması ve kimi zaman hâkimin takdirine konu olabilmemesinden ileri gelir.¹²

İncelememizde öncelikle fikri ve sınai haklar mevzuatındaki ibraz hükümleri incelenecek, sonrasında ise söz konusu mevzuatta yer alan ve belgeyi ibrazdan kaçınma hakkı veren durumlara değinilecektir.

II- Maddi ve Usuli İbraz Mecburiyeti

HMK m. 219 ve devamında düzenlenen senedatı ibraz mecburiyeti maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli yer tutar. Aydınlatma ödevi kapsamında ibrazı emredilen ve özellikle 3. kişilerden tedarik edilen belgeler ile ispat yükü üzerinde olmayan kişiden delil temini sağlanabilmektedir. İsviçre ve Türk Hukukunda, ibraz mecburiyeti maddi veya usuli bir norma dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Alman Hukukunda ise ibraz talebi, yalnızca maddi hukuk normunun varlığı halinde söz konusudur.¹³

Maddi hukuk normu ile bilgi edinilmesi, karşı tarafa çeşitli belgelerin iletilmesi gibi yükümlülükler yüklenen taraf; dava sırasında ilgili belgelerin ibrazını isteyebilir. Burada dikkat çeken nokta, talebe dayanak maddi hukuk normunun dava sırasında delil ikamesi amacı ile usuli bir karakter kazanması ve nihayet talebe usul hukukundan kaynaklanan sonuçların uygulanmasıdır.

Maddi hukuk karakterli talepler ile belgelere ulaşılmasının en önemli yanı uyuşmazlık öncesi delillere ulaşma imkânının elde edilmesidir. Bu bağlamda 3. kişinin elindeki delillerin uyuşmazlıktan önce çıkmış olması olasılığında ispat açısından kuvvetli ve fakat ulaşılması güç deliller elde edilebilecektir. Zira uyuşmazlık öncesi delilin en önemli yanı güvenilir olmasıdır. Yargıtay¹⁴, uyuşmazlık öncesi delil sağlama imkânının bulunması, ilgili kişiye iddiasını inandırıcı şekilde ortaya koyabilmesi açısından bir delil oluşturma yükü getirmektedir.¹⁵

¹² **TUTUMLU Akif Mehmet**, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara, 2007, s. 29

¹³ **ERDÖNMEZ**, İbraz Mecburiyeti, s. 74 vd.

¹⁴ 10. HD 29.11.1982, 5071/5316, (**KONURALP Haluk**, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 2009, s. 33' den naklen)

¹⁵ **KONURALP**, a.g.e., s. 35, dpn. 62: " Buradaki delil hazırlama yükünün ispat yükü veya delil gösterme yükü ile ilgisi yoktur. Bu durum ispat yükünden tamamen farklı olarak, zaman bakımından dava ilişkisinden önce ortaya çıkmaktadır"

Senetlerin ibrazını talep eden taraf, her hakkın kullanımında olduğu gibi burada da dürüstlük kuralı ile bağlıdır. Bu kural genel olarak davanın dürüstlük kuralına uygun olarak açılması ve yürütülmesi şeklinde ortaya çıkar.¹⁶ Bu kuralın senetlerin ibrazı mecburiyetine etkisiyse fikri ürünlerin gelişmesine paralel olarak artmıştır. Bu noktada davacı tarafın, davalı ya da 3. kişilerden dürüstlük kuralına aykırı biçimde bir takım belgelerin ibrazını istemesi halinde ne olacağı sorusu akla gelmektedir. Burada belgenin ibrazı ile ulaşılmak istenilen genellikle ekonomik değeri haiz bir bilgidir. Bu bilgi ise belirli konuda deney ve gözleme dayanarak elde edilen, erişilmesi güç ve fikri ürünlerin temelini oluşturabilecek, bağımsız ekonomik değere sahip ve bu değer ile paralel olarak makul koruma altında olan bilgi olarak tanımlanabilir.¹⁷

Fikri ve sınai mülkiyete konu ürünlerin temelinde de yukarıda bahsedilen bilgi türü olması nedeni ile belgelerin ibrazı ayrı bir önem taşımaktadır. Bu ürünler nitelikleri itibarıyla somut olmamalarından ötürü ulaşımı kolay, herkesin kullanımına açık vaziyettedir. Ancak kanun koyucular buna engel olmak üzere çeşitli siciller öngörmüş ve onları tescil ile korumaya çalışmışlardır. Ne var ki her ekonomik değer taşıyan bilgi fikri ürün sayılmamakta ve de tescili mümkün olmamaktadır. Bu nedenle bazı bilgilerin sır olarak saklanması ona sahip olan kişinin menfaati vardır.

Fikri ürünlerin bir diğer özelliği de bir kere kullanılması ile tükenmesidir. Fikri ürünlerin veya sırların korumaya sahip olmaması ihtimalinde ifşası ile ekonomik değerini onu üreten kişi menfaati açısından kaybedecektir. Bu bilgilerin mahkemeye verilerek ifşası sonucunun doğması, taraf için davanın kaybedilmesinin ötesinde malvarlığında ayrıca bir zarara neden olacaktır. Hele dava ikamesi yolu ile kurgusal taleplere maruz kalmış bir davalı açısından durum daha da ağır hale gelmektedir. Bunun doğal sonucu olarak sır sahibi, davayı açmamak veya sırrının ifşasına katlanmak arasında zorlu bir seçim yapmaya zorlanacaktır.¹⁸

Fikri ve sınai haklar ile ilgili mevzuat maddi hukuka ilişkindir. Ancak içerisinde usul hükümleri de barındırmaktadır. Bunun yanında idari kurumları bilgilendirmeye yönelik bazı ibraz mecburiyetleri de mevzuatta düzenlemiştir. Bu nedenle maddi hukuk ve usul hukuku açısından ibraz

¹⁶ ASLAN, a.g.e., s. 62

¹⁷ KONURALP, a.g.e., s. 55

¹⁸ ERDÖNMEZ Güray, Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan C. I, Ankara, 2009, s. 224 (Gizli Yargılama)

mecburiyetini ve bunların birbiri ile ilişkisinin açıklanması konunun daha iyi anlaşılması açısından zorunludur.

Eski Ticaret Kanununun 80. maddesinde düzenlenen ticari defterlerin ibrazı doktrinde¹⁹ usul hükmü olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmenin temelinde anılan düzenlemenin mehaızı olan İsv. BK m. 963 yer almaktadır. İsviçre Hukukunda bu ayırmada esas alınan nokta, ibraz isteminin maddi hukuka ilişkin bağımsız bir talep mi; yoksa ispatı istenilen vakıaya ilişkin bir talep olup olmadığı meselesidir.²⁰ Ticari defterlerin ibrazının usul hükmü olması, bir vakıayı ispat etmek isteyen tarafın, karşı tarafın ticari defterlerinin içeriğini delil olarak hasretmesi ve bunu ancak dava sırasında yapabiliyor olmasından kaynaklanmaktadır. Maddi hukuk açısından ibraz mecburiyeti ise genellikle idarenin ya da işlem taraflarının denetimine imkân tanımak amacıyla ve bağımsız bir talep hakkı olarak düzenlenmiştir. Son olarak belirtelim ki, talebin maddi hukuktan kaynaklanması, onun dava sırasında öne sürülmesi ile kazandığı usuli karakterine etki etmez. Yani ilgili belgelerin ibrazı veya ibraz edilmemesine bağlanan hukuki sonucu usul hukuku tayin eder.

III. Fikri Ve Sınai Haklara İlişkin Mevzuatta Senetlerin İbrazına İlişkin Hükümler

1) FSEK Kapsamında Koruma Altında Olan Fikir Ve Sanat Eserlerine İlişkin İbraz Mecburiyeti

FSEK’ de düzenlenen fikri haklar sınırlı sayı ilkesine bağlı olarak sınıflandırılmıştır. Bu nedenle sahibinin hususiyetini taşıyan her türlü çalışma FSEK kapsamındaki korumadan yararlanamaz. FSEK uyarınca da yukarıdaki sınıflandırma içine giren eserler ile ilgili olarak bir ibraz mecburiyeti öngörülmüştür. Doktrinde bu düzenlemenin ilgisiz olarak kanuna yerleştirildiğine yönelik eleştirilerin bulunduğunu da belirtelim.²¹

¹⁹ **KURU Baki**, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, Ankara, 2001, s. 2451

²⁰ **OK Birsen**, Türk Yargılama Hukukunda Senedatin İbrazi Mecburiyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ulusal Tez Merkezi Ulaşım Adresi: <http://tez2.yok.gov.tr/>, 2008, s. 54-55

²¹ **SULUK Cahit/ ORHAN Ali**, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II, İstanbul, 2005, 956

FSEK m. 76/f II²² uyarınca talep, ancak yargılama sırasında ileri sürülebilir ve fikri eserlerin haksız kullanımı ile ilgili maddi vakianın ispatı ile ilgili olarak işlev görür. Anılan hüküm her ne kadar maddi hukuk normu olarak konumlanmış olsa da, kullanım alanı bakımından delil ikamesi amacına yönelmesi nedeniyle, talep sonucuna, usul hukukunun bağladığı neticeler doğacaktır. FSEK m. 76’ da yer alan düzenleme, HUMK 326/f 1’de belirtildiği şekli ile maddi anlamda ibraz yüküne ilişkin bir hüküm değildir. Zira eğer maddi hukuka ilişkin bir ibraz talebini veya bilgilenme talebini içerseydi; dava söz konusu olmadan da kullanılabilmesi gerekirdi. Hâlbuki anılan madde, lafzından da anlaşılacağı üzere, delil ikamesi amacına yönelik olarak hazırlanmıştır. Elbette bu durum teorik tartışma dışında pratik sonuçlar açısından ne eski ne de yeni kanun açısından bir değişikliğe yol açmayacaktır. İbraz mecburiyetinin maddi veya usul mevzuatı nedeniyle doğabileceğine yukarıda değinmiştik

