



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**DOKTORA
TEZİ**

**MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA KİŞİSEL
VERİLERİN VE SIRLARIN KORUNMASI**

SÜMEYYE HİLAL ÜÇÜNCÜ

ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

ARALIK 2018



**MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN VE
SIRLARIN KORUNMASI**

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

**DOKTORA TEZİ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

ARALIK 2018

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ tarafından hazırlanan “Medeni Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ / OY ÇOKLUĞU ile Gazi Üniversitesi Özel Hukuk Anabilim Dalında DOKTORA TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Prof. Dr. Murat ATALI

Özel Hukuk, İstanbul Üniversitesi

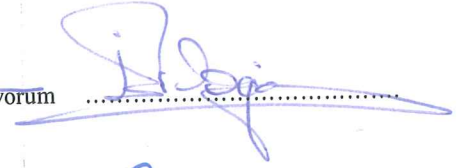
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Başkan : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

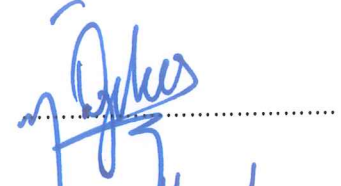
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES

Özel Hukuk, Dokuz Eylül Üniversitesi

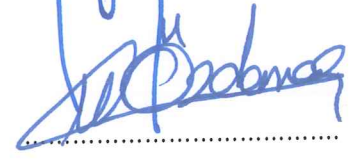
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR

Özel Hukuk, Kırıkkale Üniversitesi

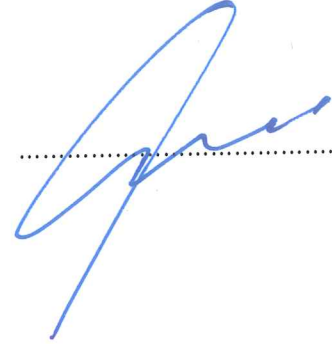
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Üye : Doç. Dr. İbrahim ERMENEK

Özel Hukuk, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Doktora Tezi olduğunu onaylıyorum/onaylamıyorum



Tez Savunma Tarihi: 26.../12.../2018

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Doktora Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Prof. Dr. Figen ZAIĞ

Enstitü Müdürü

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

26.12.2018

MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN VE SIRLARIN
KORUNMASI

(Doktora Tezi)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Aralık 2018

ÖZET

Bu çalışmada medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması konusu kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Öncelikle kişisel veri kavramının tanımı ve unsurları belirlenerek, hangi bilgilerin kişisel veri olarak değerlendirilebileceği tespit edilmiştir. Ardından sır kavramı tanımlanarak, ticarî sır ve meslek sırrı kavramları özel olarak incelenmiştir. Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati ile ilgili bilgiler verilerek, bunların anayasal hal ve ilkeler ile medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerle ilişkisi üzerinde durulmuştur. Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatinin medenî yargılama hukuku çerçevesinde değerlendirilmesi, *tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması, tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması ve üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması* olmak üzere üç ana başlık altında yapılmıştır. Son olarak, medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunmasına ilişkin bazı özel ve bağlantılı durumlar üzerinde durulmuştur. Bu çerçevede, elektronik ortamda, çekişmesiz yargıda, tahkim yargılamasında, arabuluculuk sürecinde ve icra hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması konuları genel hatlarıyla ele alınmıştır.

Bilim Kodu : 51101

Anahtar Kelimeler : Kişisel veri, sır, kişisel verilerin korunması hakkı, sırların korunması menfaati, kapalı yargılama, gizli yargılama, dosya inceleme hakkı, tanıklıktan çekinme hakkı

Sayfa Adedi : 307

Tez Danışmanı : Prof. Dr. Murat ATALI

PROTECTION OF PERSONAL DATA AND SECRETS
IN LAW OF CIVIL PROCEDURE

(Ph. D. Thesis)

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES

December 2018

ABSTRACT

In this study, the subject of protection of personal data and secrets in the law of civil procedure has been investigated in depth and detail. First of all with its definition and its elements the concept of personal data is examined and which information can be regarded as personal data is determined. After that, the concept of secret is defined and specifically the concept of trade secret and professional secret are examined in detail. The information related with the right of protection of personal data and interest of protection of secrets within the framework of the law of civil procedure is provided and also constitutional bases of these rights and interests, and their relationship with the prevailing principles in the law of civil procedure are emphasized. Evaluation of the right of protection of personal data and the interest of protection of secrets within the framework of the law of civil procedure are conducted in three main parts; *protection of personal data and secrets of the parties against third parties, protection of personal data and secrets of the parties against one another and protection of personal data and secrets of third parties*. Finally, some special and association cases related to the protection of personal data and secrets in the law of civil procedure is highlighted. Within this context, protection of personal data and secrets in the processes of electronic system, the non-contentious jurisdiction, the arbitration, the mediation and the execution law are discussed in general terms.

Science Code : 51101

Key Words : Personal data, secret, the right of protection of personal data, the interest of protection of secrets, in camera trial, closed adjudication, the right of reviewing the file, refusal to testify

Page Number : 307

Supervisor : Prof. Dr. Murat ATALI

TEŞEKKÜR

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı'nda hazırlanan “*Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması*” başlıklı bu çalışma, 26 Aralık 2018 tarihinde gerçekleştirilen savunma sonucunda değerli jüri üyeleri Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN, Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES, Sayın Prof. Dr. Murat ATALI, Sayın Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR ve Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK tarafından başarılı bulunarak oybirliği ile doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Tezin yazılması belki de en zor bölümü olan bu teşekkürü, kâfi gelmeyeceği bilinciyle kaleme almaktayım.

Öncelikli teşekkürüm, akademik hayata başladığım ilk günden beri benim için önemli olan her aşamada var olan, doktora tez konumun seçiminden tezin tamamlanmasına kadar olan süreçte de kıymetli tecrübe ve tavsiyelerini benden esirgemeyen, desteğini her zaman yanımda hissettiğim tez danışmanım Sayın Prof. Dr. Murat ATALI içindir. Kıymetli Hocamın emeğinin her daim üzerimde olması en içten temennimdir.

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde 2004 yılı itibarıyla hem lisans hem yüksek lisans hem de doktora döneminde kendisinden dersler aldığım, bununla birlikte yüksek lisans tez danışmanım ve doktora tez savunmamda jüri üyesi olan, yönlendirmeleri bana yeni ufuklar açan ve öğrencisi olmaktan onur duyduğum kıymetli hocam Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a teşekkürü borç bilirim.

Akademik duruşunu, sahip olduğu ilke ve değerleri kendime örnek aldığım kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Muhammet ÖZEKES'e değerli katkı, görüş ve önerileri için teşekkür ederim.

Doktora tez çalışmamı ayrıntılı bir şekilde okuyarak, özellikle ticarî sırların korunması konusunda fikirleriyle bana yol gösteren kıymetli Hocam Prof. Dr. Mehmet ÖZDAMAR'a teşekkürlerimi sunarım.

Doktora tez konumu öneren, çalışmalarımı verimli bir şekilde sürdürebilmem için bana imkânlar sunan, tezimi defalarca okuma zahmetini gösteren, değerli görüş ve önerileriyle çalışmama yön veren, desteğiyle güç bulduğum ve aynı zamanda bir aile büyüğü olarak gördüğüm kıymetli Hocam Sayın Doç. Dr. İbrahim ERMENEK'e minnettarım. Kıymetli Hocam Sayın Dr. Öğr. Üyesi Mustafa GÖKSU'ya sorduğum her soruya sabırla verdiği cevaplar ve değerli tavsiyeleri için teşekkürü borç bilirim.

Bu çalışma, TÜBİTAK Bilim İnsanı Destek Programları Başkanlığı 2214-A Doktora Sırası Araştırma Bursuyla 12 ay boyunca desteklenmiştir. Çalışmanın nitelikli bir şekilde sürdürülmesi ve tamamlanmasında Almanya Justus Liebig Üniversitesi Hukuk Fakültesi kütüphanesinden faydalanılarak karşılaştırmalı hukuk literatürünün taranmasının katkısı büyüktür. Bu vesileyle TÜBİTAK Bilim İnsanı Destekleme Programları Başkanlığına, bana kürsüsünde ve kütüphanede özel çalışma alanları sağlayan, akademik ve sosyal etkinliklere davet etme nezaketi gösteren, ilgisini ve yardımını hiçbir zaman esirgemeyen, Türkiye'ye döndükten sonraki süreçte de çalışmalarımın gidişatını takip eden kıymetli Hocam Sayın Prof. Dr. Jens ADOLPHSEN'e ve başta Lena BERG olmak üzere kürsü arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Almanya'da geçirdiğim bir yıllık süre, doktora tez çalışmalarına sağladığı faydanın yanında, hayatıma güzel insanların girmesine de vesile oldu. Gießen'e gittiğim ilk gün itibariyle beni adeta ikinci ebeveynlerim olarak benimseyen cânım cânânım Arş. Gör. Canan ERDOĞAN'a ve kıymetli kardeşim Doç. Dr. Ersin ERDOĞAN'a, Canan ve Ersin yurda döndükten sonra bayrağı devralarak oradaki son gününe kadar yanımda olan değerli arkadaşım Arş. Gör. Dr. Orhan Emre KONURALP'e ve sevgili Arş. Gör. Ayşen ÇİLENTİ KONURALP'e, O'nun bendeki kıymetini kelimelerimle tarif edemeyeceğim, birlikte geçirdiğimiz zamanları tebessümle özlediğim Hocam Sayın Doç. Dr. Mine AKKAN'a ve değerli eşi Sayın Turgut AKKAN'a teşekkür ederim.

Kâdim dostlarım Arş. Gör. Ülkü Neslihan AKTAŞ ve Arş. Gör. Aysema Pelin ŞAŞMAZ'a her zaman yanımda oldukları için kalpten teşekkür ederim.

Hukukumuz uygulamasında konunun ne şekilde ele alındığı hakkında verdiği bilgiler ve katkıları için Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Üyesi Sayın Levent YAVUZ'a ve değerli yardımları için önce öğrencim sonra dostum olan Yargıtay 12. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi Sayın Fuldem İlayda KARAASLAN'a teşekkürü borç bilirim.

Eski adıyla Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, yeni adıyla Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku kürsüsünün mensubu olan kıymetli çalışma arkadaşlarımdan her birine teşekkür ederim. Tezin teslimi sürecindeki yardımlarından dolayı Arş. Gör. Betül AZAKLI ARSLAN'a ayrıca şükranlarımı sunarım.

Teşekkürlerimin en büyüğünü aileme saklıyorum. Doktora tezinin ortak emek ve fedakârlık eseri olduğunu 2016 yılında anne olduktan sonra çalışmalarına devam ederken anladım. Onların desteği olmasaydı, bu süreci yönetmem mümkün olamazdı. Yoğun çalışma

tempolarına rağmen bir kez bile şikâyet etmeden akşamları ben çalışırken oğlum Metehan ile ilgilenen üç kahramanım var. Akademik hayata yönelmemde büyük katkısı olan, annelik sürecinde veya tez çalışmalarımda eksik hissettiğim her an olumlu telkinleriyle beni rahatlatan, O'nun kadar idealist, yardımsever ve anne olabilmeyi başarmayı umduğum canım annem Dr. Nural YILDIRIM'a, tezimi teslim ettiğim tarihe kadar hemen her akşam oğlumu evimizden alan ve onun en sevdiği oyun arkadaşı olan, çalışkanlığını her zaman örnek aldığım, duasını ve desteğini hiçbir zaman eksik etmeyen canım babam Muhsin YILDIRIM'a, hayat arkadaşı olmanın anlamını hoşgörüsü, özverisi ve sabrıyla bana gösteren, hayata yetişemediğim her anda elimden tutup beni yüreklendiren, bir ön yargı olarak kadına yüklenen çocuk bakımı ve evin idamesi ile ilgili işleri hiçbir beis görmeden üstlenen, geceleri tez yazarken yalnız kalmayayım diye bu süreçte makaleler yazarak sadece iyi günde kötü günde değil, doktora tezi yazım sürecinde de birlikte olunabileceğini kanıtlayan sevgili eşim Av. Muhammet Kürşat ÜÇÜNCÜ'ye sonsuz müteşekkirim. Ayrıca oğlumun gündüz bakımını üstlenen Hamma'mız Hamiyet KÖKNER'e aklımı evde bırakmadığı, oğlumu çok sevip sahiplendiği ve yetişmesine katkı sağladığı için içtenlikle teşekkür ederim.

Ve oğlum Metehan... Hayatımın en güzel anlarından biri, savunma sonrası bana koşarak çiçek getirmendi. O an benim için verdiğim emeklerin en anlamlı karşılığıydı. Seni çok seviyorum.

Sümeyye Hilal ÜÇÜNCÜ

ANKARA 2018

İÇİNDEKİLER

	Sayfa
ÖZET	iv
ABSTRACT.....	v
TEŞEKKÜR.....	vi
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR.....	xvi
1. GİRİŞ.....	1
2. KİŞİSEL VERİ VE SIR KAVRAMI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI VE SIRLARIN KORUNMASI MENFAATİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	3
2.1. Kişisel Veri ve Sır Kavramları.....	3
2.1.1. Kişisel Veri Kavramı Hakkında Temel Bilgiler.....	3
2.1.1.1. Kişisel Veri Tanımı.....	3
2.1.1.2. Kişisel Verinin Unsurları	5
2.1.1.2.1. Bilgi.....	5
2.1.1.2.2. Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Kişi	6
2.1.1.2.3. Bilginin Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Kişiye İlişkin Olması.....	9
2.1.1.3. Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin Yeri	10
2.1.1.4. Hassas Kişisel Veri Kavramı	11
2.1.1.4.1. Hassas Kişisel Verinin Tanımı ve Türleri.....	11
2.1.1.4.2. Hassas Kişisel Verilerin İşlenebileceği Hallerden Biri: Yargılama Sırasında Hassas Kişisel Verilerin İşlenebilmesi	13
2.1.2. Sır Kavramı İle İlgili Temel Bilgiler.....	14
2.1.2.1. Genel Olarak	14
2.1.2.2. Ticarî Sır	17
2.1.2.3. Meslek Sırrı.....	25
2.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı	25

Sayfa

2.2.1. Genel Olarak	25
2.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Hukukî Niteliği	26
2.2.2.1. Ekonomik Hak Yaklaşımı	27
2.2.2.1.1. Mülkiyet Hakkı Görüşü	28
2.2.2.1.2. Fikrî Mülkiyet Hakkı Görüşü	29
2.2.2.2. Temel İnsan Hakkı Yaklaşımı	29
2.2.2.3. Değerlendirme	30
2.3. Sırların Korunması Menfaati	32
2.4. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatinin Bazı Anayasal Hak ve İlkelerle İlişkisi	34
2.4.1. Hukukî Güvenlik İlkesi	34
2.4.2. Adil Yargılanma Hakkı	36
2.4.3. İnsan Onuru ile Kişiliğin Serbestçe Geliştirilmesi Hakkı Kapsamında Bilginin Geleceğinin Belirlenmesi Hakkı	38
2.4.4. Konut Dokunulmazlığı	41
2.4.5. Özel Hayatın Gizliliği	46
2.4.6. Haberleşme Hürriyeti	50
2.4.7. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti	53
2.4.7.1. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyetinin Bir Görünümü Olarak Basın Hürriyeti	54
2.4.7.1.1. Genel Olarak	54
2.4.7.1.2. Medya Aleniyeti - Dolaylı Aleniyet Kavramları ve Bu Kavramların Kişisel Verilerin Korunması Hakkıyla İlişkisi	56
2.4.7.1.3. Yargılama Sırasında Kayıt Yapılması ve Bunların Kitle İletişim Araçları Vasıtasıyla Yayınlanması Meselesi	59
2.4.8. Din ve Vicdan Hürriyeti	64
2.4.9. Bilgi Edinme Hürriyeti	65
2.5. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Düzenlemeler	68

Sayfa

2.5.1. Kişisel Verilerin Korunması Hakk ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Uluslararası Düzenlemeler	68
2.5.1.1. BM Düzenlemeleri.....	69
2.5.1.2. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri.....	70
2.5.1.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	70
2.5.1.2.2. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Sözleşme	71
2.5.1.3. OECD Rehber İlkeleri.....	72
2.5.1.4. TRIPS.....	73
2.5.1.5. Avrupa Birliği Düzenlemeleri.....	73
2.5.1.5.1. Genel Olarak	73
2.5.1.5.2. AB Temel Haklar Şartı	74
2.5.1.5.3. 95/ 46/ EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafğine İlişkin Direktif.....	75
2.5.1.5.4. 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü.....	75
2.5.1.5.5. 2004/ 48/ EC sayılı Sınaî Hakların Korunmasına Dair Direktif.....	77
2.5.1.5.6. 2016/ 943/ EC sayılı Gizli Know-How ve Gizli Ticarî Bilgilerin (Ticarî Sırların) Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesi, Kullanılması ve Açıklanmasına Karşı Korunmasına Dair Direktif	79
2.5.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Ulusal Düzenlemeler	82
2.5.2.1. Anayasa.....	82
2.5.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu.....	82
2.5.2.3. Hukuk Muhakemeleri Kanunu.....	84
2.5.2.4. Diğer Kanunlar.....	85
2.5.2.4.1. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu.....	85
2.5.2.4.2. Bilgi Edinme Kanunu	86
2.5.2.4.3. Elektronik İmza Kanunu	86
2.5.2.4.4. Devlet Memurları Kanunu	87

Sayfa

2.5.2.4.5. Avukatlık Kanunu	87
2.5.2.4.6. Sinaî Mülkiyet Kanunu	88
2.6. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ile Sırların Korunması Menfaatinin Medenî Yargılama Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi	89
2.6.1. Tasarruf İlkesi ve Taraflarca Getirilme İlkesi	89
2.6.2. Hukukî Dinlenilme Hakkı	93
2.6.2.1. Hukukî Dinlenilme Hakkının Anlamı ve Önemi	93
2.6.2.2. Hukukî Dinlenilme Hakkına Müdahale Edilmesi	96
2.6.2.2.1. Hukukî Dinlenilme Hakkının Sınırlanmayacağı Görüşü	99
2.6.2.2.2. Hukukî Dinlenilme Hakkının Sınırlanabileceği Görüşü	103
2.6.2.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi	111
2.6.3. Aleniyet ilkesi	115
2.6.3.1. Genel Olarak	115
2.6.3.2. Aleniyet İlkesinin Yargılamaya Olumlu ve Olumsuz Yansımaları	117
2.6.4. Doğrudanlık İlkesi ve Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi	118
2.6.5. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi	119
2.6.6. Tarafların Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevi	122
3. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TARAFLARIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN VE SIRLARININ KORUNMASI İÇİN BAŞVURULABİLECEK İMKÂNLAR	129
3.1. Medenî Yargılama Hukukunda Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması	129
3.1.1. Genel Olarak	129
3.1.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması ..	129
3.1.2.1. Genel Olarak	129
3.1.2.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması Amacıyla Aleniyetin Kaldırılması	130
3.1.2.2.1. Duruşma Aleniyetinin Kaldırılması: Gizli Yargılama	130

Sayfa

3.1.2.2.2. Hükümün Tefhiminin Aleniyetinin Kaldırılması.....	142
3.1.2.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması Amacıyla İlgili Üçüncü Kişilerin Dava Dosyasını İnceleme Haklarının Sınırlandırılması .	145
3.1.2.3.1. Alman Hukukunda Durum.....	146
3.1.2.3.2. İsviçre Hukukunda Durum.....	147
3.1.2.3.3. Avusturya Hukukunda Durum.....	148
3.1.2.3.4. Türk Hukukunda Durum.....	149
3.1.2.3.5. Değerlendirme.....	151
3.1.2.4. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Mahkeme Kararının Yayımlanmasında Korunması.....	155
3.1.2.4.1. Alman Hukukunda Durum.....	156
3.1.2.4.2. Türk Hukukunda Durum.....	160
3.1.2.4.3. Değerlendirme.....	163
3.1.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması	166
3.1.3.1. Genel Olarak	166
3.1.3.2. Mutlak Koruma Sağlanması	167
3.1.3.2.1. Genel Olarak	167
3.1.3.2.2. Mutlak Koruma Sağlanmasına İlişkin Görüşler	167
3.1.3.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	169
3.1.3.3. Nispî Koruma Sağlanması	173
3.1.3.3.1. Yargılama Öncesi Aşamada Nispî Koruma Sağlanması	174
3.1.3.3.2. Yargılama Sırasında Nispî Koruma Sağlanması: Kapalı Yargılama.	186
3.2. Medenî Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması	230
3.2.1. Genel Olarak	230
3.2.2. Taraflardan Her İkisinin de Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılama.....	230
3.2.3. Üçüncü Kişinin Tanıklıktan Çekinme Hakkı	231

Sayfa

3.2.3.1. Tanıklık Yapma Yükümlülüğü ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı İle İlgili Genel Bilgi	231
3.2.3.2. Tanıklıktan Çekinme Nedenleri	232
3.2.3.2.1. Kişisel Nedenlerle Tanıklıktan Çekinme	232
3.2.3.2.2. Sır Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme	233
3.2.3.2.3. Menfaat İhlâl Tehlikesi Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme	237
3.2.3.3. Tanıklıktan Çekinme Usulü	239
3.2.4. Üçüncü Kişinin Sırlarının Taraflarca Yargılamaya Getirilmesi	239
3.2.5. Üçüncü Kişinin Dava Dosyasına Giren Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması	241
4. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN VE SIRLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL VE BAĞLANTILI DURUMLAR	243
4.1. Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması	243
4.2. Çekişmesiz Yargıda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması	247
4.2.1. Genel Olarak	247
4.2.2. İlgililerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması	248
4.2.2.1. Alman Hukukunda Durum	248
4.2.2.2. Avusturya Hukukunda Durum	249
4.2.2.3. Türk Hukukunda Durum	250
4.2.2.4. Değerlendirme	250
4.2.3. İlgililerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması	251
4.3. Tahkim Yargılamasında Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması	253
4.3.1. Genel Olarak	253
4.3.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması	254
4.3.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması	255
4.3.3.1. Metinlerin Karartılması ve Kısıtlamalar Yapılması	256

Sayfa

4.3.3.2. Somutlaştırma Yükünün Hafifletilmesi	256
4.3.3.3. Teminat Alınması.....	257
4.3.3.4. Sır Saklama Şartı/ Sözleşmesi Yapılması	258
4.3.3.5. Tarafların Hukukî Dinlenilme Haklarından Önceden Vazgeçmeleri	258
4.3.3.6. Taraf Aleniyetinin Sınırlandırılması	259
4.3.3.6.1. Taraflardan Biriyle Özel Oturum Yapılması: Caucusing	259
4.3.3.6.2. Kapalı Yargılama	260
4.4. Arabuluculuk Sürecinde Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması	262
4.4.1. Genel Olarak	262
4.4.2. Arabuluculukta Gizlilik	263
4.4.2.1. Genel Olarak	263
4.4.2.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması: Dış İlişkide Gizlilik	264
4.4.2.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması: İç İlişkide Gizlilik.....	264
4.5. İcra Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması.....	266
4.5.1. Genel Olarak	266
4.5.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması..	267
4.5.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması	270
5. SONUÇ	275
KAYNAKLAR	285
ÖZGEÇMİŞ	307

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

Kısaltmalar

Açıklamalar

AB	Avrupa Birliği
ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Absatz
ABTHŞ	Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AktG	Aktiengesetz
Ana. Mah.	Anayasa Mahkemesi
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
Aşa.	Aşağıda
AußStrG	Außerstreitgesetz
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Av. K.	Avukatlık Kanunu
AYD	Anayasa Yargısı Dergisi
B. No.	Başvuru Numarası
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGE	Schweizerische Bundesgerichtsentscheidung
BGG	Bundesgerichtsgesetz

Kısaltmalar**Açıklamalar**

BGH	Bundesgerichtshof
BM	Birleşmiş Milletler
BTÜRuhsYön	Beşerî Tıbbî Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği
Buchst.	Buchstabe
BVerG	Bundesverfassungsgericht
BVerGE	Bundesverfassungsgericht Entscheidung
BT	Deutscher Bundestag
C.	Cilt
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CR	Computer und Recht
Çev.	Çeviren
DB	Der Betrieb
DEÜHFD	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DGVZ	Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung
dp.	Dipnot
DSG 2000	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
E.	Esas
EC	European Commission
EÜHFD	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EO	Exekutionsordnung
E.T.	Erişim Tarihi
FRCF	Federal Rules of Civil Procedure
FS	Festschrift
FSHD	Fikrî ve Sinaî Haklar Dergisi
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GOG	Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht

Kısaltmalar**Açıklamalar**

GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
H.	Heft
HD	Hukuk Dairesi
HGB	Handelsgesetzbuch
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
IFG	Informationsfreiheitsgesetz
InstGE	Entscheidungen der Instanzgerichte zum Recht des geistigen Eigentums
İBD	İzmir Barosu Dergisi
İBGK	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İÜHFM	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İnÜHFD	İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İTİCÜSBD	İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
JZ	Juristen Zeitung
jZPO	Die japanische Zivilprozessordnung
K.	Karar
KG	Kammergericht
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
LG	Landesgericht
md.	Madde
M.Ö.	Milattan önce
MİHBİR	Türk Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MüKoZPO	Münchener Kommentar ZPO
MÜHFD	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHF-HAD	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht

Kısaltmalar**Açıklamalar**

No.	Numara
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OECD	Ekonomik Kalkınma ve İşbirliği Örgütü
OLG	Oberlandesgericht
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
öZPO	Die Österreichische Zivilprozessordnung
PatG	Patentgesetz
RAO	Rechtsanwaltsordnung
Rn.	Randnummer
s.	Sayfa
S.	Satz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren
SchKG	Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs
SDÜHFD	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.E.T.	Son Erişim Tarihi
SMK	Sınaî Mülkiyet Kanunu
SpruchG	Gesetz über das gesellschaftliche Spruchverfahren
StGB	Strafgesetzbuch
sStGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch
Sy.	Sayı
sZPO	Die Schweizerische Zivilprozessordnung
T.	Tarih
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TCK	Türk Ceza Kanunu
TRIPS	Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması
UWG	Unlauterer Wettbewerb-Gesetz
v.	versus
vd.	ve devamı

Kısaltmalar**Açıklamalar**

Y.	Yıl
Yar.	Yargıtay
YKD	Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk.	Yukarıda
ZPO	Zivilprozessordnung
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess



1. GİRİŞ

Bireylerin kişilik haklarının yargılama sürecinde de korunması gerekir. Yargılamanın süjesi haline gelen birey, kişilik hak ve alanlarının bu süreçte korunacağına güven duyabilmelidir. Söz konusu güven ortamı ise, bireylerin kişilik haklarının korunmasına yönelik yargılama hukukuna özgü tedbirlerin kanunî düzenlemelerle alınması halinde oluşur.

Kişilik hakkının bir parçası ve temel insan hakkı olarak kişisel verilerin korunması hakkının ve bunun dışında sırların korunması menfaatinin yargılama sırasında hangi usuller çerçevesinde teminat altına alınacağı, genellikle ceza ve ceza usul hukukçuları tarafından ele alınan bir konu olmuştur. Ceza usul hukuku, devletin suç isnat edilen kişiye karşı zor kullanarak soruşturma ve tahkikat yapma usulünü düzenlediği için, konu öncelikli olarak bu alanda dikkat çekmiştir. Nitekim ceza usul hukuku kapsamında, sadece şüphe halinde dahi, kişinin iletişiminin denetlenmesi, teknik araçlar vasıtasıyla izlenmesi (teknik takip), vücut muayenesi ve vücudundan örnek alınması, kendisi, kişisel eşyaları, konutu, işyeri gibi özel alanlarında arama yapılması ve arama sonucunda kişisel eşyalarına el konulması yönünde tedbir kararları alınabilmektedir. Söz konusu hukukî yolların, kişinin hürriyet ve mülkiyet hakkının ihlâli yanında, kişisel verilerinin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliğinin ihlâli tehlikesini ortaya çıkarması mümkündür. Bu sebeple konuya ceza yargılamasında diğer yargılama usullerine nazaran daha fazla önem atfedilmesi doğaldır.

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunmasına ilişkin tartışmalar ise, son yıllarda yoğunlaşmıştır. Özellikle yaşanan teknolojik gelişmeler sebebiyle kişisel verilere ve sırlara ulaşmak ve özel hayat alanlarına müdahale etmek daha kolay hale geldiğinden, bireylerin medenî yargılama esnasında korunmaları ihtiyacı daha fazla ortaya çıkmış ve bu alana dikkatleri çekmiştir. Nitekim medenî yargılamada da, yargılama öncesinde, yargılama sırasında ve yargılama sonrasında kişisel verilerin ve sırların ortaya çıkması (ifşası) tehlikesi doğabilir. Bu durumda kişisel verilere ve sırlara hangi usul ve esaslarla koruma sağlanabileceği ise, hukukumuz bakımından hala cevap bekleyen bir sorudur. Güncel ve çok yönlü bir konu olan medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması, bu çalışmada ayrıntılı olarak ele alınmaktadır.

Çalışmanın birinci bölümünde (2 ile numaralandırılmış ana başlığında), kişisel veri kavramı ve sır kavramı ile ve kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatine ilişkin genel bilgiler verilmektedir. Bu kapsamda, öncelikle kişisel verinin tanımı

yapılarak, unsurları, hassas kişisel veri kavramı ve kişisel verilerin medenî yargılama hukukundaki yeri belirlenmektedir. Ardından sır kavramı hakkında temel bilgiler verilerek, özellikle ticarî sır ve meslek sırrı hakkında açıklamalar yapılmaktadır. Daha sonra kişisel verilerin korunması hakkı incelenip hukukî niteliği belirlenmektedir. Sırların korunması menfaatine ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra, kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatinin bazı anayasal hak ve ilkelerle ilişkisi, kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatine ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve bunların medenî yargılamaya hâkim olan ilkelerle ilişkisi ele alınmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümünde (3 ile numaralandırılmış ana başlığında), tarafların ve üçüncü kişilerin kişisel veri ve sırlarının korunması için başvurulabilecek imkânlar incelenmektedir. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması konusu da kişisel verilerin ve sırların üçüncü kişilere ve tarafların birbirlerine karşı korunması olmak üzere ikiye ayrılarak ele alınmaktadır. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması kapsamında, aleniyetin kaldırılması, ilgili üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme haklarının sınırlandırılması ve mahkeme kararının yayımlanmasında kişisel verilerin ve sırların korunması üzerinde durulmaktadır. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması bakımından ise, mutlak ve nispî koruma imkânları tartışılmaktadır. Nispî koruma imkânlarının yargılama öncesi aşamada ve yargılama sırasında uygulanabilirliği tespit edilerek ve özellikle *kapalı yargılama (in camera verfahren)* hakkında bilgiler verilmektedir. Medenî yargılama hukukunda üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması bağlamında, taraflardan her ikisinin de dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılıp yapılamayacağı belirlendikten sonra, üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkı, üçüncü kişinin sırlarının taraflarca yargılamaya getirilmesi ve üçüncü kişinin dava dosyasına giren kişisel verilerinin korunması konuları açıklanmaktadır.

Çalışmanın üçüncü ve son bölümünde (4 ile numaralandırılmış ana başlığında) ise, medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunmasına ilişkin bazı özel ve bağlantılı durumlar hakkında değerlendirmeler yapılmaktadır. Bu çerçevede, elektronik ortamda kişisel verilerin korunması, çekişmesiz yargıda kişisel verilerin ve sırların korunması, tahkim yargılamasında kişisel verilerin ve sırların korunması, arabuluculuk sürecinde kişisel verilerin ve sırların korunması ve icra hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması hakkında temel bilgiler verilmektedir.

2. KİŞİSEL VERİ VE SIR KAVRAMI İLE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI VE SIRLARIN KORUNMASI MENFAATİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

2.1. Kişisel Veri ve Sır Kavramları

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların hangi usul ve esaslar çerçevesinde korunacağını doğru bir şekilde tespit edilebilmesi için, öncelikle bu kavramlardan ne anlaşılması gerektiği belirlenmelidir. Bu kapsamda öncelikle kişisel veri kavramı, ardından ise sır kavramı hakkında temel bilgiler verilmesi gerekir. Buna bağlı olarak, kişisel verilerin korunması hakkı ile sırların korunması menfaatinin anayasal hak ve ilkeler ile ilişkisi, bunların korunmasına yönelik bazı önemli uluslararası ve ulusal düzenlemeler ile bu hakların medenî yargılama hukukuna hâkim olan bazı temel ilkelerle ilişkisi ortaya konulmalıdır.

2.1.1. Kişisel Veri Kavramı Hakkında Temel Bilgiler

2.1.1.1. Kişisel Veri Tanımı

Kişisel verinin tanımı yapılmadan önce, *veri* kavramından ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmalıdır. Sözlük anlamı itibarıyla veri¹, “*bilgi – data*” ve “*olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi*” şeklinde tanımlanmaktadır.

Kişisel verinin tanımı konuya ilişkin olan çeşitli düzenlemelerde de yapılmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 3’üncü maddesinin d bendine göre kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin türlü bilgi*”dir. Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 3’üncü maddesinin h bendinde ise kişisel veri tanımı, “*belirli veya kimliği*

¹http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.558a8b0de1ada8.53123883, E.T., 24.02.2015. Veri kavramı çeşitli kaynaklarda, “*bilginin bilgisayarda kullanılabilecek veya işlenebilecek sayısal birimlerde gösterilmiş hali* (bu yönde bkznz. KAYA, Mehmet Bedii; Teknik ve Hukukî Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, İstanbul 2010, s. 5)” ve “*sonuç çıkarılabilecek olgular, bilgiler sayılar* (bu yönde bkznz. TEKİNALP, Ünal; Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012, s. 140)” olarak nitelendirilse de, verinin sadece elektronik veri (konu ile ilgili bkznz. ERTURGUT, Mine; Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004, s. 29 vd.; GÖKSU, Mustafa; Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, s. 12 vd.; ÖZBEK, Veli Özer; “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İÜHF, C. LIX, Sy. 1-2, Y. 2001, s. 197) veya bilgisayar verisi (tanım için bkznz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem24/yil01/ss380.pdf>, Erişim Tarihi, 30.02.2015) olarak algılanması, kişisel verilerin korunması alanını önemli ölçüde daraltır.

belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgiler” olarak yapılmıştır. Avrupa Birliği’nin 95/ 46/ EC sayılı Direktifi’nin 2/ a maddesinde, “*belirli ya da kimliği belirlenebilir gerçek kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü bilgi*” olarak ifade edilen kişisel veri, Mayıs 2018 tarihinde 95/ 46 / EC sayılı Direktif ile üye devletlerin ulusal veri koruma kanunlarını yürürlükten kaldırarak üye devletlerin tümünde doğrudan uygulanmaya başlanan 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 4’üncü maddesinde de aynı şekilde tanımlanmıştır. OECD’ nin 1980 yılından yayınlanan Tavsiye Kararı’nın 1/ b maddesinde kişisel veri tanımı, “*belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler*” şeklinde yapılmıştır. Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ne göre kişisel veri, “*kimliği belirtilen ya da belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade eder*”. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak verilen kararlarda, kişisel verilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8’inci maddesiyle güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında değerlendirildiği görülmektedir².

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ve uygulamada genel kabul gören tanıma göre kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin olan her türlü bilgidir³. Kişisel veri kavramından kişinin maddî ve manevî varlığına ilişkin tüm unsurların anlaşılması gerekir. Belirli veya belirlenebilir bir kimsenin kimliği, fiziksel özellikleri, sağlık durumu, etnik kökeni, dinî inancı, siyasî görüşü, genetik verileri, öğrenim ve istihdam durumu, adresi, banka bilgileri, sosyal yaşamı, alışveriş alışkanlıkları, telefon görüşmeleri ve mesajlaşmaları, sosyal medya sitelerinde yer alan bilgileri gibi geniş bir yelpazeyi oluşturan bilgilerin tümü, kişisel veri olarak nitelendirilir.

² Bu yönde bkznz. AİHM’nin 07.07.2015 tarih, 28005/12 Başvuru Sayılı M.N. ve Diğerleri/ San Marino Kararı, “...Banka evraklarından elde edilen bilgiler, hassas bilgiler veya mesleki işlemlerle ilgili bilgiler olup olmadığına bakılmaksızın, kişisel veri niteliği taşımaktadır. Ayrıca, kopyalama işlemi, orijinalinin yerinde olup olmadığına bakılmaksızın, verilerin alınması ve dolayısıyla verilere el konulması anlamına gelmektedir. Bu nedenle, birinci başvuranın banka bilgilerinin yetkililerce kopyalanması ve ardından saklanması, başvuranın özel hayatına ve yazışmasına saygı hakkına müdahale edildiği anlamına gelmektedir...” (http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-168485, E.T. 16.03.2017).

³ Doktrinde yapılan kişisel veri tanımları için bkznz. ÖZDEMİR, Hayrunnisa; Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009, s. 123 vd; AKSOY, Hüseyin Can; Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 1 vd; HENKOĞLU, Türkay; Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2015, s. 27 vd; TAŞTAN, Furkan Güven; Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 29 vd; BEYTAR, Erbil; İçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, İstanbul 2017, 48 vd; GÜRSEL, İlke; İçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016, s. 5 vd.

2.1.1.2. Kişisel Verinin Unsurları

Kişisel veri tanımından hareketle, kişisel verinin *bilgi, kimliği belirli veya belirlenebilir kişi ve bilginin kimliği belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkin olması* olmak üzere üç temel unsurdan oluştuğu söylenebilir⁴.

Medenî yargılamaya konu olan bilginin kişisel veri sayılıp sayılamayacağı, işaret ettiğimiz unsurları aynı anda barındırıp barındırmadığına bakılarak belirlenebilir. Bu sebeple, öncelikle kişisel verinin unsurlarının ayrıntılı olarak ele alınıp incelenmesi gerekir.

2.1.1.2.1. Bilgi

Bilgi, kişisel verinin ilk unsurudur⁵. Belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin olan objektif veya sübjektif nitelikli her türlü bilgi, içeriğinden bağımsız olarak kişisel verinin unsuru oluşturur⁶.

Bilginin alenî ya da gizli olması, kişisel veri sayılması bakımından önem arz etmez⁷. Bu çerçevede kişinin ad-soyadı, fiziksel özellikleri, arabasının plakası gibi alenî bilgileri de; kredi kartı veya elektronik posta adresinin şifresi, kişisel sırları gibi gizli bilgileri de kişisel

⁴ Kişisel veri kavramının kapsamının çok geniş olması sebebiyle ortaya çıkabilecek karışıklıkların önüne geçilebilmesi için, 95/ 46/ EC sayılı Direktif'in 29'uncu maddesi gereğince bağımsız bir danışma kurulu olarak kurulan Working Party tarafından, kişisel veri tanımı ve unsurları hakkında ayrıntılı bilgi veren, kişisel veri kavramı başlıklı bir rapor hazırlanmıştır. Söz konusu rapor için bkz. ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY; Opinion 4/ 2007 on the concept of personal data, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, E.T. 08.03.2015. Mayıs 2018 itibarıyla 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün 68'inci maddesiyle kurulan Avrupa Veri Koruma Kurulu, 94/ 2 maddesi gereğince Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubunun yerini almıştır.

⁵ Veri, bir ya da birden çok amaca ulaşmak için bir dizi olguyu temsil eden insanî bir ürün halinde geldiğinde enformasyon halini alır. Diğer bir ifadeyle, verinin kullanılmasıyla enformasyon oluşur. “*İnsan aklının erebileceği olgu, gerçek ve ilkelerin bütünü*” olarak tanımlanan bilgi, terim anlamı itibarıyla, “*bilgi işlemede kullanılan uzlaşım kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam*” olarak ifade edilir (Tanımlar için bkz.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59144e5c14c2a4.73000327,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59144e5c14c2a4.73000327, E.T., 24.02.2015). Birey, enformasyon haline dönüşen veriye anlam vererek edindiği bilginin yardımıyla, güncel ve olası kararlar alma yetkinliğine ulaşır. Bu açıklamalardan hareketle, veri enformasyonun, enformasyon da bilginin hammadde olarak nitelendirilebilir. Nitekim, veri işlenmemiş bilgidir ve verinin değerlendirilmesiyle bilgiye ulaşılır. Veri, enformasyon ve bilgi kavramları arasındaki ilişki doktrinde tartışmalıdır. Söz konusu kavramların birbirinden farklı anlamlarda olduğu kabul edilmekle birlikte, birçok tanıma sahip olmaları ve ayırt edilmelerinin güç olması sebebiyle kişisel verilerin korunması kapsamında birbirlerinin yerine geçer şekilde kullanılmakta olduklarını belirtmek gerekir. Konu ile ilgili bkz. AKGÜL, Aydın; Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014, s. 10; AKSOY, s. 11; AYÖZGER, Çiğdem, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2016, s. 7; HENKOĞLU, s. 27 vd; KÜZECİ, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2010, s.11; PLACZEK, Thomas; Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, Hamburg 2006, s. 27.

⁶ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 6.

⁷ AKSOY, s. 14; ARTICLE 29 DATA PROTECTION PARTY, s. 6; BEYTAR, s. 51.

veridir. Bunun gibi, bilginin nesnel ya da öznel nitelikte olması, biçimi, saklanma şekli ve işlenme yöntemi veri olarak değerlendirilmesi bakımından herhangi bir farklılık yaratmaz⁸. Örneğin, kişinin hem kan testi sonuçları gibi nesnel bilgileri hem de karakterine ilişkin olarak toplumda yarattığı kanı gibi öznel bilgileri kişisel veri niteliğindedir. Veri, biçimsel olarak alfabetik, sayısal, çizgisel, akustik ya da fotografik olabilir. Kâğıt üzerinde, elektronik ortamda veya bilgisayar ortamında saklanabilir. Diğer şartları taşıması halinde bilginin gerçek olması ve doğruluğunun ispatlanması da, veri olarak kabul edilmesi için gerekli değildir⁹. Bu bağlamda, yargılamaya dâhil olan bireylerin özel ve aile hayatlarına, iş hayatlarına, ekonomik ve sosyal hayatlarına ilişkin bütün bilgileri, diğer iki unsuru da barındırması halinde kişisel veri sayılır.

2.1.1.2.2. Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Kişi

Kişisel verinin ikinci unsuru, bilginin kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişiye ait olmasıdır. Veri, kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi ile ilişkilendirilemiyorsa, kişisel veri kapsamında değerlendirilemez¹⁰. Kimliği belirli olmaktan maksat, o kişinin bulunduğu topluluktaki diğer kişilerden ayırt edilebilir olması iken; belirlenebilir olmak, kişinin henüz ayırt edilmemiş olmakla birlikte, ayırt edilebilmesinin mümkün olması halidir¹¹.

Kişisel veya maddî ilişkiler hakkındaki veriler, belirli bir kişi ile doğrudan doğruya ilişkilendirilebiliyor ise, kimliği belirli bir kimsenin kişisel verisi olarak nitelendirilir¹². Veri, ek bilgiler veya zamansal, kişisel, maddî çaba ve imkânlar kullanılarak belirlenebilir bir kişi ile ilişkilendirilebiliyorsa, kimliği belirlenebilir bir kimsenin kişisel verisinin varlığından bahsedilir¹³. Kişi, kimlik numarası vasıtasıyla ya da fizyolojik, psikolojik, ekonomik, kültürel veya sosyal özellikleriyle belirli veya belirlenebilir olabilir¹⁴. Nitekim 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde bir kişinin belirli veya belirlenebilir olması, kişinin özellikle isim, kimlik numarası, yer bilgisi, çevrimiçi tanımlayıcı gibi belirleyiciler yardımıyla ya da fizikî, fizyolojik, genetik, mental, ekonomik, kültürel ve sosyal kimliğine

⁸ AKGÜL, s. 13; AKSOY, 14-16; AYGÖZER, s. 8; ÖZDEMİR, s. 125.

⁹ ARTICLE 29 DATA PROTECTION PARTY, s. 6; AKSOY, s. 14.

¹⁰ Bu yönde bkzn. ENSSLEN, Carola; Datenschutz im familien- und vormundschaftsgerichtlichen Verfahren, Frankfurt am Main 1997, s. 53.

¹¹ AKSOY, s. 21; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE; Data Protection Technical Guidance-Determining what is personal data, s. 7, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1554/determining-what-is-personal-data.pdf>, E.T., 08.03.2015.

¹² WITT, s. 6.

¹³ WITT, s. 6.

¹⁴ ENSSLEN, s. 53; SIEMEN, Birte; Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006, s. 48.

özgü bir veya birden fazla faktörle doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir olması şeklinde açıklanmaktadır.

Haklara ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade eden kişi kavramı, gerçek ve tüzel kişileri kapsar. Ancak, kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilecek kişiler bakımından ulusal ve uluslararası düzenlemelerde farklılıklar vardır¹⁵. Keza doktrinde de bu konuda görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Kişisel verilerin korunması açısından kişi kavramının kapsamının belirlenmesi, korumadan kimlerin faydalanabileceğinin tespiti bakımından önem taşır.

Doktrinde bir görüş¹⁶, sadece gerçek kişilere ait verilerin korumadan yararlanması gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, özel hayat esas itibarıyla yalnızca gerçek kişilerle ilgili bir kavramdır. Tüzel kişilere ilişkin veriler için ise, ancak ticarî gizliliğin korunması söz konusu olur. Nitekim ticarî işletmeler bakımından şeffaflık ilkesi geçerlidir ve bunlara ilişkin bilgiler kişisel veri değil, ticarî sır olarak nitelendirilebilir¹⁷. Bu sebeple veri koruma kanunları amaç olarak gerçek kişilerin temel hak ve hürriyetlerine

¹⁵ Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal ve uluslararası düzenlemelerin bir kısmı, sadece gerçek kişilere ait verileri koruma kapsamında görürken, bazıları hem gerçek hem tüzel kişilere ait verileri koruma altına alır. Örneğin, Avrupa Birliği'nin 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde (Tüzüğün 2'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, Direktif, gerçek kişilerin temel hak ve hürriyetleri ile özellikle kişisel verilerinin korunması haklarını koruma altına almaktadır), 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesinde (Sözleşmenin birinci maddesine göre, sözleşmenin amacı, her bir Tarafın ülkesinde, uyuşuğu ve ikamet yeri ne olursa olsun her gerçek kişinin temel hak ve hürriyetlerini ve özellikle kendisiyle ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması karşısında özel hayata saygı hakkını güvence altına almaktır) ve OECD'nin Rehber İlkelerinde tüzel kişiler kişisel veri tanımının dışında bırakılmıştır. Ayrıca, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün üye devletleri bağlayıcı niteliği gereğince, 95/ 46/ EC sayılı Direktif döneminde gerçek kişilerle birlikte tüzel kişileri de veri koruma kanunları kapsamında koruma altına alan Avusturya gibi devletler değişikliğe giderek tüzel kişileri korumanın kapsamından çıkartmışlardır. Bunun gibi, hukukumuzda kişisel verilerin korunması konusunda temel ulusal düzenleme olan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da sadece gerçek kişiler korunma altına alınmıştır (2008 tarihli Kişisel Verilerin Korunması Kanun Tasarısı'nda gerçek kişiler ile birlikte tüzel kişiler de koruma kapsamına alınmaktaydı. 2008 tarihli Tasarının Genel Gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, E.T., 10.03.2015. Tasarı'da yapılan 2014 tarihli değişiklik, kişisel veri tanımından tüzel kişilere ait veriler çıkartılmıştır. 2014 tarihli Tasarı'nın Genel Gerekçesi için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Tbmmkms/Tbmmkom/kişisel%20veriler.pdf>, E.T., 10.03.2015. 2016 yılında TBMM'ye gönderilen Tasarı'nın son halinde de söz konusu değişiklik korunmuştur. 2016 tarihli Tasarı ve Genel Gerekçesi için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>, E.T. 17.05.2017). 12 Temmuz 2002 tarih ve 2002/ 58/ EC sayılı Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi ile, sadece elektronik haberleşme sektörüne ilişkin olarak hem gerçek kişilerin hem de tüzel kişilerin veri sahibi olduğu kabul edilmiştir. Ancak Direktif 'in 12'nci maddesinde açık bir şekilde, üye devletlere 95/ 46/ EC sayılı Direktifin uygulama alanını tüzel kişileri de kapsayacak şekilde genişletme yükümlülüğü getirilmediği belirtilmiştir. Hukukumuz bakımından ise, söz konusu Direktife uygun olarak düzenlenen Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte hem gerçek kişilere hem de tüzel kişilere ilişkin bilgiler kişisel veri olarak nitelendirilmiştir.

¹⁶ Bu yönde bkz. AYÖZGER, s. 10; TEZCAN, Durmuş; "Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması", Anayasa Dergisi, C. 8, Y. 1991, s. 389, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/dtezcan.pdf, E.T. 09.03.2015.

¹⁷ TEZCAN, s. 389.

odaklanmalıdır¹⁸. Ayrıca, verilerin korunmasına ilişkin diğer özel düzenlemelerde tüzel kişilerin koruma kapsamına alınmasına da bir engel yoktur. Bu nedenle, birbirinden farklı problemler yaşayan farklı tür ve nitelikteki tüzel kişi grupları için özel yasal düzenlemeler getirilmesi mantıklı ve kabul edilebilirdir¹⁹.

Diğer görüş²⁰, tüzel kişilerin de korumadan faydalanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüşe göre, verilerin işlenmesinden etkilenen menfaatlerin sadece gerçek kişilerle sınırlı tutulmaması gerekir. Zira korunması gereken veriler gerçek kişilere ait olabileceği gibi, tüzel kişilere de ait olabilir. Hatta bazı gerçek kişiler, kişisel verilerinin korunmasına bazı tüzel kişilere göre daha az ihtiyaç duyabilirler ve böyle durumlarda bu tüzel kişilerin verilerinin korumadan mahrum bırakılmış olması, uluslararası insan hakları hukukuna aykırılık teşkil edebilir²¹.

Medenî yargılama hukuku çerçevesinde söz konusu görüş ayrılıkları, veri koruma kanunlarının yargılama sırasında geçerli olduğu haller bakımından önem arz eder. Daha sonra üzerinden durulacak olmakla birlikte²², hukukumuzda kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi hali, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun istisnası olarak sayılmıştır. Dolayısıyla ne gerçek ne de tüzel kişiler bu Kanun'un sağladığı korumadan faydalanabilmektedir²³. Hal böyle olsa da, ikinci bölümde inceleyecek olduğumuz tarafların ve üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının yargılama sırasında korunmasını amaçlayan çözümler, hem gerçek kişiler hem de tüzel kişiler için uygulama kabiliyetine sahiptir.

¹⁸ AYÖZGER, s. 10.

¹⁹ WALDEN, I.N./ SAVAGE, R.N.; "Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations Be Protected?", The International and Comparative Law Quarterly, C. 37, Sy. 2, Y. 1988, s. 347.

²⁰ Bu yönde bkz. AKGÜL, s. 15; KORFF, Douwe; Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons, Final Report, s. 42, 43, tamamı için bkz. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/studies/files/20000202_rights_interests_legal_en.pdf E.T. 09.03.2015; ŞEN, Ersan;

"Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, Sy. 3, Y. 2009, s. 1202.

²¹ KORFF, s. 43.

²² Bu yönde bkz. Aşa. s. 83 vd.

²³ 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük gereğince, veri koruma kanunları yargılama sırasında da kural olarak geçerli olmalıdır. Bu yönde açıklamalar için bkz. Aşa. s. 83 vd.

2.1.1.2.3. Bilginin Kimliği Belirli veya Belirlenebilir Kişiyi İlişkin Olması

Kişisel verinin üçüncü unsuru, bilginin kişiye ilişkin olmasıdır. Genel itibariyle bilgi, bir kişi hakkında olduğunda o kişiye *ilişkin* addedilir²⁴. Bilgi ile kişi arasındaki ilişki çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bilgi, içerik, amaç veya sonuç yönünden kişiye ilişkin olabilir²⁵.

Bilgi içerik itibariyle kişiye ilişkin olabilir. Kişi ile bilgi arasındaki bağın açıkça tespit edilebildiği durumlarda, bilginin içerik olarak kişiye ilişkin olduğu kabul edilir²⁶. Ancak bilginin kişiye ilişkin olduğunun açıkça anlaşılamadığı durumlar da vardır. Bazı hallerde veri, ilk bakışta bir kişiye değil, bir nesneye ilişkin olabilir²⁷. Benzer şekilde, veri ilk aşamada bir kişi ile değil, kişinin faaliyetiyle, bir süreçle veya olayla ilişkilendirilebilir²⁸. Kişi ile bilgi arasında bağlantı varsa, bilginin kişiye ilişkin olduğu açıkça anlaşılmasa da, veri, kişisel veri kapsamında değerlendirilebilir²⁹.

Bilgi, amaç itibariyle de bir kişiye ilişkin olabilir. Somut olayın tüm koşulları dikkate alındığında, veriler bir kişinin durumunu veya davranışlarını değerlendirmek veya etkilemek ya da bu kişiye belli bir şekilde davranmak amacıyla kullanılıyor veya kullanılabilirse, amaç unsurunun mevcut olduğu kabul edilebilir³⁰.

²⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 9.

²⁵ Bu yönde bkznz. AKSOY, s. 28 vd; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 10 vd., INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, s. 10 vd.

²⁶ Örneğin, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi personel işleri tarafından bir araştırma görevlisinin dosyasına kaydedilen verilerin, o araştırma görevlisinin çalışan olarak durumuna ilişkin olduğu açıktır. Bunun gibi, bir hastanın tıbbi kayıtlarında bulunan test sonuçlarına ait veriler ya da kamera kaydı yoluyla gerçekleştirilen bir röportajda röportaj yapılan kişinin görüntüsü, doğrudan o kişilere ilişkin olarak değerlendirilir; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 9.

²⁷ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 9.

²⁸ Örneğin, kişisel banka ekstreleri veya ayrıntılı telefon faturaları gibi veriler, banka ve telefon operatörü bakımından sözleşme yapan kişiyle ilgili kişisel veri olarak kabul edilir; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, s. 10. "...Somut olayda, davacının yaptığı fazla mesai gösterir son 5 yıllık bordroların tamamı dosyaya sunulmuştur. Davacıya yapılan ödemeleri gösterir banka hesap ekstresi ise, Haziran 2009-Mayıs 2010 aylarını kapsayacak şekilde sunulmuştur. Bilirkişi, fazla mesai hesabını yaparken, her ne kadar bordrolarda fazla mesai tahakkuku varsa da bunların ödendiğini gösterir banka ekstresi, Haziran 2009-Mayıs 2010 aylarını kapsadığından bu ayları dışlayarak hesaplama yapacağını beyan ederek fazla mesai alacağını belirlemiştir. Mahkemece, bu rapora itibarla hüküm kurulmuştur...", Yargıtay 7. HD, 15.09.2014 T., 2014/ 17150 E., 2014/ 9390 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=7hd-2014-9390.htm>, Erişim Tarihi, 11.03.2015.

²⁹ Bir iş ilanında işe ilişkin olarak verilen maaş bilgisi kişisel veri niteliği taşımazken, bu maaş bilgisinin bir kişiyle bağlantılı olduğu durumlarda (örneğin söz konusu pozisyonda hâlihazırda çalışan bir kişinin olması halinde), bilgi bu kişinin (örnekteki çalışanın) kişisel verisi sayılabilir; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 9; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, s. 10 vd.

³⁰ AKSOY, s. 29; Örneğin bir şirketin çalışanlarına verdiği şirket telefonlarının arama kayıtları, şirkete, telefonun tahsis edildiği çalışana, aranan kişiye veya temizlik görevlisi gibi şirkete girme yetkisi olup telefona ulaşabilen kişilere ilişkin bilgi içerebilir ve bu bilgi söz konusu kişilere karşı farklı amaçlarla (çalışanın iş yerinden çıkış saatinin belirlenmesi gibi) kullanılabilir; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 10.

Bilgi, sonuç itibariyle de kişiye ilişkin olabilir. Somut olayın özellikleri çerçevesinde, verinin kullanımıyla kişinin hak ve menfaatleri etkileniyorsa, bilgi sonuç itibariyle kişiye ilişkin sayılabilir. Bunun için ortaya çıkacak muhtemel sonucunun büyük bir etkiye sahip olması gerekmez; verinin işlenmesi sonucunda, kişiye diğer kişilerden farklı muamelede bulunulması yeterlidir³¹.

Verinin kişiye ilişkin olup olmadığının belirlenmesinde kullanılan içerik, amaç ve sonuç şeklinde saydığımız üç unsur birbirlerine alternatif olarak aranır³². Bilgi içerik olarak kişiye ilişkinse, aynı zamanda amaç ve sonuç olarak da o kişiye ilişkin olması gerekmez. Bir bilgi, içerik, amaç ve sonuç itibariyle farklı kişilere de ilişkin olabilir³³. Bu kapsamda, yargılama sırasında dosya kapsamındaki bilgilerin ilgili kişiyi belirli veya belirlenebilir kılıp kılmadığına dikkat edilmelidir.

2.1.1.3. Medenî Yargılama Hukukunda Kişisel Verilerin Yeri

Kişisel verilerin tanımı ve unsurları dikkate alındığında, medenî yargılamaya konu olan pek çok ögenin kişisel veri olduğu açıktır. Taraflar, yargılama süreci boyunca, kendilerine, karşı tarafa ve üçüncü kişilere ilişkin kişisel verileri mahkemeye sunarlar³⁴. Nitekim dava ve cevap dilekçesinin zorunlu ve gerekli unsurlarının çoğu aslında, davacının,

³¹ Örneğin, bir taksi firmasının taksilerin hareketlerini izlemek, müşteriye en yakın taksiyi göndermek ve yakıt tasarrufu sağlamak gibi amaçlarla araç takip sistemi kurması halinde, elde edilen veriler aslında sürücülere değil, otomobillere ilişkindir. Her ne kadar sistem taksii şoförlerine ilişkin bilgi toplama amacı taşımasa da taksii şoförlerinin performanslarını izleme, hız limitlerine uyup uymadıklarını tespit etme ve hangi saatte nerede olduklarını belirleme gibi imkânlar sağlar. Bu sebeple, taksii konumuna ilişkin veriler, taksii şoförlerine ilişkin kişisel veri niteliğinde değerlendirilebilir; AKSOY, s. 29; ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 11; INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, s. 22. Araç takip sistemiyle kayıt, farklı iş kollarında farklı amaçlarla kullanılabilen ve işçi ile işveren arasında çıkan uyuşmazlıkta, işçinin kişisel verisini de içeren delil olarak bilirkişi incelemesine konu olabilmektedir. "...Dosya kapsamından davalı şirket tarafından davacının kullandığı tırın ...Mobil Sistemler A.Ş.'ye ait araç takip sistemi tarafından takip edildiği anlaşılmakla ...Mobile Systems şirketinin 17.4.2014 tarihli yazısında şayet araç takip cihazının seri numarası kendilerine bildirilirse son iki yıla ait kayıtların mahkemeye sunulabileceği belirtilmesine karşın, bu konuda araştırma yapılmadan ve araç takip çizelgeleri getirilmeden sonuca gidilmesi isabetli olmayıp bozmayı gerektirmiştir...", Yargıtay 22. HD, 08.02.2016 T., 2014/ 31376 E., 2016/ 2629 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=22hd-2014-31376.htm>, E.T. 19.10.2017; "...Somut uyuşmazlıkta, dosya içerisindeki bilgi ve belgeler ile tanık anlatımlarına göre, davalı işyerinde bölge satış şefi olarak çalışan davacının düzenlediği müşteri ziyaret raporları ile kullandığı aracın takip sistemi kayıtları (GPS kayıtları) arasında çelişkiler bulunduğu, bu durumun ziyaret raporlarının içeriklerini gerçeğe aykırı kıldığı, rakip firmalara yapılan ziyaret sayısının raporlarda olduğundan daha az gösterildiği, davacının doğruluk ve bağlılıkla bağdaşmayan davranışları sebebiyle işveren tarafından yapılan feshin haklı nedene dayandığı anlaşılmakla, davanın reddi yerine yanılığlı değerlendirme ile kabulüne karar verilmesi hatalı olup, bozmayı gerektirmiştir...", Yargıtay 9. HD, 06.07.2017 T., 2016/ 17414 E., 2017/ 12165 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-17414.htm>, E.T. 19.10.2017.

³² ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 12.

³³ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, s. 12.

³⁴ Geçici hukukî himaye talep edilmesi gibi bazı durumlarda, dava açılmadan önce de mahkemeye kişisel veriler sunulabilir.

davalının ve üçüncü kişilerin kişisel verileridir³⁵. Dava konusu doğrudan doğruya kişisel verilere ilişkin olabileceği gibi, uyuşmazlığın çözümü için kullanılacak dava malzemesi de kişisel verileri ihtiva edebilir. Özellikle sır içeren kişisel veriler bakımından taraflar özel bir koruma talep edebilirler. Bu anlamda, kişisel verilerin korunması hakkının, medenî yargılamada karşımıza farklı şekillerde ve çok yönlü olarak çıktığını söylemek mümkündür.

2.1.1.4. Hassas Kişisel Veri Kavramı

2.1.1.4.1. Hassas Kişisel Verinin Tanımı ve Türleri

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun özel nitelikli kişisel veriler başlıklı 6’ncı maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasî düşüncesi, felsefî inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir*”.

2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün 9’ncü maddesinde, “*ırk veya etnik kökeni, siyasî düşünceleri, dinî veya felsefî inançları ya da sendika üyeliğini açığa çıkaran kişisel veriler ile genetik verilerin, bir gerçek kişiyi benzersiz şekilde tanımlama amacıyla işlenen biyometrik verilerin, sağlığa veya cinsel hayata ya da cinsel yönelime ilişkin verilerin işlenmesi yasaklanmalıdır*” hükmüyle genetik ve biyometrik veriler de hassas veri türleri kapsamına dahil edilmiştir. Söz konusu Tüzüğün başlangıç hükümlerinin 51’inci maddesinde de, “*Doğaları gereği özellikle temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak hassas olan kişisel veriler, işlenmeleri bağlamında temel hak ve hürriyetler bakımından önemli riskler oluşturabileceği için özel korumayı gerektirir*” hükmüyle hassas verilerin özel olarak korunması gerektiği vurgulanmıştır.

³⁵ Dava dilekçesinde bulunması gereken unsurlar, HMK md. 119 hükmüyle belirlenmiştir. Dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından sayılan, tarafların ad ve soyadları ile adresleri, davacının TC kimlik numarası, varsa tarafların kanunî temsilcilerinin ve davacı vekilinin adı ve soyadı ile adresleri, doğrudan doğruya söz konusu kişilerin kişisel verileridir. Dava dilekçesinin gerekli unsurları arasında sayılan unsurlardan bazıları da, taraflara ve üçüncü kişilere ait kişisel verileri içermeye ihtimali taşır. İddia edilen vakılarda bahsi geçen kişiler veya tanık deliline dayanılmış olması halinde tanık olarak gösterilen kişilere ait bilgiler, bu kişilere ait kişisel veriler olabilir. İlk bakışta, tarafların ad ve soyadlarının dava dilekçesine yazılmasının ne gibi bir sakınca doğurabileceği sorusu akla gelebilir. Ancak, özellikle, yargılama ile ilgili gelişmelerin basına yansması ya da yargılama sonunda verilen nihai kararların yayınlanması gibi durumlarda, tarafların ad ve soyadlarına ilişkin kişisel verilerinin korunması ayrı bir önem taşır. Böyle durumlarda, çatışan temel haklar arasında dengenin hangi suretle sağlanacağına ilişkin çözüm önerileri ilgili bölümlerde ele alınacaktır. Dava dilekçesinin unsurları hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. PEKCANİTEZ, Hakan; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1115 vd; ÖZEKES, Muhammet; “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, Dava Dilekçesi, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2015, s. 263 vd.

Ulusal ve uluslararası düzenlemeler ve doktrinde yapılan tanımlar dikkate alındığında hassas veriler³⁶, gerçek bir kişinin ırk veya etnik kökenini, siyasî düşüncesini, dinî veya felsefî inancını, mezhebini, kılık ve kıyafetini, dernek, vakıf ya da sendika üyeliğini, sağlığını, cinsel hayatını ve yönelimini, genetik ve biyometrik verilerini, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verilerini açığa çıkaran ve mahiyetleri gereği özel korumayı gerektiren kişisel veriler şeklinde tanımlanabilir³⁷. Konuya ilişkin düzenlemelerde hassas veri türlerinin tahdidi şekilde sayılması, aynı öneme sahip olmalarına rağmen düzenlemelerde sayılmamaları sebebiyle hassas kişisel verilere sağlanan korumadan mahrum kalan finansal veriler gibi kişisel veriler dikkate alınarak doktrinde eleştirilmektedir³⁸. Burada önemli olan, somut olayın koşullarına göre kişisel verinin etkin olarak korumasının sağlanmasıdır. Hassas kişisel verilerin sahip oldukları bazı özellikler sebebiyle diğer kişisel verilere göre daha fazla korunmaları gerekir³⁹. Hassas kişisel verilerin daha fazla korunması gerekliliği⁴⁰, ortaya çıkmaları halinde ilgilisinin başta ayrımcılık olmak üzere çeşitli zararlara uğrama ihtimalinin bulunmasından kaynaklanmaktadır⁴¹.

³⁶ Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hassas veri kavramı, “*özel nitelikli kişisel veri*”, “*özel koruma gerektiren veri*” ve “*özel kişisel veri*” gibi farklı isimlerle de anılmaktadır. Doktrinde ve uluslararası düzenlemelerde genellikle “*hassas veri*” kavramı kullanılmakta olduğundan ve bu kavramın söz konusu verilerin niteliğini en iyi şekilde ifade eden kavram olduğu düşüncesiyle, biz de çalışmamızda hassas veri kavramını kullanmayı tercih ettik.

³⁷ Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde hassas kişisel veri türlerinin sayılmış olması, hangi verilerin hassas kişisel veri sayılacağı noktasını her zaman aydınlatmayabilir. Hassas kişisel veri türleri bazı durumlarda kolayca belirlenebilirken, diğer bazı hallerde bu belirlemeyi yapmak daha zordur. Bir uçak yolcusunun dinî inancına uygun yemek tercihi bilgisi doğrudan hassas veri olarak nitelendirilebilirken, politik bir dergiye abone listesinin internette yayınlanması durumunda siyasî görüşlere ilişkin bilgiyi doğrudan hassas veri kapsamında değerlendirmek mümkün olmaz. Bu durumda ortaya çıkabilecek hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi amacıyla dolaylı hassas kişisel veri kavramı geliştirilmiştir. Hassas kişisel verinin doğrudan tespit edilemediği durumlarda verinin dolaylı hassas kişisel veri kapsamında değerlendirilmesi yoluyla hassas kişisel verilere tanınan korumadan yararlanması sağlanmaktadır. Bu yönde bkz. KAYA, Cemil; Avrupa Birliği 1995/ 46/ EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFM, C. LXIX, Sy. 1-2, Y. 2011, s. 322, 323.

³⁸ KÜZECİ, Veri, s. 238.

³⁹ Bu yönde bkz. AKGÜL, s. 17; AKSOY, s. 30; AYÖZGER, s. 17; KAYA, C., s. 318.

⁴⁰ Hassas kişisel verilerin ayrı olarak koruma altına alınması gerekip gerekmediği konusunda farklı görüşler vardır. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 1983 tarihli Nüfus Sayımı Kararında, kişisel verilerin tamamının önemli olduğu ve kişisel veri-hassas kişisel veri ayrımı gidilmemesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Avusturya ve Almanya Veri Koruma Kanunlarında önceleri bu görüş benimsenirken, 95/ 46/ EC sayılı Direktife uyma amacıyla kanunlarda değişiklik yapılarak hassas kişisel veriler ayrı olarak düzenlenmiştir. Doktrinde de bazı yazarlar, birtakım verilere hassas veri kapsamında değerlendirilerek ayrıcalık tanınması yerine, her verinin somut olayın koşulları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yönde bkz. MAYER-SCHÖNBERGER, Victor/ BRANDL, Erns/ KRISTOFERİTSCH, Hans; Datenschutzgesetz, Grundsätze und europarechtliche Rahmenbedingungen Gesetzestext mit Materialien, Datenschutz-Verordnungen und Richtlinien im Anhang, 3. Baskı, Viyana 2014, s. 32 vd.

⁴¹ KAYA, s. 320, 321; KÜZECİ, Veri, s. 233.

2.1.1.4.2. Hassas Kişisel Verilerin İşlenebileceği Hallerden Biri: Yargılama Sırasında Hassas Kişisel Verilerin İşlenebilmesi

Hassas kişisel verilerin işlenmesi kural olarak yasaktır; bunlar ancak kanunî düzenlemelerde belirlenen istisnaî hallerde işlenebilirler⁴². Bu istisnaî haller söz konusu olduğunda, veri, sadece hassas kişisel veriler için özel olarak kabul edilen korumadan mahrum kalır⁴³. Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda veri, kişisel verilerin korunmasına yönelik genel hükümlerden faydalanmaya devam eder.

Hassas kişisel verilerin işlenebileceği istisnaî haller, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 6'ncı maddesinin birinci fıkrasında belirlenmiştir. Buna göre, *“Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır. Birinci fıkrafta sayılan sağlık ve cinsel hayat dışındaki kişisel veriler, kanunlarda öngörülen hallerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak*

⁴² 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün 9'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, hassas kişisel verilerin işlenebileceği istisnaî haller şu şekilde sıralanabilir: a) Birlik ve Üye Devletin yasal düzenlemelerinde aksine hüküm bulunmadığı müddetçe, birinci paragrafta belirtilen yasağın veri sahibinin belirtilen bir veya daha fazla amaca yönelik olarak söz konusu kişisel verilerinin işlenmesine açık bir şekilde rıza göstermiş olması, b) Birlik veya üye devlet hukuku veya üye devlet hukukuna çerçevesinde yapılan ve veri sahibinin temel hak ve menfaatleri için uygun güvencelerin sağlandığı bir toplu sözleşme uyarınca, denetleyicinin ve veri sahibinin iş ve sosyal güvenlik ve sosyal koruma hukuku alanındaki yükümlülüklerinin yerine getirilmesi ve belirli haklarının kullanılması amacıyla işlemenin gerekli olması, c) veri sahibinin fizikî ya da hukukî sebeplerle verinin işlenmesine açık rıza gösteremeyeceği durumlarda, veri sahibi veya diğer bir gerçek kişinin hayatî menfaatlerinin korunması için işlemenin gerekli olması, d) İşlemenin bir vakıf, dernek veya kâr amacı gütmeyen diğer kuruluşlar tarafından politik, felsefî, dinî veya sendikal amaçlarla uygun güvencelerle birlikte yürütülen meşru faaliyetleri sırasında, kuruluşun üyeleri veya eski üyeleri ya da amaçlarıyla bağlantılı olarak kuruluşla düzenli temas halinde bulunan kişilerle ilgili olması ve kişisel verilerin veri sahiplerinin rızası olmaksızın söz konusu kuruluş dışına açıklanmaması koşuluyla yapılması, e) işlemenin veri sahibi tarafından açık bir şekilde kamuya açıklanan kişisel verilere ilişkin olması, f) hukukî taleplerin kurulması, kullanılması ve korunması için veya mahkemelerin yargı yetkileri içinde hareket etmesi halinde işlemenin gerekli olması, g) gözetilen amaca orantılı olan, veri koruma hakkının özüne saygılı gösteren ve veri sahibinin temel hak ve menfaatlerinin korunması için uygun ve belirli tedbirleri sağlayan Birlik ve üye devlet hukukuna dayanarak önemli bir kamu yararı sebebiyle işlemenin gerekli olması, h) Koruyucu hekimlik veya meslek hekimliğinin amaçları doğrultusunda, Birlik veya üye devlet hukukuna dayanarak veya sır saklama yükümlülüğü bulunan bir sağlık personeliyle yapılan anlaşma uyarınca ve 3. Paragrafta anılan koşullar ve güvencelere tabi olarak çalışanın çalışma kapasitesinin değerlendirilmesi, tıbbî tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması ya da sağlık veya sosyal bakım sistemleri ve hizmetlerinin yönetimi için işlemenin gerekli olması, i) özellikle meslek sırrı bakımından veri sahibinin hak ve hürriyetlerinin korunması için uygun ve belirli tedbirleri sağlayan Birlik veya üye devlet hukukuna dayanarak, sağlığa yönelik ciddi sınır ötesi tehditlere karşı koruma veya sağlık hizmetleri ve tıbbî ürünler veya tıbbî cihazların yüksek kalite ve güvenlik standartlarını sağlaması gibi halk sağlığı alanında kamu yararı sebebiyle işlemenin gerekli olması, j) gözetilen amaçla orantılı olarak, veri koruma hakkının özüne saygı gösteren ve veri sahibinin temel hak ve menfaatlerini korumak için uygun ve belirli önemleri sağlayan Birlik veya üye devlet hukukuna dayanarak, Direktifin 89'uncu maddesinin birinci fıkrası uyarınca kamu yararı için arşivleme amaçları, bilimsel veya tarihsel araştırma amaçları ya da istatistiksel amaçlar doğrultusunda işlemenin gerekli olması. Ayrıca, anılan Tüzüğün 10'uncu maddesine göre, cezaî mahkûmiyetlere ve cezayı gerektiren suçlara veya Tüzüğün 6'ncı maddesinin birinci fıkrasına dayanan güvenlik tedbirlerine ilişkin kişisel verilerin işlenmesi, sadece resmî makamın denetimi altında ya da Birlik veya üye devlet hukukuna dayanarak veri öznesinin hak ve hürriyetleri için uygun güvencelerin sağlanması halinde yapılabilir.

⁴³ KAYA, s. 323.

kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla, sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebilir. Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır” hükümleriyle, bu tür verilerin hangi şartlar altında işlenebileceği belirlenmiştir.

2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün hassas kişisel verilerin işlenmesinin istisnası olarak düzenlediği bazı hususlar, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28’inci maddesinde doğrudan doğruya Kanun’un uygulanmasının istisnaları olarak düzenlenmiştir⁴⁴. Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi hali de Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağı istisnaî hal olarak nitelendirilmiştir. Dolayısıyla, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu dikkate alındığında, diğer kişisel veriler gibi, hassas verilerin de yargılama sırasında işlenebileceği sonucuna varılmaktadır. Hassas kişisel veriler, uyuşmazlık konusuna ilişkin veya mahkemenin vereceği karara etkili olmaları kaydıyla, kural olarak dava dosyasına girebilirler ve mahkeme tarafından kullanılabilirler.

2.1.2. Sır Kavramı İle İlgili Temel Bilgiler

2.1.2.1. Genel Olarak

Genel anlamı itibariyle sır, herkes tarafından bilinmeyen, saklanması gereken, açıklanması halinde sahibinin kişilik haklarına zarar verme tehlikesi içeren hususlar şeklinde

⁴⁴ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 28’inci maddesinin birinci fıkrasının b, c, ç ve d bentlerine göre, kişisel verilerin resmî istatistik ile anonim hale getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi; kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlâl etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi; kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütölen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi; kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri uygulanmaz. Bahsi geöen maddenin ikinci fıkrası gereğince, kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması; ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi; kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütölmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması; kişisel veri işleminin bütöe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması hallerinde Kanunun amacına ve temel ilkelerine uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlölüğünü düzenleyen 10’uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11’inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlölüğünü düzenleyen 16’ncı maddeleri uygulanmaz.

tanımlanabilir⁴⁵. Sırrın, kişinin mahrem hayat alanının bir parçası olan, diğer bir ifadeyle alenî olmayan, başkaları tarafından öğrenilmesi istenmeyen ve saklı tutulması gereken maddî ve manevî değerleriyle ilgili olay, davranış ve işlemler olarak ifade edilmesi de mümkündür⁴⁶. Bir hususun sır sayılabilmesi için, objektif ve sübjektif bazı unsurları taşıması gerekir. Anılan unsurlar, *gizli bilginin var olması, bilgi sahibinin gizli tutma iradesinin bulunması ve sır sahibinin sırrın gizli kalmasında haklı menfaatinin olması* olmak üzere üç tanedir⁴⁷. Objektif unsurlar, bilginin gizli olması ve haklı bir gizli tutma menfaati bulunması ken, sübjektif unsur belli bir olgunun sır olarak kabul edilmesi ve açıklanmak istememesi yönünde bilgi sahibinin iradesinin olmasıdır⁴⁸. Bu bağlamda, herkes tarafından bilinmemesinde yarar bulunan her durum sır olarak kabul edilebilir⁴⁹.

Sır, her türlü duruma ilişkin gizli bilgiyi içerebileceğinden, sır türleri ve sırra ilişkin yapılacak sınıflandırmalar oldukça fazladır. Sırlar konusunda en temel sınıflandırma, özel sır-devlet sırrı başlığı altında yapılabilir. Bunun yanında sırlar, konularına göre, devlet sırrı, meslek sırrı, banka sırrı, ticarî sır, hasta sırrı, müşteri sırrı gibi ayrımlara tabi tutulabilirler. Sır, hizmet, vekâlet, know-how, franchise gibi bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde veya sözleşmesel ilişki bulunmaksızın korunuyor da olabilir. Açıklanıp açıklanmayacağına bağlı olarak sırlar, mutlak sır-nispî sır olarak nitelendirilir. Bu sınıflandırmaya göre mutlak sır, bir kanun hükmü veya sözleşme gereği, sır sahibi tarafından sırrın verildiği kişi, kurum ya da kuruluşça açıklanamayacak olan sırdır⁵⁰. Nispî sır ise, mutlak sırların dışında kalan ve sır sahibinin menfaati sebebiyle gizli tutulan sırrı ifade eder.

Kapsam olarak çok geniş bir kavram olan sırrın gizli kalabilmesi gerek kişisel gerek toplumsal anlamda önem taşıyan bir konudur. Bir sırrın, sahibinin iradesiyle veya iradesi dışında başkaları tarafından öğrenilmesi, sırrın yayılması riskini beraberinde getirir. Böyle bir halde, sırrın yayılmasının önlenmesi oldukça güçleşir ve bu durum birtakım sakınca

⁴⁵ AKSOY, s. 52; KURT KONCA, Nesibe; Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi, Alenîyet İlkesi, Ankara 2009, s. 277; KURT KONCA, Nesibe; “Alenîyet İlkesinin Sınırlandırılması”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, S. 2, Y. 2014, s. 86; UŞAN, M. Fatih; İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 23.

⁴⁶ GÜRBÜZ USLUEL, Aslı E., Türk Özel Hukukunda Özellikle Anonim Şirketlerde Ticarî Sırrın Korunması, İstanbul 2009, s. 6; YEŞİLTEPE, Salih Önder; “Ticari Sır-İş Sırrı”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan, İstanbul 2006, s. 404.

⁴⁷ STADLER, Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfverfahren, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, Tübingen 1989, s. 9 vd; GÜRBÜZ USLUEL, s. 7 vd; STÄUBER, Richard; Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Zürich 2011, s. 10 vd; KURT KONCA, Alenîyet İlkesi, s. 277; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 86.

⁴⁸ STEBUT, Dietrich von; Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, Münih 1972, s. 3 vd.

⁴⁹ STÄUBER, s. 16; YEŞİLTEPE, s. 404.

⁵⁰ GÜRBÜZ USLUEL, s. 15.

doğmasına sebep olabilir. Söz konusu sebeple, çok eski zamanlardan beri, sırların ortaya çıkarak yayılmasının önüne geçilmesi amacıyla, ahlakî, dinî ve hukukî kurallar getirilmeye çalışılmıştır⁵¹.

Yargılama sırasında da davanın taraflarına, tanıklara veya üçüncü kişilere ait olan sırların korunması ihtiyacı doğabilir⁵². Bu sırlar da içerik olarak farklı konulara ilişkin olabilirler. *Davaya konu olan her sırrın korunması gerekir mi?* sorusuna verilecek cevap, yargılamanın seyrinin belirlenmesi için önemlidir. Bu noktada öncelikle sır sahibinin gizli tutma konusundaki menfaatinin korunmaya değer olup olmadığı tespit edilmelidir. Nitekim günümüzde kabul edilen anlayışa göre, bir sırrın korunması için sır sahibinin gizli tutma iradesinin bulunması yeterli değildir. Aynı zamanda gizli tutma yönünde haklı bir menfaatinin de bulunması gerekir⁵³. Sırrın ortaya çıkması halinde sahibinin maddî veya manevî zarara uğrama tehlikesi varsa, sır sahibinin gizli tutma bakımından haklı menfaatinin olduğu kabul edilmelidir⁵⁴. Bu haklı menfaat, sırrın korunmaya değer olup olmadığının tespitinde belirleyici rol oynar. Davanın tarafları ve herhangi bir şekilde dava ile ilgili olan diğer kişiler, kişisel verilerin korunması temel hakkına dayanarak, kişisel hayat alanlarına ilişkin veriler ile ticarî sırlar, işletme sırları, vergi sırları, iletişim sırları ve sır saklamakla yükümlü oldukları meslekî konular gibi verilerin hiç veya gerekli ölçüler dışında kamuya açıklanmamalarını talep edebilirler⁵⁵. Hatta bazı durumlarda sırrın saklanması sırrı öğrenen kişiler için bir yükümlülüktür. Anılan sebeplerle burada, çalışmamızın ilerleyen aşamalarında üzerinde durulacak konuların aydınlatılmasına yardımcı olmaları adına, ticarî sır ve meslek sırrı temel ayrımı dikkate alınarak sır türlerinin açıklanması yerinde olacaktır.

⁵¹ YEŞİLTEPE, s.404.

⁵² 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında sırlar ancak gerçek kişiye ait olurlarsa kişisel veri sayılabilirler. Söz konusu durum, kişisel veriler ve sırlar –özellikle ticarî sırlar- arasındaki farklılığın temel sebebini oluşturur. Bu farklılık, sırların kişisel verilere sağlanan korumadan faydalanıp faydalanamayacağını belirler. Anılan çerçevede örneğin gerçek kişi tacire ait ticarî sırlar kişisel veri sayılabilirken, bir ticarî işletme veya şirkete ait sırların kişisel veri olarak nitelendirilmesi mümkün olmaz. Ancak kişisel verilerin yargılama işlemlerine ilişkin olarak yargı makamlarınca işlenmesi halinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uygulanmayacağı için, yargılama sırasında kişisel verilerin korunması amacıyla alınabilecek önlemlerin gerçek kişiye ait olmayan sırlar için de uygulanmaları mümkündür. Bu sebeple, ikinci bölümde üzerinde duracağımız çözüm önerilerinin tüzel kişilere ait sırları da kapsamı herhangi bir sakınca yaratmayacaktır.

⁵³ MALMSTRÖM, Amina-Viviana; Schutz von Betriebs-Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess: unter besondere Berücksichtigung des Geheimnisschutzes inter partes, Frankfurt 2012, s. 45 vd.

⁵⁴ GÜRBÜZ USLUEL, s. 11.

⁵⁵ SIMOTTA, Daphne-Ariane; “Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht 1”, Einige Probleme 1, ÖJZ 1993, s.794.

2.1.2.2. Ticarî Sır

Ticarî sır⁵⁶, kesin çizgilerle tanımlanması mümkün olmayan, çeşitli örneklendirmelerle açıklanmaya çalışılan ve her somut olaya göre niteliği değerlendirilen bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Ticarî sırrın dava sırasında korunması kritik öneme sahiptir. Sır sahibi yargılama sebebiyle ticarî sırrını açıklamaya mecbur edilirse, ekonomik ve ticarî zarara uğrama tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu tehlikelerin önlenmesi için alınabilecek tedbirlerin belirlenmesinin öncesinde, bir sırrın ticarî sır olarak nitelendirilebilmesi için hangi özellikleri taşıması gerektiği tespit edilmelidir.

⁵⁶ Türk Ticaret Kanunu'nda genellikle haksız rekabete ilişkin hükümler çerçevesinde ele alınan ticarî sır kavramı, “*üretim ve iş sırrı (md. 55/f. I, b, 3 ve d)*”, “*üretim veya ticaret sırrı (md. 62/f. I, c)*”, “*iş ve işletme sırrı (md. 404/f. I, md. 527 f. I)*” ve “*şirket sırrı (md. 437/f. III, md. 442/f. I ve II, md. 613/f. I)*” şeklinde ifade edilmektedir. Her ne kadar doktrinde de sır türleri bakımından farklı sınıflandırmalar yapılsa ve özellikle ticarî sır ve şirket sırrının birbirlerinden farklı kavramlar oldukları, hatta ticarî sır yerine şirket sırrı kavramının kullanılmasının daha kapsayıcı bir tutum olacağı, çünkü şirket sırrı kavramına hem ticarî sır hem de iş sırrının dahil olduğu ya da bunun aksine şirket sırrının iş sırrından daha dar bir kavram olduğu gibi farklı görüşler ileri sürülse de, bu sınıflandırmaların sınırlarının tam olarak çizilmesi mümkün olmadığı için ve çalışmamızın sınırlarını aşmamak adına biz burada bahsi geçen görüş farklılıklarının üzerinde durmayacağız. Medenî yargılama hukukunda sırrın korunması için alınacak önlemler ve uygulanacak usullerin söz konusu sınıflandırmalara göre değişiklik göstermeyeceği ve sonuçta sırrın objektif olarak korunmaya değer olup olmamasının önemli olduğu da göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce bir işletme ya da şirkete ilişkin sırrların tümünün üst kavram olan ticarî sır kavramı ile anılması herhangi bir sakınca yaratmaz. Sır türleri hakkında bilgi için bkz. TURANBOY, Asuman; “Ticarî sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’ a Armağan, Ankara 2006, s. 360; BİLGE, Mehmet Emin; Ticari Sırların Korunması, 2. Bası, Ankara 2005, s. 33 vd; SULU, Muhammet; Ticarî Sırların Korunması, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 20 vd; GÜRBÜZ USLU, s. 54; UŞAN, s. 24 vd.

21.10.2011 tarihinde hükümsüz sayılarak yenilenmesi Bakanlar Kurulunca uygun görülen⁵⁷ Ticarî sır, Banka Sırrı⁵⁸ ve Müşteri Sırrı⁵⁹ Hakkında Kanun Tasarısı⁶⁰'nın 2'nci

⁵⁷ Bu yönde bkznz. www.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0483.pdf, Erişim Tarihi, 29.03.2015

⁵⁸ Tasarıya göre banka sırrı, bankanın yönetim ve denetim organlarının üyeleri, mensupları ve diğer görevlileri tarafından bilinen malî, iktisadî, kredi ve nakit durumu ile ilgili bilgilerle, bankanın müşteri potansiyeli, kredi verme, mevduat toplama, yönetim esasları, diğer bankacılık hizmet ve faaliyetleri, risk pozisyonlarına ilişkin her türlü bilgi ve belgeleri ifade eder. Banka sırları, banka çalışanlarının bankaya ilişkin bilgileri korumalarını sağlar. Bankaya açılan davalarda karşı taraf müşteri veya iflas idaresi olduğunda, banka sırrının korunması değil, ticarî sırrın korunması daima tartışmalara neden olur. Örneğin iptal davasında müşterinin ödeme gücüne ya da konusu teminat borcu olan bir davada teminat verenin malî durumuna veya asıl borçlunun teminatın verildiği sıradaki ekonomik durumuna ilişkin bilgisi, ispat yükünün bankanın üzerinde olduğu hallerde ticarî sırların korunması bakımından problem doğurabilir. İddiaların ancak bankanın elinde olan belgelerle ispatlanabilmesi gibi diğer bazı durumlarda da bankadan bilgilendirme formu, müşteri şirketin kredibilite denetimi raporu, banka içi değerlendirmeler, denetim kurulu kararları gibi belgeleri sunması istenebilir. Bu gibi belgelerin de ticarî sır olarak nitelendirilmeleri mümkündür. Bu konuda bkznz. SCHUMACHER, Hubertus; "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht", ZJP, 123. Bd., H. 3, 2010, s. 293 vd.

⁵⁹ Tasarıya göre müşteri sırrı, ticarî işletme ve şirketlerin, bankaların, sigorta şirketlerinin, sermaye piyasasında ve malî piyasalarda faaliyet gösteren aracı kurumların, kendi faaliyet alanlarıyla ilgili olarak müşteriyle ilişkilerinde, müşterinin şahsî, iktisadî, malî, nakit ve kredi durumuna ilişkin doğrudan ve dolayısıyla edindikleri tüm bilgi ve belgelerdir. Yapılan tanımdan anlaşılacağı üzere, müşteri sırrı, ticarî işletmelerin müşterilerinin bilgilerinin gizli tutulmasını sağlayarak, aslında ticarî işletmelerin değil müşterilerin menfaatlerini korur. Ancak bir ticarî işletme için önem taşıyan müşteri bilgilerinin haksız olarak ele geçirilmesi halinde, aranan diğer şartlar da varsa bu bilgilerin ticarî sır olduğu kabul de edilebilir. Bu yönde bkznz. BİLGE, s. 35; SULU, s. 23, 24.

⁶⁰ Ticarî sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın sırların verilmesi yükümlülüğü başlığını taşıyan 5'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, bu kanun kapsamında bulunan sırların sahipleri ve bu sırları ellerinde bulunduranlar Türkiye Büyük Millet Meclisine, mahkemelere ve Cumhuriyet başsavcılıklarına sır kapsamındaki bilgi ve belgeleri vermekle yükümlüdürler. Ancak kanaatimizce sırların verilmesi yükümlülüğüne ilişkin olarak kabul edilen bu düzenleme, Tasarı'nın bu haliyle yürürlüğe girmesi durumunda büyük problemleri beraberinde getirecektir. Çünkü mahkemeye ibrazı istenen bilgi ve belgelerin ticarî sır ihtiva ediyor olmaları halinde, taraflar ve üçüncü kişilerin ibrazdan kaçınma hakları ile sırların verilmesi yükümlülüğüne ilişkin düzenleme karşı karşıya gelecektir. Tarafların belgeyi ibraz etmemelerini düzenleyen HMK md. 220/ f. III'e göre, belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen süre içerisinde *kabul edilebilir bir mazeret* göstererek ibrazdan kaçınabilir. Görüldüğü gibi Kanun'da taraflara ticarî sırlarının korunması gerekçesiyle ibrazdan kaçınabilmeleri hakkı açık bir şekilde tanınmamıştır (İsviçre hukukunda da ticarî sır sebebiyle ibrazdan kaçınılabileceği açık bir şekilde düzenlenmemekle birlikte, § 163 Abs. 2 sZPO hükmünde kanunen korunan diğer bir sırrın bulunması halinde taraf veya üçüncü kişinin katılma yükümlülüğünden kaçınılabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, ticarî sırların kanunen korunan sırlar kapsamında değerlendirilmeleri mümkündür. Avusturya hukukunda ise, § 305 Abs. 1 Nr. 4 öZPO hükmü ile belgeyi sunması halinde ticarî sırrı ihlâl edilecek olan tarafın ibrazdan kaçınılabileceği açıkça kabul edilmiştir). Bu konuda takdir yetkisi hâkime bırakılmış olduğu için, somut olayın özelliklerine göre ticarî sırların korunmasının ibrazdan kaçınmak için kabul edilebilir mazeret olduğuna karar verilebilir. Nitekim doktrinde de ticarî sırların ibrazdan kaçınmak için kabul edilebilir mazeret olarak ileri sürülebileceği belirtilmektedir, (ERDÖNMEZ, Güray; Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti, Belge, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 355). Bunun gibi, üçüncü kişinin belgeyi ibraz etmemesi başlıklı HMK md. 221/ f. III gereğince, belgeyi ibraz zorunda olanlar, tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan çekinebilirler. Bu bağlamda üçüncü kişi, HMK md. 250/ f. III'e dayanarak ticarî sırlarının korunması amacıyla belgeyi ibrazdan kaçınabilecektir. Ancak Ticarî sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı'nın eski maddeleri muhafaza edilerek yürürlüğü girmesi halinde, tarafların ve üçüncü kişilerin ticarî sırlarını gerekçe göstererek ibrazdan kaçınmaları mümkün olamayacaktır. Çünkü Tasarı'nın sır sahiplerine getirdiği bilgi ve belgeleri mahkemelere sunma yükümlülüğü, ticarî sırların ibrazdan kaçınmak için kabul edilebilir mazeret sayılmalarını engeller. Başka bir deyişle, açık kanun hükmü karşısında hâkim takdir yetkisini kullanarak ticarî sırların korunması gerekçesini ibrazdan kaçınmak için kabul edilebilir mazeret sayamaz. Her ne kadar Tasarı'nın 6'ncı ve 7'nci maddelerinde sırları doğrudan veya dolayısıyla öğrenen kamu görevlileri ve diğer kişiler bakımından sır saklama yükümlülüğü ve kamu görevlileri bakımından koruma yükümlülüğü getirilmiş olsa da bize göre bu yükümlülükler her durumda sırların korunmasının sağlanması için yeterli değildir. Sırların korunmasına ilişkin çözüm önerileri ise, ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bknz. Aşa. s. 129 vd.

maddesine göre 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” ifade eder. Anılan maddenin gerekçesine göre, maddede ticarî sırrın ayrıntılı bir şekilde tanımı yapılarak, bu kavramın anlam ve kapsamının belirlenmesinde ortaya çıkabilecek tereddütlerin engellenmesi amaçlanmıştır. Ancak yapılan tanımda sır sahibinin gizli tutma iradesinin bulunması gerektiği yönünde bir unsur aranmadığı dikkat çekmektedir.