Düzenlemenin amacı, fikri hakkın haksız kullanılması iddiası ile ilgili vakianın ortaya çıkarılması ve varsa zararın miktarının belirlenmesidir. Kural olarak zarar BK m. 42 uyarınca iddia sahibince ispat edilmelidir. Zararın gerçek miktarının belirlenmesi mümkün değilse hâkim hayatın olağan akışına ve karşı tarafın yoksun kalacağı kar miktarına göre zararı tayin eder. Ancak fikri haklar nitelikleri itibarıyla somut olmadıkları için bu hakka yapılan tecavüzlerin tam anlaşılabilmesi ve zararın sınırlarının çizilebilmesi için tecavüze uğrayan fikri hakkın konu olduğu bütün bilgi ve belgelerin toplanması zorunludur. Bu bilgiler ise çoğu zaman mütecevizin hâkimiyetindedir.

HUMK m. 330 ve HMK m. 220/f 1 uyarınca ibrazı istenilen belgenin, iddia edilen vakianın ispatlanması konusunda hâkimde kanaat oluşturmaya yeterlidir. Ancak ispat ölçüsü FSEK m. 76/f II’ de **kuvvetli kanaat** oluşturmaya yeter miktarda delil sunulması yönünde arttırılmıştır. İbrazın emredilmesi hususunda temel fark, mahkemenin yapacağı usuli işlem için sahip olması gereken kanaat derecesinin farklılığıdır. FSEK uyarınca ibraz emrinin verilebilmesi için kuvvetli kanaat aranması, hâkimi iddia edilen vakianın yaklaşık ispatının yapılmış olup olmadığı yönünde bir araştırmaya götürecektir. Doktrinde **yaklaşık ispat** için iddia edilen vaki-

²² FSEK m. 76/f II: “Bu Kanun kapsamında açılacak hukuk davalarında mahkeme, davacının iddiasının doğruluğu hakkında kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktar delil sunması hâlinde, korunmakta olan eserler, fonogramlar, icralar, filmler ve yayınları kullananların, bu Kanunda öngörülen izin ve yetkileri aldıklarına dair belgeleri veya tüm yararlanılan eser, fonogram, icra, film ve yayınların listelerini sunmasını isteyebilir. Belirtilen belge veya listelerin sunulmaması tüm eser, fonogram, icra, film ve yayınların haksız kullanılmakta olduğuna karine teşkil eder.”

anın gerçekleşmesi hususunda ağır basan bir ihtimalin varlığının gerekli olduğu belirtilmiştir.²³ **İhtimal** kavramını ise bir vakıanın gerçekleşmesi hususunda hayat tecrübesiyle kazanılmış deneysel bulgu olarak tanımlanabilir. Burada hâkimin yapacağı iş, iddia edilen vakıanın ispatı için gerekli ispat ölçüsünü belirlemek daha sonra da elde edilen delillerin değerlendirmesini yaparak vakıanın yaklaşık olarak ispat edilip edilmediğini belirlemektir. **İspat ölçüsü** ile anlatılmak istenilen, maddi vakıanın hukuk normuna altlanabilmesi ve hukuki sonucu doğuracak usul işlemi ile ilgili olarak hâkimde bulunması gereken usuli kanaati ifade eder. Bu ölçü HUMK ve HMK’ da “kanaat” uyandırmak iken, FSEK’ de “kuvvetli kanaat” edinilmesi şeklinde hükme bağlanmıştır. Bu hususu delillerin değerlendirilmesi ile karıştırmamak gerekir. Delillerin değerlendirilmesi ise maddi vakıaya ilişkin delilleri serbestçe takdir eden hâkimin yine maddi vakıa ile ilgili olarak sahip olduğu vicdani kanaat seviyesini ifade eder²⁴ Sonuç olarak ispat ölçüsü, usuli bir kanaati; delillerin değerlendirilmesi, maddi vakıaya ilişkin hâkimde hâsıl olan kanaati ifade eder.

Yukarıda anılan hükümde kuvvetli kanaat oluşturmaya yeter miktarda delil sunulması ispat ölçüsü ile ilgilidir. Burada tarafa düşen görev, ilk olarak iddia ettiği ihtimalleri somutlaştırmak ve muhtemel olduğunu kanıtlamaya yetecek düzeyde delili ileri sürmektir. Daha sonra hâkim, iddia edilen her vakıa için ayrı ayrı ispat ölçüsü, ispat yükü, ispat türü belirleyecektir ve tahkikat aşamasına geçilecektir.²⁵ Mahkeme kuvvetli kanaat oluşturmak için yeterli sayıda delilin usule uygun olarak öne sürüldüğünü tespit etmek ile usuli bir kanaat elde eder.

FSEK m. 76/II’ de, ibrazı emredilen belgeler kanunda öngörülen izin ve yetki belgeleri veya yararlanılan fikri haklara ilişkin tüm belgeler olarak belirlenmiştir. HUMK m. 326’ da ise anılan belgeler Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu uyarınca tarafın ya da 3. kişinin elinde bulunan belgelerdir. FSEK’ de ibrazı emredilen belgeler zaten tarafların bu haklardan yararlanabilmesi için elinde bulunması gereken belgelerdir. Yukarıda açıklandığı üzere HUMK’ da ki ifadeyi geniş yorumlamak gerekir. Medeni Kanunun niteliği ile uyumlu olan tüm özel hukuk ilişkilerinde uygulama alanına sahip olduğu için kanunen tutulması zorunlu izin ve yetki

²³ ATALAY Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001, s. 43; ÖZEKES, Değerlendirme, s. 82.

²⁴ ATALAY, a.g.e., s. 38-39; PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006, s. 404-405.

²⁵ ÖZEKES, Değerlendirme, s. 80.

belgelerinin ibrazı ayrıca düzenlenmemiş olsaydı dahi yine de anılan belgelerin ibrazı mümkün olacaktı.²⁶

FSEK 'de her ne kadar kanunen tutulması zorunlu yetki, izin ve diğer belgelerden bahsedilse de taraflar HUMK ve HMK 'da ki imkânlar dâhilinde başkaca belgelerin de ibrazını talep edebilir. Hemen belirtmeliyiz ki, FSEK' de yer alan düzenleme, HUMK 'daki düzenleme ile uyumlu değildir. HUMK m. 326' da Medeni Kanun ve Ticaret Kanunu uyarınca tutulması zorunlu belgeler ile hükümde maddeler halinde sayılan bazı belgelerin ibrazı zorunlu tutulmuştur. Yani taraflar anılan belgelerden birinin ibrazını talep ettiği zaman, hâkim kendisinde oluşacak usuli kanaati *esas almadan* ibraz kararını verecektir. Hakikaten taraflar arasında ortak olan işlem ve yararlar ile ilgili belgeler, mahkemeye verilen belgelerde dayanılan senetler veya iki taraf arasındaki yazışmaları içeren belgeler maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için önemli ispat araçlarıdır. HMK ile yukarıdaki tartışma sona ermiş ve maddi hukuk normundaki ibraz koşullarına üstünlük tanınmıştır.

FSEK 'de öngörülen ve kanunen tutulması zorunlu belgeler çoğu zaman uyumsuzluk taraflarının ortak düzenledikleri veya ortak yararlarının olduğu belgeleridir. Ancak HUMK ve HMK 'dan farklı olarak ibraz emrinin verilmesi hakimın usuli kanaatine bırakılmıştır. Oysa amacı maddi gerçeği aramak olan Kıta Avrupası usul düzenlemeleri taraflar arasında yakın ilişki sebebi ile ortaya çıkmış belgelerin ibrazını hâkimin usuli kanaatine bırakmamış; anılan belgelerin ibrazını zorunlu tutmuştur. Diğer bir yandan fikri haklara ilişkin ihlallerin ispatında yaşanan zorluk neticesinde, kanunen tutulması zorunlu belgelerin herhangi bir kanaat ölçüsü aranmadan zorunlu olarak ibrazı gerekirdi. Kaldı ki ibrazın konusunu zaten kanunen alınması gereken ve hatta yetkili meslek birliklerinde bulunması gereken ve gizliliğinde izin sahibinin menfaati olmayan belgelerdir.²⁷ Kanunların lafzı esas alınacak olursa, taraflarca tutulması zorunlu belgelerin ibrazı HUMK m. 326 uyarınca zorunlu iken, FSEK m. 76 uyarınca kuvvetli kanaatin oluşmasına bağlıdır. Bu ise tecavüze uğradığını iddia eden tarafın işini zorlaştırmaktadır. HMK m. 219'da ise maddi normlara dayalı ibraz mecburiyetine atıf yapılmadığı için eski kanun dönemindeki açıklamalarımız aynen geçerli olacaktır. Zira FSEK uyarınca belgelerin ibrazının emredilmesi her iki kanun döneminde de usul kanunlarından daha sıkı şartlara bağlanmıştır.

²⁶ OK, a.g.e., s. 53

²⁷ Bkz: Fikir ve Sanat Eseri Sahipleri ile Bağlantılı Hak Sahipleri Meslek Birlikleri Tip Statüsü 10/a

Yukarıda anılan düzenlemede kendisinden ibraz istenilen tarafın belgenin kendinde olmadığı yönünde savunma yapması imkânsızdır. Zira ibraz istenilen belgeler FSEK uyarınca tutulması zorunlu belgelerdir. İbraz emrinin yerine getirilmemesinin uyuşmazlık konusu hakkın haksız kullanımı konusunda karine teşkil edeceği açıkça hükme bağlanmıştır. Bu noktada belgeyi ibraz etmeyen tarafa usul kanunu uyarınca yöneltilecek yeminin herhangi bir işlevi de kalmamaktadır. Yine belgeyi ibraz etmemek için haklı sebep ileri sürülmesi de mümkün değildir. Düzenlemenin lafzında geçen “*hakkı kullananlardan*” ifadesinden bu belgelerin istenebileceği belirtilerek 3. kişilerinde bu ibraz mecburiyetine tabi olacağı belirtilmiştir. İbraz mecburiyetine ilişkin FSEK’ de düzenlenmeyen hususlarda yürürlüğe girmesi ile HMK ’nın uygulanacağını belirtelim.

FSEK ek m. 4’ de dijital ortamda yayın yapan kuruluşların sorumluluğuna ilişkin başvuru usulünü düzenlemektedir. Bu kapsamda bilgi-içerik sağlayıcıları gerekli bilgi ve belgeleri ilgili bakanlığa vermekle yükümlü kılınmıştır. Ancak bu ibraz mecburiyeti maddi hukuka ilişkin bağımsız bir hak/talep niteliğinde olduğu için maddi anlamda ibraz yükü doğuracaktır. Tabi ki, bir yargılama konusu olması halinde ilgili belgelerin ibrazı da FSEK m. 76 ve HMK uyarınca yapılabilecektir. Kanun dışında İnternet Toplu Kullanım Sağlayıcıları Hakkında Yönetmeliğin 13. maddesi ile İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesi de maddi anlamda ibraz mecburiyetini düzenlemektedir.

2) Fikri ve Sınai Haklara Dair Kanun Hükmünde Kararnamelerle İlgili İbraz Mecburiyeti

Tecavüz ile oluşan zararın belirlenmesi amacıyla belgelerin mütecavizden talebi ile tecavüzü kanıtlayan belgelerin ibrazı kenar başlığında belirtilen kararnamelerde ayrı ayrı düzenlenmiştir. Uygulamada çoğu kez tecavüzü kanıtlayan belgelerin zarar miktarını hesaba elverişli olması nedeniyle sadece tecavüzü kanıtlayan belgelere ilişkin ibraz mecburiyeti hususunda açıklamalarda bulunulacaktır.

Zararın tespitine olanak sağlamak üzere 556 Sayılı Markalar Hakkında KHK m. 65, 551 Sayılı Patent Hakkında KHK m. 136 ve Endüstriyel Tasarım Hakkında KHK m. 61’ de birbiri ile benzer mahiyette ibraz hükümleri sevk edilmiştir. Biz örnek olarak Markalar Hakkında KHK’ daki hükümü inceleyip diğerlerine gönderme yapmak ile yetineceğiz. 556 sayılı

KHK m. 65²⁸, tecavüzü kanıtlayan belgelerin karşı taraftan talep edilebilmesine imkân tanıyan bir düzenleme içermektedir. Ancak bu düzenlemenin maddi anlamda mı, yoksa usuli anlamda mı ibraz mecburiyetini öngördüğü tartışmalıdır. Bu talebin dava sırasında ileri sürülebilmesinin mümkün olması ve fakat tazminat davasından öncede bağımsız bir talep olarak ileri sürülmesinin mümkün olmasından hareketle maddi hukuk karakterli olduğu ileri sürülebilir. Buna mukabil tazminat davasından önce bu talebin ileri sürülmesi halinde ise asıl dava açılmamış olduğu için delillerin tespiti hükmünde olacağı da doktrinde savunulmuştur.²⁹ Biz bu düzenlemenin bir usul hükmü olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Öncelikle madde metninde talebin dava sırasında mı yoksa davadan önce bağımsız bir talep olarak mı ileri sürülmesi gerektiği konusunda bir açıklık yoktur.³⁰ Kaldı ki markaya ilişkin KHK m. 65’ de delillerin tespiti ayrıca düzenlenmiştir. Şu halde ibraz talebi ile tecavüz sonucunda ortaya çıkan zarar miktarının ancak bir dava ile tespit edilecek olması; delil tespiti ile yalnızca zarar miktarını belirlemeye yarayan hususların koruma altına alınabilecek olması, burada usuli bir ibraz mecburiyetinin varlığına işaret etmektedir. Başka bir deyişle ile tecavüzün varlığının ancak yargılama ile ortaya çıkmasından dolayı anılan ibraz mecburiyeti usul normu şeklinde ortaya çıkmaktadır. Oysaki zararın varlığı tecavüze karine olmayacağından dolayı, zarara ilişkin tespitin yapılması için istenilen ibraz mecburiyeti maddi norm karakterlidir.

Söz konusu ibraz mecburiyetinin koyulma nedeni TRIPS ile mevzuatın uyumlulaştırılması çabasından ileri gelmektedir. TRIPS m. 43³¹ deliller

²⁸ 556 sayılı KHK m. 65: “Marka sahibi, markanın kendi izni olmaksızın taklit edilerek kullanılması sonucunda uğramış olduğu zarar miktarının belirlenmesi için tazminat yükümlüsünden markanın kullanılması ile ilgili belgeleri vermesini talep edebilir.” Yukarıda anılan hükmün benzerine Markalar Kanun Tasarısı madde 62’ de de yer verilmiştir.

²⁹ **YASAMAN Hamdi**, Marka Hukuku - 556 Sayılı KHK Şerhi C. II, İstanbul, 2004, s. 1169; Delil Tespiti İçin Bkz.: **KURU**, Ders Kitabı, s. 625; **PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES**, a.g.e., s. 631

³⁰ **YASAMAN**, a.g.e., s. 1168

³¹ **TRIPS - Deliller/ Madde 43**

1. Taraflardan herhangi biri hak talebini desteklemek için yeterli ve makul olarak temin edilebilen delilleri sunduğunda ve talebinin tevsiki ile ilgili olup, karşı tarafın kontrolünde bulunan delilleri belirttiğinde, adli merciler, uygun hallerde gizli bilgilerin korunmasını sağlayan koşullara tabi olarak, bu delillerin karşı tarafça sunulmasını emretme yetkisine sahip olacaklardır.
2. Herhangi bir takibata taraf olanlardan birinin isteyerek ve geçerli bir nedene dayanmaksızın, gerekli bilgilerin elde edilmesini reddetmesi veya başka şekillerde bu bilgileri makul bir süre içinde vermemesi veya uygulama fiili ile ilgili bir usulü önemli ölçüde engellemesi halinde, üyeler, taraflara itham veya deliller konusunda ifade verme fırsatının tanınması koşuluyla, adli mercilere, bilgilere erişimin reddedilmesi nedeniyle olumsuz etkilenen tarafça sunulan şikayet

kenar başlığı altında ibraz talepleri ile ilgili genel çerçeveyi ortaya koymaktadır. Bu düzenleme, fikri hakkı tecavüze uğrayan tarafın yeterli ve makul olarak temin edebildiği delilleri sunduğunda, yetkili adli makamın karşı tarafın kontrolünde bulunan belgeleri, gizliliğin korunmasına ilişkin hükümler saklı kalmak koşuluyla ibrazını emretme yetkisine sahip olacağını düzenlemiştir. Düzenlemede ayrıca ibrazın gerçekleşmemesi halinde, ibrazdan kaçınan tarafın savunma hakkına uygun olarak, bir tespit hakkını da ibrazı talep eden tarafa tanınmaktadır. TRIPS 'de yukarıdaki sınırlamalar mevcut iken fikri mülkiyete ilişkin ulusal mevzuatımızda ne gizli belgelerin korunmasına ilişkin ne de ibraz etmemenin yaptırımına ilişkin haller düzenlenmiştir. Ancak genel hükümlerden yararlanarak ibrazdan kaçınan tarafın menfaatleri savunulabilir. Özel hüküm bulunmadığı oranda HUMK 'un ve yürürlüğe girmesi sonrası HMK 'nın uygulanacak olması, haklı sebeple ya da HMK m. 220/f. 3'de ifade edildiği gibi "*ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret*" ile ibrazdan kaçınma imkânını sağlamaktadır. Bu noktada Kıta Avrupası hukuk anlayışı ile oluşturulmuş usul kanunumuz ile Anglo-Amerikan hukuk anlayışı ile kaleme alınmış TRIPS' in ulusal mevzuatımıza yansıyan hükümleri arasında nitelik itibari ile bir nüans farklılığı olduğu dikkatlerden kaçmayacaktır. Kıta Avrupa'sında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde delillere erişim yönündeki baskın eğilim; sübjektif menfaatlere öncelik tanıyan Anglo-Amerikan anlayışı ile tam bir uyum sergileyememekte ve bu nedenle bir çeşit *ara-çözümler* ortaya çıkmaktadır. Nitekim Türk Kanun koyucusu da anılan iki hukuk anlayışı arasında bir tercih yapmak durumunda kalmıştır.