Ticarî sırların tanımlandığı başka bir düzenleme ise, Rekabet Kurumu Başkanlığı’nın 2010/ 3 numaralı Dosyaya Giriş Hakkının Düzenlenmesine ve Ticarî Sırların Korunmasına İlişkin Tebliğidir. Söz konusu Tebliğ’in 12’nci maddesinde ticarî sır, “teşebbüslerin faaliyet alanları ile ilgili olan ve gizli tutma iradesine sahip oldukları, yalnızca belirli ve kısıtlı bir kesim tarafından bilinen ve elde edilebilen, başta rakipleri olmak üzere üçüncü kişilere ve kamuya açıklanması halinde ilgili teşebbüsün ciddi zarar görme ihtimali bulunan her türlü bilgi ve belge” olarak tanımlanmıştır. Ancak kanaatimizce bilgi ve belgenin ticarî sır niteliğine sahip olabilmesi için, açıklanması halinde ciddi zarar görme ihtimalinin bulunması mutlaka aranması gereken bir unsur değildir. Sır sahibinin sırrın açıklanmasından göreceği zarar ciddi boyutta olmasa dahi, ilgili bilgi ve belge ticarî sır olarak nitelendirilebilmelidir⁶¹. Aksi takdirde, ticarî sırlara sağlanan korumanın alanı ciddi zarar görme ihtimalinin öngörülemediği oranda daraltılmış olur.

Doktrinde de çeşitli tanımları yapılan⁶² ticarî sır kavramına ilişkin yargı kararlarında, genellikle bir tanım yapılmaksızın somut olaya ilişkin yorumlarla bilginin ticarî sır olup olmadığının değerlendirildiği görülmektedir. Bu kapsamda ticarî sır, şirketin portföyünde yer alan müşteri ve tedarikçi listeleri, güvenlik talimatları, iş metotları, kataloglar, fiyat listeleri gibi unsurları kapsayan, genel metot ve taslak gibi kolayca hatırlanabilecek nitelikte

⁶¹ Aynı yönde bkzn. SULU, s. 11.

⁶² Doktrinde yapılan bazı ticarî sır tanımları için bkzn. UŞAN, s. 25; GÜRBÜZ USLU, s. 29; TURANBOY, s. 368, 369; SULU, s. 12; BİLGE, s. 5.

olmayan, toplumun bilgisi dahilinde bulunmayan, rakip firmalarca bilinmeyen gizli bilgi veya belge olarak açıklanmaktadır⁶³.

2016/ 943/ EC sayılı Direktifin 2'nci maddesine göre ticarî sır, a) söz konusu bilginin bu türüyle normal olarak ilgilenen çevrelerdeki kişiler tarafından genellikle bilinen veya kolay erişilebilen bir yapı veya bileşen olmadığı için gizli olan, b) ticarî sır oldukları için ticarî değer taşıyan, c) söz konusu bilgiyi hukuken kontrolünde tutan kişi tarafından sır olarak kalabilmesi için şartlara göre makul gizlilik önlemlerinin alındığı bilgidir. Direktifte yapılan tanıma göre bir bilginin ticarî sır olarak nitelendirilebilmesi için, sayılan tüm kriterleri taşıması gerekir.

Alman hukukunda ticarî sır kavramı genel olarak, işletme sırrı ve ticarî sır anlamına gelen “*Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*”⁶⁴ kavramlarıyla anılmaktadır⁶⁵. Ancak bu kavramların ne maddî hukuka ne de usul hukukuna ilişkin kanunlarda tanımları vardır.

⁶³ Örnek kararlar için bkznz. Yargıtay 11. HD, 14.12.2017 T., 2016/ 6687 E., 2017/ 7273 K. sayılı Kararı; Yargıtay 11. HD, 14.11.2017 T., 2017/ 4158 E., 2017/ 6168 K. sayılı Kararı; Yargıtay 11. HD, 11.10.2017 T., 2016/ 21243 E., 2017/ 15442 K. sayılı Kararı, (www.kazanci.com, Söz konusu kararlara E.T. 02.02.2018), Yargıtay 11. HD, 2.6.2005 T., 2004/ 7827 E., 2005/ 5755 K. sayılı Kararı, (www.kazanci.com, E.T. 05.04.2015).

⁶⁴ İşletme sırrı ve ticarî sır farklı kavramlardır. İşletme sırrı tercihen teknik bilgileri temsil ederken, ticarî sır organizasyon ve ticarete ilişkin detayları nitelemek için kullanılır. Örneğin, proje çizimleri, reçeteler, fikirler veya üretim yöntemleri işletme sırrı kapsamında değerlendirilirken, müşteri listeleri, gelir kaynakları, bilançolar, fiyat listeleri veya hesaplar ticarî sır olarak kabul edilir. Ancak sonuç olarak her iki kavram da ticarî işletmeye ait sırları ele almaktadır. Bu sebeple medenî yargılama hukuku bakımından işletme sırrı ve ticarî sır kavramları arasında ayırım yapmanın pratik bir önemi yoktur. Nitekim bu kavramlar arasında tam bir sınır çizmek de mümkün değildir. Dolayısıyla işletme sırrı ve ticarî sır kavramlarının ticarî sırları nitelemek için üst kavram olarak kullanılmaları yanlış olmayacaktır. STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 5; SIEBERT, Melanie; Geheimnisschutz und Auskunftsansprüche im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen 2011, s. 24; MALMSTRÖM, s. 35; WALKER, Wolf-Dietrich; “Zur Problematik beweisrechtlicher Geheimverfahren an einem Beispiel aus dem Arbeitsgerichtsprozeß”, Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Herne/ Berlin 1997, s. 150.

⁶⁵ Alman hukukunda kanunî düzenlemelerde ticarî sırrı ifade etmek amacıyla kullanılan ortak bir kavram olmadığı, hem “*Geschäftsgeheimnis* (§ 34 Abs. 1 S. 3 BDSG)” ve “*Betriebsgeheimnis* (§ 172 Nr. 2 GVG)” kavramlarının ayrı ayrı kullanıldığı, hem de “*Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse* (§§ 53 II Nr 2 BetrVG)”, “*Geschäfts- oder Betriebsgeheimnisse* (§§ 17 Abs. 1 UWG, § 93 Abs. 3 AktG)”, “*Fabrikationsgeheimnisse* (§ 90 AktG)”, “*Kunst- oder Gewerbegeheimnisse* (§ 384 Nr. 3 ZPO)”, “*Handels-, Industrie-, Gewerbe-, oder Berufsgeheimnis oder ein Geschäftsverfahren* (§ 117 Abs. 3 Nr. 4 AO)”, “*Herstellungs- und Betriebsgeheimnisse* (§ 139 III 2 PatG)” şeklinde kavram kombinasyonu olarak ifade edildiği görülmektedir. Doktrinde ve yargı kararlarında da ortak bir kavram kullanılmamakta, üst kavram olarak “*Wirtschafts-*”, “*Betriebs-*”, “*Geschäfts-*” ya da “*Unternehmensgeheimnis*” kavramlarının kullanılıp kullanılmayacağı tartışılmaktadır. Buna karşın, anılan kavramların içerikleri bakımından geniş ölçüde birlik içinde olduklarını belirtmemiz gerekir. İşletme sırrı ve ticarî sırrı kavramlarının içeriğiyle kesişen ve fakat tamamen örtüşmeyen kavram ise, Know-How’dır. Bu yönde bkznz. RAMÍREZ, Aldoney Rodrigo; Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, KENZINGEN 2009, s. 26; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 6; GÖTZ, s. 10; SIEBERT, s. 239; MALMSTRÖM, s. 38; BEYERBACH, Hannes; Die geheime Unternehmensinformation, Tübingen 2012, s. 107.

Doktrinde⁶⁶ ve yargı kararlarında⁶⁷ işletme sırrı ve ticarî sır kavramları, bu kavramların temel unsurlarını belirleyen § 17 UWG hükmüne atıf yapılarak, bir ticarî işletme ile bağlantılı olan, sınırlı bir kişi grubu tarafından bilinen, sahibinin gizli tutma konusunda açık veya fark edilebilir iradesinin ve objektif bir haklı menfaatinin olduğu maruf olmayan olay, süreç ve durumlar şeklinde açıklanmaktadır.

İsviçre hukukunda ticarî sırrı ifade etmek için kullanılan “*Geschäftsgeheimnis*” kavramı çeşitli kanunlarda yer almasına rağmen herhangi bir tanımı ya da açıklanması yapılmadığı için belirsizliklerle dolu ve yoruma muhtaç bir kavram olarak nitelendirilmektedir⁶⁸. Doktrinde ve yargı kararlarında ticarî sır kavramı, bir ticarî işletmenin ticarî alanına ilişkin olan, sadece sınırlı bir kişi çevresince erişilebilen ve sır sahibinin gizli tutulması yönünde haklı menfaatinin bulunduğu bilgi şeklinde tanımlanmaktadır⁶⁹. Sır sahibinin teknik ve ekonomik bilgi birikiminin korunmasını da hedefleyen ticarî sırların kapsamı, yargı kararlarında geniş yorumlanmaktadır⁷⁰.

Avusturya hukukunda “*Geschäftsgeheimnis*”⁷¹ şeklinde anılan ticarî sır, genel kabul gören tanıma göre, bir ticarî işletme veya şirketin ticarî ve teknik alanına ilişkin, yalnızca belirli ve sınırlı sayıda kişi tarafından bilinen, diğer kişiler için erişilemez veya sıkı şartlar altında erişilebilir olan ve sır sahibinin sırdaş çevre dışına çıkmaması yönünde en azından fark edilebilir iradesinin olduğu olgudur⁷².

Hukukumuzda ve karşılaştırmalı hukukta yapılan tanımlar çerçevesinde ticarî sır kavramı tüm boyutlarıyla şu şekilde tanımlanabilir: Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanına ilişkin olan, yalnızca belirli bir kişi çevresi tarafından erişilen ve bilinen, hâlihazırda veya olası bağımsız bir ekonomik değeri olan, sahibi lehine rekabet avantajı sağlayan, açıklanması sahibinin rekabet gücünü etkileyen, rakiplerce bilinmemesi gereken,

⁶⁶ GÖTZ, Andreas; Der Schutz Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren, Tübingen 2014, s. 10 vd; BEYERBACH, s. 90 vd; MALMSTRÖM, s. 50.

⁶⁷ BGH, NJW 1960, 1999, 2000.

⁶⁸ DRUEY, Jean Nicolas; Geheimsphäre des Unternehmens: Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Basel 1977, s. 137.

⁶⁹ RODRÍGUEZ, Rodrigo; “Der Geheimnisschutz in der neuen Schweizerischen ZPO”, ZJP, 123. Bd., H. 3, 2010, s. 315.

⁷⁰ BGE 80 IV 27 2 a, BGE 103 IV 283, 284 2 b.

⁷¹ Medenî yargılama hukuku çerçevesinde ticarî sırların korunması, belgelerin ibrazından kaçınma sebeplerini düzenleyen § 305 Nr. 5 öZPO ve tanıklıktan çekinme sebeplerini düzenleyen § 321 Abs, 1 Nr. 5 öZPO hükümlerinde ele alınmıştır. Bu hükümlerde “*Kunst- oder Geschäftsgeheimnis*” kavramı kullanılarak, doktrinde ticarî sırları ifade etmek için kullanılan “*Betriebs- und Geschäftsgeheimnis*” kavramının kapsamı genişletilmiş ve özellikle zihinsel veya fiziksel yeteneklere ilişkin koruma sağlanmıştır, SCHUMACHER, s. 289, 290.

⁷² SCHUMACHER, s. 290; ÖJZ 2005/ 17, 288.

ancak kanunlarda öngörülen hallerde yetkili mercilere verilebilen, saklanması yönünde sahibinin açık veya örtülü iradesinin olduğu, gizli kalmasında haklı menfaatinin bulunduğu ve bunun için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, üçüncü kişilere açıklanmaması gereken gizli bilgidir.

Ticarî sırların hukuken koruma altına alınması, sır sahibi ticarî işletme veya şirketin iktisadî varlığı için zorunludur⁷³. Çünkü ticarî kazanımların korunması, rekabet piyasasında öne çıkma ve market şansı için büyük öneme sahiptir⁷⁴. Ticarî sırlara maddî hukuk kurallarında sağlanan korumanın aslî gerekçesi, korunan bilgilerin hukuka aykırı olarak toplanması ya da yetkisiz olarak aktarılması veya kullanılması gibi tehlikelerin engellenmesidir. Söz konusu tehlikeler, medenî yargılamada boyut değiştirir. Medenî yargılamada, bir ticarî işletme veya şirketin taraf ya da üçüncü kişi olarak usulî dezavantajlardan sakınmak amacıyla sırlarını mahkemeye sunmak konusunda kendisini mecbur hissetmesi veya doğrudan doğruya açıklamaya zorlanması, ticarî sır saldırısının *kalenin içinden yapılması* olarak görülmektedir⁷⁵. Tehlike öncelikle, özellikle taraf sıfatıyla davada yer alanlar ya da mahkemece görevlendirilen bilirkişiler, aleniyet sebebiyle duruşmaya katılanlar veya mahkeme çalışanları gibi üçüncü kişiler tarafından sırrın doğrudan doğruya yargılama sebebiyle öğrenilmesinden doğar. Çünkü bu durumda gizli tutulmak istenen bilgi sır sahibinin kontrol sahasından çıkmış ve davanın bir parçası haline gelmiştir. Bu anlamda, davadan kaynaklanan bağlantılar sebebiyle öğrenilip yayılması muhtemel olan ticarî sırrın korunması için yargılama sırasında da birtakım önlemler alınması şarttır⁷⁶. Ticarî sırların medenî yargılama hukuku kapsamında korunması, sadece sır sahibinin değil, aynı zamanda ekonomik olarak sır sahibine ortak ya da bağlı olan grupların da menfaatinedir⁷⁷. Medenî yargılama hukukunda ticarî sırların korunması için hiçbir imkân

⁷³ Ticarî sırların korunması amacına hizmet etmek üzere, Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 23'üncü maddesinde, *"kanunlarda ticarî sır olarak nitelendirilen bilgi ve belgeler ile, kurum ve kuruluşlar tarafından gerçek veya tüzel kişilerden gizli kalması kaydıyla sağlanan ticarî ve malî bilgiler, bu Kanun kapsamı dışındadır"* hükmü kabul edilmiştir.

⁷⁴ SCHUMACHER, s. 289.

⁷⁵ STÄUBER, s. 58.

⁷⁶ Alman hukukunda sırların öğrenilmeleri halinde yayılmalarının muhtemel olacağını anlatmak için *"was drei wissen, das erfahren hundert (Üç kişinin bildiği şeyi yüz kişi öğrenir)"* atasözü kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. STADLER, Astrid; *"Was drei wissen, das erfahren hundert-Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums"*, Auskunftspflicht, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, s. 201; STÄUBER, s. 58.

⁷⁷ SCHUMACHER, s. 289.

öngörülmemesi, korumaya ilişkin maddî hukuk kurallarını büyük ölçüde etkisiz hale getirir⁷⁸.

Çalışmamızda başkasına ait ticarî sırrın öğrenilmesi amacıyla dava açılması, diğer bir ifadeyle medenî yargılama hukukunun istismar edilmesi öncelikli problem olarak ele alınmayacaktır. Çünkü böyle durumlarda diğer önlemlerin alınmasından ziyade, medenî yargılama hukukunda da geçerli olan *dürüstlük kuralı* (*das Gebot von Treu und Glauben*) ve bunun yansıması olan *dava açma hakkının kötüye kullanılması yasağı* (*das Verbot des Rechtsmissbrauchs Abhilfe*) problemin üstesinden gelmek için kullanılır⁷⁹. Nitekim karşı taraf ve mahkeme, tarafın kendisine tanınan usulî yetki ve imkânları amaç dışı kullanmasına karşı korunmalıdır. Dava hakkının sınırı ise, dürüstlük kuralıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bu sınır, dava açma hakkını kötüye kullanan tarafın dava hakkını kaybetmesi yönünde çizilmemiştir. Böyle durumlarda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 329'uncu maddesinde düzenlenen kötü niyetle ve haksız dava açılmasının sonuçları işlerlik kazanır⁸⁰. Söz konusu maddeye göre, “*kötüniyetli davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, yargılama giderlerinden başka, diğer tarafın vekiliyle aralarında kararlaştırılan vekâlet ücretinin tamamı veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilebilir. Vekâlet ücretinin miktarı hakkında uyuşmazlık çıkması veya mahkemece miktarının fahiş bulunması halinde, bu miktar doğrudan mahkemece takdir olunur. Kötüniyet sahibi davalı veya hiçbir hakkı olmadığı halde dava açan taraf, bundan başka beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezası ile mahkûm edilebilir. Bu hallere vekil sebebiyet vermiş ise disiplin para cezası vekil hakkında uygulanır*”.

Medenî yargılama hukukunda karşılaşılan asıl zorluk, iyi niyetle açılan ve ticarî sırların dava konusu yapıldığı veya delil olarak gösterildiği davalarda ticarî sırların korunmasıdır. Özellikle patent hakkının ihlâlî sebebiyle açılan davalar, haksız rekabet davaları ve ürün sorumluluğu davalarında ticarî sırların ifşa edilmesi tehlikesi vardır⁸¹. Örneğin patent hakkı sahibi, ihlâl sebebiyle uğradığı zararın tazmini veya tecavüzün meni

⁷⁸ Medenî yargılama hukukuna ilişkin kurallarla maddî hukukun bahsettiği haklara ulaşılmasının zorlaştırılmaması ve engellenmemesi yönünde bkz. ERMENEK, İbrahim; “Medenî Usul Hukukunda Şekilcilik”, GÜHFD, C.4, Sy. 1-2, Y. 2000, s. 142 vd.

⁷⁹ Dava hakkının kullanılmasında dürüstlük kuralına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, Ramazan; Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989, s. 71 vd ve 113 vd.

⁸⁰ Kötüniyetli taraflar bakımından kabul edilen ve dürüstlük kuralına aykırılıkların azalmasını sağlayacak nitelikte olan HMK md. 329 hükmü gereğince, diğer tarafın vekiliyle yaptığı vekâlet sözleşmesi üzerinden yargılama giderlerine hükmedilmesi veya en azından Av. K. md. 169'da düzenlenen üç katı oranının uygulanması yoluna uygulamada yeterince başvurulmadığı görülmektedir. Bu yönde bkz. ATALAY, Pekcanitez Usûl III, s. 2395, 2396.

⁸¹ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 108 vd.

amacıyla dava açtığında, istisnaî haller dışında, davalının patentli buluşu fiilen kullandığını ispatlamak zorundadır. Bu durumda yargılamaya ilişkin sorunlar, genellikle davalının açıklamak istemediği kendi gizli usulünü kullandığını iddia etmesiyle ortaya çıkar. Ayrıca tazminatın hesaplanması için, ciro gelişimi, maliyet hesapları, müşteri tabanının gelişimi gibi hususların incelenmesi gerekliliği de ticarî sırları tehlikeye düşürür. Bu gibi durumlarda davalı veya davacı bakımından hem teknik hem de teknik olmayan ticarî sırlar risk altındadır. Ürün sorumluluğu davalarında ise, davacının davalının bir ürünü sebebiyle zarar gördüğü iddiasının ürünün imalatı ve bileşimi hakkında bilgi sahibi olunmaksızın ispatlanması nadir durumlarda mümkündür. İşte böyle hallerde, know-how, tescilli patent, tescilsiz buluş, faydalı model ya da ticarî defter gibi ticarî sır içeren unsurların⁸² mahkemeye sunulmaları ya da mahkemeye sunulduktan sonra korunmaları temel problem olarak karşımıza çıkar⁸³. Çıkış noktası ticarî sırların korunması olan konuya ilişkin çözüm önerileri ise, ikinci bölümde ayrıntılı olarak tartışılacaktır⁸⁴.

⁸² Ticarî sır kapsamında korunması gereken belgeler hakkında bkzn. ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrası, s. 356 vd.

⁸³ Taraflarının kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere olduğu gibi, birbirlerine karşı da korunmaları gerekebilir. Tarafların sırlarının birbirlerinden korunması ihtiyacı, özellikle ticarî sırlar söz konusu olduğunda ortaya çıkar. Patent hakkından kaynaklanan uyuşmazlıklar nedeniyle açılan davalar ise sırların ortaya çıkmasının tarafları büyük zararlara uğratacağı riskli durumların başında gelir. Bu sebeple uluslararası ve ulusal düzenlemelerde patent hakkının yargılama sırasında da korunabilmesi için birtakım hükümler sevk edilmiştir. Örneğin, hukukumuzda sık karşılaşılan patent uyuşmazlıklardan birisi, ilaç endüstrisi bünyesinde yaşanmaktadır. Patent hukuku bakımından ilaç endüstrisinin özelliği, ruhsattır (TEKİNALP, s. 551). Bir ilacın üretilmesi ve devamında dağıtılabilmesi ve satılabilmesi Sağlık Bakanlığı'ndan ruhsat alınmasına bağlıdır. Sağlık Bakanlığınca ruhsat verilmeden önce, ilacın özellikleriyle ilgili farmakolojik ve toksikolojik testler ve klinik araştırmalar yapılır veya yaptırılır (TEKİNALP, s. 551). Bunların sonucunda oluşturulan veriler, ruhsat isteyen tarafından Sağlık Bakanlığına verilir. Sağlık Bakanlığı'nın BTÜRuhsYön md. 9 kapsamında kısaltılmış başvuru yapılması durumunda ise, anılan maddede aranan şartlardan birisi varsa, başvuru sahibi test ve klinik araştırma sonuçlarını sunmak zorunda değildir. Ayrıca, Bolar istisnasının yansması olan SMK md. 85/ II, c hükmüne göre, ilaçların ruhsatlandırılması ve bunun için gerekli test ve deneyler de dahil olmak üzere, patent konusu buluşu içeren deneme amaçlı fiiller patentin sağladığı hakkın kapsamı dışındadır. Jenerik firmaya patent süresi dolmadan ruhsatlandırma başvurusu ve bunun için gerekli test ve deneyleri yapma imkânı tanıyan bolar istisnasının amacı, 20 yıllık patent koruma süresinin fiilen uzamamasını sağlamaktır. Bu sebeple 6 yıllık veri imtiyaz süresi içinde de bu istisnanın uygulanması gerektiği kabul edilmektedir (Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkzn. TEKİNALP, s. 551 vd; ÇOLAK, Uğur; "Kısaltılmış Ruhsat Başvurularından Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulanması", Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul 2009, s. 227 vd; AKTAŞ DAĞ, Yasemin; "Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi", FSHD, C. 13, Sy. 49, Y. 2017, s. 35 vd). Anılan düzenlemeler sebebiyle uygulamada TRIPS md. 39 gereğince veri imtiyazına sahip olan referans ilaç üreticilerinin jenerik ilaç üreticilerine haksız rekabete ilişkin hükümlere ve patent hakkına dayanarak tecavüzün tespiti, önlenmesi, durdurulması veya kaldırılması amacıyla dava açmakta oldukları görülmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin yerleşik uygulaması, veri imtiyazı süresi devam eden ilaç ruhsat dosyası referans gösterilerek yapılan kısaltılmış başvurunun yasal bir düzenlemeye - BTÜRuhsYön md. 9'a- dayanması sebebiyle tek başına haksız rekabet teşkil etmeyeceği ve ruhsatlandırma amacıyla gerçekleştirilen fiillerin Bolar istisnası kapsamında olduğu yönündedir. Bu yönde kararlar için bkzn. Yargıtay 11. HD, 17.02.2011 T., 2009/ 859 E., 2011/ 1835 K. sayılı Kararı, Yargıtay 11. HD, 17.07.2017 T., 2016/ 1160 E., 2017/ 41 K. sayılı Kararı.

⁸⁴ Bu yönde bkzn. Aşa. s. 129 vd.

2.1.2.3. Meslek Sırrı

Meslek sırrı, bir meslek ve sanatın icrası vesilesiyle öğrenilen, başka kişiler tarafından bilinmeyen ve sır sahibinin iradesinin bu sırların açıklanmaması yönünde olduğu gizli bilgi şeklinde tanımlanabilir⁸⁵. Mesleğin yerine getirilebilmesi için öğrenilmesi zorunlu olan sır, meslek sırrıdır. Meslek sırrı, temelde belirli meslek grupları ile toplum arasında olması gereken güven ilişkisinden doğar. Avukatlar, noterler, bankacılar, hekimler, eczacılar, arabulucular ve gazeteciler gibi kişilerin meslekleri nedeniyle öğrendikleri sırları kural olarak açıklamamaları gerekir.

Öteden beri özel olarak korunması gereken bir durum olarak görülen meslek sırrı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklıktan çekinme kapsamında ele alınmaktadır⁸⁶. Taraflar veya üçüncü kişiler, meslek sırrı içerdiği gerekçesiyle belgeyi ibrazdan da kaçınabilirler⁸⁷. Meslek sırrı, tarafların belgeyi ibrazdan kaçınabilmeleri için haklı sebep teşkil eder. Çünkü bir davada taraf olmak, meslek sırrından kaynaklanan açıklamama yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Aksine, meslek sırrını açıklamama yükümlülüğü olan tarafın usulî aydınlatma ödevi sona erer ve tarafın bu sebeple ibrazdan kaçınması delillerin değerlendirilmesinde aleyhine yorumlanmamalıdır⁸⁸. Üçüncü kişiler de tanıklıktan çekinme hükümlerine göre meslek sırrına dayanarak belgeyi ibrazdan kaçınabilirler. Meslek sırrı nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı, belirli meslek grupları üzerinde özel olarak durulmak suretiyle, ikinci bölümde ayrıca ele alınacaktır⁸⁹.

2.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

2.2.1. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunması hakkı, teknolojik gelişmeler sonucunda kişilerin kendilerine ilişkin verileri koruma ve saklama ihtiyacının artması sonucu her geçen gün önemini arttıran bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁰. Çoğu hukuk sisteminde şeffaflık

⁸⁵ KURT KONCA, Alenîyet İlkesi, s. 285; GÜRBÜZ USLU, s. 49; SULU, s. 21.

⁸⁶ Tanıklıktan çekinme hakkı ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s.232 vd.

⁸⁷ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 358.

⁸⁸ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 359; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 205, 206; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 124; PLOCH-KUMPF, Ute; Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung, Frankfurt 1996.

⁸⁹ Bu yönde bkz. Aşa. s. 234 vd.

⁹⁰ Kişisel verilerin korunması hakkı bugün yeni ve güncel bir hak olarak nitelendirilse de bu hakkın temeli aslında yüzyıllar öncesine dayanmaktadır. M.Ö. 5. yüzyılda kabul edilen hekimin sır saklama yükümlülüğü, ilke olarak, kişisel verilerin korunması amacını taşır. Meslek gruplarının sahip olduğu özellik ve kişiler arası güven ilişkisinin kurulması ihtiyacı, din adamları, avukatlar ve bankacılar bakımından da bu ilkenin gelişiminin erken tarihlerde olmasını gerektirmiştir. Bu yönde bkz. Küzeci, Veri, s. 105; ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa

talebiyle bağlantılı olarak ele alınan kişisel verilerin korunması hakkına göre, ilgililer hangi verilerinin, hangi amaçla, kim tarafından toplandığı konusunda açıkça bilgilendirilmelidirler⁹¹.

Kişisel verilerin korunması hakkı, diğer birçok hak alanıyla olumlu ya da olumsuz anlamda yakın ilişki içindedir. Hak, özel hayatın gizliliği, bilginin geleceğini belirleme hakkı gibi haklarla birbirini desteklerken, hukukî dinlenilme hakkı, düşüncüyü açıklama özgürlüğü gibi haklarla çoğu durumda çatışma halindedir.

Kişisel verilerin korunması hakkının diğer hak alanlarıyla ilişkisi incelenmeden önce, bu hakkın hukukî niteliği tespiti edilmelidir. Doktrinde, kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliğiyle ilgili tartışmalar bulunmaktadır. Hakkın hukukî niteliğinin tespiti, yargılamaya hâkim olan ilkelerle kişisel verilerin korunması hakkının çatışması halinde, hangi hakka öncelik tanınacağıнын belirlenmesi için son derece önemlidir.

2.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkının Hukukî Niteliği

Kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliği, veri kavramına yüklenen değere göre farklılık göstermektedir. Anglo Sakson ve Kıta Avrupası hukuk sistemleri arasında ortaya çıkan bu durum, kıtaların, özellikle insan haklarına saygı noktasında, hukuk ve toplum hakkındaki temel düşüncelerinde var olan farklılıktan kaynaklanmaktadır.

Ekonomik ve teknolojik değer merkezli Amerika Birleşik Devletleri'nde, temel haklar nispeten statik karakterdedir⁹². Hakların gelişimi kanunî değişikliklerle değil, yorumlayıcı içtihat yoluyla desteklenir. Liberter devlet yönetimi, sosyal ve ekonomik özgürlüklerin müdahalelerden korumasını sağlamak için pasif durumda kalır⁹³. Bireysel

Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008, s. 5,6. Doktrinde ise, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin önemli çalışmalardan biri, Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis tarafından 15 Aralık 1890 tarihli Harvard Law Review' da yayınlanan "*The Right to Privacy*" isimli mahremiyet hakkını konu alan makaledir. Makale için bkz. <http://www.jstor.org/stable/1321160>, S.E.T. 11.07.2017. 10 Kasım 1948 tarihli BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve 4 Kasım 1950 tarihli AİHS'de kişisel verilerin korunması hakkının hukukî temelleri atılmış olsa da hakla ilgili münhasıran yapılan ilk yasal düzenleme 1970 yılında Almanya'nın Hessen Eyaletinde kabul edilen Hessen Veri Koruma Yasasıdır. Federal Almanya Veri Koruma Yasası (BDSG) ise, 1977 yılında yürürlüğe girmiştir.

⁹¹ TINNEFELD, Marie-Theres/ BENEDIKT, Buchner/ PETRI, Thomas; Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Bası, Münih 2012, s. 10.

⁹² BURKERT, Herbert; "Privacy-Data Protection: A German/ European Perspective", In Proceedings of 2nd Symposium of the Max Planck Project Group on the Law of Common Goods and the Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council, Wood Hole, Mass, 1999, s. 56, tamamı için bkz. <http://www.coll.mpg.de/sites/www/files/text/burkert.pdf>, S.E.T. 11.07.2017; KÜZECİ, Veri, s. 60; PELTZ-STEELE, s. 20.

⁹³ PELTZ-STEELE, s. 20.

özerklik, özgürlük üzerinde gelişir ve kişiler başarılı olsun veya olmasın kendi seçimlerinden sorumlu olurlar⁹⁴.

Sosyal değer merkezli Avrupa’da ise, temel haklar dinamiktir ve gün geçtikçe gelişmektedir⁹⁵. Sosyal devlet anlayışını benimseyen devlet yönetimi, bu gelişimi teşvik etme ve kişisel bağımsızlığı destekleme noktasında topluma karşı olumlu bir göreve sahiptir. Geleneksel Kıta Avrupası hukuku temel hak anlayışı ve veri koruma modelinde devlet, aktif bir rol üstlenerek toplumsal ilişkileri kanunla ayrıntılı olarak düzenler. Toplumu oluşturan kişiler de bağımlı bir sosyal sorumluluk sistemi içinde birbirlerine karşı sorumludurlar⁹⁶.

Bahsi geçen farklılıklar sebebiyle, kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliği, ekonomik bir hak ya da temel bir insan hakkı olarak iki farklı yaklaşım üzerinden değerlendirilebilir.

2.2.2.1. Ekonomik Hak Yaklaşımı

Kişisel verilerin korunması hakkı Amerikan hukukunda ekonomik bir hak olarak değerlendirilmektedir. Burada kişisel verilerin korunmasına yaklaşım sektörelidir. Çünkü amaç, güçlü bir bilgi ekonomisinin kurulmasıdır⁹⁷. Bu sebeple, kişisel verilerin korunması alanında kapsamlı ve katı düzenlemeler yapılması yerine geçici çözümler kabul edilmiştir. Özel veri işlemlerine ilişkin düzenlemelerin yapılması da devlet müdahalesi olmaksızın işlemeyi yapan özel kurumlara bırakılmıştır⁹⁸. Çünkü vatandaşlar genellikle, özel faaliyetlerin devlet tarafından düzenlenmesini bireysel özgürlüklerinin ihlali olarak görmektedir⁹⁹. Kişisel veriler düşük düzeyde korunduğu için, verilerin işlenmesi son derece az sınırlandırılır. Bu durum, Amerikan hukukunda kişisel verilerin meta olarak değerlendirilmesinden kaynaklanmaktadır. Diğer bir ifadeyle burada kişisel veriler, sadece kişiliğin bir uzantısı değil, aynı zamanda bir ürünü olarak nitelendirilir¹⁰⁰. Bu ürün üzerinde

⁹⁴ PELTZ-STEELE, s. 20.

⁹⁵ KÜZECİ, Veri, 60; PELTZ-STEELE, Richard J.; “The Pond Betwixt: Differences in the U.S.-EU Data Protection/Safe Harbor Negotiation”, Journal of Internet Law, C. 19, Sy. 1, Temmuz 2015, s. 20, tamamı için bkz. http://scholarship.law.umassd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1134&context=fac_pubs, S.E.T. 11.07.2017.

⁹⁶ PELTZ-STEELE, s. 20.

⁹⁷ SAMUELSON, s. 1173.

⁹⁸ POSDZIECH, Marion; US- amerikanische Discovery und deutsches Datenschutzrecht: Der Konflikt im Falle der Dokumentenvorlage, Wiesbaden 2017, s. 199.

⁹⁹ POSDZIECH, s. 199.

¹⁰⁰ AKGÜL, s. 73; AKSOY, s. 57.

sahip olunan hakkın niteliğine ilişkin de farklı görüşler vardır. Bu görüşler konumuzun sınırlarını aşmayacak şekilde incelenecektir.

2.2.2.1.1. Mülkiyet Hakkı Görüşü

Kişisel verilerin korunması hakkını mülkiyet hakkı kapsamında değerlendiren görüşe göre, kişisel verilerin toplanması ve kullanılması zahmetli ve verimsizken, bunların korunması pahalı ve yetersiz olduğu için, kişisel veriler üzerinde mülkiyet hakkına dayalı piyasa odaklı mekanizmalar düşünülmelidir¹⁰¹. Mahremiyetin istilasının bedava olmaması gerektiğini benimseyen bu görüşe göre¹⁰², kişisel verilerin mülk olarak kabul edilmesi, sahiplerine verileri üzerinde tasarruf etme imkânı sağlar. Bu durumda kişiler, oluşan veri pazarında verilerini satabilir ya da verilerinin hangi şartlar altında kullanılabileceğini kontrol edebilirler.

Kişisel veriler üzerindeki hakkın niteliğinin mülkiyet hakkı olduğu görüşü, kişilik haklarının ihlâli tehlikesini barındırdığı gerekçesiyle doktrinde haklı olarak eleştirilmektedir¹⁰³. Söz konusu eleştiriler karşısında bu görüşün taraftarları şu şekilde savunmalar ileri sürmektedir¹⁰⁴: Onlara göre, kişisel veriler üzerindeki hakkın mülkiyet hakkı olduğunun kabul edilmesi halinde, veri sahipleri, veri işleyenlerin sömürülerine karşı daha etkin şekilde korunabilirler. Zira bu durumda veri sahipleri, verilerinin işlenmesi talebi karşısında kendi menfaatlerini koruyabilecek konumdadırlar. Bunun gibi, verileri işlendikten sonra da kontrolü elinde bulunduran veri sahipleri, verilerinin hangi amaçlarla kullanılacağını belirleyebilirler. Böylece, insan hakları da garanti altına alınmış olur. Mülkiyet hakkı görüşünün güçlü yönü, verilerinin kötüye kullanılması durumunda, veri sahiplerinin mülkiyet hakkını ihlâl sebebiyle dava açma imkânına sahip olmalarıdır. Ayrıca, bu görüşün kabul edilmesi, sadece veri sahiplerinin değil, aynı zamanda veri işleyen teşebbüslerin ve genel anlamda veri pazarının menfaatlerinin de korunmasını sağlar. Çünkü

¹⁰¹ PRINS, Corien; "Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity", (Privacy), Haz. Guibault and Hugenholtz, The Future of the Public Domain, Kluwer Law International, Hollanda 2006, s. 224, tamamı için bkz. <https://ssrn.com/abstract=929668>, S.E.T. 11.07.2017; PRINS, J.E.J.; "The Propertization of Personal Data and Identities", Electronic Journal of Comparative Law, C. 8., Sy. 3., Ekim 2004, s. 1, tamamı için bkz. <https://www.ejcl.org/83/art83-1.PDF>, S.E.T. 11.07.2017.

¹⁰² LAUDON, Kenneth C.; "Markets and Privacy", Communications of the 1996, s. 103, tamamı için bkz. <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1306974.files/laudon.pdf>, S.E.T. 11.07.2017; PRINS, Privacy, s. 224.

¹⁰³ Eleştiriler için bkz. AKSOY, s. 64; KÜZECİ, s. 63; SAMUELSON, s. 1137.

¹⁰⁴ Savunmalar için bkz. AKSOY, s. 57; KÜZECİ, Veri, s. 62; PRINS, Corien; "When personal data, behavior and virtual identities become a commodity: Would a property rights approach matter?", (Personal data), SCRIPT-ed, C.3, Sy. 4, Haziran 2006, s. 271 vd., tamamı için bkz. <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/3-4-Prins.pdf>, S.E.T. 11.07.2017.

bu halde verileri satın almak zorunda kalan veri teşebbüsleri, daha az karşılık ödeyebilmek için, şimdiki durumdan daha az veri toplama eğilimi gösterirler. Kişisel verilerinin korunacağı düşüncesiyle veri sahiplerinin daha doğru bilgiler vermesi neticesinde de daha kaliteli ve güvenilir veri tabanları oluşur. Veri pazarının daha iyi işlemesini sağlayacak olan bu durum, hak ihlallerinin azalmasına da yardımcı olur. Mülkiyet hakkı görüşünü kabul edenlerin ileri sürdükleri diğer bir gerekçe, bu görüşün kabulünün ayrı bir kişisel veri koruma sistemi kurulması ihtiyacını ortadan kaldıracığı düşüncesidir.

2.2.2.1.2. Fikrî Mülkiyet Hakkı Görüşü

Kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliğine ilişkin diğer bir görüş, fikrî mülkiyet hakkı görüşüdür¹⁰⁵. Söz konusu görüşe göre, kişisel verilerin korunması hakkı ile fikrî mülkiyet hakkı, özellikle eser sahibinin eseri üzerinde sahip olduğu manevî haklar¹⁰⁶ arasında amaç bakımından bir benzerlik vardır. Bu benzerlik, kişiliğinin parçası olarak görülen eser üzerinde eser sahibinin *eseri umuma arz etme yetkisi* ve *eserde değişiklik yapılmasını yasaklama yetkisi* ile kişisel verilerin korunması hakkının veri sahibine tanıdığı yetkilerin paralellikinden doğar. Bu sebeple, kişisel veriler, fikrî mülkiyet hakkına benzer şekilde koruma altına alınabilirler. Nitekim, her iki hakkın da temel amacı, bilgilerin korunması ve kontrolünün sağlanmasıdır¹⁰⁷.

2.2.2.2. Temel İnsan Hakkı Yaklaşımı

Avrupa Hukuk Sisteminde kişisel verilerin korunması hakkının temel insan hakkı olduğu görüşü hâkimdir¹⁰⁸. Bu yaklaşıma göre, kişiliğin korunması ve serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanan kişisel verilerin korunması hakkı, insan onuru ile temel hak ve hürriyetlere hizmet eder.

¹⁰⁵ Bu yönde bkz. AKSOY, s. 66; COFONE, Ignacio; “The Dynamic Effect of Information Privacy Law”, Minnesota Journal of Law, Science and Technology, C. 18, Sy. 2, 2017, s. 542 vd., tamamı için bkz. <http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=mjlst>, S.E.T. 11.07.2017; KÜZECİ, Veri, s. 64; SAMUELSON, s. 1129 vd.

¹⁰⁶ Manevî haklar, eser sahibinin eserle olan manevî bağlarına ilişkin olan ve eser sahibine herhangi bir maddî getirisi olmayan haklardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.; Sinaî Haklarla Karşılaştırmalı Fikrî Haklar, (Fikrî Haklar), Ankara 2006, s. 218; TEKİNALP, s. 160 vd.

¹⁰⁷ AKSOY, s. 60; AYÖZGER, s. 15; BEYTAR, s. 57.

¹⁰⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. BODENSCHATZ, Nadine; Der europäische Datenschutzstandard, Düsseldorf 2010, s. 74 vd; FUSTER, Gloria González; The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, İsviçre 2014, s. 163 vd.; GENZ, Alexander; Datenschutz in Europa und den USA, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Safe-Harbor-Lösung, Wiesbaden 2004, s. 7 vd; PLACZEK, s. 35 vd.

Temel insan hakkı yaklaşımı, kişisel verilerin korunması hakkını genel kişilik hakkının bir parçası olarak görür¹⁰⁹. Genel kişilik hakkı, bireylere sadece devlet kurumlarına karşı kullanabilecekleri bir savunma imkânı tanımaz. Aynı zamanda, veri işleminin özel kurumlarca yapılması halinde ortaya çıkabilecek tehlikelere karşı bireylerin korunmasını da devletin görevi olarak görür¹¹⁰. Söz konusu yaklaşım, kişisel verilerin ekonomik değerini yadsımamakla birlikte, kişisel verilerin mülkiyet hakkının konusunu oluşturacak bir değer olarak kabul edilmesini etik bulmamaktadır. Burada veri öznesi, veri pazarında alıcı veya satıcı olarak değil, birey olarak tanımlanır.

Birçok uluslararası düzenlemede, kişisel verilerin korunması hakkının temel insan hakkı olduğu yaklaşımı benimsenmektedir. 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün birinci maddesinde, başta kişisel verilerin korunması hakkı olmak üzere, gerçek kişilerin temel hak ve hürriyetlerin korunması amaç olarak belirlenmiştir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (md. 12), BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (md. 17), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (md. 8) gibi önemli uluslararası düzenlemelerde de, kişisel verilerin korunması hakkı, özellikle özel hayatın gizliliği ve mahremiyet hakkı kapsamında temel bir insan hakkı olarak güvence altına alınmıştır. Ancak bu durum doktrinde kişisel verilerin korunması ile mahremiyet kavramlarının birbirine karıştırıldığı gerekçesiyle temel insan hakkı yaklaşımının eleştirilmesine neden olmaktadır¹¹¹.

2.2.2.3. Değerlendirme

Kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliğine ilişkin değerlendirme, Anayasa'nın ruhuna uygun olarak yapılmalıdır. Anayasa'nın ikinci maddesi temelinde, hukukumuzda kabul edilmesi gereken yaklaşım, temel insan hakkı yaklaşımı olmalıdır. Sosyal bir hukuk devletinde, kişiliğin korunması ve serbestçe geliştirilmesi hakkına dayanan kişisel verilerin korunması hakkı, meta olarak görülemez. Kişisel verilerin korunması hakkının, Anayasa'nın 20'inci maddesinde, temel insan hakkı olan özel hayatın gizliliğinin devamında düzenlenmiş olması, hukukumuzda kabul edilen yaklaşımı ortaya koymaktadır.

¹⁰⁹ HAFIZOĞULLARI, Zeki; "İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması", AÜHFD, C. 46, Sy. 1-4, Y. 1997, s. 2 vd. Kişilik hakkı, bireyin maddî, manevî bütünlüğüne ilişkin değerleri korur. Sınırlı sayım olmamakla birlikte, kişilik hakkı sayılan değerler, kişinin yaşamı, beden tamlığı, sağlığı, özgürlükleri, şeref ve haysiyeti, adı, görüntüsü - sözü ve bu kapsamda tezip hakkı, sır alanı ve özel hayat alanı, ekonomik özgürlük alanı, meslekî şeref ve haysiyeti, meslekî ve ticarî sır alanı olarak sayılabilir. Ayrıntılı bilgi için bknz. AKGÜL, s. 55 vd.; AKSOY, s. 45 vd.; OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014, s. 159 vd.

¹¹⁰ POSDZIECH, s. 199.

¹¹¹ Eleştiriler için bknz. AKSOY, s. 62;

Keza Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun amacını düzenleyen birinci maddesinde de kişisel verilerin korunması hakkının hedefinin kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin korunması olduğu açıkça belirtilmiştir.

Günümüz koşullarında kişisel verilerin ticarî değerinin olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Ancak mülkiyet hakkının tanıdığı yetkiler çerçevesinde kişisel verilerin veri pazarında pazarlanabilecek mal olarak görülmeleri, her durumda kişisel verilerin korunması hakkının amacına uygun sonuç doğurmaz¹¹². Örneğin, veri pazarında karşı karşıya gelen tarafların eşit şartlarda olmaları mümkün olmayabilir, ki bu da zayıf olan tarafın korunamaması tehlikesini doğurur. Ayrıca, mülkiyet hakkının sahibine tanıdığı yetkiler de kişisel veriler bakımından her zaman uygunluk teşkil etmez. Mülkiyet hakkı¹¹³, hak sahibine pasif ve aktif yetki sağlar. Pasif yetki, ihlâllere karşı mülkiyet hakkı konusunu koruma yetkisidir. Aktif yetki ise, hak sahibine mülkiyet hakkı konusu üzerinde kullanma, yararlanma ve tasarruf etme imkânı tanır. Tasarruf yetkisinin kişisel veriler üzerinde kullanılmasının kabulü güçtür¹¹⁴. Çünkü, veri öznesinin kişisel verisini satması halinde, satın alan kişi veriyi üçüncü bir kişiye veri öznesinin rızasını almaksızın devredebilir¹¹⁵. Veri öznesinin isteği dışında kişisel verisinin paylaşılması, diğer bir ifadeyle, veri öznesinin mutlak şekilde soyutlanarak veri üzerinden kontrolünün ortadan kalkması, kişisel verilerin korunması hakkının amacına aykırıdır¹¹⁶. Mülkiyet hakkının amacı, kıt kaynakların dağılımının sağlanmasıdır. Ancak kişisel veriler bakımından kaynak kıtlığı söz konusu değildir. Burada kıt olan kişisel veriler değil, bilgi gizliliğidir¹¹⁷. Dolayısıyla, mülkiyet hakkı görüşü işlev ve amaç olarak kişisel verilerin korunması amacına hizmet etmez.

Fikrî mülkiyet hakkı görüşü ise, kişisel verilerin *fikir ürünü* olarak nitelendirilemeyeceğinden bahisle haklı olarak eleştirilmektedir¹¹⁸. Nitekim, kişisel veriler, güç ve çaba sarf edilerek bilinçli bir şekilde oluşturulan fikir ürünü değil, kişinin yaşamından doğan doğal sonuçlardır¹¹⁹. Fikrî mülkiyet hakkı, fikrî ve sınaî hakların gelişimi ve

¹¹² Mülkiyet hakkının, insan haklarına dayalı mahremiyet hakkıyla uyumlu olmadığı yönünde tartışmalar için bkz. PRINS, Personal Data, s. 272; PRINS, Privacy, s. 234.

¹¹³ OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY, Saibe; Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017, s. 23.

¹¹⁴ SAMUELSON, Pamela; "Privacy as Intellectual Property", Stanford Law Review, C. 52: 1125, 2000, s. 1137, tamamı için bkz. <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3137&context=facpubs>, S.E.T. 11.07.2017.

¹¹⁵ SAMUELSON, s. 1138; PRINS, Propertization, s. 5.

¹¹⁶ AKSOY, s. 65.

¹¹⁷ KÜZECİ, s. 63, 64; SAMUELSON, s. 1138.

¹¹⁸ KÜZECİ, s. 64-65.

¹¹⁹ PRINS, Personal Data, s. 296; SAMUELSON, s. 1140.

kalkınmasını teşvik etmek amacıyla geliştirilmiştir¹²⁰. Kişisel verilerin korunmasının böyle bir teşvik amacı yoktur. Kişisel verilerin korunmasındaki amaç, hakkın hak sahibinin izni olmaksızın kullanılıp kullanılmadığı değil, verilerin kimler tarafından ne şekilde kullanılacağına belirlenmesidir¹²¹. Fikrî mülkiyet hakkının ihlâli halinde ortaya çıkacak zarar öngörülebilirken, kişisel verilerin korunması hakkının ihlâlinin veri öznesi bakımından doğuracağı zararın sınırlarını tahmin etmek de zordur¹²². Bu sebeplerden dolayı, kişisel verilerin korunmasının fikrî mülkiyet hakkıyla sağlanması mümkün değildir.

Kişisel verilerin korunması hakkının kaynağında, bireyin yalnız bırakılma hakkı olarak ifade edilen mahremiyet hakkı vardır. Özel hayatın gizliliği hakkı ise, mahremiyet hakkından daha geniş alanı kapsar. Fakat günümüzde kişisel verilerin korunması hakkının amacı, mahremiyet hakkı ve salt özel hayatın gizliliği hakkı ile sağlanamaz. Çünkü kişisel verilerin korunması ihtiyacı, sadece özel hayat alanında ortaya çıkmayabilir. Kişinin kamuya açık hayat alanına ilişkin verilerinin de korunması gereklidir. Bu noktada, kişilik hakkının bir görünümü olarak değerlendirilen *bilginin geleceğini belirleme hakkı (das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)*¹²³ devreye girmektedir¹²⁴. Bu bağlamda, kişisel verilerin korunması hakkı, mahremiyet hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı ve bilginin geleceğini belirleme hakkı gibi haklarla yakın ilişki içinde olan, insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesine hizmet eden temel bir insan hakkı olarak nitelendirilmelidir.

2.3. Sırların Korunması Menfaati

Bir kimsenin gizli tutmak istediği bilinmeyen, başka bir deyişle sahibi tarafından sır olarak nitelendirilen olgular, sadece gizli tutulmaları yönünde haklı bir menfaat olduğunda kanunî anlamda korunmaya değer sır sayılırlar. Sır kavramı hakkında temel bilgiler verilirken belirtmiş olduğumuz gibi¹²⁵, sır objektif ve sübjektif unsurlardan meydana gelir. Önceki dönemlerde doktrinde ve yargı kararlarında irade teorisi ile menfaat teorisini savunanlar arasında sübjektif unsur olan sır saklama iradesinin ve objektif unsur olan gizli olma özelliğinin yanında haklı gizli tutma menfaatini bir objektif unsur olarak aranıp aranmayacağı konusunda sert bir tartışma yaşandığı görülmektedir¹²⁶. Baskın görüş, bu

¹²⁰ Ayrıntılı bilgi için bkznz. BOZBEL, Savaş; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015, s. 3 vd.

¹²¹ AKSOY, s. 67; PRINS, Propertization, s. 6.

¹²² AKSOY, s. 67.

¹²³ Konu ile ilgili bkznz. Aşa. s. 38 vd.

¹²⁴ Bu yönde bkznz. PLACZEK, s. 71 vd.

¹²⁵ Bu yönde bkznz. Yuk. s. 14 vd.

¹²⁶ STEBUT, s. 21 vd; MALMSTRÖM, s. 45.

özelliğın de gerekli olduğunu ve böylece irade ve menfaat teorisinin bir bileşimi olduğu sonucuna varmıřtır¹²⁷. Bunun dayanağı olarak, özellikle serbest bilgi alışverişi çerçevesinde yabancı bilgilere erişimi ve böylece diğer insanların tecrübe ve bilgilerine ortak olmayı sağlayan bilgi edinme hürriyeti¹²⁸ görölmektedir. Buna göre, bir bilgi tekelinden ve bu çerçevede sırlara aşırı koruma sağlanmasından kaçınmak için sırların korunmaya değerliğinin incelenmesi gerekir¹²⁹. Bu da haklı gizli tutma menfaatinin objektif bir unsur olarak aranmasıyla sağlanabilir. Ancak bu objektif unsurun çok dar yorumlanmamasına da dikkat edilmelidir. Doktrinde ve yargı kararlarında, gizli bir bilginin açıklanması bir zararın doğması tehlikesini barındırıyorsa veya işletmenin rekabet gücünü etkileyecekse haklı bir menfaatin olduğu kabul edilmektedir¹³⁰.

Medenî yargılama hukukunda ise, sırların gizli tutulması konusunda haklı menfaatin varlığı maddî hukuk çerçevesinde aranan şartlardan daha sıkı şartlara tabi tutulmalıdır¹³¹. Medenî yargılama hukukunda hâkim olan tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi bağlamında, yargılama sırasında sırların korunmasına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlarda tarafların karşı karşıya gelen menfaatleri arasında makul bir denge kurulmalıdır. Mümkün olan en makul denge, sır saklama menfaatinin objektif olarak sıkı şartlara tabi tutularak kurulabilir. Bu da sırrın saklanması konusunda önemli ve güncel bir menfaatin bulunmasını gerektirir. Güncelliğini yitirmiş ve başkaları tarafından öğrenilmesi sır sahibinin zarara uğrama riskini doğurmayacak bilgiler yargılamaya konu olmuşsa, artık bunlar korunmaya değer görölmemelidir. Bu noktada, gizli bilgilerin sır sahibi için korunmaya değerliği ile karşı tarafın dava konusunun aydınlatılması menfaati arasında somut olayın özelliklerine göre bir dengeleme yapılmalıdır¹³².

Sırların korunması menfaati, özellikle önemli ticarî sırların dava konusu veya ispat aracı olarak mahkemeye sunulduğu durumlarda ortaya çıkar. Alman hukukunda ticarî sırlara sağlanacak korumanın anayasal dayanağı olarak § 12 Abs. 1 GG¹³³ ve § 14 Abs. 1 GG¹³⁴

¹²⁷ BVerGE 115, 230; KERSTING, Mark Oliver; Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess-eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der Federal Rules of Civil Procedure und der ZPO, Bielefeld 1995, s. 17; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 14; MALMSTRÖM, s. 46.

¹²⁸ Bilgi edinme hürriyetine ilişkin olarak bkz. Aşa. s. 66 vd.

¹²⁹ KERSTING, s. 17; MALMSTRÖM, s. 46.

¹³⁰ MALMSTRÖM, s. 46, 47.

¹³¹ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 14; MALMSTRÖM, s. 49.

¹³² MALMSTRÖM, s. 49.

¹³³ Meslek özgürlüğünü düzenleyen § 12 GG'nin birinci fıkrasına göre, bütün Almanlar mesleklerini, iş ve eğitim yerlerini serbestçe seçme hakkına sahiptir. Mesleğin icrası, kanunla veya bir kanuna dayanarak düzenlenebilir.

¹³⁴ Mülkiyet hakkı, miras hakkı ve kamulaştırmayı düzenleyen § 14 GG'nin birinci fıkrasına göre, mülkiyet ve miras hakları güvence altındadır. Bu hakların kapsam ve sınırları kanunlarla belirlenir.

olarak görülmektedir¹³⁵. Her ne kadar ticarî sırların korunmasının kişilik hakları çerçevesinde, genel kişilik hakkı veya bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkı çerçevesinde sağlanıp sağlanamayacağı da tartışılmış olsa da, baskın görüş tarafından söz konusu hakların özellikle işletme veya şirketlere ait sırlar için mülkiyet hakkının geri planında kalacağı belirtilmektedir¹³⁶.

Hukuka aykırı nitelik taşıyan sırların korunması ise, problemli bir konudur. Söz konusu problem, hakkaniyet ilkesi dikkate alınarak çözümlenmelidir. Hukuka aykırı nitelik taşıyan sırlar hukuka aykırı bir rekabet ortamı yaratacağından maddî hukuk çerçevesinde bu sırların korunması şüpheli görülmelidir¹³⁷. Bu bilgiler ilk aşamada sır olarak nitelendirilebilseler de, ikinci aşamada bunların korunmaya değer olup olmadıkları sorusu gündeme gelir. Bu soru, korunmaya değerlik mülâhazasıyla bağlamında cevaplanmalıdır¹³⁸. Hukuka aykırı bilgilerin sahibinin gizli tutmak konusunda sahip olduğu menfaat, karşı tarafın dava konusunun aydınlatılması menfaati karşısında haklı görülmemelidir.

2.4. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatinin Bazı Anayasal Hak ve İlkelerle İlişkisi

Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatinin bazı anayasal hak ve ilkelerle ilişkisinin belirlenmesi, bunlara koruma sağlanıp sağlanamayacağı veya ne ölçüde koruma sağlanacağı konusunda önem taşır.

2.4.1. Hukukî Güvenlik İlkesi

Hukukî güvenlik ilkesi, temel haklar bakımından korunan ortak bir değer ve hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşulu olarak kabul edilen¹³⁹, Anayasa'nın bütününe hâkim

¹³⁵ Bu yönde bknz. BVerGE 67, 142; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 38; MALMSTRÖM, s. 58 vd.

¹³⁶ Tartışmalar için bknz. STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 36; MALMSTRÖM, s. 69 vd.

¹³⁷ MALMSTRÖM, s. 47.

¹³⁸ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 17; MALMSTRÖM, s. 48.

¹³⁹ Anayasa Mahkemesi birçok kararında, hukukî güvenlik ilkesinin hukuk devletinin önemli bir unsuru olduğunu kabul etmektedir. Bu doğrultuda bknz: "...*Vatandaşlara hukuk güvenliği sağlanması, hukuk devleti ilkesinin temel unsurlarından biridir. Kişi ve kuruluşların devlete güven duymaları, maddi ve manevi varlıklarını korkusuzca geliştirebilmeleri, temel hak ve özgürlüklerden yararlanabilmeleri ancak hukuk güvenliği ve hukukun üstünlüğünün sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde gerçekleştirilebilir. Hukuk güvenliği, kurallarda belirlilik ve öngörülebilirlik gerektirir...*", Ana. Mah., 24.01.2014 T., 2013/ 72 E., 2013/ 126 K. sayılı Kararı (<http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi>, Erişim Tarihi, 10.04.2014); Ana. Mah., 25.01.2014 T., 2011/ 65 E., 2013/ 49 K. sayılı Kararı; Ana. Mah., 18.01.2014 T., 2012/ 147 E., 2013/ 78 K. sayılı Kararı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, hukukî güvenlik ilkesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki hakların özünde yer alan ya da onlardan ayrılmaz bir ilke olarak nitelendirmekte ve hukuk devletinin temel unsurlarından biri olarak değerlendirilmektedir; bu yönde bknz. BÜLBÜL, Erdoğan; İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul 2010, s. 41 s. 42.

olan bir ilkedir¹⁴⁰. Medenî yargılama hukukunun anayasa hukukuna ilişkin esasını, başta Anayasa'nın ruhuna sinmiş olan hukukî güvenlik ilkesi oluşturur. Genel anlamıyla hukukî güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de kanunî düzenlemelerinde bireylerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını ifade eder¹⁴¹. Hukuk devleti, en genel anlamda, vatandaşların hukukî güvenliğini sağlamayı amaçlar¹⁴².

Hukukî güvenlik ilkesi, hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biri olarak kabul edilen ve bireylerin hukukî durumlarının istikrarı konusunda sahip oldukları haklı güvenlerini korumak amacıyla yasal düzenlemelerin net ve öngörülebilir olmasını savunan *haklı beklentilerin korunması ilkesinin* öncüsü niteliğini taşır¹⁴³. Anılan iki ilkenin temel amacı, mevcut yasal düzenlemelerde değişiklik yapılması ihtimaline karşı ilgililerin hak ve menfaatlerinin korunmasıdır. Bireylerin devlete güven duyması, ancak hukukî güvenliğin sağlandığı bir hukuk devleti düzeninde mümkün olabilir¹⁴⁴. Bu bakımdan devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu ilkelerle kişilerde tam bir güven duygusu yaratmalı ve bireylere hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli olduğu bir güven ortamı tesis etmelidir¹⁴⁵. Zira hukukî güvenlik ilkesi, devlet faaliyetlerinin önceden hukuk kurallarıyla düzenlenmesini, öngörülebilir, tahmin edilebilir olmasını ve bireylerin haklı beklentilerine uygun davranılmasını gerektirir.

Hukuk devleti olmanın bir sonucu olarak, Anayasa'nın tüm hükümleri, hukukî güvenlik ilkesinin tesiri altındadır. Diğer bir ifadeyle, hukukî güvenlik ilkesi, Anayasa'da düzenlenen her bir hükmün içerisinde zımnen mevcuttur¹⁴⁶. Bu bağlamda, hukukî güvenlik ilkesi, Anayasa'nın kişinin hakları ve ödevleri başlığını taşıyan ikinci bölümü ve dolayısıyla

¹⁴⁰ ALTUNDİŞ, Mehmet; "Hukukî Güvenlik İlkesi", Yasama Dergisi, Sy. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s. 61; BÜLBÜL, s. 41; OĞURLU, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003, s. 39.

¹⁴¹ Hukukî güvenlik ilkesi ile ilgili olarak bkz. KABOĞLU, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 6. Bası, İstanbul 2010, s. 400; ALTUNDİŞ, s. 61; ERMENEK, İbrahim; "Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar", Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 9, Sy. 26, 2013, s. 45 vd.

¹⁴² ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Ankara 2014, s. 135.

¹⁴³ Haklı beklentilerin korunması ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. BÜLBÜL, s. 41 vd; FORSYTH, C.F.; "Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması", (Çev. Esin ÖRÜCÜ), İHİD, Sy. 1-3, 1986, s. 121 vd; OĞURLU, s. 285 vd.

¹⁴⁴ AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2013, s.132.

¹⁴⁵ Bu yönde bkz. Danıştay 1. D., 12.06.1995 T., 1995/ 1838 E.,1995/ 1861 K. sayılı Kararı, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/GelismisDokumanAraServlet>, Erişim Tarihi, 10.04.2014)

¹⁴⁶ ERMENEK, Bireysel Başvuru, s. 46.

özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması hakkını düzenleyen 20’nci madde hükmü bakımından da göz önünde bulundurulması gereken bir ilkedir. Bu sebeple, yargıya taşınan bir uyuşmazlık için uygulanacak yargılama usulü ne olursa olsun, genel anlamda temel insan hakları, özel anlamda kişisel verilerin korunması bakımından hukukî güvenlik ilkesi dikkate alınmalıdır. Yargılama sırasında tarafların ve taraflar dışındaki üçüncü kişilerin kişilik alanlarının korunması amacıyla getirilen uluslararası ve ulusal düzenlemeler göz önünde bulundurulmalıdır. Bu suretle, bireylerin özellikle özel ve gizli hayat alanlarına ilişkin verilerine müdahalede bulunulmayacağı; bulunulsa dahi elde edilen bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmeyeceği yönünde yargıya güven duymaları sağlanmalıdır. Anılan husus, hukukî güvenlik ilkesinin temel özelliklerinden olan *“bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesi, devletin de yasal düzenlemelerinde bireylerin güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınması”* kuralının bir gereğidir.

2.4.2. Adil Yargılanma Hakkı

Hukuk ahlâkına ilişkin bir prensip olarak kabul edilen adil yargılanma hakkı, uzun yıllardır benimsenen ve hukuk devletinin gerekliliklerinden birisi olarak aranan üst bir hukuk değeridir¹⁴⁷. Adil yargılanma hakkını düzenleyen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesi gereğince, herkes, medenî hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar hakkında, kanunla kurulmuş bağımsız ve tarafsız mahkemeler önünde, makul süre içinde, alenî biçimde ve hakkaniyete uygun olarak yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı, Anayasa’nın 36’ncı maddesinde, hak arama hürriyeti kapsamında garanti altına alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi, adil yargılanma hakkını hukuk devletinin doğal bir sonucu olduğu kadar, onu gerçekleştirmenin aracı olarak görmekte¹⁴⁸ ve bu hakkın kapsamını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6’ncı maddesini temel alarak yorumlamaktadır¹⁴⁹.

¹⁴⁷ PEKCANITEZ, Hakan; “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 387, (Adil Yargılanma), (Bu makale, İBD, 1997 Nisan, s. 35-55’de yayınlanmıştır); ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Hukukî Dinlenilme Hakkı Ankara 2003, s. 57 vd; TANRIVER, Süha; “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, Adil Yargılanma Hakkı, TBB Dergisi, Sy. 53, Y. 2004, s. 191 vd; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 106; DEMİRCİOĞLU, Yaşar; Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007, s.47 vd.

¹⁴⁸ Ana. Mah., 19.03.2015 T., 2014/ 146 E., 2015/ 31 K. sayılı Kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 15.08.2017.

¹⁴⁹ “...Anayasa’da adil yargılanma hakkının kapsamı düzenlenmediğinden bu hakkın kapsam ve içeriğinin, AİHS’nin “Adil yargılanma hakkı” kenar başlıklı 6. Maddesi çerçevesinde belirlenmesi gerekir...”, Ana. Mah., B. No.: 2012/ 917, 16.04.2013 tarihli kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr/BireyselKarar>, E.T. 15.08.2017, Söz konusu tutuma yönelik eleştiriler için bkz. KONTACI, Ersoy; “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, ABD, 2014/ 4, s. 112 vd.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, hâkimin yargılamayı adil yargılanma hakkı çerçevesinde tarafların beklentilerine göre şekillendirmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁵⁰. Adil yargılanma hakkı, yargı erkini sınırlandırma, yargılamaya katılanlara yargılamaya ve hükme etkili olma imkânı sağlama ve yargılama sırasında ortaya çıkabilecek ağır insan hakkı ihlallerini önleme olmak üzere üç temel işleve sahiptir¹⁵¹. Başta aleniyet ilkesi, hukukî dinlenilme hakkı ve usul ekonomisi ilkesi olmak üzere, medenî yargılama hukukunda kabul edilen ilkelerin çoğu, adil yargılanma hakkının anılan işlevlerinin gerçekleştirilmesine hizmet eder¹⁵². Ayrıca, yargılamanın taraflarının usulî imkânlardan eşit şekilde yararlanmasını, başka bir deyişle yargılamanın taraflarına fırsat eşitliği sağlanmasını gerektiren silahların eşitliği ilkesi de adil yargılanma hakkının dokunulmaz özü olarak ifade edilmektedir¹⁵³.

Adil yargılanma hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı, yargılama sırasında kimi zaman birbirini destekleyen, kimi zamansa birbiriyle çatışan anayasal haklar olarak karşımıza çıkmaktadır. Taraflar, bir yandan bağımsız ve tarafsız mahkeme önünde kişisel verilerinin korunacağına güven duyarken, diğer yandan yargılamanın alenî olması sebebiyle kişisel verilerinin korunması haklarının ihlâl edilmesi endişesini yaşayabilirler. Bu ikilem Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesinin devamı cümlesinde kabul edilen, *"Karar alenî olarak verilir; ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere"*

¹⁵⁰ BVerGE, NJW 1988, 2787.

¹⁵¹ Pekcanitez, Adil Yargılanma Hakkı, s. 411, 412; TANRIVER, Adil Yargılanma Hakkı, s. 192; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 107.

¹⁵² Burada aslında medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerin hemen hepsinin adil yargılanma hakkına hizmet ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu ilkelerden bir kısmı adil yargılanma hakkı ile daha sıkı ve ayrılmaz bir ilişki içindeyken, bir kısmı amaç ve sonuç itibarıyla adil yargılanma hakkıyla bağlantılıdır. Örneğin AİHS md. 6/ f. I hükmünde geçen *"makul süre"* ibaresi, usul ekonomisi ilkesinin unsurlarından biri olarak aranırken, yargılamayı yapan hâkimde delillerin toplanması ve duruşma aşamasında oluşan etkinin korunması için nihai kararın uygun süre sonunda ve ilke olarak sözlü yargılamanın yapıldığı duruşmada verilmesi gerektiğini ifade eden zaman bakımından doğrudanlık ilkesine işaret olarak da anlaşılabilir. Bu yönde bkzn. WALLIMAN, Matthias; Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Tübingen 2016, s. 161; PANTLE, Norbert; Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozess, Frankfurt 1991, s. 50, 51.

¹⁵³ HANAĞASI, Emel; Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016, s. 40 vd; *"Adil yargılanma hakkının ulusal üstü düzeyde genel kabul görmüş ölçütleri arasında önemli bir yer tutan silahların eşitliği ilkesi, davanın taraflarının yargılama sırasında usul hükümleri yönünden eşit konumda bulunmasını, taraflardan birine dezavantaj sağlayacak kurallara yer vermeme esasını öngörmekte, diğer bir deyişle davanın tarafları arasında hakkaniyete uygun bir dengenin varlığını gerekli kılmaktadır..."*, Ana. Mah. 19.03.2015 T., 2014/ 189 E., 2015/ 32 K. sayılı Kararı, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 15.08.2017.

kapatılabilir” hükmüyle adil yargılanma hakkı sınırlandırılarak giderilebilir¹⁵⁴. Ancak, burada istisnaî hükmün geniş yorumlanmaması gerekir.

Unutulmamalıdır ki, kişisel verilerin korunması hakkı da sınırsız bir hak değildir. Kişisel verilerin korunması hakkının diğer temel haklarla karşı karşıya gelmesi durumunda, hakların toplumsal fonksiyonları göz önünde bulundurularak ve ölçülülük ilkesi kapsamında aralarında makul bir denge kurulması gerekir¹⁵⁵. Aksi takdirde adil yargılanma hakkı ve kapsamındaki ilkelerin ihlâl edilmesi neticesi ortaya çıkar.

2.4.3. İnsan Onuru ile Kişiliğin Serbestçe Geliştirilmesi Hakkı Kapsamında Bilginin Geleceğinin Belirlenmesi Hakkı

Modern veri işleme koşullarında kişiliğin serbestçe geliştirilebilmesi için, bireylerin verilerinin sınırsız olarak toplanması, depolanması, kullanılması ve iletilmesine karşı korunmaları gerekir. Söz konusu koruma, *bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkı (Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung)* vasıtasıyla sağlanabilir.

Bilginin geleceğini belirleme hakkı, ilke olarak, bireyin kişisel verilerinin ifşası ve kullanımını kendisinin belirleme yetkisini garanti eder¹⁵⁶. Bu hak, bireylere kişisel verilerinin elde edilmesi ve kullanılması ve özel hayat alanına müdahale edilmesi konusunda karar verme imkânı tanır. Bu bağlamda bilginin geleceğini belirleme hakkı, kişiliğin korunmasının tüm yönlerinin özeti sayılır¹⁵⁷.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (BVerG) tarafından modern gelişmeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan kişiliğe yönelik yeni tehditlere işaret edilerek 1983 yılında verilen *Nüfus Sayımı Kararı (Volkzählungsurteil)*¹⁵⁸, bilginin geleceğini belirleme hakkı bakımından öncü nitelik taşır¹⁵⁹.

¹⁵⁴ Söz konusu hükümde sınırlanan aleniyet, taraf aleniyeti değil, doğrudan ve dolaylı aleniyettir. Ancak ikinci bölümde görüleceği gibi, doktrinde, tarafların özellikle sır içeren verilerinin birbirlerinden gizlenip gizlenemeyeceği tartışılmaktadır. Bu tartışma adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan aleniyet ilkesi ve yine adil yargılanma hakkı ile sıkı ve ayrılmaz bir bağlantı içinde olan hukukî dinlenilme hakkı bakımından önem arz etmektedir. Bu sebeple, adil yargılanma hakkı ve kişisel verilerin korunması arasındaki ilişki ilgili bölümlerde tekraren ele alınacaktır. Bu konuda bkznz. Aşa. s. 93 vd. ve 115 vd.

¹⁵⁵ Bu yönde LINDER, Andreas; EU-Datenschutz-Grundverordnung: Gesetzeswortlaut mit eingereihten Erwägungsgründen, Norderstedt 2016, s. 15.

¹⁵⁶ ROBBERS, Gerhard; “Informationelle Selbstbestimmung und allgemeine Informationsfreiheit in Deutschland”, Juidica International VII, Y. 2002, s. 98.

¹⁵⁷ ROBBERS, s. 98.

¹⁵⁸ BVerGE, 65, 1- Volkzählung, 15 Aralık 1983, Karar için bkznz. <https://openjur.de/u/268440.html>, Erişim Tarihi, 03.02.2014.

¹⁵⁹ Doktrinde, bilginin geleceğini belirleme hakkının Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (BVerG) tarafından 1983 tarihinde verilen Nüfus Sayımı Kararına (Volkzählungsurteil) dayandığı belirtilmektedir (Bu yönde bkznz. AKSOY, s. 71). Nüfus Sayımı Kararı, bilginin geleceğini belirleme hakkı bakımından öncü

Söz konusu kararda, parlamentoda oy birliği ile kabul edilen ve vatandaşlara kapsamlı bilgileri açıklama yükümlülüğü getiren *Nüfus Sayımı Yasası (Volkzählungsgesetz)* Anayasa'ya aykırı bulunmuştur. Kararın gerekçesinde, değişen teknolojik koşullar sebebiyle, ilgili kişinin mahrem alanı da dahil olmak üzere kapsamlı ve ayrıntılı kişilik profilinin hazırlanabilmesinin, vatandaşları *şeffaf insanlar (gläserne Menschen)* haline getireceği belirtilmiştir¹⁶⁰. Federal Anayasa Mahkemesine göre, bu durumun devlete karşı büyüyen bir güvensizlik tehlikesi yaratabileceği yadsınamaz. Bu sebeple kararda, bireyin özel hayat alanının ve bunu takiben sosyal çevrede kendi kişilik rolü üzerindeki bireysel belirleme yetkisinin taşıdığı değer vurgulanmaktadır¹⁶¹. Kararda bilginin geleceğini belirleme hakkı, bireyin kişisel yaşam durumunun ne zaman ve hangi sınırlar içinde açıklanabileceğine kendisinin karar verme hakkı olarak tarif edilmiştir¹⁶².

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi aslında, bilginin geleceğini belirleme hakkıyla kişisel verilerin korunmasına ilişkin yeni bir temel hak bulmamıştır. Bundan ziyade kararda, genel kişilik hakkı geliştirilerek, bilginin geleceğini belirleme hakkı olarak anılmıştır¹⁶³. Bilginin geleceğini belirleme hakkı, ayrı bir maddede açıkça düzenlenmiş

nitelikte olmakla birlikte, aslında “*informationelle Selbstbestimmungsrecht*” kavramı anılan kararın öncesinde de Alman doktrinde kullanılmaktaydı. “*informationelle Selbstbestimmungsrecht*” kavramının isim babası Wilhelm STEINMÜLLER'dir. Bknz. STEINMÜLLER, Wilhelm/ LUTTERBECK, Bernd/ MALLMANN, Christoph/ HARBORT, Uwe/ KOLB, Gerhard/ SCHNEIDER, Jochen; “Grundfragen des Datenschutzes: Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern”, BT-Drucksache VI/ 3826, Temmuz 1971, s. 87 vd., tamamı için bknz. https://www.maroki.de/pub/dphistory/1971_Steinmueller_39398927-Grundfragen-Datenschutz-BAD06-3826.pdf, S.E.T. 18.08.2017.

¹⁶⁰ Federal Almanya Anayasa Mahkemesi (BVerG), 16 Temmuz 1969'da verdiği “*Mikrozensusentscheidung*” ile, bireylerin tüm kişisel bilgilerinin kaydedilmesi, kategorize edilmesi ve böylece haysiyetlerine zarar verilmesi tehlikesinden bahsederek veri toplama ve işleme için aranan teknik ön koşulların değişmesini sağlamıştır. Nitekim BVerG kararları bağlayıcıdır (Bu yönde bknz. http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Wichtige-Verfahrensarten/Wirkung-der-Entscheidung/wirkung-der-entscheidung_node.html, S.E.T. 18.08.2017). Anılan karar, Art. 1 Abs. 1 GG ile bağlantılı olarak genel kişilik hakkını düzenleyen Art. 2 Abs. 1 gereğince, nüfus sayımında isimlerin anonim hale getirilmesini kural olarak kabul etmiştir. Anonimleştirme kuralı, toplanan veriler ile bireyselleştirilebilir kişi veya kişi grupları arasında bağlantı kurulamamasını gerektirir. (BVerGE 27, 1-Mikrozensus, kararın tam metni için bknz. <https://openjur.de/u/183523.html>, S.E.T. 18.08.2017) Volkszählungsurteil isimli kararda ise, anılan karara atıf yaparak, beklenen sayım ve değerlendirme uygulamasında anonimleştirme yapılmamasının sadece anayasal bir eksiklik değil, Nüfus Sayım Yasası bakımından da bir eksiklik oluşturacağı belirtilmiştir. Ancak Nüfus Sayım Yasasının kullanımı bakımından belli önemli sorulara yanıt vermemesinin, BVerG tarafından ortaya konulan ve kanun koyucunun temel sorulara cevap vermesi gerekliliğini ifade eden *Esaslılık teorisi (Wesentlichkeitstheorie)* ile uyuşmadığını vurgulamıştır. Zira verilerin toplanma amacı ve programının düzenlenmiş olması gerekirken, Nüfus Sayım Yasasında sayım süreci belirsiz cümlelerle ve temel hak ihlallerine yönelik engelleyici tedbirler alınmaksızın düzenlenmiştir.

¹⁶¹ ROBBERS, s. 98, 99.

¹⁶² LABE, Michael; Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverfahren, Berlin 1990s. 212; ROBBERS, s. 98.

¹⁶³ KLEIN, Stefanie; Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Köln 1995, s. 53; PLACZEK, s. 71; ROBBERS, s. 99; SCHOLZ, Rubert/ PITSCHAS, Reiner; Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984, s. 23; WEIDNER-BRAUN, Ruth; Der Schutz der Privatsphäre und

olmamakla birlikte, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın (GG), *insan onur ve haysiyetinin korunmasını* düzenleyen birinci maddesinin birinci fıkrası ile *yaşam hakkı, kişiliğin korunması ve kişi hürriyetini* düzenleyen ikinci maddesinin birinci fıkrasından türetilmiştir. Bu hak, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı gibi, *insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesi*¹⁶⁴ amacına ulaşmak için kullanılan bir araçtır¹⁶⁵.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, Nüfus Sayımı Kararıyla, doğru şekilde uygulanmaması sebebiyle *Alanlar Teorisinden (Sphärentheorie)*¹⁶⁶ ayrılmıştır¹⁶⁷. Buna göre, bilginin geleceğini belirleme hakkının kapsamına, sadece özel hayata ilişkin bilgiler girmez. Çünkü, yalnızca mahrem alanın korunması, hakkın amacına uygun değildir. Bunun gibi, bir bilginin hassas nitelikte olup olmaması da mahrem alana ilişkin olmasına bağlı değildir. Verilerin farklı hassaslık derecelerine ayrılmasının reddiyle, somut olaya ilişkin farklı kararlar verilmesi engellenerek hukuka uygun bir sonuca varılmış ve böylece hukukî güvenliğin güçlenmesi için hukuk devleti ilkesine uygun bir zemin oluşturulmuştur¹⁶⁸. Ancak bu noktada, *Alanlar Teorisinin* tamamen terk edilmesinin mümkün ve gerekli olmadığını ayrıca belirtmek gerekir. Bundan ziyade, her durumu bir alana sıkıştırmaya çalışmaktan kaçınılmalıdır¹⁶⁹.

Bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkının anayasal temelinin varlığı, sınırlandırılmasının ancak kanunla ya da ağır basan kamu menfaati sebebiyle olabilmesi sonucunu doğurur¹⁷⁰. Ayrıca, ilgilinin rızası da hakkın sınırlandırılması için yeterlidir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin görüşüne göre de, bilginin geleceğini belirleme hakkı sınırsız olarak garanti altına alınan bir hak değildir. Mahkeme, ağır basan kamu

des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung-am Beispiel des personenbezogenen Datenverkehrs im WWW nach deutschem öffentlichen Recht, Berlin 2012, s. 73.

¹⁶⁴ İnsan onurunun kişiliği serbestçe geliştirilmesi hakkıyla ilişkisi için bkz. GÖREN, Zafer; Anayasa Hukuku (T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki İle), Anayasa, Ankara 2011, s. 450 vd.

¹⁶⁵ KÜZECİ, Elif; "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", (Bilgi), İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, Y. 2014, s. 57, (tamamı için bkz. http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/16b01730bc03395_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, S.E.T. 18.08.2017).

¹⁶⁶ Alanlar teorisi, hayat alanını *mahrem alan*, *özel hayat alanı* ve *kamuya açık alan* olarak üçe ayırmaktadır. Bu yönde bkz. Aşa. s. 47 vd.

¹⁶⁷ Ancak, BVerG, Nüfus Sayımı Kararından çok daha önceki kararlarında da, alanlar teorisinden ayrılmakta idi. Örneğin, ilk defa 1980 tarihli Eppler kararında (BVerGE 54, 148-Eppler-Beschluss), bireyin herhangi bir sınırlama olmaksızın, özel hayat alanını üçüncü kişilere veya kamuya karşı nasıl açıklamak istediğine kural olarak kendisinin karar verebileceği hüküm altına alınmıştı. (Anılan kararın tam metni için bkz. <https://www.telemedicus.info/urteile/Allgemeines-Persoenlichkeitsrecht/Zitate/194-BVerfG-Az-1-BvR-18577-Eppler.html>, S.E.T. 18.08.2017).

¹⁶⁸ WEIDNER-BRAUN, s. 80.

¹⁶⁹ KLEIN, s. 57.

¹⁷⁰ KLEIN, s. 54; WEINER-BRAUN, s. 80.

menfaati söz konusu olduğunda, bireyin bilginin geleceğini belirleme hakkının sınırlandırılmasına katlanması gerektiğini hükme bağlamıştır. Bu noktada, ağır basan kamu menfaati kavramı, bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkı bakımından bir çekince olarak görülebilir. Ancak, söz konusu hakkın sınırlandırılması her zaman bir hukuka uygunluk sebebi gerektirdiği için, kamu menfaati doğrudan hakkın bir çekincesi olarak nitelendirilmemelidir¹⁷¹.

Kişisel verilerin korunması hakkı ile bilginin geleceğini belirleme hakkı, aynı amaca hizmet eden farklı haklardır. Kişisel verilerin korunması hakkının tarihi, bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkından öncelere dayanır¹⁷². Bilginin geleceğini belirleme hakkı, genel kişilik hakkı çerçevesinde verilerin korunmasının terminolojik özerkliği temsil eder¹⁷³. Bilgilerle ilgili olduğu ölçüde, genel kişilik hakkının teminatları bilginin geleceğini belirleme hakkı için de geçerli olur. Hakkın amacı, ilk etapta, ilgililerin kişiliklerinin korunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, burada ön planda olan verilerin korunması değil, aksine veri ile bağlantısı olan gerçek kişilerin korunmasıdır¹⁷⁴. Bilginin geleceğini belirleme hakkı, kişisel verilerin her türünü kapsar ve hatta veri koruma yasalarının uygulama alanının sınırlarını aşar. Bu sebeple, medenî yargılamada gerçekleştirilen kişisel verilerin cebren toplanması da, veri koruma kanunları kapsamında olup olmadığına bakılmaksızın, bilgilerin geleceğini belirleme hakkına müdahale oluşturmaya ilke olarak elverişlidir¹⁷⁵. Ancak bilginin geleceğini belirleme hakkının, idareyi ve yargıyı felce uğratacak şekilde geniş yorumlanmaması gerekir. Nitekim, kişisel veriler üzerinde kayıtsız-şartsız bir hâkimiyet ve tasarruf hakkı yoktur. Kanun koyucunun verinin kullanım amacını özel ve açık olarak belirlemesi ve verilerin bu amaç için uygun ve gerekli olması halinde kişisel verilere ulaşma imkânı sağlanması gerekir. Bu sebeple, bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkıyla çatışan haklar arasında bir denge kurulması yerinde olur¹⁷⁶.

2.4.4. Konut Dokunulmazlığı

Kökenleri antik çağa dayanan konut dokunulmazlığı, insan onuru, kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı ve özel hayatın gizliliğinin gerekliliklerine uygun olarak bireye temel bir yaşam alanı garanti eder. Bu suretle kişisel verilerin korunması hakkına da dolaylı olarak hizmet eder. Konut dokunulmazlığı, devletin veya devletin yetkilendirdiği bir diğer merciin

¹⁷¹ KLEIN, s. 58.

¹⁷² KÜZECİ, s. 70.

¹⁷³ KLEIN, s. 54.

¹⁷⁴ WEIDNER-BRAUN, s. 79.

¹⁷⁵ KLEIN, s. 55.

¹⁷⁶ KLEIN, s. 58.

kişisel yaşam alanına mukimin rızası hilafına zorla girmesini engellemeyi amaçlar ve Anayasa'nın 21'inci maddesiyle özel olarak koruma altına alınmıştır. Buna göre, *“Kimsenin konutuna dokunulamaz. Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar”*.

Görüldüğü gibi, bir kimsenin konutuna girilebilmesi, arama yapılabilmesi ve buradaki eşyalara el konulabilmesi için kural olarak hâkim kararının varlığı, gecikmesinde sakınca bulunan haller bakımından ise istisnaî olarak yetkili merciin yazılı emrinin olması gereklidir. Bu çerçevede, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından problem, icra hukuku kapsamında ortaya çıkmaktadır¹⁷⁷. Nitekim İcra ve İflâs Kanunu'nun 80'inci maddesinde düzenlenen icra memurunun zor kullanma yetkisi ile bunu destekleyen 81'inci maddesinin, borçlunun konutuna zorla girilmesine imkân sağladığı kabul edilmektedir. Söz konusu imkânının Anayasa'ya uygunluğu ise, tartışmalı bir konudur¹⁷⁸.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi 1979 yılında verdiği bir kararında¹⁷⁹, taşınır malların haczi amacıyla borçlunun konutuna girilerek arama yapılabilmesi için, Federal Anayasa'nın konut dokunulmazlığını garanti altına alan 13'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında özel bir hâkim kararının olması gerektiğini kabul etmiştir¹⁸⁰. Kararın gerekçesinde, bir devlet organının konuta zorla girip

¹⁷⁷ İcra hukukunda konut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin haklı tespitler için bkz. ÖZEKES, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Temel Haklar, Ankara 2009, s. 167 vd; ÇİFTÇİ, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Menfaat Dengesi, Ankara 2010, s. 103 vd.

¹⁷⁸ İsviçre ve Avusturya hukukunda, haciz için borçlunun konutuna girilmesine ilişkin düzenlemelerde de hâkim kararı aranmamıştır. İsviçre hukukunda SchKG Art. 91, Abs. 3 hükmüne göre, borçlu memurlara istenildiğinde mülklerini ve depolarını açmak zorundadır. Memur gerektiğinde polis gücünü kullanabilir. Avusturya hukukunda ise, § 26a EO'da belirlenen şartlardan birisinin gerçekleşmesi halinde apartman ve daire kapılarının açtırılması mümkündür.

¹⁷⁹ BVerGE 51, 97=NJW 1979, 1539.

¹⁸⁰ Alman hukukunda borçlunun konut dokunulmazlığına müdahale edilemesi için hâkim kararı olması gerektiği ilke olarak kabul edilmekle birlikte, uygulamada bunun gerekliliklerinin her zaman yerine getirilmediği belirtilmektedir. Uygulamada böyle bir mahkeme kararı, genellikle, takip alacaklısının veya vekilinin borç konusunu, türünü, tarihini ve dosya numarasını yazarak doldurduğu bir formu sulh hukuk mahkemesine vermesi ve bunun hâkim tarafından imzalanması suretiyle alınmaktadır. Bu durum anayasal anlamda sakıncalı görülmektedir. Bu yönde bkz. WESSER, Sabine; “Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758a ZPO”, NJW 2002, s. 2140.

arama yapmasının ilgilinin kişisel yaşam alanına ağır bir müdahale anlamına geleceği, anayasal olarak güçlendirilmiş bir temel hak olan konut dokunulmazlığının dar anlamda özel hayatın kayıtsız-şartsız korunması ve kişiliğin serbestçe gelişmesi ile yakından ilişkili olduğu, bireylere yaşam alanlarında yalnız kalma hakkının da temin edilmesi gerektiği, bu nedenlerle sadece, öncesinde tarafsız ve bağımsız bir yargı organı tarafından bunun için kanunî şartların var olup olmadığı incelenmişse konuta müdahalenin gerçekleşmesi gerektiği belirtilmiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesi, söz konusu karar sonrasında da birçok kere konuta müdahalenin Anayasa'ya uygunluğunu ele almış ve bunun için gecikmesinde sakınca olan haller dışında hâkimin kararı olması gerektiğini tekraren vurgulamıştır¹⁸¹.

Federal Almanya Anayasası'nın konut dokunulmazlığını düzenleyen 13'üncü maddesine paralel düzenlemeler içeren Anayasamızın 21'inci maddesi de, borçlunun konutunda haciz yapılacağı durumlarda benzer şekilde yorumlanmalıdır. Konut dokunulmazlığı, icra hukukunda da dikkate alınması gereken bir temel haktır. Bu çerçevede doktrinde ileri sürülen, *“zor kullanma yetkisinin hâkim kararı ile tanınmasından ziyade, bu yetkiyi elinde bulunduran icra müdürlerinin niteliklerinin tartışılması, bu niteliklerin takip işlemlerini yerine getirirken temel hak ve hürriyetler ekseninde düşünmeye yeterli olup olmadığının sorgulanması ve eğer yeterli değilse buna yönelik çalışmaların yapılması kanaatimizce daha isabetli olur. Alacaklının elinde ilam olsa bile daha basit ve ucuz bir şekilde hakkına kavuşmasına hizmet edebilen genel haciz yolu ile takipte hâkim kararının aranması, alacaklının bu imkândan yoksun bırakılması sonucunu doğurabilir”*¹⁸² şeklindeki anlayışa katılmak mümkün değildir¹⁸³. İcra müdürüne zor kullanma yetkisi verilmesi, alacaklının hakkına kavuşması bakımından amaca uygundur, ancak bu yetki sadece Anayasa'nın çizdiği sınırlar çerçevesinde kullanılabilir. Borçlunun mallarının haczi için konutuna girilmesi¹⁸⁴, mutlak suretle konut dokunulmazlığının gerekliliklerine uygun şekilde gerçekleştirilmelidir. Söz konusu gereklilik, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında, borçlunun konutuna ancak hâkim kararıyla girilebilmesini şart kılar¹⁸⁵. Bu şartın yerine getirilebilmesi için yapılacak düzenleme bakımından izlenmesini tavsiye ettiğimiz prosedür ise şu şekildedir:

¹⁸¹ BVerGE 75, 318= NJW 1987, 2500; BVerGE 76, 1= NJW 1988, 626; BVerGE, NJW 2001, 1121.

¹⁸² ÖZÇELİK, Volkan; “Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/ 4), Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2913.

¹⁸³ Söz konusu anlayış için bkz. ÖZÇELİK, s. 2909 vd.

¹⁸⁴ Konuya ilişkin diğer ayrıntılar, üçüncü bölümde icra hukukunda kişisel verilerin korunması başlığı altında ele alınacaktır. Bu yönde bkz. Aşa. s. 266 vd.

¹⁸⁵ Aynı görüşte bkz. ÖZEKES, Temel Haklar, s. 170 vd; ÇİFTÇİ, Menfaat Dengesi, s. 103 vd.

Öncelikle, alacaklı veya vekili borçlunun konutunda haciz yapılması için gereken kararın verilmesini görevli ve yetkili mahkemeden talep etmelidir¹⁸⁶. Bunun için İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliğinde belirlenen kullanılması zorunlu olan basılı kâğıtlar kapsamında bir talep formunun hazırlanması düşünülebilir. Hâkim talep hakkında karar vermeden önce, vereceği kararın icra takibinin başarıyla sonuçlanması için amaca uygun ve gerekli olup olmadığına bakmalıdır¹⁸⁷. Nitekim borçlunun konutunda haciz, en son başvurulacak işlem olmalıdır¹⁸⁸. Haciz işleminin daha kolay gerçekleştirilebileceği yöntemler varsa, önce bu yöntemlere başvurulmalı, alacaklı alacağının tamamına kavuşamamışsa son çare olarak konutunda haciz işlemi gerçekleştirilmelidir¹⁸⁹. Hâkim, konut dokunulmazlığına müdahalenin şartlarını incelerken, takip borçlusuna hukukî dinlenilme hakkı sağlamalıdır¹⁹⁰. Çünkü hukukî dinlenilme hakkı, hâkimin anayasal konumu sebebiyle kendisine tanınan yetki alanında önlemler alması halinde de geçerlidir¹⁹¹. Sonuçta hâkimin kararı bir formalitenin yerine getirilmesi şeklinde olmamalı, hâkim, özenli bir inceleme yapıp, gerektiğinde borçluyu da dinleyerek¹⁹² konu hakkında bilgi sahibi olduktan sonra ölçülülük ilkesi çerçevesinde kararını vermelidir¹⁹³. Hâkim kararında, hangi alacaklının hangi alacağı için kime ait neredeki konutta haciz işleminin yapılacağını kuşkuya yer bırakmayacak şekilde belirtmelidir.

Alman hukukunda § 758a Abs. 1 ZPO hükmüne göre, borçlunun rızası olmadığında konutunda arama sadece hâkimin kararıyla yapılabilir¹⁹⁴. Bu sebeple, borçlunun rıza göstermesi halinde, hâkim kararı için yapılan talebin reddedilmesi gerektiği

¹⁸⁶ Mahkemelerin görevi kanunla belirlendiğinden, yapılacak düzenlemede bu husus açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu konuda icra mahkemelerinin görevli kılınması uygun bir yaklaşım olacaktır. Bu yönde bkz. ÖZEKES, Temel Haklar, s. 164.

¹⁸⁷ WESSER, s. 2141.

¹⁸⁸ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 172.

¹⁸⁹ BVerGE, NJW 1979, 1540; ÖZEKES, Temel Haklar, s. 172.

¹⁹⁰ WESSER, s. 2141.

¹⁹¹ MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 14; BROX, Hans/ WALKER, Wolf-Dietrich; Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Bası, Münih 2017, s. 193, Rn. 329.

¹⁹² Alman hukuku doktrininde hâkimin kararını vermeden önce gerektiğinde borçluyu dinlemesinin uygun olacağı ilke olarak kabul edilmekle birlikte, uygulamada genellikle takip borçlusunun dinlenilmesinin takibin başarıya ulaşmasını tehlikeye düşüreceği ve bu sebeple gereksiz olduğu görüşü hâkimdir. Bu yönde bkz. WESSER, s. 2141.

¹⁹³ WESSER, s. 2140 vd; ÖZEKES, Temel Haklar, s. 172.

¹⁹⁴ § 758a Abs. 1 ZPO gereğince konutta arama yapılabilmesi için borçlunun rızasını açıkça beyan etmesi gerektiği, borçlunun karşı koymamasının yeterli görülemeyeceği kabul edilmektedir. Borçlunun iş yerini kamuya açık hale getirmiş olması, haciz işlemi için iş yerine girilmesine rızası olduğu anlamına gelmez. Rıza, bizzat dava ehliyetine sahip olan borçlu veya konutta ortak hak sahibi olan yetkili kişi tarafından açıklanmalıdır. İcra memuru, karşılaştığı kişiyi haklarına ilişkin olarak bilgilendirmeli, bu kapsamda aramanın hâkim kararı veya borçlunun rızasıyla mümkün olabileceği konusunda aydınlatmalıdır. Bu yönde bkz. MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 4.

belirtilmektedir¹⁹⁵. Kanaatimizce, borçlunun konutunda haciz işlemi gerçekleştirilmeden önce, gecikmesinde sakınca bulunan bir durum söz konusu değilse, her hâlükârda hâkim kararının alınması gerekir. Konut dokunulmazlığına devlet organlarının müdahalesine ilişkin olarak ülkemizde benimsenen yaklaşımın ortaya konulması bakımından, Danıştay'ın 2007 tarihinde verdiği bir kararı¹⁹⁶ yol gösterici niteliktedir. Söz konusu kararda bu durum, kolluk tarafından, kişilerin üstlerinin, eşyasının, araçlarının, özel kâğıtlarının, konut, işyeri ve eklentilerinin aranmasında uyulacak esas ve usulleri kapsayan Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği çerçevesinde ele alınmış ve Yönetmeliğin 8'inci maddesinde geçen “*ilgilinin rızası*” ifadelerinin Anayasa'ya uygunluğu, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı çerçevesinde değerlendirilmiştir. Anılan karara göre, “...Anayasanın “*Kişinin Hakları ve Ödevleri*” kısmında yer verilen “*özel hayatın gizliliği*” ve “*konut dokunulmazlığı*” dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez kişiliğe bağlı temel haklardandır. Anayasa'nın 20'inci ve 21'inci maddelerinde bu hakkın hangi hallerde ve nasıl sınırlandırılabilceği belirtilirken, anılan hakların “vazgeçilmez” niteliği nedeniyle sınırlama usulleri içinde “*ilgilinin rızası*”na yer verilmemiştir. Gerek Anayasa'nın ilgili maddelerinde, gerek 5271 sayılı Yasada, özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir. Anayasa'nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan “özel hayatın gizliliği” ve “konut dokunulmazlığı” hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen “rıza” müessesesinin bu hakların ihlâlini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılabilceği açıktır”. Görüldüğü gibi hukukumuzda, devletin yetkili organlarının konuta müdahalesi için ilgilinin rızası yeterli görülmemiştir. Bu anlayış, hem genel anlamda temel hakların korunmasına hem de özel anlamda takip ekonomisine uygundur. Borçlunun konutunda haciz yapılabilmesi için hâkim kararının aranması gerektiği yönündeki görüşümüz, borçlunun konut dokunulmazlığı kadar alacaklının mülkiyet hakkının da gözetilmesi gerektiği ve bunun uygulamada alacaklının alacağına geç kavuşması sonucunu doğuracağı gerekçeleriyle eleştirilebilir. Ancak alacaklının mülkiyet hakkının yerine getirilmesi ve bu bağlamda alacağına erken kavuşabilmesi için, borçlunun temel hakkına Anayasa'ya uygun olmayan şekilde müdahale edilmesi kabul edilemez. Hâkim

¹⁹⁵ BROX / WALKER, s. 192, Rn. 329.

¹⁹⁶ Danıştay 10. Daire, 13.03.2007 T., 2005/ 6392 E., 2007/948 K. sayılı Kararı, (www.kazanci.com, E.T. 10.06.2018).

kararı aranmasının takip ekonomisi bakımından faydası ise, borçlunun rızası olmadığı için haciz işlemi gerçekleştirilememesi nedeniyle ortaya çıkacak zaman ve masraf israfının önlenmesi olacaktır.

Yapılan tüm açıklamalar gereğince, hâkim kararı olmaksızın, icra müdürünün kararıyla borçlunun konutunda haciz işlemi sadece gecikmesinde sakınca bulunan hallerde gerçekleştirilebilir. Nitekim Anayasa'nın 21'inci maddesinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri konut dokunulmazlığının istisnaları arasında sayılmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hal, icra takibinin başarıya ulaşma ihtimalinin tehlikeye girdiği durumları ifade eder¹⁹⁷. Böyle durumlarda, hâkimin kararını beklemek alacaklının alacağına kavuşmasına engel olabileceği için, bununla zaman kaybedilmemesi gerekir. Ancak istisnaî niteliğinden dolayı, gecikmesinde sakınca bulunan hal dar yorumlanmalıdır¹⁹⁸. Borçlunun mal kaçırılacağından korkuluyor olması, tek başına gecikmesinde sakınca bulunan hal olarak nitelendirilmemeli, ayrıca bunu destekleyen somut göstergeler de mevcut olmalıdır¹⁹⁹. İcra müdürü, somut olayda gecikmesinde sakınca bulunan bir halin var olup olmadığını objektif bir şekilde dikkate almalıdır.

2.4.5. Özel Hayatın Gizliliği

Anayasa'nın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, *“herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”*. Temel haklardan olan özel hayatın gizliliği hakkına, ancak anılan maddenin ikinci fıkrasında sayılan hallerden birisinin varlığı halinde müdahale edilebilir.

Uluslararası hukuk alanında özel hayatın gizliliğine yönelik en etkili koruma yöntemi ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesinde yer almaktadır²⁰⁰. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin *“Hiç kimse, özel yaşamı, aile yaşamı, konutu ya da yazışmaları konularında keyfî karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz”* hükmünü içeren 12'nci maddesi kaynak alınarak düzenlenen özel ve aile hayatına saygı hakkı başlıklı 8'inci madde hükmü; *“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı göstermesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına bir kamu*

¹⁹⁷ MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO ZPO § 758a Rn. 9; MüKoZPO/ HEBLER ZPO § 758a Rn. 37; BROX/ WALKER, s. 191, Rn. 327; WESSER, s. 2140.

¹⁹⁸ Gecikmesinde sakınca bulunan hal, BVerG tarafından da dar yorumlanmaktadır. Bu yönde bkz. BVerGE, NJW 2001, 1121 vd.

¹⁹⁹ BROX/ WALKER, s. 191, Rn. 327

²⁰⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011, s. 9 vd.

otoritesinin müdahalesi ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın ve ahlakın veya başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir” şeklindedir.

Anılan hükümler, özel hayatın korunması amacıyla sevk edilmiş ve hükümlerde kişinin *ferdî özel hayatı* ile bununla bir bütün teşkil eden *aile hayatı* birlikte değerlendirilmiştir. Bu çerçevede, bireylerin ferdî ve ailevî özel hayatları gizlilik ilkesinin kapsamındadır. Bireyler, özel hayat alanında yaşama şeklini belirleme, dilediği gibi davranma, kişisel eylemlerini, davranışlarını ve ilişkilerini şekillendirme hakkına sahiptir. Bunun gibi, kişilerin, ad, adres, yaş gibi kişisel bilgiler, ailevî durum, mal varlığı, boş zamanlardan yararlanma biçimi, siyasî ve cinsel tercih gibi pek çok hususu açıklamama hakkı vardır. Ayrıca, özel hayatın gizliliğine bağlı olarak Anayasa'nın 21'inci maddesiyle kişilerin konut dokunulmazlıkları ve 22'nci maddesiyle haberleşme hürriyetleri de gizlilik güvencesi altına alınmıştır.

Özel hayatın gizliliğinin, başta Anayasa olmak üzere, diğer ulusal ve uluslararası düzenlemelerde öngörülen şekilde sağlanabilmesi için, öncelikle, *özel hayat* kavramından ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Bu noktada ilk olarak, özel hayat kavramının net bir tanımının yapılmasının çok zor olduğunu belirtmek gerekir²⁰¹. Nitekim kişilik, kişilik alanı, özel hayat, özel hayatın gizliliği ve benzeri kavramlar, kanunî düzenlemelerde yer almasına rağmen, hukuk, felsefe ve diğer sosyal bilimlerden hâlihazırda tam olarak açıklanamamıştır. Bu bağlamda kişiliğin korunan değerlerinin içeriğinin belirlenmesinin oldukça hassas, belirsiz ve tartışmalı bir konu olduğunu söylemek mümkündür²⁰². Bununla beraber, kamuya açık alan ve özel alan arasındaki sınırların belirsizliği de, özel hayat kavramının tam bir tanımının yapılmasına imkân vermemektedir²⁰³.

Tanınması kolay, tanımlaması zor bir olgu olan özel hayat, kişilerin çevreleri ile olan ilişkilerinin sınırları çemberlere benzetilerek anlaşılmaya çalışılmaktadır²⁰⁴. Alanlar

²⁰¹ OERMANN, Markus; Individualdatenschutz im europäischen Datenschutzrecht: Eine theoriegeleitete Analyse, Herbolzheim 2012, s. 7.

²⁰² Bu doğrultuda bkzn. GILLES, Peter; “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması”, (Çev. Hakan PEKCANITEZ), İzmir Barosu Dergisi, Y. 61, Ocak 1996, s. 9s. 10, 11.

²⁰³ KÜZECİ, Elif; “Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması”, Bilişim Dergisi, (Anayasa), s. 149.

²⁰⁴ BALTHASAR, Stephan; Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, Tübingen 2006, s. 112; KLEIN, s. 56; AKSOY, s. 45; KÜZECİ, Veri, s. 71.

teorisi²⁰⁵ olarak adlandırılan bu sınıflandırmaya göre²⁰⁶, toplumsal bir varlık olmanın yanında kendisiyle kalma hakkına da sahip olan kişinin hayat alanları üç başlık altında değerlendirilebilir²⁰⁷. Buna göre, kişinin hayatı, *kamuya açık (sosyal, genel, ortak) hayat alanı*, *özel hayat alanı* ve *mahrem (giz, gizli, sır) hayat alanı* olarak iç içe geçmiş üç çemberden oluşmaktadır²⁰⁸.

Söz konusu sınıflandırmaya göre, tüm hayat alanları korunmaya değer olmakla birlikte, bilgilerin tabiatları gereği genel kişilik hakkının farklı derecelendirilmesiyle korunurlar. Ancak, söz konusu alanlar arasında yapılan ayrımın keskin hatlara sahip olamayacağını ayrıca belirtmek gerekir. Bu sebeple yapılan ayrım, ayrı bir mahrem hayat alanının kabulünün pratik anlamda kesin bir koruma sağlayamayacağından bahisle, adeta hükümsüz olarak nitelendirilmektedir²⁰⁹. Örneğin, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin içtihadına göre, mahrem hayat alanına saygı hakkı, kişinin kendisini ifade etme hakkı ile kendi görüntüsü ve sözü üzerindeki tasarruf hakkını da kapsar²¹⁰. Fakat bahsi geçen durumların uygulama alanları hayat alanları içinde birbirleriyle kesişir ve verilerin korunması bakımından hepsi özel nitelik taşır.

²⁰⁵ Ayrıntılı bilgi için bkzn. OERMANN, s. 40 vd.

²⁰⁶ Bireylerin hayat alanlarının birbirinden ayrılması, Aristoteles dönemine dayanmaktadır. Bu dönemde, insanların "*polis*" denilen kent devletlerinde politik aktiviteleri yer alırken, "*oikos*" denilen özel alan, aile ve ev yaşamlarının sınırı olarak kabul edilmekteydi. OERMANN, s. 7.

²⁰⁷ AKSOY, s. 47 vd; BELLİCAN, Cüneyt; "Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme", Prof. Dr. Rona SEROZAN Armağanı, C. I, İstanbul 2010, s. 540; DİNÇ, Güney; "Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması", Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Ankara 2008, s. 16; KÜZECİ, Veri, s. 71; POLATER, Yusuf Ziya; Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara 2010, s. 17.

²⁰⁸ Kişinin kamuya açık hayat alanı, herkes tarafından görülen ve bilinen yaşam olaylarından meydana gelir. Bu alanda gerçekleşen olayların ifşa edilmesi genel olarak herhangi bir sakınca doğurmaz. Ancak bu durum, kişinin genel hayat alanında korunmasız bırakıldığı anlamına da gelmez. Kişinin özel hayat alanı, belirli ya da belirsiz olmakla birlikte sınırlı kimselerle, belirli ölçüde paylaştığı ve özellikle toplumun genelinden saklı tuttuğu yaşam parçalarını kapsamaktadır. Kişi, özel hayat alanına giren olayları, sadece aile çevresi, yakın dostları veya güvendiği kimselerle paylaşır. Kişinin aile hayatıyla ilgili olaylar, mahrem hayat alanına girmediği sürece, özel hayat alanı ile ilgili kabul edilirler. Merkezdeki çemberde yer alan ve iç sorgulama alanı da denilen mahrem hayat alanı ise, kişinin yalnızca kendisine saklamak istediği alanı ifade etmektedir. Mahrem alanın kapsamına, kişinin sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olaylar da girer. Kişinin sırları, mahrem hayat alanına dâhildir ve sırrı herhangi bir şekilde öğrenerek kişinin rızası olmadan yayan kimse, kişilik haklarına saldırıda bulunmuş olur. Bu konuda bkzn. OERMANN, s. 9; AKSOY, s. 47 vd; BELLİCAN, s. 540 vd; DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku-C. II- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, s.125; GÜNEY, s. 16; HELVACI, Serap; Gerçek Kişiler, İstanbul 2007, s. 89 vd; İMRE, Zahir; "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", İÜHFM, C. 39, Sy. 1-4, s. 148 vd; KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, (Sorumluluk), Ankara 2008, s. 116 vd; KÜZECİ, Veri, s. 71 vd; POLATER, s. 17 vd; UZELTÜRK, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, s. 2 vd.

²⁰⁹ BALTHASAR, s. 112.

²¹⁰ BVerGE 54, 148.

Amacı esas alındığında, kişisel verilerin korunması hakkının özel hayatın gizliliği içinde değerlendirilebileceği söylenebilir. Ancak, özel hayatın korunmasıyla ilgili olarak anlattıklarımız ve günümüzün teknolojik gelişmeleri birlikte dikkate alındığında, özel hayatın gizliliği kapsamında değerlendirilmeleri halinde, kişisel verilerin tam anlamıyla korunamayacağı sonucuna varılmaktadır. Bununla birlikte, iki hak arasında yakın ilişki olduğu da inkâr edilemez. Her iki hakkın temelinde aynı amaç olsa da, kişisel verilerin korunması hakkı sahip olduğu güncel değer ve gereklilik sebebiyle, özel hayatın gizliliğinden ayrılmıştır. Nitekim, bugün için, özel hayatın gizliliği hakkı statik hak niteliği sebebiyle negatif korumayı gerektirirken, kişisel verilerin korunması hakkı, veriyi her hareketinde izleyen daha dinamik bir korumaya ihtiyaç duyar²¹¹.

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerin tarihsel gelişimi dikkate alındığında da, günümüzde söz konusu iki hakkın ayrı hükümler altında ele alınmaya başlandığı görülmektedir. 1950 yılında kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kişisel verilerin korunması hakkı ayrıca düzenlenmemiş, sadece özel hayatın gizliliği hakkı hüküm altına alınmışken; 2012 tarihli Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda²¹² bu iki hak ayrı maddeler altında düzenlenmiştir. Geline nokta, özel hayatın gizliliği ile kişisel verilerin korunması hakkının aynı anlama gelmeyen, fakat yakın ilişki içinde olan kavramlar olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Bahsettiğimiz yakın ilişki sebebiyle, özel hayatın gizliliğini ihlâl eden durumların, genelde kişisel verilerin korunması hakkını da ihlâl etmesi kaçınılmazdır. Yargılama sırasında özel hayatın gizliliğinin ihlâli, çeşitli şekillerde meydana gelebilir. Salt ispat hakkının kullanılması dahi, özel hayatın gizliliğine müdahale edilmesi sonucunu doğurabilir. Dava dosyasına giren özel hayata ilişkin bir bilginin karşı tarafça ya da dosyayı inceleme hakkı bulunanlarca öğrenilmesi, bilginin ait olduğu kişi bakımından ortaya çıkacak tehlikelerden biridir. Ayrıca, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere genellikle kişilerin özel hayatlarının gizliliğinin ihlâl edilmesi sonucunda ulaşıldığını belirtmemiz gerekir. Tarafların özel hayatın gizliliğini ihlâl ederek elde ettiği deliller, hukuka aykırı yollardan elde edilen delildirler²¹³. Anayasa'nın 38'inci maddesinin altıncı fıkrasına göre, kanuna

²¹¹ KÜZECİ, Veri, s. 75.

²¹² ABTHŞ' nin tam metni için bkz; <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012P/TXT&from=EN>, S.E.T. 20.08.2017)

²¹³ "...Burada sözü geçen hukuka aykırılıklardan birisi de özel hayata yapılan haksız müdahaledir. Ancak özel hayatın gizliliği dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin kişinin cinsel yaşamı böyledir...Somut olayda, kadının rızası dışında facebooktan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendirilmeksizin hükme dayanak

aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. Buna uygun olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ispat hakkını düzenleyen 189'uncu maddesinin ikinci fıkrasıyla, *"Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz"* hükmü sevk edilmiştir. Anılan hükümle, ispat hakkının sınırı açık bir şekilde çizilmiş ve hukuka aykırı yaratılmış veya elde edilmiş olması fark yaratmaksızın, yargılamada kullanılacak delillerin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmesi gerektiği kabul edilmiştir²¹⁴.

2.4.6. Haberleşme Hürriyeti

Anayasa'nın 22'nci maddesinin birinci fıkrası gereğince, herkes haberleşme hürriyetine sahiptir ve haberleşmenin gizliliği esastır²¹⁵. Haberleşme hürriyeti, temelde, özel

alınması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir...", Yar. 3. HD, 21.01.2013 T., 2012/ 23195 E., 2013/ 698 K. sayılı Kararı, <https://www.lexpera.com.tr/ictihat/yargitay/3-hukuk-dairesi-e-2012-23195-k-2013-698-t-21-01-2013>, E.T. 06.05.2015.

²¹⁴ "Hemen belirtilmelidir ki, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmesinden önceki dönemde, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi konusunda Medeni Usul Hukukunda açık bir düzenleme bulunmamakta; konu öğretide yer alan bilimsel görüşler ve yargısal uygulama ile şekillenmekteydi. 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK'nun "ispat hakkı" başlığını taşıyan 189. maddesinin 2. fıkrasında yer alan; "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz" hükmü ile açıkça hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin ispat gücü olamayacağı kabul edilmiştir. Böylece ispat hakkının delillere ilişkin yönünün hukuki çerçevesi çizilmiş; bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş olması esası getirilmiştir. Anılan düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi halinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir.", Yar. HGK, 26.11.2014 T., 2013/ 4-1183 E., 2014/ 960 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2013-4-1183.htm>, E.T., 06.05.2015.

²¹⁵ Anılan hükme uygun olarak verilen bir Yargıtay kararı şu şekildedir : "Dosya içeriğine göre davacının iş sözleşmesi "davacının çalışma arkadaşları ile birlikte grup oluşturarak yaptıkları Whatsapp yazışmalarında işyeri ve işyeri yöneticileri hakkında terbiye sınırlarını aşan hakaretamiz iftira dolu beyanlarda bulunduğu, yöneticisi tarafından yapılan uyarıların dikkate alınmadığını, yönetici tarafından gelen mailler sonrasında ofis içinde huzuru bozacak şekilde konuşmalar ve gülüşmeler gerçekleştirilmesi ve diğer çalışanların motivasyonlarının bilinçli olarak düşürmeye çalışıldığı, işyeri telefonu ile uzun süre özel görüşme yapıldığı, yöneticiye iş akışı ile ilgili bilgilendirme yapılmadığı, ofis içinde kendileri ile birlikte hareket etmeyen işlerini yapmaya devam eden çalışanlara psikolojik baskı uygulandığı, uygunsuz lakaplar takıldığı ve bu tutum ve davranışların her geçen gün şiddetini arttırarak devam ettiği, yönetici tarafından sözlü olarak uyarılmış ise de tutum ve davranışlarında değişiklik olmadığının ve iş aktinin İş Kanunu 25/II-e maddesine göre işverenin güveninin kötüye kullanılması kapsamında kaldığı" gerekçesi ile feshedilmiştir. Öncelikle Whatsapp sistemi, telefon ve internet ortamında internet vasıtası ile iletişimi gerçekleştiren bir sistemdir. Burada kişi, kişiler ile iletişime geçtiği gibi gruplar kurarak grup içi iletişimi gerçekleştirilmektedir. Ancak bu sistem kendi içinde korunan ve üçüncü kişilere kapalı bir konumdadır. Dolayısı ile işçilerin iş akışını bozmadığı ve çalışmaların etkilemediği sürece bir grup kurmaları ve burada iletişim içinde olmaları yasak değildir. İşçilerin bu kapsamda burada iletişimlerinin kişisel veri olarak da korunması esastır. Dosya içeriğine göre davalı işyerinde satış uzmanı olarak çalışan davacı ve aynı konumdaki diğer çalışanlar, çalışma koşullarının olumsuz olarak değiştirilmesi, ücret politikası, mobbing uygulanması nedeni ile toplu imza ile istekte bulunmuşlar ve mailler göndermişlerdir. Aynı zamanda da iletişim için Whatsapp sistemi içinde grup kurmuşlardır. Burada da çalışma koşullarının olumsuzluğu, yöneticilerin tutumları ve davranışları hakkında yorumlarla yazışmalarda bulunmuşlardır. Bu iletişimlerin dosyadaki çözümlerine göre genel olarak mesai saatleri dışında olduğu görülmektedir. Davacı ve diğer arkadaşlarının Whatsapp grubu içindeki bu yazışmaları, aynı grup

haberleşmenin gizliliğinin korunmasını garanti eder. Özel hayatın gizliliğinin bir görünümü olan özel haberleşmenin gizliliği, bireylerin telefon, telgraf, mektup veya elektronik posta gibi iletişim araçlarıyla gerçekleştirdikleri haberleşmenin gizli kalmasını ve güvenilirliğini sağlamayı hedefler. Haberleşme hürriyeti çerçevesinde, birey, istediği kişilerle istediği şekilde ve içerikte haberleşebilir, bu haberleşmenin engellenmemesinin yanı sıra, ilgililerin onayı ve kanunî istisnalar dışında üçüncü kişilerin müdahalelerinden de korunması gerekir. Haberleşme hürriyeti, yalnızca iletişimin içeriğini değil, aynı zamanda iki iletişim aracı arasında ulaşımın olup olmadığına ve ne zaman olduğuna ilişkin detayları da korur²¹⁶. Bu sebeple, haberleşmenin içeriği kadar, kiminle, ne sıklıkla, ne kadar süreyle ve nereden yapıldığına ilişkin bilgiler faturalandırma gibi sebeplerle kaydedilseler de, diğer makamlarla paylaşılma konusunda korunmaya değerler²¹⁷.

Özel haberleşmenin gizliliğine hukuka aykırı şekilde müdahalede bulunulması, kişisel verilerin korunması hakkının ihlâl edilmesi ihtimalini de taşır. Özel haberleşmenin hukuka aykırı olarak dinlenmesi veya kaydedilmesi yoluyla kişisel veriler elde edilmişse, kişisel verilerin toplanması ve işlenmesinde aranan hukuka uygunluk ve dürüstlük ilkelerine aykırı davranılmış olur. Dolayısıyla söz konusu iki müessese birbirleriyle yakın ilişki içindedir. Bu bağlamda, özel haberleşmenin gizliliği hakkının, kişisel verilerin korunması hakkına hizmet ettiğini söylemek mümkündür.

içinde yer alan diğer bir işçi tarafından işverene iletilmiş, işveren bunun üzerine grupta yer alan işçilerin savunmasını alarak, davacı ve diğer işçilerin iş sözleşmelerini feshederken, ileten işçiye ise ihtar cezası vermiştir. Grup içi konuşmaların gizli kalması esas olduğu gibi genel olarak bakıldığında çalışma koşullarının olumsuzluğu, işveren ve yöneticilerin eşit davranmama, mobbing niteliğindeki tutumlarının dile getirildiği tespit edilmiştir. İşveren gizli kalması gereken verileri yasak bir şekilde elde ettiği gibi kendisine veren ve aynı konuşmalarda bulunan işçiye davranışı nedeni ile ihtar cezası vermek sureti ile de bilgi veren işçisini korumuştur. İşçilerin işyerinde mailleri, işverene bildirimleri işçilik hakları ile ilgili demokratik talep niteliğinde olup, bu tür barışçıl davranışların fesih nedeni yapılması doğru değildir. İspat yükü kendisinde olan davalı işveren haklı ve geçerli feshi kanıtlayamamıştır. Davanın kabulü yerine reddi hatalıdır.” Yar. 9. HD. 01.06.2017 T. 2016/ 14205 E., 2017/ 9526 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=9hd-2016-14205.htm>, Erişim Tarihi, 10.10.2017.

²¹⁶ GIELT, Andreas/ MANTZ, Reto; “Die IP-Adresse als Beweismittel und Beweisverbote: Beweiserlangung, Beweiswert und Beweisverbote”, CR 2008 (12), s. 813.

²¹⁷ ARSLAN ÖNCÜ, s. 204; KÜZECİ, Veri, s. 98; Günümüzde internet üzerinden yapılan haberleşmelerin IP adresleri yoluyla nereden, ne zaman ve ne kadar süreyle yapıldığı tespit edilebilmektedir. Hatta bazı durumlarda, haberleşmenin gerçekte kimler arasında olduğu da bu şekilde bulunabilmektedir. IP adresleri, yalnızca bir adres olarak görüldüğünden, aslında tek başına hiçbir şeyi kanıtlamaz. Belirli bir bağlantıya özgülenen IP adresi, sadece iddia edilen kullanım anında bağlantının çevrimiçi olduğunu belgeler. Ancak, örneğin, IP adreslerinin diğer kullanıcılara özgülenme hızı ve sıklığı sebebiyle, sağlayıcıların saatlerinin birbirinden farklı olması halinde belirli bir IP adresinin belirli bir zamanda çevrimiçi olup olmadığının tespiti veya sadece belirli bir bağlantıya tahsis edilen IP adresinin söz konusu zamanda bağlantı sahibi tarafından mı yoksa bir başkası tarafından mı kullanıldığının tespiti ya da o esnada bağlantının kaç kişi tarafından kullanıldığının tespiti problem oluşturur. Böyle bir durumda bir saniye dahi yanlış bağlantının tespit edilmesine neden olabilir. Konu ile ilgili bkz. GIELT/ MANTZ, s. 814 vd.

Günümüz teknolojik şartlarında, haberleşme gizliliğinin ihlâli olasılığı artmıştır. Nitekim, şimdilerde oldukça azalan mektupla haberleşme durumunda, mektubun içeriğine ulaşılabilmesi fizikî olarak ele geçirilmesine bağlıken²¹⁸, artık kilometrelerce uzaktan dahi bir elektronik postanın içeriğine ulaşılabilir. Telefon dinlemeleri ve gönderilen mesajlara ulaşım da casus programlar gibi farklı yollarla daha kolay bir şekilde sağlanabilmektedir²¹⁹. Böyle durumlar yargılamada, özellikle tarafların delil elde edebilmek için karşı tarafın haberleşme gizliliğine hukuka aykırı şekilde müdahale ettiği hallerde karşımıza çıkmaktadır²²⁰. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, haberleşme hürriyeti, sahip

²¹⁸ Her ne kadar medenî yargılama hukuku kapsamında olmasa da, bu noktada İcra ve İflâs Kanunu'nun 184'üncü maddesinde kabul edilen "müflis namına gelen mektuplar iflâs idaresi tarafından açılır ve sair mevrudelerin de masaya gönderilmesi posta idaresine bildirilir" düzenlemesinin bu konuda özel olarak verilmiş ayrı bir hâkim kararı olmaksızın haberleşme hürriyetine ağır bir müdahalede bulunulmasına yol açan yapısının tereddütle karşılanması gerektiği belirtilmelidir. Konuya ilişkin olarak bkznz. BAŞÖZEN, Ahmet; "İflâs Tasfiyesinde Müflisin Mektuplarına El Konulması ve Müflisin Özel Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Anayasal Sorunlar", Kamu Hukuku Arşivi, S. 1, Y. 2005, s. 70 vd; ÖZEKES, Temel Haklar, s. 173.

²¹⁹ "...Taraflar arasında birleştirilerek görülmekte olan boşanma davasında, davacı-davalı (koca) tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, davalı-davacıya (kadın) ait ses kayıtlarına dair cd.'lerin, davalı-davacının "özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu sebeple delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkeme ve sayın çoğunluk tarafından da bu şekilde elde edilen delilin değerlendirilebileceği kabul edilmiştir. Sunulan delil, davalı-davacının, davalı-davacı eşine hediye ettiği bir cep telefonuna "casus program" yükleyerek yaptığı konuşmaların onun rızası dışında kaydedilmesi suretiyle elde edilmiştir. Davacı-davalı tarafından bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğindedir. Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına dair bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır... Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınamaz. (H.M.K. Mad. 189/2) Bir vakianın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir. (H.M.K. m. 189/4) Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasaya tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekir ve değerlendirilemez. Kaldı ki somut olayda ibraz edilen delil suç işlenerek elde edilmiştir. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman yasaya aykırılık ortadan kalkar. Ne var ki somut olayda bu anlamda bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmamaktadır. Anayasaya göre; herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Eşlerden birinin, özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinin kadar yakından ilgilendirir. Ancak bu durum bile eşlerden her birinin birey olarak Anayasa tarafından koruma altına alınan temel haklarının diğer eş tarafından sınırlandırılması veya sınırlandırılabilmesi anlamına gelmez. Bireyin Anayasa tarafından koruma altına alınan temel hakları ailenin korunmasından önce gelir ve korunur. Bireyin temel haklarının diğer bireylere, eşine ve hatta devlete karşı korunması esastır. Bu sebeple evlilik birliğine dair yasal yükümlülük alanlarında bile, eşlerin her birinin ayrı ayrı özel yaşam alanları vardır ve bu alanlar Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Ailenin evliliğin yasal yükümlülükler alanı kapsamında ortak bir özel hayatı varsa da bu ortak alan ancak diğer eşin izin verdiği ölçüde vardır. Aile bireylerinden birisinin bu alandaki ortak alanı kabul etmemesi bir başka deyişle diğer eşe bu alanı kapatmasının yaptırımı, diğer eşe Anayasaya aykırı olarak bu ortak alana müdahale hakkı vermez. Bu durum ancak bir boşanma sebebi olarak değerlendirilebilir. Sonuç olarak Hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin değerlendirilmesi ve hükme esas alınması Anayasa ve H.M.K.nun 189/3. maddesine aykırılık oluşturur. Bu sebeplerle davacı-davalı eşin hukuka aykırı şekilde elde ettiği delilin hükme esas alınmayacağı gerekçesiyle hükmün bozulması ve bozma sebebine göre diğer itiraz sebepleri incelenemeyeceğini düşündüğüm için sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.", Yar. 2. HD,17.09.2103 T., 2012/ 21108 E., 2013/ 21067 K. sayılı Kararı, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=2hd-2012-21108.htm>, Erişim Tarihi, 06.05.2015.

²²⁰ HMK md. 189/ 3'e göre, Hukuka aykırı yollardan delil elde edilmesi, kamu düzeninin korunması amacıyla TCK'da da ayrıca suç olarak kabul edilmiştir. TCK md. 133 hükmü gereğince, kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçtur.

olduğu önem sebebiyle ayrı olarak düzenlenen, ancak aslında özel hayatın gizliliği kapsamında olan bir haktır. Bu sebeple, özel haberleşmenin gizliliğinin ihlali yoluyla elde edilen deliller de hukuka aykırı yollardan elde edilen delil niteliğini taşır.

2.4.7. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyeti

Temel bir insan hakkı olan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti²²¹, Anayasa'nın 26'ncı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ise 10'uncu maddesiyle güvence altına alınmıştır²²². Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine göre, herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim ve başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsar.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, öncelikli olarak devlet müdahalesine karşıdır²²³. Bu hürriyet, Devlet sansürü ve tehdidi olmaksızın, bireylerin düşünce ve bilgilere serbestçe ulaşabilmesi, edindiği düşünce ve kanaatlerden dolayı kınanmaması, bunları tek başına ya da başkalarıyla birlikte serbestçe açıklayabilmesi, savunabilmesi, başkalarına aktarabilmesi ve yayabilmesi olarak ifade edilmektedir²²⁴. Özgürlüklerin ön planda olduğu bir demokratik düzen ve *açık toplum*²²⁵ için kurucu unsur olarak aranan düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, iletişime ilişkin tüm temel hakların çıkış noktası ve dayanağı olarak

²²¹ Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile bu kapsamda basın hürriyetinin anayasal olarak kabulü, Kuzey Amerika'da 1776 yılında Virginia Haklar Bildirgesi ile başlamıştır. Bunu Avrupa'da 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesinin 11'inci maddesi takip etmiştir.

²²² Anayasa'nın 25'inci maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen "*düşünce ve kanaat hürriyeti*", herkesin düşünce ve kanaat hürriyetine sahip olduğu ve her ne sebeple olursa olsun kimsenin düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağını, düşünce ve kanaatleri sebebiyle kınanamayacağını ve suçlanamayacağını hüküm altına almaktadır. Burada belirtmek gerekir ki; insanın tamamen beyninde oluşturarak koruduğu, saklayıp dışa vurmadığı düşüncelerinden dolayı kınanmaması veya suçlanmaması gayet doğaldır. Bir kişi düşüncelerini herhangi bir yolla ifade etmezse, bu düşüncelerin veri haline gelerek korunması mümkün ve gerekli olmaz. Kişinin düşüncesini ifade ettikten sonra kınanmaması ve suçlanmaması ise, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamında korunabilir durumdadır. Söz konusu sebeple doktrinde, Anayasa'nın 25'inci maddesinde yapılan bu düzenlemenin gereksiz olduğu belirtilmektedir. Bu doğrultuda Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nda yalnızca düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetine ilişkin düzenleme yapıldığı (Art. 5 GG), düşünce ve kanaat hürriyetine ayrıca yer verilmediğini belirtmemiz gerekir. Bu yönde GÖREN, Zafer; "Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü", Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, İTİCÜSBD, Y.12, Sy. 24, Güz 2013/2, s. 33, tamamı için bkz. http://www.ticaret.edu.tr/Uploads/yayin/sosyal/31_60_Zafer_Goren.pdf, S.E.T. 12.09.2017.

²²³ TINNEFELD / BENEDIKT / PETRI, s. 38.

²²⁴ TINNEFELD/ BENEDIKT / PETRI, s. 37; KÜZECİ, s. 85; GÖREN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 33; TANÖR, Bülent; Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, İstanbul 1994, s. 59.

²²⁵ Bilim kuramcısı Karl R. POPPER, 1945 yılında demokratik olarak ve diktatörlükle yönetilen toplumlar için, "*açık toplum*" ve "*kapalı toplum*" kavramlarını geliştirmiştir. POPPER, eleştiri ve farklı düşüncelerin vazgeçilmez olarak kabul edildiği ve anayasal olarak teminat altına alındığı toplumları açık toplum olarak nitelendirmiştir. POPPER, Karl R.; Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 7. Bası, Tübingen 1992, s. 126.

kabul edilmektedir²²⁶. Nitekim, kişiliğin toplumdaki en doğrudan anlatımı, düşüncelerin serbestçe açıklanması ve yayılması yoluyla gerçekleşir²²⁷.

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, sınırsız bir şekilde garanti altına alınmamıştır. Anayasa'nın 26'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre, bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret ve haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevi gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir.

Kişisel verilerin korunması hakkı ile düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bir yandan birbirlerini desteklerken, öte yandan birbirleriyle çatışma potansiyeli taşır. Çünkü, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bir taraftan kişisel verilerin korunması hakkını güvence altına alırken, diğer taraftan bu hakkı tehlikeye sokar²²⁸. Özellikle, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin bir görünümü olan basın hürriyetinin yargıyla karşılaşması hassas bir konu olduğu için ayrı bir başlık altında incelenmesi yerinde olur.

2.4.7.1. Düşünceyi Açıklama ve Yayma Hürriyetinin Bir Görünümü Olarak Basın Hürriyeti

2.4.7.1.1. Genel Olarak

Basın hürriyeti, aslında düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti kapsamındadır. Ancak sahip olduğu önem sebebiyle konu kanunlarda ve doktrinde ayrı olarak ele alınmaktadır.

Anayasa'nın 28'inci maddesinin ilk cümlesine göre, basın hürdür, sansür edilemez. Devlet, basın ve haber alma hürriyetlerini sağlayacak tedbirleri alır. Ancak bu hürriyet pek

²²⁶ Bu yönde bkz. TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 37.

²²⁷ GÖREN, Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, s. 32.

²²⁸ Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin pozitif yönü, bireye ilişkin bilgilerin serbestçe aktarılması ile kişisel veriler üzerindeki belirleme hakkının unsuru olan bireyin açıklamalarının içeriğini ve muhatabını belirleme hakkını güvence altına alır Düşünceyi açıklama ve yayma özgürlüğünün negatif yönü olarak değerlendirilen kimsenin düşüncesini açıklamaya zorlanamayacağı kuralı da, kişisel verilerin korunması hakkını koruyucu niteliktedir. Bireyin toplumla iletişimini sağlayan derneklere, sivil toplum kuruluşlarına, toplantı ve yürüyüşü düzenleme hakkı, kişisel verilerin korunması hakkı açısından risk yaratabilir. Anayasal bir hak olan toplantı ve yürüyüş düzenleme hakkı, bireye, bir topluluk içinde ve kamu önünde kendisini ifade edebilme imkânı verir. Ancak bireyin topluluk içinde olması, kişisel verilerinin tamamen anonimleşmesi sonucunu doğurmaz. Bu sebeple, bireylerin kişisel verilerinin korunmasının sınırlı şekilde olacağı endişesiyle demokratik haklarını kullanmaktan kaçınmayacakları bir zemin hazırlanmalıdır. KÜZECİ, s. 86 vd; ŞİMŞEK, s. 146 vd.

tabii ki sınırsız değildir. Basın hürriyetinin sınırlandırılmasında Anayasa'nın 26 ve 27'nci madde hükümleri uygulanır. Burada konumuz açısından ayrıca önem taşıyan hüküm 28'inci maddenin beşinci fıkrasıdır. Anılan fıkra gereğince, yargılama sürecinin amacına uygun olarak yerine getirilebilmesi için, kanunla belirtilecek sınırlar içinde, hâkim tarafından verilen kararlar saklı kalmak üzere, olaylar hakkında yayım yasağı konulamaz.

Şüphesiz, medyada ihtilaflı olayların gündeme gelmesi doğal ve mümkündür. Basın hürriyeti ile kişisel verilerin korunması hakkı, özellikle magazin basını olarak anılan yayınlarda çatışır. Politikacılar ve diğer kamuya mâl olmuş kişiler²²⁹ de dahil olmak üzere herkesin özel hayatını koruma hakkı vardır. Söz konusu sebeple, salt özel hayata ilişkin haber veya fotoğrafların yayınlanması halinde, bu kişilere de savunma hakkı tanınması gerekir. Ancak burada sınırın çizilmesi çok kolay değildir. Böyle bir durumda yargının görevi, bilhassa çatışma potansiyeli olan temel hakları somutlaştırarak, birey ve toplumun yarışan menfaatleri arasında kurulabilecek en adil dengeyi sağlamaktır²³⁰.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, herhangi bir toplumsal tartışmaya ve kamu menfaatine katkıda bulunmayacak, sadece okuyucunun merakını giderecek fotoğrafların

²²⁹ Alman hukukunda Horst NEUMANN-DUESBERG kamuya mâl olmuş kişiler için, mutlak anlamda kamuya mâl olmuş kişiler (absolute Personen der Zeitgeschichte) ve nispi anlamda kamuya mâl olmuş kişiler (relative Personen der Zeitgeschichte) ayrımı yapılmıştır. NEUMANN-DUESBERG'e göre, mutlak anlamda kamuya mâl olmuş kişiler, kraliyet ailesi üyeleri, Alman Devlet Başkanı ve ünlü sanatçılar gibi, özel ve aile hayatları dışındaki her konuda kendilerine ilişkin haber yapılmasında kamuoyunun menfaati bulunan kişilerdir. Nispi anlamda kamuya mâl olmuş kişiler ise, özel bir olay veya durum sebebiyle (suç işlediği iddiası gibi) kamuoyunun geçici olarak dikkatini çeken kişiler olarak tanımlanır. Nispi anlamda kamuya mâl olmuş kişilere ilişkin resim ya da görüntüler, kural olarak ancak özel olay veya duruma ilişkin ise yayınlanabilir. Makale için bkz. NEUMANN-DUESBERG, Horst; "Bildberichterstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte", JZ, Sy. 4, Şubat 1960, s. 114 vd., <http://www.jstor.org/stable/20805773>, S.E.T. 12.09.2017; Konu ile ilgili ayrıca bkz. TEßMER, Dirk; Der Privatliche Persönlichkeitsschutz von Prominenten vor Verletzung durch die Medien-mit rechtsvergleichenden Bezügen, Marburg 2000, s. 17 vd.

²³⁰ TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 172; BASSEWITZ, Katharina von; "Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandırıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar: Hard Times for Paparazzi: Two Landmark Decisions Concerning Privacy Rights Stir Up The German and English Media", (Çev. PARLAK BÖRÜ, Şafak), AÜHFD, C. 64, Sy. 4, Y. 2015, s. 1247; konuya ilişkin bir Anayasa Mahkemesi Kararının bazı bölümleri şu şekildedir: "Belli bir hayran kitlesine sahip ile Ş.G. arasında yaşananları muhabirin haber yapmaya görmesi bir durumdur. Görüntülerin kayıt altına alınması kişilik hakları yönünden hassasiyet taşısa da bunların bşavurucunun dışarıya kapalı konutuna girilmeksizin kamunun kullanımına açık bir alandan (sokaktan) ve herkes tarafından görülebilen bir yerden çekilmiş olması ve görüntüsü çekilenlerin sanatçı kişiliği dikkate alındığında basın özgürlüğü sınırları içinde kaldığı değerlendirilmektedir. Öte yandan görüntülerin içine bakıldığında başvuru Ş.G.nin yaklaşmasından ibaret olduğu ve ilgililer açısından kabul edilemez derecede rahatsızlığa yol açabilecek unsurlar içermediği görülmektedir. 60. Bu durumda yukarıdaki değerlendirmelerin tamamı ve yargı mercilerinin farklı çıkarları dengelerken sahip olduğu takdir payları da dikkate alındığında Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında yer alan pozitif yükümlülüklerle uyulduğu ve başvuru kişinin özel hayatının korunması hakkı ile davalının basın özgürlüğü arasında makul bir dengenin gözetildiği sonucuna varılmıştır. Açıklanan nedenlerle özel hayata saygı hakkının ihlâl edilmediğine karar verilmesi gerekir..." , B. No: 2014/ 20364, 5.10.2017 tarihli Kararı, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Basvurular/tr/pdf/2014-20364.pdf>, E.T. 25.11.2018.

yayınlanması gibi hallerde, medya hürriyetinin her zaman özel ve aile hayatının korunması hakkının gerisinde kalması gerektiğini vurgulamıştır²³¹. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi ise, mutlak anlamda kamuya mâl olmuş kişilerin korunabilmesi amacıyla, *kamuoyunun gözü önünde olmama isteğinin anlaşılabilirliği- korunmuş alan (secluded place out of public eye)*²³² kavramını geliştirmiştir. Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, mahremiyetin özüne ilişkin bilgiler, medya hürriyeti kapsamında değildirler. Bunun istisnası ise, ilgililerin rızalarının bulunmasıdır.

2.4.7.1.2. Medya Aleniyeti - Dolaylı Aleniyet Kavramları ve Bu Kavramların Kişisel Verilerin Korunması Hakkıyla İlişkisi

Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti ile kişisel verilerin korunması hakkının karşı karşıya geldiği önemli noktalardan birisi, basın hürriyetidir. Basın hürriyeti, esasen teknik baskı süreciyle bağlantılı olsa da, öteden beri düşünce, din, vicdan ile kendisi arasında katı sınırlar çizmeksizin bireyin iletişimsel gelişimini sağlamayı amaçlar²³³. Yaşanan gelişmeler neticesinde dar kapsamlı kalan basın hürriyeti kavramı yerine doktrinde, *medya hürriyeti*, *iletişim hürriyeti*, *kitle haberleşme hürriyeti* gibi kavramlar kullanılmaya başlanmıştır²³⁴.

Medenî yargılama hukuku çerçevesinde düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, bu kapsamda medya hürriyeti, özellikle yargılamanın kural olarak alenî olması ve yargılama sırasında yayınlanan haberler bakımından problem oluşturur. Burada, haber verme ve alma menfaatinin taraflar ve tanıklar gibi yargılamaya dâhil olan kişilerin mahrem alanlarının korunması hakkının gerisinde kalması gerekip gerekmediği sorusuna cevap aranmalıdır.

Aleniyet ilkesi önceleri yalnızca bireylerin duruşmalara katılabilmesine odaklanmışken, günümüzde adlî vakıaların basın-yayın organlarınca işlenmesi odak noktası haline gelmiştir²³⁵. Öğretide artık, aleniyet ilkesinin kitle iletişim araçları vasıtasıyla genişletilerek gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusu sorulmaktadır. Nitekim basın-

²³¹ Bu yönde bkz. AİHM, von Hannover v. Germany, Başvuru No: 59320/ 00, 24.06.2004, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61853>, S.E.T. 12.09.2017.

²³² Bu yönde BGH, 1996 NJW, 1128, 1129 vd.

²³³ TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 38.

²³⁴ Kelime anlamı itibarıyla basın, “gazete, dergi gibi belirli zamanlarda çıkan yazılı yayınların bütünü, matbuat” şeklinde açıklanırken, medya “iletişim ortamı” olarak ifade edilmektedir. Bu yönde bkz., http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59afc57288a991.12787175,

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bts&arama=kelime&guid=TDK.GTS.59afc575227140.11048293, S.E.T. 19.09.2017. Çalışmamızda, basın-yayın araçlarının tümünü içeriğinde barındıran “medya hürriyeti” kavramının kullanılması tercih edilmiştir.

²³⁵ COELLN, Christian von; Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, Tübingen 2005, s. 2.

yayın organları sayesinde bir mahkeme salonuyla kıyaslanamaz büyüklükte bir topluluğun adlî vakıalara kolayca ulaşabilmesi sağlanır. Günümüzde çokça anılan *bilgi toplumu*, doğrudan doğruya, devletin de desteğiyle kitlesel medyada bilgilerin ulaşılabilirliğinin artması imkânı üzerine kuruludur.

Medya hürriyeti çerçevesinde geliştirilen *medya aleniyeti* kavramı, genel olarak, medya temsilcilerinin kamusal etkinliklere engelsiz şekilde girebilmelerini ifade eder²³⁶. Kavram, ayırt edici hatlarla belirlenmiş katı bir hukukî niteliğe sahip olmayıp, medyanın aleniyet ilkesi karşısında konumunun belirlenebilmesi amacıyla türetilmiştir. Aleniyet ilkesi, doğası gereği medya temsilcilerinin mahkeme salonuna serbestçe girmesini de garanti ettiği için, ilk bakışta medya aleniyeti kavramı gereksiz bulunabilir. Nitekim medya temsilcilerinin duruşmalara girme hakkı basın hukukundan değil, aleniyet ilkesine ilişkin genel düzenlemelerden kaynaklanır. Ayrıca öğretilerde ayrı bir *dinleyici aleniyeti* prensibinden de bahsedilmemektedir. Buna rağmen medya aleniyeti kavramının tekraren kullanılıyor olması, temelde, medya temsilcilerinin diğer dinleyicilere göre daha nitelikli ve farklı şekilde algılanması amacını güder²³⁷. Medya aleniyeti, Federal Almanya Anayasa Mahkemesi tarafından, *yargılamanın aleniyeti karşısında bir Aluid* olarak nitelendirilmektedir²³⁸. Gerçekten de, günümüz şartları dikkate alındığında, halkın duruşmalara fizikî olarak katılmadığı ve haber niteliği taşıyan adlî vakıaları kitlesel medya araçları vasıtasıyla takip ettiği görülmektedir. Bu sebeple, mahkeme salonlarında medya temsilcilerine ayrı bir yer ayrılması hem medya aleniyetinin amacına ulaşması hem halkın yargılama hakkında bilgilendirilmesine destek olunması hem de duruşma disiplininin daha kolay sağlanması anlamında faydalı olur²³⁹. Mahkeme, duruşma salonunun kapasitesini göz önünde bulundurarak medya temsilcileri için ayrı bir yer ayrılmasına karar verebilmelidir²⁴⁰.

²³⁶ SCHUMANN, Ekkehard; “Aktuelle Überlegungen zur Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren”, FS für Peter GOTTWALD zum 70. Geburtstag, Münih 2014, s. 569.

²³⁷ SCHUMANN, s. 569.

²³⁸ Bu yönde bkz. BVerGE 103, 68.

²³⁹ Doktrinde duruşma salonunda medya temsilcilerine ayrı bir yer sağlanması konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüşe göre, medya temsilcilerinin duruşmalara katılmak bağlamında halktan daha fazla korunmasını gerektirecek bir ayrıcalıkları yoktur; Bu yönde bkz. PEKCANİTEZ, Hakan; “Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Aleniyet, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 579, (Bu makale Yargı Reformu 2000 Sempozyumu: 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 408-427’de yayımlanmıştır.); TANRIVER, Adil Yargılama Hakkı, s. 201. Diğer görüş ise, medya temsilcilerine duruşmayı izlemeleri için ayrı bir yer ayrılmasının aleniyet ilkesini ihlâl etmeyeceğini savunur. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, medya temsilcilerine yer ayrılırken, diğer izleyicilerin de duruşmaya katılımını sağlayacak bir düzen oluşturulmasıdır. Bu yönde bkz. PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus; ZPO-Kommentar, 9. Bası, KÖLN 2017, s. 2814; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 131; COELLN, s. 264.

²⁴⁰ Mahkeme ayrılan yerlere yetkilendirdiği medya temsilcilerinin alınmasını sağlama imkânına sahiptir. Ancak bu durumda, medya temsilcilerine ayrılan yerin kontenjanı göz önünde bulundurularak, bölgesel ve

Medya aleniyeti kavramı doktrinde, *dolaylı aleniyet* şeklinde de anılmaktadır²⁴¹. Ancak dolaylı aleniyet ile medya aleniyeti aslında tam anlamıyla özdeş kavramlar değildir. Herkesin duruşma salonuna girip yargılamayı izleyebileceğini ilke olarak kabul eden doğrudan aleniyet karşısında geliştirilen dolaylı aleniyet kavramı, fizikî olarak duruşma salonunda bulunmayıp medyadan yararlananlara doğrudan doğruya bilgi alma imkânı sağlanmasını ifade eder²⁴². Diğer bir ifadeyle, dolaylı aleniyet, duruşmalara bizzat katılamayan kamuoyunun basın-yayın organlarınca yapılan sesli, görüntülü ve yazılı haberler vasıtasıyla yargılama hakkında bilgilendirilmeleridir²⁴³. Buna karşın, medya temsilcilerinin duruşmaya girme imkânı dolaylı aleniyet bağlamında sayılmaz. Bu bakımdan, medya aleniyeti, dolaylı aleniyetin ötesine geçer. Medya aleniyetinin amacı, medyanın daha güçlü bir konuma kavuşturulmasının sağlanmasıdır²⁴⁴. Dolaylı aleniyet, fiilî katılım olmaksızın, teknik imkânlar sayesinde duruşmayı dinleme ve izleme ayrıcalığı yaratır. Burada, doğrudan aleniyetten farklı olarak, kamuoyu yargılama seyrinin aslını değil, medya temsilcileri tarafından aktarılan kısmını öğrenmiş olur. Dolaylı aleniyet, yargılama hakkında, özellikle günlük gazete, televizyon, radyo ve internet yoluyla bilgi paylaşımı sağlayan her tür medyayı kapsar²⁴⁵. Nitekim, daha önce olduğu gibi dolaylı aleniyetin yalnızca radyo ve televizyon yayını ile sınırlandırılması, günümüz teknolojik imkânları bakımından gerçekçi ve adil olmaz.

Medya aleniyeti karşısında, ilgililerin kişisel verilerin korunması hakkı tartışma yaratmaya eğilimlidir. Kent hayatı konseptinden bilgi toplumuna dönüşen toplumsal yapı, kişisel yaşam alanlarının korunmasının bir anlamda çöküşü olarak görülmektedir. Medya aleniyeti bağlamında ortaya çıkan kişisel verilerin korunmasıyla ilgili tartışmalar da *özel*

bölgeler üstü gazete, radyo, televizyon temsilcileri arasında dengeli bir dağılımın sağlanmasını gerekir. Burada, genellikle duruşma salonunda çekilen fotoğrafların servisini sağlayan medya temsilcileri için uygulanan “*havuz çözümü (Pool-Lösung)*”nın kapsamına tüm medya temsilcilerinin dahil edilmesi ve böylece elde edilen bilgi ve görüntülerin diğer medya organlarıyla paylaşılması sağlanabilir. Medya temsilcilerine ayrılan yerin paylaşılması mahkeme için bir yükümlülük değil, imkândır. Bu sebeple mahkemenin, belirli medya temsilcilerini yetkilendirmek yerine, “*tazı prensibi (Windhundprinzip)*” gereği duruşma salonuna daha erken gelen temsilcilere duruşmayı izleme imkânı vermesi de mümkündür; COELLN, s. 273 vd; ADOLPHSEN, Jens; Zivilprozessrecht, 4. Bası, Baden 2014; COELNN, s. 263.

²⁴¹ PEKCANITEZ, Aleniyet İlkesi, s. 579; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 120; TANRIVER, Adil Yargılama Hakkı, s. 201; MARL, Johannes, Der Begriff der Öffentlichkeit im Urheberrecht, Tübingen 2017, s. 278.

²⁴² LÖWE, Ewald/ ROSENBERG, Werner; Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, C. 10, 26. Bası, Berlin 2010, s. 857; COELLN, s. 31.

²⁴³ PEKCANITEZ, Aleniyet İlkesi, s. 578 vd; TANRIVER, Adil Yargılama Hakkı, s. 201; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 120; LÖWE / ROSENBERG, s. 830; ESLAMİ, Nassim, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, Tübingen 2016, s. 166.

²⁴⁴ MARL, s. 264.

²⁴⁵ MARL, s. 255; COELLN, s. 36.

*hayatın çöküşü ile özel hayatın korunması arasındaki mücadeleden kaynaklanır*²⁴⁶. Yargılama hakkındaki bilgilerin kitlesel medya yoluyla mahkeme duvarlarını aşarak sınırlar ötesine ulaşması, kişisel verilerin korunması endişesini daha da arttırır. Medya aleniyeti ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki bipolar ilişki, diğer temel hakların hem medya aleniyeti hem de kişisel verilerin korunması hakkına aynı zamanda uyum sağlaması durumunda belirsizleşir ve böylece konunun karmaşıklığı daha da artar²⁴⁷. Örneğin bu durum, hukuk devleti ilkesi için geçerlidir. Hukuk devleti ilkesi, çok yönü olan kilit bir kavramdır. Bu özelliğinden ötürü çatışan eğilimler gösterir. Hukuk devletinin yadsınamayan yayılımları üçüncü kuvvet olan yargının medya aleniyetinden farklı şekillerde etkilenmesi sonucunu doğurur²⁴⁸.

2.4.7.1.3. Yargılama Sırasında Kayıt Yapılması ve Bunların Kitle İletişim Araçları Vasıtasıyla Yayınlanması Meselesi

Medya hürriyeti, duruşmaya dinleyici olarak katılan medya temsilcilerinin, ses kayıt cihazı, fotoğraf makinesi, video kamera gibi cihazları kullanabilmesini gerektirir. Böylece medya temsilcilerinin yargılama sırasında veya sonrasında elde ettikleri bilgileri kitle iletişim araçları vasıtasıyla kamuya daha sağlıklı bir şekilde aktarmalarına imkân tanınmış olur. Farklı ülke hukuklarında bu cihazların yargılama sırasında kullanılıp kullanılmayacağı konusu tartışmalıdır. Özellikle uzun zamandır devam eden televizyonların mahkeme salonlarına girmesi yönündeki baskı, medya hürriyeti bakımından problemin açıkça sivrilmesine neden olmuştur²⁴⁹.

Yargılamanın kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayınlanması, ülkelerin hukuk politikası anlayışına göre değişiklik göstermektedir.

Yargılama sırasında ses ve görüntü kaydı alınması konusu her ne kadar hala tartışmalı olsa da²⁵⁰, Amerikan hukukunda bugün için ses ve görüntü kaydı alınmasına ilişkin bir yasak yoktur. *Court TV* olarak adlandırılan yargılama sırasında ses ve görüntü nakli

²⁴⁶ MARL, s. 270.

²⁴⁷ COELLN, s. 3.

²⁴⁸ COELLN, s. 3.

²⁴⁹ COELLN, s. 3.

²⁵⁰ 1937 yılında Amerikan Barolar Birliği'nin kararıyla duruşma salonundan radyo yayını yapılması yasaklanmış olsa da, 1960'lı yıllarda hâkimin izniyle televizyon yayını yapılmaya başlanmıştır. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1965 yılında verdiği kararında adil yargılanma hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle duruşma salonundan radyo ve televizyon yayını yasaklamıştır. Ancak 1970'li yılların sonunda Amerikan Yüksek Mahkemesi aksi yönde bir karar vererek, teknik aletlerin duruşma salonunda bulunmasının duruşmanın huzurunu bozmayacağı gerekçesiyle radyo ve televizyon yayını yapılmasına izin vermiş ve konuyu eyaletlerin kendi düzenlemelerine bırakmıştır. AŞIK, s. 729, 730.

yapılması ve bunların yayınlanması kural olarak mümkündür²⁵¹. Ancak somut olayın özelliğine göre, hâkim bunu yasaklayabilir²⁵².

Alman hukukunda, yargılamanın alenîyeti konusunda izleyiciler bakımından herhangi bir ayırım yapılmadığı için, medya temsilcilerinin de diğer kişiler gibi duruşmaları izleme hakkı vardır. Burada da tartışmalı olan husus, duruşmaya izleyici olarak katılan medya temsilcisinin ses ve görüntü kaydı yapıp yapamayacağıdır. Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu'nun 1964 yılında yürürlüğe girmesine kadar, yargılama sırasında yayınlanması amacıyla ses ve görüntü kaydının yapılıp yapılamayacağı sorusuna cevap aranmıştır. Anılan Kanunun yürürlüğe girmesiyle, yargılama sırasında *ses kaydı alınmasının (Tonaufnahme)* ve *televizyon-radyo (Fernseh-Rundfunkaufnahme)* yayını yapılması ile *film çekiminin (Filmaufnahme)* yasak olduğu kabul edilmiştir (§ 169 S. 2 GVG). Ancak soruya cevap bulunmuş olması, konu hakkında tartışmaların günümüze kadar sürmesine engel olamamıştır. 1964 yılından beri yaşanan teknolojik ve toplumsal değişiklikler sebebiyle yasak, günümüz şartlarına uymadığı ve bu kadar sert bir şekilde uygulanmaması gerektiği yönünde eleştirilmiştir²⁵³. Bu sebeple hazırlanan kanun tasarısıyla, § 169 GVG S. 2 hükmündeki yasağın bir ölçüde hafifletilmesi amaçlanmıştır ve tasarı 18 Nisan 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir²⁵⁴. Kanun değişikliğinden önce mahkemelerin medya

²⁵¹ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 135; Amerika'da yargılamada mağdur tarafın yüzünü ve ismini ifşa etmeme yükümlülüğü olan "Courtroom Television Network (kısaca Court TV)" isimli kanalda yargılamalar yirmi dört saat boyunca yayınlanmaktadır.

²⁵² AŞIK, s. 730; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 133 vd.

²⁵³ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.pdf, E.T. 11.10.2017.

²⁵⁴ § 169 GVG hükmü şu şekildedir. "(1) Mahkeme huzurunda yapılan yargılama, kararların tefhimi de dahil olmak üzere alenîdir. Duruşmada kamuya açıklanması ya da içeriklerinin yayınlanması amacıyla ses kaydı alınması, televizyon ve radyo yayını yapılması ve film çekilmesi yasaktır. Basın, radyo, televizyon veya diğer medya alanları için bir çalışma odasına ses iletilmesine mahkemeye izin verilebilir. Ses iletimi ilgililerin veya üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatlerinin himayesi veya yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesinin sağlanması için kısmen yasaklanabilir. Ayrıca çalışma odasına ses iletimi için ikinci cümle geçerlidir. (2) Federal Almanya Cumhuriyeti için yakın tarihe uzanan önemi söz konusuysa, kararların tefhimi dahil olmak üzere duruşmada ses kaydı alınmasına bilimsel ve tarihi amaçlarla mahkeme tarafından müsaade edilebilir. İlgililerin ve üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatlerinin himayesi veya yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesi amacıyla kayıtlar kısmen yasaklanabilir. Kayıtlar dava dosyasına alınamaz ve ne paylaşılabilir ne de mevcut ya da başka bir dava amacı için faydalanabilir veya kullanılabilir. Kayıtlar yargılamanın sonunda mahkeme tarafından yetkili Federal Arşivi veya Eyalet Arşivine teslim edilirler, kayıtların kalıcı değeri hak edip etmedikleri Federal Arşiv Yasası veya Eyalet Arşiv Yasasına göre tespit edilir. Federal Arşiv veya ilgili Eyalet Arşivi kayıtları kabul etmezse, kayıtlar mahkeme tarafından silinmelidir. (3) Birinci fıkranın ikinci cümlesinden farklı olarak, mahkeme, istisnâî durumlarda, Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin kararlarının kamuya açıklanması veya içeriğinin yayınlanması amacıyla ses kaydına alınmasına izin verebilir. İlgililerin veya üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatlerinin himayesi ve de yargılamanın düzenli bir şekilde yürütülmesi için kayıtlar veya kayıtların yayınlanması kısmen yasaklanabilir veya şartlara uygun hale getirilebilir. (4) 1 ila 3'üncü fıkralara göre verilen mahkeme kararlarına itiraz edilemez".

https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.pdf, E.T. 11.10.2017. Görüldüğü gibi, 169 Abs. 1 ve Abs. 2 GVG hükümlerinde

temsilcilerinin haberlerinden etkilenmelerini önlemek, yargılamaya katılanların kişilik haklarını korumak ve gerçeğin ortaya çıkarılmaması tehlikesini bertaraf etmek amacıyla daha sert bir şekilde kabul edilen yasak, değişen medya dünyasının ve toplumun bilgi ihtiyacının gereksinimlerine cevap verebilmek için yumuşatılmıştır. Yasağın yumuşatıldığı ve medya aleniyetinin genişletildiği her durumda yargılamaya katılanların ve üçüncü kişilerin kişilik haklarının, adil yargılanma haklarının ve adalet mekanizmasının işlerliğinin özel olarak ve daha yüksek ölçüde dikkate alınması gerekir²⁵⁵. Böyle durumlarda anılan kişilerin söz konusu haklardan doğan menfaatleri, toplumun bilgi edinme menfaati ve medyanın haber yapma menfaatiyle mahkemece dengelenmelidir. Bu dengeleme ihtiyacı, yargılama hakkında yapılan haberin kapsamına bağlı olarak artar.

Hukukumuzda yargılamanın kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayınlanması sorunu, özel televizyonların yayına başlamasının ardından gündeme gelmiştir²⁵⁶. Ancak mevzuatta buna yönelik düzenlemelerin bulunmadığı dönemde dahi, doktrinde duruşma disiplininin sağlanması amacıyla hâkimin basının izlemesiyle ilgili tedbirler alabileceği, ses ve görüntü kaydı alınmasını yasaklanabileceği belirtilmekte idi²⁵⁷. Daha sonra bu yaklaşıma uygun olarak yargılamanın kitle iletişim araçları vasıtasıyla yayınlanması kanunen yasaklanmıştır²⁵⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kayıt ve yayın yasağı başlıklı 153'üncü maddesine göre, *“duruşma sırasında fotoğraf çekilemez ve hiçbir şekilde ses ve görüntü kaydı yapılamaz. Ancak, dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla, yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde, mahkemece çekim yapılabilir ve kayıt alınabilir. Bu şekilde yapılan çekim ve kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde*

yasağa getirilen istisnaların amacı, duruşmalarda elde edilen kayıtların halka servis edilmesi değil, bilimsel ve tarihsel amaçlarla devlet arşivine girmesidir. Bu istisnaların istisnası, ilgililerin ve üçüncü kişilerin korunmaya değer menfaatleridir. Kişisel verilerin korunması hakkı, korunmaya değer menfaat kapsamında değerlendirileceğinden, ilgililerin ve üçüncü kişilerin bu hakka dayanarak kayıt alınmasının yasaklanmasını sağlamaları mümkündür. § 169 Abs. 3 hükmünde getirilen istisnanın kapsamı daha geniştir. Bu hükümle, Federal Almanya Yüksek Mahkemesi'nin kararları medya yayınlarına açılmıştır. Bunun sebebi, Federal Almanya Yüksek Mahkemesi hâkimlerinin niteliklerinin ve tecrübelerinin, medya yayınlarına imkân tanınmasına uygun olması şeklinde açıklanmaktadır. Diğer bir etken, bu mahkemenin verdiği kararların toplumsal ve politik hayat üzerindeki önemli etkisidir. Bu çerçevede kararlarının medya aracılığıyla yayınlanmasının Yüksek Mahkemenin de menfaatine olduğunu söylemek mümkündür. Bu konuda bknz. https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.pdf, s. 18.

²⁵⁵https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Erweiterung_Medienoeffentlichkeit_Gerichtsverfahren.pdf, s. 17.

²⁵⁶ AŞIK, İbrahim; “Alman Hukukunda Dolaylı Aleniyete İlişkin Gelişmeler ve Düşünceler”, MİHDER, C. 13, Sy. 38, 2017/ 3, s. 728.

²⁵⁷ PEKCANİTEZ, Aleniyet İlkesi, s. 581.

²⁵⁸ Konuyu ilişkin olarak bkzn. AŞIK, s. 722 vd.

yayımlanamaz. Duruşma sırasında bu yasağa aykırı davranan kişi hakkında 151'inci madde hükmü uygulanır. Kayıt ve yayın yasağına aykırı davranan kişi hakkında, ayrıca Türk Ceza Kanunu'nun 286'ncı maddesi hükümleri uygulanır". Doktrinde bu yasağın çağdaş bir yaklaşım olup olmadığının tekrar düşünülmesi gerektiği belirtilmektedir²⁵⁹.

Karşılaştırmalı hukuktaki yaklaşımlar göz önünde bulundurulduğunda, hukukumuzda kabul edilen yasağın ilgililerin kişilik hak ve alanlarını güçlü bir şekilde teminat altına aldığını söylemek mümkündür. Özellikle dava dosyasında saklı kalmak kaydıyla yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde mahkemece yapılan çekim ve alınan kayıtlar ile kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanağın mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izniyle yayımlanabilmesi etkin bir koruma sağlamaktadır. Bu çerçevede sadece taraflar değil, dava dosyasına kişilik haklarını ilgilendiren bilgiler giren fer'i müdahil, tanık, bilirkişi ve uzman gibi kişiler de korunmaktadır²⁶⁰. Mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izninin varlığı halinde, bu çekim ve kayıtların medya temsilcileriyle paylaşılmasında ise bir sakınca yoktur²⁶¹. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149'uncu maddesi gereğince ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşma yapıldığında da nakledilen ses ve görüntünün kaydedilmesi kanunda buna yönelik bir istisna tanınmadığı için mümkün değildir. Her ne kadar Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri İle Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 4'üncü maddesinde yer alan "*SEGBİS: UYAP'ta ses ve görüntünün aynı anda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemini ifade eder*" hükmüyle ses ve görüntünün iletilmesinin yanında, kaydedilip saklandığı açıkça belirtilmiş olsa da ve bu Yönetmeliğin 218'inci maddesinin sekizinci fıkrasında, "*Bu maddede hüküm bulunmayan hallerde 20/9/2011 tarihli ve 28060 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmeliğin bu Yönetmeliğe aykırı olmayan hükümleri uygulanır*" hükmüyle atıf yapılan Yönetmelik'te ses ve görüntülerin kaydedilebileceğine ilişkin düzenlemeler (md. 8, md. 22 gibi) bulunsa da, Adalet Bakanlığı Bilgi İşlem Daire Başkanlığı'nın SEGBİS Kullanım Kılavuzunda "*her duruşmanın ardından bu dosya DVD veya CD'lere kaydedilerek arşivlenmelidir. Bu arşivler zabıt kâtibi tarafından DVD'lerin üzerine ilgili duruşma bilgileri yazılarak saklanmalıdır*" şeklinde bir bilgi yer alsa da, anılan Yönetmelik ve Kılavuz hükümleri Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırılık teşkil ettiği

²⁵⁹ AŞIK, s. 723.

²⁶⁰ AŞIK, s. 741.

²⁶¹ AŞIK, s. 742.

için medenî yargılama hukukunda uygulanamaz. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 149'uncu maddesine göre yapılan duruşmalarda nakledilen ses ve görüntülerin kaydedilmesi yasaktır²⁶². Bu durumda ses ve görüntü kaydı, sadece Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153'üncü maddesinde kabul edilen istisnaî hal mevcutsa yapılabilir²⁶³.

Ses ve görüntü kaydı alınmasının yasak olması, aleniyet ilkesine aykırı sonuçlar doğurmaz²⁶⁴. Çünkü kayıt ve yayın yasak olsa da, doğrudan aleniyet, medya aleniyeti ve bu bağlamda dolaylı aleniyet sınırlandırılmış değildir. Birinci fıkranın ikinci cümlesinde, bu yasağın, “*dosyada saklı kalmak kaydıyla*”, “*yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde*” ve “*mahkemece çekim yapılması ve kayıt alınması*” yoluyla sınırlandırıldığı görülmektedir. Buradaki istisna, § 169 GVG hükmünün aksine, medya lehine tanınmamıştır. Dolayısıyla hukukumuzda medya temsilcileri duruşma sırasında hiçbir şekilde fotoğraf çekemezler ve ses ve görüntü kaydı alamazlar. § 169 GVG hükmünden farklılık arz eden bir diğer durum, mahkemece yapılan çekim ve alınan kaydın dava dosyasında saklanacak olmasıdır. Kanaatimizce bu husus, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından sorunludur. Alman hukukunda, alınan kayıtların dava dosyasında saklanmayacağı, yetkili Federal veya Eyalet Arşivine gönderileceği, bunların kayıtları kabul etmemesi halinde kayıtların mahkemece silineceği açıkça kabul edilmiştir. Bunun sebebi, kayıtların bilimsel veya tarihî amaçlarla alınmasıdır. Hukukumuzda bakımından sorunun temel kaynağı, kayıtların alınma amacındaki belirsizliktir. Öncelikle muğlak olan “*yargılamanın zorunlu kıldığı hal*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği objektif kriterlere bağlanmalıdır²⁶⁵. Yargılamanın zorunlu kıldığı hal ifadesi yerine, Alman hukukunda olduğu gibi, kayıt alınabilecek haller bilimsel ve tarihî öneme sahip davalarla sınırlandırılabilir. Bu bağlamda kayıtların dava dosyasında saklanması uygun değildir. Mevcut durum bakımından sorunun aşılması için, kayıtların dava dosyasında saklanma süresi bakımından bir sınırlama yapılması mümkündür. Bu çerçevede mahkeme tarafından alınan kaydın yargılamanın iadesi için kabul edilen her halde on yıllık sürenin sonunda yok edileceği, bu süreçte özenle muhafaza edileceği bir çözüm olarak benimsenebilir.

²⁶² KALE, Serdar; “Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası (HMK m. 149)”, MİHDER, C. 9, Sy. 25, 2013/ 2, s. 152.

²⁶³ AŞIK, s. 745.

²⁶⁴ Bu yönde bkz. ERDÖNMEZ, Güray; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 897.

²⁶⁵ Bu yönde tavsiyeler için bkz. AŞIK, s. 755.

2.4.8. Din ve Vicdan Hürriyeti

Din ve vicdan hürriyeti, Anayasa'nın 24'üncü ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9'uncu maddesiyle garanti altına alınmıştır. Söz konusu düzenlemeler gereğince, herkes vicdan, dinî inanç ve kanaat hürriyetine sahiptir²⁶⁶. Daha önce üzerinde durmuş olduğumuz gibi, kişinin dinî tercih ve inancı ile vicdanî kanaati hassas verisi olarak kabul edilir²⁶⁷. Bu sebeple, bireylerin dinî ve vicdanî kabullerinin işlenmesi kural olarak yasaktır. Ancak hukukî taleplerin kurulması, kullanılması ve korunması için veya mahkemelerin yargı yetkileri içinde hareket etmeleri halinde işlemenin gerekli olması durumunda dinî inanç ve vicdanî kanaatlere ilişkin hassas verilerin işlenmesi mümkündür. Ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28'inci maddesinde kabul edilen istisna da, yargılama sırasında hassas kişisel verilerin işlenebilmesi sonucunu doğurur. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kişinin dinî inanç ve vicdanî kanaatine ilişkin bilgilerin dava dosyasına girmesinin yargılamanın sonuca ulaşması bakımından gerekli olup olmadığıdır. Gerekli olmadıkça bu hassas veriler işlenmemelidir.

Hukukumuzda din ve vicdan hürriyeti bağlamında yargılama sırasında ortaya çıkan sorunlardan birisi, bireylerin dinî inançlarını ve vicdanî kanaatlerini açıklamaya zorlanamayacağı noktasında yemin kurumu çerçevesinde yaşanmaktadır²⁶⁸. Öteden beri bazı ciddi tereddütlerin doğmasına neden olan yemin²⁶⁹, her ne kadar artık laik bir hal alsada,

²⁶⁶ Bu hürriyet, din ve inanç değiştirme hürriyeti ile dinini ve inancını açıklama hürriyetini de içerir. Açıklama hürriyeti bağlamında, bireyler dinî ve felsefî inanışları ile vicdanî kanaatlerini ne açıklamaya ne de açıklamamaya zorlanabilirler. Kötüye kullanılmaması şartıyla, ibadet, dinî ayin ve törenler serbesttir. Bu yönüyle ilgili düzenlemelerin ilk olarak *forum internum* olarak anılan manevî iç dünyada gerçekleşen din ve vicdan hürriyetini, ikinci olarak ise, din ve vicdan hürriyetinin dışsal boyutu olan ve *forum externum* olarak ifade edilen dinî ve felsefî kanaatlerin açıklanması hürriyetini ele aldıkları görülür. Din ve vicdan hürriyeti kapsamında, özellikle *forum internum* çekirdek alanı oluşturur ve mutlak koruma altındadır. Konuya ilişkin bilgi için bkz. KOCH, Cornelia; "The Sky is Falling if Judges Decide Religious Controversies!- Or is it? The German Experience of Religious Freedom under a Bill of Rights", *Freedom of Religion under Bills of Rights* (Editörler: BABİE, Paul/ ROCHOW, Neville), s. 196, (tamamı için bkz. <http://www.jstor.org/stable/10.20851/j.ctt1t3051j.15>, S.E.T. 24.09.2017; DEMİR, Hande Seher; *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü*, Ankara 2011, s. 70 vd; VURAL, Hasan S.; *Türkiye'de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence*, Ankara 2013, s.107 vd; GÖREN, Anayasa, s. 475 vd.

²⁶⁷ Bu yönde bkz. Yuk. s. 11 vd.

²⁶⁸ Söz konusu sorun sadece bizim hukuk sistemimizde gerçekleşmemiştir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 2013 tarihli *Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan* kararında, Yunanistan Usul Kanununa göre İncil'e el basarak yemin etmeleri gerektiği halde Ortodoks Hristiyan olmadıklarını belirterek resmî şekilde beyanda bulunmayı talep eden ve bu talepleri kabul edildiği halde Ortodoks Hristiyan olmadıklarını açıklamak zorunda bırakıldıkları için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuran başvuru, dinî inanç ve kanaati açıklamama haklarının ihlâl edildiği gerekçesiyle haklı bulunmuşlardır. Karar için bkz. AİHM, *Dimitras ve diğerleri v. Yunanistan* Kararı, Başvuru No: 42837/06, 3237/07, 3269/07, 35793/07, 6099/88, T. 03.06.2010, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-163216>, Erişim Tarihi, 08.04.2015.

²⁶⁹ "...Yeminli olsun olmasın şahadetin ve taraf yemininin sübjektif birer beyinne olmasına ve bu mahiyeti ile çürüklüğüne binaen psikologlar, usulcüler bunlara karşı daima ihtiyat tavsiye etmektedirler ve haklıdır...Birtakım medeniyetler yemini, kanunlarından bütün bütün çıkarmışlardır. Onun yerine tarafi,

kendisine yemin teklif edilen bireylerin hassas verisi olan dinî inanç ve vicdanî kanaatlerini açıklamama hürriyetlerini etkilemektedir ²⁷⁰. Artık hukuk mahkemelerinde taraflar ve tanıklar, “*namusu, şerefi ve kutsal saydığı bütün inanç ve değerleri üzerine*” yemin etmektedirler. Ancak yemin edecek kişinin bütün inanç ve değerleri reddetmesi ve bunu açıklamak zorunda bırakılması da kişisel verilerin korunması hakkı bakımından sakıncalıdır. Yemin etmemenin doğurduğu yemin konusu vakıaların ikrar edilmiş sayılacağı şeklindeki ağır sonuç, bu gibi durumlar göz önünde bulundurularak mutlaka yeniden ele alınmalıdır. Son tahlilde, yemin delilinin terk edilmesi de gündeme gelebilir.

2.4.9. Bilgi Edinme Hürriyeti

Şeffaf ve açık bir toplumun temel unsuru olan bilgi edinme hürriyeti, esas olarak, vatandaşların idarenin faaliyetleri hakkında bilgiye ulaşabilme hakları olduğunu ifade eder²⁷¹. Bilgi edinme hürriyetinin normatif temeli, düşüncüyü açıklama hürriyetine dayanır. Pozitif anlamda bilgi edinme hürriyeti, bilgi edinme hakkına ek olarak, hangi metot kullanılırsa kullanılsın, aktif olarak bilginin yaratılmasını da kapsar²⁷². Bilgi edinme hürriyetinin negatif anlamıysa, bilgi almama hakkı olarak nitelendirilir²⁷³.

Gelişmiş birçok ülkede, verilerin korunması kapsamında ele alınan şeffaflık ilkesi, bilgi edinme hürriyetiyle de ilişkilendirilir. İdarenin eylem ve işlemlerinin gizli kalmaması,

tarafları isticvap suretiyle hakikate ulaşmak yolunu tutmuşlardır...Hele bizim Hukuk Usulü Kanunumuzda olduğu gibi hâkimi sınıksı bağlayan taraf yemini oldukça tehlikelidir...”, ANSAY, Sabri Şakir, “Mahkemelerimizde Yemin”, AÜHFD, C. 11, Sy. 3, 1954, s. 117 vd.

²⁷⁰Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde, bu Kanun’un 339’uncu maddesine göre gerek iki taraftan birinin talebiyle gerek hâkim tarafından re’sen yemin teklif edildiğinde, kendisine yemin teklif edilen taraf hâkimin soracağı “*size sorulan sualler hakkında hakikate muvafık cevap vereceğinize ve hiçbir şey saklamayacağınıza Allahınız ve namusunuz üzerine yemin eder misiniz?*” sorusuna “*Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum*” şeklinde cevap vermek zorundaydı. Eğer kendisine yemin teklif edilen taraf bu şekilde yemin etmez ve karşı tarafa yemin etmesini teklif etmezse, yemin konusu meseleyi ikrar etmiş sayılıyordu. Kendisine yemin reddolunan karşı tarafın yeminden kaçınması durumunda, doğrudan doğruya meseleyi ikrar ettiği kabul ediliyordu. Tarafların, dinî inanç ve kanaatleri gereği yemin metnini değiştirmesi mümkün değildi. Bu durum, uyumsuzluk konusuyla ilgisi olmasa dahi, tarafları dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlayıcı nitelikte olduğu ve laik devlet düzeniyle uyumadığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmekteydi. Aynı durum tanıklar için de geçerliydi. Tanık olarak dinlenecek kimsenin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 264’üncü maddesi gereği hâkimin soracağı “*şahit sıfatıyla sorulan suallere verdiğiniz cevapların hakikate muhalif olmadığına ve meşhudat ve malumatınızdan bir şey saklamadığınıza Allah’ınız ve namusunuz üzerine yemin ediyor musunuz?*” sorusuna cevaben “*Allahım ve namusum üzerine yemin ediyorum*” diyerek cevap vermesi gerekmekteydi. Tanığın yemin etmemekte direnmesi durumunda, bu yüzden doğan giderleri kamu alacaklarının tahsili usulüne göre ödemesine ve ayrıca, yeminin gerçekleştirilmesi için, dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde on beş günü geçmemek üzere disiplin hapsine karar verilebiliyordu. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. YILMAZ, Ejder; Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Bası, Ankara 2012, s. 41 vd; BELGESAY, Mustafa Reşit; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, 355.

²⁷¹ TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 10.

²⁷² ŞİMŞEK, s. 143.

²⁷³ ŞİMŞEK, s. 143.

bilakis şeffaf ve açık olması, bilgi edinme hürriyetinin öncelikli hedefidir. Bilgi edinme hürriyeti, bireyin ve toplumun haklarını devlet otoritesi ihlâline karşı güvence altına alır²⁷⁴.

Kişisel verilerin korunması hakkı ile bilgi edinme hakkı, birlikte, özgür ve demokratik düzen için ön şart olarak kabul edilir. Doktrinde söz konusu iki hak, *bir madalyonun iki yüzü* ve *bilgi toplumunun iki sütunu* olarak anılmaktadır²⁷⁵. Bu durum, iki hakkın her zaman optimal bir uyum içinde olmasını gerektirir²⁷⁶. Ancak bu gereklilik, iki hakkın her durumda birbirini desteklediği anlamına gelmez. Bilgi edinme hakkı, kişisel verilere erişimi sağlar. Kişisel verilerin korunması hakkı ise, bilgi edinme hakkına sınır getirir²⁷⁷.

Bilgi edinme hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki gerilim, farklı hukuk kültürlerinde değişken şekilde ortaya çıkar. Örneğin, Amerikan hukukunda bilgi edinme hakkı ön planda tutulurken, Alman hukukunda veri tasarrufu vurgulanır²⁷⁸. Bu durum, kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliğini anlatırken üzerinde durmuş olduğumuz gibi²⁷⁹, ülkelerin tarihsel tecrübelerinin ve toplumsal kabullerinin farklılığından kaynaklanmaktadır. Bu tutum, hem medenî yargılama hukuku hem de veri koruma hukukunda etki yaratır. Sistemler arasında var olan farklılıklar, özellikle sınırlar arası veri transferinin gerekli olduğu durumlarda hukuk kültürlerini karşı karşıya getirir²⁸⁰.

Amerikan medenî yargılama hukukunda bilgi edinme hakkı odak noktası olarak kabul edildiğinden, *Pre-trial Phase* olarak adlandırılan duruşma öncesi aşamada dahi, taraflar, mahkemenin katılımı olmaksızın, karşı taraf veya üçüncü kişilerden kapsamlı bilgileri sunmalarını talep edebilirler²⁸¹. Amerikan hukukunda medenî yargılama, haklarını

²⁷⁴ TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 10.

²⁷⁵ KÜZECİ, s. 94.

²⁷⁶ TINNEFELD/ BENEDIKT/ PETRI, s. 10.

²⁷⁷ KÜZECİ, s. 94.

²⁷⁸ POSDZIECH, s. 199.

²⁷⁹ Bu yönde bkz. Yuk. s. 26 vd.

²⁸⁰ Bu konuda Volkswagen AG'nin davalı olduğu Cameron Bölge Mahkemesi'nde yapılan ürün sorumluluğu yargılaması örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu yargılamada, Volkswagen modellerinden birinde tasarım hatası olduğunu iddia eden davacı, modellerin tasarımı hakkında bilgi verebilecek kişileri belirlemeyebilmek için davalının Almanya'dan güncel telefon rehberini sunmasını talep etmiştir. Sunulması talep edilen telefon rehberi, yöneticilerin özel telefon numaralarının yanı sıra, 20.000'den fazla çalışanın isimlerini, meslek unvanlarını, kurumsal pozisyonları ve dahili telefon hatlarını içerdiği için, Volkswagen AG, Alman veri koruma hukukunu gerekçe göstererek, söz konusu talebi reddetmiş, ancak bu durum, davacı ve yargılamayı yapan hâkim tarafından kabul edilmemiştir. Volkswagen AG böylece, ya ilgililerin rızası olmadan kişisel verilerini sunarak BDSG'i ya da talep edilen bilgileri vermediği için Amerika medenî yargılama yasasını ihlal etme ve bu sebeple ilgili yaptırımlarla karşılaşma çelişkisine maruz kalmıştır. Anılan karar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. POSDZIECH, s. 157 vd.

²⁸¹ Pre-trial olarak adlandırılan aşamasında uygulanan "*Discovery usulü*", tarafların adeta resmî bir merci gibi uyuşmazlık konusunu aydınlatmalarını mümkün kılar. *Discovery usulü* bazı değişikliklere uğradıktan sonra

kendi sorumluluklarıyla savunan tarafların düellosu olarak nitelendirilir²⁸². Çünkü burada, kişisel verilerin hangi kapsamda sunulacağına ve hangi şekilde kullanılacağına taraflar bizzat karar verirler. Yüksek taraf sorumluluğu, Amerikan hürriyet düşüncesinin yansıması olarak karşımıza çıkar. Taraflardan birisi bilgi edinme hakkını kullanmak istediğinde, bilgiyi açıklama zorunluluğu yalnızca dar uygulama alanına sahip olan kaçınma hakkı yoluyla sınırlanabilir. Ancak bu noktada, mahremiyet hakkının kaçınma hakkının gerekçesi olarak kabul edilmediğini önemle belirtmemiz gerekir. Mahkeme, ekseriyetle yalnızca hassas verilerin açıklanmasını yasaklamaktadır.

Almanya’da ise geleneksel olarak, medenî yargılama, Devletin kamu hizmetinin bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Alman medenî yargılama hukukunun öncelikli amacı, bireysel hakların korunması olduğu için, mahkemenin temel haklara bağlılığı genel kişilik hakkının korunmasının garantisi olarak görülür. Burada mahkeme, aktif bir rol üstlenerek süreci yöneten tedbirlerle yargılamayı etkiler. Uyuşmazlık konusunun aydınlatılması, bu konuda önem taşıyan vakıalarla sınırlıdır. Karşı taraf ve üçüncü kişiler kural olarak uyuşmazlık konusuna ilişkin bilgi vermekle yükümlü değildir. Kişisel verilerini yalnızca istisnaî hallerde ve mahkeme önünde açıklayabilirler. Buna uygun olarak, Alman Bilgi Edinme Hürriyeti Kanunu’nun²⁸³ “*Schutz von besonderen öffentlichen Belangen (özel kamu yararının korunması)*” başlıklı üçüncü paragrafı (§ 3 Nr. 1 Buchst. g IFG), bilgi edinme talebinin, devam eden bir yargılamanın yürütülmesini, bir kişinin adil yargılanma hakkını veya cezaî, idarî ya da disiplin soruşturmasının yürütülmesini olumsuz etkilemesi halinde geçerli olmayacağını hüküm altına almaktadır. Anılan hüküm gereğince mahkemeler, yargılamanın olumsuz etkilenmesi ihtimali varsa, dava dosyasına ilişkin bilgileri

buna farkındalık yaratmak için *disclosure usulü* şeklinde anılmaya başlanmış olup, her iki kavram da dava malzemesinin araştırılması, açıklanması, sunulması anlamına gelir. Discovery/ disclosure usulü, davaya ilişkin her türlü bilgiye eşit şekilde erişimin sağlanması, uyuşmazlıkların çözümünün kolaylaştırılması ve tarafların esas duruşmada bir sürpriz delille karşılaşmalarının önlenerek duruşma tuzağı olarak adlandırılan usulden olumsuz etkilenmemelerinin sağlanması şeklinde üç temel amaca yönelir. Bu usulün yalnızca kişisel hakların korunmasına değil, aynı zamanda objektif gerçeğe ulaşma ve adil bir karar verilmesi yönündeki kamusal menfaate de hizmet ettiği kabul edilmektedir. TEOMETE YALABIK, Fulya; İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016, s. 260 vd; BRANDT, Verena; Das englische Disclosure-Verfahren: Ein Modell für Zugang zu Information und Beweis im deutschen Zivilprozess?, Tübingen 2015, s. 41 vd; POSDZIECH, s. 199, 200.

²⁸² POSDZIECH, s. 200.

²⁸³ § 5 IFG ise, genel anlamda kişisel verilerin korunmasının bilgi edinme hakkı karşısında durumunu belirlemektedir. § 5 Abs. 1 IFG’ ye göre, kişisel verilere erişim, ancak başvuru sahibinin bilgi edinme menfaatinin üçüncü kişinin bilgilerine erişimi dışlama yönündeki meşru menfaatine üstün gelmesi veya üçüncü kişinin rızasının olması halinde sağlanır. § 3 Abs. 9 BDSG kapsamındaki özel kişisel veri türleri, yalnızca üçüncü kişinin açık rızasının varlığı halinde iletilebilir.

paylaşmaya zorlanamaz. Bu düzenleme, dolaylı anlamda yargının korunmasını amaçlar²⁸⁴. Bilgi edinme hakkının kullanılması, devam eden yargılamayı ne engellemeli ne de zarara uğratmalıdır²⁸⁵.

Türk hukukunda bilgi edinme hakkı, 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu ile koruma altına alınmıştır. Anılan Kanunun 4'üncü maddesinin birinci fıkrası gereğince, herkes bilgi edinme hakkına sahiptir. Ancak adlî soruşturma ve kovuşturmayla ilişkin bilgi ve belgeler, bilgi edinme hakkının sınırları kapsamında sayılmaktadır. Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 20'nci maddesinin c ve d bentlerine göre, yargılama görevinin gereğince yerine getirilmesini engelleyecek ve hakkında dava açılmış bir kişinin adil yargılanma hakkını ihlâl edecek nitelikteki bilgi ve belgeler, bu Kanun kapsamı dışındadır. Böyle bir durumda, bilgi edinme talebinin kabul edilebilir olmadığına karar verilmelidir.

2.5. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Düzenlemeler

Öteden beri dinamik bir alan olan kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemelerin değişim hızı günümüzde oldukça yüksektir. Kişisel verilerin korunması hakkı, temelde insan onurunu garanti alan bir hak olduğu için, kişisel verilerin korunması ihtiyacı yalnızca münferit bir düzenleme ile giderilmeye çalışılmamış, aksine uluslararası ve ulusal birçok düzenlemede kişisel verilerin korunması amacıyla hükümler sevk edilmiştir. Her ne kadar ticarî sır her durumda kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin düzenlemeler kapsamında kişisel veri sayılmasa dahi, medenî yargılama hukukunda sırların ne şekilde korunacağı ikinci bölümde üzerinde durulacak konulardan olduğu için, bu başlık altında ticarî sırların korunmalarına ilişkin bazı önemli düzenlemeler de ele alınacaktır.