Anılan hükümlerde talebin konusunu, zarar miktarının belirlenebilmesi için gerekli ve tecavüz ile fonksiyonel olarak bağlı olan her türlü delilin ibrazı oluşturmaktadır. Bu delillere örnek olarak mütecavizin ciro bilgilerine erişmek bakımından önem taşıyan ticari defterler verilebilir. Davada ileri sürülen delillerin ticari defterlere hasrı ile ortaya çıkan neticeleri ibraz mecburiyeti ile de karıştırmamak gerekir. Ticaret Kanunu anlamında ibrazı istenilen ticari defterlere ilişkin hâlihazırda uygulanacak hüküm Eski TTK m. 83'dür. Bunun yanında herhangi bir iddiasını kanıtlamak üzere ticari defterlerin ibrazını isteyen taraf açısından ise usul hukukuna ilişkin genel kurallar uygulanacaktır. Uygulamadaki bu ikili durum HMK 'da ticari defterlerin ibrazı kanun kapsamına alınmasıyla sona er-

veya iddialar da dahil olmak üzere, kendilerine sunulan bilgilere dayanarak, olumlu veya olumsuz, bir ön tesbit veya kesin tesbit yapma yetkisini verebilirler.

miştir. Bu bağlamda tarafın delillerini sır içeren ticari defterleri ile sınırlı olarak hasretmesi halinde de HMK uygulanacaktır. Böylece ticaret ile usul kanunu arasındaki uygulama sorunları giderilmiş olacaktır.

Belgeleri ibraz talebi, marka sahibi veya inhisari lisans sahibi tarafından, tecavüz olgusu ile sınırlı kalmak koşuluyla ve markayı kullanan/mütecaviz kişiye karşı yöneltilebilir. Doktrinde bu mecburiyetlerin, ispat vasıtasının iddia sahibince temin edileceği ve kimsenin kendi aleyhine delil ikame etmeye zorlanamayacağı ilkelerine istisna teşkil ettiği belirtilmiştir.³²

IV. Fikri Ve Sınai Haklara İlişkin Belgelerin İbrazından Kaçınma İmkânı: Haklı Sebep Kavramı

Davanın karşı tarafına ya da 3. kişilere karşı ibraz emri, incelenen hükümler çerçevesinde, ancak tarafın talebi ile verilebilir. Bunun için taraf, öne sürdüğü maddi vakıaların ispatı için gerekli olduğuna inandığı belgelerin ibrazını talep eder. Hâkim, ibrazı istenilen belgenin uyuşmazlığın çözümü açısından faydalı olacağı yönünde kanaat elde ederse ibraz kararı verir. Belgenin uyuşmazlık için faydalı olacağına dair yeterli miktarda delil, usulüne uygun olarak ileri sürülmelidir. Talep eden tarafın kötü niyetli olarak davayı uzatarak sürüncemede bırakması da mümkündür. Bu durumda hâkim ibrazı istenilen belgenin tarafın ya da 3. kişinin elinde bulunduğundan emin olmalıdır. Başkaca yollarla elde edilebilecek belgelerin yalnızca davayı uzatmak için talep edilmesi dürüstlük kuralına da aykırı olacak, ibraz mecburiyeti ile elde edilmek istenilen amaçtan da uzaklaşılacaktır.

Hâkimin kanaat elde edebilmesi için istenilen belgenin çerçevesinin iyi çizilmesi yani somut olarak belirlenmesi gerekir. Medeni usul hukukunda talepte bulunan tarafın talebinin sınırlarını belirlemesi yönündeki yükümlülüğüne *vakıayı somutlaştırma yükü* denir. Somutlaştırma, bir maddi vakıanın ispat edilmesi hususunda hukuki önemi haiz olayları, kendi hukuki çıkarımlarını yeterince belirli hale getirmiş ve kullanılabilir delillerini yeterince açıklamış olması olarak tanımlanabilir.³³ Somutlaştırma yükü davacı tarafta olabileceği gibi savunmasında çeşitli iddialarda bulunan davalı taraf içinde söz konusu olabilir. Bu yükün kapsamını kural

³² TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005, n. 51

³³ ATALAY, a.g.e., s. 31; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 401; YILDIRIM Kamil,

ALI/UNIDROIT' nın Uluslararası Medeni Yargılama İlkeleri, [11.3]

<http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf>

olarak açık kanun hükmüyle belirlenir.³⁴ Somutlaştırma ödevini ihlal etmenin yaptırımı, iddia edilen vakıanın ispata elverişli olmadığına kabulü ve yerine getirilmeyen usul işlemi nedeniyle kendi aleyhine karar verilmesine katlanmaktır.³⁵ Bir başka ihtimal olarak, hâkim müphem ve mütenakıs görülen iddia ve savunmanın da açıklanarak somutlaştırılmasını isteyebilir. Kanaatimizce yukarıdaki sonuç tarafların iyi niyetli olmayan talepleri karşısında dürüstlük kuralının bir sonucudur. Usuli anlamda dürüstlük kuralı, tarafların kötü niyetli veya kurgusal talepleri önünde karşı tarafın hak kaybına uğramaması amacına yöneliktir. Somutlaştırma yükü ile ispat edilecek vakıanın diğer vakılardan ayırt edilerek belirli hale gelmesi, delillerin toplanmasını hızlandıracak için usul ekonomisi yönünden de faydalıdır.

Somitlaştırılacak vakıa ya da delillin hukuki niteliğini maddi hukuk belirlemektedir ve dürüstlük kuralının uygulama alanı kural olarak maddi hukuk ile ilişkili alanlarda genişlemektedir.³⁶ Somutlaştırılacak vakıanın eksiksiz mi yoksa asgari ölçüde mi belirleneceği tartışmalıdır.³⁷ Örneğin, ibrazı talep eden tarafın hiç görmediği bir belgenin düzenlenme yerini, tarihini, üzerinde yazılan hususların eksiksiz ve tam olarak somutlaştırmasının istenilmesi objektif iyi niyet kuralları ile bağdaşmaz. Ancak tarafların katıldığı bir hukuki işlemde yukarıda sayılan hususların somutlaştırılmasının istenilmesi makul bir istek olarak karşımıza çıkar.

Tartışmalı bir nokta da belgenin kopyasının (fotokopi) somutlaştırma yükünü yerine getirip getirmediğidir. Kanaatimizce, kopya belgenin mahkemeye ibrazı ile somutlaştırma yükünün yerine geldiği kabul edilmelidir. Zira tarafın somutlaştırma yükü ile yapması gereken bütün unsurların kopya belgede bulunması talebin kabulü için gerekli ve yeterlidir. Nitekim 2004/48/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu Direktifinin 6. maddesinde bahsedilen makul ölçüde delil tanımı içine ispata medar vakıaya ilişkin belge örneği de girmektedir.³⁸

HUMK m. 332 uyarınca belgeyi sunmasına veya yemin etmesine karar verilen taraf haklı bir sebep sunmak ile ibrazdan kaçınabilir. Benzer düzenleme HMK m. 220/3'de de ifade edilmiştir. Haklı sebebin ya da ka-

³⁴ ATALAY, a.g.e., s. 32; PEKCANİTEZ/ATALAY/ÖZEKES, a.g.e., s. 403

³⁵ ATALAY, a.g.e., s. 36

³⁶ ASLAN, a.g.e., s. 64

³⁷ ATALAY, a.g.e., s. 33

³⁸ ÇETİN Hülya, Patent Haklarının Korunması Bağlamında 2004/48/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi Direktifi Ve Karşılık Türk Mevzuatı, Fikri Mülkiyet Yıllığı[2009], İstanbul, 2009, s. 180

bul edilebilir bir mazeretin tanımı kanunda açık bir şekilde yapılmamıştır. Bilindiği gibi HUMK m. 336 ve HMK m. 221/f. 3’de yapılan atıf gereği tanıklıktan çekinmeye ilişkin sebepleri öne sürerek 3. kişiler ibraz mecburiyetinden kaçınabilir. Çekinme sebepleri HUMK m. 246 ve HMK m. 248’da maddeler halinde sayılmıştır. Bu maddeler arasında, gizlenmesi kendisince gerekli ve sanatına ait sırların açıklanması sonucunu doğuracak durumlar da sayılmıştır. HMK m. 249’da eski kanundan farklı olarak sır nedeniyle tanıklıktan çekinmek ayrıca düzenlenmiştir. Buna göre kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığa başvuran kimseler, tanıklıktan çekinebilir meğerki sır sahibi sırrın ifşasına rıza göstermiş olsun. Avukatlık Kanunundaki istisnalar saklı kalmak koşulu ile sır sahibinin rızası ile 3. kişiler tanıklıktan kaçınmamaktadır. Bu duruma örnek olarak, bir hastası hakkındaki vakıayı mahkemeye bildirmeye zorlanan hekimin durumu verebilir. Hastasının rızası ile hekim tanıklıktan kaçınmayacaktır.