2.5.1. Kişisel Verilerin Korunması Hakk ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Uluslararası Düzenlemeler

Kişisel verilerin korunması hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında ya da ayrı şekilde, insan hakları bakımından önem taşıyan birçok uluslararası düzenlemede yer almaktadır. Bu düzenlemelerden bazıları doğrudan doğruya kişisel verilerin korunması hakkının garanti altına alınabilmesi amacıyla kaleme alınmıştır. Burada kişisel verilerin korunması hakkına münhasır olarak kabul edilen ve medenî yargılama hukuku bakımından

²⁸⁴ JASTROW, Serge-Daniel/ SCHLATMANN, Arne; Informationsfreiheitsgesetz IFG: Kommentar, Heidelberg 2006, s. 67.

²⁸⁵ JASTROW/ SCHLATMANN, s. 67.

da önem taşıyan bazı uluslararası düzenlemelere ilişkin temel bilgiler verilecektir. Ayrıca, önemlerine binaen ticarî sırların korunmasına ilişkin bazı uluslararası düzenlemeler de inceleme konusu yapılacaktır.

2.5.1.1. BM Düzenlemeleri

10 Aralık 1948 tarihinde kabul edilen ve insan haklarının korunması alanında önemli uluslararası düzenlemelerden birisi olan BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12'nci maddesinde özel hayatın gizliliği hakkı düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, *"Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfî müdahalelere ya da onur ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı yasa ile korunma hakkı vardır"*. Benzer bir düzenleme içeren BM Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesinin 17'inci maddesine göre ise²⁸⁶, *"Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfî ya da hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz"*.

Birleşmiş Milletlerin kişisel verilerin korunmasına münhasır olarak hazırladığı bir diğer düzenleme, 1990 yılında kabul edilen *"Bilgisayara Geçirilmiş Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler"*dir. OECD Rehber İlkeleri gibi tavsiye karar niteliğindeki BM Rehber İlkeleri, üye Devletleri kişisel verilerin korunmasına yönelik yasal düzenlemeler yapmaya ve kişisel verileri bu ilkelere uygun olarak işlemeye yönlendirmeyi amaçlamaktadır²⁸⁷. BM Rehber İlkeleri, yasal ve dürüst yollarla toplama ve işleme ilkesi, verilerin doğruluğu ilkesi, amacın belirliliği ilkesi, ayrımcılık yapmama ilkesi, veri güvenliği ilkesi, denetim ve

²⁸⁶ Kişisel verilerin korunması hakkını özel hayatın gizliliği hakkı kapsamında gören BM İnsan Hakları Komitesi'nin, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 17'nci maddesi ile ilgili 16 numaralı Genel Yorumu şu şekildedir: *"...Komite'ye göre, bu hak gerek Devlet otoriteleri, gerekse herhangi bir gerçek kişi veya tüzel kişiden kaynaklanan her türlü müdahale ve saldırıya karşı koruma altına alınmalıdır. Maddeye göre taraf Devlet, bu hakka yönelik müdahale ve saldırıları yasaklama ve bu hakkı korumayı hedefleyen yasama tedbirlerini ve gerekli diğer tüm tedbirleri alma yükümlülüğü altındadır. Bu bağlamda Komite, taraf Devlet raporlarında bu hakka yasama, yürütme ve yargı organları ile Devlet'in diğer tüm yetkili organları tarafından gerekli özenin gösterildiğine dair yeterli bilgi verilmediğini belirtmek istemektedir. Özellikle 17'nci maddenin keyfî ve yasadışı müdahalelere karşı korumayı düzenlediği gerçeğine gereken önem verilmemektedir. Maddede düzenlenen hakkın korunması için, her şeyden önce yasal düzenlemeler gereklidir...Devlet yetkisi dahilindeki müdahaleler, ancak hukuka uygun şekilde, Sözleşmenin lafzına, ruhuna ve amaçlarına uygun olarak gerçekleştirilebilir...Tüm insanların toplum içerisinde yaşamalarının sonucu olarak, özel hayatın gizliliğinin korunması kaçınılmaz şekilde görecelidir. Ancak, Sözleşmeden anlaşıldığı üzere yetkili kamu otoriteleri, bilinmesi toplumun çıkarlarının korunması açısından gerekli olan, bireyin özel hayatıyla ilgili bir bilgiyi öğrenme talebinde bulunabilmelidir. Bu nedenle Komite, Devletlerin raporlarında özel hayata meşru müdahalelere dair kanun ve düzenlemeleri belirtmelerini önermektedir..."*. Bu yönde bkznz. UYAR, Lema; Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İstanbul 2006, s. 35.

²⁸⁷ KÜZECİ, Veri, s. 123, 124.

yaptırım ile verilerin sınır ötesi akışına ilişkindir. Bu ilkelerin öncelikle verileri bilgisayar ortamında işlenen gerçek kişilere uygulanması gerektiği kabul edilmekle birlikte, ilk dört ilkenin elle işlenen dosyalara ve tüzel kişilere ilişkin verilere de uygulanabileceği belirtilmektedir²⁸⁸.

2.5.1.2. Avrupa Konseyi Düzenlemeleri

2.5.1.2.1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin kabul edildiği 1950 tarihinde, günümüzdeki önem ve değerine henüz sahip olmadığı ve bu yöndeki tartışmalar henüz gelişmediği için, kişisel verilerinin korunması hakkı Sözleşmede özel olarak düzenlenmemiştir. Günümüz şartlarında önemli bir eksiklik oluşturan bu durum, doktrin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kişisel verilerin korunması hakkının Sözleşmenin 8'inci maddesi kapsamında değerlendirilmesiyle telafi edilmektedir²⁸⁹.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin “*özel ve aile hayatına saygı hakkı*” başlığını taşıyan 8'inci maddesine göre, “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlâkın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*”. Söz konusu madde, özel ve aile yaşamına ve bu kapsamda kişisel verilerin korunması hakkına devletin organlarınca yapılan müdahalelere yönelik bir koruma getirmektedir. Dolayısıyla, devletin yargı organlarınca

²⁸⁸ KÜZECİ, Veri, s. 124.

²⁸⁹ Kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin özel kriterler belirlenmemesi sebebiyle içeriği ve sınırları zaten muğlak olan “*özel hayat*” kavramına ilişkin olan bu düzenlemenin kişisel verilerin korunması hakkını kapsayacak şekilde uygulanması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen her uyuşmazlık bakımından somut olayın özelliklerine göre ayrı bir değerlendirme yapılması zorunluluğunu doğurur. İnsan Hakları Mahkemesi, kişisel verilerin korunması hakkının kamu otoritesince ihlâl edildiği gerekçesiyle önüne gelen olaylarda üç aşamalı bir inceleme yapmaktadır. Mahkeme öncelikle, başvuru konusu olayın AIHS md. 8/ f. I'de koruma altına alınan durumlardan birine ilişkin olup olmadığını incelemektedir. Eğer olayın hükmün kapsamında olduğuna kanaat getirirse, kamu otoritesince yapılan işlemin kişisel verilerin korunması hakkına müdahale oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektedir. İşlemin kişisel verilerin korunması hakkına müdahale niteliğinde olduğuna kanaat getirirse, AIHS md.8/ f. II'de belirlenen istisnâ durumlardan birinin olayda bulunup bulunmadığını dikkate almaktadır. KÜZECİ, Veri, s. 139 vd.

kişisel verilerin işlenmesi bakımından da bu maddenin, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6'ncı maddesiyle birlikte dikkate alınması gerekmektedir²⁹⁰.

2.5.1.2.2. Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Sözleşme

Avrupa Konseyi tarafından 21 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına Dair Sözleşme²⁹¹ (108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi), Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunması hakkının özel olarak düzenlenmemesinden kaynaklanan eksikliği gidermeyi amaçlamaktadır. Bu sözleşmenin kapsamına hem kamu otoritesi hem de özel sektör tarafından işlenen veriler girer. Sözleşmede sadece otomatik işlenen veriler

²⁹⁰ “...Başvuranlar, dava süresinin uzunluğunun özel ve aile hayatlarına saygı duyulması ilkesinin ihlal edilmesine neden olduğunu iddia etmektedirler. Başvuranlar, geçen bu süre zarfında E.İ. 'nin meşhur olması nedeniyle kendilerinin medyanın odağı haline geldiklerini ve kendilerine nafaka bağlanmamış olmasının çocuğun daha iyi bir yaşam standardından ve tahsil hayatından mahrum kalmasına sebep olduğunu iddia etmişlerdir. Son olarak, nesebi hakkındaki belirsizliğin çocuk üzerinde yarattığı psikolojik etkilerden ve normal bir aile hayatı yaşamalarının imkânsız olmasından şikâyet etmişlerdir. Başvuranlar, bu doğrultuda AİHS'nin 8'inci maddesine atıfta bulunmaktadır... AİHM, AİHS'nin 8'inci maddesinin asıl amacının bireyi kamu gücünün keyfi müdahalelerine karşı uyarmak olsa da, maddenin, Devlete sadece bu uygulamalardan kaçınmasını şart koşmakla yetinmediğini, daha çok negatif özelliği olan bu yükümlülüğe, özel hayatın etkin şekilde korunmasının ayrılmaz bir parçası olan pozitif yükümlülüklerin de eklenebileceğinin altını çizmektedir. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde bile, özel hayata saygı gösterilmesi ilkesine yönelik önlemler alınmasını içerebilir. AİHS'nin 8. maddesi uyarınca, Devletin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınır kesin bir şekilde ayrılmamaktadır. Bununla birlikte, uygulanabilir prensipler birbirine benzemektedir. Özellikle, her iki durumda da karşılıklı menfaatler arasında denge kurmaya özen gösterilmelidir. Aynı şekilde, her iki varsayımda da, Devletin bir ölçüde takdir yetkisini kullanma hakkı vardır (bkzn. Mikulić, § 58, Odièvre, § 40). Bu olayda, E.İ'nin iddia edilen babalık bağı reddettiği göz önünde bulundurulunca, şahsın çocukla soy bağıının tespit edilmesi amacıyla başvuranlar için tek çare sivil mahkemeler önünde dava açmaktır. İç Hukuk'a göre, taraflar, soy bağıının tespit edilmesi için gerekli olan inceleme sağlık açısından herhangi bir tehlike arz etmediğine göre, söz konusu incelemenin yapılmasında zorluk çıkarmamak durumundadırlar. Eğer taraflardan biri mahkemenin öngördüğü incelemeye rıza göstermezse, söz konusu test ve analizlerin yapılması için bireye uygulanacak herhangi bir müeyyide bulunmamaktadır. Yine de, böyle bir durumda, hakim bu davranıştan bazı sonuçlar çıkarabilir ve söz konusu incelemenin sonuçları olmadan da karar verebilir. Mahkeme, belirgin verilerin, özellikle de tanıkların ve E.İ'nin %99,77 oranında baba olduğunu tespit eden ilk muayene raporunun değerlendirilmesi yoluyla takdir yetkisini kullanarak babalık sorununu çözmeyi başaramamıştır. Bundan dolayı, AİHM, yargılama usulünün, bir an önce çocuğun soy bağı konusundaki belirsizliği bertaraf etmek isteyen başvuranların haklarıyla baba olduğu varsayılan kişinin DNA testi yaptırmama hakkı arasında adil bir denge sağlayamadığı kanısındadır. AİHM, söz konusu menfaatlerin orantılı şekilde korunmadığı kanaatindedir. Sonuç itibarıyla, ülke mahkemelerinin babalık sorununu ivedilikle çözüme ulaştıramamış olmaları başvuranları çocuğun kimliği hususunda uzun süren bir belirsizlik içinde bırakmıştır. Dolayısıyla, başvuranların özel hayatlarına saygı duyulması ilkesi uygulanmamıştır. Bu bağlamda, AİHS'nin 8'inci maddesi ihlâl edilmiştir...”, <http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-75510>, Erişim Tarihi, 09.05.2015).

²⁹¹ 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesine taraf olan devletlerin, Sözleşmeyi iç hukuklarının bir parçası haline getirme yükümlülükleri vardır. Türkiye, 28 Ocak 1981 tarihinde sözleşmeyi imzalamış olmasına rağmen, Sözleşmenin uygun bulunduğu Kanun 18 Şubat 2016 tarihinde 29628 sayılı Resmî Gazetede, Sözleşmenin onaylanmasına ilişkin Bakanlar Kurulu Kararı ile Sözleşmenin resmî Türkçe çevirisi 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmış ve onay belgeleri 2 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine tevdi edilmiştir. Sözleşme Türkiye bakımından 1 Eylül 2016 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

korunmakta, elle işlenen veriler sözleşmenin koruma alanına girmemektedir. Ancak bu durum, elle işlenen verilerin Sözleşmeden doğan korumadan tamamen mahrum kalacağı anlamına gelmez. Sözleşme gereğince, işlemenin kısmen otomatik kısmen elle yapıldığı hallerde de veriler korumadan faydalanmaktadır.

108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin asgarî şartları belirlemektedir. Sözleşme'nin 5'inci maddesine göre, kişisel veriler, meşru ve kanunî yollardan elde edilmeli ve işlenmeli; belirli ve meşru amaçlar için kaydedilmeli, bu amaca aykırı şekilde kullanılmamalı ve yalnızca amaçla ilgili ve gerektiği kadar saklanmalı; doğru ve güncel olmalı; ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek ve amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak şekilde saklanmalıdır. Sözleşme ayrıca, hassas verilerin özel olarak korunması (md. 6), veri güvenliği (md. 7), ilgili kişinin bilgi alma, verilere ulaşma ve gerektiğinde verileri düzeltme hakkı (md. 8) ile ilgili düzenlemeler içermektedir. Sözleşme asgarî gereklilikleri içerdiğinden, taraf devletlerin kişisel verilere Sözleşme'nin sağladığı korumadan daha geniş bir koruma sağlamaları mümkündür. Sözleşme'nin 9'uncu maddesi gereğince, sözleşme hükümlerinin sınırlandırılması, ancak kanunla, devletin ya da kamunun güvenliği, devletin ekonomik çıkarlarının korunması, suçlarla mücadele veya ilgili kişinin ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla ve demokratik bir toplumda gerekli ise yapılabilir.

2.5.1.3. OECD Rehber İlkeleri

Kişisel verilerin korunması hakkının uluslararası alanda ilk yansıması, OECD tarafından 1980 yılında kabul edilen "*Özel Hayatın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*"dir. Üye devletler için bağlayıcılığı olmayan tavsiye kararı niteliğindeki OECD Rehber ilkeleri, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin uluslararası diğer düzenlemelere kaynak olmuş ve içeriklerini etkilemiştir. Kişisel verilerin korunması hakkının ekonomik boyutunun önemini gösteren OECD Rehber İlkeleri, kişisel verilerin korunmasına ilişkin asgarî gereklilikleri belirlemektedir²⁹². OECD Rehber İlkelerinde kişisel verilerin korunmasında dikkate alınması tavsiye edilen ilkeler, veri toplamanın sınırlı olması ilkesi (md. 7), veri kalitesi ilkesi (md. 8), amacın belirliliği ilkesi (md. 9), kullanımın sınırlı olması ilkesi (md. 10), veri güvenliği ilkesi (md. 11), açıklık ilkesi (md. 12), bireyin katılımı ilkesi (md. 13) ve hesap verilebilirlik ilkesidir (md. 14).

²⁹² KÜZECİ, Veri, s. 119.

2.5.1.4. TRIPS

Karşılaştırmalı hukukta tarafların sırlarının korunması amacıyla kabul edilen önemli düzenlemelerden birisi, Dünya Ticaret Örgütü'nün Ticaretle Bağlantılı Fikrî Mülkiyet Hakları Anlaşması (TRIPS)' dir²⁹³. Söz konusu Anlaşmanın açıklanmamış bilgilerin korunması başlıklı 7'nci bölümünde yer alan 39'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, gerçek ve tüzel kişiler, yasal olarak kendi kontrolleri altındaki bilgilerin kendi izinleri olmadan, dürüst ticarî uygulamalara aykırı olarak başkalarına ifşa edilmesini veya kullanılmasını engelleme olanağına sahiptirler. Aynı maddenin üçüncü fıkrası gereğince, 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 ticarî kullanıma karşı koruyacaklardır. Üyeler bunun yanı sıra, kamunun korunması için gerekli olmadıkça veya verilerin haksız ticarî kullanıma karşı korunmasını sağlayacak önlemler alınmadıkça, bu verileri ifşa edilmemeleri için koruyacaklardır. TRIPS'in hukukî ve idarî usuller ve telafi yöntemleri başlıklı ikinci bölümünde yer alan 43'üncü maddesinin birinci fıkrasına göre ise, 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. Görüldüğü gibi, anılan düzenlemeler üye devletlere açık bir şekilde ticarî sırları koruma yükümlülüğü getirmektedir.

2.5.1.5. Avrupa Birliği Düzenlemeleri

2.5.1.5.1. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunması hakkının dinamik yapısı, Avrupa Birliği hukukuna da aktif bir şekilde yansımaktadır. 24 Ekim 1995 tarihinde kabul edilen ve 1998 yılında yürürlüğe giren 1995/ 46/ EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikine İlişkin Direktif, Avrupa Birliği'nde geçerli bir veri koruma çerçevesinin oluşturulması amacıyla Mayıs 2018'de yürürlükten kalkmıştır. 95/ 46/ EC sayılı Direktifin yerine, 14 Nisan 2016 tarihinde Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından

²⁹³ TRIPS'in yürürlüğe girdiği tarih, 1 Ocak 1995'tir. Hukukumuzda konuya ilişkin kanunî düzenlemeler ise 2000-2001 döneminde TRIPS'e büyük ölçüde uyumlu hale getirilmiştir. Bu yönde bkznz. www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretle-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS, E.T. 20.01.2018.

kabul edilen ve 4 Mayıs 2016 tarihli Avrupa Birliği Resmî Gazetesi'nde yayımlandıktan yirmi gün sonra yürürlüğe giren 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü geçmiştir. Kişisel verilerin korunması bakımından tarihî bir reform olarak kabul edilen bu değişim sayesinde, üye ülkelerde yeknesak veri koruma rejimi uygulanmaya başlamıştır. Mayıs 2018'den itibaren 95/ 46/ EC sayılı Direktife yapılan atıflar, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğe yapılmış sayılır. Burada, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın yanında, Direktif ve Tüzük hakkında da temel bilgiler verilerek, sınaî hakların ve ticarî sırların korunması amacıyla kabul edilen bazı önemli düzenlemeler de ele alınacaktır.

2.5.1.5.2. AB Temel Haklar Şartı

7 Aralık 2000 tarihinde imzalanan AB Temel Haklar Şartı, vatandaşlar ile Avrupa'da yaşayan herkesin kişisel, siyasal ve ekonomik haklarına ilişkin güvenceleri içermektedir. Lizbon Anlaşmasının 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle, AB Temel Haklar Şartı tam anlamıyla bağlayıcı hale gelmiştir. AB Temel Haklar Şartı, saygınlık, özgürlükler, eşitlik, dayanışma, yurttaş hakları ve adalet olmak üzere altı bölümden oluşmaktadır.

AB Temel Haklar Şartının özgürlükler bölümünün 7'nci maddesinde, *“herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve iletişiminde saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir”* hükmü yer almaktadır. Kişisel verilerin korunması kenar başlıklı 8'inci maddesine göre ise, *“Herkes, kendisini ilgilendiren kişisel verilerin korunması hakkına sahiptir. Bu veriler, adil bir şekilde, belirli amaçlar için ve ilgili kişinin rızasına veya yasa ile öngörülmüş diğer meşru bir temele dayanılarak işlenir. Herkes kendisi hakkında toplanmış verilere erişme ve bunları düzelttirme hakkına sahiptir. Bu kurallara uyulması, bağımsız bir makam tarafından denetlenir”*.

Görüldüğü gibi, AB Temel Haklar Şartında özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı farklı maddelerde düzenlenmiştir. Bu durum, kişisel verilerin korunması hakkının her durumda özel hayatın gizliliği çerçevesinde açıklanamamasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten de kişisel veriler her zaman özel hayata ilişkin olmayabilirler. Bunun bir sonucu olarak, Şartın 8'inci maddesinde kişisel verilerin korunması hakkı gerçek kişi-tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın herkese tanınmaktadır. Her ne kadar hükmün yorumunda, AB Temel Haklar Şartının kaynağını oluşturan 95/ 46/ EC sayılı Direktif göz önünde bulundurularak, düzenlemenin sadece gerçek kişilere yönelik koruma sağladığı

belirtilmiş olsa da²⁹⁴, kanaatimizce hükümde açık bir sınırlama olmadıkça hükmün uygulama alanı kıyas yoluyla daraltılmamalıdır. AB Temel Şartının düzenlenmesinde 95/ 46/ EC sayılı Direktif kaynak alınmış olsa da, Şartın 8'inci madde hükmü, sadece iç pazar düşüncesine dayanmamakta ve bu sebeple Direktifin ötesine geçmektedir²⁹⁵.

2.5.1.5.3. 95/ 46/ EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikine İlişkin Direktif

95/ 46/ EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikine İlişkin Direktif (95/ 46/ EC sayılı Direktif), artık yürürlükte olmayan, ancak 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün temelini oluşturan kişisel verilerin korunmasına ilişkin en önemli belgelerden birisidir. Direktif, kişisel verilerin korunması hakkını güçlendiren ortak bir çerçeve sunarak, Avrupa Birliği sınırlarını aşan bir etkiye sahip olmuştur²⁹⁶.

Üye Devletlerin 95/ 46 / EC sayılı Direktifi iç hukuklarına uyarlama konusunda yetersiz kalmalarının yanında²⁹⁷, Direktifin teknolojik gelişmelerin de gerisinde kalması nedeniyle kişisel verilerin korunması konusunda yetersiz kalması, bir reform ihtiyacı doğurmuştur. Üye devletlerin hepsinde uygulanacak yeknesak bir düzenlemenin yapılması ve çok daha yüksek koruma alanının sağlanması amacıyla 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük uygulanmaya başladığından, 95/ 46/ EC sayılı Direktif 25 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla yürürlükten kalkmıştır.

2.5.1.5.4. 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü

Kişisel verilerin etkili bir şekilde korunması amacıyla yapılan reformun sonucu, 2016/ 679/ EC sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğüdür. 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük hazırlanırken izlenen temel politika, Avrupa Birliği hukuk sisteminin iyileştirilmesi, kişisel verilerin korunması bakımından bireylerin haklarının güçlenmesi, kişisel verilerin akışının sağlanması için bürokratik süreçlerin azaltılması, kişisel verilerin korunması konusundaki kurallara netlik ve tutarlılık kazandırılması ve böylece Avrupa Birliği'nin tüm faaliyet alanlarında kişisel verilerin etkin bir şekilde korunmasıdır²⁹⁸. Düzenlemenin tüzük olarak

²⁹⁴ ŞİMŞEK, s. 73; KÜZECİ, Veri, s. 161.

²⁹⁵ KÜZECİ, Veri, s. 161, 162.

²⁹⁶ KÜZECİ, s. 162 vd.

²⁹⁷ HENKOĞLU, s. 60.

²⁹⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en,%20, E.T. 24.08.2017.

yapılması, üye devlet hukuklarında doğrudan uygulanabilmesini sağlamıştır²⁹⁹. Böylece üye devletlerin iç hukuk sistemlerinde mevcut olan 95/ 46 / EC sayılı Direktiften kaynaklanan farklılıklar aşılmıştır³⁰⁰. Tüzük, nerede oldukları önemli olmaksızın tüm Avrupa Birliği vatandaşlarının ve uygulama alanındaki tüm kişilerin verilerini koruma altına almaktadır. Tüzük, kişisel verilerin korunması için daha işlevsel bir sistem kurmuş ve kişisel verilerin korunması hakkının ihlâlini daha ağır yaptırımlara bağlamıştır.

2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün 5'inci maddesinde kişisel verilerin işlenmesine ilişkin temel ilkeler sayılmıştır. Buna göre, kişisel verilerin, hukuka, dürüstlük kurallarına uygun ve veri öznesine karşı şeffaf işlenmesi (hukukilik, dürüstlük ve şeffaflık ilkesi), belirli, açık ve meşru amaçlarla toplanması (amaçla sınırlılık ilkesi), gerekli olduğu kadar, ilgili ve ölçülü biçimde (veri minimizasyonu ilkesi), doğru olarak, gerekli hallerde ve güncel tutulması (doğruluk ilkesi), amacı için gerekli olandan daha uzun süre tutulmaması (veri saklamanın sınırlandırılması ilkesi) ve güvenli olması (bütünlük ve gizlilik ilkesi) gereklidir.

2016/ 679/ EC sayılı Tüzük, kişisel verilerin işlenmesi bakımından kamu otoritesi ve özel sektör arasında bir ayrım yapmamış, diğer bir ifadeyle hem kamu otoritesi hem de özel sektör tarafından işlenen veriler koruma kapsamına alınmıştır. Bu sebeple, kişisel verilerin

²⁹⁹ Birliğin hukukî tasarruflarının özellikleri, Avrupa Birliğinin İşleyişine İlişkin Antlaşma'nın 288'inci maddesiyle belirlenmiştir. Buna göre, direktif, hukukî düzenlemeyle elde edilmek istenen temel hedefleri ortaya koyarak, bu hedeflere ulaşmak için kullanılacak araçların seçimini üye devletlerin iç hukukuna bırakır. Diğer bir ifadeyle, direktif, üye devletleri ulaşılması gereken sonuçlar itibariyle bağlar, şekil ve yöntem seçimi ise üye devletin inisiyatifindedir. Ancak tüzük, üye devletlerde doğrudan uygulama kabiliyetine sahiptir ve bütünüyle bağlayıcıdır. Bu sebeple ayrıca bir iç hukuk düzenlemesi yapılmasına gerek kalmaksızın, iç hukuk sisteminin bir parçası haline gelir. Ulusal kanunlardan bağımsız olarak uygulanma kabiliyetine sahip olduğu için, tüzüğe aykırı ulusal kanun karşısında tüzük bağlayıcı olur. Bu yönde bkznz. AKINCI, s. 14.

³⁰⁰ Konumuzun kapsamının dışında kalması sebebiyle ayrıntılı olarak incelemediğimiz değişikliklerin temel başlıklar halinde şu şekilde sayılması mümkündür. 2016/ 679/ EC sayılı Tüzükle, üye devletlerin veri koruma hukukları arasında üst seviye uyumlaştırma yapılmış, veri işleyenlerin tamamı veri işlemeden sorumlu tutulmuş, verisi işlenenlere tazminat talep etme imkânı sağlanmış, AB vatandaşlarının kişisel verilerinin sınır ötesi aktarımı daha sıkı şartlara bağlanmış, unutulma hakkı düzenlenmiş, veri kontrolörleri kullanıcıları bilgilendirmekle yükümlü tutulmuş, kişisel verilerin işlenmesi için özgürce, amaca uygun, bilinçli ve açık rıza verilmesi aranmış, veri sahiplerine kişisel verilerini tutmaya yetkili veri kontrolöründen diğerine taşıma hakkı verilmiş, hassas verilerin işlenmesi için zorunlu veri koruma görevlisi öngörülmüş, Article 29 Data Protection Working Party'nin yerine kurulan Avrupa Veri Koruma Kurulu AB Komisyonuna tavsiyelerde bulunarak üye ülkelerle işbirliğini geliştirip Tüzüğün uygulanmasına katkıda bulunmakla görevlendirilmiş, veri işlemenin veri sahibinin hak ve özgürlükleri bakımından yüksek risk içerdiği durumlarda bir veri koruma etki değerlendirmesi yapılması zorunlu kılınmış, veri kontrolörlerine başlangıçtan itibaren ve tasarımdan itibaren veri koruması ilkelerini karşılamaya yönelik tedbirler alma yükümlülüğü verilmiş, veri ihlâli riskinin yüksek olduğu hallerde hem Veri Koruma Denetim Otoritesine hem de veri sahibine bildirimde bulunması zorunluluğu getirilmiş ve veri kontrolörüne kurtuluş hakkı tanınmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkznz. http://ec.europa.eu/justice/data-protection/reform/files/regulation_oj_en.pdf, E.T. 24.08.2017; AKINCI, Ayşe Nur; Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Haziran 2017, s. 14 vd; SCHANTZ, Peter/ WOLFF, Heinrich Amadeus; Das neue Datenschutzrecht: Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis. Münih 2017, s.65 vd.

mahkemeler tarafından işlenmesi de Tüzük hükümlerine tabidir. Bununla birlikte Tüzük, yargı faaliyetleri için birtakım istisnâ haller öngörmektedir. Örneğin Tüzüğün 9'uncu maddesinin ikinci fıkrası hassas verilerin işlenmesi yasağı bakımından yargı organlarına muafiyet tanımaktadır. Aynı durum, Tüzüğün 37'nci maddesinin birinci fıkrasının a bendi için de geçerlidir. Buna göre, yargı görevini üstlenen mahkemeler için veri koruma görevlisi atanması yükümlülüğü bulunmamaktadır. Tüzüğün 55'inci maddesine göre, denetim otoritelerinin yetkisi yargı faaliyetine kadar uzanmaz. Başka bir deyişle, Tüzüğün 51'inci maddesi uyarınca üye devletlerin Tüzük hükümlerinin kendi ülkelerindeki uygulamasını izlemeleri amacıyla kurulan bağımsız kamu otoritesi olan denetim otoriteleri, mahkemelerin işlemlerini denetleme yetkisine sahip değildir. Ancak bu istisnanın dar yorumlanması gerektiği, bu durumun mahkemelerce tutulan dosyalar için değil, mahkemelerin karar verme aşamaları için geçerli olduğu kabul edilmektedir³⁰¹. Ayrıca, denetim otoritelerinin mahkemelerce işlenen veriler bakımından yetkili olmaması, kişisel verilerin korunması hakkının maddî dayanaklarının yargı faaliyetlerinde önem taşımadığı anlamına gelmemektedir. Mahkemeler 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün hükümlerine bütünüyle uymak zorundadırlar³⁰². Özellikle delillerin toplanması ve kararın gerekçelendirilmesi aşamalarında, üçüncü kişilerin ve tarafların kişilik hakları ciddi şekilde olumsuz anlamda etkilenebilir. Bu sebeple mahkemeler, kişisel verilerin korunması amacıyla kabul edilen bu düzenlemeleri sorumluluklarının bilincinde olarak kullanmakla yükümlüdürler. Anılan çerçevede, yargı faaliyetinin zedelenmemesi koşuluyla, hâkim karşısında da kişisel verilerin korunması hakkının sağlanması mümkün olmalıdır.

2.5.1.5.5. 2004/ 48/ EC sayılı Sınâî Hakların Korunmasına Dair Direktif

Sırların korunması bakımından üzerinde durulması gereken Avrupa Birliği düzenlemelerinden biri, 2004/ 48/ EC sayılı Sınâî Hakların Korunmasına Dair Avrupa Birliği Direktifidir. Direktif, TRIPS'ten farklı olarak üye devletlerin iç hukuklarında Direktife uygun düzenlemeler yapması ihtiyacını doğurmaktadır³⁰³. Direktifinin amacı, fikrî mülkiyet haklarının uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri, usulleri ve çözüm

³⁰¹ SCHANTZ/ WOLFF, s. 417 Rn. 1373.

³⁰² SCHANTZ/ WOLFF, s. 417 Rn. 1374.

³⁰³ STADLER, FS Leipold, s. 201-220.

yollarını belirlemektir. Direktifin amaçları doğrultusunda fikrî mülkiyet hakları terimi, sınai mülkiyet haklarını da kapsar³⁰⁴.

Söz konusu Direktifin 6'ncı ve 7'nci maddeleri, fikrî ve sınai hak ihlâli iddialarının ispatı için taraflarca delil sunulmasına ve yargılama öncesinde delillerin korunması için alınacak önlemlere ilişkin düzenlemelerdir. Direktif, ibraz yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın delillerin değerlendirilmesinde olumsuz sonuçlara katlanmasını açık bir şekilde mümkün ve yeterli bulan TRIPS'in 43'üncü maddesinin ikinci fıkra hükmünün ötesine geçmektedir.

Direktifin 6'ncı maddesine göre, üye devletler, hak ihlâli iddiasını haklı çıkarmak için mevcut tüm delilleri gösteren tarafın talebi üzerine, yetkili mahkemelerin, gizli bilgilerin korunması şartıyla karşı tarafın elinde bulunan delillerin iddianın ispatlanması için sunulmasını emredebilmelerini sağlamalıdır³⁰⁵. Anılan madde gereğince, hak ihlâlini iddia eden taraf elindeki tüm delilleri mahkemeye ibraz etmeli, karşı taraf ise, sırların korunması için gerekli önlemlerin alınması halinde elindeki delilleri mahkemeye sunmalıdır. Böylece karşı tarafın davanın aydınlatılmasına da doğrudan doğruya katılımını sağlamak ve delillerin toplanmasının kolaylaştırılması amaçlanmaktadır³⁰⁶.

Direktifin 7'nci maddesi gereğince ise, üye devletler, yargılamanın başlangıcında, fikrî mülkiyet hakkının mevcut veya muhtemel ihlâli iddiasını haklı çıkaran mevcut tüm delilleri gösteren tarafa, önemli ispat araçlarının muhafazası için gizli bilgilerin korunması şartıyla hızlı ve etkili tedbirler sağlamalıdır. Bu doğrultuda, Direktifin 3'üncü maddesinde kabul edilen genel yükümlülükler ile TRIPS düzenlemeleri de dikkate alınmalıdır³⁰⁷.

³⁰⁴ Fikrî mülkiyet hakkı kavramının bir üst kavram olarak sınai mülkiyet hakkını da kapsayacak şekilde kullanıldığı yönünde bkz. EREL, N. Şafak; Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009, s. 27; TEKİNALP, s. 3 vd.

³⁰⁵ Alman hukukunda ispat malzemesinin sunulması ve korunması bakımından mevcut düzenlemelerin Direktif hükümlerine uyarlanması gerektiği belirtilmektedir. Anılan maddeye rağmen, ne § 142 ZPO'da ne de ispata ilişkin diğer hükümlerde delillerin karşı tarafça sunulmasını fiilen zorlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. § 287 ZPO ve § 427 ZPO düzenlemelerinde sadece delil sunmaktan kaçınmanın olumsuz sonuçları belirlenmiş, ancak gizli bilgilerin korunmasının sağlanmasına yönelik etkili önlemler alınmamıştır. Fakat burada, karşı tarafın elindeki delillerin elde edilmesi ve gerekirse bunu zorlayıcı yaptırımlar, gizli bilgilerin korunmasının sağlanması gerekliliği ile birlikte yorumlanmalıdır. Bu yönde bkz. STADLER, FS Leipold, s. 202; STADLER, Astrid; "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht", Geheimnisschutz, ZZP, 123. Bd., H. 3, 2010, s. 277.

³⁰⁶ STADLER, FS Leipold, s. 202.

³⁰⁷ Alman hukukunda bu amaçla 2008 yılında kabul edilen Fikrî Mülkiyet Haklarının Uygulanmasının İyileştirilmesi Kanunu ile bazı düzenlemelerde değişiklikler yapılmıştır. Örneğin, Alman Patent Kanunu'na bu değişikliklerle eklenen ve TRIPS'in 43'üncü maddesinin de bir ifadesi olarak karşımıza çıkan § 139 Abs. 3 PatG ile sırların açıklanmasında üretim ve işletme sırlarının korunması menfaatinin dikkate alınması amaçlanmıştır. Bunun gibi, § 140c Abs. 1 S. 3 ve Abs. 3 PatG düzenlemeleriyle mahkemelere ihlâl yargılamasında gizli

2.5.1.5.6. 2016/ 943/ EC sayılı Gizli Know-How ve Gizli Ticarî Bilgilerin (Ticarî Sırların) Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesi, Kullanılması ve Açıklanmasına Karşı Korunmasına Dair Direktif

2016/ 943/ EC sayılı Gizli Know-How ve Gizli Ticarî Bilgilerin (Ticarî Sırların) Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesi, Kullanılması ve Açıklanmasına Karşı Korunmasına Dair Direktif³⁰⁸, 15.06.2016 tarihinde Avrupa Birliği Resmî Gazetesinde yayımlanmış, yayımlanmasını takip eden yirminci günde ise yürürlüğe girmiştir. Ticarî sırların korunması konusunda Birlik içerisinde ortak bir asgarî düzey belirlemeyi amaçlayan Direktif, ticarî sırların yargılama sırasında ne şekilde korunacağını da açık bir şekilde düzenlemektedir. Direktifin ticarî sırların gizliliğinin yargılama sürecinde korunması başlıklı 9’uncu maddesi şu şekildedir³⁰⁹:

“ (1) Üye devletler, bir ticarî sırrın hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kullanılması veya açıklanmasına ilişkin yargılamada hazır bulunan veyahut bu yargılamanın bir parçası olan belgelere erişim hakkı olan tarafların, tarafların avukatlarının veya diğer temsilcilerinin, mahkeme çalışanlarının, tanıkların, bilirkişilerin ve diğer tüm kişilerin, bu tür bir hazır bulunma veya erişimin sonucu olarak öğrendikleri ve ilgili bir tarafın usulüne

bilgilerin korunması için somut olayın gerektirdiği her türlü koruma önlemi almak konusunda geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

³⁰⁸ Tam metin için bkz; <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32016L0943>, E.T. 15.03.2018.

³⁰⁹ Söz konusu maddenin gerekçeleri, Direktifin başlangıç hükümlerinin 24 ve 25’inci maddelerinde açıklanmıştır. Bunlara göre, dava sırasında ticarî sırlarının korunmayacağını düşünen kişiler ticarî sırlarını koruyabilmek için dava açmaktan kaçınmakta ve öngörülen önlem, usul ve çözüm yollarının etkinliğini sorgulamaktadırlar. Bu sebeple, etkin hukukî koruma ve adil yargılanma hakkını garanti altına alan uygun önlemlerin alınması kaydıyla, davaya konu olan sırların yargılama sırasında gizliliğinin korunmasını sağlayacak özel şartlar gereklidir. Bu koruma yargılama sona erdikten sonra ve ticarî sırrın konusunu oluşturan bilgiler alenî hale gelmediği sürece devam etmelidir. Bu şartlar, en azından, -söz konusu tüm kişilerin bu Direktifin gizliliğe ilişkin hükümlerine tabi olmaları gerektiği göz önünde bulundurularak-, delillere veya duruşmalara erişim hakkı olan kişi grubunun sınırlandırılması ve mahkeme kararlarının sadece gizli olmayan kısımlarının yayımlanması imkânını sağlamalıdır. Ayrıca, davanın asıl amacının uyuşmazlığın konusu olan bilgilerin niteliğini değerlendirmek olduğu durumlar bakımından, ticarî sırların ve aynı zamanda davanın taraflarının etkin hukukî koruma ve adil yargılanma haklarının etkili bir şekilde korunmasının sağlanması zorunludur. Bu sebeple sınırlı kişi grubu, en azından, tarafların her birinden bir gerçek kişi ile her bir tarafın avukatı ve gerektiğinde ulusal hukuklarına göre bir tarafı bu Direktif kapsamına giren davalarda savunmaya, temsil etmeye veya menfaatlerini korumaya yeterince nitelikli olan diğer temsilcilerden oluşmalıdır; bu kişilerin tümü, ilgili delillere ve duruşmalara erişebilmelidir. Taraflardan biri tüzel kişi ise, bu tüzel kişi, sınırlı kişi grubuna girmesi gereken bir veya daha fazla gerçek kişiyi önerebilmelidir. Böylece, delillere ve duruşmalara erişimin sınırlandırılması amacından doğacak zarar, uygun yargı kontrolü vasıtasıyla engellenerek, tüzel kişinin de makul bir şekilde temsil edilmesi sağlanır. Bu koruma hükümleri, eğer ulusal hukuka göre gerekli değilse, tarafların yargılama sırasında bir avukat veya diğer bir temsilci tarafından temsil edilmek zorunda olduğu şeklinde anlaşılmamalıdır. İlgili üye devletlerin geçerli düzenlemelerine ve teamüllerine göre, yetkili mahkeme görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri için delillere ve duruşmalara sınırsız bir şekilde erişip erişemeyeceklerine veya ne ölçüde erişebileceklerine karar verilirken, mahkemelerin yetki alanlarının sınırlandırıldığı şeklinde de anlaşılmamalıdır.

uygun olarak gerekçelendirdiği bir talebi üzerine yetkili yargı mercileri tarafından gizli olarak tanımlanan bir ticarî sırrı veya muhtemel bir ticarî sırrı hukuka aykırı olarak kullanmalarına ve açıklamalarına müsaade edilmeyeceğini garanti edecektir. Bu bağlamda üye devletler ayrıca, yetkili yargı mercilerinin re'sen hareket etmelerine müsaade edebilirler.

Birinci alt paragrafta işaret edilen yükümlülük, davanın sona ermesinden sonra da geçerliliğini koruyacaktır. Bu tür yükümlük ancak aşağıdaki durumlardan birinin gerçekleşmesi halinde sona erecektir:

a) Muhtemel ticarî sırların ikinci madde, numara 1'de belirlenen koşulları karşılamadığının kesin hüküm teşkil eden bir kararla tespit edilmesi, ya da,

b) Söz konusu bilginin zaman içerisinde bu tür bilgiyle normal olarak ilgilenen çevredeki kişiler arasında genel olarak bilinir veya kolayca erişilebilir hale gelmesi.

(2) Üye devletler ayrıca, taraflardan birinin usulüne uygun olarak gerekçelendirdiği talebi üzerine, ticarî sırrın hukuka aykırı olarak elde edilmesi, kullanılması veya açıklanmasına ilişkin olan yargılama sırasında kullanılan veya atıfta bulunulan bir ticarî sır veya muhtemel bir ticarî sırrın gizliliğinin korunması için yetkili yargı mercilerinin gerekli olan özel önlemleri alabilmelerini garanti edecektir. Üye devletler ayrıca, yetkili yargı mercilerinin söz konusu önlemleri re'sen almalarına müsaade edebilirler.

İlk fıkrada anılan önlemler asgarî olarak şu imkânları sağlayacaktır:

a) Taraflarca veya üçüncü kişilerce sunulan, kısmen ya da tamamen ticarî sırlar veya muhtemel ticarî sırlar içeren herhangi bir belgeye erişimin belirli sayıda kişiyle sınırlandırılması,

b) Ticarî sırların veya muhtemel ticarî sırların açıklanacağı duruşmalara ve bu duruşmalarda tutulan ilgili kayıt ve tutanaklara erişimin belirli sayıda kişiyle sınırlandırılması,

c) a ve b bentlerinde anılan belirli sayıda kişilerin dışındaki herhangi bir kişiye, herhangi bir yargı kararının ticarî sır içeren kısımlarının silinmiş veya karartılmış olduğu gizli olmayan bir halinin sağlanması.

İkinci fıkranın a ve b bentlerindeki kişilerin sayısı, yargılamanın taraflarının etkili bir başvuru ve adil yargılama haklarına uygunluğun sağlanması için gerekli olandan daha

fazla olmayacak ve en azından yargılamanın her tarafından bir gerçek kişiyi ve bunların kendi avukatlarını veya diğer temsilcilerini içerecektir.

(3) İkinci fıkraya göre alınacak önlemlere karar verirken ve bunların ölçülülüğünü değerlendirirken yetkili yargı mercileri, herhangi bir tarafın veya gerektiğinde üçüncü kişilerin bu tür önlemlerin kabulü veya reddinden doğacak muhtemel zararlarını, tarafların ve gerektiğinde üçüncü kişilerin meşru menfaatlerini ve etkili bir başvuru ve adil yargılanma hakkının sağlanmasının gerekliliğini dikkate alacaklardır.

(4) Birinci, ikinci ve üçüncü fıkralara göre kişisel verilerin işlenmesi, 95/ 46/ EC sayılı Direktife göre yapılır³¹⁰. ”

Karşılaştırma hukuk doktrininde ve yargı kararlarında uzun yıllardan beri şiddetli tartışmaların yaşanmasına sebep olan ticarî sırların korunması sorunu için böyle bir düzenlemenin yapılmış olması önemlidir. Alman hukukunda uzun zamandır çoğunlukla kabul edilen³¹¹, İsviçre hukukunda hakkında özel düzenleme bulunan³¹², Avusturya hukukunda da son dönemde kabul edilmeye başlanan³¹³ ve tarafların sırlarının birbirlerinden korunması amacıyla önerilen nispî koruma yöntemi olan kapalı yargılama³¹⁴, Birlik üyesi olan devletlerde Direktife uygun düzenlemeler yapılması halinde artık söz konusu olamayacaktır³¹⁵³¹⁶. Bununla birlikte, kanun koyucuların bu Direktif vesilesiyle medenî yargılama hukukunda Know-How ve ticarî sırların korunması için genel bir düzenleme yapıp

³¹⁰ Maddenin dördüncü fıkrasında 95/ 46/ EC sayılı Direktife yapılan atıf, 25.05.2018 tarihinden itibaren 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğe yapılmış sayılacaktır.

³¹¹ Alman hukukunda durum için bkz. Aşa. s. 205 vd.

³¹² İsviçre hukukunda durum için bkz. Aşa. s. 206 vd.

³¹³ Avusturya hukukunda durum için bkz. Aşa. s. 208 vd.

³¹⁴ Kapalı yargılama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. 187 vd.

³¹⁵ Bu yönde bkz. HAUCK, Ronny; “Geheimnisschutz im Zivilprozess-was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht?”, NJW 2016, s. 2223.

³¹⁶ 28 Kasım 2013 tarihli direktif önerisinin 8’inci maddesinde, alınacak önlemler kapsamında tarafların da ticarî sır içeren belgelere erişiminin kısmen veya tamamen sınırlandırılabilmesi; yetkili yargı mercilerinin, istisnâî hallerde ve makul gerekçelerin olması kaydıyla tarafların ticarî sırların açıklandığı duruşmalara erişimini sınırlandırabileceğini ve böyle duruşmaların sadece tarafların yasal temsilcilerinin ve sır saklamakla yükümlü yetkili bilirkişinin hazır bulunmasıyla gerçekleşmesini emredebileceği; ayrıca, yetkili yargı mercinin bir ticarî sırrın veya muhtemel bir ticarî sırrın korunması gerekliliği nedeniyle taraflardan birinin meşru şekilde kontrolünde olan delilin karşı tarafa açıklanamayağına karar vermesi ve bu delilin uyumsuzluğun çözümü için önemli olması halinde, ilgili yargı mercinin buna rağmen ilgili bilgilerin karşı tarafın yasal temsilcisine ve gerektiğinde sır saklamakla yükümlü yetkili bilirkişilere açılmasını mümkün kılabileceği kabul edilmişti. Direktif önerisi metni için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX%3A52013PC0813>, E.T. 15.03.2018. Bu düzenleme, aşağıda incelenecek olan kapalı yargılama ve avukat çözümüne imkân sağlayabilecek iken, sonrasında tarafların usulî temel haklarını etkilemeyecek bir anlayış tercih edilmiştir. Direktif önerisi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖTZ, s. 480 vd.

yapmayacakları belirsizdir³¹⁷. Nitekim, söz konusu düzenlemeye rağmen Alman hukuku doktrininde hala kapalı yargılamaya öncelik verilmesi gerektiği savunulmaktadır³¹⁸.

2.5.2. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaatine İlişkin Ulusal Düzenlemeler

2.5.2.1. Anayasa

Kişisel verilerin korunması hakkının Anayasal zeminde birçok dayanağı bulunmaktadır. Anayasa'nın 17'nci maddesindeki kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı, 20'nci maddesindeki özel hayatın gizliliği, 21'inci maddedeki konut dokunulmazlığı, 22'nci maddesindeki haberleşme hürriyeti, 24'üncü maddesindeki din ve vicdan hürriyeti, 25'inci maddedeki düşünce ve kanaat hürriyeti ile 26'ncı maddedeki düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti, kişisel verilerin korunması hakkıyla yakından ilişkisi olan hükümlerdir³¹⁹.

Anayasanın özel hayatın gizliliğini düzenleyen 20'nci maddesinin üçüncü fıkrasına göre, *“herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir”*. Anılan hüküm, madde metnine 07.05.2010 tarihinde eklenmiş ve böylece kişisel verilerin korunması hakkı, anayasal garanti altına alınmıştır. Söz konusu madde kapsamında, bilgi edinme hakkı, verilere erişme hakkı, işlenen kişisel verileri düzeltme ve silme hakkı, amaca bağlılık ilkesi, orantılılık ilkesi ve kanunilik ilkesi yer almaktadır³²⁰.

2.5.2.2. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

24.03.2016 tarihinde kabul edilen, 29677 sayılı ve 07.04.2016 tarihli Resmî Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin

³¹⁷ MUSIELAK/ VOIT/ STADLER, ZPO § 142 Rn. 7.

³¹⁸ MUSIELAK/ VOIT/ STADLER, ZPO § 142 Rn. 7.

³¹⁹ Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatinin anılan hürriyetlerle ilişkisi hakkında bknz. Yuk. 32 vd.

³²⁰ AYÖZGER, s. 87.

işlenmesine ilişkin usûl ve esasları düzenlemektedir. Bu Kanunun amacı, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve hürriyetlerin korunmasıdır.

Gerçek kişilerin verilerini koruma altına alan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, verilerin kamu otoritesi veya özel sektör tarafından işlenmesi arasında bir ayrım yapmamıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 4’üncü maddesi, kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gereken temel ilkeleri düzenlemektedir. Anılan hükme göre kişisel verilerin işlenmesinde, hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlarla işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma, ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkelerine uyulması zorunludur.

95/ 46/ EC sayılı Direktife paralel bir şekilde düzenlenen Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük hükümleri dikkate alındığında birtakım eksiklikler içermektedir. Çalışmamız kapsamında medenî yargılama hukuku bakımından önem arz eden şu noktaya dikkat çekilmesi gerekir:

Yukarıda incelemiş olduğumuz gibi³²¹, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün hükümleri kural olarak mahkemelerin yargı faaliyetleri için de geçerlilik taşır. Tüzükte, Tüzük hükümlerinin mahkemeler bakımından uygulanmayacağı haller istisnâî düzenlemeler kapsamında belirlenmiştir. 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün 2’nci maddesinin ikinci fıkrasının d bendine göre, kişisel verilerin suçların önlenmesi, araştırılması, tespit edilmesi veya kovuşturulması ya da kamu güvenliğinin korunması ve buna yönelik tehditlerin önlenmesi amacıyla yetkili mercilerce işlenmesi halinde bu Tüzük hükümleri uygulanmaz. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 28’inci maddesinin birinci fıkrasının d bendi daha geniş bir düzenleme yaparak, “*kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi*” durumunu bu Kanunun uygulanmayacağı istisnâî haller arasında saymıştır. Dolayısıyla medenî yargılama sırasında taraflara ve üçüncü kişilere ilişkin olarak işlenen veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanununca sağlanan korumadan mahrum bırakılmıştır. Ancak Kanunun düzenlenme amacı dikkate alındığında, istisnanın genişletilmemesi ve medenî yargılamaya konu olan kişisel verileri de koruma kapsamına alması tarafların ve yargılamaya dahil olan üçüncü kişilerin kişisel verilerinin korunması için daha uygun ve elverişli bir çözüm olurdu. Örneğin Alman Hukukunda, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğe uygun olarak

³²¹ Bknz. Yuk. s. 76 vd.

düzenlenen, 25 Mayıs 2018 tarihinde uygulanmaya başlayan ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin temel düzenleme olan Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG), § 2 Abs. 1 ve 2 BDSG hükümlerindeki açık düzenlemeye göre, adli organların faaliyetleri için de geçerlidir. Ancak § 1 Abs. 2 BDSG hükmünde, BDSG hükümlerinin talîliği ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre, başka düzenlemelerin bulunması halinde, BDSG hükümleri talî olarak uygulanır. Bu şekilde hem yargılamanın gereklilikleri sebebiyle farklı kanunlarda özel olarak düzenlenen hükümlere öncelik verilmiş, ama aynı zamanda BDSG hükümleri de bir kenara bırakılmamış ve kişisel verilerin korunması hakkının amacına uygun bir sistem benimsenmiştir.

2.5.2.3. Hukuk Muhakemeleri Kanunu

Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenme amaçları doğrudan doğruya kişisel verilerin korunması olmasa da, bu korumaya zemin hazırlayan birtakım düzenlemeler vardır. Tarafların kişisel verileri gibi, kişisel veri niteliği taşıyan veya taşımayan sırları da yargılamaya çeşitli şekillerde yansıyabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir taraftan taraflar ve üçüncü kişileri açıklama yapmaya zorlayıcı hükümler getirilirken, diğer taraftan da bu hükümleri yumuşatan istisnâ haller kabul edilmiştir. Kişisel verilerin ve sırların korunmasını imkân tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümleri şu şekilde sayılabilir:

- Aleniyet ilkesini düzenleyen 28'inci maddenin ikinci fıkrasında kabul edilen gizli yargılamaya ilişkin hüküm, kişisel verilerin korunması hakkını garanti altına alır.
- Kanunun 153'üncü maddesinde düzenlenen kayıt ve yayın yasağı, yargılamaya dahil olan kişilerin verilerinin korunmasına hizmet eden bir hükümdür.
- Dosyanın taraflarca ve ilgililerce incelenmesine ilişkin olan 161'inci madde, dava dosyasına giren kişisel verilerin korunması hakkına yetersiz de olsa hizmet edebilir.
- Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati, tarafların belgeyi vermemesini düzenleyen 220'inci maddenin üçüncü fıkrası bakımından *kabul edilebilir mazeret* olabilir.
- Üçüncü kişinin tanıklıktan çekinmesine ilişkin hükümler kapsamında, belgeyi ibraz zorunda olanlara tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinme imkânı veren 221'inci maddenin üçüncü fıkrası, kişisel verilerin korunmasına da imkân vermiş olur.

- Sır nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı tanıyan 249’uncu madde, sır içeren kişisel verilerin korunmasını sağlar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 175’inci maddesinde, tanıklıktan çekinmeye ilişkin 249 ve 250’inci maddelere atıf yapılarak, anılan madde hükümlerinin niteliğine aykırı düşmediği sürece isticvap hakkında da uygulanacağına işaret edilmektedir.
- Bilirkişinin sır saklama yükümlülüğüne ilişkin 277’nci madde, tarafların ve bilirkişi raporuna konu olan kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunmasına hizmet eder³²².
- Elektronik işlemler başlıklı 445’inci maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, dava ve diğer yargılama işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirildiği hallerde UYAP kullanılarak veriler kaydedilir ve saklanır. Adalet Bakanlığı’nın 124/ 1 Numaralı Genelgesinin 15’inci maddesi gereğince, UYAP Bilişim Sistemi kullanılarak soruşturma ve kovuşturma işlemleri ve diğer adlî ve idarî işlemlerin etkin, verimli, hızlı, düzenli, şeffaf ve usul ekonomisine uygun biçimde yürütülmesi amacıyla, bilgi güvenliği, elektronik imza ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine azamî dikkat gösterilmesi gerekir.

2.5.2.4. Diğer Kanunlar

Kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak yapılan düzenlemeler, buraya kadar üzerinde durmuş olduğumuz mevzuat hükümlerinin yanı sıra Türk Ceza Kanunu, Ceza Muhakemesi Kanunu, Elektronik Haberleşme Kanunu, Vergi Usul Kanunu, Basın Kanunu, Nüfus Hizmetleri Kanunu gibi kanunlarda da yer almaktadır. Medenî yargılama hukuku bakımından önem taşıyan bazı düzenlemelere bu başlık altında değinmekte yarar vardır.

2.5.2.4.1. Türk Medenî Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu

Türk Medenî Kanunu’nun 24’üncü maddesine göre, *“hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da*

³²² Anılan düzenleme gereğince bilirkişi, görevi sebebiyle yahut görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak, kendisi ve başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür. Benzer bir yükümlülüğünün, tarafların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293’üncü maddesi gereğince dava konusu olayla ilgili olarak bilimsel mütalaa almak için başvurdukları uzman bakımından da kabul edilmesi yerinde olurdu. Nitekim uzman da, dava konusu olay hakkında bilgi sahibi olabilmek için gerektiğinde dava dosyasının tümünü incelemekte ve dosyada mevcut olan verileri öğrenebilmektedir. Ayrıca bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü hakkında bkznz. TANRIVER, Süha; Hukukumuzda Bilirkişilik, Bilirkişilik, Ankara 2017, s. 97 vd.

kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır” hükmü, kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin temel düzenlemelerden birisi olarak kabul edilmektedir. Anılan hükme bağlantılı olarak, Türk Medenî Kanunu’nun 25’inci maddesinde saldırıya karşı açılacak davalar düzenlenmiştir. Buna göre, “davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir. Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir. Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır. Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez. Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir”. Türk Medenî Kanunu’nun adın korunması başlıklı 26’ncı maddesi de, kişisel verilerin korunmasını hedeflemektedir.

Türk Borçlar Kanunu’nun madde 49 ve devamından düzenlenen haksız fiile ilişkin tazminat hükümleri de kişisel verilerin korunması bakımından temel dayanaklardandır.

2.5.2.4.2. Bilgi Edinme Kanunu

Bilgi edinme hakkı, kişisel verilere ulaşılması bakımından önemli bir araçtır. Bu sebeple, Bilgi Edinme Kanunu’nda kişisel verilerin korunması amacıyla düzenleme yapılmıştır. Bilgi Edinme Kanunu’nun 21’inci maddesinin birinci fıkrasına göre, kişinin izin verdiği haller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması halinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.

2.5.2.4.3. Elektronik İmza Kanunu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 445’inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “elektronik ortamda, güvenli elektronik imza kullanılarak dava açılabilir, harç ve avans yatırılabilir, dava dosyaları incelenebilir. Bu Kanun kapsamında fizikî olarak hazırlanması öngörülen tutanak ve belgeler güvenli elektronik imzayla elektronik ortamda hazırlanabilir ve gönderilebilir. Güvenli elektronik imza ile oluşturulan tutanak ve belgeler ayrıca fizikî

olarak gönderilmez, belge örneği aranmaz". Medenî yargılama hukuku bakımından bu denli önem taşıyan güvenli elektronik imzaya ilişkin olarak düzenlenen Elektronik İmza Kanunu'nun 6'ncı maddesinin c bendine göre, güvenli elektronik imza oluşturma araçları, üzerinde kayıtlı olan elektronik imza oluşturma verilerinin, üçüncü kişilerce elde edilememesini, kullanılamamasını ve elektronik imzanın sahteciliğe karşı korunmasını sağlayan imza oluşturma araçlarıdır. Elektronik İmza Kanunu'nun bilgilerin korunması başlıklı 12'nci maddesi gereğince, "Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı; Elektronik sertifika talep eden kişiden, elektronik sertifika vermek için gerekli bilgiler hariç bilgi talep edemez ve bu bilgileri kişinin rızası dışında elde edemez, elektronik sertifika sahibinin izni olmaksızın sertifikayı üçüncü kişilerin ulaşabileceği ortamlarda bulunduramaz, elektronik sertifika talep eden kişinin yazılı rızası olmaksızın üçüncü kişilerin kişisel verileri elde etmesini engeller. Bu bilgileri sertifika sahibinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz".

2.5.2.4.4. Devlet Memurları Kanunu

Devlet Memurları Kanunu'nun 31'inci maddesinde düzenlenen gizli bilgileri açıklama yasağı, medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin korunması bakımından önem taşır. Buna göre, devlet memurlarının kamu hizmetleri ile ilgili gizli bilgileri görevlerinden ayrılmış bile olsalar, yetkili bakanın yazılı izni olmadıkça açıklamaları yasaktır. Zabıt kâtibi, mübaşir gibi memurların bu kapsamda değerlendirilmesiyle, yargılamaya dahil olan kişilerin verilerinin korunması sağlanmış olur.

2.5.2.4.5. Avukatlık Kanunu

Avukatların sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesi gereğince, *"avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi, gerekse, Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmaları yasaktır. Avukatların birinci fıkrada yazılı hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir. Çekinme hakkının kullanılması hukuki ve cezai sorumluluk doğurmaz. Yukarı ki hükümler, Türkiye Barolar Birliği ve baroların memurları hakkında da uygulanır".* Söz konusu hüküm, vekâlet verenlerin sır içeren kişisel verilerinin korunmasını sağlamaktadır.

2.5.2.4.6. Sınaî Mülkiyet Kanunu

Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 141'inci maddesi, TRIPS çerçevesinde ticarî sırların korunması yükümlülüğünün yerine getirilmesine hizmet etmektedir. Patent ve faydalı model hakkına tecavüz sayılan fiiller başlıklı 141'inci maddesinin ikinci fıkrasına göre, “*patent konusunun, bir ürün veya maddenin elde edilmesine ilişkin bir usul olması hâlinde mahkeme, aynı ürün veya maddeyi elde etme usulünün patent konusu usulden farklı olduğunu ispat etmesini davalıdan isteyebilir. Patent konusu usulle elde edilen ürün veya maddenin yeni olması hâlinde, patent sahibinin izni olmadan üretilen aynı her ürün veya maddenin, patent konusu usulle elde edilmiş olduğu kabul edilir. Aksini iddia eden kişi bunu ispat etmekle yükümlüdür. Bu durumda, davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur*”.

Objektif ispat yükünün davalının üzerinde olduğunu kabul eden bu düzenlemenin son cümlesi, yargılamada sırların korunması bakımından hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Böylece bir taraftan davalıya iddialarını ispat etme zorunluluğu yüklenirken, diğer taraftan somut olayın şartlarına göre haklı menfaatin söz konusu olduğu durumlarda hâkim, davalının ticarî sırlarının açıklanmamasına karar vermek ya da açıklanan sırların korunmasını sağlamak için hukuka uygun her türlü önlemi almak konusunda yetkilendirilmiştir³²³.

Hâkimlere her türlü önlemi almak konusunda tanınan geniş yetki alanına rağmen, uygulamada, mahkemenin alacağı önlemler konusunda tereddüt yaşayan davalıların, davayı kaybetmek pahasına sırlarını açıklamaktan kaçındıkları görülmektedir³²⁴. Hâlbuki

³²³ SMK, 22.12.2016 tarihinde kabul edilmiş ve 10.01.2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sebeple, uygulamada SMK md. 141/ f. III hükmüne dayanılarak verilen kararlara rastlanmamaktadır. Ancak, SMK’nın yürürlüğe girmesiyle mülga olan Patent Haklarının Korunmasına Dair KHK’nın usul patentleri ile ilgili haklar başlıklı 84’üncü maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında benzer bir düzenleme bulunmaktaydı. Buna göre, patent konusunun yeni ürün veya maddelerin elde edilmesine ilişkin bir usul olması halinde, aynı özellikleri taşıyan her ürün ve maddenin patent verilmiş buluş konusu usule göre elde edilmiş olduğu kabul edilir. Aksini savunan kişi, bunu ispatla yükümlüdür. Bu maddenin ikinci fıkrasında sözü edilen aksini savunma durumunda davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur.

³²⁴ “...Mahkemece, iddia, savunma, bilirkişi raporu ve tüm dosya kapsamına göre, bir usul patenti sahibinin söz konusu ürünün Türkiye’ye ithal edilmesi halinde o ürünün elde edilmesi ile ilgili olarak kendisine tanınmış olan haklardan, ithal edilen bu ürünler için de aynı şekilde yararlanacağı, patent konusunun yeni ürün veya maddelerin elde edilmesine ilişkin bir usul olması halinde, aynı özellikleri taşıyan her ürün ve maddenin patent verilmiş buluş konusu usule göre elde edilmiş olduğunun kabul edileceği, aksini savunan davalının ispatla mükellef olduğu, davalının ithal ettiği ürünlerin üreticisi tarafından verilen bilgiye dayanarak fibronil ürününün davacının usul patentinde belirtilen usul ile üretilmediğini belirttiği, ancak davalının fibronil etken maddesinin kimyasal analizini yaptırarak etken madde ile ilgili olarak davacı patent hakkına tecavüz etmediğine ilişkin delil sunmadığı gerekçesiyle, patent hakkına tecavüzün ve haksız rekabetin tespitine, fiillerin durdurulması ve önlenmesine....karar verilmiştir....551 sayılı KHK’nın 84’üncü maddesi uyarınca ispat

mahkemenin alacağı önlemler sadece patent hakkının ihlâl edilmesi sebebiyle konunun yargıya taşınması bakımından etki doğurmaz. Usul patentinin tescil edilmesi halinde haklarının korunamayacağı ve patent konusunun değerini kaybedeceği yönünde endişe duyan kişiler, patent başvurusunda bulunmak yerine patent almaktan vazgeçmektedirler³²⁵. Bu sebeple, alınacak etkin tedbirler vasıtasıyla bireylerin yargılama sırasında davayı kaybetmemek için açıklamak zorunda kaldıkları sırlarının korunacağına güven duymalarının sağlanması son derece önemlidir. Aksi takdirde, sırrını açıklamayan taraf davayı kaybetme riskini üzerine alacak ve medenî yargılama hukukunun maddî gerçeğe ulaşma amacına hizmet edilememiş olacaktır. Mahkemelerin taraflara bu konuda güven vermeleri ise, alınacak tedbirlerin öngörülebilir olmasıyla sağlanır. Konuya ilişkin çözüm önerileri, ikinci bölümde tartışılacaktır³²⁶.

2.6. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ile Sırların Korunması Menfaatinin Medenî Yargılama Hukukuna Hâkim Olan İlkelerle İlişkisi

Kişisel verilerin korunması hakkı ile sırların korunması menfaati, mahiyetleri gereği, medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerle genellikle çatışma içerisindedir. Çünkü yargılama sırasında taraflara ve üçüncü kişilere ilişkin birçok kişisel veri veya sır mahkemeye sunulur. Bu kişisel veri ve sırlar, doğrudan doğruya uyuşmazlık konusuna ilişkin olabilir veya uyuşmazlığın çözümü için kullanılabilir. Mahkemeye sunulan her kişisel veri ve sır, medenî yargılamaya hâkim olan ilkeler bakımından sorun oluşturur demek doğru değildir. Ancak özellikle hassas nitelikte olan veriler ve yüksek değeri olan ticarî sırlar için talep edilen korumanın yargılama ilkeleriyle bağdaşır şekilde sağlanması sorunu ortaya çıkar. Burada öncelikle, kişisel verilerin korunması hakkı ile sırların korunması menfaatinin usulî ilkelerle ne ölçüde çatıştığı belirlenmeli ve sonrasında doktrin ve yargı kararlarının görüş ve önerileri dikkate alınarak ortaya çıkan sorunlara çözüm aranmalıdır.

2.6.1. Tasarruf İlkesi ve Taraflarca Getirilme İlkesi

Medenî yargılama hukukunda, kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 24'üncü maddesine göre, "*Hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça*

külfetinin davalı tarafta olmasına göre, davalı vekilinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir...", Yargıtay 11. HD., 26.12.2017 T., 2016/ 4852 E., 2017/ 6853 K. sayılı Kararı, (Karara Yargıtay 11. HD aracılığıyla ulaşılmıştır).

³²⁵ Almanya'da yapılan bir araştırma bu sonucu doğrulamaktadır, STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 210.

³²⁶ Bknz. Aşa. s. 129 vd.

belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder”.

Medenî yargılamaya konu olan uyuşmazlıklar kural olarak özel hukuktan kaynaklanan ilişkilerden doğarlar. Özel hukuk kapsamında değerlendirilen bir ilişkinin taraflarının kendi hakları üzerindeki tasarruf yetkisi, uyuşmazlığın yargıya taşınması halinde de devam eder³²⁷. Tarafların uyuşmazlık konusu üzerindeki tasarruf yetkisi, yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmelerine imkân verir³²⁸. “*Wo kein Kläger, da kein Richter: Davacının olmadığı yerde, hâkim yoktur*” mottosuyla açıklanan tasarruf ilkesi³²⁹, tarafların yargılamaya egemen olmalarını sağlar. Medenî yargılama hukukunda taraf egemenliği, genel kişilik hakkının bir görünümü olan kendi geleceğini belirleme hakkının bir uzantısı olarak karşımıza çıkar³³⁰.

Tasarruf ilkesinin taraflara sunduğu egemenliğin sonuçlarından birisi, taraflarca getirilme ilkesidir. Tasarruf ilkesi tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmelerine imkân tanırken, taraflarca getirilme ilkesi tarafların dava malzemesi üzerindeki tasarruf serbestisini ifade eder³³¹. Tarafların usulî konumu, maddî hukuktaki irade özerkliğinin yargılama hukukuna yansımaları olan taraflarca getirilme ilkesinde anlamını bulur³³². Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 25’inci maddesinde düzenlenen taraflarca getirilme ilkesi gereğince, “*Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunda belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz*”. Görüldüğü gibi, taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin mahkemeye getirilmesi görevini taraflara vermiştir. Buna göre, delillerin

³²⁷ MALMSTRÖM, s. 132; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 783; ATALI, Murat; Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, s. 63.

³²⁸ GRUNSKY, Wolfgang/ FLORIAN, Jacoby, Zivilprozessrecht, 15. Bası, Münih 2016, s. 27; MUSILEAK/ VOIT, Einleitung Rn. 35; MÜKoZPO/ RAUSCHER, Einleitung Rn. 318-323; MERİÇ, Nedim; “Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi”, Tasarruf ve Taleple Bağlılık, SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, Sy. 2, Y. 2014, s. 29; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 784.

³²⁹ SAENGER, Ingo; ZPO: Familienverfahren-Gerichtsverfahren-Europäisches Verfahrensrecht Handkommentar, 7. Bası, Baden 2017, Einführung Rn. 64; GRUNSKY, s. 27; MERİÇ, Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s. 30.

³³⁰ SAWANG, s. 87.

³³¹ BECKER-EBERHARD, Ekkehard; “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, (Çev. M. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 21; JÄCKEL, Holger; Das Beweisrecht der ZPO: Ein Praxishandbuch für Richter und Rechtsanwälte, 2. Bası, Stuttgart 2014, s. 3, Rn.12; SAWANG, s. 88.

³³² ROSENBERG/ SCHWAB/ GOTTWALD, ZPO § 77 Rn. 3.

gösterilmesi de dahil olmak üzere, mahkemenin vereceği karara esas teşkil edecek vakıaların sunulması ve böylece dava konusunun açıklığa kavuşturulması tarafların sorumluluğundadır³³³.

Taraflarca getirilme ilkesinin arka planında, yargılama usulünün özel hukuk uyuşmazlıklarının doğasına uygun olarak şekillendirilmesi vardır. Bu çerçevede yargılama usulü, tarafların menfaatlerinin en iyi şekilde kendilerince korunacağı kanaatiyle şekillendirilir³³⁴. Böylece tarihî bir hukuk ilkesi “*da mihi facta, dabo tibi ius: bana vakıaları ver, sana hukuku vereceğim*” uygulama alanı bulur³³⁵. Medenî yargılama hukukunda kural olarak taraflarca getirilme ilkesinin kabul edilmesi, davanın taraflarının kendi menfaatleri doğrultusunda vakıaları ve delilleri mahkemeye sunmaya çalışacağı varsayımına dayanır. Dolayısıyla tarafların yargılamaya kişisel verilerini getirmesi ve bu verilerle ispat faaliyetinde bulunması kural olarak kendi tasarruflarındadır. Diğer bir ifadeyle, tarafların dava malzemesi üzerindeki tasarruf yetkisi, kişisel verilerin korunması hakkı için de geçerlidir. Taraflar, eksik bilgi vermelerinden dolayı davayı kaybetmek yerine, uyuşmazlık konusunu aydınlatmak için gerekli olan her bilgiyi mahkemeye sağlamaya motive olurlar. Tarafların yargılamada karşı karşıya gelen birbirine zıt menfaatleri sebebiyle resen araştırma ilkesine nazaran dava malzemesinin daha kolay ve eksiksiz olarak mahkemeye sunmaları sağlanır³³⁶. Taraflarca getirilme ilkesi amaç değil, aksine bireysel hukukî korumanın gerçekleştirilmesini sağlayan uygun bir araçtır³³⁷.

Hâkim taraflarca ileri sürülmeyen iddia ve vakıaları araştıramaz ve yargılama sonunda kararını bunlara dayanarak veremez. Bunun gibi, hâkim, kural olarak, tarafların dilekçelerinde göstermedikleri delilleri de kendiliğinden dikkate alamaz. Taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemesinin mahkemeye tam olarak getirilmemesinin sorumluluğunu taraflara yüklemiştir³³⁸. Bunun bir uzantısı, tarafların doğruyu söyleme ve dava malzemesinin eksiksiz getirilmesi ödevidir. Dava malzemesini mahkemeye eksik şekilde sunan taraf, davanın aleyhine sonuçlanması riskine katlanmak zorundadır. Belgelerin ibrazı zorunluluğunda olduğu gibi, istisnâ hallerde tarafların kişisel veri ve sırlarını içeren

³³³ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 80; MALMSTRÖM, s. 132.

³³⁴ MALMSTRÖM, s. 133; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 800.

³³⁵ KERSTING, s. 98.

³³⁶ SAWANG, s. 88.

³³⁷ SAWANG, s. 111.

³³⁸ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 799; POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 2015, s. 159 vd; GÖRGÜN, Şanal; Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015, s. 238.

hususları mahkemeye sunmak zorunda kalmaları mümkündür. Taraflarca ileri sürülen iddiaların veya incelenmesi istenen delillerin kişisel verilerini ihtiva etmesi halinde, bunların korunması talebi her durumda karşılanamayabilir. Böyle durumlarda, tarafların getirdikleri vakıaların ispatı üzerindeki rolleri (*ispat yükü (Beweislast)*³³⁹, *iddia yükü (Behauptungslast)*³⁴⁰, *açıklama yükü (Erklärungslast)*³⁴¹, *somutlaştırma yükü*

³³⁹ Üst kavram olan ispat yükü, objektif ispat yükü ve sübjektif ispat yükü şeklinde ikiye ayrılarak incelenmektedir. Objektif ispat yükü, bir hukuk kuralında öngörülen koşul vakıaları karşılayan somut vakia iddiasının belirsiz kalması veya ispat edilememesi halinde ortaya çıkan riskin sonuçlarına taraflardan hangisinin katlanacağını belirler. Bu anlamda, objektif ispat yükü hâkimin karar vermesine yardımcı olan bir araçtır. Çünkü hâkim, delillerin incelenmesi aşamasında vakıaların ispatı yapılabilir ya da yapılamaz, yargılama sonunda bir karar vermelidir. Başka bir deyişle, ileri sürülen iddiaların ispatlanamaması, hâkimin karar vermemesine yol açmaz. Böyle bir durumda ispat yükü kuralları devreye girer ve hangi maddî vakıanın taraflardan hangisi tarafından ispatlanacağı belirlenerek, ispatlanamaması halinde ortaya çıkan aleyhte karar verilmesi riskinin kimin taşıyacağı öngörülmüş olur. İspat yükünün paylaştırılmasına ilişkin kuralların kanun tarafından belirlenmesi gerekir. Hukukumuzda ispat yüküne ilişkin genel kural, TMK md. 6 ile HMK md. 190’ da düzenlenmiştir. TMK md. 6’ya göre, “*kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür*”. HMK md. 190’a göre ise ispat yükü kuralı, “*ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*” hükmüyle belirlenmiştir. Söz konusu genel kuralın yanında, diğer kanunlarda da birçok özel ispat kuralı kabul edilmiştir. Delil gösterme (ikame) yükü olarak da anılan sübjektif ispat yükü, ileri sürülen çekişmeli hak ve maddî vakia iddialarının ispatı için, taraflardan hangisinin delil göstermesi gerektiğini belirler. Sübjektif ispat yükü, tarafların aleyhlerine karar verilmesini önlemek amacıyla, kendi iddialarının doğru olduğu ve karşı tarafın iddialarının doğru olmadığı konusunda deliller göstererek hâkimde kanaat uyandırma yükü şeklinde de açıklanabilir. Delil gösterme yükü de soyut delil gösterme yükü ve somut delil gösterme yükü olarak iki başlık altında incelenmelidir. Daima objektif ispat yüküne bağlı olan soyut delil gösterme yükü, davanın gidişatından bağımsız olarak yargılamanın başında delil gösterme yükünden taraflardan hangisinin sorumlu olduğunu belirler. Somut delil gösterme yükü ise, devam eden bir davada gösterilen delillerin durumuna göre çekişmeli vakıalar hakkında hâkimde belli bir derecede kanaat oluşmasından sonra, taraflardan hangisinin delil göstermesi gerektiği ile ilgilidir. Dolayısıyla somut delil gösterme yükü objektif ispat yükü kuralına bağlı değil, doğrudan doğruya delillerin değerlendirilmesi faaliyetiyle bağlantılıdır. UMAR, Bilge/ YILMAZ, Ejder; İspat Yükü, 2. Bası, Ankara 1980, s. 3 vd; PRÜTTING/ LAUMEN/ BAUMGÄRTEL, s. 46; AHRENS, Hans-Jürgen; Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015, s. 189; ATALAY, Oğuz; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 1695 vd; BÖRÜ, Levent; Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 33 vd; MALMSTRÖM, s. 135.

³⁴⁰ Maddî soruna ilişkin olan iddia yükü, tarafların talepleri hakkında karar verilebilmesi için dikkate alınması gereken vakıaları mahkemeye sunmaları gerekliliğini ifade eder. Buna göre taraflar, bir hukuk kuralında öngörülen koşul vakıaların somut olayda gerçekleştiğine dair vakia iddialarını mahkemeye yazılı veya sözlü olarak bildirmelidir. İddia yükü de objektif iddia yükü ve sübjektif iddia yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Objektif iddia yükü, mahkemenin vereceği karar bakımından önem arz ettiği için taraflarca iddia edilmesi gereken vakıaların iddia edilmemesi veya yeterince iddia edilmemesi halinde ortaya çıkan olumsuz sonuca hangi tarafın katlanması gerektiğini belirler. Sübjektif iddia yükü ise, objektif iddia yükünden kaynaklanan olumsuz sonuçları bertaraf etmek ve engellemek için gerekli vakia iddialarında bulunma yüküdür. Objektif iddia yükü, taraflarca vakıaların yeterince iddia edilmemesi halinde hâkimin nasıl karar vereceği ile ilgiliyken, sübjektif iddia yükü, hangi tarafın olumsuz bir sonuçla karşılaşmamak için, asgari düzeyde neyi iddia etmesi gerektiğiyle ilgilidir. UMAR/ YILMAZ; s. 17; PRÜTTING/ LAUMEN/ BAUMGÄRTEL, s. 57; BÖRÜ, s. 117 vd; ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1674 vd; MALMSTRÖM, s. 133 vd; AHRENS, s. 251 vd; JÄCKEL, s. 4 vd.

³⁴¹ Savunma yükü, taraflardan birisinin ileri sürdüğü maddî vakıada ilgili hukuk kuralında öngörülen hukukî sonucun doğması için gerekli koşul vakıaların var olduğu iddiasına karşı, diğer tarafın bu iddiayı etkisiz kılacak yeni vakıalar ekleyerek, bunlar üzerindeki bilgi, açıklama ve değerlendirmelerini mahkemeye bildirmesi yükünü ifade eder. ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1680 vd; BÖRÜ, s. 149 vd; STEIN/ JONAS/ LEIPOLD §138 s. 220 vd.

(*Substantiierungslast*)³⁴²), kişisel verilerin korunması bakımından belirleyicidir. Tarafların bu rolleri göz önünde bulundurularak kişisel verilerinin ve sırlarının korunması için kullanılabilecek imkânlar ise, ikinci bölümde ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

2.6.2. Hukukî Dinlenilme Hakkı

2.6.2.1. Hukukî Dinlenilme Hakkının Anlamı ve Önemi

Yargılamanın temel taşı olarak kabul edilen hukukî dinlenilme hakkı, davanın tarafı olsun veya olmasın, davadan hukukî durumu etkilenecek kişilerin yargılama hakkında bilgilendirilmelerini, açıklama yapmalarını, yargılamaya etki edebilmelerini ve yargı organlarınınca dikkate alınmalarını sağlayan temel bir haktır³⁴³.

Temel hakların asıl amacı ve hizmeti, bireylerin devlet müdahalesine karşı korunmasıdır. Bu sebeple devlete temel haklara ilişkin negatif bir sorumluluk yüklenmiştir: *bireylerin özgürlük alanlarının korunması ve kamu gücünün müdahalesine karşı güvence altına alınması*. Ancak hukukî dinlenilme hakkı bunun aksine, devletin pozitif faaliyetini hedefler³⁴⁴. Bu çerçevede hak, sadece yargılama hukukuna özgü temel bir insan hakkı değil, aynı zamanda hukuk devleti ilkesine uygun şekilde yargılama yapılabilmesi ve etkin hukukî korumanın sağlanabilmesi için ilkesel anlamda kurucu unsur olarak mutlak şekilde aranan nesnel bir usul ilkesidir ve her yargı kolunda geçerlidir³⁴⁵. Hukukî dinlenilme hakkı sayesinde birey mahkeme kararında bir obje olmakla kalmaz, bilakis yargılamaya ve

³⁴² Tarafların açıklama ödevlerinin bir parçası olan somutlaştırma yükü, vakıa iddialarının ve savunma sebeplerinin ispata ve delil gösterme faaliyetine temel alınabilecek şekilde taraflarca tek tek açıklamasını ifade eder. Somutlaştırma yükü, soyut somutlaştırma yükü ve somut somutlaştırma yükü olarak ikiye ayrılmaktadır. Uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıasına göre belirlenen soyut somutlaştırma yükü, davacının dayandığı vakıaları iddia etmesini, davalının da bu iddialara karşı muhtemel savunma sebeplerini ileri sürmesini gerektirir. Somut somutlaştırma yükü ise, davanın gidişatına göre taraflar arasında yer değiştirebilen, karşı tarafın ileri sürdüğü vakıa iddialarına karşı diğer tarafın daha ayrıntılı ve yeni vakıalar ileri sürmesini gerektiren yüküdür. BÖRÜ, s. 183 vd; ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1681 vd; AHRENS, s. 253 vd; JÄCKEL, s. 7 vd.

³⁴³ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ADOLPHSEN, s. 53 vd; WALDNER, Wolfram; Aktuelle Probleme des Rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, Erlangen 1983, Aktuelle Probleme, s. 49 vd; WALDNER, Wolfram; Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Bası, Köln 2000, rechtliches Gehör, s. 13 vd; PEKCANITEZ, Hakan; “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Hukukî Dinlenilme Hakkı, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 530 vd, (Bu makale, Prof. Dr. Seyfullah EDİS Armağanı, İzmir 2000, s. 753-791’de yayınlanmıştır); ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 31; SAWANG, Judith; Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010, s. 55; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s. 172 vd; ERDÖNMEZ, Güray; Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, Pekcanitez Usûl, s. 863; GRUNSKY / FLORIAN, s. 49 vd; VOLLKOMMER, Max; “Zur Einführung der Gehörsrüge in den Zivilprozess”, Festschrift für Ekke Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, s. 518; WREDE, Marc; Das Geheimverfahren im Zivilprozess, Baden 2014, s. 187; DIAKNOIS, Antonios; Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Tübingen 2014, s. 63 vd.

³⁴⁴ MALMSTRÖM, s. 246.

³⁴⁵ BVerGE, NJW 1980, 2698; BVerGE, NJW 2003, 1924, 1926; WREDE, s. 186; DIAKNOIS, s. 64.

sonucuna etki edebilen bir süje olma imkânı bulur³⁴⁶. Hak ayrıca, mahkemelerin kararının gerekçeli olmasını ve sürpriz kararlar verilmemesini garanti eder.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı ve Anayasa'nın 36'ncı maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının önemli bir parçası olan hukukî dinlenilme hakkı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesinde ayrıca düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre, *“davanın tarafları, müdahiller ve yargılamanın diğer ilgilileri, kendi hakları ile bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. Bu hak; yargılama ile ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini içerir”*.

Hukukî dinlenilme hakkının tanımı, hakkın içeriğinin temel üç unsurdan oluştuğunu gösterir. Bu unsurlar, bilgilenme hakkı³⁴⁷, açıklama hakkı³⁴⁸, dikkate alınma ve değerlendirilme hakkıdır³⁴⁹.

Bilgilenme hakkı, yargılamaya dahil olan kimselerin sürecin en başından sonuçlanmasına kadar yargılamadan ve seyrinden tam olarak haberdar olmasını ifade eder. Bu unsur gereğince, söz konusu kişiler, davetiye ve tebligatlar vasıtasıyla dava, duruşmalar, yargılamanın aşamaları ve seyri hakkında bilgilendirilmeli³⁵⁰, diğer kişilerin ileri sürdüğü iddia, savunma ve açıklamalardan haberdar edilmeli³⁵¹ ve ayrıca dava dosyasını inceleyebilmelidir³⁵². Böylece, tarafların tüm dava malzemesi hakkında bilgi sahibi olmaları sağlanmalıdır. Ancak, hak sahibinin bizzat bilgilendirilmesi her zaman gerekli değildir. Eğer hak sahibi yargılamada vekil vasıtasıyla temsil ediliyorsa, kural olarak yalnızca vekilin bilgilendirilmesi yeterlidir. Burada önemli olan, mahkemece verilecek her karardan önce,

³⁴⁶ ADOLPHSEN, s. 53.

³⁴⁷ PEKCANITEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 530 vd; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 49 vd; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 13 vd; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 86 vd; ADOLPHSEN, s. 53; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 868 vd.

³⁴⁸ PEKCANITEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 537 vd; ADOLPHSEN, s. 53; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 24 vd; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 59 vd; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 106 vd; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 874 vd.

³⁴⁹ ADOLPHSEN, s. 53; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 104 vd; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 66 vd; PEKCANITEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 549 vd; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 153 vd; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 879 vd.

³⁵⁰ WALDNER, rechtliches Gehör, s. 13 vd; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 49 vd; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 88 vd; SAWANG, s. 56;

³⁵¹ ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 87; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 19 vd; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 55 vd.

³⁵² WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 57; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 21; PEKCANITEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 536; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 92; SAWANG, s. 56; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 873.

hak sahiplerinin hukukî dinlenilme hakkından faydalanmasının sağlanmasıdır³⁵³. Çünkü hak sahipleri ancak bu aşamada verilecek karara etki edebilir.

Hukukî dinlenilme hakkının hak sahipleri bakımından aktif unsuru olan açıklama hakkı, yargılamaya dahil olan kimselerin mahkemede iddia ve savunmalarını ileri sürebilmelerini, bunları ispat edebilmelerini, bunun için delillerini sunabilmelerini ve bu yolla haklarında verilecek karara etki edebilmelerini ifade eder. Hak sahiplerinin her biri, yargılamada söz söyleme ve haklarında verilecek karara etki edebilme imkânına sahiptir. Ancak açıklama hakkı bu kişilere içlerini dökme şansı vermez³⁵⁴. Bu sebeple, hak sahiplerince ileri sürülen hususların uyuşmazlık konusuyla ilişkili olması, uyuşmazlık konusunun çözümü için potansiyel olarak önem taşıması ve karar verme olgunluğuna ulaşılmasını desteklemesi gerekir³⁵⁵. Açıklama hakkı, agresif ve defansif bileşenlere ayrılabilir³⁵⁶. Hakkın agresif yönü, tarafların mahkemeye dilekçe vererek açıklamada bulunabilmesi, delil sunabilmesi ve böylece karşı tarafın durumunu etkileyebilmesidir³⁵⁷. Defansif yön ise, sadece hak sahiplerince hakkında açıklama yapılarak görüş bildirilen olguların mahkemenin kararına esas alınabilmesi anlamına gelir³⁵⁸.

Dikkate alınma ve değerlendirilme hakkı, hak sahiplerinin pasif durumda olduğu ve yargılamayı yapan hâkim tarafından uyulması gereken bir unsurdur. Buna göre, hâkim her iki tarafı da dinlemelidir: “*audiator et altera pars*”³⁵⁹ ve bununla kalmayıp dinlediklerini dikkate alarak değerlendirmelidir. Nitekim, gerçek bir dinleme yapılmadan yargılama yapılması manasızdır³⁶⁰. Hukukî dinlenilme hakkı, taraflara sadece kendi görüşlerini ifade edebilmeleri için fırsat sağlamakla kalmaz, aynı zamanda mahkemeye tarafları dikkate alma ve değerlendirme yükümlülüğü getirir. Burada mahkemenin dikkate alıp değerlendirmekle yükümlü olduğu iki nokta vardır. Mahkemenin bir yandan tarafların açıklamalarını dikkate alma yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülük, tarafların hukukî dinlenilme talebinin karşılanmasını kural olarak garanti eder ve yaptıkları açıklamaları anlamlı hale getirir³⁶¹.

³⁵³ Talep edenin haklarının derhal korunmasında zorunluluk bulunan hallerde, karşı taraf dinlenmeden ihtiyatî tedbire karar verilebilmesi, hukukî dinlenilme hakkının istisnası değil, ertelenmesidir. Bu yönde, PEKCANITEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 523, 524; GRUNSKY/ FLORIAN, s. 50.

³⁵⁴ WALDNER, rechtliches Gehör, s. 26; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 63; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 110.

³⁵⁵ SAWANG, s. 57, WALDNER, rechtliches Gehör, s. 26; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme, s. 110, 111.

³⁵⁶ WALDNER, rechtliches Gehör, s. 24; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 59; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 125; SAWANG, s. 57; WREDE, s. 187.

³⁵⁷ WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 59; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 24; SAWANG, s. 57.

³⁵⁸ SAWANG, s. 58; WALDNER, Aktuelle Probleme, s. 59; WALDNER, rechtliches Gehör, s. 24.

³⁵⁹ “*Diğer tarafı da dinleyin*” anlamına gelen Roma Hukukunun temel ilkelerinden biri, SAWANG, s. 57.

³⁶⁰ SAWANG, s. 58.

³⁶¹ DIAKNOIS, s. 65.

Çünkü mahkemenin taraf açıklamaları hakkında sadece bilgi sahibi olması, yargılama bakımından bir avantaj sağlamaz. Bundan ziyade hâkim taraf açıklamalarını nazarı itibara alarak, kararının gerekçelerini oluşturmalıdır³⁶². Diğer yandan, mahkeme, kural olarak taraflarca sunulan tüm delilleri dikkate almakla, taraflarca talep edilen karar için önemli delilleri toplamakla ve sonuçta kararının gerekçesinde tüm deliller hakkında yorum yapmakla yükümlüdür³⁶³. Taraflar, mahkemenin bu yükümlülüğünü yerine getirmesini talep etme hakkına sahiptir³⁶⁴.

Hukukî dinlenilme hakkının her bir unsuru, yargılamaya dahil olan kişilerin, yargılama sırasında *var olabilmeleri* amacını güder. Hukukî dinlenilme hakkının hak sahiplerine kısmen ya da tamamen tanınmaması, bu kişilerin yargılamadan dışlanması anlamına gelir. Bu dışlanmanın kişisel verilerin ve sırların korunması amacıyla mazur görülüp görülemeyeceği ise, derin bir tartışma konusudur.

2.6.2.2. Hukukî Dinlenilme Hakkına Müdahale Edilmesi

Yargılamaya hâkim olan ilkeler arasında kişisel verilerin korunması hakkıyla en fazla karşı karşıya gelen haklardan biri, hukukî dinlenilme hakkıdır. Hukukî dinlenilme hakkının yargılamaya dahil olan kimselere gereğince sağlanabilmesi, bu kişilerin hakkın üç unsurundan da tam anlamıyla faydalanabilmeleriyle olur. Ancak kişisel verilerin korunması hakkı, hukukî dinlenilme hakkının üç unsuruyla da çatışma potansiyeline sahiptir. Çünkü, hukukî dinlenilme hakkı, yargılamaya katılan diğer kimselerin kişisel verilerinin hak sahiplerince öğrenilmesi sonucunu doğurur. Fakat bu kimseler, özellikle hassas kişisel verileri ile sır içeren kişisel verilerinin karşı taraf ve diğer kişilerce öğrenilmesi istemeyebilirler. Böyle durumlarda kişisel verilerin korunması hakkı ile hukukî dinlenilme hakkı, adeta bir terazinin iki kefesindedir. Bir hakka ağırlık verilmesi, diğeri aleyhine dengenin bozulması demektir. Bu noktada, taraflar bakımından hangi hakkın korunmasının daha önemli olduğu ya da bir hakkın sağlanabilmesi için diğerrinin feda edilip edilemeyeceği tespit edilmelidir.

Kişisel verilerin korunabilmesi için başvuru olan çözüm yollarından birisi, gizli yargılamadır. İkinci bölümde görüleceği gibi, gizli yargılamanın farklı şekillerde uygulandığı usuller vardır³⁶⁵. Gizli yargılama tarafların kişisel verilerinin üçüncü kişilerden

³⁶² DIAKNOIS, s. 65.

³⁶³ DIAKNOIS, s. 65.

³⁶⁴ ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 154.

³⁶⁵ Bu yönde bkznz. Aşa. s. 129 vd.

korunması amacıyla yapıldığında, aleniyet ilkesi sınırlandırılmış olur. Ancak aleniyet ilkesinin sınırlandırılması, her durumda tarafların kişisel verilerinin korunması menfaatini karşılamaz³⁶⁶. Bazı hallerde, taraflardan biri kişisel verilerinin karşı taraftan korunmasını talep edebilir. Böyle durumlarda, gizli yargılamanın tarafları da kapsayacak şekilde yapıp yapılamayacağı sorusu gündeme gelir.

Doktrinde ve bazı yargı kararlarında, gizli yargılamanın tarafları da kapsayacak şekilde yapılabileceği kabul edilmektedir. Bu durum, taraflardan birinin veya taraflardan biriyle birlikte hâkimin yargılamadan kısmen dışlanması ya da üçüncü kişinin korunması amacıyla her iki tarafın da yargılamadan dışlanması şeklinde gerçekleşebilir³⁶⁷. Böyle hallerde, taraf aleniyetinin sınırlandırılması da söz konusu olabilir.

Tarafların yargılama sırasında *etkin bir biçimde var olabilmeleri* hukukî dinlenilme hakkının tezahürü olan taraf aleniyetiyle sağlanır. Usul hukukunun yazılı olmayan bağlayıcı kuralı olarak kabul edilen taraf aleniyeti, mahkemenin, özellikle taraflar için önemli olduğu anlaşılan hususlar bakımından yargılamanın gidişatı hakkında tarafları bilgilendirmesi gerekliliği şeklinde tanımlanmaktadır³⁶⁸. Tarafların kural olarak yargılamanın her aşamasına her zaman katılma hakları vardır³⁶⁹. Bu anlamda taraf aleniyeti kavramı, aleniyet ilkesiyle değil³⁷⁰, hukukî dinlenilme hakkıyla doğrudan ilişkilidir. Taraf aleniyeti, hukukî dinlenilme hakkının bir parçası ve kullanım şekli olarak nitelendirilmektedir³⁷¹. Dolayısıyla taraf aleniyetinin sınırlandırılması, hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması anlamına gelir.

Taraflardan birinin dışlanması suretiyle yapılacak gizli yargılama, özellikle işletme sırları ve ticarî sırların korunmasında çözüm olarak görülmekle birlikte, aslında yargılama sırasında ifşa edilme riski bulunan her türlü sırrın korunabilmesi amacıyla gündeme

³⁶⁶ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, 196.

³⁶⁷ Bu yönde bkz. Aşa. s. 187 vd.

³⁶⁸ Genel olarak kabul gören bu tanım, Federal Almanya Yüksek Mahkemesi tarafından 1961 yılında formüle edilmiştir; BGH, NJW 1961, 363.

³⁶⁹ § 357 Abs. 1 ZPO'da taraf aleniyeti, tarafların delillerin toplanması aşamasında bulunmasıyla sınırlandırılmıştır. Ancak taraf aleniyeti ilkesinin delillerin toplanmasının dışında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. KÜRSCHNER, Wolfgang; "Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozeß", NJW 1992, s. 1804; KRÜGER, Wolfgang/ RAUSCHER, Thomas; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO, C. II, 5. Bası, Münih 2016, ZPO § 357 Rn. 1, <https://beck-online.beck.de>, E.T. 28.07.2017; MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOIT, Wolfgang; ZPO: Zivilprozessordnung Kommentar, 14. Bası, Münih 2017, §357 ZPO Rn. 1, <https://beck-online.beck.de>, E.T. 28.07.2017; GÖTZ, s. 220.

³⁷⁰ Aleniyet ilkesi hakkında bkz. Aşa. s. 115 vd.

³⁷¹ MUSIELAK/ VOIT ZPO/ STADLER ZPO § 357 Rn. 1; MüKoZPO II/ Heinrich ZPO § 357 Rn. 1; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 118; WIECZOREK, Bernhard/ SCHÜTZE, Rolf A.; Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, C. VI, 4. Bası, Berlin 2014, s. 35.

gelebilir³⁷². Bu durumda gizli yargılama, sır saklama menfaati olan tarafın söz konusu menfaati korunarak yargılamada yer almasını sağlar. Böylece taraf, sırları ifşa olmadan da yargılama sonunda haklı çıkma imkânı yakalar³⁷³. Aksi takdirde sır saklama menfaati olan taraf, yargılama sonunda haksız çıkmak ile sırlarının açığa vurulması arasında tercih yapmak zorunda kalır³⁷⁴. Böyle bir durumda gizli yargılamanın temel özelliği, karşı taraf veya karşı tarafın yanında hâkimin delillerin ikamesinden ve bunun sonucunda elde edilen karara temel teşkil edecek somut içerikten yoksun bırakılmasıdır³⁷⁵. Bu gizli yargılama usulü, “*in camera Verfahren*” olarak adlandırılmakta olup, çalışmamızda bu usul “*kapalı yargılama*” olarak anılacaktır³⁷⁶.

Kapalı yargılama ilgili bölümde ayrıntılı olarak ele alınacak olmakla birlikte³⁷⁷, burada kapalı yargılamanın mahiyeti sebebiyle özellikle hukukî dinlenilme hakkı bakımından tereddüt yaratan bir usul olduğunu belirtmek gerekir. Aynı tereddüt, taraf aleniyetinin kısmen uygulanmamasında olduğu gibi, dosya inceleme talebinin kısmen reddedilmesi bakımından da geçerlidir. Tüm bu ihtimaller, yargılamadan dışlanan tarafın soru sorma, bilgi edinme, açıklama yapma ve delillerin değerlendirilmesine katılma hakkını zedelediği için, hukukî dinlenilme hakkına müdahale sayılmalıdır³⁷⁸.

Hukukî dinlenilme hakkına müdahale edilebilirlik konusunda, özellikle kapalı yargılamanın yapılabilirliği noktasında yoğunlaşan görüş farklılıkları vardır. *Hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılabilir mi?* sorusuna verilen cevaplar, söz konusu görüş

³⁷² PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; “Die Vertretung einer Gewerkschaft im Betrieb-Geheimverfahren zum Nachweis der Voraussetzungen”, DB 1989, DB, H. 45, 10.11.1989, s. 2273 vd.; PRÜTTING, Hanns; “Datenschutz und Zivilverfahrenrecht in Deutschland”, Datenschutz, ZZP, 106. Bd., H. 4, 1993, s. 461; STADLER, Auskunftspflicht, s. 201 vd.; STADLER, Astrid; “Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß”, Unternehmensgeheimnis, NJW 1989, s. 1202 vd.; GÖTZ, s. 193 vd.

³⁷³ PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; “Geheimnisschutz im Zivilprozess”, Geheimnisschutz, NJW 1993, s. 576.

³⁷⁴ PRÜTTING/ WETH; Geheimnisschutz, s. 576.

³⁷⁵ PRÜTTING/ WETH; Geheimnisschutz, s. 576.

³⁷⁶ “*in der Kammer*” ve “*geheim*” anlamlarına gelen “*in camera*” ifadesinin Türkçe karşılığı “*oda usulü*” veya “*gizli usul*” olmakla birlikte, oda usulünün hukukî bir kavram olarak görülememesi, gizli usulün ise gizli yargılama ile karıştırılma riskini taşıması sebebiyle, HMK’da tercih edilen “*gizli yargılama*” ifadesine uygun olarak yargılamanın amacıyla bağdaştığını düşündüğümüz “*kapalı yargılama*” ifadesini kullanmayı tercih etmekteyiz.

³⁷⁷ Bu yönde bkz. Aşa. s. 187 vd.

³⁷⁸ Hukukî dinlenilme hakkı kullanılarak mahkemenin vereceği karara etki edilebilmektedir. Ancak mahkeme kararı hâlihazırda kesinleşmişse, artık kural olarak bu karara etki edebilme ihtimali yoktur. Bu sebeple, kararın yazılmasında yapılacak olası değişiklikler, hukukî dinlenilme hakkının gereklerine aykırı sayılmamaktadır. Bununla birlikte, BVerG, kararın gerekçesinde yargılama bakımından önem taşıyan olaylara ilişkin açıklamalara yer verilmemesi halinde, taraf açıklamalarının dikkate alınmadığı sonucuna vararak, bu durumun hukukî dinlenilme hakkını güvence altına alan Art. 103 Abs. 1 GG’ye aykırılık teşkil ettiğini kabul etmektedir. Bu yönde WREDE, s. 190, BVerGE, NJW 1999, 1387, 1388. Nitekim HMK md. 27/ f. II, c hükmü gereğince de, kararın somut ve açık olarak gerekçelendirilmemesi hukukî dinlenilme hakkının ihlâlidir.

farklılıklarının kaynağını oluşturmaktadır³⁷⁹. Doktrinde ve yargı kararlarında savunulan görüşler üzerinde durularak genel bir değerlendirme yapılması ise, makul bir cevaba ulaşılmasını sağlayacaktır.

2.6.2.2.1. Hukukî Dinlenilme Hakkının Sınırlandırılmayacağı Görüşü

Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmayacağı görüşü³⁸⁰, *kişisel verilerin korunması ve medenî yargılama hukuku* konusunda ana temanın usulî temel hakların korunması düşüncesi olması gerektiğini savunmaktadır³⁸¹. Söz konusu görüş, medenî yargılama hukukunun temel ilkelerinden biri olduğu gerekçesiyle, hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılarak kapalı yargılamanın yapılabilirliğini katı bir şekilde reddetmektedir. Kapalı yargılamayı eleştirenler, çoğu durumda, hukukî dinlenilme hakkına müdahale ile hukukî dinlenilme hakkının ihlâlini eşit görür³⁸². Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmayacağına ilişkin görüşün gerekçelerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

Hukukî dinlenilme hakkı, herhangi bir yasal sınırlama olmaksızın düzenlenmiştir. Bu sebeple, hukukî dinlenilme hakkının gerçek bir istisnası yoktur³⁸³. Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması, yalnızca kanun koyucunun öngördüğü hallerde mümkündür. Etkin hukukî korumayı sağlama görevi mahkemelere değil, kanun koyucuya aittir. Bu

³⁷⁹ BGH, 12.11.1991 tarihli kararında ispat yargılamasında gizli yargılamanın yapılabilirliğini reddetmiştir, NJW 1992, 1804. BAG ise 25.3.1992 tarihli kararında, § 2 Abs. 2 BetVG gereğince sendikanın işletmede temsiline, işletmenin en az bir işçisinin sendikanın üyesi olması şartına bağlı olması nedeniyle, sendikanın bu konuda kendisine düşen ispat yükünü, üyesi olan işçileri isimlerini açıkça anarak tanık olarak göstermek yerine, duruşmadan kısa bir süre önce işçi ve sendika sekreteri ile birlikte notere giderek, noterin daha sonra duruşmada işçinin kimliğini açıklamaksızın tanık olarak dinlenmesi yoluyla yerine getirmesini kabul ederek, bu tür bir gizli yargılamanın caiz olduğunu belirtmiştir, BAG, DB 1993, s. 95-97=BAG, NJW 1993, s. 612-615. Söz konusu kararlar uygulamada var olan tartışmalara son vermekten ziyade, iş yargılaması ile medenî yargılamanın diğer kolları arasında farklılık yaratarak, daha sert tartışmaların süregelen şekilde yaşanmasına neden olmuştur. İş yargılamasında ortaya çıkan anonimleştirilerek verilen üye listesi sorunu ise, BGH'nin üyelerin isimleri açıklanmaksızın dava takip yetkisinin genel anlamda tespit edilemeyeceğini kararıyla çözülmüştür. BGH, BB 1996, 550=NJW 1996, 391. Anılan kararlara ilişkin açıklamalar için bkz. PRÜTTING/WETH, Geheimnisschutz, s. 576; PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; "Nochmals: Zulässigkeit beweismethodischer Geheimverfahren", Geheimverfahren, ArbuR, 38. Bd., H. 9, Eylül 1990, s. 269 vd.; PRÜTTING, Datenschutz, s. 461; KÜRSCHNER, s. 1804; STADLER, Geheimnisschutz, s. 262; WAGNER, Datenschutz, s. 210; WREDE, s. 145 vd.

³⁸⁰Bu yönde bkz. BAUMGÄRTEL, Gottfried; "Geheimverfahren im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?", Festschrift für Walther J. Habscheid, Bielefeld 1989, s. 9; BAUMGÄRTEL, Gottfried/ LAUMEN, Hans-Willi/ PRÜTTING, Hanns; Handbuch der Beweislast, 2. Basi, Köln 2009, s. 199 vd; KÜRSCHNER, s. 1804 vd; LACHMANN, Jens-Peter; "Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987, s. 2206-2210; LIEBSCHER, s. 64 vd; PRÜTTING, Datenschutz, s. 461; PRÜTTING/WETH, Geheimnisschutz, s. 577; PLOCH-KUMPF, s. 166 vd; MüKoZPO/ Prütting ZPO § 285 Rn. 10-14; STEEGE, Winfried; Die Zivilprozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien beim Urkunden- und Augenscheinsbeweis, Hamburg 1981, s. 13 vd.

³⁸¹ PRÜTTING, Datenschutz, s. 468; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme hakkı, s. 206 vd.

³⁸² SAWANG, s. 191.

³⁸³ ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 206 vd.

bağlamda, hukukî dinlenilme hakkının ne zaman ve hangi suretle kısıtlanacağını sadece kanun koyucu belirleyebilir. Ancak kapalı yargılama yapılmasına ilişkin herhangi bir kanunî düzenleme yoktur. Bilakis, hukukî dinlenilme hakkı taraflara delillerin toplanmasına bizzat katılma imkânı tanır. Bu sebeple, herhangi bir kanunî düzenlemeye dayanmayan böyle bir gizli yargılamanın caiz olmadığı şüphesizdir³⁸⁴.

Kapalı yargılamanın yargılama sonunda gerçeğin sağlanmasına hizmet edeceği iddiası da, usul kurallarının ihlâlini haklı çıkarmaz³⁸⁵. Bunun aksine, kapalı yargılama, sadece usule ilişkin değerleri değil, anayasal değerleri de zedeler. Bilhassa hukukî dinlenilme hakkı, kapalı yargılama sebebiyle birçok yönden ihlâl edilmiş olur. Hukukî dinlenilme hakkı, insan onuruna hizmet eder. Devlet otoritesinin saygı göstererek korumakla objektif olarak yükümlü olduğu insan onuru vazgeçilemez olduğundan, hukukî dinlenilme hakkının vazgeçilmezliğinin de mahkeme önünde sağlanması gerekir³⁸⁶.

Taraflardan birinin delillerin toplanması aşamasından dışlanması yoluyla gerçekleştirilen kapalı yargılama, öncelikle taraf aleniyeti ilkesine ciddi bir müdahale teşkil eder³⁸⁷. Hukukî dinlenilme hakkının tezahürü olarak kabul edilen taraf aleniyeti gereğince, yargılamanın her iki tarafı da delillerin toplanmasına katılma hakkına sahiptir. Taraflar bu çerçevede ispat sonucu hakkında görüş bildirebilirler.

Kapalı yargılama, sadece taraf aleniyetini değil, aynı zamanda yargılamadan dışlanan tarafın sahip olduğu diğer usulî haklarını da olumsuz etkiler. Sır içeren delillerin gizlilik esasına göre sunulmasının kabulü caiz değildir³⁸⁸. Bu durum, tarafın gösterilen deliller hakkında görüş bildirme, soru sorma ve karşı ispat faaliyetinde bulunma hakkını da zedeler. Tarafların delillerin toplanması ve incelenmesi sonrasında ortaya çıkan neticeyi tartışabilmeleri deliller incelenirken hazır bulunmalarına bağlıdır. İstinabeye başvuru hallerde dahi, delillerin incelenmesi ve beyanların dinlenmesi sırasında taraflar, istinabe olunan mahkemede hazır bulunabilirler ve deliller ile ilgili açıklama haklarını kullanabilirler. Hukukî dinlenilme hakkı taraflara ayrıca, karşı tarafın elinde bulunan belgelere delil olarak dayanma imkânı verir. Ancak kapalı yargılama, yargılamadan dışlanan tarafın bu hakkı

³⁸⁴ PRÜTTING/ WETH, Geheimverfahren, s. 273; PRÜTTING/ WETH, Geheimnisschutz, s. 577.

³⁸⁵ PRÜTTING/ WETH, Geheimnisschutz, s. 577.

³⁸⁶ Bu durum, yargılamanın tarafının kendisine tanınan açıklama yapma imkânını kullanmaması sonucundan ortaya çıkan ve doktrinde baskın görüşün caiz olarak kabul ettiği hukukî dinlenilme hakkından sonradan vazgeçilebilmesi olanağıyla çelişir nitelikte değildir. Çünkü bu durumda mahkeme tarafa hukukî dinlenilme hakkını hâlihazırda sağlamıştır. STEEGER, s. 19b.

³⁸⁷ STÜRNER, Rolf, Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, s. 223 vd.

³⁸⁸ PRÜTTING/ WETH, DB 1989, s. 2273 vd.

kullanmasını da engeller³⁸⁹. Taraflar, maddî ve şeklî hukukta açık bir dayanağı olmaksızın anılan haklardan mahrum bırakılamazlar.

Mahkeme kararları, hukukî dinlenilme hakkı gereğince, ancak tarafların hakkında bilgi sahibi oldukları ve görüş bildirdikleri vakıa ve delillere dayanılarak verilir. Taraflar, hukukî dinlenilme hakkı sayesinde dava dosyasına giren deliller hakkında bilgi sahibi olarak görüşlerini açıklayabilirler ve mahkeme, bu haklarını kullanan tarafların iradelerini dikkate almak zorunda kalır. Tarafların tartışma imkânı bulamadıkları delillerin mahkemenin vereceği karara esas alınması mümkün değildir. Diğer bir ifadeyle, mahkeme, tarafların açıklayamadıkları ve bilmedikleri hiçbir durumu kararında kullanamaz³⁹⁰.

Taraflardan hiçbiri isteği dışında³⁹¹ yargılamadan dışlanmamalıdır³⁹². Burada sırlarını korumak isteyen tarafın usulî aydınlatma ödevini yerine getirmesini makul kılmak için, yargılamadan dışlanma riski olan tarafın taraf aleniyeti ve hukukî dinlenilme hakkından kendi isteğiyle vazgeçip vazgeçemeyeceği sorusu gündeme gelir. Bu sorunun çözümü için öncelikle, haktan vazgeçme ile hakkın ihlâlüne itirazdan vazgeçme arasında ayırım yapılmalıdır. Hakkın ihlâlüne itirazdan vazgeçme, sonradan vazgeçme olarak anılmaktadır.

Taraf aleniyetinden sonradan vazgeçilmesi sorunsuz şekilde mümkündür³⁹³. Bunun gibi, baskın görüşe göre, hukukî dinlenilme hakkından da sonradan vazgeçilebilir³⁹⁴. Fakat söz konusu haklardan sonradan feragat edilmesi, kapalı yargılamaya ilişkin sorunu çözmez.

³⁸⁹ PRÜTTING/ WETH, Geheimnisschutz, s. 577; PRÜTTING/ WETH, Geheimverfahren, s. 275.

³⁹⁰ LACHMANN, s. 2210; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 224.

³⁹¹ Böyle bir durumda, tarafın yargılamanın sonucuna etki edecek bilgilerin sır nedeniyle açıklanmamasından dolayı davayı kaybetme korkusuyla ve davayı kazanmak için tek şans olarak gördüğünden, aslında gerçek bir tercih hakkı kullanmadan hukukî dinlenilme hakkından sonradan vazgeçtiği, temel haklara müdahale konusunda kişinin özgür iradesiyle karar vermesi gerektiği ancak bunun özgürce alınan bir karar olarak görülemeyeceği doktrinde belirtilmektedir. Bu yönde bkz. MALMSTRÖM, s. 246, 247. Buna karşılık, tarafın yargılamadaki durumu daha iyi hale geleceği için, hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesinin tamamen gönüllü görülmesi gerektiğini de belirtilmektedir. Bu yönde bkz. STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 223 vd.

³⁹² MALMSTRÖM, s. 246; PLOCH-KUMPF, s. 201 vd, yazar, ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan dışlanması ihtimalini hukukî dinlenilme hakkına ilişkin anayasal düzenleme (Art. 103 Abs. 1 GG) çerçevesinde tartışmaksızın, ispat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanmasını, hukukî dinlenilme hakkının isteği dışında sınırlandırılması durumunda hakkın önemine dayanarak reddetmiştir. Ancak, § 139 Abs. 3 S. 2 PatG hükmünde ispat yükünü taşımayan davacının yargılamadan dışlanmasına ilişkin yasal dayanak bulunduğu belirtilmiştir. Ayrıca, § 68 Abs. 2 PatG hükmünde de, işletme sırrı veya ticarî sırların korunmalarıyla bağdaştığı ölçüde, sır içeren delillerin karşı tarafın incelemesine sunulabileceğine ilişkin düzenleme olduğuna dikkat çekilmiştir.

³⁹³ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225; GÖTZ, s. 428.

³⁹⁴ GÖTZ, s. 42; MALMSTRÖM, s. 245; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225.

Daha ziyade, yargılamanın meşru bir şekilde yürütülebilmesi için, tarafın bu haklardan ilgili yargılama kesitinden önce feragat etmesi gerekir³⁹⁵.

Hukukî dinlenilme hakkından önceden vazgeçilip vazgeçilemeyeceğinin belirlenmesi için, hakkın çift yönlü fonksiyonu dikkate alınmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkı subjektif anlamda temel hak niteliği taşır. Objektif anlamda ise, hukuk devleti ilkesinin unsurlarından biridir. Söz konusu özellikleri sebebiyle, haktan önceden vazgeçilmesine itiraz edilmektedir³⁹⁶. Öncelikli itiraz, usul kurallarına uyulmasından önceden vazgeçilmesinin mümkün olmamasıdır. Çünkü taraflardan birinin yargılamadan önce somut usulî durum hakkında bilgisi olmaksızın usulî haklarından çok erken vazgeçmesi tehlike yaratır. Ayrıca hukuk devleti ilkesinin tarafların tasarrufunda olmaması, bu ilkeyi temel alan hukukî dinlenilme hakkı üzerinde de taraflara genel bir tasarruf yetkisi tanınamayacağını gösterir³⁹⁷.

Tüm bu anlatılanlar gereğince, hukukî dinlenilme hakkından önceden vazgeçilmesi, bireyin özgürlüğünün ve kendi geleceğini belirleme hakkının yansıması olarak görülemez³⁹⁸. Bu sebeple, yargı organının vatandaşın öznel konumunu göz ardı ettiği bir yargılama, vatandaşın rızasının olup olmaması önemli olmaksızın, kesinlikle yapılmamalıdır³⁹⁹. Bu savın ilkesel doğruluğunu tartışmak dahi hatadır. Zira hukukî dinlenilme hakkı herkesin lehine olup, kullanımı tarafların inisiyatifi altında değildir⁴⁰⁰.

Taraflardan birinin hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesine dayanılarak kapalı yargılama yapılması halinde, her iki taraf da eşit şekilde, sırların mahkeme tarafından doğru olarak değerlendirildiğine körü körüne güvenmek zorunda kalır⁴⁰¹. Böyle bir durumda, mahkemenin verdiği kararın şeffaflığından bahsedilemez. Kapalı yargılamaya güvenmek, ciddi bir istismar riski içerir⁴⁰². Tüm vakıalar ve delillerin açıklanmadığı gizli yargılama, hiçbir şekilde kabul edilemez. Bu bağlamda, bir bilgiyi hukukî dinlenilme hakkının bastırılması yoluyla kullanılabilir kılmayı anlamlı bulan ve sır sahibinin hukukî dinlenilme

³⁹⁵ Ayrıca, aydınlatma ödevi bulunan tarafın sırlarının korunacağına güvenebilmesi için, kapalı yargılamanın doğrudan gerekçesi olan bu tek taraflı feragatin geri alınamaz bir işlem etkisine sahip olması zorunludur, STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225.

³⁹⁶ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225; MALMSTRÖM, s. 245, 246.

³⁹⁷ BAUMGÄRTEL, s. 7; PEKCANİTEZ, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 514; MALMSTRÖM, s. 246; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 295.

³⁹⁸ STADLER, NJW 1989, s. 1204; WREDE, s. 201, 202; MALMSTRÖM, s. 247; KERSTING, s. 281.

³⁹⁹ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225.

⁴⁰⁰ ERDÖNMEZ, Belge, s. 411.

⁴⁰¹ STADLER, NJW 1989, s. 1202.

⁴⁰² MüKoZPO I/ PRÜTTING ZPO § 285 Rn. 10-14.

hakkı ile diğer tarafın etkin hukukî koruma hakkı arasında bir denge kurulması gerektiğini savunan karşı görüşün uygun görülmesi mümkün değildir⁴⁰³. Çünkü etkin hukukî koruma hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılmadan da sağlanabilir. Keza hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilceğini kabul eden yazarlar dahi kapalı yargılamayı *ultima ratio* olarak değerlendirir⁴⁰⁴.

Sonuç olarak, birtakım kalıcı mağduriyetler gerekçesiyle medenî yargılama hukukuna hâkim olan temel ilkelere derin kesikler atılması için hiçbir neden yoktur⁴⁰⁵. Yargılamadan dışlanan tarafın usulî dezavantajına dayanan kapalı yargılama, doğru bir yol değildir⁴⁰⁶.

2.6.2.2.2. Hukukî Dinlenilme Hakkının Sınırlandırılabilceği Görüşü

Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilceği görüşü⁴⁰⁷, karşı karşıya gelen eşdeğer hukukî değerler olan hukukî dinlenilme hakkı ve etkin hukukî koruma hakkı arasında makul bir denge kurulması gerektiği düşüncesine dayanır. Bu görüşün dayanak noktaları şu şekildedir:

Hukukî dinlenilme hakkı asıl amaç değil, aksine etkin hukukî koruma ve hukuk devleti ilkesine hizmet eden bir araçtır. Bu sebeple hak, amacına tezat teşkil edecek veya hizmet etmeyi taahhüt ettiği ilkeleri dışlayacak bir ilişki içinde bulunmamalıdır⁴⁰⁸. Dolayısıyla hukukî dinlenilme hakkı, başta etkin hukukî korumanın sağlanması olmak üzere,

⁴⁰³ MüKoZPO I/ PRÜTTING ZPO § 285 Rn. 10-14.

⁴⁰⁴ PRÜTTING/ WETH, DB 1989, s. 2274; hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmayacağını kabul eden yazarlardan biri olan Kürschner, kapalı yargılamanın “*de lege lata*” bakımından caiz olmadığını, “*de lege ferenda*” bakımından ise gerekli olmadığını belirtmiştir, bu yönde bkz. KÜRSCHNER, s. 1805.

⁴⁰⁵ LACHMAN, s. 2210.

⁴⁰⁶ PRÜTTING/ WETH, Geheimverfahren, s. 275.

⁴⁰⁷ Bu yönde bkz. BAHNER, Andreas; Geheimnisschutz im Zivilprozess: Neues altes Problemfeld nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie (RL 2004/48/EG), Hamburg 2003, s. 241 vd; ERDÖNMEZ, Belge, s.422 vd; GRUNSKY, Wolfgang; “Der Nachweis des Vertretenseins einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft”, ArbuR, 38. Bd., H. 4, Nisan 1990, s. 114; KOCH, Raphael; Mitwirkungverantwortung im Zivilprozess, Tübingen 2013, s. 239; MALMSTRÖM, s. 259; ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter; Zivilprozessrecht, 17. Bası, Münih 2010, § 161 Rn. 44; STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Geheimnisschutz, s. 267; STÄUBER, s. 164, 165; WREDE, s. 189 vd.

⁴⁰⁸ BVerGE 101, 106, 129; NVwZ 2006, 1041, 1044 Rn. 112; SAWANG, s. 61.

diğer hukukî değerler için sınırlandırılabilir⁴⁰⁹. Böylece hukukî koruma talep eden kişilerin durumu, hukukî dinlenilme hakkına müdahale yoluyla geliştirilmiş olur⁴¹⁰.

Hukukî dinlenilme hakkına müdahale ile hukukî dinlenilme hakkının ihlâli birbirinden farklıdır. Çünkü her müdahale, hakkın ihlâli sonucunu doğurmaz. Objektif anlamda haklı olan bir müdahale, hakkın ihlâli değildir⁴¹¹. Müdahaleyi haklı çıkaran olası sebepler, hakkın eşdeğerde bir hak veya prensiple çatışmasından veya kanunî sınırlamalardan kaynaklanabilir⁴¹². Bu kapsamda, her ne kadar hukukî dinlenilme hakkı kanunen istisnasız olarak düzenlenmiş olsa da, diğer temel haklar ve anayasal değerlerle karşı karşıya geldiğinde objektif sebeplere dayanılarak sınırlandırılması haklı görülmelidir⁴¹³. Çünkü kanunî düzenlemelerde herhangi bir sınırlama nedeni öngörülmemiş olması, hakkın sınırlandırılmasının caiz olmadığı anlamına gelmez⁴¹⁴. Temel hakların sınırlandırılabilceği haller, hukukî dinlenilme hakkı için de geçerlidir.

Kişisel verilerin korunması hakkı ile hukukî dinlenilme hakkının karşı karşıya geldiği hallerde, temel hak çatışması yaşandığı açıktır. Çünkü böyle durumlarda, ilgili tarafın temel usul aşamalarına katılması ve bilgi edinmesi, kişisel verilerin korunması hakkına aykırılık teşkil edebilir. Buna karşın, yargılamadan dışlanması da, hukukî dinlenilme hakkı bakımından sorun yaratır. Kişisel verilerinin korunmasını isteyen tarafın etkin hukukî korumadan yararlanabilmesi, hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmasına bağlıdır.

⁴⁰⁹ Doktrinde bazı yazarlar, hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilceğini kabul etmekle birlikte, sınırlandırmanın etkilerinin hafifletilmesi için çeşitli çözüm önerileri sunmaktadır. Bu önerilerden biri, çatışan temel hakların eşit şekilde korunabilmesi için, yargılamadan dışlanan tarafın vekilinin ilgili yargılama kesitine sır saklama yükümlülüğü altında girmesinin uygun görülmesi gerektiğidir. Bu yönde bkz. BAHNER, s. 243 vd; STADLER, NJW 1989, s. 1204; WREDE, s. 332. Böyle bir çözümün hukukumuz bakımından uygun olup olmadığı ilgili bölümde tartışılacaktır. Bknz. Aşa. s. 215 vd.

⁴¹⁰ BAHNER, s. 243.

⁴¹¹ SAWANG, s. 60.

⁴¹² SAWANG, s. 60 vd.

⁴¹³ Bu yönde bkz. BVerGE 115, 205 Rn. 112.

⁴¹⁴ Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırıldığı hallere örnek olarak, CMK md. 200 hükmünde düzenlenen sorgu sırasında sanığın mahkeme salonundan çıkarılması gösterilebilir. Buna göre, “*sanığın yüzüne karşı suç ortaklarından birinin veya bir tanığın gerçeği söylemeyeceğinden endişe edilirse, mahkeme, sorgu ve dinleme sırasında o sanığın mahkeme salonundan çıkarılmasına karar verilebilir. Sanık tekrar getirildiğinde, tutanaklar okunur ve gerektiğinde içeriği anlatılır.*” Görüldüğü üzere, HMK çerçevesinde verilen ihtiyatî tedbir kararlarında karşımıza çıkabilen durum, söz konusu hüküm için de geçerlidir. Burada da aslında, sanığın hukukî dinlenilme hakkı geçici olarak, ilgili oturum süresince sınırlandırılmakta ve sanığa daha sonra bu oturuma ilişkin tutanağı inceleme imkânı verilmektedir. Ayrıca HMK md. 151 hükmü gereğince, hâkim, duruşma düzenini bozan kimseyi, bunu yapmaktan men eder ve gerekirse, avukatlar hariç, derhal duruşma salonundan çıkarılmasını emreder. Anılan hükümde taraflar istisna olarak sayılmadığı için, hâkimin duruşma düzenini bozan tarafı da duruşma salonundan çıkarabileceği kabul edilmelidir. Böyle bir durumda, duruşma salonunda çıkartılan tarafın ilgili oturum bakımından hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılmış olur.

Burada mesele, sınırlamanın hukukî dinlenilme hakkının tamamı pahasına yapıp yapılamayacağıdır⁴¹⁵.

Temel hakların sınırlandırılmasının hukukî haklı görülebilmesi, sınırlandırmanın ölçülülük ilkesine uygun şekilde yapılmasına bağlıdır. Ayrıca, amaca uygunluk mülâhazası gereğince, eğer etkin hukukî koruma ve kişisel verilerin ve sırların korunması sağlanabilecekse, taraflardan birinin yargılamadan dışlanması uygun görülmelidir⁴¹⁶. Böylece taraf aleniyeti sınırlandırılarak, taraflardan birinin diğer tarafın sırlarını öğrenmemesi amacıyla delillerin ikamesi aşamasından dışlanması da mümkün olur. Bu durumda yargılamayı yapan hâkim çatışan anayasal hakları -kişisel verilerin hakkı ve sırların korunması menfaati, etkin hukukî koruma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkını- uygun bir ilişki içine sokmalıdır⁴¹⁷. Söz konusu temel haklar arasında uyumun tesis edilmesi gerekliliği, Anayasa tarafından sadece izin verilmemiş, aynı zamanda emredilmiş bir konudur⁴¹⁸. Anılan çerçevede hâkim, sır içeren delilin ibrazı talebinde bulunan tarafın etkin hukukî himaye hakkı ile sır sahibinin sır saklama menfaatini dikkate alarak makul bir denge kurmalıdır⁴¹⁹. Özellikle fikrî hakların korunması konusundaki hukukî boşluklar, rekabet hukukundaki ihlâller, karmaşık sorumluluk davalarındaki asimetrik bilgi dağılımı gibi durumlarda daha fazla ortaya çıkan tarafların kişisel verilerinin korunması ihtiyacının karşılanabilmesi, medenî yargılama hukuku araçlarının yardımına muhtaçtır⁴²⁰. Böyle durumlarda hâkimin tarafların menfaatleri karşısında kayıtsız kalmaması ve temel haklar arasında dengeleme görevi üstlenmesi gerekir.

Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmayacağı yönündeki görüş, taraflar arasındaki menfaat çatışmasını ciddiye almaması nedeniyle sağlıklı değildir⁴²¹. Taraflardan birinin hukukî dinlenilme talebi dışında, karşı tarafın etkin hukukî koruma talebi ve temel haklarla garanti altına alınan hürriyetleri de hukuk devleti ilkesi adına yargılamada korunmalıdır.

Tarafların veya üçüncü kişilerin sır saklama menfaatlerinin de, kişisel verilerin korunması temel hakkı çerçevesinde dikkate alınması gerekir. Problemin önemi karşısında, hukukî dinlenilme hakkının diğer tüm menfaatlerin aleyhine olacak şekilde abartılması

⁴¹⁵ BAHNER, s. 243; KÜRSCHNER, s. 1804; LACHMANN, s. 2209.

⁴¹⁶ BAHNER, s. 243.

⁴¹⁷ STADLER, NJW 1989, s. 1204; WAGNER, Datenschutz, s. 213.

⁴¹⁸ WAGNER, Datenschutz, s. 213.

⁴¹⁹ ERDÖNMEZ, Belge, s. 413.

⁴²⁰ WAGNER, Datenschutz, s. 216.

⁴²¹ WAGNER, Datenschutz, s. 213.

şaşırtıcı olmaktadır⁴²². Yargısal temel hakların sübjektif hakların elde edilmelerine hizmet eden karakteri, hukuk devleti ilkesi ile garanti altına alınan sübjektif hukukî koruma talebine medenî yargılamada daha güçlü bir şekilde ağırlık verilmesini gerektirir⁴²³. Nitekim etkili hukukî koruma hakkı, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin anayasal düzenlemeden daha kapsamlı bir haktır⁴²⁴. Bu sebeple, kişinin kendisini davayı kazanmak veya sırrı kaybetmek arasında bir seçim yapmak zorunda göreceği için, dava açmaktan vazgeçmesi ya da davayı kaybetmesi engellenmelidir. Medenî yargılama hukuku kapsamında bunun sağlanabileceği yegâne imkân ise, kapalı yargılama yapılmasıdır.

Kapalı yargılama, sırların açıklanmasını isteyen tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi yoluyla yapılır. Doktrinde bazı yazarlar, karşı tarafın sırlarını öğrenmemesi amaçlanan tarafın ispat yükünü taşıyıp taşımadığına bakılmaksızın delillerin toplanmasından dışlanması gerektiğini kabul etmektedir⁴²⁵. Ancak kapalı yargılama için hukukî dinlenilme hakkından vazgeçme meselesi çoğunlukla ispat yükünü taşıyan taraf ile ispat yükünü taşımayan taraf arasında ayrım yapılarak incelenmektedir⁴²⁶.

2.6.2.2.2.1. İspat Yükünü Taşıyan Tarafın Hukukî Dinlenilme Hakkından Vazgeçmesi

İspat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçip vazgeçemeyeceğinin sorgulandığı durumlarda, yargılamadan dışlanmasını gerektiren temel ilkeler arasında oluşan iki kutuplu ilişki dikkate alınmaktadır. Bu gibi hallerde, ispat yükünü taşımayan taraf bakımından sırlarının korunması menfaati, ispat yükünü taşıyan taraf bakımından ise, etkin hukukî koruma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı önem taşır.

Medenî yargılamada kararın verilmesi ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının açıklanmasına bağlıysa, ispat yükünü taşımayan taraf bakımından doğan talî iddia yükü⁴²⁷ gereğince kural olarak sırların açıklanması gerekir. Hukukî koruma arayan ispat yükünü

⁴²² WAGNER, Datenschutz, s. 213.

⁴²³ WAGNER, Datenschutz, s. 213.

⁴²⁴ STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 244 vd.

⁴²⁵ WAGNER, Datenschutz, s. 212 vd.

⁴²⁶ LIEBSCHER, s. 62; ERDÖNMEZ, Belge, s. 458 vd; MALMSTRÖM, s. 250 vd; STADLER, NJW 1989, s. 1204; WREDE, s. 196 vd.

⁴²⁷ Talî iddia yükü, iddia yükü kapsamında kalan vakıaların iddia yükünü taşımayan tarafa ilişkin olduğu hallerde, iddia yükünü taşımayan tarafın söz konusu vakıalara ilişkin açıklama yapmasını sağlamak için Federal Almanya Yüksek Mahkemesi içtihatlarında geliştirilen bir çözümdür. Bu yolla, karşı tarafın iddia yükü kapsamındaki vakıalara ilişkin ayrıntılı açıklama yapması sağlanmaktadır. Böylece ispat yükünü taşıyan tarafın açıklama yükü hafifletilmektedir. Bu yönde bkz. BGH, NJW 1987, 1201; BGH, NJW 1990, 3152; MALMSTRÖM, s. 143; BÖRÜ, s. 160 vd; WREDE, s. 31 vd.

taşıyan taraf hakkında kapsamlı bir olgusal ve hukukî inceleme yapılması için, karşı tarafın sonuç bakımından önem taşıyan sırları mahkeme kararına esas alınmalıdır⁴²⁸. Bu sebeple ispat yükünü taşıyan taraf, karşı tarafın elinde bulunan yargılamanın sonucunu etkileyecek bilgilere ulaşabilmeyi amaçlar. Aksi takdirde, gerekli bilgilere ulaşma şansı bulamadığı için, etkin hukukî koruma talebi pratik anlamda engellenmiş olur. Ancak burada, sırların korunmasının anayasal çerçevede sahip olduğu değere dikkat edilmesi gerekir. Özellikle ticarî sırlar bakımından kabul edilen korunmaya değerlik, yargılamada taraflar arasında sırların korunmasının sağlanması için, etkili sır saklama önlemlerinin alınmasını gerektirir⁴²⁹. Bu kapsamda, karşı taraf, söz konusu bilgileri sır içerdikleri gerekçesiyle mahkemeye sunmaktan kaçınırsa, ispat yükünü taşıyan taraf açıklama ve ispat problemiyle karşı karşıya kalır. İspat yükünü taşıyan tarafın bu tehlikenin üstesinden gelebilmesi için sahip olduğu imkân, sır içeren konuyla sınırlı olmak üzere, hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmektir. Bu yolla ispat yükünü taşımayan tarafın delilleri mahkemeye sunmaktan kaçınma sebebi ortadan kaldırılmış olur. Böylece karşı tarafın sırları, karara esas teşkil edebilmeleri için yargılamaya dahil edilir.

İspat yükünü taşıyan taraf hukukî dinlenilme hakkını tam olarak kullanmakta ısrar ederse, karşı tarafın sırlarını kullanamaz ve bu sırlar mahkeme kararına esas alınamadığı için davayı kaybetme tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu sebeple, ispat yükünü taşıyan taraf, karşı tarafın sırlarının korunması amacıyla kendi hukukî dinlenilme hakkından önceden vazgeçebilmelidir⁴³⁰. Hukukî dinlenilme hakkından kısmen vazgeçme, ispat yükünü taşıyan tarafın elde etmeyi umduğu hukukî korumayı geliştirir. Başka şekilde etkin hukukî koruma sağlanamayacaksa, hukukî dinlenilme hakkı geri çekilmeli ve ispat yükünü taşıyan taraf yargılamadan dışlanmalıdır⁴³¹. Böylece ispat yükünü taşıyan taraf ilgili sırların etkili bir şekilde korunması yoluyla ispat yükünün olumsuz etkilerinin üstesinden gelerek, davayı kazanmak için bir şans elde etmiş olur⁴³². Anılan sebeplerle, ispat yükünü taşıyan taraf hukukî dinlenilme hakkından önceden vazgeçme yasağından muaf tutulmalıdır⁴³³.

⁴²⁸ WREDE, s. 200.

⁴²⁹ MALMSTRÖM, s. 251 vd.

⁴³⁰ LIEBSCHER, s. 62.

⁴³¹ STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, 238; MALMSTRÖM, s. 259.

⁴³² MALMSTRÖM, s. 252.

⁴³³ WREDE, s. 201, 202.

2.6.2.2.2. İspat Yükünü Taşımayan Tarafın Hukukî Dinlenilme Hakkından Vazgeçmesi

İspat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi, yukarıda incelenen durumdan tamamen farklılık arz eder. Çünkü burada sır sahibi ispat yükünü taşıyan taraftır. Bir yanda etkin hukukî koruma menfaatinin yanına sırlarının korunması menfaati de eklenen ispat yükünü taşıyan taraf, diğer yanda özellikle hukukî dinlenilme hakkı dikkate alınan ispat yükünü taşımayan taraf vardır. Bu durumda, karşı karşıya gelen hukukî değerler arasında çok kutuplu bir çatışma olduğu kabul edilmektedir⁴³⁴. Çünkü burada hukukî dinlenilme hakkı sadece kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında sırların korunması menfaatiyle değil, aynı zamanda sır sahibinin etkin hukukî koruma talebiyle de çatışmaktadır⁴³⁵. Söz konusu çatışmanın çözümü, çatışan temel haklar arasında pratik bir uyum yakalanabilmesi için makul bir denge kurulması yoluyla sağlanır. Böylece optimal bir etkinliğe ulaşılmış olur.

Çatışan haklar arasında pratik uyumun tesisinin gereklilikleri bakımından hukukî dinlenilme hakkının dokunulmazlığı her durumda sorgulanabilir⁴³⁶. İspat yükünü taşıyan tarafın sır saklama menfaati konusunda medenî yargılamada uygulanan mevcut usul, etkin hukukî koruma ile sır saklama menfaatinin gerçekleştirilmesi arasında karar verilmesi gerekliliğine dayanmaktadır. Ancak bu usul, pratik uyumun anayasal gereklilikleriyle bağdaşması bakımından şüpheli görülmektedir⁴³⁷. Bu sebeple, kapalı yargılamanın ispat yükünü taşımayan tarafın dışlanması suretiyle yapılmasının haklar arasında makul bir denge sağlayıp sağlamayacağı, buna bağlı olarak ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmasının haklı görülüp görülemeyeceği konusunda farklı görüşler vardır.

İspat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkından kaynaklanan bilgilendirilme talebi, ispat yükünü taşıyan tarafın sırlarını tehlikeye atar ve bunun sonucunda ispat yükünü taşıyan taraf, etkin hukukî koruma ile sırların korunması arasında bir seçim yapmak zorunda kalır⁴³⁸. İspat yükünü taşıyan taraf bakımından etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesi, yabancı bir etkene değil, bilakis kendi sırrına bağlıdır⁴³⁹. Bu

⁴³⁴ WREDE, s. 206; NVwZ 2006, 1044 Rn. 112 vd.

⁴³⁵ MALMSTRÖM, s. 262.

⁴³⁶ WREDE, s. 211.

⁴³⁷ WREDE, s. 211.

⁴³⁸ MALMSTRÖM, s. 260; STADLER, NJW 1989, s. 1204; WREDE, s. 210.

⁴³⁹ STADLER, NJW 1989, s. 1205.

sebeple ispat yükünü taşıyan taraf, sırlarının korunmasını seçerek davayı kaybetmek ya da sırlarını ifşa ederek etkin hukukî korumadan faydalanmak zorunda kalır. Hukukî dinlenilme hakkı ile sırların korunması menfaati arasındaki çatışma, ancak etkin hukukî koruma pahasına giderilebilmektedir.

İspat yükünü taşıyan tarafın kendi sırlarını kendi hukukî koruma menfaati için feda etmesinin kabul edilebilirlik eşiği, ispat yükünü taşımayan tarafın kendi sırlarını karşı tarafın hukukî koruma menfaatine feda etmesine göre daha yüksektir⁴⁴⁰. Söz konusu kabul edilebilirlik eşiğine ulaşıldığında yargılamaya ne şekilde devam edileceği sorusu gündeme gelmektedir. Bu durumda aslında, ispat yükünü taşımayan tarafın, karşı tarafın sırlarının korunması amacıyla hukukî dinlenilme hakkından kendi isteğiyle vazgeçmesi için makul ve mantıklı bir sebep yoktur⁴⁴¹. Ancak ispat yükünü taşımayan tarafın da hukukî dinlenilme hakkından vazgeçerek yargılamadan dışlanabileceğini kabul eden görüşler vardır⁴⁴².

İspat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilmesi görüşünün temsilcisi doktrinde az sayıdadır⁴⁴³. Bu görüşe göre, ispat yükünü taşıyan tarafın ticarî sırları lehine, ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılarak yargılamadan dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılması mümkün olmalıdır. Nitekim ticarî sırlar da § 12 Abs. 1 GG ve § 14 Abs. 1 GG gereğince koruma altındadır. Bu sebeple, ispat yükünden bağımsız olarak sırların korunmasının sağlanması gerekir. Aksi halde, sır sahibinin etkin hukukî koruma talebi bakımından fedakârlık sınırı yüksek kalır ve etkin hukukî koruma pratik anlamda engellenmiş olur.

Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi de bir kararında, ispat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılmasının caiz olduğuna hükmetmiştir⁴⁴⁴. Söz konusu karara konu olan olayda, davacı tarafından geliştirilen bilgisayar programının kullanım hakkının devri için bir lisans sözleşmesi imzalanmış ve sözleşmede kullanım hakkının başkasına devredilemeyeceği açıkça hüküm altına alınmıştır. Davalı, ilgili programın bir kopyasını sözleşmeye aykırı davranan üçüncü kişiden (davacının

⁴⁴⁰ WREDE, s. 210.

⁴⁴¹ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 250; PLOCH-KUMPF, s. 212 vd; ERDÖNMEZ, Belge, s. 498.

⁴⁴² Bu yönde bkz. STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 250 vd; ERDÖNMEZ, Belge, s. 494; PLOCH-KUMPF, s. 213.

⁴⁴³ Bu yönde bkz. STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 250; STADLER, Geheimnisschutz, s. 261 vd; HEß, Katja; Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß, Saarbrücken 2006, s. 54; STÜRNER, Rolf, "Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess", JZ 1985, JZ, Sy. 10, Mayıs 1985, s. 459.

⁴⁴⁴ OLG Nürnberg, JurionRS 1984, 18223= BB 1984, 1252.

iş ortağından) olarak kullanmıştır. Bunun üzerine davacı, telif hakkıyla korunan bilgisayar programına haksız saldırıda bulunulduğunu iddia ederek dava açmış, ancak sır saklama menfaatine dayanarak iddiasını somutlaştırmaktan kaçınmıştır. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi, davacının sır saklama menfaatini kabul ederek sırlarının korunmasını garanti altına almıştır. Bunun için mahkeme, ispat yükünü taşımayan davalıyı bilirkişi raporunun sır içeren bilgileri içeren kısımlarını incelemekten alıkoymuş ve davalıya sırların ayıklanmasıyla hazırlanan raporun bir özetini sunmuştur. Ayrıca mahkeme, davalının tamamen inceleme imkânı bulamadığı bu raporu dikkate alarak kararını vermiştir. Mahkemeye göre, mutlak bir hak olan telif hakkı, manevî ve ekonomik alanda sahip olduğu koruma etkisi sebebiyle, yargılamada taraflar arasında bir menfaat dengesi yaratılmasını gerektirir. Davalıların iddialarının aksine, böyle bir kısmî alıkoyma ne usulî bir aykırılık ne de hukukî dinlenilme hakkı ihlâlidir. Ayrıca davalının raporun sözlü olarak açıklanmasını isteme hakkı dahi vardır. Sonuç olarak davalının savunma hakkı kesinlikle makul olmayan bir biçimde sınırlandırılmamaktadır.

Doktrinde hâkim görüş ilke olarak ispat yükünü taşımayan tarafın dışlanmasıyla kapalı yargılama yapılamayacağını kabul ettiği için, anılan karar ciddi eleştirilerle karşılaşmıştır⁴⁴⁵. Söz konusu eleştirilerde, mahkemenin kabulünün aksine, ispat yükünü taşımayan tarafın incelemekten alıkonulduğu bilirkişi raporu dikkate alınarak karar verilmesi, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli olarak nitelendirilmiştir. Çünkü tarafların hakkında bilgi sahibi olup, açıklama yapma imkânı bulamadıkları hiçbir unsur mahkeme kararına esas alınmaz. Ayrıca davacının iddialarını sır saklama gerekçesiyle somutlaştırmaması da kabul edilemez.

Federal Almanya Anayasa Mahkemesi'nin 14.03.2006 tarihinde oyçokluğu ile verdiği hukukî değerler arasındaki çok kutuplu çatışma alanları için bir inceleme programı öngören kararı⁴⁴⁶ da ispat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanması olasılığı açısından önem taşır. Federal Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında sonuç olarak sadece etkin hukukî koruma veya sırların korunması menfaati pahasına bir yargılama usulüne işaret etmiştir. Söz konusu kararda muhalif görüş belirten hâkim Gaier ise, esas yargılamada kapalı yargılamanın uygulanmasının, ispat yükünü taşımayan tarafa sağlanması gereken hukukî korumanın anayasaya aykırı şekilde sınırlandırılması olarak değerlendirilip,

⁴⁴⁵ KÜRSCHNER, s. 1804; LACHMANN, s. 2206, PLOCH-KUMPF, s. 169 vd; MALMSTRÖM, s. 264 vd; karar aynı zamanda, hâkimin görevlerini bilirkişiye devretmesi sebebiyle doğrudanlık ilkesi kapsamında da eleştirilmektedir. Bu konuda açıklamalar için bkz. Aşa. s. 118 vd.

⁴⁴⁶ BVerGE 115, 205 vd=NVwZ 2006, s. 1041.

bir dezavantaj sayılmaması gerektiğini belirtmiştir. Gaier'e göre, kapalı yargılamanın uygulandığı ve uygulanmadığı haller kıyaslandığında, karar için önemli olan mevcut dava malzemesinin tümünün dikkate alınmasını sağlayan kapalı yargılama yoluyla hukukî korumanın iyileştirildiği görülür. Etkin hukukî koruma, ilgililerin hukukî koruma taleplerinin fillî ve hukukî bakımdan kapsamlı bir şekilde incelenmesini ifade eder. Mahkemenin uyuşmazlık konusu ile ilgili tüm materyali inceleyerek verdiği karar, incelemeden verdiği karar göre önceliklidir. Hükme esas teşkil eden vakıaların tamamen açıklanması mümkün olduğu sürece, ispat yükü temelinde muhtemel dava kazanımı adalete erişimin bir unsuru olarak görülmemelidir⁴⁴⁷. Sonuç olarak, etkin hukukî koruma ile sırların korunması menfaati arasında pratik uyumun sağlanması için, kapalı yargılamanın uygulama alanının § 99 Abs. 2 VwGO ile sınırlandırılmaması gerekir.

2.6.2.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Hukukî dinlenilme hakkı, usulî bir temel haktır. Bir temel hakkın sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ya da ne ölçüde sınırlandırılabilceğinin tespit edilebilmesi için, öncelikle hakkı güvence altına alan kanunî dayanağın ve bunun istisnalarının dikkate alınması gerekir. Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, hukukî dinlenilme hakkı anayasal temelini hak arama hürriyetini düzenleyen 36'ncı madde hükmünden almaktadır. Medenî yargılama hukuku bakımından ise, hakkın kanunî temelini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesi oluşturmaktadır.

Anayasa'nın 36'ncı maddesi, "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*" şeklindedir. Söz konusu maddede hak arama hürriyetinin anayasal sınırı, "*meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle*" ifadesiyle çizilmiştir. Bunun dışında anılan maddenin hak arama hürriyetinin sınırlandırılmasına yönelik herhangi bir yasa kaydı içermediği görülmektedir. Aynı şekilde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27'nci maddesinde de hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmasına yönelik bir düzenleme yoktur. Burada, hukukî dinlenilme hakkına ilişkin düzenlemelerde herhangi bir yasal sınırlama bulunmamasının, hakkın sınırlandırılmayacağı anlamına gelip gelmediği sorgulanmalıdır.

⁴⁴⁷ NVwZ 2006, s. 1048, Rn. 160.

Temel hakların sınırlandırılması doktrinde, “belli bir hakkın anayasaca öngörölmüş ya da belirlenmiş bulunan norm alanına yasa yoluyla dışarıdan yapılan ve bu alan içinde kişiye sağlanan olanakları daraltan bir müdahale” şeklinde tanımlanmaktadır⁴⁴⁸. Temel hak ve hürriyetler bakımından herhangi bir sınırlama öngörölmemiş olması, bunların hiçbir şekilde sınırlandırılmayacakları anlamına gelmez. Temel haklardan birinin diğetine tercih edilmesi, hakkı ihlâl edilen tarafın güvenini ortadan kaldırır. Nitekim her iki taraf da temel haklarının korunacağı yönünde yargıya güven duymaktadır. Böyle bir durum, hukukî güvenlik ilkesinin amaçlarıyla çelişir niteliktedir. Bu bağlamda, hâkimin Anayasa ile teminat altına alınan temel haklar arasında bir denge kurmaya çalışması yerinde bir çözüm yoludur. Anayasal temel hakların karşı karşıya gelmesinden kaynaklanan çatışma, haklar arasında makul bir denge kurularak pratik bir uyum sağlanması yoluyla giderilebilir. *Pratik uyuşum ilkesi (praktische Konkordanz)* olarak adlandırılan bu ilke gereğince, “bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğı başka bir hukukî değerle çatışması halinde, öyle bir çözüm bulunmalıdır ki gerek temel hak ve gerekse anayasanın koruduğı hukukî değer varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun⁴⁴⁹”.

Anayasa normları arasında bir hiyerarşi ilişkisi yoktur⁴⁵⁰. Dolayısıyla pratik uyuşum ilkesinin kabul edilmesi, anayasanın bütünlüğü ilkesine de hizmet eder. Ancak bu durumda yapılacak sınırlamanın, Anayasa’nın 13’üncü maddesinde kabul edilen güvencelere aykırılık teşkil etmemesine dikkat edilmelidir⁴⁵¹. Anayasa’nın 13’üncü maddesine göre, “Temel hak

⁴⁴⁸ SAĞLAM, Fazıl; Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982, s. 22, 23.

⁴⁴⁹ HESSE, Konrad; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999, s. 28; SAĞLAM, s.40.

⁴⁵⁰ Anayasa normları arasında hiyerarşi tezleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. GÖZLER, Kemal; Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa 1999, s. 153 vd.

⁴⁵¹ “Anayasa’nın hak arama hürriyetini düzenleyen 36. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” denilerek yargı mercilerine davacı ve davalı olarak başvurabilme ve bunun doğal sonucu olarak da iddia, savunma ve adil yargılanma hakkı güvence altına alınmıştır. Maddeyle korunan hak arama özgürlüğü, kendisi bir temel hak niteliği taşımasının ötesinde, Anayasa’nın 40. maddesi uyarınca diğere temel hak ve özgürlüklerden gereken şekilde yararlanılmasını ve bunların korunmasını sağlayan en etkili güvencelerden biridir. Kişinin uğradığı bir haksızlığa veya zarara karşı kendisini savunabilmesinin ya da maruz kaldığı haksız bir uygulama veya işleme karşı haklılığını ileri sürüp kanıtlayabilmesinin, zararını giderebilmesinin etkili yolu, yargı mercileri önünde dava hakkını kullanabilmesidir. Anayasa’nın 36. maddesinde, hak arama özgürlüğü için herhangi bir sınırlama nedeni öngörölmemiş olmakla birlikte, bunun hiçbir şekilde sınırlandırılması mümkün olmayan mutlak bir hak olduğu söylenemez. Özel sınırlama nedeni öngörölmemiş hakların da hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca, hakkı düzenleyen maddede herhangi bir sınırlama nedenine yer verilmemiş olsa da Anayasa’nın başka maddelerinde yer alan kurallara dayanarak bu hakların sınırlandırılması da mümkün olabilir. Dava açma hakkının kapsamına ve kullanımına ilişkin düzenlemelerin hak arama özgürlüğünün doğasından kaynaklanan sınırları ortaya koyan ve hakkın norm alanını belirleyen kurallar olduğu açıktır. Ancak, bu sınırlamalar Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan güvencelere aykırı olamaz. Anayasa’nın 13. maddesine göre ise temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamalar, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı gibi, hak ve özgürlüklerin özlerine de dokunamaz”, 22.11.2012 T., 2012/

ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve kanunla sınırlandırılabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz”.

Kişisel verilerin korunması hakkı ile hukukî dinlenilme hakkının çatıştığı durumlarda da Anayasa ile teminat altına alınan farklı iki temel hak karşı karşıya gelmektedir. Ancak kişisel verilerin korunması hakkı, salt bir hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması sebebi değildir. Davanın taraflarının hassas olmayan veya sır niteliği taşımayan kişisel verilerinin korunması için hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması kabul edilemez. Ayrıca, hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılarak yargılama yapılması, öncelikle ticarî sırların koruma altına alınması için savunulan bir çözümdür. Fakat her ticarî sır kişisel veri değildir. Ticarî sırların kişisel veri sayılabilmeleri için, gerçek kişiye ilişkin olmaları gerekir. Kişisel verilerin korunmasının temel bir insan hakkı olarak Anayasa’da teminat altına alınmış olması sebebiyle, ticarî sırların da bu kapsamda değerlendirilmeye çalışılması, tüzel kişilere ilişkin ticarî sırların korumadan mahrum bırakılması anlamına gelir. Her ne kadar karşılaştırmalı hukuk doktrininde ticarî sırların meslek özgürlüğü ve mülkiyet hakkına yönelik temel haklar kapsamında korunabileceği ileri sürülmüş olsa da⁴⁵², ticarî sırların korunmasına ilişkin menfaatin hukukî niteliği konusunda farklı görüşler vardır⁴⁵³. Sonuçta, kişisel verilerin veya ticarî sırların korunması isteği, bunların hukukî dinlenilme hakkına üstün tutulmalarını haklı çıkarmaz. Bunun kabulü, hukukî dinlenilme hakkının anayasal değerinin anlaşılabilmesi demektir.

Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması bakımından öncelikle, ispat yükünü taşıyan taraf ile ispat yükünü taşımayan taraf arasında bir ayrım yapılmalıdır. Hukukî dinlenilme hakkı, ancak ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî koruma durumunun iyileştirilmesi amacıyla sınırlandırılabilir. Diğer bir ifadeyle hukukî dinlenilme hakkına müdahaleyi yeterli derecede haklı çıkaracak sebep, ispat yükünü taşıyan tarafa etkin hukukî korumanın sağlanması amacıdır.

132 E., 2012/ 179 K. sayılı Karar, <http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2013/07/20130726-36.htm>, E.T., 01.11.2017; Ayrıca Anayasa Mahkemesi Kararları için bkz. 30.12.2010 T. 2008/ 105 E.,2010/ 123 K. sayılı Karar.

⁴⁵² Ticarî sırların korunmasının hukukî dinlenilme hakkının sağlanmasından üstün görülebileceği yönünde bkz. KERSTING, s. 284.

⁴⁵³ Ticarî sırlar üzerindeki menfaatin hukukî niteliği hakkında bkz. GÜRBÜZ USLUEL, s. 56 vd.

Hak arama özgürlüğünün ayrılmaz bir unsuru ve tamamlayıcısı olan etkin hukukî koruma⁴⁵⁴, dava konusu yapılan olayın kapsamlı olarak incelenmesini gerektirir⁴⁵⁵. Bu bağlamda mahkeme, uyuşmazlık konusunu silahların eşitliği ilkesini de dikkate alarak ayrıntılı ve hakkaniyete uygun bir şekilde inceleyerek nihaî kararını vermeli ve devamında hukukî koruma eksiksiz ve zamanında yerine getirilmelidir. Özellikle ticarî sırların korunması söz konusu olduğunda, ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkı ile etkin hukukî korunma hakkı karşı karşıya gelir⁴⁵⁶. Çünkü bu durumda, ispat yükünü taşımayan tarafın ticarî sırlarının korunması amacıyla delillerini mahkemeye sunmaktan kaçınması sonucunda, mahkeme, eksik dava malzemesiyle inceleme yaparak karar vermek zorunda kalır. Bu da adlî gerçeğin maddî gerçeğe uymaması, başka bir deyişle, adaletin sağlanamaması demektir. Taraflara etkin hukukî koruma sağlanamayacaksa, hukukî dinlenilme hakkının her iki tarafa da sağlanması boşunadır⁴⁵⁷.

Tüm bu anlatılanlar gereğince, ispat yükünü taşıyan tarafın yargılama sonunda haklı çıkarak etkin hukukî korumaya kavuşabilmesi için hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi, mantıklı ve kabul edilebilirdir. Etkin hukukî koruma ile hukukî dinlenilme hakkı arasında uyum, ispat yükünü taşıyan tarafın istisnâî olarak yargılamadan dışlanması, yani kapalı yargılama yoluyla yakalanabilir. Kapalı yargılama hem pratik uyum ilkesine hem de ölçülülük ilkesine uygun bir çözümdür. Çünkü kapalı yargılama yoluyla hem karşı karşıya gelen temel haklar arasında bir denge kurulması hem ispat yükünü taşıyan taraf bakımından etkin hukukî korumanın iyileştirilmesi hem de ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının korunması sağlanmış olur. Avukatının kapalı yargılamada hazır bulunabileceği görüşünün kabul edilmesi halinde, yargılamadan dışlanan ispat yükünü taşıyan tarafa hukukî

⁴⁵⁴ Etkin hukukî koruma içerik olarak bireylerin aşılabilir usulî engellerle karşılaşmaksızın, maddî hukuktan doğan haklarına sahip olabilmelerini ifade eder. Hakları ihlâl edilen bireylerin devlet aracılığıyla bu haklara tekrar kavuşmaları, etkin hukukî koruma sayesinde olur. Etkin hukukî koruma, bireylerin hızlı, kolay, etkili ve az masrafla hukukî çözüme ulaşabilmelerini ve bunun için gerekli düzenlemelerin yapılmasını ifade eden adalete erişim aracılığıyla sadece yargı mercilerine başvurulurken değil, yargılamanın bütününde ve kararın icrasında da taraflara sağlanmalıdır. TANRIVER, Süha; “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine”, Etkinliğin Sağlanması, AÜHFD 2000, C. 49; Sy. 1-4, s. 67 vd; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 50 vd; AKKAN, Mine; “Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, Etkin Hukukî Koruma, MİHDER, S. 6, 2007/ 1, s. 29 vd; Adalete erişim kısaca. Adalete erişim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN; “Anayasal Şikâyet ve Adalete Erişim”, Hakan PEKCANITEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 399 vd; MALMSTRÖM, s. 197; WREDE, s. 186.

⁴⁵⁵ AKKAN, Etkin Hukukî Koruma, s. 58 ve s. 65; WREDE, s. 186.

⁴⁵⁶ Normal şartlarda, etkin hukukî korumanın hukukî dinlenilme hakkından ayrı düşünölemeyeceği, işlevlerini yerine getirmek için iki hakkın birbirine ihtiyaç duyduğu ve bu sebeple birbirlerinin tamamlayıcısı nitelikte oldukları yönünde bkz. ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 52 vd; AKKAN, Etkin Hukukî Koruma, s. 40.

⁴⁵⁷ MALMSTRÖM, s. 256.

dinlenilme hakkı da asgarî ölçüde sağlanabilir⁴⁵⁸. Ancak bu çözümün uygulamaya geçirilebilmesi için öncelikle buna uygun bir kanunî zemin hazırlanmalıdır⁴⁵⁹. Böylece hukukî dinlenilme hakkı sınırlanan ispat yükünü taşıyan taraf, ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarına değinilen yargılama aşamalarının tümünden alıkonulabilir.

Kapalı yargılama, sadece ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının korunması için yapılabilir. İspat yükünü taşıyan tarafın sırlarının korunması amacıyla ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkına müdahalede bulunulması haklı çıkarılamaz. Böyle bir müdahale, ispat yükünü taşımayan taraf bakımından etkin hukukî korunmanın iyileştirilmesini sağlamaz. Ayrıca bu durumda ispat yükünü taşıyan taraf kendi elindeki sır içeren delile dayanarak seçimini yapmış ve etkin hukukî korumadan yararlanmaya daha fazla önem verdiğini göstermiştir. Dolayısıyla bu durumda müdahale, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğurur. Böyle hallerde sırların korunması için başvurulabilecek en makul çözüm, ispat yükünü taşıyan tarafın sırlarını yargılama sebebiyle öğrenen ispat yükünü taşımayan tarafa katı bir sır saklama yükümlülüğünün getirilmesidir. Bunun kanunî dayanağı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin dördüncü fıkrasıdır. Ancak bu önlem, ispat yükünü taşımayan tarafın sırları herhâlükarda öğrenmesi sonucunu doğurduğu için, kapalı yargılama kadar etkili değildir⁴⁶⁰. Nitekim bu düzenlemenin amacı, ispat yükünü taşımayan tarafın, ispat yükünü taşıyan tarafın sırlarını öğrenmemesi değil, öğrendiği sırları başkalarına aktarmamasıdır.

2.6.3. Aleniyet ilkesi

2.6.3.1. Genel Olarak

Demokratik hukuk devletlerinde yargılama ilke olarak alenîdir. Adil yargılanma hakkının unsurlarından biri olan ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6'ncı, Anayasa'nın 141'inci, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddeleriyle güvence altına alınan aleniyet ilkesi, duruşma ve kararların alenî olmasını gerektirir.

Yargılamanın alenîliği, yargılamaya dahil olmayan herhangi bir kişinin duruşmaya herhangi bir engelle karşılaşmadan izleyici olarak girebilmesini ve böylece mahkeme

⁴⁵⁸ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 246; MALMSTRÖM, s. 257, 258.

⁴⁵⁹ İspat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılabilmesi için gerekli gördüğümüz kanunî dayanağa ilişkin fikirlerimiz hakkında bkz. Aşa. s. 228 vd.

⁴⁶⁰ MALMSTRÖM, s. 269.

önünde cereyan eden sürecin takip edilebilmesini ifade eder⁴⁶¹. Aleniyet ilkesi, delillerin toplanması, tarafların dinlenmesi, kararların ve hükmün açıklanması dahil olmak üzere yargılamayı yapan mahkemenin tüm işlemleri için kanunda aksine hüküm öngörülmedikçe geçerlidir⁴⁶². Ancak bu ilke, yalnızca yargılamanın izlenebilmesine imkân tanır, yoksa destek veya hoşnutsuzluk gösterisi gibi aktif bir katılımı sağlamaz⁴⁶³. Zira duruşma salonu tartışma ortamına dönüştürülmemelidir. Aleniyet ilkesi, herkesin her zaman ve her durumda duruşmaya girebilmesini de gerektirmez. Buna göre, mekânsal olanak ve koşullar ölçüsünde, düzen ve güvenliğin gereklilikleri dikkate alınarak üçüncü kişilerin duruşma salonuna girmesi sağlanmalıdır.

Aleniyet ilkesinin çeşitli görünümleri vardır. Burada öncelikle, yukarıda bahsetmiş olduğumuz⁴⁶⁴ taraf aleniyetinin aleniyet ilkesinin görünümlerinden biri olmadığı belirtilmelidir. Davanın tarafları dışındaki kişilerin duruşma salonuna girerek yargılamayı izleyebilmesi olarak ifade ettiğimiz aleniyet, taraf aleniyetinden daha farklı ve kapsamlıdır.

Aleniyet ilkesinin görünümlerinden ilki, doğrudan ve dolaylı aleniyet ayrımıyla karşımıza çıkar⁴⁶⁵. Bu ayrım, yargılamaya dahil olmayan kişilerin yargılamaya ilişkin bilgi edinmede bir vasıta kullanıp kullanmamalarına göre yapılır. Bu kişilerin yargılamayı duruşma salonuna bizzat giderek izlemeleri halinde, doğrudan aleniyet söz konusu olur. Dolaylı aleniyet ise, izleyicinin bizzat duruşma salonunda bulunmayıp, kitlesel medya araçları vasıtasıyla yargılamaya ilişkin bilgi sahibi olmasını ifade eder⁴⁶⁶.

Aleniyet ilkesinin görünümlerinden bir diğeri, dinamik ve statik aleniyet ayrımıdır⁴⁶⁷. Dinamik aleniyet, duruşmaların alenî olarak yapılmasıyken, statik aleniyet, hükmün alenî olarak açıklanmasıdır. Statik aleniyet, dinamik aleniyetin devamı ve tamamlayıcısı niteliğindedir⁴⁶⁸. Dinamik aleniyet ve devamında statik aleniyetin sağlanabilmesi için, yargılamayı izlemek isteyen herkesin duruşma salonuna girebilmesine uygun şartların hazırlanması ve duruşma yer ve saatinin önceden duyurulması gerekir⁴⁶⁹.

⁴⁶¹ KRÜGER, Wolfgang/ RAUSCHER, Thomas; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO III, C. III, 5. Bası, Münih 2017, GVG §169 Rn. 41, <https://beck-online.beck.de>, E.T. 28.07.2017; KLEIN, s. 11; WIECZOREK / SCHÜTZE, 35.

⁴⁶² KLEIN, s. 11.

⁴⁶³ KLEIN, s. 11.

⁴⁶⁴ Bknz. Yuk. s. 96 vd.

⁴⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bknz. KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 115 vd; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 69 vd.

⁴⁶⁶ Dolaylı aleniyet hakkında ayrıntılı bilgi için bknz. Yuk. s. 56 vd.

⁴⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bknz. KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 173 vd; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 70 vd.

⁴⁶⁸ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 194.

⁴⁶⁹ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 174 vd.

2.6.3.2. Aleniyet İlkesinin Yargılamaya Olumlu ve Olumsuz Yansımaları

Yargılamanın aleniliği, yargı gücünün kontrol altına alınması, bireylerin keyfilikten korunması, adalete güvenin sağlanması ve hâkimin bağımsızlığının devlet müdahalesinden muhafazası gibi üstün hedeflere yönelir⁴⁷⁰. İlke, fiilen sempati sahibi olmakla birlikte, aslında öteden beri muğlak bir doğaya sahiptir. Aleniyet ilkesinin doğuşundan itibaren, gereklilikleri ve bu gerekliliklere uygun olan seviyede uygulanması konusunda tartışmalar yaşanmıştır. Devletin aleniyet ilkesini sağlama görevinin boyutları da ayrı bir tartışmanın konusunu oluşturmaktadır⁴⁷¹.

*Yargılamanın aleniyetiyle mücadele*⁴⁷² de yeni bir konu değildir⁴⁷³. Çünkü aleniyet, bazı tehlikelerin doğmasına sebep olabilir. Bu tehlike, yargılamada yargılamaya dahil olanların ve özellikle davalının teşhir edilerek küçük düşürülmesinden, hakikatin ortaya çıkmasına zarar verme kaygısına kadar erişir⁴⁷⁴. Bu sebeple ilgililer, bir yandan aleniyet vasıtasıyla korunurken, öte yandan aleniyetten korunma ihtiyacı hissetmek gibi zor bir duruma maruz kalır⁴⁷⁵.

Aleniyet sebebiyle sırlar bakımından ortaya çıkan tehlike de göz ardı edilemeyecek bir konudur. Aleniyet ilkesi ile kişisel verilerin korunması hakkının karşı karşıya geldiği nokta, kişisel veri niteliğindeki sırların ifşası ihtimalinin doğduğu yerdir. İlgililerin sırlarının korunması menfaatleri söz konusu olduğunda, aleniyet ilkesinin mutlak olarak uygulanması fikrinden şüphe edilir. Böyle durumlarda, yargılamanın aleniliğine istisna tanınip tanınamayacağı ya da sınırlama getirilip getirilemeyeceği soruları sorulmaktadır⁴⁷⁶.

⁴⁷⁰ SIMOTTA, Daphne Ariane; “Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozeß”, Öffentlichkeit, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 450 vd; GÖTZ, s. 194, GRUNSKY/ FLORIAN, s. 42; MUSIELAK/ VOIT ZPO, Einleitung, Rn. 49-51; SAWANG, s. 86; COELLN, s. 1, 2.

⁴⁷¹ Bu noktada, devletin bilgi sağlamada belli bir usule bağlı olması gerekmediği, aleniyete ilişkin anayasal düzenlemeyle devlete yalnızca ilkesel bir sorumluluk getirildiği ifade edilmektedir, KLEIN, s. 46.

⁴⁷² FÖGEN, Marie Theres; Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit, Berlin 1974, s. 22 vd.

⁴⁷³ “Şimdi ben, benim için hiçbir anlamı olmadığı ve bunu istemediğim halde, itirazlarımı belli bir şekilde sunmaya mecbur ediliyorum. Buna muhalif olsam da bana izleyiciler dayatılıyor. Eğer ben meselelerimi ve sırlarımı kamuya sergileyen bir oyuncu olmazsam, hukukî yardım benden esirgeniyor. Bana ait olan kişisel ve mahrem konularım tüm halka sunulmak isteniyor. Bu vatandaşların özgürlüklerini geliştiren bir yargı uygulaması mıdır? Topluluğun hakları, bireylerin hakları zayıflatılarak mı güven altına alınıyor?”, KETTENACKER, Johann von; Denkschrift für das teutsche Gerichtsverfahren mit besonderer Rücksicht auf das Großherzogthum Baden gegen die volksthümliche Gerichts-Öffentlichkeit und die Geschworenen Gerichte, Freiburg 1823, s. 49.

⁴⁷⁴ COELLN, s. 1, 2.

⁴⁷⁵ COELLN, s. 2.

⁴⁷⁶ SIMOTTA, Einige Probleme 1, s.794; STENZL, Burghild Maria; “Datenschutzrechtliche Probleme im Zivilverfahren”, Doktora Tezi, Viyana 2010, s. 45, <http://othes.univie.ac.at/11152/>, E.T., 05.05.2015.

Aleniyet ilkesinin istisnası ya da sınırlanmasından bahsedildiğinde akla gelen ilk çare, genellikle, gizli yargılama yapılması olmaktadır. Aleniyet ilkesi, uzun yıllardan beri gizli yargılama karşısında geçerliliğini korumuştur⁴⁷⁷. Ancak bazı hallerde yargılamanın gizli yapılması adeta sosyal bir gerekliliktir. Özellikle, taraflar ve tanıkların, sır saklama menfaatleri olan olayların yargılamanın alenî olması nedeniyle herkesçe öğrenileceği yönündeki endişeleri, onları, ya beyanda bulunmaktan kaçınma haklarını kullanmaya ya da eğer bu haklarını kullanmalarına müsaade edilmiyorsa, sır saklama amacıyla gerçeği tam olarak söylemekten kaçınmaya yöneltir⁴⁷⁸. Bu sebeple, aleniyet ilkesinin amacına ulaşmadığı, diğer bir ifadeyle yararlı olmaktan ziyade zarar verdiği durumlarda sınırlandırılması gerekir.

Gizli yargılama dışında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesinde düzenlenen dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi hakkının sınırlandırılması da, aleniyet ilkesinin kişisel verilerin korunması hakkından etkilendiği bir diğer hal olarak karşımıza çıkar⁴⁷⁹. Üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemesi, ancak dava ile ilgili olduklarını ispatlamaları halinde hâkimin izniyle mümkündür. Ancak bu durum, dava ile ilgili olduğunu ispat eden herkese dosya inceleme hakkı tanınacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Daha ziyade hâkim, ilgili üçüncü kişilerin dosyayı inceleme menfaati ile tarafların kişisel verilerinin korunması menfaati arasındaki çatışmayı gideren bir denge kuracak şekilde takdir yetkisini kullanmalıdır⁴⁸⁰.

2.6.4. Doğrudanlık İlkesi ve Hâkimin Delilleri Serbestçe Değerlendirmesi

Davanın esasını karara bağlayacak mahkeme, uyuşmazlık konusu hakkında bizzat kendi gözlem ve incelemelerine dayalı olarak bir bilgi ve fikir edinmelidir. Bu amaçla kabul edilen doğrudanlık ilkesi, yargılamanın araya başka bir kişi, makam ya da mahkeme girmeksizin bizatihi kararı verecek olan mahkeme tarafından yürütülmesini ifade eder⁴⁸¹. Doğrudanlık ilkesi gereğince hâkim duruşmaları, delillerin toplanması ve incelenmesi faaliyetini bizzat yürütmelidir. Dava malzemesini bizzat inceleyerek uyuşmazlık konusu

⁴⁷⁷ COELLN, s. 1.

⁴⁷⁸ Böyle durumlarda, taraf ve tanıkların sır saklama menfaati olan olaylar, tahkikat bakımından ayak bağı olarak görülür, SIMOTTA, Einige Probleme 1, s. 796.

⁴⁷⁹ Bu yönde bkz. Aşa. s. 145 vd.

⁴⁸⁰ WAGNER, Datenschutz, s. 207.

⁴⁸¹ AKKAN, Mine; "Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi", Tanık, Hakan PEKCANITEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 562; VÖLZMANN-STICKELBROCK, Barbara; "Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit-Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?", ZJP 118. Bd., H. 3, 2005, s. 359 vd; ADOLPHSEN, s. 50; GRUNSKY/FLORIAN, s. 41; WALLIMAN, s. 3; KOUKOUSELIS, Maria N.; "Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei Zeugenvernehmung, Frankfurt 1990, s.11; GÖRGÜN, s. 242.

hakkında kanaat oluşturan hâkim tarafından verilen karar, maddî gerçeğin bulunmasına ve bu yolla adaletin tesis edilmesine hizmet eder⁴⁸². Bu anlamda, doğrudanlık ilkesine riayet edilmesi, sadece davanın tarafları yararına değil, aynı zamanda toplumun da yararınadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 198'inci maddesine göre, *“kanunî istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir”*. Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine ilişkin kural, takdirî delillerle ispatın mümkün olduğu durumlarda uygulanır. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, delillerin bildirilmesi ve gösterilmesi tarafların sorumluluğundayken, delillerin değerlendirilmesi hâkime aittir⁴⁸³.

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin korunması amacıyla başvuru bazı çözümler, doğrudanlık ilkesini ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesini zedeleyecek özellikler taşır⁴⁸⁴. Kapalı yargılamanın hâkimin yargılamadan dışlanması yoluyla yapıldığı hallerde durum böyledir. Anılan kapalı yargılama usulü aşağıda ayrıntılı olarak incelenecek olmakla birlikte⁴⁸⁵, burada bu usulün doğrudanlık ilkesine ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesine aykırı olduğunu belirtmek gerekir.

2.6.5. Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesi gereğince, *“hâkim uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı durumlarda, maddî veya hukukî açıdan belirsiz yahut çelişik gördüğü hususlar hakkında, taraflara açıklama yaptırabilir; soru sorabilir; delil gösterilmesini isteyebilir”*. Her ne kadar hükmün lafzından hâkimin davanın aydınlatılması için açıklama yaptırması, soru sorması ve delil gösterilmesini istemesi takdire bırakılmış hususlar gibi anlaşılsa da, aslında bunlar hâkim için birer *ödev* niteliğindedir⁴⁸⁶. Nitekim hâkim, ancak belirsizliği ortadan kaldırır yahut çelişkiyi giderirse yargılamanın sonunda doğru bir karar verebilir.

⁴⁸² Doğrudanlık ilkesinin amaçları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, A.S., s. 8 vd; KOUKOUSELIS, s. 8 vd.

⁴⁸³ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 843.

⁴⁸⁴ MALMSTRÖM, s. 229; MAYEN, Thomas; “Geheimnisschutz im Gerichtsverfahren”, AnwBl 2002, s. 496; WREDE, s. 169; ERDÖNMEZ, Belge, s. 419; ARSLAN, Aziz Serkan; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012, s. 5.

⁴⁸⁵ Konu ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Aşa. s. 197 vd.

⁴⁸⁶ BOLAYIR, Nur; Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014, s.139; GÖRGÜN, s. 241; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 818, 819; KARAASLAN, Varol; Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Aydınlatma, Ankara 2013, s. 61; KARAASLAN, Varol; “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, Tarafsızlık, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, Sy. 2, Y. 2014, s. 103; bu konuda hâkimin davayı aydınlatma ödevi yerine hâkimin davayı aydınlatma görevi ifadesinin kullanılması gerektiği konusunda bkz. UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s.136.

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi hâkimin davada aktif bir rol almasını sağlar ve medenî yargılama hukukunun *Magna Chartası* olarak tarif edilir⁴⁸⁷. Bu ödev, tarafların hukukî dinlenilme hakkının güvence altına alınmasına da hizmet eder. Bu sayede tarafların ispat hakları, ileri sürdükleri talepler ve gösterdikleri delillerin somutlaştırılması suretiyle korunmuş olur⁴⁸⁸. Bu kapsamda hâkimin davayı aydınlatma ödevini yerine getirmemesi, hukukî dinlenilme hakkına aykırılık şeklinde nitelendirilir⁴⁸⁹.

Hâkimin aydınlatma ödevi, vakıalara, talep sonucuna ve delillere ilişkin olabilir⁴⁹⁰. Hâkim, vakıalara ve talep sonucuna ilişkin belirsizlik ve çelişkileri gidermek amacıyla taraflara soru sorup açıklama yaptırabileceği gibi, istisnâî hallerde re'sen delil temin etme yetkisine de sahiptir. Söz konusu özelliği sebebiyle hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesinin sekteye uğradığı hallerden birisi olarak görülmektedir⁴⁹¹. Ancak hâkim bu ödevini, taraflarca getirilme ilkesini ihlâl edecek şekilde kullanılmamalıdır. Bu kapsamda hâkim, dava dosyasından anlaşılmayan deliller hakkında taraflara soru sormamalı ve re'sen bunların getirilmesini istememelidir. Hâkimin taraflarca ileri sürülmeyen vakıaları kendiliğinden dikkate alması mümkün olmadığından, bu vakıalarla ilgili delillerin gösterilmesini istemesi de söz konusu olamaz⁴⁹². Başka bir deyişle, hâkim ancak taraflarca ileri sürülen vakıalara ilişkin delilleri dikkate alabilir. Burada amaç, belirsiz ve çelişkili dava malzemesinin açıklığa kavuşturulabilmesi için hâkimin bir faaliyette bulunmasının sağlanmasıdır⁴⁹³. Bu faaliyet, taraflarca getirilme ilkesinin sınırları aşılmadan yürütülmelidir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırı, hâkimin tarafsızlığıdır⁴⁹⁴. Anılan sebeple, hâkimin bu faaliyeti tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olmamalıdır.

Kişisel verilerin korunması hakkı bakımından hâkimin davayı aydınlatma ödevinin önemi, tarafların sırlarının korunması gerekçesiyle ileri sürdükleri iddiaları ve sundukları delilleri somutlaştırmamaları halinde ortaya çıkar⁴⁹⁵. Böyle bir durumda hâkim, iddia ve

⁴⁸⁷ ROSENBERG/ SCHWAB/ GOTTWALD, ZPO § 5 II 2; STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin; Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, ZPO § 139 Rn. 1.

⁴⁸⁸ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 819.

⁴⁸⁹ SİMİL, Cemil; "Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları", Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1353.

⁴⁹⁰ KARAASLAN, Aydınlatma, s. 103 vd; KARAASLAN, Tarafsızlık, s. 103 vd; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 821; MERİÇ, Nedim; "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", Davayı Aydınlatma, DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009, s. 390.

⁴⁹¹ SAWANG, s. 89

⁴⁹² SAWANG, s. 91.

⁴⁹³ BOLAYIR, s.

⁴⁹⁴ SAWANG, s. 90; STEIN/ JONAS, ZPO § 139 Rn. 7.

⁴⁹⁵ Doktrinde, tarafların delillerini somutlaştırmamalarının, diğer bir ifadeyle somutlaştırma yüküne aykırı davranmalarının sonucu hakkında farklı görüşler vardır. Bu görüşlerden ilkinde göre, somutlaştırma yüküne uymayan taraf ilgili delile dayanarak iddiasını ispat etme imkânından mahrum kalacağı için, aleyhine karar

savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağını da dikkate alarak, belirsiz veya çelişkili hususların giderilmesini isteyebilir. Bunun gibi, iddia edilen vakıalarla ilgili olarak gösterilen delillerin hâkimde tam bir kanaat yaratmaması halinde de hâkim delillerin somutlaştırılmasını isteyebilir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi sadece sunulan delillerin somutlaştırılmasını değil, aynı zamanda, dava dosyasından anlaşılmalari kaydıyla delillerin gösterilmesini de kapsar. Ancak delil gösterilmesi veya gösterilen delilin somutlaştırılması için, öncelikle ilgili vakıa bakımından ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesi gerekir⁴⁹⁶. Çünkü ispat yükünü taşıyan taraf ile ispat yükünü taşımayan tarafın aydınlatma ve katılma yükümlülüğü birbirinden farklılık arz eder⁴⁹⁷.

İspat yükünü taşıyan taraf sır içerdikleri gerekçesiyle dilekçesinden anlaşılan delilleri göstermemiş veya gösterdiği delilleri somutlaştırmamışsa, hâkim delilleri göstermesini veya somutlaştırmasını isteyebilir. Hukukî dinlenilme hakkı ile kişisel verilerin korunması hakkının ilişkisi kapsamında üzerinde ayrıntılı olarak durduğumuz gibi, ispat yükünü taşıyan taraf böyle durumlarda sırlarını korumak ile davayı kazanmak arasında bir seçim yapmak gibi zor bir durumla karşı karşıyadır.

Doktrinde, hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereğince, ispat yükünü taşıyan tarafı ispat ikilemi ile baş başa bırakmaması gerektiği belirtilmektedir⁴⁹⁸. Bu görüşe göre, ispat yükünü taşıyan tarafın sırlarını korumak için delil göstermekten kaçınması, taraflarca getirilme ilkesinin gerekliliklerine atıfta bulunularak kolayca açıklanamaz ve haklı çıkarılamaz. Taraflarca getirilme ilkesi, hâkimin içinde bulunduğu zor durumdan çıkabilmesi için tarafa sunabileceği bir yardım arayışında bulunmasını da engellemez. Ancak hâkimin tarafsızlığının sınırlarını bu denli zorlayacak bir çözümün davayı aydınlatma ödevi çerçevesine sokulmaması gerekir. Çünkü burada hâkimin ispat yükünü taşıyan tarafın delil gösterebilmesi için önerebileceği tek yol, karşı tarafın ilgili delilin incelenmesi aşamasından dışlanması, diğer bir ifadeyle taraf aleniyetinin kısıtlanması olabilir. Fakat, ispat yükünü taşıyan tarafın kendi elindeki delile kendi sırlarının korunması için dayanmaması veya delili somutlaştırmaması, ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkının

verilmesi tehlikesine katlanmalıdır. Diğer görüş, tarafların dilekçelerinde somutlaştırmadıkları deliller hakkında hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği ek açıklamalar isteyebileceğini kabul eder. Bu yönde açıklamalar için bkz. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 825 vd.; KARAASLAN, s. 119.

⁴⁹⁶ KARAASLAN, s. 116.

⁴⁹⁷ MALMSTRÖM, s. 139 vd; tarafların katılma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNAL KAYA, Hilal; Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei, Berlin 2018, s. 51 vd.

⁴⁹⁸ Bu yönde bkz. SAWANG, s. 93.

sınırlandırılmasını haklı çıkarmaz⁴⁹⁹. Kanaatimizce ispat yükünü taşıyan taraf sırlarını korumak amacıyla delili göstermekten veya somutlaştırmaktan kaçınırsa, artık usulî yükünü yerine getirmemesinin olumsuz sonuçlarına katlanmak zorunda kalır. Çünkü tarafın kaçınmasıyla, hâkimin davayı aydınlatma ödevinin sınırına erişilmiş olur. Burada önemli olan hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmiş olmasıdır. Tarafların hâkimin sorularına yanıt vermemesi, açıklama yapmaması, delil göstermemesi ya da delillerini somutlaştırmaması, hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmedeği anlamına gelmez. Bu durumda belirsizlik ve çelişkinin giderilmemesinin olumsuz sonuçlarına risk taşıyan taraf katlanmalıdır.

Hâkim dava dosyasından ispat yükünü taşıyan tarafın iddialarına ilişkin bir delilin diğer tarafın elinde olduğunu anlarsa, belirsizliklerin giderilebilmesi adına bu delillerin mahkemeye sunulmasını istemelidir. Bu delillerin mahkemeye sunulmasından kaçınılması halinde, ispat yükünü taşıyan taraf aleyhine sonuç doğar. Bu durumda eğer sunulması istenen delil bir belge ise⁵⁰⁰, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 220’inci maddesinin üçüncü fıkrası uygulanır. Buna göre belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede, delilleriyle birlikte ibraz etmemesi hakkında kabul edilebilir bir mazeret göstermez ya da belgenin elinde bulunduğunu inkâr eder ve teklif edilen yemini kabul veya icra etmezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir. İspat yükünü taşımayan tarafın haklı bir mazeret göstermesi halinde, ispat yükünü taşıyan tarafın ilgili delillerle sınırlı olarak hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesiyle kapalı yargılama yapılması yoluna gidilebilir. Çünkü delilin hiç incelememesinden ise, sırların koruma altına alınarak incelenmesinin sağlanması daha uygun bir çözüm olur.

2.6.6. Tarafların Doğruyu Söyleme ve Dürüst Davranma Ödevi

Medenî yargılama hukukunun amacı, aksi görüşler de olmakla birlikte, yargılama sonucunda ulaşılan adlî gerçeğin maddî gerçeğe uyması ve böylece adaletin sağlanmasıdır⁵⁰¹. Yargılama sonucunda gerçeğe ulaşılabilmesi ise, tarafların yargılama

⁴⁹⁹ Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilirliği konusunda değerlendirmelerimiz için bkznz. Yuk. s. 111 vd.

⁵⁰⁰ Ayrıntılı bilgi için bkznz. ERDÖNMEZ, Güray; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazi”, Belgelerin İbrazi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 348 vd; GÖKSU, Mustafa, “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, MİHDER C. V, Sy. 13, İstanbul 2009, s. 251 vd; GÖKSU, Tarkan; “İsviçre Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazi”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 331 vd.

⁵⁰¹ Medenî yargılama hukukunun amacı hakkında bkznz. TAŞPINAR, Sema; “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759 vd; GAUL, Hans Friedhelm;

sırasında doğruyu söylemelerine ve dürüst davranmalarına bağlıdır. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29'uncu maddesinde tarafların, dürüstlük kuralına uyma zorunluluğu ve davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun bir biçimde yapma yükümlülüğü düzenlenmiştir. Tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevi⁵⁰², hukuk devletinin gereği olan etkin hukukî korumanın elde edilmesini sağlayacak önemli araçlardan birisidir. Bu ödev, sadece ispat yükünü taşıyan tarafa yüklenmiş olmayıp, taraflardan her ikisi için de geçerlidir. Taraflardan her ikisinin de mahkemeye ve birbirlerine karşı bu usulî yükümlülük altında olduğu kabul edimesi, adil yargılanma menfaatinin yararıdır⁵⁰³.