Yukarıda anılan ibrazdan çekinme durumunun taraflar lehine genişleyip genişleyemeyeceği tartışmalı bir husus olarak çözümü büyük önem arz etmektedir. Hâlihazır kanunumuzda bu konu ile ilgili normatif bir atıf bulunmamaktadır. Kanaatimizce HMK ve HUMK ’da sayılan 3. kişilere yönelik tanıklıktan çekinme sebepleri ibraza zorlanan taraflar lehine de geçerli olmamalıdır. Dava konusu uyuşmazlığın ispatı ile ilgili olarak tarafların da tanıklıktan çekinme durumlarında yararlanması arzu edilseydi kanuna açıkça yazılması gerektirir. Ayrıca dava ile ilgisi olmayan 3. kişilerin zarar görmemesi amacı ile getirilmiş bir imkânın taraflara tanınması maddi gerçeğin ortaya çıkmasına ne kadar hizmet edeceği tartışmalıdır.

Tüm bunların yanında sübjektif menfaati içeren sırların ibrazdan kaçınmaya geçerli mazeret oluşturması açısından HMK m. 249’daki sır kavramından kıyas yolu ile yararlanılabileceği kanaatindeyiz. Tanıklıktan çekinme sebeplerinin ibrazdan kaçınma sebebi olarak kabul edilmediği durumlarda ise yargılama sırasında haklı sebep olarak ileri sürülmesi ve tek tek ispatlanması gerekmektedir. Biz konumuz dışına çıkmamak için sadece fikri haklara ilişkin haklı sebeplere değineceğiz.

1). Ticari Sır Niteliğindeki Belgeler

TRIPS’ de fikri hak kategorileri arasında ticari sırlar da yer almaktadır. Kanun koyucuların ticari sırrı korumak amacıyla sırrın elde edilmesi hususundaki beceriyi, emeği ve masrafı korumaktadır. Yukarıda verilen

tanımlar ışığında ticari sırrın unsurlarını; bilgi, ticari nitelik, sır niteliği ve sır tutma iradesi olarak sıralayabiliriz.³⁹

Alman hukukunda ticari sır, işletme ile bağlı, aleni olmayan, gizliliği haklı bir menfaate dayanan her türlü vakıa şeklinde tanımlanmıştır.⁴⁰ Anılan sırlar Kıta Avrupası sisteminde temel insan hakları çerçevesinde kişilik haklarına ilişkin bir durum olarak değerlendirilmiştir.⁴¹ Bu nedenle ticari sır, fikri mülkiyet konusu teşkil etmese dahi kişi haklarının korunması sebebiyle korunma altına alınmıştır.

Amerikan hukukunda ise ticari sır, bağımsız ekonomik değeri bulunan, genel tarafından bilinmeyen ve anlaşılamayan, gizli kalması hususunda makul bir çaba olan ve rekabet avantajı yaratan bilgi olarak tanımlanmıştır.⁴² Amerikan hukukunda bir işletmede ekonomik değeri olan, hatta gelecekte değer kazanabilecek fikri ürünler dahi sınırlı bir sayıya tabi tutulmadan ticari sır kapsamına alınmıştır.⁴³ . Hemen belirtelim ki, TRIPS m. 39⁴⁴, da aynı anlayışla ticari sırları düzenlemiştir. Ticari Sırlar Kanun Tasarısı madde 3⁴⁵, de ticari sırrın tanımı benzer şekilde yapılmıştır.

³⁹ **GÜRBÜZ USEL Aşlı E.**, Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009, s. 29; **BİLGE**, a.g.e., s. 15;

⁴⁰ **BİLGE Emin Mehmet**, Ticari Sırların Korunması, Ankara, 2005, s. 6

⁴¹ **TURANBOY Asuman**, Ticari Sır, Prof. Dr. Tugrul Ansay' a Armağan, Ankara, 2006, s. 354-355

⁴² **BİLGE**, a.g.e., s. 8; **HORWITZ/HORWITZ**, Intellectual Property Counseling And Litigation Vol. 5, New York, 1998, 72.01[1]

⁴³ **TURANBOY**, a.g.e., s.351

⁴⁴ **TRIPS - Madde 39:** (2). Gerçek ve tüzel kişiler yasal olarak kendi kontrolleri altındaki bilgilerin kendi izinleri olmadan, dürüst ticari uygulamalara aykırı, başkalarına ifşa edilmesini veya başkaları tarafından elde edilmesini veya kullanılmasını engelleme olanağına sahip olacaklardır, ancak bu koşulla ki, bu tür bilgiler;

(a) bir bütün olarak veya unsurlarının kesin konfigürasyonunda veya grubunda, normal olarak söz konusu türde bilgilerle uğraşan çevrelerdeki şahıslarca genelde bilinmeyen veya bu şahısların kolaylıkla elde edemeyeceği anlamında gizli olmalıdır;

(b) gizli olduğu için ticari değeri olmalıdır; ve

(c) yasal olarak bu bilgileri kontrol eden şahıs tarafından, gizli kalması için, ilgili koşullar altında makul önlemler alınmış olmalıdır.

⁴⁵ **Ticari Sırlar Kanun Tasarısı - madde 2/1-a** : "Ticarî sır: Bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanı ile ilgili yalnızca belirli sayıdaki mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen, elde edilebilen, özellikle rakipleri tarafından öğrenilmesi halinde zarar görme ihtimali bulunan ve üçüncü kişilere ve kamuya açıklanmaması gereken, işletme ve şirketin ekonomik hayattaki başarı ve verimliliği için büyük önemi bulunan; iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, imalatının teknik özellikleri, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağırları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantılarına ilişkin veya bu gibi bilgi ve belgeleri,,"

Ticari sır kavramı, TTK ve Bankacılık Kanununda açıkça zikredilmiş; bazı düzenlemelerde de mahiyet itibariyle ticari sır kavramından bahsedilmiştir. Bu düzenlemelerden biri de 551 Sayılı KHK m. 84/III' de yer alan usul patentleri ile ilgili düzenlemedir. Usul patenti, daha önce patenti alınmış bir ürün ile aynı veya yakın sonucun farklı bir usul kullanarak elde edilmesi halinde gündeme gelir. KHK m. 84/II' de aynı sonucu meydana getiren usulün, daha önce patente konu usul ile meydana geldiğini karine olarak kabul ediyor ve ispat yükünü aksini iddia eden tarafa yüklüyor. Bu noktada patent konusu ürün ile aynı sonuca farklı usul ile ulaşan taraf, bunun patente konu usul ile elde etmediğini ispat etmelidir. Yani bir menfi ispat yeni usulü bulan tarafa yüklenmiştir. Böyle bir normun ikame amacı, ibraz mecburiyeti ile yeni usul patentine ilişkin sırların ifşasının önlenmesidir.

Uygulamada patent sahipleri, patente konu olmayan yeni usulü öğrenmek için dava ikame edip karşı tarafın usulüne ilişkin sırları ifşa tehlikesine sokabilmektedir.⁴⁶ Bu tehlikenin önüne geçmek için anılan hüküm düzenlenmiştir. KHK m.84/III' e göre: *“Bu maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen aksini savunma durumunda davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur.”*

401

Madde metninde altı çizili ifade ile yeni usul konusunda bir ticari sırrın varlığı ifade edilmiştir. Yargılama sırasında usule ilişkin ticari sır niteliğindeki belgelerin ibrazı istenildiğinde, davalı yeni usul sahibi HUMK m. 332 ve HMK m. 220/3 uyarınca ticari sırlarını ifşaya karşı haklı ve geçerli bir nedene dayanarak bundan kaçınabilmelidir. Haklı sebebin ispatı hususunda iddia sahibinin somutlaştırma yükünün tam olması gerekir. Ancak bu durum bulunan yeni usul ile ilgili her türlü bilginin alınmasına engel olmamalıdır. Söz gelimi, yeni usule ilişkin sırrı ifşa niteliği taşımayan özet bilgilerin yer aldığı bir metinlerin ibrazı istenilebilmelidir.

Sırası gelmişken Ticari Sırlar Kanun Tasarında yer alan ibraz yükümlülüklerinin HUMK 'un ve HMK 'nın genel nitelikli hükümlerini ortadan kaldırıp kaldırmadığı sorusuna cevap vermek gerekir. Çalışmanın ilk bölümünde de belirtildiği gibi maddi ve usuli anlamda ibraz yükümlülüğü birbirinden farklı amaçlara hizmet eder. Özel hukuk anlamında maddi ibraz mecburiyeti, tarafların hukuki işlemler hakkında bilgilenme imkânına yönelmişken; usuli ibraz mecburiyeti delil ikamesi amacına yönelmiştir. Ticari Sırlar Kanun Tasarısı m. 3-4-5' de yer alan düzenlemeler

⁴⁶ ERDÖNMEZ, İbraz Mecburiyeti, s. 461.

bağımsız bir talebi içermek ve yargılama sırasında kullanılmak zorunda olmamaları nedeniyle maddi anlamda ibraz mecburiyetini ifade eder. Ancak yargılama sırasında ileri sürülmeleri halinde ortaya çıkacak usul sorunlarında da HUMK' un ve HMK' nın ilgili hükümleri uygulanacaktır.

HUMK ve HMK' da belirtilen sınırlamalara ek olarak Ticari Sır Kanun Tasarısı m. 8/II' de verilecek bilginin yalnızca yürütülen görevle doğrudan bağlantılı ve sınırlı olmak kaydıyla verileceği belirtilmiştir. Buna yaklaşık bir düzenleme de Bilgi Edinme Kanunu m. 9' da düzenlenmiştir. Bu hükümde de gizlilik dereceli veya açıklanması yasaklanan bilgiler ile açıklanabilir nitelikte olanlar birlikte bulunuyor ve bunlar birbirinden ayrılabiliriyorsa, ilgili bilgi gizli olanlardan ayrılarak sunulacağı hükme bağlanmıştır. Maddi düzenlemelerdeki bu kısıtlamalar, talebin içeriği konusunda karşı tarafa bir itiraz imkânı vermektedir.