Tarafların doğruyu söyleme ödevi, mahkemeyi yanıltmamalarını gerektirir. Bilinçli yalan söyleme yasağı⁵⁰⁴ şeklinde de ifade edilebilecek bu ödev, dar anlamda ve geniş anlamda doğruyu söyleme ödevi olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir⁵⁰⁵. Dar anlamda doğruyu söyleme ödevi, tarafların vakıalara ilişkin açıklamalarının doğru olması gerektiğini öngörürken, geniş anlamda doğruyu söyleme ödevi, dava malzemesi de dahil olmak üzere tarafların her türlü açıklamalarını kapsar⁵⁰⁶. Bu çerçevede tarafların gerçeği değil, kendi gerçeklik algılarını (hakikati) yansıtan subjektif nitelikli doğruyu açıklamaları yeterlidir⁵⁰⁷. Doğruyu söyleme ödevinin somut bir uygulama şekli olan dürüst davranma ödevi ise, tarafların ve avukatlarının sınırlarını belirleyerek, usulî yetkilerini kullanırlarken hukuka, ahlâka, örf ve âdet kurallarına uygun davranmalarını gerekli kılar⁵⁰⁸.

Tarafların kişisel verilerinin ve özellikle de sırlarının korunması konusundaki menfaatlerinin, doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerine etkisi ise tartışmalı bir durumdur. Dava sırasında tarafların özellikle ticarî sırlarının korunması yönünde makul ve

“Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım), İlkeler Işığı Altında Medenî Yargılama Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 75 vd.

⁵⁰² Tarafların doğruyu söyleme ödevine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURT KONCA, Nesibe; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, s. 25 vd; TERCAN, Erdal; “Medenî Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, Prof. Dr. Şakir Berki'ye Armağan, SÜHFD, C. 5, Sy. 1-2, 1996, s. 181 vd; TANRIVER, Usûl, s. 423 vd; POSTACIOĞLU/ ALTAY, s. 174 vd; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 911 vd; ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrası, s. 58 vd; PRÜTTING, Hanns; “Wahrheit im Zivilprozess”, FS für Peter Gottwalf zum 70. Geburtstag, Münih 2014, s. 507 vd; ROTH, Peter; Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Nürnberg 1991, s. 1 vd; HEß, s. 4 vd.

⁵⁰³ MUSIELAK/ VOIT/ STADLER ZPO § 138 Rn. 1.

⁵⁰⁴ KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 61; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 918.

⁵⁰⁵ KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 61 vd.

⁵⁰⁶ KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 62 vd.

⁵⁰⁷ Doğru-gerçek-hakikat kavramları arasındaki farklılığa ilişkin açıklamalar için bkz. KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 25 vd.

⁵⁰⁸ ARSLAN, R., s. 48; KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 139 vd; ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 912.

haklı menfaatleri ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda, sırların korunması menfaati ile usulî doğru söyleme ödevi arasında bir çatışma ilişkisi doğar. Hukukumuzda, söz konusu çatışmanın ne şekilde aşılabileceği konusunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yoktur. Doktrinde ise, tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerinin şeref ve itibarın korunması ve cezaî soruşturmanın önlenmesi amacıyla sınırlandırılabilmesi kabul edilmekle birlikte, sırların korunmasına değinilmediği dikkat çekmektedir⁵⁰⁹. Ancak karşılaştırmalı hukuk doktrininde tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevleri ile sırların korunması menfaatleri arasında ortaya çıkan çatışmanın aşılabilmesi için, farklı yaklaşımlar benimsenerek çözüm önerileri ileri sürülmektedir.

Bir görüş, doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerinin tarafları sırlarını açıklamakla yükümlü kılmayacağını kabul etmektedir⁵¹⁰. Bu görüşe göre, anılan ödevlerin istisnası olarak kabul edilen, tarafların kendileri aleyhine sonuç doğuracak ahlaka aykırı işlemleri ve suç oluşturan durumları açıklamama imkânları, sırların korunması bakımından kıyasen uygulanmalıdır⁵¹¹. Bu görüşü savunan bazı yazarlar, ticarî sırların korunmasının söz konusu olduğu durumlarda tarafların, § 384 Nr. 3 ZPO gereği tanıklıktan çekinebilecek bir tanıktan daha fazlasını açıklamak zorunda olmadıklarını kabul etmektedirler⁵¹². Ancak burada tarafların davadaki konumlarından dolayı, tanıklarla aynı düzenlemelere tabi tutulamayacaklarını belirtmemiz gerekir. Davadaki sorumlulukları bakımından taraflar ile tanıklar arasında bariz bir farklılık vardır. Tanıklar, davaya dahil olan üçüncü kişi konumundadırlar. Dolayısıyla tanıklara tanınan istisnâî haller, taraflar bakımından kıyasen uygulanamaz. Bu durum, ispat yükü taşısın veya taşımasın, taraflardan her ikisi için de geçerlidir.

Diğer görüş, tarafların doğruyu söyleme ödevleri gereğince gerçek olmayan, yanıltıcı açıklamalardan kaçınmaları ve açıklamalarını eksiksiz şekilde yapmaları gerektiğinden hareketle, dava malzemesinin doğru ve eksiksiz getirilmesi ödevine ulaşmaktadır⁵¹³. Genel

⁵⁰⁹ TERCAN, Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü, s.192; KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 256.

⁵¹⁰ STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, ZPO § 138 Rn. 7, 26, 37; WAGNER, Gerhard; "Urkundenedition durch Prozeßparteien-Auskunfspflicht und Weigerungsrechte", Urkundenedition durch Prozeßparteien, JZ 2007, Sy. 14, s. 717; KÜRSCHNER, NJW 1992, s. 1805 MALMSTRÖM, s. 194..

⁵¹¹ BGH, GRUR 1961, 359=NJW 1961, 828; BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter; Zivilprozessordnung, 66. Bası, Münih 2008, ZPO § 138 Rn. 24; ZÖLLER/ GREGER, ZPO § 138 Rn. 3; STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, ZPO § 138 Rn. 13.

⁵¹² SCRAMP, Carl; Der Patentverletzungsprozess, Patent- und Prozessrecht, 7. Bası, Köln 2013, 10. Bölüm, Rn. 65, (Naklen WREDE, s. 36, dp. 72.); BLUNCK, Detlef; "Das einfache Bestreiten unter dem Gesichtspunkt der Erklärungslast (§ 138 II ZPO)", Monatsschrift des Deutschen Rechts, 1969, s. 101, (Naklen WREDE, s. 36, dp. 72).

⁵¹³ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 59.

usulî aydınlatma ödevini⁵¹⁴ kabul eden yazarca savunulan bu görüşe göre, dürüstlük kuralı ve genel usulî aydınlatma ödevinin bir yansıması olarak kabul edilen dava malzemesinin eksiksiz getirilmesi ödevi çerçevesinde taraflar, birbirlerinin iddialarının tümü hakkında eksiksiz olarak açıklama yapmakla yükümlüdürler ve bunun için gerektiğinde ticarî sırlarını da açıklamalıdır⁵¹⁵. Nitekim genel usulî aydınlatma ödevi, ticarî sırların korunması amacıyla sınırlandırmaya tabi tutulamaz⁵¹⁶. Dolayısıyla ticarî sırların korunması gerekçesiyle doğruyu söyleme ödevine uygun davranılmaması da haklı çıkarılamaz. Bu durumda ilgili taraf, davayı kaybetme riski ile sırrının ortaya çıkması riski arasında tercih yapmalıdır⁵¹⁷. Ancak bu görüşü kabul eden bazı yazarlar, tarafların davayı kaybetme ile sırlarını açıklama arasında tercih yapmak zorunda bırakılmasını etkin hukukî korumanın sağlanması amacına uygun bulmamakta ve böyle durumlarda kapalı yargılama yapılabileceğini kabul etmektedir⁵¹⁸.

Kanaatimizce bu konuda değerlendirme, medenî yargılama hukukunun amacı dikkate alınarak yapılmalıdır. Medenî yargılama hukukunun amacı adaletin gerçekleşmesi ise, yargılama sonunda ulaşılan adlî gerçeğin maddî gerçeğe uygun olması sağlanmalıdır. Bunun için de tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerine uygun davranmaları, bu bağlamda dava malzemesini de eksiksiz bir şekilde getirmeleri gerekir. Dolayısıyla taraflar aleyhlerine olan hususları ve gerektiğinde sırlarını da açıklamakla yükümlü olmalıdırlar. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunun 29'uncu maddesinin

⁵¹⁴ Genel usulî aydınlatma ödevi (*allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht*), ayrı bir kanunî düzenlemeye dayanmamakla birlikte Alman hukuku doktrininde bazı yazarlarca § 138 Abs. 1, 2 ZPO'nun kıyasen yorumlanmasıyla kabul edilen, ispat yükünü taşıyan tarafın dava ve ispat malzemesine ulaşamadığı durumlarda maddî gerçeğin bulunması amacıyla ve adil yargılanma hakkı ile hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak ispat yükünü taşımayan tarafa yüklenen katkıda bulunma ödevidir. İçtihat ve doktrinde baskın görüş tarafından taraflarca getirilme ilkesi ile tasarruf ilkesine ve bu ilkeye dayanan iddia ve ispat yükü dağılımına uygun olmadığı gerekçesiyle reddedilen bu ödevi kabul eden yazarlar, taraflardan hiçbirinin karşı tarafın davayı kazanmasını sağlamak zorunda olmadığı ve kimsenin kendi aleyhine olan delilleri göstermeye zorlanamayacağı genellemelerini doğru bulmamaktadır. Buna göre, aydınlatma ödevi taraflarca getirilme ilkesini etkisiz bırakmaktan ziyade, tarafları hükme etki edebilecek vakıaları ve delilleri getirmekle yükümlü kıldığından, bunun uygulanmasına katkı sağlar. Genel usulî aydınlatma ödevi, vakıaların ve delillerin taraflarca mahkemeye getirilmesi kuralını değiştirerek, hâkime delilleri re'sen getirme yetkisi vermez. Bu ödev, ispat yükünün yer değiştirmesi sonucunu doğurmamakla birlikte, ispat yükünü taşımayan tarafın kendisinden katlanılması beklenilecek tüm açıklamaları yapmasını gerektirir. *Tarafların vakıaları eksiksiz getirme ödevi (Vollständigkeitspflicht)*, *açıklama ödevi (Erklärungspflicht)* ve *belgeleri ibraz mecburiyeti (Vorlagepflicht)*, usulî aydınlatma ödevinin bir yansımasıdır. Genel usulî aydınlatma ödevi hakkında bkzn. ARENS, Peter; "Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß", ZJP, 96. Bd., H. 1, 1983, s. 1 vd; ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 38 vd; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 4 vd; Heß, s. 120 vd; PLOCH-KUMPF, s. 110 vd; MUSIELAK/ VOIT/ STADLER ZPO § 138 Rn. 11.

⁵¹⁵ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 61; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 119 vd; STADLER, NJW 1989, 1203; MALMSTRÖM, s. 195 vd.

⁵¹⁶ ROTH, s. 118.

⁵¹⁷ ROTH, s. 118.

⁵¹⁸ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 223; Heß, s. 57.

gerekçesinde⁵¹⁹ doğruyu söyleme ödevinin çerçevesi dar kapsamlı olarak belirlense, doktrinde⁵²⁰ ve yargı kararlarında da⁵²¹ aksi yönde görüşler olsa da, hâkimin isabetli bir karar vermesi bekleniyorsa, taraflar da bunun için çaba göstermelidir. Haksızın haklı çıkması çabası, davanın akıbetini yönlendirmemelidir. Adil bir karar ancak tarafların yargılamaya aktif katılımıyla verilebilir. Bu sebeple tarafların sadece kendi lehlerine olan hususları mahkemeye getirmekle yetinemeyecekleri, aleyhlerine olan hususları da mahkemeye sunmaları gerektiği ilke olarak kabul edilmelidir⁵²². Ancak yaptıkları açıklamalar sebebiyle ağır zarara uğrayacaklarsa, tarafların bundan kaçınmaları pek tabiidir. Bu sebeple tarafların karar için önem taşıyan vakıa ve delilleri mahkemeye vermesi ilke olarak kabul edilmekle birlikte, korunmaya değer menfaatlerinin ağır bastığı durumlarda buna istisna tanınmalıdır. Konumuz bakımından tarafların doğruyu söyleme ödevlerine uygun davranmaları ise, sadece açıkladıkları sırlarının korunacağına güven duymalarıyla sağlanabilir. Tarafların kendilerine yüklenen ödevlere uygun davranmalarının beklenebilmesi için, bundan olumsuz etkilenmemeleri amacıyla bazı çözümlerin kabul edilmesi gereklidir. Yoksa tarafın doğruyu

⁵¹⁹ “Bu maddenin birinci fıkrasında dürüstlük kuralı, ikinci fıkrasında ise doğruyu söyleme yükümlülüğü getirilmiştir ki bunlar “taraf hâkimiyeti”nin sınırları olarak görülmektedir....Maddenin ikinci fıkrasında, dürüstlük kuralının özel ve önemli bir unsuru olan doğruyu söyleme ödevi açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Taraflar yargılamada kendi menfaatlerine uygun olarak neleri ileri sürüp süremeyecekleri konusunda serbesttir. Ancak ileri sürdükleri hususların doğru olması, beyan ve açıklamalarının gerçeğe aykırı olmaması gerekir. Taraflardan aleyhlerine olan hususları da beyan etmeleri beklemenez. Ancak gerek kendilerine, gerek karşı tarafa ilişkin hususlarda yaptıkları açıklamalarda mahkemeyi yanıltmamaları gerekir. Doğruyu söyleme ödevi, hem yazılı hem de sözlü beyan ve açıklamalar için geçerlidir. Bu ödevde aykırılık halinde beyanlar mahkemeye dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir. Ayrıca tarafın bilinçli olarak yalan söylemesi de bir usul hilesi oluşturabilir”, (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 20.06.2018).

⁵²⁰ KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 252 vd; TANRIVER, Usûl, s. 431.

⁵²¹ “...İtiraz konusu kuralda, hukuk mahkemelerinde tarafların davanın dayanağını oluşturan vakıalara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uygun şekilde yapma yükümlülükleri düzenlenmiştir. Medenî usul hukukunda kural olarak taraflarca hazırlama ilkesi geçerlidir. Bu çerçevede davanın usul ekonomisi ile hukuk ilkelerine uygun ve adil bir şekilde sonuçlanabilmesini sağlamak ve güvenilir bir yargılamayı teminat altına almak için taraflara yükümlülükler düşmektedir. Doğruyu söyleme yükümlülüğü de bunlardan biridir. Bu yükümlülük, davanın dayanağı olan vakıalara ilişkin olarak tarafları gerçek dışı beyan ve delilleri ileri sürmeme ödevi altına sokmaktan ibaret olup, bunun taraflara kendi aleyhlerine olan hususları mahkemeye sunma veya aleyhlerine ileri sürülen hususları kabul etme ödevi yüklediği açıktır. Bir başka ifadeyle, taraflar aleyhlerine olan veya kendileri hakkında suç teşkil eden bir konuda açıklama yapmama hakkına sahip olup kuralın tarafları buna zorlayan bir yönünün bulunduğu söylenemez. Öte yandan kuralla, taraflara yüklenen doğruyu söyleme ödevi, cezaî yaptırım olmayan usulî bir yükümlülüktür. Nitekim madde gerekçesinde, “Bu ödevde aykırılık halinde beyanlar dikkate alınmayacak ve değerlendirilmeyecektir.” denilmek suretiyle bu yükümlülüğe aykırı davranışın “beyanların dikkate alınmaması” dışında herhangi bir hukukî sonucunun olmayacağı açıkça belirtilmiştir. Gerçeğe aykırı beyanların dikkate alınmaması ise cezaî bir yaptırım olmayıp yargılama hukukunun doğal bir gereğidir. Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa’nın 2., 36. ve 38. Maddelerine aykırı değildir...”, Ana. Mah., 27.09.2012 T., 2012/ 4 E., 2012/ 130 K. sayılı Kararı, (www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 20.06.2018).

⁵²² Aynı yönde bkz. ALANGOYA, Yavuz; Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 121 vd; ARSLAN, R., s. 117, 121; GÖKSU, M., MİHDİR, s. 257; ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 58 vd; TERCAN, Gerçeği Söyleme, s. 185.

söyleme ödevine uygun davranmak yerine susmayı tercih etmesi şaşırtıcı olmayacaktır⁵²³. Tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması için başvurulabilecek mutlak ve nispi koruma imkânları ve bunların hukukumuzda uygulanabilirliği ise ikinci bölümde ayrıca ele alınacaktır⁵²⁴.

⁵²³ Susma hakkına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURT KONCA, Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, s. 260 vd.

⁵²⁴ Tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunmasına ilişkin olarak bkz. Aşa. s. 166 vd.



3. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKU ÇERÇEVESİNDE TARAFLARIN VE ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN KİŞİSEL VERİLERİNİN VE SIRLARININ KORUNMASI İÇİN BAŞVURULABİLECEK İMKÂNLAR

3.1. Medenî Yargılama Hukukunda Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması

3.1.1. Genel Olarak

Medenî yargılama hukukunda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması, üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması⁵²⁵ ile kıyaslandığında, daha problemli bir alanı oluşturmaktadır. Bu durum, yargılama ilişkisinde *tarafların üçüncü kişilerden fazlasını yapmaları gerektiği beklentisi* ile açıklanabilir. Çünkü taraflar doğrudan doğruya kendi menfaatleri için yargılamada yer alırken, üçüncü kişiler *yabancı* olarak sürece dahil olurlar. Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kişisel verilerin ve sırların korunmasına imkân sağlayan düzenlemelerin taraflardan daha çok üçüncü kişiler menfaatine kabul edilmesi şaşırtıcı değildir. Üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı gibi kesin koruma sağlayan imkânlar, yargılamanın tarafları için uygulanamamaktadır. Ancak söz konusu durum, yargılamanın taraflarının kişisel verilerinin ve sırlarının hiçbir şekilde korunmayacağı şeklinde de yorumlanmamalıdır. Bu konuda sunulabilecek çözüm önerileri, tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması ve birbirlerine karşı korunması şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir.

3.1.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

3.1.2.1. Genel Olarak

Medenî yargılama hukukunda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması menfaati evvela üçüncü kişilere, başka bir deyişle kamuya karşı oluşur. Söz konusu menfaatin korunması için kullanılabilecek birtakım yollar vardır. Aleniyetin kaldırılması ve dava dosyasının incelenmesi hakkının sınırlandırılması kişisel verilerin ve sırların korunması için başvurulabilecek yollardır. Ayrıca mahkeme kararının gerekçesinin yazılmasında ve yayınlanmasında, korumanın sağlanması için birtakım önlemler alınabilir.

⁵²⁵ Üçüncü kişilerin kişisel verilerinin korunması hakkında bkznz. Aşa. s. 230 vd.

3.1.2.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması Amacıyla Aleniyetin Kaldırılması

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunmasının önemli araçlarından birisi, aleniyetin kaldırılmasıdır. Aleniyetin kaldırılması yoluyla kişisel veri ve özellikle de sırların üçüncü kişiler tarafından öğrenilmemesi ve yayılmaması sağlanarak, bundan meydana gelebilecek tahribat önlenmiş olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Söz konusu hükümden hareketle, aleniyetin kaldırılması, *duruşma aleniyetinin kaldırılması (dinamik aleniyetin kaldırılması)* ve *hükmün tefhiminin aleniyetinin kaldırılması (statik aleniyetin kaldırılması)* şeklinde gerçekleşebilecektir.

3.1.2.2.1. Duruşma Aleniyetinin Kaldırılması: Gizli Yargılama

3.1.2.2.1.1. Genel Olarak

Aleniyet ilkesinin kaldırılması yoluyla yapılan yargılama, gizli yargılama olarak adlandırılmaktadır. Aleniyet ilkesinin temel amacı, mahkemenin faaliyetlerinin kapalı kapılar ardına gizlenmesinin sebep olabileceği yanlış anlama ve şüphelerin önlenmesidir⁵²⁶. Ancak ilke aynı zamanda yargılamaya dahil olan kişilerin verilerinin ve hatta sırlarının üçüncü kişilerce öğrenilmesine sebep olur. Dolayısıyla bazı istisnâ durumlarda aleniyet ilkesinin kaldırılması ihtiyacı doğar. Adil yargılanma hakkına mündemiç unsurlardan birisi olan aleniyet ilkesinin kaldırılması, ihtiyatlı davranılması ve şüpheyile yaklaşılmaması gereken bir konu olarak ele alınmaktadır⁵²⁷.

3.1.2.2.1.2. Gizli Yargılama Sebebi Olarak Kişisel Verilerin Korunması Hakkı ve Sırların Korunması Menfaati

Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati ile aleniyet ilkesi arasında yoğun bir çatışma ilişkisi vardır. Çünkü kişisel verilerin ve sırların korunmasına

⁵²⁶ MALMSTRÖM, s. 109.

⁵²⁷ Konuya tedbirli yaklaşılmasının sebebi, geçmişte aleniyet ilkesinin uygulanmaması nedeniyle ortaya çıkan ağır insan hakkı ihlallerinden kaynaklanan önyargıdır. Engizisyon mahkemelerinde uygulanan usule benzerliği ve başından itibaren bir hukuk devletinde olması gereken yargılama garantisine uygun olmaması nedeniyle gizli yargılama kavramı bazı yazarlarca reddedilmektedir. Bu yazarlarca kavram, yanıltıcı çağrışımlar içeren aşağılayıcı bir etiket olarak görülmektedir. Konu ile ilgili bkz. BORNKAMM, Joachim; "Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums- In-Camera-Verfahren im Zivilprozess?", Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, s. 904; WREDE, s. 26.

ilişkin düzenlemeler verilerin gizli tutulmasını ve herkes tarafından bilinmesinin önlenmesini amaçlarken, aleniyet ilkesi verilerin duruşma salonuna giren üçüncü kişilerce öğrenilip yayılmasına sebep olur. Kişisel verilerin korunmasının kanayan noktası olarak görülen⁵²⁸ aleniyet ilkesinden kaynaklanan risklerin azaltılması ise, gizlilik alanının genişletilmesine bağlıdır. Bu da gizli yargılama vasıtasıyla gerçekleştirilebilir. Hukukumuzda gizli yargılama yapılmasına imkân tanıyan münferit bir düzenleme bulunmakla birlikte, bu düzenlemenin yeterli olup olmadığının tespiti gerekir. Bunun için öncelikle karşılaştırmalı hukuktaki durum üzerinde durulup, sonrasında hukukumuzdaki düzenleme dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması uygun olacaktır.

3.1.2.2.1.2.1. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda gizli yargılama sebepleri, Alman Mahkemeler Teşkilatı Kanunu (GVG)’nda ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

§ 170 Abs. 1 S. 1, 2 GVG gereğince aile hukukuna ilişkin dava ve çekişmesiz yargı işleri gizlidir. Ancak taraflardan birisinin iradesine aykırı olmadıkça, mahkeme yargılamanın alenî yapılmasına karar verebilir.

Özel hayat alanının korunması amacıyla aleniyetin kaldırılmasını ele alan § 171b GVG ise, uygulama alanı esas olarak ceza yargılaması olmakla birlikte, medenî yargılama için de geçerli olan bir düzenlemedir⁵²⁹. § 171b GVG hükmü, yargılamaya katılanların aleniyetin kaldırılması kararına etki edebilme imkânlarını güçlendirerek, kişiliklerinin korunmasını destekler. § 170 Abs. 1 S. 2 gereğince aile hukukuna ilişkin konularda ve çekişmesiz yargı işlerinde yargılamanın alenî yapıldığı durumlarda, cinsel suçlar ve diğer kişisel hak ihlalleri için açılan tazminat davalarında, hastalıkların ayrıntılı olarak tartışıldığı hekimin sorumluluğu davalarında § 171b GVG uygulanabilir⁵³⁰. § 171b GVG hükmünün kapsamına, davanın tarafları, müdahiller, tanıklar ve hukuka aykırı fiilin mağduru girer. Anılan kişilerin ad, adres, meslek, medenî durum gibi üçüncü kişilerle kurulan günlük

⁵²⁸ Bu yönde bkz. WAGNER, Datenschutz, s. 208, 209.

⁵²⁹ § 171b GVG, “*die Öffentlichkeit kann ausgeschlossen werden*” ifadesiyle aleniyetin kaldırılmasının ihtiyarî olduğu (Abs. 1), “*die Öffentlichkeit soll ausgeschlossen werden*” ifadesiyle aleniyetin kaldırılmasının bir gereklilik olarak tavsiye edildiği (Abs. 2) ve “*die Öffentlichkeit ist auszuschließen*” ifadesiyle aleniyetin kaldırılmasının zorunlu olduğu (Abs. 3) üç farklı hal öngörmektedir. § 171b Abs. 2 GVG, ceza yargılamasında uygulama alanı bulmaktadır. § 171b Abs. 3 GVG ise, Abs. 1 ve 2’deki şartlar varsa ve hayat alanı etkilenen kişi de talep ederse, aleniyetin kaldırılacağını hüküm altına almaktadır. Hüküm bu durumda mahkemeye herhangi bir takdir yetkisi tanımaksızın aleniyetin kaldırılması talebini kabul etme zorunluluğu getirmiştir.

⁵³⁰ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 4, 5.

irtibatlarla kolayca edinilebilen bilgilerinin kapsamını aşan özel ve gizli kişilik alanları üzerindeki korunmaya değer menfaatleri yargılamanın alenî olması sebebiyle ihlâl edilecekse, aleniyetin kaldırılmasına karar verilebilir⁵³¹. Ancak doktrinde söz konusu düzenlemenin sınırlı olarak uygulanması gerektiği ve yargılamanın alenî olması menfaatinin ağır bastığı hallerde geçerli olmayacağı belirtilmektedir⁵³². Çünkü aslında her dava kişilerin hayat alanlarına müdahale eder. Bu sebeple, ilgili kişinin hastalık durumuna ilişkin verileri, kişisel karakter özellikleri, meslekî yeterliliği, yakın kişilerle ilişkileri veya aile ilişkilerinin ayrıntıları gibi mahremiyet menfaati objektif olarak korunmaya değer olan bilgileri bu düzenlemenin konusu olmalıdır⁵³³. Bunlar gibi konuların ele alınacağı duruşmaların alenî yapılması halinde ilgili kişi küçük düşecekse, şerefi ve itibarı zedeleneyecekse veya meslekî konumu tehlikeye girecekse aleniyetin kaldırılması sebebi olarak korunmaya değer menfaat oluşmuş sayılmalıdır⁵³⁴. Uygulamada da § 171b GVG hükmünün çerçevesi dar yorumlanmaktadır⁵³⁵.

Aleniyetin kaldırılması sebeplerini düzenleyen § 172 GVG hükmüne göre, ulusal güvenliği, kamu düzenini veya genel ahlâkı tehdit etmesi; tanıkların ya da diğer bir kişinin yaşamı, vücut bütünlüğü veya özgürlüğüne yönelik bir tehlike yaratması; önemli bir işletme, ticaret, buluş veya vergi sırrı bakımından ağır basan korunmaya değer menfaatin ihlâl edilmesi; tanıklar ya da bilirkişiler tarafından haksız olarak açıklanması cezaî sonuç doğuran özel bir sırrın mevcut olması; 18 yaşın altında olan bir kişinin dinlenilmesi hallerinde mahkeme duruşmanın tamamında veya bir kısmında aleniyeti kaldırabilir. Görüldüğü gibi § 172 GVG hükmü, bireysel ve toplumsal menfaatlere yönelik farklı koruma amaçları olan birçok aleniyetin kaldırılması sebebi içermektedir.

İşletme, ticaret, buluş veya vergi sırlarının korunması ve özel sırlarının korunması amacıyla aleniyetin kaldırılabilceğini düzenleyen § 172 Nr. 2 ve 3 GVG hükümleri, kişisel verilerin korunması hakkı için önemlidir. § 172 Nr. 2 GVG kapsamına giren sırlar, dar bir kesimle sınırlandırılmış ve yönetilebilir bir kişi grubu dışında bilinmeyen ve sır sahibinin fiilî veya muhtemel iradesine göre kamuya açıklanmaması gereken bilgilerdir. § 171b GVG'nin aksine, § 172 Nr. 2 GVG'nin uygulanması için, sırlarının korunması konusunda menfaati bulunan kişinin yargılamaya taraf, tanık veya müdahil olarak katılması gerekli

⁵³¹ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 9.

⁵³² MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 9.

⁵³³ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 9.

⁵³⁴ PRÜTTING/ GEHRLEIN ZPO/ Neff GVG § 171b Rn. 2.

⁵³⁵ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 9.

değildir. Ayrıca bu düzenleme, bilgilerin gizli tutulması konusunda meşru bir menfaatin bulunmasını gerektirir. § 172 Nr. 3 GVG ise, bir tanık veya bilirkişinin başka birine ait özel bir sırrı haksız bir şekilde açıklamasının, özellikle § 203 StGB ve § 120 Abs. 2 BetrVG anlamında cezaî sorumluluk doğurduğu hallerde uygulanır. Özel sır, içerik olarak ilgili kişinin aile hayatı, sağlık durumu, cinsel hayatı ve dinî inancı gibi özel meselelerine ilişkin bilgileri ifade eder. Bir kimsenin tanık veya bilirkişi olarak dinlenilmek üzere mahkemeye çağırılması, onun cezaî sorumluluğunu gerektiren sır saklama yükümlülüğünün ortadan kalkmasına neden olmaz⁵³⁶. Böyle bir durumda, tanık veya bilirkişi olarak mahkemeye çağırılan kişiler, şartları varsa tanıklıktan çekinme hükümlerinden faydalanabilirler. Ayrıca, sır saklama yükümlülüğünün sır sahibinin kabulüyle ortadan kalkması da mümkündür.

§ 171b GVG ile § 172 GVG hükümlerinin karşı karşıya geldiği durumlarda, daha güçlü bir kişilik hakkı koruması sağladığı için, § 171b GVG'ye öncelik verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵³⁷.

3.1.2.2.1.2.2. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre hukukunda gizli yargılamaya ilişkin düzenlemeler, Alman hukukunda olduğu gibi ayrıntılı değildir. Federal İsviçre Anayasası'nın 30'uncu maddesi, aleniyet ilkesine kanunla istisnalar getirilebileceğini kabul etmektedir. Medeni yargılama hukukunda bu istisnaları, Art. 54 Abs. 3 ve 4 sZPO hükümleri öngörmektedir. Anılan hükümlerde aleniyet ilkesine temel iki istisna tanınmıştır. Her ne kadar düzenlemelerde açıkça belirtilmese de taraf aleniyetinin bu istisnaî hallere tabi olmadığını belirtmek gerekir. İstisnalar, doğrudan aleniyet ve medya aleniyeti için uygulanabilir⁵³⁸.

Art. 54 Abs. 3 sZPO hükmüne göre, kamu menfaati veya taraflardan birinin korunmaya değer menfaati gerektirdiğinde, aleniyet kısmen ya da tamamen kaldırılabilir. *Kamu menfaati* ve *korunmaya değer menfaat* ifadeleri somutlaştırılması gereken genel hükümlerdir. Söz konusu ifadelerin yorumlanmasında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi dikkate alınmaktadır. Anılan maddede anılmayan gizli tutma menfaatlerinin aleniyetin kaldırılmasını haklı göstermeye muktedir olmadığı kabul edilmektedir⁵³⁹. Bu

⁵³⁶ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 11.

⁵³⁷ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 171b GVG Rn. 11.

⁵³⁸ Bu yönde bkz. HAUSHEER, Heinz/ WALTER, Hans Peter; Berner Kommentar, Bd. I: Art. 1-149, Bern 2012, Hurni ZPO 54 Rn. 28; BRUNNER, Alexander/ GASSER, Dominik/ SCHWANDER; Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, DIKE Kommentar, 2. Bası, 2016, Göksu ZPO 54 Rn. 20.

⁵³⁹ Berner Kommentar/ HURNI, ZPO 54 Rn. 28.

çerçevede, özel hayatın gizliliği, sırların korunması ve kişisel verilerin korunması hakkı aleniyetin kaldırılması sebebi olarak görülmektedir⁵⁴⁰.

Aleniyet mahkemece talep üzerine veya re'sen kaldırılabilir. Korunmaya değer kamu menfaati ya da üçüncü bir kişinin menfaati mevcutsa, mahkeme aleniyetin kaldırılmasını re'sen tartışır⁵⁴¹. Özel menfaatlerin korunması söz konusu olduğunda, aleniyetin kaldırılması tasarruf ilkesine göre ancak ilgili tarafın talebi üzerine incelenir.

Aleniyetin kaldırılması konusunda mahkeme somut olayın koşulları çerçevesinde geniş bir takdir yetkisine sahiptir⁵⁴². Mahkeme kararını verirken, duruşmanın alenî yapılması menfaati ile aleniyetin kaldırılması yönündeki menfaati tartmalıdır. Ancak, hukuk devleti ilkesinin anayasal garantilerinden birisi olan aleniyet ilkesi, ölçüsüz istisnalar tanınarak kolayca kaldırılabilir hale getirilmemelidir⁵⁴³. Başka bir deyişle, aleniyetin kaldırılması, ilkenin sahip olduğu önem sebebiyle ancak gizli tutma menfaatinin açık bir şekilde ağır bastığı durumlarda söz konusu olmalıdır. Kanun aleniyetin kısmen kaldırılmasına cevaz verdiği için, aleniyet ölçülülük ilkesi gereğince amaç için uygun ve gerekli olduğu ölçüde kaldırılmalıdır⁵⁴⁴.

Art. 54 Abs. 4 sZPO hükmüne göre, aile hukukuna ilişkin⁵⁴⁵ yargılamalar gizlidir. Söz konusu hükümde, tarafların gizli tutma menfaatlerinin duruşmanın alenî yapılması menfaatine ağır bastığı önceden kabul edilerek, mahkemeye aleniyeti re'sen ve derhal kaldırması emredilmiştir. Dolayısıyla böyle durumlarda mahkemenin herhangi bir menfaat dengesini göz önünde bulundurmasına gerek yoktur, yargılama mutlak olarak gizlidir⁵⁴⁶.

⁵⁴⁰ SHK/ Schenker ZPO 54 Rn. 10.

⁵⁴¹ SHK/ Schenker ZPO 54 Rn. 7; DIKE Kommentar/ Göksu ZPO 54 Rn. 23.

⁵⁴² SUTTER-SOMM, Thomas/ HASENBÖHLER, Franz/ LEUENBERGER, Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Bası, 2016, Sutter-Somm/ Seiler ZPO 54 Rn.16.

⁵⁴³ BAKER/ McKENZIE; Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO): Stämpflis Handkommentar, SHK, Bern 2010, Schenker ZPO 54 Rn. 8.

⁵⁴⁴ Berner Kommentar/ Hurni ZPO 54 Rn. 28.

⁵⁴⁵ Bir davanın Art. 54 Abs. 4 sZPO anlamında aile hukukuna ilişkin olup olmadığı, davanın taraflarının akrabalık durumuna göre değil, uyuşmazlık konusuna göre belirlenir. Burada önemli olan, İsviçre Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin ikinci bölümü ve aile hukukuna ilişkin olarak diğer kanunlarda yapılan düzenlemeler bağlamında bir uyuşmazlığın söz konusu olup olmamasıdır. sZPO Kommentar/ Sutter-Somm/ Seiler ZPO 54 Rn. 22.

⁵⁴⁶ Bu yönde bkz. DIKE Kommentar/ Göksu ZPO 54 Rn. 25; Ancak doktrinde, ailevi uyuşmazlıklarda da bir menfaat dengesi yapılması gerektiğini öngören AİHS md. 6 karşında aleniyet ilkesine mutlak bir istisna tanınmasına kuşkuyla yaklaşılması gerektiğini kabul eden yazarlar da vardır. Bu yazarlara göre, Art. 54 Abs. 4 sZPO'nun açık lafzına rağmen toplumun ailevi konular hakkında bilgi edinme yönündeki menfaati ile tarafların sır saklama menfaatleri arasında bir denge kurulması mümkün olmalıdır. Ayrıca tarafların kabul ettiği her durumda, aile hukukuna ilişkin yargılamalar da alenî yapılmalıdır. Berner Kommentar/ Hurni ZPO 54 Rn. 33.

3.1.2.2.1.2.3. Avusturya Hukukunda Durum

Avusturya medenî yargılama hukukunda aleniyetin kaldırılabilceği haller, § 172 öZPO hükmünde belirlenmiştir. § 172 Abs. 1 öZPO hükmü gereğince, ahlâk ve kamu düzeni tehlikeye düşüyorsa yahut duruşmanın huzurunu bozmak veya uyuşmazlık konusunun tespitini zorlaştırmak maksadıyla kötüye kullanılmasına dair haklı endişeler varsa, aleniyet kaldırılır. Ayrıca, § 172 Abs. 2 öZPO’ye göre mahkeme, aile hayatına ilişkin vakılardan kaynaklanan hukukî uyuşmazlıklara yönelik kararın verilmesi amacıyla müzakere yapılacağı zamanlarda, taraflardan sadece birinin talebi üzerine aleniyeti kaldırabilir. § 460 Abs. 3 öZPO’da ise, eşler arasındaki karşılıklı ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, yargılamanın alenî olmadığı kabul edilmiştir.

Aleniyet, duruşmaların tamamı veya bir kısmı için kaldırılabilir, hiçbir şekilde kararın tefhimini kapsamaz. Aleniyetin kaldırıldığı durumlarda, duruşma içeriğinin kamuya açıklanması yasaktır. § 173 öZPO gereğince aleniyetin kaldırılması talebi hakkında duruşma, alenî yapılmaz. Aleniyetin kaldırılması hakkında karar ise, alenî olarak tefhim edilir. § 174 öZPO’ya göre, aleniyet kaldırıldığında taraflardan her biri, kendi temsilcileri dışında güvendikleri üç kişinin duruşmada bulunmasını talep edebilirler.

3.1.2.2.1.2.4. Türk Hukukunda Durum

Hukukumuzda gizli yargılamanın kapsamı, Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve diğer kanunlarda bulunan⁵⁴⁷ gizli yargılamaya ilişkin düzenlemelere göre belirlenmektedir.

Anayasa’nın 141’inci maddesinde, duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesine göre ise, “...*demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılanmaya zarar verebileceği kimi özel*

⁵⁴⁷ Örneğin Türk Medenî Kanunu’nun boşanmada yargılama usulünü düzenleyen 184’üncü maddesin göre, hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERCAN, İbrahim; “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, S. 2, Y. 2014, s. 249 vd.

durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir”.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun aleniyet ilkesini düzenleyen 28’inci maddesinin ikinci fıkrasında, *“duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir”* hükmüyle aleniyetin kaldırılabilceği haller belirlenmiştir. Anayasa’nın 141’inci maddesine paralel olarak kaleme alınan bu düzenlemede gizli yargılama sebepleri yalnızca ikiye indirgenmiş, kişisel verilerin korunması hakkı, sırların korunması menfaati gibi haller gizli yargılama sebebi olarak sayılmamıştır.

Bahsi geçen düzenlemeler doğrultusunda gizli yargılama sebepleri, *kamu yararı gereğince gizli yargılama yapılması ve kişilik haklarının korunması amacıyla gizli yargılama yapılması* şeklinde ikiye ayrılarak incelenebilir⁵⁴⁸. Ancak yapılan bu ayrım keskin sınırlara sahip değildir. Nitekim kişisel verilerin ve sırların korunması amacıyla gizli yargılama yapılmasına karar verilmesi halinde, hem maddî gerçeğin ortaya çıkartılması suretiyle kamu yararı hem de kişisel verilerin korunması suretiyle kişisel menfaatler korunmuş olur.

Gizli yargılama yapılmasına ilişkin ikinci ayrım, aleniyetin kaldırılma şeklini esas alır⁵⁴⁹. Gizli yargılamaya kanun açıkça öngördüğü için karar verilmişse mutlak gizlilik sebeplerinin varlığından, hâkime tanınan takdir yetkisi çerçevesinde karar verilmişse nispi gizlilik sebeplerinin varlığından söz edilir. Mutlak gizlilik sebeplerinin varlığı halinde, hâkim, kanunda belirlenen sebebin gerçekleştiğini tespit eder etmez doğrudan gizli yargılama yapılmasına karar vermelidir. Başka bir deyişle, mutlak gizlilik sebeplerinin bulunması halinde hâkimin gizli yargılama yapıp yapmama konusunda takdir yetkisi yoktur. Nispi gizlilik sebeplerinin varlığı halinde ise, hâkim, kanunda belirlenen sebebin gerçekleştiğini tespit ettiğinde, takdir yetkisini kullanarak yargılamanın gizli yapıp yapılmayacağı konusunda karar vermelidir.

Kişisel verilerin ve sırların korunması, nispi gizlilik sebeplerindendir. Bu sebeplerin varlığı halinde hâkimin takdir yetkisini yargılamanın aleni yapılması yönündeki menfaat ile gizli yargılama yapılması yönündeki menfaat arasında bir karşılaştırma yaparak kullanması

⁵⁴⁸ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 246; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 76 vd.

⁵⁴⁹ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 246; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 77 vd.

yerinde olur. Hâkim, kişisel verilerin korunması hakkına uygun olarak, tanıklar ve tarafların kişilik hakları ile sırlarının korunması menfaatlerini dikkate almalıdır⁵⁵⁰. Bu çerçevede gizli yargılamaya karar verilirse, hâkim, aleniyet ilkesinin kaldırılma sebeplerini kararının gerekçesinde göstermelidir.

3.1.2.2.1.2.5. Değerlendirme

Karşılaştırmalı hukuktaki durum dikkate alındığında, hukukumuzda gizli yargılamaya ilişkin düzenlemenin yeterli olmadığı açıkça görülmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda gizli yargılama sebebi olarak belirlenen, *genel ahlâkın ve kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı haller* ifadesi fazlasıyla genel ve muğlaktır. Buna rağmen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 28’inci madde gerekçesinde, maddenin ikinci fıkrasında gizli yargılama sebeplerinin mümkün olduğunda somutlaştırılmaya çalışılmış olduğunun belirtilmesi şaşırtıcıdır. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının bu sebepler kapsamında korunabileceğini söylemek, söz konusu ifadelerin fazlasıyla geniş yorumlanıp zorlanmasını gerektirir. Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati bakımından söz konusu yetersizliğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6’ncı maddesiyle kısmen de olsa giderilebileceği doğrudur. Ancak, özellikle Alman hukukunda olduğu gibi, gizlilik sebeplerinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda somutlaştırılarak düzenlenmesi, tarafların somut durumda kendilerine sağlanabilecek korumayı öngörebilmeleri açısından önemli ve gereklidir. Gizli yargılama sebeplerinin tek tek sayılması mümkün değildir. Ancak, buna imkân tanıyan önemli durumların örnek olarak gösterilmesi, gizli yargılama sebeplerinin belirlenmesi ve hâkimin bu konudaki takdir yetkisini kullanması bakımından yol gösterici olur. Örneğin 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın aleniyet ilkesini düzenleyen 34’üncü maddesinde “*Genel ahlâk, kamu düzeni, millî güvenlik, küçüklerin korunması veya yargılama ile ilgili kişilerin özel hayatının gizliliği ya da taraflardan birinin ticarî sır gibi hukuken korunmaya değer bir menfaatinin bulunması gerekçesiyle duruşmanın bir kısmının yahut tamamının gizli olarak yapılmasına mahkemece karar verilebilir*” hükmüne isabetli bir şekilde yer verilmişti. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne uygun olan bu düzenleme, yargılamanın alenî olması menfaati karşısında, özel hayatın gizliliği ve ticarî sırların korunması menfaatine ağırlık vermişti. Ancak söz konusu düzenleme 2008 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nda kaldırılmıştır. Sonuç itibarıyla, Hukuk Muhakemeleri

⁵⁵⁰ SIMOTTA, Einige Probleme 1, s. 794.

Kanunu'nun 28'inci maddesi, 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın aksine, kişisel verilerin ve sırların korunmasının gereklilikleri bakımından günün gerisindedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir değişiklik yapılacak olması halinde, bu husus mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır.

3.1.2.2.1.3. Gizli Yargılama Yapılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, tarafların gizlilik talebi ön sorunlar hakkındaki hükümler çerçevesinde gizli duruşmada incelenir ve karara bağlanır. Hâkim bu kararın gerekçelerini, esas hakkındaki kararı ile birlikte açıklar. Anılan hüküm kapsamında, gizli yargılamaya ilişkin karar, davayı gören mahkeme tarafından ayrı bir duruşmada verilmelidir.

Gizli yargılamaya ilişkin kararın ayrı bir duruşmada görüşülmesi ve verilmesinin böyle bir düzenlemeye bağlanmasının sebebi, aleniyet ilkesi ile somut olayda oluşan gizlilik ihtiyacı arasında kurulması gereken dengenin öneminden kaynaklanmaktadır. Gizlilik talebinin gizli duruşmada incelenmesi, davanın taraflarının bu duruşmaya katılmalarına engel değildir. Çünkü bu durumda taraf aleniyeti kaldırılmamaktadır⁵⁵¹. Gizlilik talebinin incelendiği duruşma, aleniyetin kaldırılmasına ilişkin kararın verilmesi ve alenî şekilde bildirilmesiyle biter. Ancak kararın alenî olarak verilmesi gizli duruşma disiplini önemli ölçüde zarara uğratacaksa, buna istisna tanınabilmelidir⁵⁵². Gizlilik talebi kabul ya da reddedilmiş olsa da, verilen karar nitelik itibarıyla bir ara karardır.

Kişisel verilerin ve sırların korunması amacıyla gizli yargılamaya karar verilmesi ihtiyacı, başta delillerin toplanması aşaması olmak üzere, yargılamanın her aşamasında ortaya çıkabilir. Gizli yargılama hakkında ayrı bir duruşma yapılmasına ilişkin kural geniş kapsamlıdır. Dolayısıyla mahkeme yargılamanın devamı sırasında bu ihtiyacın ortaya çıktığı her durumda gizli yargılama yapıp yapılmayacağını inceleyebilir⁵⁵³. Duruşmanın bir kısmı için aleniyetin kaldırılmasına karar verilmesi de mümkündür. Aleniyetin kaldırılması kararı,

⁵⁵¹ Gizli yargılama, tarafların sırlarının birbirlerinden korunması için yeterli bir çözüm değildir; bu yönde bkz. STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 158. Çünkü söz konusu düzenlemeler, duruşmanın kamuya kapalı olmasına imkân sağlamakla birlikte, taraflarının kişisel verilerinin birbirlerinden korunmasını kapsamı altına almamaktadır. Bu durumlarda taraf aleniyeti sınırlandırılmamakta ve taraflar gizli yargılama kararı alınmış olsa da duruşmaya katılabilmektedir, KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 306; Taraf aleniyetinin sınırlandırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 204 vd.

⁵⁵² KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 307; §174 Abs. 1 S. 2 GVG' de söz konusu istisnaya ilişkin açık düzenleme bulunmaktadır, MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG §174 Rn. 8.

⁵⁵³ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 174 Rn. 2.

esas itibariyle, ilk derece yargılaması sırasında verilebilir. Ancak, ilk derece mahkemesinde gizli yargılama yapılarak verilmiş olan nihaî kararların üst derece mahkemesi tarafından da gizli yargılama yapılmak suretiyle incelenmesine engel yoktur⁵⁵⁴.

Gizli yargılama, doğrudan ve dolaylı aleniyet kaldırılarak yapılabilir. Doğrudan aleniyetin kaldırılması, yargılamaya dahil olmayan kişilerin duruşma salonuna girerek yargılamayı izlemelerinin kısmen ya da tamamen sınırlandırılmasını ifade eder⁵⁵⁵. Dolaylı aleniyetin kaldırılması ise, bu kişilerin kitlesel medya araçları vasıtasıyla yargılama hakkında kısmen veya tamamen bilgi edinememeleridir⁵⁵⁶.

Doğrudan aleniyetin kaldırılması halinde, duruşma salonunda taraflar, taraf vekilleri ve mahkeme personelinden başka hiç kimse bulunamaz⁵⁵⁷. Mahkeme aleniyetin kaldırılması yönünde karar verirse, üçüncü kişiler duruşma salonuna alınmaz veya daha önce alınmışlarsa da çıkartılmaları gerekir⁵⁵⁸. Tanık ve bilirkişiler de kural olarak, yalnızca mahkeme tarafından dinlenildikleri sırada duruşma salonunda bulunabilirler. Dinlenilmelerinin öncesinde ve sonrasında duruşma salonunda bulunamazlar⁵⁵⁹.

⁵⁵⁴ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 245

⁵⁵⁵ “...b. Yargılamanın Üçüncü Kişilere Kapalı Yapılması Talebinin Reddi Nedeniyle Özel Hayata Saygı Hakkının İhlal Edildiğine İlişkin İddia: HIV virüsü taşıyan kişilerin toplumda uzun zamandır birçok ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu dikkate alındığında bu kişilerin tıbbi bilgilerinin gizli tutulması hayati önemdedir...Somut olayda başvuru, HIV virüsü taşıyıcısı olması nedeniyle davasının kamuoyuna yansımaları durumunda bunun çalışma hayatı üzerinde çok olumsuz sonuçlar doğuracağını belirterek yargılamanın üçüncü kişilere kapalı olarak yürütülmesini talep etmiştir. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği davacı vekilinin gizlilik talebinin reddine karar verilmiştir. Buna göre sağlık durumu nedeniyle yargılamanın üçüncü kişilere kapalı yapılması talebinin yargı makamınca reddedilmesi nedeniyle başvurunun özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunduğu anlaşılmıştır...Yukarıda belirtildiği gibi HIV enfeksiyonu rahatsızlığı olan kişilerin uzun zamandır ön yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğu, söz konusu dışlanma, damgalanma ve ön yargıların özellikle iş hayatında mevcut olması durumunda kişiler üzerindeki etkilerinin çok daha yıkıcı olabileceği dikkate alındığında başvurunun gizlilik talebi, özel hayata saygı hakkına ilişkin makul ve savunulabilir niteliktedir. Yargı mercilerinin tarafların iddia ve taleplerini değerlendirmede takdir yetkileri olduğu açık olmakla birlikte kişilerin mahremiyeti, dolayısıyla özel hayatı üzerinde önemli etkiler doğurabilecek konulara ilişkin taleplerin reddi durumunda bunun gerekçelerinin ayrıntılı şekilde kararda gösterilmesi, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir. İş Mahkemesince dava dilekçesinin mahiyeti gereği gizlilik talebinin reddedildiği belirtilmekle birlikte söz konusu ifade muğlak olup hangi somut nedenlerde bağlı olarak gizlilik kararı verilmediğini açıklamaktan uzaktır. Kararın temyizi aşamasında aynı iddialar ileri sürülmüş olmasına rağmen temyiz hakkında verilen kararda da bu hususlara ilişkin bir gerekçeye yer verilmediği anlaşılmıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Açıklanan nedenlerle Anayasa Mahkemesi başvurunun, Anayasanın 20. Maddesinde yer alan özel hayata saygı hakkının unsurlarından olan kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir...”, Ana. Mah., B. No.: 2014/ 19081, 01.02.2017 tarihli Kararı, www.anayasa.gov.tr/bireyselbasvuru/detay/pdf/2014-19081.pdf, Erişim Tarihi, 10.05.2017.

⁵⁵⁶ Dolaylı aleniyet ile medya aleniyeti kavramlarının birbirlerinden farklı olmalarına ilişkin bkz. Yuk. s. 56 vd.

⁵⁵⁷ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 244.

⁵⁵⁸ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 241, 242.

⁵⁵⁹ KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 244, 245.

3.1.2.2.1.4. Gizli Yargılamada Hazır Bulunanlara Susma Yükümlülüğü Getirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin dördüncü fıkrasına göre, hâkim, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanları o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları konusunda uyarır ve susma yükümlülüğüne aykırı davranışları halinde Türk Ceza Kanunu'nun gizliliğin ihlâline ilişkin hükümlerinin uygulanacağını ihtar ederek bu hususu tutanağa geçirir. Söz konusu düzenleme, kişisel verilere gizli yargılama yoluyla sağlanan korumanın güçlendirilmesini amaçlamaktadır.

Gizli yargılamada hazır bulunanlara susma yükümlülüğü getiren düzenlemenin kapsamına, davanın tarafları, müdahiller, kanunî ve iradî temsilciler, tanıklar, bilirkişiler ve mahkeme çalışanları dahil olmak üzere, yargılamaya dahil olan herkes girer⁵⁶⁰. Bu durum, gizli yargılamada hazır bulunmayan tarafın söz konusu düzenlemenin kıyasen uygulanmasıyla susma yükümlülüğü altına girip girmeyeceği ve gizli yargılamada hazır bulunan avukatın susma yükümlülüğünün, duruşmaya katılmayan müvekkilini kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerekip gerekmediği şeklinde iki farklı sorunun ortaya çıkmasına neden olur.

3.1.2.2.1.4.1. Gizli Yargılamada Hazır Bulunmayan Taraf Bakımından Susma Yükümlülüğünün Genişletilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin dördüncü fıkrasının gizli yargılamada hazır bulunmayan taraf bakımından kıyasen uygulanması, bu düzenlemenin anlamı ve amacına uygun bir yaklaşım olur.

Söz konusu fıkra hükmü, gizli yargılamada ele alınan konular hakkında kamunun bilgi sahibi olmasını önlemeyi amaçlar. Gizli yargılamada hazır bulunmayan tarafı kapsayacak şekilde yorum yapılmaması ise, düzenlemeyi faydasız hale getirir. Çünkü düzenlemenin teleolojik yorumu açısından, tarafın kendisinin gizli yargılamada hazır bulunması ile gizli yargılama hakkında avukatı aracılığıyla sonradan bilgi edinmesi arasında herhangi bir fark yoktur⁵⁶¹. Aleniyetin kaldırılması sebebiyle duruşmaya katılamayan kişilerin, hazır bulunmayan taraftan duruşmanın içeriğini sonradan öğrenmeleri, gizli yargılama yoluyla sağlanmak istenen korumanın aşılmasına neden olur. Dolayısıyla gizli

⁵⁶⁰ MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG §174 Rn. 14; MALMSTRÖM, s. 113.

⁵⁶¹ MALMSTRÖM, s. 114.

yargılamada hazır bulunmayan ve avukatı aracılığıyla yargılama hakkında sonradan bilgi sahibi olan tarafın da susma yükümlülüğü altında olduğunun kabul edilmesi gerekir⁵⁶². Bu yükümlülük, ilgili tarafın gizli yargılamanın içeriğini öğrendiği andan itibaren başlamalıdır.

3.1.2.2.1.4.2. Gizli Yargılamada Hazır Bulunmayan Tarafın Avukatının Susma Yükümlülüğünün Kapsamı

Gizli yargılamada hazır bulunmayan tarafın avukatının susma yükümlülüğünün kapsamı başlığı altında, avukatın susma yükümlülüğün müvekkilini kapsayıp kapsamayacağı sorusuna cevap aranacaktır. Karşılaştırmalı hukuk doktrinde konuya ilişkin farklı görüşlerin kabul edilmekte olduğu görülmektedir.

Doktrinde bir görüş⁵⁶³, avukatın müvekkiline karşı böyle bir susma yükümlülüğünün kısmen mümkün olacağını benimsemektedir. Buna göre, ilgili düzenleme hazır bulunan kişileri susma yükümlülüğüne tabi kıldığı için, bununla, avukatın kendi müvekkiline karşı da susma yükümlülüğünün olabileceği zımnî olarak gerekçelendirilmiştir.

Diğer görüşe göre⁵⁶⁴, ilk görüş birkaç açıdan problemlidir. Görüşün büyük ölçüde reddedilmesinin öncelikli sebebi, hukukî dinlenilme hakkının bir sonucu olan taraf aleniyeti ile bağdaşmamasıdır⁵⁶⁵. Ayrıca, düzenlemenin amacı, aleniyetin kaldırılması halinde duruşmada hazır bulunan kişilerin kamuya içerik hakkında sonradan bilgi aktarmamasının sağlanmasıdır. Diğer bir ifadeyle, burada ön planda sırların kamuya karşı korunması ihtiyacı vardır. Bu sebeple, gizli yargılamada hazır bulunmayan tarafın *kamudan* sayılıp sayılmayacağı belirlenmelidir⁵⁶⁶. Bunun gibi, avukatın müvekkiline gizli yargılamanın içeriği hakkında bilgi vermesi gerekip gerekmediği sorusu, sırların korunmasının taraflar arasında mı yoksa üçüncü kişilere karşı mı sağlanacağı tespit edilerek ele alınmalıdır. Bu anlamda, davanın tarafının gizli yargılamada hazır bulunmamasının, onun kamudan

⁵⁶² MALMSTRÖM, s. 114.

⁵⁶³ Bu yönde bkz. LEPPIN, Klaus H.; “Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis (Teil II)- Ein Beitrag zum eingeschränkten Besichtigungsanspruch gemäß §§ 809, 242 BGB und zur Möglichkeit eines Geheimverfahrens im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Patentverletzung”, GRUR, H. 10, 1984, s. 697.

⁵⁶⁴ Bu görüşte bkz. MALMSTRÖM, s. 115; STÜRNER, JZ 1985, s. 459; MüKoZPO / Zimmermann GVG § 174 Rn. 14.

⁵⁶⁵ STÜRNER, JZ 1985, s. 459; MALMSTRÖM, s. 115; MüKoZPO/ ZIMMERMANN GVG § 174 Rn. 14.

⁵⁶⁶ MALMSTRÖM, s. 115.

sayılması sonucunu doğurmayacağını belirtmek gerekir. Dolayısıyla burada ortaya çıkan sorun, tarafların sırlarının birbirine karşı korunması başlığı altında değerlendirilmelidir⁵⁶⁷.

3.1.2.2.2. Hükümün Tefhiminin Aleniyetinin Kaldırılması

Duruşma aleniyetinin kaldırılması, yargılama sırasında kişisel verilerin ve sırların kamuya karşı korunmasını sağlayan etkili bir imkândır. Ancak bu imkân hükmün alenî olarak açıklanması halinde işlevini kaybedebilir. Çünkü, sırrın korunması amacıyla gizli yargılama yapılmış olsa da, hükmün alenî tefhimiyle sırrın ifşa edilmesi ihtimali doğar. Gizli yargılamayla elde edilen korumanın etkisiz hale gelmesi ise, kişisel veriler ve sırlar bakımından ağır bir hukukî boşluk yaratır⁵⁶⁸. Bundan kaynaklanabilecek hak ihlallerinin önüne geçilebilmesi için uygun çözüm yollarının bulunması gerekir.

Hukukumuzda kararların bildirilmesi alenidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrası, mahkeme kararının öğrenilmesinin sağlanması amacıyla, yargılamanın kısmen ya da tamamen alenî yapıp yapılmadığı göz önünde bulundurmaksızın, hükmün her durumda alenî tefhim edilmesini mecbur kılar. Kanun koyucu bu durum için herhangi bir istisna öngörmemiştir.

Alman hukukunda ise, gizli yargılamanın ardından ortaya çıkabilecek sorunların önlenmesi amacıyla hükmün tefhiminin aleniyetine §173 Abs 2 GVG hükmü ile istisna tanınmıştır. Buna göre, §171b GVG veya §172 GVG hükümlerindeki şartlar mevcut olduğunda, mahkeme ayrıca vereceği bir kararla hükmün gerekçelerinin tefhiminin tamamı veya bir kısmı için aleniyeti kaldırabilir. Ancak söz konusu istisnanın “*Urteilsformel*” veya “*Tenor*” olarak anılan kısa karar için değil, “*Entscheidungsgründe*” şeklinde anılan hükmün gerekçesi için kabul edildiğine dikkat çekmek gerekir. § 311 Abs. 2 S. 1 ZPO' ya göre, hüküm, kısa kararın okunmasıyla tefhim edilir. Kısa kararın okunması ise, kişisel verilerin hakkı ve özellikle sırların korunması menfaati bakımından problem oluşturabilir. Bu problemin aşılması için kullanılacak ilk yol, § 311 Abs. 2 S. 2 hükmüyle kısa kararın okunmasına getirilen istisnadan faydalanmaktır. Anılan düzenleme gereğince, hükmün tefhiminin yapılacağı oturuma taraflardan ikisinin de gelmemesi halinde, kısa kararın okunması yerine kısa karara atıf yapılabilir. Bu düzenlemenin arka planında, hükmün muhataplarının hazır bulunmaması durumunda kısa kararın okunmasının anlamsız olacağı

⁵⁶⁷ Konu ile ilgili bknz. Aşa. s. 204 vd.

⁵⁶⁸ MALMSTRÖM, s. 118.

düşüncesi vardır⁵⁶⁹. Taraflar sırların korunması amacıyla, bu düzenlemeye dayanarak aralarında anlaşıp kararın tefhim edileceği oturuma gelmeyebilirler. Bu şekilde kısa kararın okunmasını engelleyerek sırlarının ifşa edilmesini önlemiş olurlar. Ancak bu çözüm, tarafların birbirlerinin sırlarının korunması için anlaşmalarının zorluğu karşısında uygulamaya elverişli gözükmemektedir. Bu sebeple doktrinde, problemin çözümü için farklı görüşler ileri sürülmektedir⁵⁷⁰.

Doktrinde bazı yazarlar, kısa kararın tefhiminin §173 Nr. 2 GVG'nin kapsamı dışında bırakılmasının kanun koyucunun bilinçli tercihi olduğundan şüphe duymaları sebebiyle, bu düzenlemenin §172 Nr. 2 GVG ile bağlantılı olarak kısa kararın tefhimi için de kıyasen uygulanması gerektiğini kabul etmektedir⁵⁷¹. Böylece gizli bir bilgi içermesi halinde kısa kararın tefhiminin aleniyeti de kaldırılabilir. Bir diğer görüş, bunun yerine, kısa kararda sırrın dar kapsamlı olarak özetlenmesi ve bununla ilgili ayrıntılı açıklamanın kararın eki niteliğindeki ayrı bir belgede saklanması gerektiğini benimsemektedir⁵⁷². Nitekim kararın icra edilebilmesi için sır hakkında tam olarak bilgi sahibi olunması gerekmez. Ayrıca kısa kararın tefhiminde aleniyetin kaldırılması, halkın yargıyı denetleme hakkının elinden alınması anlamına gelir. Bu sebeple kararda sır içeren unsurların içeriğinin yer almaması ve kararın bu şekilde okunması, aleniyet ilkesinin anlamı ve amacına hizmet eden en uygun çözümdür. Böylece, sır üzerindeki kontrol imkânı da muhafaza edilmiş olur⁵⁷³. Ancak bu görüş, kararın tefhiminin aleniyetinin kaldırılabilirliğini savunan yazarlar tarafından şu sebeplerle eleştirilmektedir⁵⁷⁴: Mahkemenin kararı kaleme alınan halinden farklı bir şekilde okuması, aleniyet ilkesinin anlamı ve amacı bakımından kabul edilemez. Bunun kabulü,

⁵⁶⁹ PRÜTTING/ GEHRLEIN ZPO/ Thole ZPO § 311 Rn. 4.

⁵⁷⁰ İleri sürülen fikirlerden bazılarının kabulü hiçbir şekilde mümkün değildir. Bunlardan ilki, § 128 Abs. 2 ZPO ile bağlantılı olarak § 310 Abs. 3 ZPO'nun kıyasen uygulanması yoluyla hükmün yazılı olarak tebliğinin sağlanmasıdır. § 128 Abs. 2 ZPO, tarafların mahkeme önünde sözlü olarak yargılanmalarına istisna getirerek, tarafların sadece yargılamanın durumunda esaslı değişikliklerin olması halinde geri alabilecekleri muvafakatleriyle mahkemenin sözlü yargılama yapılmaksızın bir karar verebileceğini kabul etmektedir. Ancak taraflardan ikisi de muvafakat vermiş olsa bile, bu düzenleme tek başına hükmün aleniyetini kaldırmaz. Diğer bir ifadeyle, bu durumda sözlü yargılama yapılmaksızın hükmün tefhim edilmesi sağlanır. Dolayısıyla bu düzenlemenin § 310 Abs. 3 ZPO ile birlikte uygulanması gerekir. § 310 Abs. 3 ZPO ise, davanın kabulü ve gıyabî hüküm durumlarında, sözlü yargılama yapılmaksızın bildirimin yazılı olarak gerçekleştirilmesine imkân tanır. Ancak § 310 Abs. 3 ZPO istisnâ bir düzenleme olduğu için, kıyas yoluyla başkaca durumlara tatbik edilmesi doğru olmaz. Sadece § 128 Abs. 2 ZPO'nin uygulanması ise, sırların korunması amacına hizmet etmez. Dolayısıyla ileri sürülen bu fikrin kabul edilmesi mümkün değildir. Çözüme yönelik bir diğer tartışma, kısa kararın okunmasının tarafların üzerinde tasarruf edebilecekleri bir konu olup olmadığı yönüne yapılmıştır. Fakat, tarafların aleniyet ilkesi üzerinde kural olarak tasarruf yetkileri yoktur. Bu sebeple, söz konusu fikir de kabul edilemez. Bu görüşlere ilişkin açıklamalar için bkz. GÖTZ, s. 459 ve 461; MALMSTRÖM, s. 119 vd.

⁵⁷¹ Bu yönde bkz. STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 163 vd; GÖTZ, s. 459; MALMSTRÖM, s. 122 vd; KOCH, R., s. 221 vd.

⁵⁷² PLOCH-KUMPF, s. 161.

⁵⁷³ PLOCH-KUMPF, s. 161.

⁵⁷⁴ Eleştiriler için bkz. GÖTZ, s. 460.

mahkeme tarafından sunulan bilgilerin bağlayıcılığı konusunda şüphe yaratacağı için, kamunun yargıya olan güvenini zayıflatır. Alenî yargılama ile alenî olmayan yargılama birbirinden açık bir şekilde ayrılmalıdır. Kanun koyucunun amacı da budur.

Hukukumuzda hükmün aleniyetinin kaldırılmasına ilişkin durum, Alman hukukundan farklıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297'nci maddesinin c bendi gereğince, hüküm, *“ tarafların iddia ve savunmalarının özetini, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları, çekişmeli vakıalar hakkında toplanan delilleri, delillerin tartışılması ve değerlendirilmesini, sabit görülen vakıalarla bunlardan çıkarılan sonuç ve hukukî sebepleri ”* kapsar. Kanunun 294'inci maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkralarına göre ise, *“ hükmün tefhimi, her hâlde hüküm sonucunun duruşma tutanağına geçirilerek okunması suretiyle olur. Zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir ”*.

Söz konusu düzenlemelerde, hükmün tefhiminin sadece kısa kararın okunmasıyla yapılabilmesine imkân tanınmış, ancak gerekçeli kararın tamamının veya bir kısmının aleniyetinin kaldırılması yönünde bir istisna kabul edilmemiştir. Aksine, ancak zorunlu nedenlerin mevcut olması halinde sadece hüküm sonucunun tefhim edilebileceği benimsenmiştir. Böyle bir neden yoksa, mahkeme kısa kararla birlikte gerekçeli kararı da tefhim etmelidir. Bu durumda mahkeme gerekçeli kararın tamamını okuyabileceği gibi, esaslı unsurları hakkında bilgi vermekle de yetinebilir⁵⁷⁵. Bu konuda takdir yetkisi hâkimdedir. Hâkim takdir yetkisini gerekçeli kararı da tefhim etmek yönünde kullanacaksa, tarafların sırlarını içermesi halinde tüm kararı okumak yerine, sadece esaslı unsurları paylaşmakla yetinmelidir⁵⁷⁶. Ancak uygulamada genellikle kısa kararın tefhim edildiği ve gerekçeli kararın daha sonra yazılarak taraflara tebliğ edildiği görülmektedir⁵⁷⁷. Kısa kararın tefhiminden itibaren bir ay içinde yazılması gerekliliği de gerekçeli kararın aleniyetinin kaldırılması sonucunu doğurmaz. Dolayısıyla, Alman hukukunda genel olarak kabul edilen, kararın gerekçesinin aleniyetinin kaldırılmasına ilişkin düzenlemenin kısa karar için kıyasen uygulanması gibi bir çözüme hukukumuzda başvurulabilmesi mümkün değildir. Gizli yargılamaya ilişkin istisnâî düzenlemenin kapsamı genişletilerek kararın tefhiminde de uygulanabilmesi de kabul edilemez.

⁵⁷⁵ GÖTZ, s. 462.

⁵⁷⁶ GÖTZ, s. 463.

⁵⁷⁷ Gerekçeli kararın asıl nüshası, dava dosyasının bir parçasıdır. Tarafların gerekçeli kararda yer alan kişisel veri ve sırlarının üçüncü kişilerden korunması için, ilgili üçüncü kişilerden dava dosyasını inceleme hakkının sınırlandırılması yoluna başvurulmalıdır. Bu yönde bkz. Aşa. s. 145 vd.

Kararın tefhiminin aleniyeti, ancak kanunî bir dayanağı varsa kaldırılabilir⁵⁷⁸. Dolayısıyla sonraki adım olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sırların korunması amacıyla hükmün tefhiminin aleniyetinin kısmen veya tamamen kaldırılabilmesine ilişkin bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir. Yapılacak kanunî düzenlemede, Alman hukukunda olduğu gibi bir tereddüt yaratılmaması amacıyla aleniyetin kaldırılması bakımından kararın gerekçesi ile kısa karar arasındaki ayrım açık bir şekilde belirlenmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 297'nci maddesinin ikinci fıkrasına göre, hükmün sonuç kısmında, gerekçeye ait herhangi bir söz tekrar edilmeksizin, taleplerden her biri hakkında verilen hükümle, taraflara yüklenen borç ve tanınan hakların, sıra numarası altında; açık, şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir. Dolayısıyla mahkemenin kısa kararı sır içeren unsurları dahil etmeden yazması mümkündür. Sır içeren unsurlar, kısa karar yerine kararın gerekçesinde yer almalıdır. Diğer bir ifadeyle, aleniyetin kaldırılması, sadece kararın gerekçesi için kabul edilmelidir. Aksi halde mahkemenin vereceği karar, halkın denetiminden tamamen mahrum bırakılacak ve aleniyet ilkesi açıkça ihlâl edilmiş olacaktır. Şu durumda sorunun çözümü için önerebileceğimiz yol, kısa kararın yazımında ve okunmasında sır içeren unsurların kullanılmamasıdır. Bu şekilde, karar bildirilirken hazır bulunan üçüncü kişilerin sır içeren konuyu öğrenmeleri engellenmiş olur.

3.1.2.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması Amacıyla İlgili Üçüncü Kişilerin Dava Dosyasını İnceleme Haklarının Sınırlandırılması

Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının kamuya karşı korunması bakımından diğer bir problem alanı, ilgili üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkıdır. Medenî yargılama hukukunda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı, tarafların dava dosyasını inceleme hakkına kıyasla daha sınırlı bir şekilde olsa da vardır. Hukukumuzda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı incelenmeden önce karşılaştırmalı hukukta konunun ne şekilde ele alındığının tespiti, yapılacak değerlendirme bakımından yol gösterici olacaktır.

⁵⁷⁸ Her ne kadar mahkeme tarafından verilen karara ilişkin olmasa da, hukukumuzda sırların korunması amacıyla RKHK md. 53/ f. II hükmünde Rekabet Kurulu kararlarının tarafların ticarî nitelikli sırlarını ifşa etmeyecek şekilde Kurumun internet sayfasında yayınlanacağı kabul edilmiştir.

3.1.2.3.1. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkını düzenleyen § 299 Abs. 2 ZPO hükmü gereğince, üçüncü kişiler her iki tarafın da izin vermesi halinde ya da eğer tarafların izni yoksa, hukukî menfaatlerini inanılır kılmaları kaydıyla mahkemenin izniyle dava dosyasını inceleme hakkına sahip olurlar. Ancak doktrinde, hukukî menfaat kavramının haklı menfaat kavramından daha dar ve içeriğinin belirsiz olduğu belirtilmektedir⁵⁷⁹. Salt ekonomik ve toplumsal menfaat ve bunlar gibi dava konusu yapılan olaya duyulan salt merak, hukukî menfaatin gerçekleşmesi için yeterli değildir⁵⁸⁰. Hukukî menfaat kavramı, ilgili tüm kişilerin menfaat durumları dikkate alınarak belirlenmelidir. Bunun için her hâlükârda menfaatin bir kişinin başka bir kişi veya konu ile mevcut ilişkisini gerektiren hukukî bir norma dayanması şart olarak aranır⁵⁸¹. Bununla birlikte, başvuran üçüncü kişinin haklarının dava dosyasının içeriğinden sadece dolaylı olarak etkilendiği durumlarda da, hukukî menfaatin varlığı kabul edilir.

Ayrıca üçüncü kişinin hukukî menfaati ile tarafların gizli tutma menfaatleri arasında bir dengeleme yapılması gerekip gerekmediği de hükümde belirsizdir. Hükümün lafzî yorumundan böyle bir dengeleme yapılmasının gerekli olmadığı sonucu çıkmaktadır⁵⁸². Her ne kadar bazı yazarlarca, ilgilinin korunmaya değer menfaatinin somut olarak tehlikeye atıldığı durumlarda özel yasalarca izin verilmiş olmasına rağmen kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olmayacağı savunulsa da⁵⁸³, bu görüş bir genelleme olarak kabul edilebilir değildir. BDSG hükümlerinin talîliği prensibinden kaynaklanan bu durum, alana özgü bir özel düzenlemenin şartlarına ek olarak BDSG’de aranan korunmaya değer menfaat ile dengeleme anlamında bir şartın daha aranması kümülatif bir uygulama anlamına geliyorsa reddedilmelidir. Dolayısıyla burada tarafların kişisel verilerini gizli tutma menfaati ile üçüncü kişinin dava dosyasını inceleme menfaati arasında dengeleme yapılmasının temelini BDSG değil, § 299 Abs. 2 ZPO hükmünün anayasal yorumu oluşturmaktadır⁵⁸⁴. Hükümün anayasal yorumunda, genel kişilik hakkı bağlamında anayasal değeri olan bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkının dikkate alınması gerekir. Çünkü kişisel verilerin

⁵⁷⁹ LIEBSCHER, s. 102.

⁵⁸⁰ MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 21.

⁵⁸¹ MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 21.

⁵⁸² LIEBSCHER, s. 105.

⁵⁸³ KRIEPENDORF, Peter; Grundzüge der Subsidiarität des Bundesdatenschutzgesetzes, DuD 1977, 66, (Naklen LIEBSCHER, s. 105).

⁵⁸⁴ MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 20 vd.

korunması hakkı ile garanti altına alınan bir değer olan *korunmaya değer menfaat*, anayasal koruma altında olan bilginin geleceğini belirleme hakkının bir kısmıdır⁵⁸⁵.

Dava dosyasını incelemek için başvuran üçüncü kişi, hukukî menfaatini inanılır kılmalıdır. İnanılır kılmak, ispat etmekten daha hafif bir şarttır. Her kim hukukî menfaatini inanılır kılmak isterse, bu menfaatin varlığına ilişkin vakıaları sunarak, bu vakıaların muhtemel gerçekliğine mahkemeyi ikna etmelidir⁵⁸⁶. Mahkeme, her somut olayda, üçüncü kişinin dava dosyası hakkında bilgi sahibi olmasının tarafların korunmaya değer menfaatlerini ihlâl edip etmeyeceğini özenli bir şekilde incelemelidir⁵⁸⁷.

Hem tarafların izinlerinin olması hem de hukukî menfaat sebebiyle mahkemeden izin alınması durumunda, üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemelerinin sağlanması ilgili mahkemenin takdir yetkisine bağlıdır. Diğer bir ifadeyle, § 299 Abs. 2 ZPO hükmü, tarafların dosya inceleme hakkında olduğu gibi üçüncü kişilere kanunî bir inceleme hakkı tanımaz. Ayrıca anılan hüküm, üçüncü kişilere sadece dava dosyasını inceleme hakkı verir, mahkeme tutanaklarını alma imkânı vermez.

3.1.2.3.2. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre Federal Usul Kanunu'nda tarafların dava dosyasını inceleme hakkı hukukî dinlenilme hakkı kapsamında (Art. 53 Abs. 2 SZPO) hüküm altına alınmakla birlikte, üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkına ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. İsviçre hukukunda kantonlar birbirlerinden farklı düzenlemeler yapabilmektedirler. Örneğin Zürih Kantonu § 131 Abs. 2 GOG hükmüne göre, üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı yoktur. Ancak § 131 Abs. 3 GOG gereğince mahkeme, bilimsel veya diğer bir korunmaya değer menfaat öne sürmeleri ve incelemenin ağır basan kamu menfaati ve özel menfaatlara aykırı olmaması halinde üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemelerini sağlayabilir. Bu kanuna uygun olarak kabul edilen Yargılama Hakkında Bilgi Edinme ve Üçüncü Kişilerin Mahkemelerde Dosya İnceleme Hakkına İlişkin Yönetmeliğin § 5 Abs. 3 hükmüne göre, somut olayda dava dosyasının incelenmesine ve incelemenin kapsamına karar verilirken, bir tarafta toplumun bilgi edinme talebi ve diğer tarafta tarafların gizli tutma hakları dikkate alınmalıdır. Diğer bir ifadeyle, üçüncü kişinin dava dosyasını inceleme

⁵⁸⁵ LIEBSCHER, s. 105.

⁵⁸⁶ MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 21; LIEBSCHER, s. 102.

⁵⁸⁷ MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 32.

talebini alan mahkeme, her durumda evvela karşı karşıya gelen menfaatleri tartmalıdır⁵⁸⁸. Mahkeme ayrıca incelemeden önce dosyadaki bilgilerin anonim hale getirilip getirilmeyeceği hakkında da bir karar vermelidir. Üçüncü kişinin dava dosyasını incelemesi için aranan koşulların sağlanması halinde, mahkemenin talebi reddetmemesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁸⁹. Bununla birlikte, her iki tarafın da izin vermesi halinde üçüncü kişi, haklı menfaatini ispatlamasına gerek kalmaksızın dava dosyasını inceleyebilir. Üçüncü kişiye dava dosyasını inceleme hakkı yargılamanın devamında sağlanabileceği gibi, yargılama bittikten sonra da sağlanabilir⁵⁹⁰.

3.1.2.3.3. Avusturya Hukukunda Durum

Avusturya hukukunda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkını düzenleyen § 219 Abs. 2 öZPO hükmüne göre, Verilerin Korunması Kanununun ilgili maddesi⁵⁹¹ anlamında başka bir kişinin ağır basan haklı menfaatine veya ağır basan kamu menfaatine aykırı olmadıkça, üçüncü kişiler de her iki tarafın izniyle dava dosyasını inceleyebilirler ve masrafı kendilerine ait olmak üzere suret ve çıktı alabilirler.

Üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemelerine her iki tarafın da izin vermesi, Verilerin Korunması Kanunu bakımından herhangi bir sorun ortaya çıkmasını önler⁵⁹². Çünkü taraflar izinleriyle kişisel verilerini gizli tutma menfaatlerinden açık bir şekilde vazgeçmiş olurlar⁵⁹³. § 219 Abs. 2 öZPO hükmünün son cümlesine göre, tarafların izni yoksa, üçüncü kişilerin hukukî menfaatlerini inanılır kılmaları halinde dava dosyasını

⁵⁸⁸ HAUSER, Robert/ SCHWERI, Erhard/ LIEBER, Viktor; GOG Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. Bası, Zürih 2017, GOG § 131 Rn. 18.

⁵⁸⁹ GOG Kommentar/ Hauser/ Schweri/ Lieber GOG § 131 Rn. 19.

⁵⁹⁰ GOG Kommentar/ Hauser/ Schweri/ Lieber GOG § 131 Rn. 19a.

⁵⁹¹ § 219 Abs. 2 öZPO hükmünde “*im Sinne des § 26 Abs. 2 erster Satz DSG 2000*” ifadesiyle 26’ncı paragrafın ikinci fıkrasının ilk cümlesine atıf yapılmıştır. Ancak atıf yapılan DSG 2000, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğe uyum için “*Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018 (DSG 2018)*” ile değiştirilmiştir. Mayıs 2018’de uygulanmaya başlanan uyum yasası DSG 2018’in § 44 Abs. 2 S. 2 hükmüne göre, bilgi edinme hakkının sınırlandırılması ancak § 43 Abs. 4 hükmünde belirlenen şartlar altında caizdir. Art. 34 Abs. 13 öZPO, bu Kanunda diğer Federal Kanun ve düzenlemelere yapılan atıf yapılmışsa, bunların yürürlükteki hallerinin uygulanacağını kabul ettiği için, Mayıs 2018 tarihinden itibaren DSG 2000’e yapılan atıf, DSG 2018’e yapılmış sayılmaktadır. § 43 Abs. 4 DSG 2018’ e göre, ilgili kişilerin bilgi edinmeleri gerekli olması halinde ve ölçülü olarak, özellikle idarî ve adlî tahkikatların engellenmesi yoluyla, suç ve cezaların engellenmesinin, ortaya çıkarılmasının, soruşturma ve kovuşturmanın olumsuz etkilenmemesinin sağlanması, kamu güvenliğinin korunması, ulusal güvenliğin korunması, Avusturya Federal Cumhuriyeti’nin anayasal kurumlarının korunması, askerî iç güvenliğin korunması veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunmasının sağlanması için ertelenebilir, sınırlandırılabilir veya sağlanmayabilir.

⁵⁹² Ancak bu durum, kişisel verileri dava dosyasına giren üçüncü kişiler için problem yaratır. Bu konu ilgili başlık altında ele alınacaktır. Bknz. Aşa. s. 242 vd.

⁵⁹³ SIMOTTA, Daphne-Ariane; “Datenschutz und Zivilverfahrensrecht in Österreich”, Datenschutz, ZZP, Bd. 106, H. 4, 1993, s. 491.

incelemeye hakları olur. Ancak doktrinde, tarafların iradesi karşısında üçüncü kişilere dava dosyasını inceleme hakkının çok sınırlı bir kapsamda sağlanması gerektiği belirtilmektedir⁵⁹⁴. Böyle durumlarda üçüncü kişiye dava dosyasının tümünü değil, somut olarak hukukî menfaatini inanılır kıldığı dosya bölümlerini inceleme imkânı sağlanmalıdır.

3.1.2.3.4. Türk Hukukunda Durum

Dava dosyasının üçüncü kişilerce incelenmesi⁵⁹⁵, mahkemede yapılan işlemlerin aleniyeti ile ilgili bir konudur⁵⁹⁶. Diğer bir ifadeyle, şartları mevcut olduğunda üçüncü kişilere tanınabilen bu hakkın kaynağı, aleniyet ilkesidir⁵⁹⁷. Bununla birlikte, mahkemede

⁵⁹⁴ SIMOTTA, Datenschutz, s. 492.

⁵⁹⁵ Üçüncü kişiler kavramı, yargılamaya dahil olmayan kişileri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ferî müdahilin davanın tarafı olmasa da yargılamaya dahil olmayan üçüncü kişilerle de mukayese edilmemelidir. Ferî müdahilin haklarının sağlanabilmesi için, kendisinin ve yanında katıldığı tarafın durumunu etkileyecek dava hakkındaki tüm bilgilere koşulsuz olarak sahip olabilmesi gerekir. Ferî müdahilin usulî konumu, dava dosyasını inceleme hakkına, hukukî dinlenilme hakkına ve adil yargılanma hakkına sahip olması sonucunu doğurur. Bu yönde bkz. STENZL, s. 72, dp. 325; Nitekim hukukî dinlenilme hakkını düzenleyen HMK md. 27/ I hükmünde, müdahillerin kendileriyle bağlantılı olarak hukukî dinlenilme hakkına sahip olduklarını kabul edilmektedir.

⁵⁹⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanıtez Usûl I, s. 902.

⁵⁹⁷ 16.11.2017 tarih ve 30242 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Anayasa Mahkemesi kararının konu ile ilgili bölümleri şu şekildedir: "43. Başvurucu; hukuk davasında, operasyon sonrasında vücudunda meydana gelen bozulmayı göstermek amacıyla belden üstünü gösteren ameliyat öncesi ve sonrası fotoğrafları delil olarak dava dosyasına sunduğunu, bunların mahrem nitelikte olması nedeniyle gizlilik talebinde bulunduğunu ancak mahkemenin bu talebi reddettiğini belirtmiştir. Başvurucu bu nedenle Anayasa'nın 20., 36. ve 141. maddelerinde tanımlanan haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüştür; 33.200 TL maddi ve 395.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar verilmesini talep etmiştir...b. Esas Yönünden 55. Başvurucu, İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Dava dilekçesinde özel hayata saygı hakkının ihlalini teşkil edebilecek fotoğraflar gibi bilgi ve belgeler hakkında gizlilik kararı verilmesi talep edilmiştir. 56. İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin E.2010/347 sayılı dosyasının 26/10/2010 tarihli tensip duruşmasında başvurunun "gizlilik talebi ile ilgili karar verilmesine yer olmadığına" karar verilmiştir. 57. Anayasa Mahkemesinin daha önceki kararlarında da belirttiği üzere kişisel veri -belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla- bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade eder (AYM, E.2014/74, K.2014/201, 25/12/2014; E.2013/122, K.2014/74, 9/4/2014; E.2014/149, K.2014/151, 2/10/2014; E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; E.2014/180, K.2015/30, 19/3/2015). Kişilerin sağlık durumlarına dair bilgiler de kişisel veri niteliğindedir (T.A.A., B. No: 2014/19081, 1/2/2017, § 103). 58. Anayasa'nın 20. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte devletin sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınması şeklindeki negatif yükümlülüğün yanı sıra özel hayata ve aile hayatına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi bakımından pozitif yükümlülükleri de kapsamına almaktadır. Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa dahi özel hayata saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını zorunlu kılar (Adnan Oktar (3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 32; Marcus Frank Cerny (GK), B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36). 59. Başvuru konusu olayda olduğu gibi kişiler arasındaki özel hukuk ilişkilerinde kamusal makamların yükümlülükleri, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine üçüncü kişilerin müdahalesinin önlenmesi için gerekli önlemlerin alınması ve mahkemelerce korunma sağlanmasıdır. Kamusal makamlarca gerekli yapısal önlemler alınmış olursa da uyumsuzluk konusu davayı yürüten mahkemelerce verilen kararlarda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı bireylere korunma imkânı sağlanmadığı durumlarda bu yükümlülükler gereği gibi yerine getirilmemiş olacaktır. Bu, kamusal makam olan mahkemeler aracılığıyla bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasız bırakıldığı anlamına gelecektir (Ömür Kara ve Onursal Özbek, B. No: 2013/4825, 24/3/2016, §49). 60. Medeni usul yargılamasında aleniyet, duruşmaların ve esas hakkındaki kararın bildirilmesinin herkese açık olarak yürütülmesini ifade etmektedir. Yargılamaların aleni yapılması ilkesi adil yargılanma hakkı kapsamında korunmaktadır. Yargılamaların aleniliği ilkesinin amacı, adli mekanizmanın işleyişini kamu denetimine açarak yargılama faaliyetinin saydamlığını güvence altına almak ve yargılamada keyfiliği önlemektir. Bu yönüyle anılan ilke, hukuk devletinin en önemli gerçekleştirme

araçlarından birini oluşturur (Nevruz Bozkurt, B. No: 2013/664, 17/9/2013, § 32). 61. Bununla birlikte somut olayda olduğu gibi özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında özellikle hassasiyet arz eden kişisel verilerin korunmasının gözetilmesi gereken durumlarda yargı makamlarının gerekli tedbirleri alması ödevi bulunmaktadır. Bu doğrultuda derece mahkemelerince yargılamanın aleni yürütülmesinde var olan kamusal menfaat ile başvurunun mahremiyetinin korunması menfaati arasında adil bir denge kurulmalı ve ulaşılan sonuç hakkında hüküm kurulurken ilgili ve yeterli gerekçeler sunulmalıdır. 62. Somut olayda başvuru; İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinin 2010/347 esasına kayıtlı dava dosyasına göğüs bölgesini gösteren, ameliyat öncesi ve sonrası fotoğraflarını sunmuştur. Bu fotoğraflarda başvurunun yüzü görünmemektedir ancak dava dosyasında başvurunun kimliğini ortaya koyan bilgilerin mevcut olduğu dikkate alındığında söz konusu fotoğrafların -kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin veri- kişisel veri niteliğinde olduğuna kuşku yoktur. 63. Olayda; kadın olan başvurunun vücudunun göğüs bölgesine ilişkin fotoğraflarını ve sağlık bilgilerini içeren dava dosyasının gizli kalmasını istemesi, yargılamanın kamuya ve dolayısıyla üçüncü kişilere açık olarak görülmesinden ve mahrem bilgilerinin ifşa edilmesinden kaygı duyması özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin makul ve savunulabilir nitelikte bir taleptir. 64. Bunun yanı sıra başvurunun talebi yaklaşık yedi sene önce 26/10/2010 tarihinde yapılan tensip duruşmasında karara bağlanmış, gerekçesi açıklanmadan kabul edilmemiştir ve dava derdesttir. Dolayısıyla başvuru çok uzun bir süre mahrem fotoğraflarının üçüncü kişilerce görülebileceği tehlikesine maruz bırakılmıştır. Bu bakımdan başvurunun mahrem fotoğraflarına erişimin kısıtlanması hakkında özel hayatına ilişkin korunmaya değer önemli bir menfaatinin bulunduğu tartışmasızdır. 65. Yargı mercilerinin tarafların iddia ve taleplerini değerlendirmede takdir yetkileri olduğu açık olmakla birlikte kişilerin mahremiyeti, dolayısıyla özel hayatı üzerinde önemli etkiler doğurabilecek konulara ilişkin taleplerin reddi durumunda bunun gerekçelerinin ayrıntılı şekilde kararda gösterilmesi, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir. 66. 6100 sayılı Kanun'un 28. maddesinin üçüncü fıkrasında tarafların gizlilik talebi hakkındaki kararın gerekçelerinin esas hakkındaki kararla birlikte açıklanacağı hükmü yer almaktadır. Ancak maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere bu düzenleme, gizliliğe karar verilmesi durumunda gizliliğin amacını yok edecek açıklamaların alenen yapılmasının önlenmesi için getirilmiştir. Anayasa'nın 141. maddesinin üçüncü fıkrasında da "Bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır." denilerek mahkemelere her türlü kararların gerekçeli yazma yükümlülüğü yüklenmiştir. 67. Anayasa'nın üstünlüğü ve bağlayıcılığı dikkate alınarak 6100 sayılı Kanun'un 28. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan, tarafların gizlilik talebi hakkındaki kararın gerekçelerinin esas hakkındaki karar ile birlikte açıklanacağı düzenlemesinin bu konudaki ara kararların tamamen gerekçesiz olacağı şeklinde yorumlanması kabul edilemez. İlk derece mahkemesinin gizlilik talepleri hakkındaki ara kararını gizliliğin amacını yok edecek açıklamalardan kaçınarak ama mutlaka gerekçeli olarak vermesi gereklidir. Üstelik bu şekildeki ara kararların denetlenmesine yönelik etkili olağan kanun yolu bulunmadığı dikkate alındığında bu kararların gerekçeli olmasının önemi daha da artmaktadır. Zira tarafların muhakeme sırasında ileri sürdükleri iddialarının kurallara uygun biçimde incelenip incelenmediğini bilmeleri ve ayrıca demokratik bir toplumda, kendi adlarına verilen yargı kararlarının sebeplerini öğrenmelerinin sağlanması ancak gerekçe ile mümkündür. 68. İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesince 26/10/2010 tarihli ara kararı ile gizlilik talebi reddedilmiştir ancak bu kararda hiçbir gerekçe bulunmamakta olup hangi somut nedenlere bağlı olarak gizlilik kararı verilmediği açıklanmamıştır. Bir başka ifadeyle delil mahiyetinde dosyaya sunulan ve kişisel veri oluşturan bir fotoğraf hakkında gizlilik kararı verilmesinin "aleniyet ilkesi"ni neden ihlal edeceğinin gerekçesi ortaya konmamıştır. Bu bağlamda söz konusu kararların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe içermediği kabul edilmelidir. Buna göre derece mahkemesi kararı bu yönde tatmin edici gerekçe içermediği ve yedi yıldan bu yana derdest olan davada çok uzun bir süre başvurunun korunmaya çalıştığı riskle yüz yüze bırakılmış olması dikkate alındığında bireysel yarar ile kamu yararı arasında adil dengeyi sağlayacak bir önlem alınmadığı sonucuna ulaşılmıştır. 69. Açıklanan nedenlerle Anayasa'nın 20. maddesinde yer alan özel hayatın gizliliği hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir... Açıklanan gerekçelerle; A. Kamuya açık belgelerde başvurunun kimliğinin gizli tutulması talebinin KABULÜNE, ... D. Tazminat davasının İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde derdest olduğu dikkate alınarak özel hayatın gizliliği hakkının ihlalinin geleceğe dönük sonuçlarının ortadan kaldırılması için kararın bir örneğinin İzmir 4. Asliye Hukuk Mahkemesine GÖNDERİLMESİNE, E. 1. Özel hayatın gizliliği hakkının ihlali nedeniyle yalnızca ihlal tespitiyle giderilemeyecek olan manevi zararları karşılığında başvurucuya net 8.000 TL manevi tazminat ÖDENMESİNE, ... 25/10/2017 tarihinde OYBİRLİĞİYLE karar verildi." Ana. Mah., B. No.: 2014/ 14189, 25/10/2017 tarihli Kararı, (www.resmigazete.gov.tr, E.T. 17.11.2017).

yapılan işlemlerin alenî olması, davaya dahil olan kişiler dışındaki kişilerin dava dosyasına girmiş olan her türlü bilgi ve belgeyi inceleyebilmeleri veya örneklerini alabilmeleri sonucunu doğurmaz⁵⁹⁸.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun dosyanın taraflar ve ilgililerce incelenmesi başlıklı 161'inci maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, "*dava ile ilgili olanlar da bunu ispatlamak kaydı ve hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilir*". Anılan hüküm doğrultusunda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleyebilmesi için üç şartın bir arada varlığı gerekir. Başka bir deyişle, söz konusu üç şartın bir arada bulunmaması halinde, üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemesi mümkün değildir. Bu şartlar, üçüncü kişinin dava ile ilgili olması, dava ile ilgisini ispatlaması ve hâkimin iznidir. Görüldüğü gibi, davaya dahil olmayan üçüncü kişiler yalnızca mahkemenin işlemlerinin alenî olması gerekçesiyle dava dosyasını inceleme hakkını elde edemezler. Üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleyebilmeleri, dava ile ilgili olduklarını ispat etmelerine bağlıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesinin gerekçesine göre, bu durumda üçüncü kişilerin dava ile ilgilerini yaklaşık olarak ispat etmeleri yeterlidir. Üçüncü kişiler, yaklaşık olarak ispata yarayan delilleri göstermeli ve hâkimin iznini almalıdır. Dava dosyasının incelenmesi yönündeki menfaat yaklaşık olarak ispat edilse dahi, hâkim incelemeye izin vermek zorunda değildir. Bu konuda hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca hâkim, üçüncü kişinin dava dosyasının tümünü incelemesini sağlamak zorunda da değildir. Hâkim bu konuda takdir yetkisini dava dosyasının belirli kısımlarının incelenmesi yönünde kullanabilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesi, üçüncü kişilerin dava dosyasını sadece incelemelerine izin verir. Bu sebeple kendilerine dava dosyasını inceleme hakkı verilen üçüncü kişiler, dosya içeriğinde bulunan bilgi ve belgelerin suretlerini alamazlar. Dava dosyasını inceleme hakkı üçüncü kişilere devam eden yargılamada veya yargılamanın tamamlanmasından sonra verilebilir.

3.1.2.3.5. Değerlendirme

Karşılaştırmalı hukukta üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkına ilişkin düzenlemeler perspektifinde hukukumuza bakıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesindeki düzenlemenin kişisel verilerin korunmasına tam anlamıyla hizmet edemediği görülmektedir. 95/ 46/ EC sayılı Direktifin ve devamında 2016/ 679/ EC sayılı

⁵⁹⁸ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 902.

Tüzüğün amacına uygun olarak, Almanya ve Avusturya hukukunda üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı bakımından öncelik tarafların iradelerine verilmiştir. Eğer tarafların iradeleri yoksa, üçüncü kişiler ancak dava dosyasını inceleme konusunda hukukî menfaatleri olduğuna dair mahkemede kanaat oluşturmaları halinde bu hakka kavuşabilmektedir. Bu durumda söz konusu imkân tarafların iradelerinin dışında üçüncü kişilere tanındığı için, inceleme hakkının mümkün olduğunca sınırlı şekilde sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Ayrıca karşılaştırmalı hukuk doktrininde, üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı için aranan şartların tarafların bu konudaki izinleriyle sınırlı olması dahi eleştirilmektedir. Çünkü dava dosyasında taraflar dışındaki kişilerin de verileri olabilir, bu veriler her iki taraf da izin verdiği için üçüncü kişilerce öğrenilebilir ve böyle bir durumda bu kişilerin dosya içeriğinin gizli tutulması konusundaki menfaatleri bakımından problem ortaya çıkar.

Hukukumuzdaki kanunî düzenlemenin lafzî olarak yorumlanması halinde üçüncü kişilere dava dosyasını inceleme hakkı, tarafların iradelerinin ne yönde olduğu önemsenmeksizin tanınabilir. Çünkü anılan maddede üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleyebilmesi için aranan şartlar arasında, tarafların izinlerinin olması sayılmamıştır. Bu durum, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından ciddi bir handikaptır. Söz konusu handikabın aşılması için Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun uygulanmasının kabul edilmesi de mümkün değildir. Bunun sebebi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda bulunan, yargılama işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları tarafından kişisel verilerin işlenmesi halinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı yönündeki istisnadır. Böyle bir istisna kabul edilmemiş olsaydı dahi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun uygulanması mümkün olamazdı. Her ne kadar Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun 8’inci maddesinin birinci fıkrasında *“kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz”* hükmü kabul edilmiş olsa da, anılan maddenin *“kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır”* hükmünü içeren üçüncü fıkrası sebebiyle, birinci fıkra Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 161’inci maddesi karşısında uygulama alanı bulamazdı.

Hukukumuzda ortaya çıkan bu endişe verici durumun giderilmesi için önerebileceğimiz temel iki çözüm vardır. Bunlardan ilki, uzun vadede gerçekleştirilebilecek olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 161’inci maddesinde kişisel verilerin korunması hakkının gerekliliklerine uygun şekilde değişiklik yapılmasıdır. Bu bağlamda, ilgili üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleyebilmeleri için madde metninde aranan ilk şart, taraflardan

izin alınması olmalıdır. Eğer tarafların izinleri yoksa, bu hak üçüncü kişiye ancak dava ile ilgili olduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi halinde tanınmalıdır. Dava ile ilgili olmak, muğlak bir ifadedir. Kanaatimizce üçüncü kişinin salt merakı ya da ekonomik menfaati dava dosyasını inceleyebilmesi için yeterli görülmemelidir. Üçüncü kişi, dava dosyasını inceleme hakkından faydalanabilmek için, hukukî menfaati olduğunu yaklaşık olarak ispat etmelidir.

Hâlihazırda var olan sakıncanın ortadan kaldırılabilmesi için ise, üçüncü kişilere tanınan yasal hakların yorumlanmasında, hukukî dinlenilme hakkı ve bilginin geleceğini belirleme hakkı birlikte dikkate alınmalıdır. Üçüncü kişinin dava dosyasını incelemeyi talep etmesi halinde hâkim, bilgilenme hakkı gereği bu durumu taraflara bildirmeli, açıklama hakkına uygun olarak tarafların bu konudaki görüşlerini dinlemeli ve tarafların iradelerini dikkate alarak sonuca varmalıdır. Bu durumda bilginin geleceğini belirleme hakkının taraflara hâkimin takdir yetkisine etki edebilme imkânı sağladığının altı çizilmelidir. Ancak bu hakkın dosya inceleme hakkına ne ölçüde etkili olacağı tartışmalıdır. Bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkı göz önünde bulundurularak yorum yapılmasının sınırı, açık kanun hükmünün lafzı ve anlamına aykırı bir anlam yaratılması olmalıdır. Bu sınır içinde kurulması gereken dengede, bir tarafta davanın tarafları için neyin tehlikede olduğu, diğer tarafta ise, başvuruda bulunan üçüncü kişinin menfaatine ne ölçüde müdahale edildiği önem taşır.

Doktrinde bu dengenin sağlanması konusunda farklı görüşler vardır. Görüşlerden biri⁵⁹⁹, davanın taraflarının kişisel verilerini gizli tutma menfaatlerinin ilke olarak önde tutulması gerektiğini savunmaktadır. Bilginin geleceğini belirleme hakkına ağırlık veren söz konusu görüşe göre, eğer bir taraf yargılamanın aleniyetinin kaldırılmasını talep ederse, mahkeme bunu daima kabul etmelidir⁶⁰⁰. Bu durum, aleniyet ilkesinin sonuçlarından biri olan dava dosyasının incelenmesi hakkına aktarılabilir. Diğer bir görüş⁶⁰¹ ise, ilke olarak dosya inceleme menfaatine öncelik tanımaktadır. Ancak anılan her iki görüş de aslında

⁵⁹⁹ Bu yönde bkzn. KÖBL, Ursula; “Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form?”, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, Köln, Berlin, Bonn, Münih 1972, s. 243.

⁶⁰⁰ Almanya’da adli yargı reformu hazırlığı için 1955 tarihinde kurulan komisyon, kişilik haklarının korunmasına verilen önemin güçlendirilmesi amacıyla, aleniyetin sadece taraflardan ikisinin de kabul etmesi halinde mümkün olacağı yönündeki önerisiyle bu görüşü daha da ileri taşımıştır. Bilgi için bkzn. Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Bonn 1961, s. 171.

⁶⁰¹ § 170 GVG hükmünde öngörülen aile hukukuna ilişkin duruşmaların kamuya kapalı yapılacağı yönündeki düzenlemenin, § 299 Abs. 2 ZPO hükmünün sınırı olarak nitelendirilmemesi gerektiği, aksine aile hukukuna ilişkin yargılamalarda da ilke olarak § 299 Abs. 2 ZPO gereğince inceleme hakkı sağlanması gerektiği yönünde bkzn. BLAU, Günter; “Die Einschaltung von Eheberatungsstellen in das Scheidungsverfahren”, JZ, Sy. 23, Aralık 1952, s. 713. Bu konuda LG Dortmund tarafından verilen boşanma davası dosyasının kusurlu eşin işverenine gönderilebileceği yönündeki karar dikkat çekicidir. Karar için bkzn. LG Dortmund NJW 1950, S. 509.

terazinin bir kefesine önem verdiği için tarafların menfaatleri ile üçüncü kişilerin menfaatleri arasında makul bir denge sağlamaktan uzaktır.

Dava dosyasının incelenmesiyle oluşan veri aktarımı, alenî duruşmalarda olduğu gibi, bilhassa dosyaların içeriğinde yer alan kişisel verilerin yıllarca saklanacağı dikkate alındığında, ilgili kişilerin kişilik haklarına ciddi şekilde müdahale edilmesine yol açar. Kanaatimizce böyle durumlarda davanın taraflarının bilginin geleceğini belirleme hakları ve bu bağlamda kişisel verilerinin korunması hakları ile üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakları arasında katı yaklaşımlarla öncelik-sonralık ilişkisi kurulmaya çalışılması doğru değildir. Üçüncü kişinin dava dosyasını inceleme talebini alan hâkim, somut olayın özelliğine ve tarafların durumlarına göre takdir yetkisini kullanmalıdır. Anılan çerçevede hâkim öncelikle, dosyanın incelenmesi halinde davanın taraflarının kişisel verileri bakımından korunmaya değer menfaatlerinin zedelenip zedelenmeyeceğini araştırmalıdır⁶⁰².

Hâkimin takdir yetkisini etkileyebilecek bazı durumlar da vardır. Örneğin, *evleviyet* (*Erst-Recht-Schlusses*) gereği yargılamanın aleniyeti ilkesinin sınırlandırıldığı ya da kaldırıldığı durumlar, dava dosyasının incelenmesi hakkı için de dolaylı olarak öneme sahiptir. Eğer Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesinin ikinci fıkrası gereğince gizli yargılama yapılmasına karar verilmişse, aynı yargılamada tarafların kişisel verilerini gizli tutma menfaatleri üçüncü kişilerin dosya inceleme menfaatleri karşısında evleviyetle daha fazla değere sahip olur⁶⁰³. Bu sebeple yargılamanın alenî yapılıp yapılmayacağı konusundaki bakış açısı, dava dosyasının incelenmesi kararında da dikkate alınmalıdır. Böyle durumlarda, özellikle gizli yargılamaya konu olan kısım bakımından dava dosyasının incelenmesi hakkı da sınırlandırılmalıdır⁶⁰⁴. Ayrıca tarafların sır saklama menfaatleri de dikkate alınarak, sır içeren kısımlar üçüncü kişinin dosya inceleme menfaatiyle doğrudan bağlantılı olmadığı ölçüde üçüncü kişiye sunulmamalıdır. Aksi takdirde gizli yargılama yoluyla sağlanmaya çalışılan koruma, dava dosyasının incelenmesiyle aşılmış olur.

Gizli yargılama yapılmasına gerek duyulmasa dahi, dava dosyasının içerdiği verilerin hassasiyetine göre bilginin geleceğini belirleme hakkına verilen önemin artırılması gerekir. Üçüncü kişinin dava dosyasını incelemesine izin verilmesi halinde, İsviçre hukukunda kabul edildiği gibi, tarafların gizli kalmaları yönünde haklı menfaatlerinin olduğu veri ve bilgiler

⁶⁰² MALMSTRÖM, s. 124.

⁶⁰³ Aynı yönde bkz. LIEBSCHER, s. 108.

⁶⁰⁴ SIMOTTA, Einige Probleme I, s. 801.

anonim hale getirilebilmelidir. Aksi takdirde, tarafların kişisel verilerinin korunması haklarının ihlâlüne zemin hazırlanmış olur.

3.1.2.4. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Mahkeme Kararının Yayımlanmasında Korunması

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin korunması bakımından mahkeme kararlarının yayımlanması özel öneme sahiptir. Mahkeme kararlarının yayımlanması, bir yandan hukukun gelişimine ve medenî yargılama hukukunun temel ilkelerinden birisi olan aleniyet ilkesine hizmet ederken, diğer yandan taraflar ve yargılamaya dahil olan diğer kişilerin kişisel verilerinin korunması haklarının ve özel hayatlarının gizliliğinin ihlâli tehlikesini doğurur⁶⁰⁵. Kişisel verilerin korunması hakkı bakımından ortaya çıkan tehlike, kararlar yayımlanırken tarafların ve diğer ilgililerin isimlerinin açıkça anılmasından ya da kimliklerinin anlaşılmasından kaynaklanır. Bu suretle de mahkeme kararlarında adı geçen kişilerin özel ve mahrem hayat alanlarının gizliliği riske girer.

Mahkeme kararlarında tarafların ve diğer ilgililerin isimleri, tamamı zikredilerek, anonim hale getirilerek veya kısaltılarak yazılabilir. Karşılaştırmalı hukukta mahkeme kararlarında isimlerin yazılması konusunda, kişisel verilerin korunmasına duyulan hassasiyetin derecesine göre farklı uygulama ve görüşlerin kabul edildiği görülmektedir. Bu farklılıkların sadece Anglo-Sakson Hukuk Sistemi ile Kıta Avrupası Hukuk Sistemi arasında yaşanmadığı, Kıta Avrupası Hukuk Sistemi içinde de ortaya çıktığı dikkat çekmektedir⁶⁰⁶. Örneğin Almanya, Avusturya ve Yunanistan hariç olmak üzere Avrupa Birliği'ne üye olan ülkeler ile İngiltere ve Amerika'da mahkeme kararları yayımlanırken tarafların isimleri açıkça yazılmaktadır⁶⁰⁷. Avrupa Adalet Divanı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi⁶⁰⁸ ve

⁶⁰⁵ KNERR, Gerhard; Die Veröffentlichung von Namen in gerichtlichen Entscheidungen, Marburg 2004, s. 1; KURT KONCA, SDÜHFD, s. 72; KURT KONCA, Aleniyet, s. 208.

⁶⁰⁶ HIRTE, Heribert; "Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen Zum Spannungsverhältnis von Persönlichkeitsschutz und Interessen der Öffentlichkeit", NJW 1988, s. 1705; KNERR, s. 81 vd.

⁶⁰⁷ Amerika ve İngiltere'de ceza yargılamasına ilişkin kararlar da dahil olmak üzere tüm mahkeme kararları isimler anılarak yayımlanmaktadır. AB ülkelerinde ise, medenî ve idarî yargılamaya ilişkin kararlarda bu durum geçerlidir. Belçika, Lüksemburg, Hollanda, İspanya ve Portekiz'de mahkeme kararlarının tamamında tarafların isimleri açıkça yer alırken, Fransa ve İtalya'da kararların çoğu bu şekilde yayımlanmaktadır. İsviçre'de tarafların isimleri tam olarak yazılmakla birlikte, tanıklar ve bilirkişilerin isimleri tanınmaz hale getirilmektedir. JAUERNIG, Othmar; "Dürfen Prozeßbeteiligte in veröffentlichten Zivilentscheidungen namentlich genannt werden?", Festschrift für Eduard Botticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969, s. 240; KNERR, s. 81 vd.

⁶⁰⁸ AİHM, yargılamanın aleniyeti ile kamunun yargılama sonrasında mahkeme kararına kolayca erişebilmesinin eşit derecede önemsemektedir. Bu yönde bkz. AİHM, Axen v. Almanya Kararı, B. No.: 8273/78, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57426>, E.T. 25.11.2017).

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları ise başvuranların soy isimleriyle anılmakta⁶⁰⁹ ve kapsamı dar tutulan istisnaî durumlar dışında, kararlar başvuran ve diğer ilgililerin isimleri gizlenmeden yayımlanmaktadır⁶¹⁰.

Geleneksel yaklaşımdan doğan bir uygulama benimseyen Alman hukukunda ileri sürülen görüş ve önerilerin üzerinde özellikle durulması, hukukumuzdaki durumun değerlendirilmesi bakımından faydalı olacaktır.

3.1.2.4.1. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda geleneksel yaklaşım gereği mahkeme kararlarında isimler genellikle zikredilmemektedir⁶¹¹. 1970’li yıllardan beri, özellikle de 1983 tarihli Nüfus Sayımı Kararından sonra, mahkeme kararları isimler anonimleştirilerek veya kısaltılarak yayımlanmaktadır⁶¹². Kararlarda, taraflar, vekiller, tanıklar, bilirkişiler ve adı geçen diğer kişilerin isimleri karartılmak veya sadece baş harfleri verilmek suretiyle tanınmaz hale getirilmektedir. Ayrıca, taraflarla ilişkisi kolayca kurulabilen diğer kişilerin, firmaların ve yerlerin isimleri de kısaltılmakta veya karartılmaktadır⁶¹³. Ancak bu uygulama istisnasız değildir. Örneğin, özellikle *mutlak anlamda kamuya mâl olmuş kişiler (absolute Personen der Zeitgeschichte)* hakkında verilen kararlar, kamunun ilgisini çeken sansasyonel olay şeklinde nitelendirildikleri için, bu kişilerin isimleri açık olarak yayımlanmaktadır⁶¹⁴. Aynı durum, büyük firmalar ve bunların ürünleri hakkında verilen kararlar için de geçerlidir. Fakat böyle durumlarda da kararda anılan diğer kişilerin isimleri genellikle tanınmaz hale getirilmektedir⁶¹⁵. Mahkeme kararlarında tüzel kişilerin isimlerinin tam olarak anılması ayrıca ele alınmaktadır. Buna göre, her ne kadar bilginin geleceğini belirleme hakkının tüzel kişiler için uygulanamayacağı kabul edilse de, bu tüzel kişilere ait verilerin tamamen korumasız bırakılacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Özellikle işletme sırları ve ticarî sırların korunması konusunda, tüzel kişilerin de nitelikleri gereği uygulanabildiği ölçüde temel haklardan yararlanabileceğine ilişkin Art. 19, Abs 3 GG kapsamında, Art. 9, 12, 14 ve Art. 2 Abs 1 GG hükümlerinden doğan haklardan faydalanabileceği kabul edilmektedir⁶¹⁶.

⁶⁰⁹ Örneğin Burmych ve Diğerleri v. Ukraine Başvurusu, Regner v. Çek Cumhuriyeti Başvurusu gibi.

⁶¹⁰ Örneğin AİHM, Axen v. Almanya Kararı, B. No.: 8273/ 78, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-57426>, E.T. 25.11.2017), “Başlangıçta X olarak anılan başvuru, daha sonra kimliğinin açıklanmasına rıza göstermiştir”.

⁶¹¹ JAUERNIG, s. 220; KNERR, s. 69.

⁶¹² KNERR, s. 71; LIBSCHER, s. 124; JAUERNIG, s. 226.

⁶¹³ JAUERNIG, s. 219; KNERR, s. 71.

⁶¹⁴ KNERR, s. 72, 73; JAUERNIG, s. 220; LIBSCHER, s. 124.

⁶¹⁵ JAUERNIG, s. 221; KNERR, s. 73.

⁶¹⁶ KNERR, s. 419 vd.

Bu kapsamda, tüzel kişilerin de mahkeme kararlarının yayımlanmasında isimlerinin tam olarak anılmamasını talep etme hakları olmalıdır.

Mahkeme kararlarının yayımlanmasında kabul edilen bu yaklaşım doktrinde eleştirilmektedir⁶¹⁷. Buna göre, geleneksel yaklaşım ilk bakışta tarafların kamunun meraklı bakışlarından korunmaları için faydalı gibi görünse de, aleniyet ilkesinin amacı karşısında geçerli kalamamalıdır. Çünkü kanun koyucu, kamunun aleniyetten kaynaklanan menfaatini tarafların gizli tutma menfaatlerinin üstünde görmüş ve aleniyetin sadece istisnâ hallerde kaldırılabilirliğini kabul etmiştir. Söz konusu görüşün vardığı sonuçları şu şekilde özetlemek mümkündür⁶¹⁸: Medenî yargılama sonucunda verilen kesin hükümler, kural olarak, tarafların, tanıkların ve diğer kişilerin isimleri anılarak yayımlanmalıdır. İlgili kişiye ancak talebi üzerine isminin anılması konusunda koruma sağlanabilir. Talepte bulunan kişi gizli tutma konusunda haklı menfaati olduğunu ileri sürerse, kararda ismi gizlenebilir. Kararın konusu, evlilik birliğine, nesebe veya kısıtlanmaya ilişkin ise, somut durumda isminin anılması bireyin meslekî ilerlemesini tehlikeye atacaksa veya ismin anılması daha önceden kamuya açıklanmamış bir kişilik hakkı ihlâlini ifşa edecek ve böylece ihlâlin etki alanı genişleyecekse gizli tutma menfaati haklı sayılmalıdır. Ayrıca tüzel kişiler, kararın yayımlanmasında tam isimleriyle anılmalıdır. Çünkü tüzel kişilerin *özel hayat alanı* yoktur ve bu sebeple Art. 19 Abs. 3 GG kapsamında bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkının tüzel kişilere de tanınması mümkün değildir⁶¹⁹. Somut olayda tüzel kişi hakkında bilgi edinilmesi, tüzel kişinin üyelerinin veya hissedarlarının özel hayat alanları hakkında da sonuç çıkarılmasına neden olabilir. Ancak bu durumda dahi, tüzel kişinin korunmaya değer olduğu kabul edilemez. Çünkü üyeler veya hissedarlar, ticaret sicili veya dernek kütüğü yoluyla tüzel kişiye ilişkin bilgilere kolayca ulaşılabileceğinin bilincinde sayılmalıdırlar. Bu tüzel kişiliğin avantajları karşısında ödenmesi gereken bir bedel olarak görülmelidir⁶²⁰. Söz konusu durum hem kamu hukuku tüzel kişileri hem de özel hukuk tüzel kişileri için geçerlidir. Dolayısıyla kamu hukuku tüzel kişilerinin “*Stadt K.*⁶²¹”, “*Land N.*⁶²²” gibi kısaltmalarla anılmalarına gerek yoktur. Anlatılan bu görüş kısmen destek görse de, mahkeme kararlarının yayımlanması bakımından geleneksel yaklaşımın uygulanmaması konusunda bir etki doğuramamıştır.

⁶¹⁷ Eleştiriler için bkz. JAUERNIG s. 219 vd.

⁶¹⁸ JAUERNIG, s. 241.

⁶¹⁹ HIRTE, s. 1704.

⁶²⁰ HIRTE, s. 1704.

⁶²¹ Örneğin OLG Koblenz, NJW 2017, 3310.

⁶²² Örneğin BGH, NJW-RR 2011, 959.

Baskın olarak kabul edilen geleneksel yaklaşım çerçevesinde, mahkeme kararlarında isimlerin neden tanınmayacak hale getirilmesi gerektiği farklı görüşlerle açıklanmaktadır⁶²³.

Bir görüş⁶²⁴, bu durumun doğrudan doğruya yargı yetkisinden kaynaklandığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, başka bir gerekçe göstermeksizin ya da kişilik hakkı ve verilerin korunmasına işaret etmeksizin, mahkeme kararlarında isimlerin anonimleştirilmesi yükümlülüğü yargı yetkisinden doğan doğal bir sonuçtur. *Devletin yaptığı her faaliyetin kamuoyu tarafından bilinmesi kuralı (Publizitätsgebots für jedes staatliche Handeln)* gereği anonimleştirilerek yayımlanan kararlar ile § 299 ZPO gereğinde üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkı ayırt edilmelidir⁶²⁵. Federal Almanya İdare Mahkemesi de mahkeme kararının anonimleştirilerek ve tarafsızlaştırılarak yayımlanmaya hazır hale getirilmesinin kamu faaliyetinin ilk aşaması olduğuna dikkat çekmektedir⁶²⁶.

Diğer bir görüş⁶²⁷, mahkeme kararlarının yayınlanmasında üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme hakkını düzenleyen § 299 Abs. 2 ZPO' nun kıyasen uygulanabileceğini kabul etmektedir. Mahkeme kararlarının yayımlanması, § 299 Abs. 2 ZPO kapsamına girmemektedir⁶²⁸. Ancak bu görüş, iki durumun benzer konulara ilişkin olduğu ve aynı menfaat alanına yöneldiğinden bahisle, hakkında ayrı bir düzenleme bulunmayan mahkeme kararlarının anonimleştirilerek yayımlanmasına § 299 Abs. 2 ZPO hükmünün kıyasen uygulanabileceğini ileri sürmekte ve mahkeme kararlarının yayımlanmasına esas olan kriterleri buna dayanarak belirlemektedir. Buna göre, dava dosyasının incelenmesi hakkında olduğu gibi, mahkeme kararlarının yayımlanmasında da mahkeme takdir yetkisine sahiptir⁶²⁹. Bu suretle, üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemesi sorunda olduğu gibi, mahkeme kararlarının yayımlanması konusundaki kamu menfaati ile bilginin geleceğini belirleme hakkı ve verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler kapsamında tarafların özel hayatlarının gizliliğinin korunması menfaati dengelenmelidir. Dava dosyasını inceleme talebinde bulunan kişi, inceleme sonucunda taraflar ve adı geçen diğer kişiler hakkında bilgi sahibi olacağı için, öncelikle haklı bir menfaat sunmalı ve yapılan dengeleme neticesinde bu menfaat ilgililerin gizli tutma menfaatlerine ağır basmalıdır. Ancak böyle bir dengenin pratik

⁶²³ KNERR, s. 90 vd.

⁶²⁴ SAENGER ZPO § 299 Rn. 24; MüKoFamFG/ Pabst FamFG § 13 Rn. 24.

⁶²⁵ OLG Celle, NJW 1990, 2571; SAENGER ZPO § 299 Rn. 24.

⁶²⁶ Bu yönde bkz. BVerwG, NJW 1988, 1746; BVerwG, NJW 1997, 2571.

⁶²⁷ Bu yönde bkz. STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, § 299 ZPO Rn. 23; ZÖLLER/ GREGER, § 299 ZPO Rn. 7; KISSEL, § 12 GVG Rn. 124 vd. (Naklen KNERR, s. 92); LIEBSCHER, s. 127.

⁶²⁸ LIEBSCHER, s. 126.

⁶²⁹ STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, § 299 ZPO Rn. 20; KISSEL, § 12 GVG Rn. 114, (Naklen KNERR, s. 93).

anlamda sağlanmasında mahkeme kararlarının yayımlanması bakımından sorun ortaya çıkar. Söz konusu sorun, ancak mahkeme kararları yayımlanırken isimlerin tanınmaz hale getirilmesi suretiyle aşılabılır ve böylece menfaatler arasında denge kurulabilir⁶³⁰.

Başka bir görüş, verilerin korunması hukukuna ilişkin düzenlemeler gereğince mahkeme kararları yayımlanırken isimlerin her zaman tanınmaz hale getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Anılan görüşe göre⁶³¹, mahkeme kararlarının yayımlanması konusunda kanunî boşluk, sadece anonimleştirilerek yayımlanan kararlar bakımından vardır. Böyle durumlarda, § 299 Abs. 2 ZPO'nun kıyasen uygulanması mümkündür⁶³². İsimler anonimleştirilmeden yayımlanan mahkeme kararları ise, doğrudan doğruya Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG) ve eyaletlerin veri koruma kanunları kapsamında değerlendirilmelidir⁶³³. Çünkü mahkeme kararlarının yayımlanması, yargının görevidir ve verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yargı faaliyeti için de uygulanabilir. Anonimleştirilmeden yayımlanan mahkeme kararları, mahkeme dosyasına işlenen verileri içerir. Bu verilerin yayımlanması ise, ilan şeklinde bir veri aktarımı oluşturur⁶³⁴. Anonimleştirilerek yayımlanan kararların tersine, böyle durumlarda karar belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkindir ve bu sebeple veri koruma kanunlarının koruma alanına girer⁶³⁵. Bu görüş ayrıca, aleniyet ilkesinin mahkeme kararlarının isim anılarak yayımlanmasına elverişli bir dayanak olmadığını kabul etmektedir⁶³⁶.

Bir diğer görüş ise⁶³⁷, mahkeme kararlarının yayımlanmasında isimlerin açıkça anılmasının dayanağı olarak aleniyet ilkesini görmektedir. § 169 GVG gereği, duruşmalar ve kararın bildirilmesi alenî olmalıdır. Bu yolla, kamunun yargıyı denetlemesi ve yargılama hakkında bilgilendirilmesi sağlanır. Her ne kadar § 169 GVG yargılamanın aleniliğini duruşmalar ve kararın bildirilmesi ile sınırlandırmış olsa da, günümüz şartlarında, halkın duruşmalara katılması yoluyla aleniyet ilkesinin amacının gerçekleştirilebileceğini kabul etmek yeterli görülmemelidir. Dolaylı aleniyet ve bu kapsamda medya aleniyeti ile mahkeme kararlarının yayımlanması da aleniyet ilkesine hizmet eden unsurlar olarak dikkate

⁶³⁰ KISSEL, § 12 GVG Rn. 126, (Naklen KNERR, s. 92).

⁶³¹ LIEBSCHER, s. 127 vd; Prütting, bu durumda veri koruma kanunlarının uygulanabileceğini kabul etmekle birlikte, bunları usul hukuku kurallarıyla dengelemek istemektedir, PRÜTTING, Datenschutz, s. 464 vd.

⁶³² LIEBSCHER, s. 127.

⁶³³ LIEBSCHER, s. 127.

⁶³⁴ LIEBSCHER, s. 127.

⁶³⁵ LIEBSCHER, s. 127; Mahkeme kararı, taraflar ve diğer kişilerin isimlerinin yalnızca baş harfleri verilmek suretiyle yayımlansa da, verilen diğer bilgilerle birlikte kararda yer alan kişi tanıdıklarınca ayırt edilebilir hale gelmişse, bu durum belirlenebilir olması için yeterlidir, KNERR, s. 95, dp. 802.

⁶³⁶ LIEBSCHER, s. 130.

⁶³⁷ BVerwG, NJW 1997, 2694 vd; ESLAMİ, s. 174; KNERR, s. 164 vd.

alınmalıdır. Bu sebeple, mahkeme kararları yayımlanırken aleniyet ilkesi gereğince davanın taraflarının isimlerinin açıkça yazılması gerektiği kabul edilmektedir⁶³⁸. Bunun gerekçesi olarak, kanun koyucunun tarafların gizli tutma menfaatlerini kamunun aleniyet menfaatinin altında görmesi gösterilmektedir. Dolayısıyla, alenî şekilde yapılan yargılama sonunda yayımlanan kararda isimlerin açıkça yazılması, menfaat dengesinin de göz önünde bulundurulması şartıyla mümkün olmalıdır. Burada kamunun bilgilendirilme menfaati ile aleniyetin kaldırılmasını haklı çıkaran menfaatlerin dengelenmesi gerekir. Eğer bilgilendirilme menfaati kişilik haklarının korunması menfaatine ağır basıyorsa, karar isimler açıkça anılarak yayımlanmalıdır. Buna karşın, aleniyetin kaldırılması yoluyla yapılan yargılama sonucunda verilen kararlar yayımlanırken, isimler açıkça anılmamalıdır. Şu durumda, mahkeme kararlarının yayımlanmasında isimlerin anılması bakımından dikkate alınması gereken husus, yargılamada aleniyetin kaldırılmış olup olmadığıdır. Sadece resmî yayınlar değil, özel yayınlar da mahkeme kararlarını yayımlarken aleniyetin kaldırılmasına ve menfaat dengesine ilişkin kriterleri göz önünde bulundurmalıdır⁶³⁹.

3.1.2.4.2. Türk Hukukunda Durum

Hukukumuzda mahkeme kararlarının tümünün yayımlandığı bir sistem henüz hayata geçirilmiş olmamakla birlikte, yüksek mahkeme kararlarının yayımlanması hakkında ilgili kanunlarda düzenlemeler yapıldığı görülmektedir. Anayasa'nın 154'üncü maddesinin altıncı fıkrası gereğince, Anayasa Mahkemesi kararları Resmî Gazetede hemen yayımlanır. Bu kapsamda Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanunun çeşitli maddelerinde (md. 50/ f.III, md. 52/ f. V, md. 66/ f. VIII gibi) Anayasa Mahkemesi kararlarının Resmî Gazetede yayımlanmasına ilişkin hükümler sevk edilmiştir. Bunun gibi, Yargıtay Kanunu (md. 50), Danıştay Kanunu (md. 88), Uyuşmazlık Mahkemesinin Kuruluş ve İşleyişi Hakkında Kanunda da (md. 29) kararların yayımlanmasına ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Örneğin Yargıtay Kanunu'nun 50'inci maddesi ile Yayın İşleri Müdürlüğü'ne kararları ve özetlerini fihristleriyle, resmî külliyat olarak teselsül eden ciltler halinde yayınlamak görevi verilmiştir. Anılan madde gereğince Yargıtay kararları⁶⁴⁰,

⁶³⁸ JAUERNIG, s. 230 vd; KNERR, s. 164 vd.

⁶³⁹ KNERR, s. 334.

⁶⁴⁰ Danıştay 10. Dairesi, Yargıtay tarafından verilen bütün kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama yapılmadan, UYAP ortamında, davalı idarenin web sayfasında veya diğer elektronik yayım yöntemleri ile ücretsiz olarak herkesin erişimine açılması, kararların sayısal etiketler yanında, kanun adı, madde numarası gibi kriterler ile de aramalara hazır bulundurulması talebiyle yapılan başvurunun reddine ilişkin açılan iptal davasının temyiz incelemesi sonucunda şu gerekçelerle bozma kararı vermiştir: "...2577 sayılı *İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 2. maddesinde "İdari yargı yetkisi, idari eylem ve işlemlerin hukuka uygunluğunun denetimi ile sınırlıdır. İdari mahkemeler; yerindelik denetimi yapamazlar, yürütme görevinin kanunlarda gösterilen şekil*

Yargıtay Kararları Dergisinde⁶⁴¹ ve Yargıtay'ın resmî internet sitesinde yayımlanmaktadır⁶⁴². Resmî yayınlar dışında, yüksek mahkeme kararlarını yayımlayan özel yayınlar da vardır.

Karşılaştırmalı hukukta mahkeme kararları yayımlanırken kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında en çok üzerinde durulan isimlerin anonimleştirilmesi konusunda, hukukumuzda farklı uygulamalar bulunmaktadır.

Anayasa Mahkemesi Kararları genellikle başvuranların isimleri tanınmaz hale getirilmeden yayımlanmaktadır. Bireysel başvuru kararları ise, doğrudan doğruya başvuru sahiplerinin ad-soyadları ile isimlendirilmektedir⁶⁴³. Doktrinde, kararların başvuru sahiplerinin ad-soyadları ile isimlendirilmesinin özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁶⁴⁴. Bu görüşün gerekçesi şu şekilde ifade edilmektedir⁶⁴⁵: “*Birincisi, alenî bir yargılama sonunda verilen kararlar tarafların değil, kamunun malıdır; kamusal mal*

ve esaslara uygun olarak yerine getirilmesini kısıtlayacak, idari eylem ve işlem niteliğinde veya idarenin takdir yetkisini kaldıracak biçimde yargı kararı veremezler.” kuralı bulunmaktadır. Bu kuralın değerlendirilmesinden, idarelerin, kanunlarla verilmiş görevleri, yine kanunlarda gösterilen usullere uygun olarak yerine getirmekle yükümlü oldukları, kanunların imkan verdiği hallerde takdir yetkisini kullanabilecekleri, kanunlarla yerine getirilmesi görev olarak yüklenmemiş talepleri karşılamaya veya kanunlarda gösterilenin dışında usuller izlemeye ya da takdir yetkisinin hukuka uygun olarak kullanımında belirli tercihlerde bulunmaya, yargı kararıyla zorlanamayacakları sonucuna ulaşılmaktadır. 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nda veya başkaca bir kanunda, davacının başvurusuna konu talebin karşılanmasını, Yargıtay Başkanlığına görev olarak yükleyen bir kural bulunmamaktadır. Buna göre, davalı idarenin, başvuru konusu talebi karşılamaya yargı kararıyla zorlanamayacağı açıktır. Öte yandan, Yargıtay'ca verilen bütün kararların, hiçbir ayırım ve ayıklama yapılmadan, herkesin erişimine açılması, taraflara ait kişisel bilgilerin ifşasına neden olarak, 2709 sayılı T.C. Anayasası'nın 20. maddesinin “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” kuralını içeren 1. fıkrasına aykırılık oluşturabilecektir. Çok sayıda kararın ayırım ve ayıklama yapılarak erişime açılması ise, yüksek düzeyde mali ve personel altyapısını gerektireceği için, idarenin takdir yetkisi kapsamında alacağı karara bağlıdır. Kaldı ki, imkanlar dahilinde, Yargıtay'ca verilen bazı kararlar, ayırım ve ayıklama yapılarak, elektronik (Yargıtay web sitesi) ve basılı (Yargıtay kararları dergisi) ortamda halen erişime açık tutulmaktadır. Esasen, Türk Milleti adına verildiği için kamuya ait nitelik taşıyan Yargıtay kararlarının, 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca harçlandırılmak suretiyle, onaylı örneklerinin alınmasına hukuki bir engel de bulunmamaktadır. Bu durumda, temyizden incelenen Mahkeme kararında hukuksal isabet bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.” Danıştay 10. Dairesi, 2009/ 3337 E., 2013/ 7110 K. sayılı Kararı için bkz. http://www.danistay.gov.tr/upload/guncelkarar/02_02_2015_093753.pdf, E.T. 05.12.2017.

⁶⁴¹ Ocak 1975-Aralık 2006 tarihleri arasında yayımlanan YKD arşivine Yargıtay'ın resmî internet sitesi üzerinden ulaşmak mümkündür. YKD arşivi için bkz. <https://www.yargitay.gov.tr/dergi/yargitay-kararlari-dergisi/1>, S.E.T. 02.03.2018.

⁶⁴² Yargıtay'ın resmî internet sitesinde “*emsal karar arama*” başlığı altında, 25.12.2018 tarihi itibarıyla 3.946.022 adet karar bulunmaktadır. Bu yönde bkz. <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, S.E.T. 02.03.2018.

⁶⁴³ Karar isimleri, kararların birbirlerinden ayırt edilebilmelerini ve daha kolay erişilebilir hale gelmelerini sağlar. Kararlara mahkemeler tarafından verilen esas ve karar numaraları da bu amaca hizmet etmekle birlikte, kolay hatırlanabilir değildirler. Bu sebeple uygulamada kararlar numaralar yerine, daha kolay hatırlanabilir ve ayırt edilebilir olan dava konusu veya taraf isimleri ile isimlendirilmektedir. DOĞRU, Osman; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi”, AYD, C. 32, Y. 2015, s. 35 vd.

⁶⁴⁴ Bu yönde, DOĞRU, s. 38 vd.

⁶⁴⁵ DOĞRU, s. 38.

kısmen de olsa kamudan gizlenemez. İkincisi, kararların aleniyeti, kararların mahkemede açıklanması aşamasındaki aleniyetle sınırlı görülmez; kararlar hukuk dünyasında doğdukları andan itibaren, her şeyiyle alenîdir. Üçüncüsü, her kararda tarafların isimleri yazılı olduğundan, kural olarak bu isimler zaten alenîdir; kararların isimlerle yayınlanması, aleniyete yeni bir unsur eklemeyi; sadece aleniyeti genişletir. Dördüncüsü, kararlara tarafların isimlerinin verilmesi, kararların kolaylıkla izlenmesini ve içtihat tartışmalarının yürütülmesini, dolayısıyla hukukun gelişmesini sağlamak içindir, uyuşmazlık vesile edilerek tarafların ahlakî durumlarının tartışılması için değil. Beşincisi, kararlara isim verilmesi halinde tarafların itibarının zarar görme riskini önleyici tedbirler almak mümkün olduğu halde, kararlara hiç isim verilmemesi, çok ağır bir tedbirdir”. Söz konusu gerekçelerle, Anayasa Mahkemesi kararlarının başvuru sahiplerinin isimleriyle anılmasında büyük kamu yararı olduğu kabul edilmektedir⁶⁴⁶.

Buna karşın, eski tarihlerden beri, Yargıtay Kararlar Dergisinde kararlar yayımlanırken, tarafların isimlerinin tam olarak yazılmamasına gayret edildiği dikkat çekmektedir. Yargıtay, yüksek mahkeme kararlarını yayımlayan dergi, kitap veya elektronik kaynaklarda da, kararda yer alan kişilerin isimlerinin rumuzlanarak yazılması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁴⁷. Buna uygun olarak, yayımlanan bazı kararlarda tarafların sadece davacı

⁶⁴⁶ DOĞRU, s. 39.

⁶⁴⁷ “Dava, kişilik hakkına saldırı nedenine dayalı tazminat istemine ilişkindir...Somut olaya bu kapsamda bakıldığında; davacı, kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanarak, müteselsilen cinsel saldırı suçunun mağdurudur. 2006 yılında gerçekleşen eylem tarihinde davacı bekâr olup maruz kaldığı eylem geleceği açısından etkilidir. Yapılan yargılama sonunda kamu görevlisi olan sanık ceza almıştır. Temyiz istemi üzerine yapılan inceleme sonunda ise hüküm 2009 yılında onanmıştır. Mağdur davacı gerek hazırlık gerekse de yargılama sırasında cinsel saldırının nasıl gerçekleştiğini açık bir şekilde anlatmış, bu anlatımlar doğal olarak karar metnine geçirilmiştir. Karar mağdur ve sanığın ismi rumuzlanmadan 2010 yılı nisan ayında yayınlanan kitapta yer almıştır. Hemen ifade edilmelidir ki; davacının rızası dışında bir kitapta geçen ismi kişisel veri niteliğindedir. Ayrıca şunun da ifade edilmesi gereklidir ki; unutulma hakkı tanımlarına bakıldığında her ne kadar dijital veriler için düzenlenmiş ise de, bu hakkın özellikleri ve bu hakkın insan haklarıyla arasındaki ilişkisi dikkate alındığında; yalnızca dijital ortamdaki kişisel veriler için değil, kamunun kolayca ulaşabileceği yerde tutulan kişisel verilere yönelik olarak da kabul edilmesi gerektiği açıktır. Davacı, geçmişte yaşadığı kötü bir olayın toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Unutulma hakkı ile geçmişindeki yaşanan talihsiz bir olayın unutulması geleceğini serbestçe şekillendirmek, diğer bir deyişle hayatında, yeni bir sayfa açma olanağı istemektedir. Kaldı ki, davacı da yargılama sırasında verdiği dilekçelerinde bu istem üzerinde ısrarla durmuştur. Davacı unutulma hakkı ile özel hayatına ilişkin kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından bilinmemesini, aradan geçen süre nedeniyle toplum hafızasından silinmesini istemektedir. Bu bağlamda değerlendirildiğinde; 4 yıl önce gerçekleşen bir olayın mağduru olan kişinin adının açık bir şekilde yazılarak kitapta yer alması halinde unutulma hakkının bunun sonucunda da davacının özel hayatının gizliliğinin ihlal edildiği kabul edilmelidir. Avrupa Birliği Adalet Divanı’nın “Google Kararı”nda açıkladığı gibi ilgili verinin kamu hayatında oynadığı önemli rol ve halkın ilgili veriye yönelik yoğun ilgisi şeklinde, üstün bir kamu yararını ortaya koyan özel sebepler bulunmadığına göre bilimsel esere alınan kararda kişisel veriler açık bir şekilde yer almamalıdır. Görüşmeler sırasında azınlıkta kalan üyeler mahkeme kararlarında yer alan isimlerin rumuzlanmasına gerek olmadığını, yargılamanın istisnalar haricinde açık bir şekilde yapıldığını hükmün alenen tefhim edildiğini, bu nedenle özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmediğini savunmuşlar ise bu görüş “sorunun mahkeme kararlarında isimlerin rumuzlanmadan yer alması değil, kararların kitaba alınması sırasında rumuzlanması gerekip gerekmediği sorunu olduğu” gerekçesi ile

ve davalı olarak anıldığı⁶⁴⁸, bazı kararlarda isimlerinin baş harflerinin kısaltılarak yazıldığı⁶⁴⁹, bazı kararlarda ise kişinin soyadı kullanılmadan sadece adının yazıldığı⁶⁵⁰ görülmektedir. Yargıtay'ın resmî internet sitesinde yayımlanan kararlarda ise, tarafların isimleri, tüzel kişiler de dahil olmak üzere, genellikle kısaltılarak yazılmaktadır⁶⁵¹.

3.1.2.4.3. Değerlendirme

Yayımlanmış bir mahkeme kararı, kanunî düzenlemelerin somutlaşmış halini ortaya koyar⁶⁵². Mahkeme kararlarının yayımlanması yoluyla, hem hukuk doktrini ve yargı kararlarına yol gösterilerek hukukun gelişmesine katkıda bulunulmuş hem de karmaşık kanunî düzenlemeler karşısında vatandaşlara örnek teşkil edilerek hangi haklara sahip ve hangi yükümlülüklerin altında olduklarının farkına varmalarına imkân tanınmış olur. Bu sebeple, demokratik bir hukuk devletinde, mahkeme kararlarının yayımlanması önem atfedilmesi gereken konuların başında gelmelidir.

Mahkeme kararları yayımlanırken dikkate alınması gereken anayasal ölçüt, bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 153'üncü maddesinde buna uygun olarak, kişilik haklarını ilgilendiren konuları içeren dava dosyası içindeki her türlü belge ve tutanak, mahkemenin ve ilgili kişilerin açık izni olmadıkça hiçbir yerde yayımlanamaz hükmü kabul edilmiştir. Anılan maddenin gerekçesine göre, bununla kişilik haklarındaki gizlilik ve kamu düzeninin korunması amaçlanmıştır⁶⁵³. Nitekim bu durum, kararlarda isimleri anılan kişilerin koruma alanlarına doğrudan bir müdahale oluşturur. Bu müdahale, ancak ağır basan kamu menfaatinin varlığı halinde haklı görülebilir. Konumuz bakımından ağır basan kamu menfaati, aleniyet ilkesinin amacına ulaşılması kapsamında gerçekleşir. Mahkeme kararlarının yayımlanması, aleniyet ilkesinin amacını bütünler. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddesi gereğince duruşmalar ve

kurul çoğunluğu tarafından kabul edilmemiştir. O halde davacının isminin rumuzlanmadan kitapta yer almasının unutulma hakkını ve bunun neticesinde özel hayatın gizliliğini ihlal ettiği dikkate alındığında davacı lehine manevi tazminat koşullarının gerçekleştiğinin kabulü zorunludur.", Yargıtay HGK, 17.6.2015 T., 2014/ 4-56 E., 2015/ 1679 K. sayılı Kararı, www.kazanci.com, E.T. 28.02.2017.

⁶⁴⁸ Örneğin, Yargıtay HGK, 10.04.1985 T., 1983/ 9-629 E., 1985/ 292 K. sayılı Kararı, YKD, C. 12, Sy. 3, Mart 1986, s. 331 vd.

⁶⁴⁹ Örneğin, Yargıtay HGK, 10.05.2006 T., 2006/ 4-230 E., 2006/ 288 K. sayılı Kararı, YKD, C.33, Sy. 3, Mart 2007, s. 431 vd.

⁶⁵⁰ Örneğin, Yargıtay 1. HD, 13.07.2006 T., 2006/ 6564 E., 2006/ 8313 K. sayılı Kararı, YKD, C.33, Sy. 3, Mart 2007, s. 448 vd.

⁶⁵¹ Örneğin Yargıtay 22. HD. 2017/ 37575 E., 2017/ 18470 K. sayılı Kararı, Yargıtay 7. HD, 2016/ 20303 E., 2016/ 15915 K. sayılı Kararı, <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>, E.T. 02.03.2018.

⁶⁵² Bu yönde BVerG, NJW 1997, 2695.

⁶⁵³ www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T. 03.03.2018.

kararın bildirilmesi alenî olsa da, günümüz şartlarında halkın mahkeme salonlarına gidip duruşmaları izlemesi ender rastlanan bir durumdur. Dolayısıyla artık, aleniyet ilkesinin amacına ulaşabilmesi için dolaylı aleniyet ve mahkeme kararlarının yayımlanması yardımcı iki yol olarak kullanılmaktadır. Her iki yol da yargılamanın ve mahkeme kararının bir duruşma salonunun kapasitesinden çok daha geniş kitlelere ulaşması sonucunu doğurur. Kişisel verilerin korunması hakkı bakımından tereddüt de bu noktada ortaya çıkar. Dolayısıyla burada tartışılması gereken konu, mahkeme kararlarının yayımlanması gerekip gerekmediği değil, mahkeme kararları yayımlanırken kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin ne şekilde korunacağı olmalıdır.

Mahkeme kararları yayımlanırken kişisel verilerin korunması hakkını ve özel hayatın gizliliğini garanti altına alabilecek en uygun çözüm, isimlerin tanınmaz hale getirilmesidir. Mahkeme kararlarının yayımlanması aleniyet ilkesine hizmet ediyor olsa da, bu durum aleniyet ilkesi gereği kararlarda ilgililerin isimlerinin açıkça yazılması gerekliliğini doğurmaz. Çünkü aleniyet ilkesinin amacı, davanın taraflarının kişisel ilişkilerinin kamuya detaylı şekilde açıklanması değildir⁶⁵⁴. Yargılamanın alenî olmasının öncelikli amacı, kamuya yargılamanın usulüne uygun şekilde yapılıp yapılmadığını ve taraflara haklarının sağlanıp sağlanmadığını kontrol etme imkânı vermektir⁶⁵⁵. Kamunun aleniyet ilkesinden kaynaklanan menfaati, tarafların kişilikleri ile değil, davada ele alınan hukukî meselenin sebebi ve sonucu ile ilişkilidir⁶⁵⁶. Dolayısıyla, mahkeme kararında isimlerin tanınmaz hale getirilmesi, aleniyet ilkesinin amacı bakımından herhangi bir sakınca doğurmaz. Özellikle aleniyetin kaldırılması yoluyla yapılan yargılamalar sonunda verilen kararların yayımlanmasında, isimlerin mutlaka tanınmaz hale getirilmesi gerekir.

Yayımlanan her mahkeme kararında isimler tanınmaz hale getirilmeli midir sorusuna verilecek cevap ise, isimlerin tanınmaz hale getirilmemesi halinde taraflara sağlanacak korumanın kapsamına göre değişmelidir.

Alman hukukunda genel kabul gören geleneksel yaklaşım çerçevesinde anlatmış olduğumuz tartışmaların bir kısmının hukukumuzda karşılığı yoktur. Şöyle ki, geleneksel yaklaşım çerçevesinde mahkeme kararlarının bir yükümlülük olarak anonimleştirilmesi gerektiği, aksi halde veri koruma kanunları çerçevesinde ilgili kişiye koruma sağlanabileceği belirtilmektedir. Resmî yayınlarda isimlerin anonim hale getirilmesi bir yükümlülük olarak

⁶⁵⁴ LIEBSCHER, s. 131.

⁶⁵⁵ LIEBSCHER, s. 130, 131.

⁶⁵⁶ LIEBSCHER, s. 130.

görülürken, özel yayınlarda isimlerin yayımlanabilmesi için veri koruma kanunlarında aranan şartların gerçekleştirilmesi aranır. Bu da kişisel verinin amaca uygun olarak, ancak haklı bir menfaatin bulunduğu durumlarda işlenebilmesini gerektirir. Anonimleştirilerek yayımlanan kararların belirli veya belirlenebilir bir kişiyle ilişkilendirilemeyeceğinden bahisle, böyle durumlarda § 299 Abs. 2 ZPO'nun kıyasen uygulanacağı belirtilmektedir. Bu ise, mahkeme kararının yayımlanmasına her iki taraf da izin vermezse, kararın ancak hukukî menfaatin inanılır kılındığı durumlarda yayımlanabilmesi sonucunu doğurur.

Hukukumuzda bu konuda ortaya çıkan en temel eksiklik, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yargı faaliyetlerine ilişkin konularda uygulanmayacağının açıkça kabul edilmiş olmasıdır. Taraflar, mahkeme kararının resmî yayınlarca yayımlanmasından önce Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında herhangi bir kanunî düzenlemeye dayanarak buna karşı koyma imkânına sahip değildirler. Bu durumda, mahkeme kararında isminin açık bir şekilde yazılması sebebiyle kişisel verilerin korunması hakkı ihlâl edilen taraf, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun sağlayabileceği korumadan da mahrum bırakılmıştır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, 2016/ 679/ EC sayılı Tüzüğün gerekliliklerine uygun olarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yargı mercileri tarafından yapılan işlemleri de kapsamı gerekirdi.

Kararın özel bir yayında yayımlanması durumunda ise, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uygulanması mümkündür. Böyle durumlarda Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen maddelerinin dikkate alınması gerekir. Üçüncü kişilere dava dosyasını inceleme hakkı veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesinin anonimleştirilmeksizin yayımlanan kararlar için uygulanacağının ileri sürülmesinin de pratik bir anlamı yoktur. Yukarıda üzerinde durmuş olduğumuz gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesi, ilgili üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleyebilmeleri için tarafların iradelerinin varlığını aramamıştır.

Hukukumuzda sağlanan korumanın kapsamı dikkate alındığında, mahkeme kararlarında isimlerin kural olarak açık bir şekilde yazılması gerektiğini kabul etmek, tarafların kişisel verilerinin korunması haklarını bir kenara bırakmak anlamına gelecektir. Bu konuda kabul edilebilecek en makul çözüm, Yargıtay'ın genel uygulamasında olduğu gibi, karar yayınlanırken isimlerin kural olarak tanınmaz hale getirilmesi, ancak ismin açıkça anılması konusunda ağır basan menfaat varsa, bunun da göz önünde bulundurulması olacaktır. Kararlarda isimleri kısaltılarak anılan kişilerin, verilen diğer bilgilerle tanınabilir hale gelmemesine dikkat edilmelidir. Mahkeme kararlarının kamunun malı olduğunda

bahisle, yayımlanırken her durumda tarafların isimlerinin kullanılması gerektiğinin kabulü, ağır kişilik hakkı ihlallerini beraberinde getirebilir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi de, özel hayatın gizliliğinin gerekli kıldığı istisnai hallerde, tarafların ismini kısaltarak kullanmaktadır. Kararlar yayımlanırken, tarafların sır saklama menfaatleri de göz önünde bulundurulmalı ve sır hakkında açıklamalar kamunun ve özellikle de rakiplerin sonuç çıkartamayacağı şekilde yapılmalı ya da bu konudaki açıklamalar atlanmalıdır⁶⁵⁷.

3.1.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması

3.1.3.1. Genel Olarak

Medenî yargılama hukukunda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması, üçüncü kişilere karşı korunmasına kıyasla daha problemli bir konudur. Problem daha çok, başta ticarî sırlar olmak üzere, sır niteliği taşıyan bilgilerden kaynaklanır⁶⁵⁸. Tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması ihtiyacı, özellikle rakip olan kişilerin taraf olarak yer aldıkları ve ticarî sırlarının yargılama sebebiyle ortaya çıkmasından endişe duydukları durumlarda vuku bulur. Bu sebeple bunların korunması amacıyla başvurulabilecek imkânların belirlenmesi önemlidir. Nitekim bir kişinin sırlarını davaya taraf olduğu gerekçesiyle tamamen korumasız bırakmak adil bir çözüm değildir. Yargılama sırasında taraflardan her ikisinin de haklarını elde etmenin yanında, kişisel verilerinin ve sırlarının korunması menfaatlerinin de dikkate alınması gerekir. Özellikle ispat yükünü taşıyan taraf yargılama sırasında ya sırlarını açıklamak ya da açıklamaktan kaçınarak davayı kazanma şansını kaybetmek gibi zor bir durumun içinde kalır. İspat yükünü taşımayan tarafın karar için önemli bir sırra sahip olduğu durumlarda da, sırların korunmaması yine ispat yükünü taşıyan taraf için hukukî koruma problemi oluşturur. Çünkü bu gibi hallerde, ispat yükünü taşımayan tarafın ispat zorluğu içinde olan karşı tarafa yardım etmek için sırrını açıklayarak değersiz hale getirme riskini üzerine almasını beklemek güçtür.

Bazı durumlarda taraflardan birisinin kişisel verilerinin korunması hakkı ve sırlarının korunması menfaati ile diğer tarafın etkin hukukî korunma hakkı arasında bariz bir çatışma ilişkisi ortaya çıkar. Söz konusu çatışma ilişkisi karşısında, sırların etkili bir şekilde

⁶⁵⁷ MALMSTRÖM, s. 125.

⁶⁵⁸ Tarafların sırları, ifşa edilmeleri halinde ilgili kişiyi belirli veya belirlenebilir kılacaksa, kişisel veri niteliğini taşır. Her ne kadar 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yalnızca gerçek kişilere koruma sağlanıyor olsa da, yargılamada kişisel verilerin korunması amacıyla tartışacağımız çözüm önerilerinin tüzel kişiler için de uygulanmasında usul hukuku bakımından herhangi bir sakınca yoktur.

korunması ile etkin hukukî korumanın sağlanması arasında makul bir denge kurulması gerekir. Bu amaca uygun önlemlerinin alınabilmesi için çözüm önerilerinin geliştirilmesi zorunludur. Alınacak önlemler tarafların sırlarına mutlak veya nispî ölçüde koruma sağlayabilirler⁶⁵⁹. Dolayısıyla konunun mutlak koruma sağlanması ve nispî koruma sağlanması olmak üzere iki ana başlık altında incelenmesi mümkündür.

3.1.3.2. Mutlak Koruma Sağlanması

3.1.3.2.1. Genel Olarak

Mutlak koruma sağlanması, tarafların sırlarını herhangi bir usulî dezavantajla karşılaşmaksızın mutlak bir biçimde gizli tutmalarını ifade eder. Bu durumda tarafların açıklama yükümlülüklerini yerine getirmemeleri aleyhlerine sonuç doğurmayacağı için, sırlar etkili bir şekilde korunmuş olur. Böylece karşı taraf veya üçüncü kişilerin sır ilişkisi bilgi edinmeleri engellenerek, sırların gizliliği kesin olarak garanti altına alınır.

İspat yükünü taşıyan taraf sırlarının korunmasını mutlak koruma imkânlarıyla sağlamak isterse, davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalır. Dolayısıyla, mutlak koruma sağlanması, ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarını saklama ihtiyacı duyduğu durumlarda gündeme gelir. Ancak ispat yükünü taşımayan tarafa avantaj sağlayan mutlak korumanın tarafların katılma yükümlülüklerine, doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerine, talî iddia yüküne ve ispat yükünü taşımayan tarafın *genel usulî aydınlatma ödevine* (*allgemeine prozessuale Aufklärungspflicht*) uygunluğu konusunda görüş ayrılıkları vardır⁶⁶⁰. Görüş ayrılıklarından kaynaklanan tartışmaların, genel usulî aydınlatma ödevinin kabulü hakkında var olan farklı fikirlerden kaynaklanmakta olduğu görülmektedir⁶⁶¹. Burada öncelikle söz konusu görüş ayrılıkları üzerinde durulup, sonrasında hukukumuzdaki durum tespit edilerek buna göre bir değerlendirme yapılması gereklidir.

3.1.3.2.2. Mutlak Koruma Sağlanmasına İlişkin Görüşler

Mutlak koruma sağlanmasına ilişkin görüşlerin, temel iki başlık altında incelenmesi mümkündür. Yargı kararları ve doktrinde bir görüş ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarına mutlak koruma sağlanabileceğini kabul ederken, diğer görüş bunu reddetmektedir.

⁶⁵⁹ MALMSTRÖM, s. 190 vd.

⁶⁶⁰ MALMSTRÖM, s. 191; WREDE, s. 34.

⁶⁶¹ MALMSTRÖM, s. 193.

3.1.3.2.2.1. Mutlak Koruma Sağlanabileceği Görüşü

Bu görüş, usulî aydınlatma ödevi ve talî iddia yükü karşısında, ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarına mutlak koruma sağlanabileceğini kabul etmektedir.

Federal Almanya Yüksek Mahkemesi kararları dikkate alındığında, özellikle ticarî sırlar bakımından sırların korunmasının aydınlatma ödevinden vazgeçilebilecek bir ölçüt olarak ele alındığı görülmektedir⁶⁶². Örneğin, *Bärenfangentscheidung*⁶⁶³ olarak anılan kararında Federal Mahkeme, açıklama yükümlülüğü altında olan davalının likör tarifini ifşa etmemesini istisnaî olarak kabul etmiştir. Başka bir kararında ise, taraflar arasında rekabet ilişkisinin olduğu durumlarda, rekabet ortamında başarı ümidinin kalıcı şekilde zarara uğrayacağı gerekçesiyle ticarî sırların açıklanmasının beklenemeyeceğini vurgulamıştır⁶⁶⁴. Ayrıca Federal Mahkeme, tarafların ve üçüncü kişilerin ellerinde bulunan belgeleri § 142 ZPO gereğince ibraz yükümlülüklerini geniş yorumlayarak, anılan düzenlemede yazılmayan bir beklenebilirlik koşulu benimsemiştir. Buna göre, çatışan tüm menfaatlerin dengelenmesinin ardından ibraz yükümlüsünün korunan menfaati göz önünde bulundurularak § 142 ZPO'ya göre ibrazın beklenebilir olup olmadığının da incelenmesi gerekir⁶⁶⁵. Ancak kararlarda, hangi durumlarda sırların açıklanmasının veya açıklanmamasının beklenebilir olduğunun cevabı verilmemiştir. Mahkemenin, az sayıda olsa da, davalının ticarî sırlarını açıklama yükümlülüğü altında olduğunu açıkça öngördüğü aksi yönde kararları da mevcuttur⁶⁶⁶. Buna rağmen sonuçta mahkeme kararlarında ispat yükünü taşımayan sır sahiplerinin gizli tutma menfaatleri korunmaya değer olarak nitelendirilmekte ve bunlara genellikle mutlak koruma sağlanmaktadır.

Liberal usul doktrini de, kural olarak sırların açıklanmaması gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶⁷. Söz konusu görüşün temelinde, doğruyu söyleme ve dürüst davranma

⁶⁶² BGH, GRUR 1961, 359; BGH, NJW 1962, 2150; BGH, NJW 1992, 1817 vd; BGH, GRUR 2006, 966 vd; Ayrıca konuya ilişkin açıklamalar için bkz. MALMSTRÖM, s. 191 vd; WREDE, s. 34 vd.

⁶⁶³ BGH, NJW 1962, 2150.

⁶⁶⁴ BGH, NJW 1992, 1819.

⁶⁶⁵ BGH, GRUR 2006, 966, 967.

⁶⁶⁶ “...Mahkeme isabetli bir şekilde davalıyı Avrupa pazarından yararlandığı gibi iddiaları açıklamakla yükümlü görmüştür. Davalının en azından cirosunu bildirmeyi reddetmesi, şirketinin büyüklüğünün ve öneminin gerekliliklerini karşılamadığından haklı görülmeyle, bunun Mahkemece delillerin değerlendirilmesinde kullanılmıştır hukuken hatalı değildir...”, BGH, GRUR 1970, 463; BGH, GRUR 1971, 167.

⁶⁶⁷ STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, ZPO § 138 Rn. 7, 26, 37; WAGNER, Gerhard; “Urkundenedition durch Prozeßparteien-Auskunftsspflicht und Weigerungsrechte”, Urkundenedition durch Prozeßparteien, JZ 2007, Sy. 14, s. 717; KÜRSCHNER, NJW 1992, s. 1805.

ödevinin⁶⁶⁸ tarafları sırlarını açıklamakla yükümlü kılmayacağı düşüncesi vardır⁶⁶⁹. Buna göre, anılan yükümlülüklerinin istisnası olarak kabul edilen, tarafların kendileri aleyhine sonuç doğuracak ahlaka aykırı işlemleri ve suç oluşturan durumları açıklamama imkânları, sırların korunması bakımından kıyasen uygulanmalıdır⁶⁷⁰. Bu kapsamda, özellikle ticarî sırların mutlak olarak herkese karşı korunması gerekir. Ticarî sırların korunması, tarafların katılma yükümlülüğünden kaçınmaları için makul bir sebep olarak kabul edilmeli ve mahkeme de değerlendirmesinde bunu dikkate almalıdır.

3.1.3.2.2.2. Mutlak Koruma Sağlanamayacağı Görüşü

Mutlak koruma sağlanamayacağı görüşü, usulî aydınlatma ödevi gereğince tarafların sırlarını açıklamaları gerektiğini kabul etmektedir⁶⁷¹. Buna göre, sırların korunması çerçevesinde, talî iddia yükü kapsamında usulî aydınlatma ödevi olan tarafı bu yükümlülüğünden kurtaracak korunmaya değer bir menfaat kural olarak yoktur⁶⁷². Hatta ispat yükünü taşımayan tarafın sır saklama yükümlülüğünden muaf tuttuğu hallerde tanıklar dahi ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarını açıklamaktan kaçınamazlar⁶⁷³. Anılan görüş içinde, tarafın kendisine ait sırlar ile başkasına ait sırları açıklaması arasında ayırım yaparak konuyu ele alan yazarlar da vardır⁶⁷⁴. Bu kapsamda, ispat yükünü taşımayan tarafın kendi sırlarını açıklaması makul kabul edilirken, başkasına ait sırların mutlak koruma altında olması gerektiği belirtilmektedir.

3.1.3.2.3. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Mutlak koruma sağlanması bakımından ileri sürülen her iki görüşün de problemli yönleri vardır.

İspat yükünü taşımayan tarafın sırlarına mutlak koruma sağlanabileceği görüşünün öncelikli problemi, ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî korunma hakkını göz ardı etmesidir. Karar için önemli olan bir sırrın ispat yükünü taşımayan tarafa ait olması halinde, ispat yükünü taşıyan tarafın talebini kabul ettirebilmesi için bu sırrın açıklanmasından başka

⁶⁶⁸ Tarafların doğruyu söyleme ve dürüst davranma ödevlerine ilişkin olarak bkz. Yuk. s. 122 vd.

⁶⁶⁹ STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, ZPO § 138 Rn. 7, 26, 37; MALMSTRÖM, s. 194.

⁶⁷⁰ ZÖLLER/ GREGER, ZPO § 138 Rn. 3; STEIN/ JONAS/ LEIPOLD, ZPO § 138 Rn. 13.

⁶⁷¹ Bu yönde bkz. STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 61; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 119 vd; STADLER, NJW 1989, 1203; MALMSTRÖM, s. 195 vd.

⁶⁷² STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 61.

⁶⁷³ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 229.

⁶⁷⁴ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 120 vd.

imkânı olmayabilir. Böyle durumlarda sırların korunmaları amacıyla açıklanmayacaklarının kabul edilmesi, ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî korumaya kavuşma imkânını elinden alır. Diğer bir ifadeyle, ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarını açıklamaktan kaçınması, ispat yükünü taşıyan tarafa etkin hukukî koruma sağlamaktan kaçınılması sonucunu doğurur.

Mutlak koruma sağlanabileceği görüşü bakımından ortaya çıkan diğer bir problem, tarafın sahip olduğu sırrın korunmaya değer olup olmadığının tespiti konusunda yaşanır. Sırrın mahkemeye açıklanmaması halinde, tarafın korunmaya değer menfaat konusunda haklı olup olmadığının kontrol edilmesi, mutlak koruma sebebiyle mümkün olmaz. Bu durum, hakkın kötüye kullanılması riskini doğurur. Çünkü sır sahibi herhangi bir şart aranmaksızın ve kontrolsüz olarak sırrının korunması menfaatine dayanarak açıklama yapmaktan kaçmaktadır. Etkin hukukî korumanın amacına uygun olarak böyle durumlarda en azından somut olaya konu olan sırrın korunmaya değer olup olmadığı mahkemece incelenebilmelidir.

Mutlak koruma sağlanması durumunda ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarını koruma menfaati ile ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî koruma hakkı arasında bir çatışma ilişkisi doğduğu ortadadır. Bu ilişkinin hangi yolla çözülebileceğinin belirlenmesi gerekir. Çözüm olarak doğrudan doğruya mutlak koruma sağlanamayacağını, diğer bir ifadeyle talî iddia yükü bağlamında sırların her durumda açıklanması gerektiğini kabul etmek de doğru olmaz. Çünkü ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarına mutlak koruma sağlanamayacağı görüşü ilk bakışta makul gibi gözüke de, bu makullük her durumda ikna edici değildir. Bu durumda talî iddia yükü gereğince karar için önemli sırların açıklanmasının reddi anlamsız kılınsa da, beklenebilirliğin gereklilikleri göz ardı edilmektedir⁶⁷⁵. İspat yükünü taşımayan tarafın talî iddia yükü altında olduğunun kabul edilmesi halinde, olumsuz sonuç doğuracağı için ifşa etmekten kaçındığı sırlarını açıklamaya zorlanacağı doğrudur. Ancak bu durum yalnızca yargılama bakımından sonuç doğurmaz. İspat yükünü taşımayan tarafın sırlarını açıklaması sebebiyle yargılama dışında katlanmak zorunda kalacağı dezavantajların sırların açıklanması bakımından beklenebilirliğin tespitinde dikkate alınması gerekir⁶⁷⁶.

⁶⁷⁵ WREDE, s. 38.

⁶⁷⁶ WREDE, s. 38, 39.

Kanaatimizce etkin hukukî korunma hakkı ile sırların korunması menfaati arasındaki çatışma, haklardan yalnızca birisi lehine çözüm üretilmesiyle aşılamaz. Problemin makul bir şekilde çözülebilmesi için, pratik uyum ilkesi doğrultusunda hareket edilmesi gerekir⁶⁷⁷. Pratik uyum ise, sırların açıklanmasının beklenebilirliği veya beklenemezliği yönünde bir genelleme yapılmasıyla veya haklardan birisi pahasına diğerinin korunmaya çalışılmasıyla yakalanamaz. Bu sebeple üzerinde durmuş olduğumuz görüşlerin her ikisi de, pratik uyum ilkesi bakımından kabul edilebilir değildir. Çünkü her iki görüş de, karşı karşıya gelen haklardan sadece birisine üstünlük tanımaktadır. Bunun aksine izlenmesi gereken yol, ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak, karşı karşıya gelen hakların somut olayın özelliklerine göre orantılı sınırlara çekilmesi ve mümkün olan en iyi şekilde etki göstermelerinin sağlanması olmalıdır. Bunun için hâkim, etkin hukukî koruma bağlamında ispat yükünü taşıyan tarafın sır içeren bilgiye ihtiyacı ile ispat yükünü taşımayan tarafın gizli tutma menfaatini tartmalıdır. Böylece sırların etkili bir şekilde korunması ile etkin hukukî koruma arasında makul bir denge kurularak pratik uyum yakalanabilir⁶⁷⁸. Bu da ancak, sırlara mutlak koruma sağlanmasının yerine, aşağıda inceleyecek olduğumuz nispi koruma sağlanması halinde mümkün olur.

Hukukumuz bakımından tarafların sırlarının mutlak koruma altına alınabileceği haller, isticvap olunacak tarafın niteliğine aykırı düşmedikçe tanıklıktan çekinme hükümlerine göre sırrını açıklamaması veya belgeyi ibraz etmeyen tarafın sırlarını koruma menfaatinin kabul edilebilir mazeret olarak görülmesi halinde sırlarını açıklamaması olabilir. Her iki konuda da takdir yetkisi hâkimdedir.

İsticvap bakımından kabul edilen istisna, taraflara genel bir çekinme hakkı tanınması şeklinde yorumlanmamalıdır⁶⁷⁹. Çünkü tarafların davadaki konumu, tanıklardan farklıdır. Dolayısıyla taraflar sadece sır ile ilgili olan soruları anılan hüküm gereğince cevaplamaktan kaçınabilirler. Bunun için hâkim öncelikle tarafın cevap vermediği sorunun tanıklıktan çekinme sebepleri kapsamına girip girmediğini belirlemelidir. Eğer taraf çekinmekte haklıysa, tanıklıktan çekinme hükümleri kapsamında tarafın sırrına mutlak koruma sağlanmış olur. Çünkü bu durumda taraf sırrını açıklamak zorunda kalmaz ve karşı tarafın sırrı öğrenme riski de doğmuş olmaz. Ancak hâkim, cevap vermemenin haksız olduğu

⁶⁷⁷ Pratik uyum ilkesi hakkında bkznz. Yuk. s. 111 vd.

⁶⁷⁸ Aynı yönde bkznz. MALMSTRÖM, s. 195-204; WREDE, s. 40, 41.

⁶⁷⁹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkznz. ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017, Pekcanitez Usûl II, s. 1373; İsticvabın hukukî niteliği konusunda bkznz. TERCAN, Erdal; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Tarafların İsticvabı, Ankara 2001, s. 119 vd.

kanaatine varırsa, bunu ilgili tarafa bildirmelidir. Taraf buna rağmen cevap vermemekte ısrar ederse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 172'nci maddesinin birinci fıkrası kapsamında, isticvap konusu vakıaları ikrar etmiş sayılabilir.

Belgelerin ibrazı zorunluluğu ise, özellikle ticarî sırların korunması bakımından hassas bir konudur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 219'uncu maddesinin birinci cümlesi gereğince, taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. 220'inci maddesinin üçüncü fıkrasına göre ise, belgeyi ibraz etmesine karar verilen taraf, kendisine verilen sürede belgeyi ibraz etmez ve aynı sürede kabul edilebilir bir mazeret göstermezse, mahkeme, duruma göre belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanını kabul edebilir. Bu kapsamda ticarî sırların ibrazdan kaçınma için kabul edilebilir bir mazeret sayılabileceği doktrinde belirtilmekle birlikte⁶⁸⁰, bu yönde yargı kararlarına rastlamak zordur. Uygulamada sırların korunması bakımından kabul edilen temel düşünce, sır içeren bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulmasından kaçınılması yönünde değil, sunulan bilgi ve belgelerin mahkeme tarafından korunmalarının sağlanması yönünde gelişmiştir⁶⁸¹. Bu çerçevede, bilirkişi incelemesi

⁶⁸⁰ Bu yönde bkz. ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 355.

⁶⁸¹ Ticarî sırların korunması bakımından hukukumuzdaki bakış açısına örnek bir Hukuk Genel Kurulu kararı şu şekildedir: “...Ankara 12. ve 16. İş Mahkemelerinin dosyalarının incelenmesinden, sigortalıların kullandığı yurt dışından ithal edilen tıbbî cihazların rayiç bedellerinin tespiti konusunda araştırma yapıldığı; davacı şirkete ithalat faturasının gönderilmesi için müzekkere yazıldığı, davacı şirketin ticarî sır niteliğinde olduğu gerekçesiyle göndermediği, fakat SGK Fiyatlandırma Daire Başkanlığının yazısı ile ekindeki ithalat faturasının dosyaya sunulduğu; Mahkemece dosya üzerinden bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, bilirkişi heyeti tarafından ithalat faturasındaki miktar üzerine %40 kâr payı eklenmek suretiyle rayiç Bedelin belirlendiği; Mahkemece de belirlenen bu bedel üzerinden karar verildiği, karar metninde herhangi bir şekilde ithalat faturası fiyatının açıklanmadığı; kararın temyiz edilmeden kesinleştiği, anılan dava dosyalarının incelenmesinden anlaşılmaktadır. Ankara ... Sulh Hukuk Mahkemesi 2011/ 202 D. İş Sayılı kararının incelenmesinden; davacı şirket hakkında ithalat faturasının ibraz edilmemesi nedeniyle verilen para cezasına itiraz edildiği, Mahkemece talep edilen ithalat faturasının ticarî sır niteliğinde olduğu gerekçesiyle para cezasının kaldırılmasına karar verildiği görülmüştür. İzmir Noterliğinin 7.7.1998 gün ve 28394 sayılı yevmiye numaralı işlemi ile onaylanmış “Tek Distribütörlük Anlaşması” başlıklı sözleşmenin incelenmesinden; davacıya sözleşmeye konu tıbbî cihazların ithali konusunda distribütörlük yetkisi verildiği, ayrıca sözleşmede “Distribütör, yukarıda geçen malların fiyatları ya da üretilimiyle ilgili bilgileri rakiplere açıklamayacaktır” şeklinde hüküm bulunduğu görülmüştür. Rekabet Kurulu'nun 15.3.2007 gün 2007/ 2- 37 sayılı kararının incelenmesinden; davacı tarafından kendilerinden ithalat faturasının istenmesi suretiyle ticarî sır ihlallerinin yapıldığı belirtilerek bu hususun tespitine dair karar verilmesinin istendiği; ancak kararın “sonuç” kısmında davacı taleplerinin reddedildiği görülmüştür. Dava hâkimin sorumluluğuna dayanan tazminat davasıdır. Davacı, distribütörlük anlaşması gereğince yurt dışından ithal ettiği tıbbî cihazlar ile ilgili ithalat faturasının; müdahil hâkim tarafından usulsüz olarak ele geçirilip kullanıldığı, böylece ticarî sırlarının ihlâl edildiğini ileri sürerek manevî tazminat talep etmiştir. Ticarî sırların korunması ve saklanması sorumluluğu, kural olarak rakip tacirler aleyhine kabul edilmiştir. Yoksa kanunen yetkili resmî makamlara yönelik herhangi bir kısıtlama bulunmamaktadır. Yani yetkili resmî kurumlar tarafından talep edildiğinde, istenilen belgelerin gönderilmesi, incelemelerine tâbi tutulmaları gereklidir. Bu nedenle kanunen yetkili resmî kurumlar yönünden, ticarî sırların saklanmasına dair herhangi bir kısıtlılık bulunmamaktadır. Tabi ki resmî kurumların da kendilerine verilen ticarî sırları, yine kanunen yetkili mercilerden başkalarına açıklamamaları, vermemeleri; kendilerinin veya başkalarının yararına da kullanmamaları gereklidir. Somut olayda, ticarî sır olduğu ileri sürülen ithalat faturası, bizzat davacı tarafından, resmî kurum olan SGK'na ibraz edilmiştir. Mahkeme dosyasına gerektirdiği

yapılırken sır içeren unsurların zorunlu olmadığı müddetçe rapora yansıtılmaması, bunların gerekçeli kararda da kullanılmamaya çalışılması gibi çözüm yollarına başvurulmaktadır. Buna rağmen, taraflar bilgi ve belgeleri sır içerdikleri gerekçesiyle ibrazdan kaçınırlarsa doğacak usulî olumsuzluklara katlanmak durumunda kalırlar. Kaçınan taraf ispat yükünü taşıyorsa, iddiasını ispat edememiş sayılacağı için davayı kaybetme riskini üzerine alır⁶⁸². İspat yükünü taşımayan taraf ibrazdan kaçınırsa, belgenin içeriği konusunda diğer tarafın beyanının kabul edilmesi tehlikesiyle karşı karşıya kalır. Bu anlamda hukukumuz bakımından sırlara sağlanacak nispi korumanın önemi artmaktadır. Nispi koruma sağlanmasına ilişkin çözüm önerileri ise, bir alt başlıkta ayrıntılı olarak incelenecektir.

3.1.3.3. Nispi Koruma Sağlanması

Nispi koruma sağlanması, mutlak korumanın ortaya çıkardığı sakıncaların bertaraf edilmesini amaçlar. Nispi korumadan maksat, sırların açıklanmasından tamamen kaçınılması yerine, etkin bir şekilde gizli tutulmaları sağlanarak açıklanmalarının mümkün hale getirilmesidir. Böylece bir yandan etkin hukukî korunma menfaatine uygun olarak açıklama yapılması sağlanırken, diğer yandan sır saklama yönündeki haklı menfaat dikkate alınmış olur. Nispi koruma, yargılama öncesi aşamada veya yargılama sırasında sağlanabilir⁶⁸³. Bu bakımdan konunun ikiye ayrılarak incelenmesi uygun olur.

bu delili sadece dosyasında kullanmış, ilgili hâkimler tarafından kendilerinin veya başkalarının yararına kullanılmamış ve kullandırılmamıştır. Ticarî sırrın rakip firmalara açıklanmaması kuralına da riayet edilmiş; karar gerekçesinde, davacı şirketin ne unvanından ne ithalat faturası bedelinden hiçbir surette söz edilmemiştir. Belirtilen sebeplerle, resmî yollardan temin edilen ithalat faturasının delil olarak kullanılmasında herhangi bir usulsüzlük bulunmadığı gibi, davacıya rekabet oluşturacak şekilde özel kişilere kullandırılmadığı ve rakip firmalara da açıklanmadığı anlaşılmakla davanın reddi gerekmiştir...", Yargıtay HGK, 29.05.2013 T., 2013/ 409 E., 2013/ 771 K. sayılı Kararı, www.sinerjimevzuat.com.tr, E.T., 01.11.2017).

⁶⁸² "Davacı, feshin geçersizliğine ve işe iadesine karar verilmesini istemiştir...Davacının iş sözleşmesi piyasaya dair bilgilendirmelerini görev tanımını aşan nitelikte kişisel yorum ve değerlendirmelerini katarak banka içinden ve banka dışından kişilerle paylaştığı, banka dışına gönderdiği elektronik posta içeriklerinde yaptığı bilgi paylaşımlarında mevcut piyasa durumuna ek olarak ticarî sır niteliğinde bilgiler ve geleceğe yönelik piyasa beklentileri maliyet bilgileri ve alım satım kararlarını içerdiği, ayrıca başka bir banka yetkilisi ile bunların paylaşıldığı gerekçesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 25/II-e maddesi uyarınca feshedilmiştir. Davacının iş sözleşmesinin feshine neden olan elektronik posta yazışmaları ticarî sır niteliğinde olduğu gerekçesiyle davalı tarafından sunulmamıştır. Ancak davalı tarafından sunulan teftiş raporunun sonuç kısmında davacının paylaşımlarının içsel-gizli bilgi niteliğinde olmadığı kanaatine varıldığı belirtilmiştir. Ayrıca davacının kişisel bilgilerini katarak piyasaya bilgilerini paylaşmasının işyerinde olumsuzluğa yol açtığı kanıtlanamamıştır. Yukarıda açıklandığı üzere feshin haklı ve geçerli olduğunu ispat yükü davalının üzerindedir. Davalı üzerine düşen ispat yükünü yerine getirmediğinden davanın kabulü yerine yazılı şekilde karar verilmesi hatalıdır..." , Yargıtay 9. HD, 24.03.2015 T., 2015/ 3200 E., 2015/ 11629 K. sayılı Kararı, www.kazanci.com, E.T. 05.03.2018).

⁶⁸³ MALMSTRÖM, s. 204.

3.1.3.3.1. Yargılama Öncesi Aşamada Nispi Koruma Sağlanması

3.1.3.3.1.1. Genel Olarak

Sır saklama menfaati, genel olarak maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri bağlamında söz konusu olur. Maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri, bilgi edinmek isteyen kişiye özel hukuk düzenlemeleri kapsamında dava dışında⁶⁸⁴ bu imkânı sağlar. İlgili kişi böylece, ileride açacağı dava için hazırlık yapmış, bazı hallerde delil elde etmiş ve davayı kazanma şansını öngörmüş olur⁶⁸⁵. Usul hukukundan kaynaklanan bilgi taleplerinden daha dar kapsamlı olan bu talepler, karşı tarafa (talep olunana) bilgi edinilmesine izin verme ve katlanma yükümlülüğü yükler. Bu yükümlülüğün ihlali, ilgili düzenlemelerde çeşitli yaptırımlara bağlanmıştır.

Hukukumuzda maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerine ilişkin birçok münferit düzenleme bulunmakla birlikte⁶⁸⁶, genel bilgi talebi hakkı veren bir düzenleme yoktur. Alman hukukunda ise, § 242 BGB⁶⁸⁷, § 809 BGB⁶⁸⁸ ve § 810 BGB⁶⁸⁹ düzenlemeleriyle genel

⁶⁸⁴ Talep edenin inceleme yapılmasını dava açmak yoluyla isteme imkânı da evleviyetle vardır. Talep edenin dava açmayı tercih etmesi halinde, kural olarak iki aşamalı bir yargılama yapılır. İlk aşamada mahkeme öncelikle inceleme talebinin kabulü veya reddi yönünde bir karar verir. Talebi kabul eden mahkeme bir bilirkişi atayarak incelemeye katlanmaya ilişkin bir kısmî karar da verir. İncelemenin tamamlanmasının ve bilirkişi raporunun hazırlanmasının ardından mahkeme, talep olunanın gizlilik menfaatini de dikkate alarak raporun talep edene açıklanmasına hükmeder. Devam eden süreçte dava ile ortaya çıkan sonuçların savunmasız bırakılması ise, bu yolun zaafı olarak görülmektedir. Bu durumda talep olunanın incelenmek istenen şeyi değiştirme veya elden çıkarma gibi kötüniyetli davranışlara girişme tehlikesi de doğabilir. Bu tehlike, talep edenin dava açarken ihtiyatî tedbir de talep etmesiyle aşılabılır. Alman hukukunda § 140c Abs. 3 S. 1 PatG gibi düzenlemeler vasıtasıyla fikrî mülkiyet alanında asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasası bertaraf edildiği için, muhtemel ihlâl konusu şey üzerinde inceleme yapılması ihtiyatî tedbir yoluyla da talep edilebilir. Ancak bu durumda inceleme ya bizzat talep eden tarafından yapılır, ki bu da talep olunanın sır saklama menfaati sebebiyle istisnaî olarak uygulanır ya da sırların korunması amacıyla özel olarak atanan bir bilirkişi vasıtasıyla yapılır. İnceleme sonunda elde edilen bilgiler ise delil değerlendirilmesinde daima yalnızca taraf açıklaması olarak dikkate alınır. Ayrıca dava açması talep eden aleyhine zaman kaybı yaşanmasına da neden olur. Bu dezavantajlar, maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri için farklı çözüm yolları aranmasına neden olmuştur. Bu yönde bkz. KÜHNEN, s. 188; WREDE, s. 93.

⁶⁸⁵ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 101 vd.

⁶⁸⁶ Örneğin TMK md. 206/ f. IV, TBK md. 630/ f. III ve 631/ f. I, TTK md. 120/ 1, a, 225, 310, 392/ f. I ve III, 437 gibi.

⁶⁸⁷ Alman hukukunda § 242 BGB çerçevesinde iyi niyet kuralından genel bir bilgi edinme talebi türetilmiştir. Bu talebin kabul edilebilmesi için, talep eden ile talep olunan arasında özel bir hukukî ilişkinin olması, talep edenin hakkının varlığı ve kapsamı hakkında belirsizlik içinde olması, belirsizliğin mazur görülebilir olması ve talep olunanın istenilen bilgiyi vermesinin mümkün olması gerekir. Bu yönde bkz. WREDE, s. 66.

⁶⁸⁸ Eşyanın ve belgelerin incelenmesi hakkı tanıyan § 809 BGB ve § 810 BGB düzenlemeleri, ilgili kişilerin aralarında bulunan hukukî ilişkiye bağlı olmaksızın bilgi talep edilebilmelerini sağlar. Düzenlemelerin amacı, talep edenin haklarına kavuşması kolaylaştırmaktır. Eşyanın incelenmesi hakkı veren § 809 BGB'ye göre, her kim bir eşyanın sahibine karşı eşyayı inceleme hakkına veya böyle bir hakkının olup olmadığının tespiti için eşyayı incelemek konusunda menfaate sahipse, sahibinden kendisine eşyayı göstermesini veya incelemesine izin vermesini isteyebilir.

⁶⁸⁹ § 810 BGB, belgelerin incelenmesi hakkı tanıır. Buna göre, her kim, kendi yararına düzenlendiği veya diğer bir kişiyle arasındaki hukukî ilişkiyi belgelediği ya da bir hukukî işleme ilişkin müzarekereleri içerdiği için,

bilgi talebi hakkı kabul edilmiştir⁶⁹⁰. Anılan hükümlerin uygulanmasının sınırı, iyiniyet kuralıdır. Bu kapsamda, örneğin patent hakkı sahibinin hakkının ihlâl edildiğinden şüphelendiği durumlarda, § 809 BGB hükmüne dayanarak ihlâlin muhtemel olarak gerçekleştiği işletmede ürünlerin veya üretim sürecinin denetlenmesini sağlayarak, bu konuda bilgi ve gerekiyorsa delil elde etmesi mümkündür. Ancak bu amaçla yapılan keşif, talep olunanın ticarî sırlarının ortaya çıkması tehlikesini doğurur. Bilgi edinme talebinin yerine getirilmesi bir sırrın ortaya çıkmasına neden olacaksa, nispî koruma imkânlarına başvurulabilir.

Maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri sebebiyle sır saklama menfaatinin doğduğu durumlarda, talep edenin bilgi edinme menfaati ile talep olunanın sır saklama menfaati arasında somut olayın özelliklerine göre dikkatli bir dengenin kurulması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁹¹. Bunun için nispî koruma imkânlarından faydalanılması mümkündür. Karşılaştırmalı hukuk doktrini ve yargı kararlarında nispî koruma imkânlarına ilişkin farklı çözüm önerileri getirildiği görülmektedir. Burada söz konusu çözüm önerileri üzerinde durularak, özellikle Düsseldorf usulü hakkında ayrıntılı bilgiler verilecektir.

başkasının elindeki bir belgeyi incelemek konusunda haklı menfaate sahipse, sahibinden belgeyi incelemesine müsaade etmesini talep edebilir.

⁶⁹⁰ Federal Almanya Yüksek Mahkemesi'nin maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerine ilişkin hükümleri farklı şekilde yorumladığı kararlarının olduğu görülmektedir. *Druckbalken-Entscheidung* (BGH, GRUR 1985, 512 vd) olarak anılan kararında Mahkeme, § 809 BGB'nin kapsamını oldukça dar yorumlamıştır. Mahkeme bu kararında, kalıcı bir zararın ortaya çıkma tehlikesi olmasa bile, incelemenin esaslı müdahale sonucunu doğurmayacak şekilde yapılması gerektiğini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, sırların ortaya çıkması tehlikesiyle karşılaşılması için, sır saklama menfaatinin ileri sürülmesinin beklenmemesi gerekir. Bu çerçevede mahkeme, herhangi bir korunmaya değer sır saklama menfaati ileri sürülmediği halde, tespit için bilirkişi incelemesi yapılmasını da haksızlık olarak görmektedir. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi, daha sonra verdiği diğer bir kararında, *Druckbalken-Entscheidung*'da kabul edilen esaslı müdahale ile sınırlandırılmış anlayışı reddetmiştir. *Faxkarte-Entscheidung* (BGH, NJW-RR 2002, s. 1617 vd=GRUR 2002, 1046 vd) olarak anılan bu kararında mahkeme, talepte bulunanın § 809 BGB'den kaynaklanan yetkilerinin makul menfaat dengesi çerçevesinde sadece talep olunanın menfaatinin kabul edilemeyecek şekilde olumsuz etkinmesiyle sınırlı olduğunu addetmiştir. Çünkü talep olunan, ciddi bir zarara uğrama tehlikesi olmasa bile sırlarının açığa çıkması konusunda risk almak istemez. Ayrıca, herhangi bir zararın doğması halinde talep olunanın tazminat talebinde bulunma hakkının olduğu da dikkate alınmalıdır. Mahkeme kararlarında var olan farklı yorumlara rağmen, doktrinde, maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerine ilişkin özel düzenlemelerin bulunmaması durumunda, özellikle haksız rekabetten kaynaklanan uyuşmazlıklarda, genel bilgi edinme talebine ilişkin anılan düzenlemelerin somut olayda menfaat dengesi çerçevesinde uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir. Kararlar hakkında açıklamalar için bkz. STÜRNER, Rolf/ STADLER, Astrid; "BGH, 8.1.1985-X ZR 18/84. Zum Besichtigungsanspruch des Patentsinhabers", JZ, Sy. 23, Aralık 1985, s. 1096 vd.; KÜHNEN, Thomas; "Die Besichtigung im Patentrecht: Eine Bestandsaufnahme zwei Jahre nach "Faxkarte", GRUR 2005, s. 185 vd; WREDE, s. 79.