Mevzuat tarafından ticari sır niteliğinde olduğu açık bulunmayan bilgiler açısından ticari sırrın unsurlarının bulunup bulunmadığı hususu ayrı ayrı araştırılmalıdır. Zira ticari sırrın belirlenmesi birçok unsurun bir araya gelmesi neticesinde oluşan bir değeri ifade eder.⁴⁷ Bu noktada ticari sırrın mutlak ya da nispi niteliğinin etkisi tartışma yaratabilir. Mutlak ticari sır, bir kanun hükmü gereği ya da sözleşmeden doğan ilişki sebebiyle ortaya çıkarken; nispi ticari sır, mutlak sırrın dışında korunmasında kişinin menfaati olan durumları kapsar.⁴⁸ Kanaatimizce sırrın mutlak olduğu durumların nispi olan durumlara oranla ticari sırrın varlığı noktasında bir ispat kolaylığı olduğu kabul edilebilirse de ibraz emri karşısında herhangi bir önemi haiz olmadığının kabulü gerekir. Eş söyleyişle, sırrın mutlak ya da nispi olması –sırna ilişkin vakıa ispat edildikten sonra- önem taşımamaktadır. Ancak doktrinde⁴⁹ know-how sözleşmesine sır niteliği taşımayan bilginin de konu olabileceği kabul edildiğinden, kanundan açıkça anlaşılabilen haller dışında ticari sırrın varlığı iyice araştırılmalıdır.⁵⁰

⁴⁷ HORWITZ/HORWITZ, a.g.e., 72.01[1]

⁴⁸ YASAMAN, Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması, Fikri Mülkiyet Yıllığı[2009], İstanbul, 2009, s. 370

⁴⁹ ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2001, s. 23

⁵⁰ Örnek olarak, bilinen bir üretim şeklinin özel başarı elde edecek şekilde uygulanması verilebilir.

Rekabet Kurumu Başkanlığı tarafından çıkarılan Dosya Giriş Hakkının Düzenlenmesi Ve Ticari Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğ m. 12/II' de ticari sır olabilecek bazı belgeler örnekseme yoluyla sayılmıştır.⁵¹

Yukarıda genel hatları çizilen ticari sır, medeni yargılamanın genel ilkelere göz önüne alındığında ibraz mecburiyeti ile karşı karşıya kalan taraf ya da 3. Kişi tarafından kaçınma sebebi olarak kullanılabilir. ⁵² Son noktada akla gelen bir soruya da açıklık getirmek gerekir. Peki, uyuşmazlığın çözümü ancak ve ancak ticari sır niteliğindeki belgenin tam olarak ibrazı ile mümkün ise ne olacaktır? Bu sorunun cevabı yukarıda da sıkça belirtildiği gibi tarafların subjektif menfaatleri ile hukuki dinlenilme hakları arasındaki bir dengenin sonucu olacaktır.

Doktrinde hukuki dinlenilme hakkı ve aleniliğin sağladığı imkânlardan tarafların rızaları ile vazgeçebilecekleri belirtilmiştir. ⁵³ Bu düşünce esas alındığı zaman, belgenin ibrazını isteyen ve bu sayede iddiasını ispat edecek davacının hukuki dinlenilme hakkından vazgeçerek ibraz edilen delile ulaşamamasına izin vermek gerekir. Bu halde davacı delille doğrudan ulaşmayı, ibraz edilen belgenin hâkim ya da bilirkişi tarafından değerlendirilmesine tercih etmektedir. Taraflarca hazırlanma ilkesinin cari olduğu medeni yargılama hukukunda davacıyı yukarıdaki imkândan mahrum etmenin doğru olmayacağı kanaatindeyiz. Buna mukabil, ibraz isteyen taraf, ispat yükünü üzerinde taşımayan ve ibraz ile başka hiçbir hakkı zedelenmeyen taraf ise karşı tarafın ibrazdan kaçınabileceğinin kabulü gerekmektedir. Zira bu ihtimalde ispat yükü üzerinde olmayan taraf herhangi bir menfaat dengesi içinde bulunmamaktadır. Hem ibraz ile karşı tarafın sırrının ifşasını istemekte hem de ispat yükü ile yükümlü tutulmadığından herhangi bir riziko taşımamaktadır.

Bir tarafın hukuki dinlenilme hakkından vazgeçerek, sırrın mahkemeye ibrazını istemesi için onun aynı veya daha yüksek subjektif bir menfaatinin haleldar olması gerekmektedir. Uygulamada bu menfaatler dengesinin nasıl sağlanacağını bir örnekle açıklayalım. Bilindiği gibi radyo ve televizyon yolu ile yapılan reklamcılık faaliyetleri, başta Radyo ve Televiz-

⁵¹ **Madde 12/II:** “ Olayın ve teşebbüsün özelliklerine göre, teşebbüslerin iç kuruluş yapısı ve organizasyonu, malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu, araştırma ve geliştirme çalışmaları, faaliyet stratejisi, hammadde kaynakları, üretim ve imalata ilişkin teknik bilgiler, fiyatlandırma politikaları, pazarlama taktikleri ve masrafları, pazar payları, toptancı ve perakendeci müşteri potansiyeli ve ağları, izne tâbi veya tâbi olmayan sözleşme bağlantıları gibi bilgi ve belgeler ticari sır olarak kabul edilebilir.”

⁵² **YILDIRIM**, a.g.e., [16.1], [16.2]

⁵³ **ERDÖNEMEZ**, İbraz Mecburiyeti, s. 387.

yonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanunu olmak üzere çeşitli sınırlamalara tabi olarak sürdürülmektedir. Bu sınırlamaların idari denetimi ise Sanayi ve Ticaret Bakanlığı bünyesinde oluşturulan Reklam Kurulu tarafından yapılmaktadır. Reklam Kurulu, gelen şikâyetleri çeşitli kriterler uyarınca değerlendirmekte ve vakıya uygun gördüğü hallerde idari para cezası yaptırımı uygulamaktadır. Bu kriterlerden biri de reklamcı kuruluşun reklamda ileri sürdüğü vakıalara karşı ispat külfetini yerine getirmiş olup olmadığı ile ilgilidir.⁵⁴ Bu kapsamda Reklam Kurulu, şikâyet edilen reklamda ileri sürülen vakıalar ile ilgili belgelerin kendilerine ibrazını istemektedir. Daha sonra bu belgelerin bilirkişi görüşü sorulması sonrasında değerlendirmesi yapılarak mevzuata uyumluluğu değerlendirilmektedir. Bizim konumuz ile ilgili hukuki problem ise, Reklam Kurulunun ibrazını istediği ve reklamı yapılan vakıa ile ilgili belgelerin ticari sır niteliğinde olması halinde ne olacağı sorusudur.

Bu aşamada iki ihtimal söz konusudur. Ya reklamı yaptıran şirket ticari sırrının ifşasına katlanacak ya da ticari sırlarını içeren belgelerini ibraz etmeyip Reklam Kurulunun vereceği reklamı durdurma ve idari para cezasına katlanacaktır. Ticari sırrını ibraz etmeyen ve dolayısı ile ispat külfetini yerine getiremeyen reklamcıya karşı idari para cezası kesileceği açıktır. Bu idari para cezasına itiraz edilmesi halinde de yine mahkemenin bu belgelerin ibrazını isteyip isteyemeyeceği hususu da ayrı bir sorun teşkil etmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere Reklam Kurulunun ilgili belgelerin ibrazını emretmesi maddi anlamda bir ibraz mecburiyeti doğurur. Elbette maddi hukuk hükmündeki yetkiye dayanarak aynı talebin dava sırasında da yöneltilmesi mümkündür. Bu nedenle olayı kurul ve mahkeme ayırımına girmeden –aynı sonuçlar nedeniyle- cevaplamayı uygun buluyoruz.

Biz reklamda iddia edilen unsurların mutlak ticari sır niteliğinde olduğu kanaatindeyiz. Zira ticari bir menfaat elde etmek için yapılan ve diğer mal ve hizmetlere nazaran kendi mal/hizmetini tercih sebeplerini ortaya koyan hususların korunmasında hak sahibinin menfaati vardır. Örneğin %40 oranında motor aşınmasını önleyen bir motor yağı reklamını ele alalım. Burada Reklam Kurulunun reklamdaki iddiaların doğruluğu açısından bilirkişi incelemesi yapmak üzere motor yağının formülünü istemesi, yağ üreticisinin uzun uğraşlar sonucunda elde ettiği ürün formülü “devlet eli ile” ifşa edilme tehlikesi ile karşı karşıya bırakır. Kuşkusuz

⁵⁴ İnal Emrehan / Baysal Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008, s. 34 vd.

üreticinin %40 motor aşınmasının önüne geçen yağın formülünü saklı tutmakta menfaati vardır ve bu nedenle formül ticari sır niteliğindedir.

Bizce üretici, formülü Reklam Kuruluna sunmaktan, hukuken korunmaya haklı menfaati sebebiyle, kaçınabilir. Bu çıkarımın idari mevzuat açısından normatif bir dayanağı olmamakla birlikte *de lege ferenda* bir çözümü içerir. Verilecek idari para cezasına itiraz davasında, inceleme yapacak mahkemede de kaçınma mümkün olması sebebiyle daha ceza işlemi başlamadan Reklam Kurulunda probleme çözüm bulunması isabetli olacaktır. Şunu hemen belirtelim ki, bölünebilir nitelikteki bir ticari sırrın sadece bir bölümü ile ilgili uyuşmazlıklarda ibraz edilen kısım ticari sırrın tamamen ifşası anlamına gelmiyor ise ibrazdan kaçınma imkânının da bulunmadığını söyleyelim. Zira reklamı yapılan unsurların çoğunlukla ticari sır olduğu düşünülürse, Reklam Kuruluna ticari sır nedeniyle yapılacak itirazlar hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği gibi Reklam Kurulunun işlevini yerine getirmesini zorlaştıracaktır.

İbrazdan kaçınılması ile iddianın bilirkşi inceleme yoluyla doğrudan ispat imkânı ortadan kalkmaktadır. Şu halde Reklam Kurulunun ve özellikle İdare Mahkemesinin ticari sır niteliğindeki iddia edilen vakıya ilişkin olarak dolaylı ispat yoluna gitmesi gerekir. Son çare olarak başvurulacak bu yolda, idari para cezasının iptalini isteyen veya Reklam Kuruluna belgeyi ibraz etmeyen taraf, iddia ettiği vakıayı dolaylı ispat ile kanıtlamalıdır. Örnek olayımızda %40 oranındaki motor aşınmasına ilişkin iddianın dolaylı ispatı mümkündür. Örneğin motor yağının belirli bir süre ve belirli bir motorda kullanılması sonrasında yapılan ölçümlemeler sonucunda reklamda iddia edilen vakıanın gerçekliği tespit edilebilir. Ticari sırrın ibrazını isteyen makâmın bunu son çare olarak görmesi ve ibrazını istemesi halinde ise sırrın ifşasını engelleyecek tüm önlemleri alması gerekir. Yukarıdaki duruma benzer ifşa tehlikesi oluşturan durumları örneklemek mümkündür. Tasarımı, markası veya patenti tecavüze uğramış hak sahiplerinin uğradığı zarar miktarının tespiti açısından da emsal lisans sözleşmelerinin mahkemeye celbi sureti ile zarar hesabının yapılmasında da yukarıdaki zorluklar yine gündeme gelecektir. Kendi ticari verilerinin ifşa olmasını istemeyen üreticiler emsal lisans bedelinin tespiti için sözleşmelerinin ifşasından kaçınacaklardır. Bu halde ise mahkemelelerin tutumu yalnızca lisans bedelinin ifşasına olanak tanıyan önlemleri alma noktasında toplanmalıdır.

2) Veri İmtiyazı Uygulamasına Tabi Ürünlerde Senetlerin İbrası

Ekonomik değer taşıyan bilgiler yaygın olarak fikri mülkiyet kapsamında korunmaktadır. Kişilerin fikri mesaisini korumak, karı yukarı çekmek amacıyla bazı bilgiler haksız rekabete ve hatta ifşaya karşı korunmuştur. 552 Sayılı Patent hakkında KHK m. 83/III⁵⁵ kimyasal deneyler sonucunda elde edilen bilgiler ile ilgili düzenlemeler içerir.

Yukarıdaki düzenleme TRIPS m.39/III⁵⁶ e uygun biçimde, meydana getirilmesi büyük çaba gerektiren, açıklanmamış kimyasal formüllerin ifşaya veya haksız rekabet oluşturan kullanıma karşı korunmasını sağlar. TRIPS bu bilgilerin korunmasını, normal olarak söz konusu türde bilgilerle uğraşan kişilerin kolayca elde edemeyeceği anlamda gizli, gizli olduğu için ticari değeri olan ve gizli kalması için makul çaba gösterilmesi koşuluna bağlamaktadır.

Tıbbi Farmasötik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği, bir kimyasal formülün ticaret alanına çıkabilmesini belli kimyasal test ve deney sonuçlarının Sağlık Bakanlığına ibraz edilmesi koşuluna bağlamaktadır. Test ve deney sonuçları kimyasal formülün piyasaya çıkması için bir tehlike oluşturmuyorsa, ürün ilaç olarak piyasaya sunulabilir. Anılan testler ve deneylerin yüksek maliyeti, diğer ilaç üreticilerini, onaylanmış kimyasal formüllerin etken maddesine atıf yapmak ve bir takım küçük değişikliklerle (tat gibi) farklı bir ilaç üretme yoluna itmektedir. Bu yola kısaltılmış ruhsat başvurusu yolu ile tescil denilmektedir. Anılan yöntem ile jenerik ilaç firmaları, daha önce bulunan ilacın etken maddesini kullanarak (kısadan) yeni bir ilaç ortaya çıkarmaktadır. Ne var ki büyük harcamalar yaparak ilacın etken maddesini bulan orijinal ilaç şirketleri, bu sırlarının da Sağlık Bakanlığınca korunmasını istemektedirler. Gerçekten de orijinal ilaç firmalarının Sağlık Bakanlığına sunduğu formüllerin korunmaması halinde; jenerik ilaç şirketleri ile orijinal ilaç şirketleri arasında bir haksız rekabetin oluşacağı açıktır. İşte tüm bu gerekçeler, Sağlık Bakanlığına

⁵⁵ 551 KHK m.83/III: " Patent başvurusu yapılmış olan beşeri, veteriner ve zirai ilaçların imalat ve satış ruhsatlarının tasdiki için ilgili makamlarca talep edilen ve yaratılmaları ve birikimleri önemli bir gayret ve masraf gerektiren ve sahipleri tarafından umuma açıklamamış olan bilgi ve test sonuçları talep sahibi makam tarafından gizli tutulur. Bilgi ve test sonuçlarını talep eden makam bunların haksız kullanımının önlenmesi için gerekli tedbirleri alır."

⁵⁶ TRIPS m 39/f. 3: "Üyeler, yeni kimyasal maddelerin kullanıldığı farmasötik veya tarımsal kimyasal ürünlerin pazarlanmasını onaylamanın koşulu olarak, meydana getirilmesi büyük çaba gerektiren ifşa edilmemiş testlerin veya diğer verilerin sunulmasını talep ettiklerinde, bu verileri haksız ticari kullanıma karşı koruyacaklardır. Üyeler bunun yanı sıra, kamunun korunması için gerekli olmadıkça veya verilerin haksız ticari kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler alınmadıkça, bu verileri ifşa edilmemeleri için koruyacaklardır."

ibraz edilen verilerin belirli bir süre korunması konusunda bir fikri hakkın ihdasına sebep olmuştur.⁵⁷

Koruma kapsamının niteliğine göre bir ayırım mümkündür. Bu hukuki himaye yolları: izin, veri imtiyazı, tazmin sorumluluğu şeklinde üç kısma ayrılabilir.⁵⁸ TRIPS ve ulusal mevzuatımızdaki hâkim görüş veri imtiyazı olduğu yönündedir. Ülkenizde veri imtiyazı süresi 6 yıldır. Bu süre Sağlık Bakanlığının ruhsatlandırmasından itibaren işlemeye başlar. Kimyasal formüller patent ya da veri imtiyazı yoluyla korunabilmektedir.

Danıştay bir kararında⁵⁹ koruma konusunu ve özelliklerini şöyle özetlemiştir: “*Dünya Ticaret Örgütü Anlaşması Eki Ticaretle Bağlantılı Fikri ve Sinaî Mülkiyet Hakları Anlaşmasının (TRİPS) 39. maddesindeki, ilaç ruhsatlarının alınması sırasında Bakanlığa verilen bilgilerin gizli tutulacağına ilişkin kural; söz konusu türde bilgilerle uğraşan çevrelerde bulunmayan veya bu şahısların kolaylıkla elde edemeyeceği anlamda gizli, ifşa edilmemiş, paylaşma konu olmamış ve gizli olduğu için ticari değeri olan bilgilerin korunmasını amaçlamaktadır. Orijinal ilaç ruhsat başvuruları sırasında verilmesi zorunlu olan farmakolojik ve toksikolojik test sonuçları ve klinik çalışma sonuçlarının bu anlamda gizlilik değeri olduğunda kuşku yoktur.*”

407

Yukarıda anılan kararda bilgilerin gizliliğinden bakanlığın sorumlu olduğu ve imtiyaz süresince ifşa edilemeyeceği anlaşılmaktadır. Veri imtiyazının konu olduğu bir yargılamada bu bilgilerin mahkemece istenilmesi veya taraflarca incelenebilmesi mümkün olup olmayacağı bir takım usuli sorunları gündeme getirmektedir.⁶⁰ Bu sorunların kaynağını TRIPS m.39/III, 551 sayılı KHK m. 83/III ve Beşeri Tıbbi Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği m. 28 oluşturmaktadır. Uygulamada orijinal ilaç üreticileri, verilerle ilgili ticari sırrın ancak orijinal ilaç dolayısıyla olabileceğini, jenerik ilaç firmasının yaptığı ruhsat başvurusuna ilişkin dosyada ticari sır olamayacağını belirterek, kısaltılmış ruhsat başvurularına ait belgelerin aleni olarak ibrazını talep etmektedirler. Jenerik ilaç firmaları ise kendi ruhsat başvurularında da ticari sırrın varlığını ileri sürerek dosyayı ibrazdan kaçınmaktadırlar. Orijinal ilaç üreticilerinin ticari sırda sahip olup, jenerik firmaların buna sahip olmadığını iddia etmenin hak-

⁵⁷ ÇOLAK, Kısaltılmış Ruhsat Başvurularından Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar Ve Veri İmtiyazı Uygulaması, Fikri Mülkiyet Yılı[2009], İstanbul, 2009, s.231-232

⁵⁸ ÇOLAK, a.g.e., s. 234

⁵⁹ Danıştay 10. Dairesi 06.03.2007 tarih, 2004/10375 E., 2007/891 K. Sayılı karar

⁶⁰ ÇOLAK, a.g.e., s. 272

kaniyete uygun olmadığı ileri sürülmüştür.⁶¹ Hemen belirtelim ki, kısaltılmış ruhsat başvurusu yapan şirketin bu başvurusu veri imtiyazını ihlal yoluyla haksız rekabet ya da ifşa anlamı taşımamaktadır.⁶² Yalnızca kanunen verilmiş bir hakkın kullanımı olarak değerlendirilmektedir.

Kanaatimizce de ticari sırrı sadece bir gruba özgülemek yanlış olacaktır. Burada ticari sır niteliğindeki belgelerin sadece hâkime ve yeminli bilirkişiye sunulması gibi usuli çözümler ileri sürülebilir. Orijinal ilaç firmalarının sırf jenerik ilaç firmalarının ticari sırlarını ele geçirmek için yapılan başvuruları engellemek için de iddia eden tarafın tam somutlaştırma yükünü üstlenmesi gerektiği kanaatindeyiz. Böylece davacı taraf, iddialarının kapsamını daraltmak zorunda kalacak dolayısıyla ticari sırrı taşıyan belgelerin tümü ifşa tehlikesinden kurtulacaktır.

SONUÇ

Fikri mülkiyete ilişkin sırların korunması hem hakkın niteliği hem de kimi zaman ifşasında geniş kamu yararı olması sebebiyle çeşitli sorunları beraberinde getirmektedir. Gelişmekte olan ülkemizde fikri haklara ilişkin sırların ifşaya karşı korunmasına ilişkin hükümlerin katı uygulanması, yeniliklerin ortaya çıkmasına mani; küresel firmaların yerel firmalar üzerinde hâkimiyet kurmasına olanak sağlayacak sonuçlar doğurabilir. Bu nedenle koruma sürelerinin indirilmesi yerinde olacaktır.

Fikri ürünlerle ilgili davalarda somutlaştırma yükünün vakıaları ayırt etmeye yeter düzeyden bir adım ileri götürülmesi kanaatimizce mahkemelerin iş yükünü azaltacaktır. Tarafların dinlenilme hakkı ile elde ettiği deliller ve vakıalar üzerindeki hâkimiyeti sırf “sır” nedeniyle tamamen sınırlandırılmamalıdır. Sırların korunması pahasına, hâkimin sürpriz karar verme yasağı⁶³ delinmemelidir.

Uyuşmazlığın çözümünün sırrın ifşasını zorunlu kıldığı hallerde menfaat dengesini her olayda ayrı ayrı göz önüne almak gerekir. Örneğin, ispat yükünü üzerinde taşıyan, belgeyi ibraz ile yükümlü ve ticari sırta sahip taraf için; hukuki dinlenilme hakkından vazgeçerek sır içeren bilgileri ibraz edeceği kabul edilmelidir. İbrazdan sonra gelen delillerin değerlendirilmesi safhasında, ibraz eden tarafın hukuki dinlenilme hakkını kullanamaması nedeniyle uğradığı zarar ile ispat ile yükümlü olduğu vakıaları ispat etmesi alacağı yarar arasında bir denge kurmak mümkündür. Buna

⁶¹ ÇOLAK, a.g.e., s. 274

⁶² Yargıtay 11. HD 23.10.2008 tarih, 2007/3574 E., 2008/11727 K. Sayılı karar

⁶³ Kavram için bakınız: ÖZEKES Muhammet, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 1993, s. 185-186

karşın ispat yükünü üzerinde taşıyan tarafın ticari sır nedeniyle ibrazdan kaçınması karşı tarafın savunma hakkını ciddi biçimde kısıtlar. Zira bu halde iddia bellidir ancak savunma iddia edilen delillere ulaşamamaktadır.

İspat yükünü üzerinde taşımayan, sırra sahip, ibraz yükümlülüğü üzerinde olan taraf açısından böyle bir dengenin kurulması mümkün değildir. Çünkü anılan taraf sırrını ifşa ile hiçbir yarar elde edememektedir. Yalnızca sırrının ifşası tehlikesi ile karşı karşıya kalmaktadır. Şu halde son örnekteki tarafın sırrını ibrazdan kaçınmak için haklı bir sebebinin varlığı kabul edilmelidir. Yukarıda da etraflıca açıklanmaya çalışıldığı üzere ibraz mecburiyeti mutlak değildir. Her vakiya göre ayrı ayrı menfaat değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

ALANGOYA Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakıaların Ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979.

ARSLAN Ramazan, Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.

ATALAY Oğuz, Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.

ATALI Murat, İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanun Taslağı, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi-2005/1.

BECHER-EBERHARD Ekkehard, Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Sınırı, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001.

BENTLY L./ SHERMAN B., Intellectual Property Law, New York, 2004.

BELGESAY Mustafa Reşit, Hukuk Usulü Muhakemeleri Şerhi, İstanbul, 1939.

BİLGE Emin Mehmet, Ticari Sırların Korunması, Ankara, 2005.

ÇETİN Hülya, Patent Haklarının Korunması Bağlamında 2004/48/EC Sayılı Avrupa Parlamentosu Ve Konseyi Direktifi Ve Karşılık Türk Mevzuatı, Fikri Mülkiyet Yıllığı[2009], İstanbul, 2009.

ÇOLAK Uğur, Kısıtlanmış Ruhsat Başvurularından Kaynaklanan Hukuki Uyuşmazlıklar Ve Veri İmtiyazı Uygulaması, Fikri Mülkiyet Yıllığı[2009], İstanbul, 2009.

ERDÖNMEZ Güray, Alman Hukukunda Verilmiş Bazı Mahkeme Kararları Işığında Gizli Yargılama Kavramına Genel Bir Bakış, Haluk Konuralp Anısına Armağan C. I, Ankara, 2009 (Gizli Yargılama).

ERDÖNMEZ Güray, Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, İstanbul, 2010 (İbraz Mecburiyeti).

GAUL F. Hans, Yargılamanın Amacı: Güncelliğini Koruyan bir konu, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001.

GÖKSU Mustafa, Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi-2009/2.

GÜRBÜZ USEL Aşlı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticari Sırrın Korunması, İstanbul, 2009.

HORWITZ/HORWITZ, Intellectual Property Counseling And Litigation Vol. 5, New York, 1998.

KONURALP Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 2009.

KURU Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü C. II, Ankara, 2001 (*Usul*).

KURU Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2007 (*Ders Kitabı*).

İNAL EMREHAN / BAYSAL Başak: Reklam Hukuku ve Uygulaması, İstanbul, 2008.

OK Birsen, Türk Yargılama Hukukunda Senedatın İbrazı Mecburiyeti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ulusal Tez Merkezi Ulaşım Adresi: <http://tez2.yok.gov.tr/>, 2008.

ÖĞÜZ Tufan, Know-How Sözleşmesi, İstanbul, 2001.

ÖZEKES Muhammet, Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 1993 (Dinlenilme).

ÖZEKES Muhammet, FSEK’de İspata İlişkin 76. Maddenin İspat Hukuku Yönünden Değerlendirmesi, Legal Fikri ve Sınai Haklar Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, İstanbul, 2005, s. 78 vd. (Değerlendirme)

PEKCANITEZ Hakan/ATALAY Oğuz/ÖZEKES Muhammet, Medeni Usul Hukuku, Ankara, 2006.

SULUK Cahit/ ORHAN Ali, Uygulamalı Fikri Mülkiyet Hukuku C. II, İstanbul, 2005.

411

TEKİNALP Ünal, Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2005 .

TORAMAN Barış, Fransız Medeni Usul Hukukunda Belgelerin Taraflar Arasında iletilmesi Ve Zorunlu İbrazı, Haluk Konuralp Anısına Armağan C. I, Ankara, 2009.

TURANBOY Asuman, Ticari Sır, Prof. Dr. Tugrul Ansay’ a Armağan, Ankara, 2006.

TUTUMLU Akif Mehmet, Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi, Ankara, 2007.

SCHİLKEN Eberhard, Dava malzemesinin Taraflarca Getirilmesi Ve Hâkimin Rolü, Çev. YILDIRIM Kamil, İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul, 2001.

YASAMAN Hamdi, Marka Hukuku - 556 Sayılı KHK Şerhi C. II, İstanbul, 2004 (Şerh).

YASAMAN Hamdi, Patent Hukukunda Ticari Sırların Korunması, Fikri Mülkiyet Yıllığı[2009], İstanbul, 2009 (Patent).

YILDIRIM Kamil, ALI/UNIDROIT’ nın Uluslararası Medeni Yargılama İlke-
leri, [http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-
unidroitprinciples-turkish.pdf](http://www.unidroit.org/english/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-turkish.pdf).