⁶⁹¹ WREDE, s. 78 ve s. 82.

3.1.3.3.1.2. Yargılama Öncesi Aşamada Nispî Koruma Sağlayan İmkânlar

3.1.3.3.1.2.1. Üç Aşamalı Usul

Alman hukukunun geçmiş patent hukuku uygulamasında § 809 BGB gereğince bilgi talep edildiği durumlarda üç aşamalı bir usulle karşılaşılmaktadır⁶⁹².

Üç aşamalı usulün birinci aşamasında, muhtemel olarak hak ihlâline neden olan şeyin haczedilmesi yer almaktadır. İkinci aşamada haczedilen şey talepte bulunana ve üçüncü kişilere karşı sır saklama yükümlülüğü olan ve yapacağı incelemenin kapsamı ve sınırları mahkeme tarafından belirlenen tarafsız bir bilirkişi tarafından incelenmektedir. Üçüncü aşamada ise, bilirkişinin hazırladığı raporun talep edene açıklanmasına karar verilmektedir.

Doktrinde ilk iki aşamanın ihtiyatî tedbir imkânıyla kullanılabileceği kabul edilmekle birlikte, üçüncü aşamanın *asıl dava sonucunun öne çekilmesi yasağı (Das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache)*⁶⁹³ sebebiyle dava açılması yoluyla gerçekleştirilmesinin gerektiği, bunun da çok zaman alacağı belirtilmektedir⁶⁹⁴. Ayrıca bu usulde inceleme sadece bir bilirkişi tarafından yapıldığı için, bilirkişinin uzmanlığına rağmen bazı durumların yanlışlıkla gözden kaçırılması veya yanlış şekilde değerlendirilmesi riski de görülmektedir⁶⁹⁵. Anılan sebeplerle uygulamada üç aşamalı usul yerine başka yollar aranmıştır.

3.1.3.3.1.2.2. Denetçi Usulü

Alman hukukunda § 242 BGB çerçevesinde ileri sürülen bilgi edinme talepleri, rakiplerin iç meselelerinin öğrenilmesinin rağbet gören bir yoldur. Böyle durumlarda ileri sürülen talebin uygunluğu ve gerekliliği ile talep olunanın bilgi vermesinin beklenebilirliği dikkate alınarak karşı karşıya gelen menfaatler arasında bir dengeleme yapılır.

⁶⁹² Üç aşamalı usul hakkında bkznz. BAHNER, s. 165 vd; WREDE, s. 91 vd.

⁶⁹³ Hukukumuzda, davanın esasını çözecek şekilde ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği çoğunluk görüşü tarafından kabul edilmekle birlikte, maddî hukuk kurallarında asıl dava sonucunu öne çeken birçok düzenlemenin bulunması, HMK md. 391'in hâkime her türlü tedbiri alma yetkisinin verilmesi ve sosyal devlet ilkesinin zaruret halinde bulunan kişinin korunması için gerektiğinde zaruret halini aşacak geçici bir karar verilmesini gerektirmesi gibi nedenlerle eda tedbirlerinin geçici olarak asıl dava sonucunu önem çekme etkisine sahip olduğunu belirtmek gerekir. Asıl dava sonucunun öne çekilmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkznz. ERİŞİR, Evrim; Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 376 vd.

⁶⁹⁴ MÜLLER-STOY, Tilman; Nachweis und Besichtigung des Verletzungsgegenstandes im deutschen Patentrecht, Köln, Münih 2008, s. 232 vd, (Naklen WREDE, s. 91); KÜHNEN, s. 192.

⁶⁹⁵ MÜLLER-STOY, s. 179, (Naklen WREDE, s. 91).

Beklenebilirliğin belirlenmesi ve bilgi edinme talebinin sınırlandırılmasında özellikle talep olunanın sır saklama menfaati ölçü olarak kullanılır. Talep olunanın haklı bir sır saklama menfaatinin bulunduğu kabul edildiğinde, bilgi edinme talebinin yerine getirilebilmesi için çözüm olarak denetçiye başvurulur⁶⁹⁶. Bunun dayanağı, § 87c Abs. 4 HGB hükmüdür. Buna göre, defter kayıtlarının reddedilmesi ya da kayıtların veya hesapların doğruluğu ve tamlığı hakkında makul şüphelerin olması halinde, bunların doğruluğu ve tamlığının tespiti için gerekliyse, ticarî temsilci, şirketin tercihiyle göre ya kendisine ya da kendisinin belirlediği bir denetçi veya yeminli malî müşavire ticarî defterleri veya diğer belgeleri inceleme hakkı sağlanmasını talep edebilir. Denetçiye başvurulması, taraf aleniyetinin maddî hukuktan kaynaklanan gerekçelerle dolaylı olarak sınırlandırılması şeklinde ifade edilmektedir⁶⁹⁷.

Denetçi usulünde bir hak ihlâlinin varlığının tespit edilmesinden ziyade, hâlihazırda tespit edilmiş ihlâlâ bağlı talebin miktarının belirlenmesi veya bir bilginin doğruluğunun ve tamlığının gözden geçirilmesi sağlanır⁶⁹⁸. Bu usul genellikle zararın hesaplanması için talep olunanın bilgilerine ihtiyaç duyulan hallerde kullanılır⁶⁹⁹. Denetçinin amacı, talep edenin bilgi edinme menfaati ile talep olunanın haklı görülen sır saklama menfaati arasında denge kurmaktır⁷⁰⁰. Talep yerine getirilirken aynı zamanda sırların korunmasının da sağlanması bu usulün avantajı olarak görülmektedir⁷⁰¹. Bu çözüm yoluyla talep olunanın gizli tutulması gereken bilgileri sır saklamakla yükümlü ve tarafsız bir üçüncü kişiye açıklama imkânı verilmektedir⁷⁰². Buna karşın talep edenle sırların tam olarak paylaşılması yerine, denetçinin yaptığı araştırmadan rastgele şekilde seçilen bölümler talep olunanın onayıyla paylaşılır⁷⁰³. Paylaşılan bu bilgiler yardımıyla talep eden, araştırmanın talebi doğrultusunda yapıp yapılmadığını kontrol edebilir. Yaptığı kontrolden talebi doğrultusunda bilgi alınmadığını

⁶⁹⁶ SCHLOSSER, Peter; "Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- substantiierungsbelasteten Prozeßpartei", Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, s. 1015.

⁶⁹⁷ Bu yönde bkz. WREDE, s. 69, dp. 229.

⁶⁹⁸ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 206; MALMSTRÖM, s. 218.

⁶⁹⁹ Örnek kararlar için bkz. BGH, GRUR 1962, 1958 vd; BGH, GRUR 1980, s. 227 vd.

⁷⁰⁰ WREDE, s. 71.

⁷⁰¹ MALMSTRÖM, s. 219.

⁷⁰² SCHLOSSER, s. 999; MALMSTRÖM, s. 218; WREDE, s. 69.

⁷⁰³ Denetçi usulüne başvurulması, talep edenin (bilgi alacaklının) bilgiye ulaşmasını zorlaştıran bir yoldur. Bu yolda talep eden bilgileri bizzat değil, kendisi gibi ilgili konulara ilişkin karşılaştırılabilir bilgilere sahip olmayan tarafsız bir üçüncü kişi vasıtasıyla dolaylı olarak edinmiş olur. Bu sebeple denetçi usulüne bilgi edinme menfaatine açık bir şekilde ağır basan sır saklama menfaati söz konusu olduğunda başvurulması gerektiği kabul edilmektedir. Örneğin, talep olunanın (bilgi borçlusunun) güveni kötüye kullandığı durumlarda denetçi usulü uygulanmamalıdır. Ayrıca, talep edenin asıl talebinin belirlenmesi için doğrudan doğruya ihtiyaç duyduğu bilgiler söz konusu olduğunda, denetçi usulünün uygulanması yerine bilgiler doğrudan doğruya talep edene verilmelidir. WREDE, s. 69 vd.

anlaması halinde, talep edene araştırmada yer alan tüm bilgilere ilişkin kapsamlı bir açıklama yapılabilir⁷⁰⁴.

Denetçi usulüne aşağıda incelenecek olan Düsseldorf usulünde olduğu gibi sadece patent uyumsuzluklarında değil, bunun dışındaki uyumsuzluklarda da talep olunanın sır saklama menfaatinin dikkate alınması amacıyla başvurulabilir. Denetçi usulü, talep edenin denetçiye sorduğu sorulara sadece evet veya hayır cevabını alabileceği haller için etkili bir çözüm yoludur⁷⁰⁵. Çünkü araştırmaya ilişkin uzmanca sonuçlar çıkarmak denetçinin görevi değildir.

3.1.3.3.1.2.3. Düsseldorf Usulü

3.1.3.3.1.2.3.1. Genel Olarak

Düsseldorf Patent Mahkemeleri tarafından geliştirildiği için bu isimle anılan *Düsseldorf usulü (Düsseldorfer Verfahren)*⁷⁰⁶, patent hukuku uygulamasında maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri nedeniyle ortaya çıkan çatışmanın çözümü için talep edenin bilgi edinme menfaati ile talep olunanın sır saklama menfaatinin bağdaştırmayı amaçlamaktadır. Bu usul, yargılama hukukuna ilişkin farklı hükümlerin bir kombinasyon olarak uygulanmasını gerektirir. Söz konusu kombinasyon, bilirkişi raporunun alındığı bağımsız bir delil ikamesi ile talep olunanın keşfe katlanmakla yükümlü tutulduğu ihtiyatî tedbir kararından oluşur⁷⁰⁷. Bu kapsamda Düsseldorf usulü, üç aşamalı olarak incelenebilir⁷⁰⁸.

İlk aşamada, bilirkişi raporu alınması için § 485 ZPO gereğince bağımsız bir delil ikamesine karar verilmesi yer alır⁷⁰⁹. Bu aşamada ispat konusu belirlenerek, keşif sırasında öğrendiği tüm bilgileri gizli tutmakla yükümlü olan bir bilirkişi atanır. Bilirkişi, talep edenle herhangi bir şekilde irtibat kurmamalı ve gerekli bilgilendirmeler mahkeme vasıtasıyla veya

⁷⁰⁴ WREDE, s. 70.

⁷⁰⁵ STADLER, FS Leipold, s. 211; WREDE, s. 72.

⁷⁰⁶ LG Düsseldorf, Beschluss vom 03.05.2005-4a O 162/ 05, juris=InstGE 5, 236 vd.

⁷⁰⁷ SAMER, Michael; "Urkundenvorlage im Patentrecht", Festschrift zum 80-jährigen Bestehen des Patentgerichtsstandortes Düsseldorf am 1. Oktober 2016, Köln 2016, s. 469 vd; STADLER, Geheimnisschutz, s. 269; WREDE, s. 96; MALMSTRÖM, s. 208.

⁷⁰⁸ KÜHNEN, s. 187 vd; MALMSTRÖM, s. 208.

⁷⁰⁹ BENKARD, Georg; Patentgesetz: Gebrauchsmustergesetz, 11. Bası, Münih 2015, GRABINSKI/ ZÜLCH PatG § 140c Rn. 23 vd.

talep edenin avukatı aracılığıyla yapılmalıdır⁷¹⁰. İnceleme yapılmadan önce talep olunanın davet edilmesi veya dinlenmesi de gerekli değildir⁷¹¹.

İkinci aşamada, bilirkişinin inceleme yapabilmesi amacıyla § 935 ZPO gereğince ihtiyatî tedbir kararı verilerek, talep olunanın keşfe katlanması ve inceleme konusu üzerinde değişiklik yapmasının önlenmesi sağlanır⁷¹². Keşfe katlanma yükümlülüğü, ihlâl neden olduğu iddia edilen ve bu sebeple bilirkişi incelemesine konu olan şeyle sınırlıdır. Bu aşamada aynı zamanda, inceleme sırasında bulunacak kişiler de tespit edilir. Talep eden sırların korunması gerekçesiyle incelemeye bizzat katılamaz⁷¹³. Bu sebeple inceleme sırasında talep olunanın yanında, talep edenin sır saklamakla yükümlü avukatının da bulunacağı kabul edilir. Avukatın inceleme sırasında öğrendiği bilgileri saklama yükümlülüğü, sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda müvekkiline karşı da vardır⁷¹⁴. Talep eden, keşif sırasında bulunma hakkının bu şekilde sınırlandırılmasına rıza göstermezse ve talep olunanın sır saklama menfaati tehlike altında görülüyorsa, mahkeme bilgi edinme talebini reddetmelidir⁷¹⁵. Talep olunan ve talep olunanın avukatı ise, incelemeye katılmak konusunda serbesttir⁷¹⁶.

Üçüncü aşamada, 2004/ 48/ EC sayılı Direktife uygun olarak § 140c PatG kapsamında bilirkişinin inceleme sonucunda elde ettiği bilgilerin talep edene sunulmasına ilişkin ayrıntılar belirlenir. Bu aşamada mahkeme, somut olayın koşulları çerçevesinde, talep eden ve talep olunanın iddia ve açıklamaları ile karşılıklı menfaatlerini dikkate alarak bir değerlendirme yapar⁷¹⁷. Mahkeme sır saklama menfaatinin dikkate alınıp alınmayacağına ve hangi kapsamda dikkate alınacağına her hâlükârda talep edenin katılımı olmaksızın karar vermelidir.

Bilirkişi raporunun talep edene sunulmasından önce, talep olunanın sır saklama menfaati göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun için öncelikle talep olunan, ticarî sırlarının rapordan ve raporun talep edene sunulmasından etkilenip etkilenmeyeceği konusunda dinlenilmelidir⁷¹⁸. Ancak talep olunanın sır saklama menfaati olduğu yönündeki salt iddiası, bilirkişi raporunun talep edenden gizli tutulmasını gerektirmez. Diğer bir ifadeyle, talep

⁷¹⁰ KÜHNEN, s. 187; WREDE, s. 96, 97.

⁷¹¹ LG Düsseldorf, InstGE 5, 236; KÜHNEN, s. 190.

⁷¹² BENKARD PatG/ GRABINSKI/ ZÜLCH PatG § 140c Rn. 27 vd.

⁷¹³ KOCH, s. 232.

⁷¹⁴ KÜHNEN, s. 187; WREDE, s. 97; KOCH, s. 232 vd.

⁷¹⁵ KOCH, s. 234.

⁷¹⁶ WREDE, s. 97.

⁷¹⁷ BENKARD PatG/ GRABINSKI/ ZÜLCH PatG § 140c Rn. 32 vd.

⁷¹⁸ MALMSTRÖM, s. 209.

olunanın genel bir itirazı raporun sunulmaması için yeterli bir sebep değildir⁷¹⁹. Talep olunan haklı bir sır saklama menfaati olduğunu ispat etmelidir. Bunun için talep olunanın sır olduklarını ileri sürdüğü bilgilerin değerini ve ifşa edilmeleri halinde karşı karşıya kalmaktan endişe duyduğu olumsuzlukları açıklayarak, iddiasının haklılığını ortaya koyması gerekir. Bilirkişi raporu talep olunanın sır saklama menfaatini etkilediği ölçüde talep edene sunulmaz⁷²⁰. Böyle durumlarda raporun tamamı yerine, anlamsız hale getirilmemek kaydıyla, sır içeren kısımların çıkarılması veya karartılması yoluyla sunulması gerekir⁷²¹.

Raporun anlamsız hale gelmesi nedeniyle sırların çıkarılması veya karartılması mümkün olmuyorsa, mahkeme, hak ihlâlinin var olup olmadığına göre kararını vermelidir. Bilirkişi raporundan hak ihlâlinin açık olarak veya en azından yüksek ihtimalle gerçekleştiğinin anlaşıldığı hallerde, talep edenin bilgi edinme menfaati talep olunanın sır saklama menfaatinin önüne geçer⁷²². Bu durumda raporun tamamı herhangi bir sınırlama yapılmaksızın talep edene açıklanabilir. Raporun talep edene açıklanması, talep edenin avukatını konuya ilişkin olarak sır saklama yükümlülüğünden kurtarır⁷²³.

Talep olunanın sırları keşiften etkilenmediyse ve keşif sonrasında hazırlanan bilirkişi raporundan sırlara ilişkin sonuç çıkartılamıyorsa, rapor talep edene sunulur ve bu durumda da talep edenin avukatının keşfe ilişkin sır saklama yükümlülüğü rapor içeriğiyle sınırlı olarak kalkar⁷²⁴. Çünkü sır saklama menfaati yoksa, koruma tedbirlerinin alınmasına da gerek yoktur. Ancak bu noktada talep edenin avukatının keşif sırasında öğrendiği, fakat rapora yansımayan bilgiler bakımından sır saklama yükümlülüğünün devam ettiğinin altı önemle çizilmelidir⁷²⁵.

Düsseldorf usulünün avantajı, özel olarak alınan uzman görüşünden ziyade, takip eden ihlâl yargılamasında mahkeme tarafından atanan bilirkişi raporunun ispat aracı olarak değerlendirilebilmesidir⁷²⁶. Uygulamada talep olunanın sırlarının korunması için yapılan

⁷¹⁹ WREDE, s. 100.

⁷²⁰ Düsseldorf usulü söz konusu özelliği sebebiyle kapalı yargılamanın bir türü olarak nitelendirilebilir. Bu yönde bkz. STADLER, FS Leipold, s. 212; WREDE, s. 98.

⁷²¹ KÜHNEN, s. 192; WREDE, s. 101.

⁷²² MALMSTRÖM, s. 209; WREDE, s. 102.

⁷²³ WREDE, s. 102.

⁷²⁴ LG Düsseldorf, InstGE 6, 189 vd; OLG Düsseldorf, InstGE 10, 198 vd; KÜHNEN, s. 192; MALMSTRÖM, s. 209; WREDE, s. 101.

⁷²⁵ BGH, çıkış noktası OLG Münih'in avukatın kendi müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğünü reddettiği bir kararı olan Lichtbogenschnürung kararında, bilirkişi raporunun sırların korunması gerekçesiyle açıklanmasının reddedilmesinin mümkün olup olmadığını tartışmıştır. BGH, bu kararında sonuç olarak, bilirkişi raporunun ibrazı bakımından Düsseldorf usulünün uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu yönde bkz. BGH, GRUR 2010, 318 vd.

⁷²⁶ STADLER, Geheimnischutz, s. 270.

sınırlamalar, talep edenin haklarından önceden açık bir şekilde vazgeçmesine dayanır. Bu durumda talep edenin önceden vazgeçmesini haklı kılan neden, § 809 BGB’ den doğan bilgi edinme talebi olarak görülmektedir⁷²⁷. Nitekim Düsseldorf usulünün uygulanması, talep olunanın sır saklama menfaatinin sağlanmasına ve korunmasına bağlıdır⁷²⁸.

3.1.3.3.1.2.3.2. Düsseldorf Usulünün Sınırı

Düsseldorf usulünün amacı, talep edenin bilgi edinme menfaati ile talep olunanın sır saklama menfaatinin dengelenmesidir. Söz konusu amaca aykırı şekilde hareket edilmesi, bilgi edinme talebi ile sır saklama menfaati arasında *ya hep ya hiç kararı (Alles-oder-Nichts-Entscheidung)*⁷²⁹ verilmesine neden olur. Özellikle henüz hak ihlâli hakkında karar verilemediği durumlarda bilirkişi raporunun talep edene tam olarak ibraz edilmesi, talep olunanın sır saklama menfaatinin olumsuz etkiler. Nitekim raporun ibrazının ardından açılan davada hak ihlâlinin gerçekleştirilmediğinin ortaya çıkması, talep olunanın aslında gizli tutulması gereken bilgilerinin talep edence öğrenilmiş olması sonucunu doğurur. Çünkü bu durumda talep olunan talep edenin haklarını ihlâl etmediği halde sırlarını açıklamak zorunda bırakılmış olur. Düsseldorf usulünün problemlili noktası olarak görülen bu durum, hak ihlâlinin varlığı konusunda net bir karar verilebildiği ya da çok yüksek ihtimalle gerçekleşmiş olduğunun anlaşıldığı hallerde bilirkişi raporunun talep edene ibraz edilmesiyle aşılabılır. Ancak çoğu durumda ihlâl ile ilişkin olarak açılan davanın sona ermesine kadar ihlâlin gerçekleşip gerçekleşmediği anlaşılamaz. Bu gibi hallerde talep edene bilirkişi raporunun tam olarak ibraz edilmemesi gerekir. Aksinin kabulü mantıklı değildir. Bu sebeple, sır saklama menfaatinin görmezden gelinmesi sonucunu doğuran katı bir yaklaşımın kabul edilmesinin yerine, gizlilik araçlarının kullanılması yoluyla sırların açıklanması ihtimalinin düşürülmesi daha makul bir çözüm olarak görülmektedir⁷³⁰.

Talep edenin asıl dava hakkında verilecek karar için tam bir bilgiye ihtiyaç duyması veya ihlâlin henüz tespit edilememesi halinde, Düsseldorf usulünün sınırına ulaşılmış olur⁷³¹. Nitekim bilirkişi raporuna dayanılarak hak ihlâlinin varlığı hakkında net bir yorum yapılamadığı veya en azından yüksek ihtimalle gerçekleştiğinin anlaşılamadığı durumlarda,

⁷²⁷ Böyle durumlarda BGH, karşı karşıya gelen menfaatler arasında olabildiğince kapsamlı bir şekilde dengeleme yapılmasını şart olarak aramaktadır. BGH, GRUR 2002, 1046=NJW-RR 2002, 1617.

⁷²⁸ KOCH, s. 234.

⁷²⁹ STADLER, Geheimnisschutz, s. 272; WREDE, s. 111.

⁷³⁰ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 196 vd; KOCH, s. 234.

⁷³¹ KOCH, s. 234.

Düsseldorf usulü tek başına yeterli değildir⁷³². Bu usulün uygulanmasının ardından açılan davada da yargılama öncesi aşamada edinilen ve gizli tutulan bilgilerin gizliliğinin sürdürülmesi gerekir. Bu ise ancak kapalı yargılama yoluyla sağlanabilir.

3.1.3.3.1.2.3.3. Alternatif ve Tamamlayıcı Yöntemler

Doktrinde, Düsseldorf usulü çerçevesinde yaşanabilecek bazı problemlerin aşılabilmesi için alternatif ve tamamlayıcı bazı görüşler ileri sürülmüştür.

Bu görüşlerden ilki⁷³³, talep eden ile avukatı arasında Düsseldorf usulünden kaynaklanabilecek gerilimin çözülmesini hedefler. Buna göre, Düsseldorf usulünde keşif çok aşamalı yapılmalıdır. İlk aşamada keşif, sadece tarafsız bir bilirkişinin katılımıyla gerçekleştirilmelidir. Bu aşamada elde edilen sonuçlar talep edenin iddialarının gerçekleştiğini muhtemel kılarsa, yeniden bir keşif yapılmalıdır. İkinci keşfe mesleği gereği inceleme konusuna vakıf kişilerin de katılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu durumda, talep edenin şüphesi teyit edilmiş olduğundan, talep olunanın korunmaya değer menfaati arka plana atılır. Bu görüş, talep edenin keşif sırasında sadece avukatı vasıtasıyla temsil edilebileceği düşünülse de, Düsseldorf usulünde avukatın konumunun aşırı zorlandığı gerekçesiyle, talep edenin avukatı yerine konunun uzmanı başka bir kişi tarafından temsil edilebileceğini ileri sürmektedir.

Diğer görüş⁷³⁴, keşfin çok aşamalı yapılmasının yerine, raporun ibrazının çok aşamalı bir şekilde gerçekleştirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüşe göre, talep olunanın sır saklama menfaatini ileri sürmesi halinde, mahkeme öncelikle talep olunanın bilirkişi raporunun ilgili kısımlarını karartmasına izin vermelidir. Raporun karartılmayan kısımlarına istinaden talep eden, karartılan kısımlardan hangilerinin ibraz edilmesinin kendisi için hangi sebeplerle gerekli olduğunu açıklamalıdır. Bu sırada talep olunan da kararttığı kısımlar bakımından neden sır saklama menfaatinin olduğunu açıklığa kavuşturmak zorunda kalır. Mahkeme bu yolla, bilirkişi raporunun karartılan kısımlarının talep edene yavaş yavaş ibraz edilmesine karar verebilir.

⁷³² STADLER, Geheimnisschutz, s. 272; KOCH, s. 234.

⁷³³ Bu yönde bkz. MELULLIS, Klaus-J; "Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld der Feststellung einer Verletzung von Schutzrechten", Festschrift für Winfried Tillman, Köln, Berlin, Bonn, Münih 2003, s. 853 vd.

⁷³⁴ Bu yönde bkz. KITZ, Volker; "Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum-die neue Regeln", NJW 2008, 2376, 2377.

3.1.3.3.1.2.3.4. Türk Hukukunda Yargılama Öncesi Aşamada Nispî Koruma Sağlayan İmkânların Uygulanabilirliği

Maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerinin karşılanması bakımından esas alınması gereken ölçüt, bilgi edinme menfaati ile sırların korunması menfaati arasındaki denge olmalıdır. Bu çerçevede, bir yandan bilgi edinme talebi karşılanırken, diğer yandan bilgisi istenen kişinin sırlarının korunması menfaatinin gözetilmesi gerekir.

Yukarıda belirtmiş olduğumuz gibi, hukukumuzda maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerine ilişkin birçok münferit düzenleme bulunmakla birlikte, genel bir bilgi talebi hakkı tanıyan düzenleme bulunmamaktadır. Alman hukukunda kullanılan çözümlerin hukukumuzda uygulanabilirliği, bazı münferit düzenlemeler çerçevesinde belirlenmelidir.

Öncelikle, Alman hukukunda da artık eski bir usul olarak nitelendirilen üç aşamalı usulün, zaman kaybına ve anılan başkaca dezavantajlara yol açma riskini taşıması sebebiyle amaca uygun olmadığını belirtmek gerekir.

Alman hukukunda denetçi usulünün kanunî dayanağı olarak gösterilen ve ticarî temsilcilere ilişkin olan § 87c HGB düzenlemesi, hukukumuzda acentelik kurumuyla örtüşmektedir. Türk Ticaret Kanunu’nun 116’ncı maddesinin ikinci fıkrasındaki benzer düzenlemeye göre, *“ücret istemi, muacceliyeti ve hesaplanması bakımından önemli olan bütün konular hakkında acente bilgi istediği takdirde müvekkil bu bilgileri vermek zorundadır. Ayrıca acente, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının suretlerinin de kendisine gönderilmesini müvekkilden isteyebilir. Müvekkil, defter suretini vermekten kaçınırsa ya da defterlerin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenler varsa, acente, ticarî defter ve belgelerin ilgili kısımlarını ya kendisi inceler ya da bir uzmana inceletebilir. Müvekkil buna izin vermezse sorunu mahkeme duruma en uygun şekilde karara bağlar”*.

Söz konusu düzenlemede, § 87c HGB’nin aksine⁷³⁵, acentenin defter ve belgeleri hangi uzmanlar aracılığıyla inceletebileceği belirlenmemiştir. Bu durumda inceleme yeminli

⁷³⁵ § 87c HGB hükmüne göre, defterler denetçi veya yeminli malî müşavir tarafından incelenmelidir. BAUMBACH, Adolf/ HOPT, Klaus J.; Handelsgesetzbuch, 38. Bası, Münih 2018, HOPT HGB § 87c Rn. 27; SCHMIDT, Karsten; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. Bası, Münih 2016, MüKoHGB/ von HOYNINGEN-HUENE HGB § 87c Rn.74. Hukukumuzda bağımsız ve özel denetçilerin görevleri kanunla sınırlandırılmış durumdadır. Bağımsız denetim, Türk Ticaret Kanunu’nun 397’nci maddesinin dördüncü fıkrası gereğince Bakanlar Kurulu tarafından belirlenen denetime tabi olan anonim şirketlerin ve şirketler topluluğunun finansal tabloları ile yönetim kurulunun yıllık faaliyet raporunun denetimini ve 398’inci maddede belirlenen diğer görevleri kapsar. Bu kapsamda yargılama öncesi aşamada sırların korunması faaliyeti yoktur.

malî müşavir veya serbest muhasebeci malî müşavir gibi sır saklamakla yükümlü bir uzman tarafından yapılmalıdır⁷³⁶. Doktrinde bir avukatın da uzman olarak seçilebileceği belirtilmekle birlikte⁷³⁷, kanaatimizce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim avukat, ücrete bağlı işlemlere ilişkin defter kayıtlarının incelenmesi konusunda uzman sayılamaz. Bu durumda inceleme, acente tarafından veya acentenin bizzat belirlediği uzman tarafından yapılır. § 87c HGB hükmünde, incelemenin bizzat ticarî temsilci (acente) tarafından mı yoksa denetçi veya yeminli malî müşavir tarafından mı yapılacağını belirleme yetkisi şirkete (müvekkile) verilmiştir. Ancak § 264 Abs. 2 S. 2 BGB bağlamında, belirli bir sürenin dolmasından sonra bu yetkinin ticarî temsilciye geçeceği kabul edilmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, şirketin incelemenin denetçi veya yeminli malî müşavir tarafından yapılmasını tercih etmesi halinde, bu kişinin seçiminin ticarî temsilci tarafından yapılacak olmasıdır⁷³⁸.

Denetçi usulünün amacının bilgi talep olunanın sırlarının korunması olduğu göz önünde bulundurulduğunda, incelemenin bizzat talep eden veya talep edenin bizzat belirlediği bir uzman tarafından yapılması tereddüt yaratır. Bu durumu Türk hukuku doktrininde, acentenin müvekkilinin menfaatlerini koruma borcuna ve sadakat yükümlülüğüne dayanan bir sır saklama yükümlülüğünün altında olduğu gerekçesiyle haklı gören yazarlar vardır⁷³⁹. Ancak kanaatimizce acente ile müvekkil arasındaki menfaat dengesini sağlayacak en makul çözüm, Alman hukukunda olduğu gibi sırların korunması menfaatine öncelik verilmesi ve incelemenin kim tarafından yapılacağını müvekkilce

Özel denetim isteme hakkı ise, Türk Ticaret Kanunu'nun 438'inci maddesi ile sadece pay sahiplerine tanınmıştır. Buna göre, her pay sahibi, pay sahipliği haklarının kullanılabilmesi için gerekli olduğu takdirde ve bilgi alma veya inceleme hakkı daha önce kullanılmışsa, belirli olayların özel bir denetimle açıklığa kavuşturulmasını, gündemde yer alması bile genel kuruldan isteyebilir. Genel kurul istemi onaylarsa, şirket veya her bir pay sahibi otuz gün içinde, genel kurul istemi reddederse, Türk Ticaret Kanunu'nun 439'uncu maddesinde belirlenen şartları taşıyan pay sahipleri üç ay içinde şirket merkezinin bulunduğu yerdeki asliye ticaret mahkemesinden özel denetçi atanmasını isteyebilir. Özel denetçi, incelemenin sonucu hakkında, şirketin sırlarını da koruyarak, mahkemeye ayrıntılı bir rapor verir. Mahkeme, raporu şirkete tebliğ eder ve şirketin, raporun açıklanmasının şirket sırlarını veya şirketin korunmaya değer diğer menfaatlerini zarara uğrattığına ve bu sebeple istem sahiplerine sunulmamasına ilişkin istemi hakkında karar verir. Mahkeme, şirket ve istem sahiplerine, açıklanan rapor hakkında, değerlendirmeleri bildirmek ve ek soru sormak imkânını tanıyarak. Her ne kadar Alman hukukunda Düsseldorf usulünden daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu kabul edilen denetçi usulüyle aynı olmasa da özel denetçilerin de şirketlere ait ticarî sırların korunması amacına hizmet ettikleri görülmektedir. Şirketler hukukunda denetime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ, Tekin; "Şirketler Hukukunda Denetim", EÜHFD, C. 16, SY. 3-4, Y. 2012, s. 151 vd.

⁷³⁶ KAYA, Mustafa İsmail; Acentelik Hukuku, Ankara 2014, s. 234.

⁷³⁷ KARASU, Rauf; "Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı", İnÜHFD, C. 4, Sy. 2, Y. 2013, s. 69.

⁷³⁸ Bu yönde bkz. MüKoHGB/ von HOYNINGEN-HUENE HGB § 87c Rn. 76; BAUMBACH/ HOPT/ HOPT HGB § 87c Rn. 27; BeckOK HGB/ LEHMANN HGB § 87c Rn. 43.

⁷³⁹ KARASU, s. 71.

belirlenmesidir. Müvekkil, incelemenin uzman tarafından yapılmasını tercih ederse, bu halde uzman acente tarafından seçilmelidir.

Alman hukukunda § 87c HGB'nin kıyasen uygulanması yoluyla, denetçi usulünün maddî hukuktan doğan bilgi taleplerine uygulanabileceği kabul edilmekle birlikte, bize göre, Türk Ticaret Kanunu'nun 116'ncı maddesinin kıyasen başka durumlara uygulanması mümkün değildir. Söz konusu düzenleme, acentenin müvekkili en ağır şekilde külfet altına sokan hakkıdır⁷⁴⁰ ve bu sebeple müvekkilin defteri vermekten kaçınması veya defterin doğruluğu ve tamlığı konusunda kuşku duymayı gerektiren haklı nedenlerin varlığı olmak üzere çok sınırlı iki halde uygulanabilir.

Patent uyumsuzluklarında sırların korunmasının çözümü olarak kabul edilen Düsseldorf usulü ise, hukukumuzda yargılama öncesi aşamada bilgi talebinin düzenleyen Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 150'inci maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde dikkate alınabilir⁷⁴¹. Anılan düzenleme gereğince, hak sahibi, sınaî mülkiyet hakkının ihlâli iddiasına dayalı tazminat davası açmadan önce, delillerin tespiti ya da açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zarar miktarının belirlenebilmesi için, sınaî mülkiyet hakkının kullanılması ile ilgili belgelerin, tazminat yükümlüsü tarafından mahkemeye sunulması konusunda karar verilmesini mahkemeden talep edebilir. Maddede yer alan *“tazminat davası açılmadan önce delillerin tespiti”* ifadesi maddî anlamda bilgi talebini, *“açılmış tazminat davasında uğramış olduğu zararın belirlenmesi”* ise usulî anlamda bilgi talebini karşılamaktadır. Bu durumda tazminat davası açmadan önce bilgi talebi üzerine yapılacak delil tespiti sırasında, talep olunanın sırlarının ortaya çıkması riski doğabilir. Dolayısıyla mahkeme talep edene bilgi sağlarken, talep olunanın sırlarının korunması için de önlem almalıdır. Nitekim Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesindeki *“davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaati göz önünde tutulur”* hükmü, Kanun'un sırların korunması menfaatini gözardı etmediğinin açık bir göstergesidir. Ancak Sınaî Mülkiyet Kanunu'nun 150'inci maddesinde de bu yönde bir düzenleme olması gerekirdi. Çünkü böyle bir durumda, bir taraftan delil tespitiyle emniyet altına alınan delillerin olumsuz etkilenmesinin önüne geçilirken, diğer taraftan henüz patent hakkının

⁷⁴⁰ BeckOK HGB/ LEHMANN HGB § 87c Rn. 36.

⁷⁴¹ Mülga Markaların Korunması Hakkında KHK md. 65 düzenlemesi de, SMK md. 150/ f. III'e benzer şekilde, *“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”* hükmünü içermekte idi.

tecavüz ettiği belli olmayan talep olunanın sır saklama menfaati korunmaya muhtaç duruma düşürülmektedir⁷⁴².

Düsseldorf usulünün aşamalarına uygun bir sürecin sürdürülmesi için, öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400'üncü maddesi ve devamı hükümleri gereğince delil tespiti istenmeli⁷⁴³, belgeler üzerinde inceleme yapılmasına katlanma yükümlülüğü getirilmesi adına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389'uncu maddesi ve devamı hükümlerine göre bir ihtiyatî tedbir kararı alınmalı ve sonuç olarak bu bilgilerin talep edene açıklanıp açıklanmayacağına veya ne ölçüde açıklanacağına karar verilmelidir. Düsseldorf usulünde bilgi talep eden kişinin hem inceleme sırasında hazır bulunma hakkının hem de bilginin tamamına erişiminin sınırlandırılması eleştiriye açık olsa da, bu usulle yargılama öncesi aşamada ticarî sırlara etkin bir koruma sağlandığı yadsınamaz. Düsseldorf usulü, talep olunanın sır saklama menfaati ile birlikte talep edenin etkin hukukî koruma talebi arasında denge kurarak, etkili bir şekilde dikkate alınmalarını sağlayan yumuşatıcı bir araçtır⁷⁴⁴. Nitekim bu durumda sırlar talep edene karşı korunmaya çalışılmaktadırlar ve talep edenin bu amaçla alınan önlemlere razı olmaması, talebinin geri çevrilmesi riskiyle karşı karşıya kalmasına neden olur. Talep edenin bir avukat aracılığıyla temsil edildiği hallerde, delil tespiti sonucu kendi müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlü olan avukata bildirilmelidir.

3.1.3.3.2. Yargılama Sırasında Nispî Koruma Sağlanması: Kapalı Yargılama

3.1.3.3.2.1. Genel Olarak

Nispî koruma imkânlarının yargılama öncesi aşamada kullanılması çoğu durumda sır sahibinin sır saklama menfaatini karşılamaya yeterli olmaz. Sırların korunması amacıyla kabul edilen anlayışa hizmet edilebilmesi için, dava sırasında da bu korumanın sürdürülmesi gerekir. Ayrıca, hak talebinin doğrudan doğruya dava yoluyla ileri sürüldüğü hallerde de, sır saklama menfaati göz ardı edilmemelidir. Dava sırasında temelde, bir tarafın etkin hukukî korumaya sahip olmak için ortaya çıkan bilgi gereksinimi ile diğer tarafın sırlarının korunması menfaati karşı karşıyadır. Karşı karşıya gelen bu değerlerin birbirine alternatif olarak görülmesi ve birisinin diğerine tercih edilmesi makul bir çözüm yolu değildir. Aksinin sağlanması ve bunların dava sırasında birbirlerine feda edilmemesi için ise farklı görüşler

⁷⁴² BENKARD PatG/ GRABINSKI/ ZÜLCH PatG § 140 Rn. 22.

⁷⁴³ Delil tespiti hakkında bkznz. AKYOL ASLAN, Leyla; Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011, s. 27 vd.

⁷⁴⁴ MALMSTRÖM, s. 216, 217.

öne sürülmektedir. Karşılaştırmalı hukuk uygulamasında yargılama öncesi aşamada sırlara nispi koruma sağlanması kabul edilmekle ve buna ilişkin imkânlar kullanılmakla birlikte, yargılama sırasında nispi koruma sağlanmasına ilişkin sorunun net bir çözüme kavuşamamış olduğu görülmektedir.

Davanın taraflarından birisinin sırlarının korunmasını talep etmesi halinde akla gelen en etkili çözüm kapalı yargılamadır. Ancak kapalı yargılamanın doğurduğu birtakım tereddütler sebebiyle öncelikle problemin başka yollarla aşıp aşılamayacağını incelenmesi yerinde olacaktır. Ardından kapalı yargılamaya ilişkin bilgiler verilerek, hukukumuzda uygulanabilirliği tartışılacaktır.

3.1.3.3.2.2. Kapalı Yargılamadan Kaçınma Yolları

Kapalı yargılama, tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması için, medenî yargılama hukukunun temel ilkeleri fazlasıyla zorlanarak geliştirilen bir çözümdür. Bu sebeple son çare olarak kabul edilir. Başka bir şekilde sırlarının korunması mümkün olamazsa, kapalı yargılama yoluna başvurulmaması gerekir. Bunun için doktrinde farklı çözümler ileri sürülmüştür. Burada, söz konusu çözümlerin uygulanabilirliği incelenecektir.

3.1.3.3.2.2.1. Tahkim veya Arabuluculuğa Başvurulması

Tahkimin veya alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından birisi olan arabuluculuğun devlet yargısıyla kıyaslandığında sırların daha etkili bir şekilde korunmasını sağlayıp sağlamayacağı belirlenmelidir.

Tahkim yargılamasına gizlilik hâkimdir⁷⁴⁵. Ancak bu gizlilik, tarafların birbirlerine karşı değil, kamuya karşı korunmalarını sağlar. Aleniyet ilkesinin devre dışı bırakılması ise, tarafların sırlarının korunmasının garantisi değildir⁷⁴⁶. Tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması için, devlet yargısında olduğu gibi, tahkim yargılamasında da gerektiğinde temel ilkeleri zorlayacak farklı çözümlerin aranması gerekir⁷⁴⁷. Sonuç olarak tahkim, devlet

⁷⁴⁵ RITZ, s. 55 vd; GÜNTHER, Klaus; “Einschränkungen der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen”, FS für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, s. 342; DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, ABD 2002-4, s. 40; ÖZSUNAY, Ergun; “Tahkim Yargılamasından Mahremiyet”, Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul, 2004-16, s. 123 vd; TARMAN, Zeynep Derya; “Tahkim ve Gizlilik”, MÜHFD, 2008/ 1, s. 305 vd.

⁷⁴⁶ GÖTZ, s. 214.

⁷⁴⁷ Konuya ilişkin olarak bkz. Aşa. s. 257 vd.

yargısının usulî çerçevesinin aşılabilmesi için doğrudan doğruya kullanılabilecek bir ruhsat değildir⁷⁴⁸.

Arabuluculuğa ise serbestlik hâkimdir. Ancak arabuluculuğun da temel amacı, usul kurallarının genişletilmesi değil, uyuşmazlıkların çözülmesidir⁷⁴⁹. Bu kapsamda Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu ve Yönetmeliği'nde, arabuluculuk sürecinde taraflar arasında eşitsizlik yaratılmamasını sağlamak amacıyla hükümler sevk edilmiştir. Her ne kadar *caucusing: taraflardan biriyle özel oturum yapılması* yoluyla, tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması mümkün olsa da, bu yöntemin eleştirildiğini ve istisnâ olarak uygulanması gerektiğinin kabul edildiğini belirtmek gerekir⁷⁵⁰.

3.1.3.3.2.2. Vakıa İncelemesinin Aşamalandırılması

Bir davanın sonuca ulaşabilmesi için ileri sürülen birden çok vakıanın incelenmesi gerekiyorsa, bunların birlikte bir sır oluşturmamaları kaydıyla her birinin ayrı ayrı ele alınması mümkündür. Bu yolla, karşı karşıya gelen menfaatler arasındaki çatışma en aza indirilebilir. Böyle durumlarda evvela sır niteliğinde olmayan vakıalar ele alınmalıdır. Bunların incelenmesinin ardından karar verme olgunluğuna ulaşırsa nihai karar verilir ve artık sırların tartışılmasına gerek kalmamış olur. İncelenen vakıalar neticesinde karar verme olgunluğuna ulaşamaması halinde, sırların incelenmesine sıra gelir. Bu da vakıa incelemesinin aşamalandırılmasının sırların korunmasını sağlamaması sonucunu doğurur.

Doktrinde bazı yazarlar, önemli ticarî sırların mevcut olduğu durumlarda, sır sahibine kanun yoluna başvurma imkânı tanınabilmesi için, sırlara ilişkin inceleme yapılmadan önce bir kısmî karar verilebileceğini savunmaktadır⁷⁵¹. Ancak kanaatimizce, bu durumda kısmî karar verilmesinin sırların korunmasına herhangi bir faydası yoktur. Kısmî karar, dava konusunun bağımsız olarak ayrılabilen kısmı hakkında karar verme olgunluğuna ulaşıldığında, bu kısım hakkında kararın verilip icra edilmesi sağlar⁷⁵². Böylece dava

⁷⁴⁸ GÖTZ, s. 214.

⁷⁴⁹ GÖTZ, s. 214.

⁷⁵⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Aşa. s. 266 vd.

⁷⁵¹ KERSTING, s. 254; Kısmî karar hakkında bkz. BAHADIR, Zeynep; Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar, Ankara 2018, s. 19 vd; ERMENEK, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, s. 208 vd; AKİL, Cenk; “Genel Hatları İle Alman Medenî Yargılama Hukukunda Kısmî Hüküm”, İÜHFM, C. LXX, Sy. 1, Y. 2012, s. 179 vd.

⁷⁵² § 301 ZPO'ya göre, bir davada birden fazla talebin ileri sürüldüğü hallerde sadece bir talep veya taleplerden birisinin bir kısmı hakkında ya da karşı dava açılmışsa sadece asıl dava veya karşı dava hakkında karar verme olgunluğuna ulaşıldığında, mahkeme bir kısmî karar verebilir. Hukukumuzda kısmî karar ayrıca düzenlenmiş olmamakla birlikte, HMK md. 436/ f. II'de ve MTK md. 14'de, aksi kararlaştırılmadıkça, hakem veya hakem

malzemesi azaltılarak mahkemenin işi kolaylaştırılmış, davacının hakkına daha erken kavuşması sağlanmış ve sonuçta usul ekonomisine katkıda bulunulmuş olur⁷⁵³. Fakat andığımız durumda, hâkim sır içermeyen konuları inceleyip karar verecek duruma gelemediği için sırları inceleme gereği duymaktadır. Dolayısıyla kısmî karar verilmesinin şartları dahi henüz oluşmuş değildir. Ayrıca kısmî karar verebilecek duruma gelinmiş olsa da kısmî kararın kanun yoluna götürülmüş olması kalan kısım hakkında tahkikat yapılmasına engel olmayacak ve sırlar her hâlükârda incelenecektir. Bu sebeple artık sırların korunması için başka çözümlerin düşünülmesi gereklidir.

Alman hukukunda vakıa incelemesinin aşamalandırılmasının kanunî dayanağı olarak, hâkimin yargılamayı sevk ve idaresine ilişkin § 136 ZPO gösterilmektedir. Anılan düzenleme, yargılamanın kanuna ve amaca uygun olarak düzenli bir şekilde yürütülmesine hizmet eder. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 32’nci maddesinin birinci fıkrasına göre de, yargılamayının sevk ve idaresi hâkime aittir; hâkim yargılama düzeninin bozulmaması için gerekli her türlü tedbiri alabilir⁷⁵⁴. Bu çerçevede, hâkim maddî gerçeğe uygun karar verme amacından ayrılmadan ve tarafların menfaatlerini dikkate alarak, ileri sürülen hususların hangi sıralamada inceleyeceğine kendisi karar verebilir. Ancak hâkimin bu şekilde bir sıralama yapması, incelemede sona bıraktığı hususları dikkate almayacağı şeklinde yorumlanmamalıdır. Kanaatimizce, hâkimin önce sır içermeyen konuları incelemesi ve ardından karar verme olgunluğuna ulaşması halinde sır içeren konuları incelemesine gerek kalmaması gibi bir çözümün kabulü, hukukî dinlenilme hakkına açık bir şekilde aykırılık teşkil eder. Hâkim tarafların yaptıkları açıklamaları tam olarak dikkate alıp değerlendirmek zorundadır. Hukukî dinlenilme hakkı, tarafların açıklamalarının, getirdikleri dava malzemesinin, ikame ettikleri delillerin eksiksiz olarak dikkate alınıp değerlendirilmesini mutlak bir yükümlülük olarak mahkemeye yükler⁷⁵⁵. Bu yükümlülüğe aykırı davranılması, hukukî dinlenilme hakkının unsurlarının taraflara tam olarak sağlanmaması anlamında olup, mutlak bir bozma sebebi teşkil eder⁷⁵⁶. Dolayısıyla, özellikle hukukî dinlenilme hakkı

kurulunun kısmî kararlar verebileceği kabul edilmiştir. Bu düzenlemelerin açıklığa kavuşturulabilmesi ve ayrıca davalarda da kısmî karar verilebilmesi ve kısmî kararın tanımı ve şartlarının belirlenmesi için hukukumuzda da ayrı bir düzenleme yapılması uygun olacaktır.

⁷⁵³ MUSIELAK/ VOIT/ MUSIELAK ZPO § 301 Rn. 1 vd; MüKoZPO/ MUSIELAK ZPO § 301 Rn. 1 vd; SAENGER, ZPO § 301 Rn. 1 vd.

⁷⁵⁴ Burada yargılama düzeninden anlaşılması gereken duruşma düzeninin sağlanması dışındaki diğer işlemlerdir. Duruşma düzeninin sağlanması, HMK md. 151’de ayrıca düzenlenmiştir. Bu yönde bkzn. ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 813.

⁷⁵⁵ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 880 vd.

⁷⁵⁶ ERDÖNMEZ, Pekcanitez Usûl I, s. 885.

bakımından tereddüt yaratan kapalı yargılamadan kaçınılması için, yine hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edecek yöntemler kullanılması kabul edilemez.

3.1.3.3.2.3. Teminat Gösterilmesi

Kapalı yargılama yapılmasından kaçınılmasına imkân verecek bir diğer çözüm, teminat gösterilmesidir⁷⁵⁷. Karşı tarafa açıklanan sırlar, kötüye kullanılmamaları ve istismar edilmemeleri için bir teminata bağlanabilir. Alman hukukunda yargı kararlarında⁷⁵⁸ böyle bir teminatın kanunî dayanağı olarak § 811 Abs. 2 S. 2 BGB hükmü gösterilmektedir. Buna göre, maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerinde talep olunan, doğacak tehlikeye karşı teminat sağlanıncaya kadar inceleme konusunu sunmaktan kaçınabilir. Ancak doktrinde söz konusu düzenlemenin sırların korunması için uygun olup olmadığına şüpheyile yaklaşmıştır⁷⁵⁹. Baskın görüşe göre, § 811 Abs. 2 S. 2 BGB gereğince tehlike ve giderlerin üstlenilmesi, sadece, hak sahibinin kusuru olmasa dahi inceleme konusu yapılan şey üzerinde meydana gelen zararları karşılamak zorunda olduğu anlamına gelir⁷⁶⁰. İnceleme konusundan öğrenilen sırların kötüye kullanılmaları veya istismar edilmelerinin de tehlike ve giderlerden sorumluluk kapsamında değerlendirilmesi çok geniş bir yorum ve kıyasen uygulama olarak görülmektedir. Bu durumun mevcut düzenlemelere göre, ancak, ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerle mümkün kılınabileceği belirtilmektedir. Nitekim § 809 BGB gereğince yapılan inceleme, sonraki aşamada açılacak ihlâl davasının bizzat konusunu oluşturur. Bu kapsamda, öncelikle inceleme konusuna ihtiyatî tedbir kararıyla el konulmalı, buna bağlı olarak teminat da alınmalıdır. Böylece sırların hukuka aykırı kullanılmasından ortaya çıkan zararın § 945 ZPO gereğince giderilmesi mümkün olur.

Teminat gösterilmesinin maddî hukukta ve usul hukukundaki temel amacı, ilgili tarafın doğabilecek tehlikelere karşı güvence altına alınmasıdır⁷⁶¹. Her ne kadar ihtiyatî

⁷⁵⁷ KERSTING, s. 292; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 222; PLOCH-KUMPF, s. 165; WREDE, s. 151 vd.

⁷⁵⁸ Anılan maddeye dayanılarak Reichsgericht tarafından verilen Nietzsche-Brief kararına konu olan olayda, Nietzsche'nin telif haklarına sahip mirasçısı olan davacı, davalının Nietzsche'nin mektuplarının yayınlamaktan men edilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine mahkeme, § 809 BGB'ye göre davacının iddialarının ispatı için davalıyı mektupların suretlerini sunmakla yükümlü tutmuştur. Ancak iyi niyet kuralı çerçevesinde mahkeme kendisini davacının mektupları yayınlamasına karşı koruma sağlamak zorunda da görmüştür. Mahkeme bunun için, § 811 Abs. 2 S. 2 BGB gereğince davacının bir güvence göstermesini istemiştir. Mahkeme sırlarını ifşa eden tarafın üzerine aldığı riskleri karşı tarafın teminat göstermesi yoluyla yumuşatmaya çalışmıştır. Bu yönde bkz. RG, RGZ 69, 401 vd; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 221; WREDE, s. 151.

⁷⁵⁹ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 222.

⁷⁶⁰ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 222, dp. 16.

⁷⁶¹ ERİŞİR, s. 338.

tedbir temelde aynı amacı taşısa da, bu amaçların yöneldikleri koruma alanları farklıdır. Teminat, karşı tarafın ileride uğrayabileceği zararların önlenmesi için gösterilirken, ihtiyatî tedbirler uyuşmazlık konusunu dava öncesinde ya da dava sırasında güvence altına alır. İhtiyatî tedbir ile birlikte alınan teminatın amacı, karşı tarafın tedbiri ihlâl etmesi halinde zararın bu teminattan karşılanması değil, aksine, ihtiyatî tedbir talep edenin haksız çıkması halinde karşı tarafın ve üçüncü kişilerin bu yüzden uğrayacakları muhtemel zararların karşılanmasıdır. Bu sebeple sırların korunması amacıyla alınacak teminatın kanunî dayanağı ihtiyatî tedbirde teminat gösterilmesine ilişkin düzenlemeler olamaz. Hukukumuzda da sırların korunması gerekçesiyle teminat gösterilmesine ilişkin özel bir düzenleme yoktur. Ancak bu eksikliğin bazı durumlarda münferit düzenlemelerle giderilmesi mümkündür. Örneğin, Sınâî Mülkiyet Kanunu'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesine göre, ispat yükünü taşıyan davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaatinin göz önünde tutulacağı belirtilmiştir. Böyle bir durumda mahkeme sırların korunması bakımından sahip olduğu geniş takdir yetkisine dayanarak, davacının öğrendiği sırları istismar etmesini önlemek için teminat göstermesini isteyebilir.

Teminat alınması kanaatimizce caydırıcı niteliğe sahip olmakla birlikte, sırların korunmasını sağlamaya tam anlamıyla elverişli bir yol değildir. Her ne kadar teminat gösterilmiş olsa da, karşı taraf sır sahibinin sırlarını öğrenmiş olur. Bu da sırların kullanılması riskini beraberinde getirir. Dolayısıyla teminat gösterilmesi sırlara her hâlükârda zayıf bir koruma sağlar⁷⁶². Teminatın miktar ve zaman bakımından sınırlandırılması zordur⁷⁶³. Çok yüksek değere sahip olan sırlara orantılı şekilde gösterilmesi gereken teminatın miktarının belirlenmesinin güçlüğüne yanında, bu durum, teminat göstermekle yükümlü tutulan tarafın ödeme gücünü de zayıflatır⁷⁶⁴. Özellikle önemli ticarî sırların korunması için düşük bir miktarda teminat belirlenmesi halinde, teminat neredeyse işlevsiz kalır. Sonuç olarak, teminat gösterilmesi sırların kötüye kullanılmaları ve istismar edilmelerini kesin olarak önlemez ve bu konuda diğer koruma imkânlarının dikkate alınması gerekir.

⁷⁶² WREDE, s. 151.

⁷⁶³ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 222; STÜRNER, s. 222.

⁷⁶⁴ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 222; STÜRNER, JZ 1985, s. 458; WREDE, s. 152.

3.1.3.3.2.2.4. Yargılamanın Durdurulması

Alman hukukunda kapalı yargılamadan kaçınılması için öne sürülen yollardan bir diğeri, yargılamanın durdurulmasıdır. Yargılamanın durdurulabileceğini savunan yazarlara göre⁷⁶⁵, yüksek değer atfedilen bir ticarî sırrın önemi öngörülebilir bir zaman dilimi içinde azalacaksa ve bu zaman dilimi içinde uyuşmazlığın çözülmemesi sırrın sahibi olmayan tarafı aşırı derecede olumsuz etkilemeyecekse, yargılama durdurulabilir. Böyle hallerde sır sahibinin talebi üzerine mahkeme taraflar arasındaki menfaat dengesine uygun görmesi halinde § 275 S. 1 ZPO'yu kıyasen uygulayabilir. § 275 S. 1 ZPO'ya göre mahkeme, taraflardan her ikisinin de talep ve kabul etmesi halinde, sulh görüşmelerinin devam etmesinden veya diğer önemli sebeplerden dolayı yargılamanın durdurulmasına karar verir. Görüldüğü gibi, kanun yargılamanın durdurulması için her iki tarafın da talebini ve kabulünü aramaktadır. Ancak sırların korunması için anılan düzenlemenin kıyasen uygulanabileceğini kabul eden görüş, bu durumda karşı tarafın talep ve kabulü şartının yerini, sır sahibinin sırlarının korunması menfaatinin alacağını ileri sürmektedir⁷⁶⁶. Böyle bir durdurma kararının her iki tarafın da menfaatine olacağı için caiz görülmesi gerektiği belirtilmektedir. Çünkü bu durumda yargılamanın durdurulması, yalnızca sır sahibi tarafın sırlarının korunması menfaatine hizmet etmekle kalmaz, aynı zamanda karşı tarafın karar verilmesi için gerekli olan tüm hususlara bizzat ve sınırsız olarak vakıf olmasını da sağlar⁷⁶⁷.

Yargılamanın durdurulmasının her iki tarafın da menfaatine olduğu görüşü, aslında, ispat yükünü taşıyan sır sahibi ile ispat yükünü taşımayan sır sahibinin durumları arasında yeterli ölçüde bir ayrım yapmamıştır. Bu görüş daha ziyade, yargılamanın durdurulmasının taraflardan ikisinin de menfaatine olacağını belirtmekle yetinmiştir. Ancak durum fiilen böyle olsaydı, kanuna uygun olarak her iki taraf da yargılamanın durdurulmasını talep etmek isterdi. Eğer sırlar ispat yükünü taşımayan tarafa aitse, yargılamanın durdurulması aslında ispat yükünü taşıyan taraf menfaatinedir. İspat yükünü taşımayan taraf daha ziyade yargılamanın devam etmesi ve ispat yükünü yerine getiremeyen karşı tarafın aleyhine karar verilmesi konusunda menfaate sahiptir. Bu sebeple yargılamanın durdurulması, her iki tarafın menfaatine değil, aksine genel olarak sadece ispat yükünü taşıyan tarafın menfaatinedir. Bu sebeple sırların korunması amacıyla yargılamanın durdurulabileceği görüşü reddedilmelidir. Keza hukukumuzda taraflara yargılamanın durdurulmasını talep

⁷⁶⁵ KERSTING, s. 275.

⁷⁶⁶ WREDE, s. 152.

⁷⁶⁷ KERSTING, s. 276; WREDE, s. 152.

etme hakkı veren bir düzenleme bulunmadığı için⁷⁶⁸, sırların korunması amacıyla yargılamanın durdurulmasının talep edilmesi mümkün değildir.

3.1.3.3.2.2.5. Sırları Tehlikeye Düşüren Delillerin Talîliği

Sırları tehlikeye düşüren delillerin talîliğinden maksat, dava konusunun aydınlatılması için birden fazla delilin sunulduğu hallerde, mahkemenin öncelikle sırlar bakımından hiç veya az derecede tehlike doğuran delilleri incelemesidir⁷⁶⁹. Alman hukukunda sırların korunması için çözüm olarak ileri sürülen bu yolda, sırları tehlikeye düşürmeyen delillerin incelenmesi dava konusunun aydınlatılmasına yeterli olmadığında diğer delillerin dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁰. Bu yol aslında, mahkemenin sır içermeyen delilleri inceleyerek karar verme olgunluğuna eriştiği hallerde, sır içeren delillerin incelenmemesini sağlayarak, sırların ifşasını önlemeyi amaçlamaktadır. Diğer bir ifadeyle eğer mahkeme sır içermeyen delilleri inceleyerek karar verme olgunluğuna erişemezse, sır içeren delillerin incelenmesi gerekir. Bu sebeple sır içeren delillerin talîliğinden söz edilmektedir.

Kanaatimizce hukukumuz bakımından delillerin incelenmesine yönelik birçok problem yaratacağı için bu yolun kabulü mümkün değildir. Örneğin, senetle ispat zorunluluğunun olduğu durumlarda, senetle ispat mümkünken, senedin sırlar bakımından tehlike yaratması gerekçesiyle tanık ifadesiyle yetinilmesi talebi makul görülemez. Nitekim senetle ispat zorunluluğunun istisnaları arasında, tarafların sırlarının korunmasına yönelik bir düzenleme yoktur. Ayrıca mahkeme taraflarca sunulan tüm delilleri değerlendirerek kararını vermelidir⁷⁷¹. Aksi takdirde hukukî dinlenilme hakkı ihlâl edilmiş olur.

⁷⁶⁸ Doktrinde haklı olarak, uzlaşma kültürünün gelişmesi ve ihtilafların sonlandırılmasının teşvik edilmesi için yargılamanın durdurulmasının düşünülebileceği belirtilmektedir. MERİÇ, Tasarruf ve Taleple Bağlılık, s. 46. Nitekim, HMK md. 140/ f. II'ye göre, sulh veya arabuluculuk görüşmelerinden sonuç alınacağı kanaatinde olan hâkimin, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin etmesi de bu amaca hizmet eder. Bu bakımdan hukukumuzda da sulh ve arabuluculuk görüşmelerinin devam etmesi veya diğer önemli sebeplerin varlığı halinde her iki tarafın talebiyle yargılamanın durdurulabileceğinin kabul edilmesi isabetli olacaktır.

⁷⁶⁹ STADLER, Schutz des Unternehmenseheimnisses, s. 216 vd; WREDE, s.154 vd.

⁷⁷⁰ Bu yönde bkz. BENKARD/ ROGGE/ GRABINSKI, § 139 PatG Rn. 123.

⁷⁷¹ "...Tahkikat aşaması, davaya konu ihtilafta doğru bir sonuca ulaşmak için mahkemece yapılan inceleme ve araştırma bölümüdür. Bu aşamada, hâkim tarafların dayandıkları delillere göre şartları varsa tanık dinleyebilir, keşif yapabilir, bilirkişi incelemesi yaptırabilir, taraflardan açıklama isteyebilir, yemin icra ettirebilir. Bu işlemler, yani tüm delillerin toplanması inceleme ve araştırma aşamasının sonunda mahkemece, hazır bulunan taraflardan tahkikata ilişkin beyanlarını alır ve tahkikatın bittiğini teşhim eder...", Yargıtay İBGK, 06.05.2016 T., 2015/1 E., 2016/1 K. sayılı Kararı; "...İstinaf mahkemesi bir hata ve eksiklik olmadığı müddetçe, ilk derece mahkemesinin vakia tespitleri ve dava dayanakları ile bağlıdır. Eksik delil toplama ve eksik değerlendirme var ise maddî vakia denetimi kapsamında bunları gidermeli, toplamalı ve karar vermelidir

Alman hukukunda bunun mümkün olabileceği hal olarak, tarafın gösterdiği delilden vazgeçmesi gösterilmektedir⁷⁷². Buna göre, ilgili taraf, örneğin davacı, belgelerin ibrazı talebinden vazgeçerek, bunun yerine tanık dinlenmesini kabul ederse, sırların ifşası tehlikesi bertaraf edilmiş olur. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 196'ncı maddesi gereğince, delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez. Davacı, davalının elindeki bir belgeyi delil olarak göstermişse ve bu delilin incelenmesi davalının sırlarını tehlikeye düşürecekse, davacının delilden vazgeçmesine davalının izin vermesi doğaldır. Fakat böyle bir durumda delilin incelenmesi talî olmamış, delilden doğrudan doğruya vazgeçilmiştir. Dolayısıyla bu yolun uygulanabilirliğinin her durumda reddi gerekir.

3.1.3.3.2.2.6. Karar İçin Önemli Olmayan Sırların Keşif Vasıtasıyla Korunması

Alman hukukunda kapalı yargılamadan kaçınmak için başvurulacak yollardan bir diğeri, karar için önemli olmayan sırların korunması için sır saklamakla yükümlü üçüncü kişiden yardım alınmasıdır⁷⁷³. Bu yol, maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri bakımından kabul edilen denetçi usulüne ve Düsseldorf usulüne benzer bir uygulama öngörür. Burada ayrıca aşağıda incelenecek olan mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılmasına da yakın bir yöntem izlenmektedir.

Doktrinde özellikle ispat için keşif delilinin kullanılmasının mümkün olduğu, ancak keşfin karar için önemli olmayan sırların ifşa edilmesine sebep olabileceği durumlarda bu yola başvurulabileceği kabul edilmektedir⁷⁷⁴. Bu durumda üçüncü kişi, bir bilirkişi olsa bile, uzmanlığını kullanmadığı ve buna ilişkin bir rapor hazırlamadığı için, usul kanunları uyarınca bir bilirkişi gibi hareket etmez⁷⁷⁵. Aksine sadece karar için önemli olmayan sırları

... ", Yargıtay 9. HD, 14.06.2017 T., 2017/ 21587 E., 2017/ 10486 K. sayılı Kararı, www.kazanci.com, E.T. 13.03.2018.)

⁷⁷² STADLER, Schutz des Unternehmenseheimnisses, s. 218.

⁷⁷³ STADLER, Schutz des Unternehmenseheimnisses, s. 210 vd; PLOCH-KUMPF, s. 188 vd; KERSTING, s. 277; WREDE, s. 155.

⁷⁷⁴ Böyle bir yola ilişkin fikirlerin temeli, 1889 yılına dayanmaktadır. O dönemde Kohler, karar için önemli olmayan sırların ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu durumlarda, sırrın sahibi olmayan karşı tarafın ve diğer kişilerin katılımı olmaksızın, hem sır saklayacağını vadeden hem de bununla yükümlü olan bir bilirkişi vasıtasıyla keşif yapılabileceğini belirtmiştir. Sırlara değinmeden gerekçeli kararın yazılması mümkün olmuyorsa, sadece kanun yolu incelemesinde açılmak üzere, kararın kapalı ekinde bunların yazılacağı belirtilmektedir. KOHLER, Josef, Prozeßrechtliche Forschungen, Berlin 1889, s. 84, (Naklen WREDE s. 155.)

⁷⁷⁵ PLOCH-KUMPF, s. 190.

gizli tutmak kaydıyla keşif sırasındaki değerlendirmelerini mahkemeye ve taraflara aktarmakla yetinir.

Karar için önemli olmayan sırların korunması için keşif yapılabileceğinin kabulü, bazı önemli soruları beraberinde getirir⁷⁷⁶. Bu durumda keşfin amacı, sırların karşı taraftan korunmasıdır. Ancak taraf aleniyeti gereği karşı tarafın delillerin incelenmesi sırasında bulunma hakkı vardır. Eğer tarafların gizli tutma menfaatleri tam anlamıyla birbirlerine karşıysa, katılma hakkının sırların korunması için bilirkişi atanmasını anlamsızlaştıracağı açıktır. Ancak sırların tehlikeye düşeceği gerekçesiyle tarafların katılma haklarının ellerinden alınması da tartışma yaratacak bir durumdur. Çünkü tarafların katılma haklarını kullanamamaları, sırların hukukî dinlenilme hakkı pahasına korunması anlamına gelir.

Doktrinde bu sorunun keşfi yapan üçüncü kişinin mahkemede tanık olarak dinlenmesi yoluyla aşıp aşılamayacağı tartışılmıştır⁷⁷⁷. Eğer ispat yükünü taşıyan taraf, keşfi yapan üçüncü kişinin tanık olarak dinlenilmesini ismini anarak talep etmişse, tanık olarak nitelendirilmesi mümkündür. Fakat bu durumda da üçüncü kişinin kimliğine nasıl ulaşıldığı sorusu gündeme gelir. Çünkü keşif için tarafsız ve sır saklamakla yükümlü bir üçüncü kişinin atanması gerekmektedir ve burada tarafsızlığın sağlanması için üçüncü kişi taraflarca değil, mahkemece belirlenmektedir. İspat yükünü taşıyan tarafın gösterdiği delil aslında sadece keşif yapılmasına yönelik olabilir. Bu sebeple, keşfi yapan üçüncü kişinin daha sonra tanık olarak dinlenmesi, tanık ifadesine ilişkin düzenlemelere yabancısıdır⁷⁷⁸.

Üçüncü kişinin tanık olarak nitelendirilmesinden daha makul görünse de, bilirkişi olarak nitelendirilmesi de sorunu çözmeye yetmez. Burada amaç sırların korunması olduğu için, üçüncü kişinin yapacağı incelemeye sırrın sahibi katılabilecek olsa da, karşı tarafın katılması amaca aykırılık teşkil eder. Dolayısıyla ortaya çıkan sorun her hâlükârda kapalı yargılamanın caiz olup olmadığının tartışılmasını gerektirir.

3.1.3.3.2.2.7. Değerlendirme

Tahkim silahların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkı gibi temel usul ilkeleri bakımından devlet yargısından farklılık arz etmez. Bu sebeple, tahkimde de kapalı yargılama ve benzer çözümler kullanılması istisnaîdir. Arabuluculuk bakımından ise, tarafların

⁷⁷⁶ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 210 vd.

⁷⁷⁷ WREDE, s. 156.

⁷⁷⁸ WREDE, s. 157.

sırlarının istisnaî olarak birbirlerine karşı korunabilmesi mümkündür. Ancak taraflar her durumda alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına başvuramazlar veya kanunda öngörülen bir zorunluluk yoksa⁷⁷⁹ başvurmak istemeyebilirler. Bunun için dava sürecinde de sırların korunmasının sağlanması gerekir.

Kapalı yargılamadan kaçınma yolları arasında sayılan vakıa incelemesinin aşamalandırılması, yargılamanın durdurulması ve sırları tehlikeye düşüren delillerin talifiği hukukumuz bakımından uygulanabilir değildir. Karar için önemli olmayan sırların keşif vasıtasıyla korunması ise, kapalı yargılamadan kaçınma değil, aksine sır sahibi olmayan tarafın keşif sırasında hazır bulunma hakkını elinden alarak bir nevi kapalı yargılama yapılması sonucunu doğurmaktadır. Münferit düzenlemeler çerçevesinde teminat alınması mümkün olsa da, bu yol da sırlara yeterli korumayı sağlayamaz. Bu sebeple sırların davada korunabilmeleri için üzerinde durulması gereken konu, kapalı yargılama olmalıdır. Kapalı yargılama, mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama ve taraflardan birinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama olmak üzere iki başlık altında incelenecektir.

3.1.3.3.2.3. Mahkemenin Kısmen Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılama

3.1.3.3.2.3.1. Genel Olarak

Alman hukukunda bilgi edinme menfaati ile sır saklama menfaati arasındaki çatışmanın yumuşatılması için başvurulacak yollarından biri, taraflar ve temsilcileriyle birlikte mahkemenin de yargılamadan kısmen dışlanmasıdır. Bu yol, kapalı yargılamanın çok geniş uygulandığı bir şeklidir⁷⁸⁰.

Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, sırların korunması için tarafsız bir ispat aracısının görevlendirilmesini öngörür. Bu durumda mahkeme, delillerin toplanması görevini adeta kısmî olarak bilirkişiye devretmektedir. Hukukumuzda, sırların korunması amacıyla mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla yargılama yapılması şeklinde özel olarak benimsenen bir uygulama yoktur. Bununla birlikte, Alman hukukunda bazı

⁷⁷⁹ İş Mahkemeleri Kanunu md. 3/ f. I hükmüne göre, kanuna, bireysel veya toplu iş sözleşmesine dayanan işçi veya işveren alacağı ve tazminatı ile işe iade talebiyle açılan davalarda, arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. AZAKLI ARSLAN, Betül; Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018, s. 23 vd; Türk Ticaret Kanunu'na 6.12.2018 tarihinde eklenen 5/A maddesiyle, bu Kanun'un 4'üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartı olarak kabul edilmiştir.

⁷⁸⁰ WREDE, s. 159.

kararların bu yöntemle verildiği görülmektedir. Ancak böyle bir kapalı yargılama, -sırların korunması amacıyla bilirkişi atanması, doğrudanlık ilkesiyle bağdaşır mı, mahkeme tarafından istisnâî olarak ispat aracısı olarak atanan bilirkişi, tarafları ve temsilcilerini inceleme hakkında bilgilendirmekle ve onların katılımına imkân sağlamakla ne ölçüde yükümlüdür, mahkeme bunları yapmayan bilirkişinin raporunu kullanabilir mi gibi- birçok soru ve sorunu beraberinde getirir. Burada öncelikle konuya örnek teşkil eden bazı kararlar ele alınacak, ardından ortaya çıkan sorulara verilecek cevaplar çerçevesinde hukukumuzda mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın yapılıp yapılamayacağı tartışılacaktır.

3.1.3.3.2.3.2. Mahkemenin Kısmen Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılamaya Örnek Teşkil Eden Bazı Kararlar

3.1.3.3.2.3.2.1. Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesinin 08.05.1984 Tarihli Kararı

Alman hukukunda mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi başlığı altında anlatılmış olduğumuz Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin dikkat çeken ve fazla eleştirilen kararında uygulanmıştır⁷⁸¹. Bu karar ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle eleştirildiği gibi, doğrudanlık ilkesini ihlâl ettiği gerekçesiyle de eleştirilmektedir. Çünkü mahkeme, bilirkişinin esas aldığı sır içeren vakıalar hakkında bilgi sahibi dahi olmadan, bilirkişi raporunu kararını verirken kullanmıştır⁷⁸². Mahkeme kararını şu gerekçelerle desteklemeye çalışmıştır⁷⁸³:

Mahkemeye göre bilirkişi hazırladığı raporda sadece bilgisayar programının kendisine has özelliklerinin ve ayrıntılı çözümlerin değerlendirilmesini mümkün kılacak tüm verileri sağlamıştır. Bilirkişi, tarafsız olarak ve mevcut bilgileri göz önünde bulundurarak itinalı bir şekilde raporunu hazırlamıştır. Bilirkişi tarafından saptanan vakıalar, ettiği yemin vasıtasıyla korunmaktadır. Bu sebeple davalının iddiasının aksine, raporun kısmen gizlenmesi ne usulî bir ihlâl yaratır ne de hukukî dinlenilme hakkı aykırılık teşkil eder. Davacının telif hakkının korunması zedeleneyeceğinden, vakıa iddialarının somutlaştırılması amacıyla mahkemenin aydınlatma yükümlülüğü kabul edilemez. Telif hakkı, mutlak bir hak

⁷⁸¹ OLG Nürnberg, JurionRS 1984, 18223, ayrıca bkz. Yuk. s. 110 vd.

⁷⁸² STADLER, NJW 1989, s. 1206; KÜRSCHNER, s. 1804; PLOCH-KUMPF, s. 169; WREDE, s. 161.

⁷⁸³ OLG Nürnberg, JurionRS 1984, 18223, Rn. 6.

olduğu için, fikrî ve ekonomik alanda davalının usulî menfaatleri de dikkate alınarak bir menfaat dengesi kurulmasını gerektiren koruyucu bir etkiye yol açar. Uyuşmazlık konusu bilgisayar programının mahkemece görevlendirilen yeminli bir bilirkişi tarafından kapsamlı bir şekilde incelenip değerlendirilmesi, özellikle § 411 ZPO'ya göre raporun sözlü olarak açıklanması hakkı da olduğu için, davalının menfaatine geniş ölçüde hizmet eder.

3.1.3.3.2.3.2.2. Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesinin 13.06.1990 Tarihli Kararı

Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi de, istinaf incelemesi sonunda verdiği bir kararında, Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi'ne benzer bir uygulama izlemiştir⁷⁸⁴. Karara konu olan olayda, haftalık ve ücretsiz bir gazete yayımlayan davacı, aynı bölgede haftalık ve ücretsiz bir gazete yayımlayan davalının birçok sayfasını götürü ücretle H. şehrinin hizmetine sunmasını sağlayan iş birliği nedeniyle kabul edilemez bir rekabet yaratıldığı gerekçesiyle dava açmıştır. Davacı, kendisini piyasa dışı bırakmak için, davalının iş birliğinden kaynaklanan sürekli ve önemli zararlara katlandığını belirtmiştir. Davacının bu iddiası verilecek karar için önemlidir. Ancak iddianın ispatı için davalının hesaplarının incelenmesi gerekir, ki bu da davalının ticarî sırlarını tehlikeye atar. Davacı, davalının zarara uğradığı iddiasının ispatı için, kendi yaptığı hesaplamaları mahkemeye sunmuştur. Ancak mahkeme bunu ispata elverişli görmemiştir. Davalı ise, hesaplarını mahkeme ve davacıya değil, mahkeme tarafından atanan bir bilirkişiye sunmuştur. Bilirkişi, davalının sır saklama menfaatini ilgilendiren bilgilerin ne mahkemeye ne de davacıya sunulacağı şekilde bir rapor hazırlamıştır. Mahkeme bu rapora dayanarak, davalının iş birliğinden kaynaklanan zararının olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme uygulanan yöntemin doğru olduğunu belirterek, bilirkişi raporunun delil olarak kullanılabilir olduğunu kabul etmiştir. Mahkemeye göre bu durumda ne davacının hukukî dinlenilme hakkına ne de temel bir usul ilkesi olan taraf aleniyetine aykırılık vardır. Somut olayın koşullarına göre, taraflar arasında bir menfaat dengesi kurularak haklı taleplerin yeterince dikkate alınması sağlanmıştır. Anılan gerekçelerle, davacının istinaf talebinin reddine karar verilmiştir.

3.1.3.3.2.3.2.3. Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin 12.11.1991 Tarihli Kararı

Davacı yukarıda anlatılan Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi'nin kararını temyiz etmiştir. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi davacının temyiz itirazlarını “*Amtsanzeiger*”

⁷⁸⁴ OLG Karlsruhe, Urteil vom 13.06.1990-6 U 35/ 86-juris; WREDE, s. 162 vd.

ismiyle anılan kararında kısmen haklı bulmuştur⁷⁸⁵. Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin konu ile ilgili gerekçeleri şu şekildedir⁷⁸⁶:

Karlsruhe Eyalet Yüksek Mahkemesi, davalı kendi hesaplarını açıklamamış olsa da, § 138 Abs. 3 ZPO gereğince davacının vakıa iddialarının ikrar edilmiş sayılmayacağını doğru bir şekilde belirtmiştir. Her ne kadar taraflar § 138 Abs. 1 ZPO gereğince tam ve doğru şekilde açıklama yapmakla yükümlü tutulsalar da, somutlaştırma yükünün kapsamı somut olayın koşullarına bağlıdır. Somutlaştırma yükünün sınırı, tarafların öznel bilgileri ve açıklama yapmalarının beklenebilirliği dikkate alınarak belirlenir. İddia ve ispat yükünü taşımayan tarafın genel aydınlatma ödevi yoktur. Bu sebeple somut olayda davalıdan gazetesinin malî durumuna ve özellikle hukukî uyuşmazlıktaki kâr durumuna ilişkin bilgileri açıklaması beklenemez. Nitekim taraflar birbirleriyle sert bir rekabet ilişkisi içindedir. Böyle bir davada, bu türde bir ticarî sırrın ifşası genellikle şirketin rekabet ortamında başarı şansının kalıcı şekilde olumsuz etkilenmesine neden olur. Ancak davacının talebi üzerine mahkeme tarafından bilirkişi raporu alınmıştır. Bilirkişi raporunu hazırlarken incelediği davalının sır içeren belgeleri hakkında ne mahkemeyi ne de davacıyı bilgilendirmiştir. Ayrıca raporunun temel dayanaklarını da, davalının sırlarını ilgilendirdiği gerekçesiyle mahkemeye ve davacıya açıklamamıştır. Davacının da itirazlarına rağmen, bu şartlarda elde edilen bilirkişi raporunun karara esas alınması ne davacının hukukî dinlenilme hakkıyla ne de mahkemeyi bilirkişi raporunu dikkatli ve eleştirel bir şekilde değerlendirmekle yükümlü kılan § 286 ZPO hükmüyle bağdaşır niteliktedir. Bu sebeple, somut olayda alınan bilirkişi raporunun karar verilirken kullanılmaması gerekir.

3.1.3.3.2.3.2.4. Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin 21.04.2005 Tarihli Kararı

Federal Almanya Yüksek Mahkemesi daha sonraki tarihli “*Anbieten von Laboruntersuchungen unter Selbstkosten*” kararında⁷⁸⁷, Amtsanzeiger kararıyla çelişen sonuçlara varmıştır.

Federal Almanya Yüksek Mahkemesine göre, istinaf mahkemesi davalı tarafından teklif edilen fiyatların maliyetin altında olduğunu usule aykırı olarak tespit etmiştir. Davaya konu olan uyuşmazlık bakımından iddia ve ispat yükü, davacının üzerindedir. Davacı iddia

⁷⁸⁵ BGH, NJW 1992, 1817 vd, Amtsanzeiger-Entscheidung.

⁷⁸⁶ BGH, NJW 1992, 1818 vd.

⁷⁸⁷ BGH, GRUR 2005, 1059 vd, Anbieten von Laboruntersuchungen unter Selbstkosten-Entscheidung.

yükünü bir ticarî danışmanın araştırmalarına dayanarak yerine getirmiştir. Davacının davalının hesapları hakkında daha ayrıntılı bilgiler veremeyeceği doğal karşılandığından, ticarî danışmanın araştırmaları iddia yükünün yerine getirilmiş sayılması için yeterli görülmelidir. Ancak İstinaf Mahkemesi, haksız bir şekilde, davacının iddialarının sadece davalının hesaplarını sunması yoluyla ispat edebileceğini kabul etmiştir. Bu sebeple, davalının hesaplarını bir bilirkişiye sunmasına karar vermiştir. Ancak davalının hesapları üzerinde önemli bir sır saklama menfaatinin olduğu ortadadır, ki bu nedenle davalının hesapları hakkında detaylı açıklamalar yapması gerekmez. Bu kapsamda, davalının haklı sır saklama menfaati, ancak bilirkişinin yapacağı incelemenin -davalı aracılığıyla çapraz sübvansiyonun gerçekleşip gerçekleşmediği yönünde- tek bir soruyla sınırlandırılacak şekilde yapılması halinde dikkate alınabilir.

Bilirkişi incelemesinin haklı sır saklama menfaatinin sağlanması amacıyla bu şekilde sınırlandırılması, ona açıklanan sır içeren bilgileri mahkemeye ve karşı tarafa açıklamak zorunda kalmayacağı anlamına gelir. Diğer bir ifadeyle, söz konusu kararda Federal Almanya Yüksek Mahkemesinin gerekçeleri, mahkemenin amacı da göz önünde bulundurularak, hesapların sadece bilirkişiye açıklanacağı, buna karşın sır içeren bilgilerin hem davacı hem de mahkemeye karşı gizli tutulacağı şeklinde anlaşılmalıdır⁷⁸⁸.

3.1.3.3.2.3.3. Değerlendirme

Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılabileceğini kabul eden kararlar dikkate alındığında, bu kararların her birinde hâkimin kendi görevini bilirkişiye devrettiği ve bilirkişinin raporunun sonucuna körü körüne itimat ettiği görülmektedir. Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki; mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla yargılama yapılması birçok anayasal ve usulî düzenlemeyi ihlâl eden sonuçlar doğurmaktadır⁷⁸⁹. Dolayısıyla bu kapalı yargılama yönteminin sırların korunması amacıyla hukukumuzda uygulanabilirliğinin kabulü mümkün değildir.

Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın amacı, ispat aracısı bilirkişinin ulaştığı sonuçların kabul edilmesidir. Bu da neticede bilirkişinin ispatı gereken

⁷⁸⁸ WREDE, s. 165.

⁷⁸⁹ Söz konusu gerekçeyle mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılamayacağı yönünde bkz. RITZ, Philipp; Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Tübingen 2007, s. 212; LACHMANN, s. 2209; STADLER, NJW 1989, s. 1203; KÜRSCHNER, s. 1805; PLOCH-KUMPF, s. 187; LIEBSCHER, s. 67, 68; WREDE, s. 172; MALMSTRÖM, s. 227 vd.

bir husus, dolayısıyla davanın bir kısmı hakkında bizzat karar vermesi demektir. Hiç şüphesiz, mahkemenin delillerin toplanması faaliyetini ispat aracı olarak nitelendirdiği bir bilirkişi vasıtasıyla yapması ve sonuçta sır içerdiği gerekçesiyle kendisine tamamı sunulmayan bilirkişi raporunu kararına esas alması, hukuk devleti ilkesinin, hukukî güvenlik ilkesinin⁷⁹⁰, tabîî hâkim ilkesinin⁷⁹¹, kanunî hâkim ilkesinin⁷⁹², adil yargılanma hakkının⁷⁹³, hukukî dinlenilme hakkının⁷⁹⁴, doğrudanlık ilkesinin⁷⁹⁵ ve delillerin serbestçe değerlendirilmesinin⁷⁹⁶ gerekliliklerine uygun değildir. Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın doğurduğu ihlâl etkisini silsile halinde şu şekilde anlatmak mümkündür:

İdarenin hukuka bağlılığı şeklinde ifade edilen hukuk devleti ilkesi gereğince, mahkemelerin yargılamayı anayasaya ve kanunlara uygun yapması zorunludur. Ancak mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, birçok düzenlemeyi ihlâl eden niteliği sebebiyle anayasaya ve kanuna aykırı bir yargılama şeklidir.

Bir hukuk devletinde bireylerin taraf oldukları davalarda delillerin toplanması ve incelenmesi faaliyetinin mahkeme tarafından bizzat yapılacağı yönündeki güvenlerinin korunması esastır. Böyle bir yargılama, mahkemenin görevini bilirkişiye devretmesi sebebiyle tarafların güvenlerini ortadan kaldırır ve hukukî güvenlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurur.

Anayasa'nın kanunî hâkim güvencesi başlığını taşıyan ve tabîî hâkim ilkesini ifade eden 37'nci maddesinin birinci fıkrasına göre, hiç kimse kanunen tabi olduğu mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılamaz. Kanunî hâkim ilkesi gereğince de mahkemenin görev ve yetkisiyle izleyeceği yargılama usulünün belirlenmesi kanunla yapılır. Böyle bir yargılamayla mahkemenin görevlerini bilirkişinin üstlenmesi, tarafların bir anlamda mahkemeden başka bir merci önüne çıkarılması demektir. Bu da hem tabîî hâkim ilkesini hem de kanunî hâkim ilkesini ihlâl eder. Bunlara bağlı olarak, kanunî, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme önünde yargılama yapılmasını gerektiren adil yargılanma hakkına da riayet

⁷⁹⁰ Hukukî güvenlik ilkesine ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 34 vd.

⁷⁹¹ TANRIVER, Süha; "Tabîî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı", Tabîî Hâkim İlkesi, TBB Dergisi, Sy. 104, 2013, s. 11 vd.

⁷⁹² Kanunî hâkim ilkesi ve tabîî hâkim ilkesi ile kanunî hâkim ilkesi arasındaki farklılıklar hakkında ayrıntılı bilgi için bkznz. TANRIVER, Tabîî Hâkim İlkesi, s. 14 vd.

⁷⁹³ Adil yargılanma hakkına ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 36 vd.

⁷⁹⁴ Hukukî dinlenilme hakkına ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 93 vd.

⁷⁹⁵ Doğrudanlık ilkesine ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 118 vd.

⁷⁹⁶ Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 118 vd.

edilmemiş, hukukî dinlenilme hakkının unsurlarından biri olan dikkate alınıp değerlendirilme hakkı da adeta yok sayılmış olur⁷⁹⁷.

Mahkemenin delillerin toplanması ve incelenmesi aşamasından sırların korunması amacıyla kısmen dışlanması, doğrudanlık ilkesine ağır bir şekilde aykırılık teşkil eder. Çünkü bu durumda ispat aracı olarak kullanılan bilirkişi, karar için önemli olan uyuşmazlık konusu hakkında tespitlerde bulunmuş, bu tespitleri açıklamamış ve sonuç olarak mesele hakkında bağımsız olarak bizzat karar vermiş olur. Ancak doğrudanlık ilkesi, yargılamanın bu şekilde yapılmasına cevaz vermez. Doğrudanlık ilkesi gereğince davanın görüldüğü mahkeme delillerin toplanması ve incelenmesi faaliyetini kural olarak bizzat yapmak zorundadır⁷⁹⁸. Hâkimin yargılamaya ilişkin görevlerini devretmesi sadece usul kurallarının öngördüğü belirli durumlarda mümkün olur ve hâkim ne suretle olursa olsun bu görevleri hâkim olmayan bir kimseye devredemez⁷⁹⁹. Bu sebeple, sırların korunması amacıyla mahkemenin görevlerini kısmen bilirkişiye devretmesi tartışmaya mahal bırakmayacak ölçüde kabul edilemezdir.

Mahkeme ancak çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşüne başvurabilir ve bilirkişinin oy ve görüşü diğer delillerle birlikte hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir. Bu açıdan, sadece mahkemeye yardım etmesi amacıyla atanan bilirkişiye tarafların sırlarının korunması görevinin verilmemesi gerekir. İçeriği ne olursa olsun, dava malzemesi yargılamayı yapan hâkim tarafından bizzat incelenmeli ve değerlendirilmelidir. Hâkim bilirkişi raporunu da dikkatli ve titiz bir şekilde değerlendirmekle yükümlüdür. Aksi takdirde raporun yargılamada kullanılması ve karara esas alınması mümkün olmamalıdır⁸⁰⁰. Bilirkişi mahkemede sözlü olarak dinlenmiş olsa dahi, mahkemenin raporun tamamı hakkında bilgi sahibi olmaması telafi edilemez. Çünkü bilirkişi, mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın amacı dışına çıkmamak adına, yine sırlar hakkında mahkemeye bilgi veremeyecektir. Bu bağlamda, böyle

⁷⁹⁷ Mahkemenin dışlanması yoluyla kapalı yargılamada hem mahkeme hem de taraflar sırların korunmasının gerektirdiği ölçüde yargılamadan dışlanmaktadır. Bu durum sır sahibi olmayan tarafın bilirkişi incelemesi sırasında bulunamaması, bilirkişi raporunun tamamının kendisine sunulmaması ve bunun dayanakları hakkında bilgi sahibi olamaması nedeniyle hukukî dinlenilme hakkına müdahale oluşturur. Ancak burada özel olarak mahkemenin yargılamadan dışlanmasının sonuçları üzerinde durulduğu için, tarafların yargılamadan dışlanmasının sonuçları *“taraflardan birisinin yargılamadan dışlanması yoluyla kapalı yargılama”* başlığı altında ayrıca incelenecektir. Bu yönde bkz. Aşa. s. 204 vd.

⁷⁹⁸ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 211.

⁷⁹⁹ WREDE, s. 169; Doğrudanlık ilkesini kısmen ya da tamamen etkileyen haller, istinabe, naip tayini, mahkemeye sunulan yazılı ifadeler, hâkim değişikliği ile ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla duruşmanın icrasında olduğu gibi modern iletişim araçlarının kullanılması şeklinde sayılabilir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. ARSLAN, A.S., s. 171 vd; AKKAN, Tanık, s. 557.

⁸⁰⁰ MALMSTRÖM, s. 228.

bir kapalı yargılama, delillerin serbestçe değerlendirilmemesi sonucunu da doğurmaktadır. Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, hâkimin sır içeren hususlara ilişkin ispat ölçüsü oluşturmamasına sebep olur. Örneğin Nürnberg Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında davacının iddiaları, sırlara ilişkin olduğu ölçüde ispat edilebilmiş değildir. Daha da önemlisi, mahkeme sır içerdiği gerekçesiyle kendisine sunulmayan hususlar hakkında bilgi sahibi olamadığı için, bunların gerçekten sır olup olmadığını değerlendirebilecek durumda değildir. Mahkemenin buna rağmen sırrın varlığı ve korunmaya değerliği gerekçesiyle, karar için önem taşıyan ve ispat edilememiş hususları kararına esas alması yerinde olmamıştır. Bu durumda mahkemenin yargılamadan dışlanmasını haklı kılacak herhangi bir sebebin var olup olmadığını tartışmak yersizdir. Çünkü mahkeme her zaman davaya ilişkin bilgilere bizzat sahip olmalıdır⁸⁰¹. Sırlara mutlak koruma sağlanabileceğinin kabul edilmesi halinde dahi, mahkeme karar için önemli olan sırları öğrenmek ve değerlendirmek zorundadır. Bu sebeple sırların korunması için üzerinde durulması gereken diğer yol, sır sahibi olmayan tarafın sırrın ilişkin olduğu hususlar ölçüsünde yargılamadan dışlanmasıdır.

3.1.3.3.2.4. Taraflardan Birisinin Kısmen Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılama

3.1.3.3.2.4.1. Genel Olarak

Mutlak koruma imkânlarının kabulünün ağır sonuçlar doğurması ve mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın anayasal ve usulî pek çok düzenlemeyi ihlâl eden yapısı, sırların korunması için taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılıp yapılamayacağı sorusunun üzerinde durulmasını gerektirir.

Taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, mahkeme dışlanmaksızın, sır sahibi olmayan tarafın, karşı tarafın korunmaya değer sırları çerçevesinde yargılamadan dışlanmasını ifade eder. Bu durumda karar için önemli olan sırlar sadece mahkemeye açıklanmakta, ancak karşı taraftan gizli tutulmaktadır⁸⁰². Taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılan hallerde, sırların korunması amacının tam anlamıyla gerçekleştirilebilmesi için, kamu da gizli yargılama yoluyla dışlanmalıdır⁸⁰³. Hukukumuz doktrininde taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama

⁸⁰¹ SCHLOSSER, s. 1016.

⁸⁰² LIEBSCHER, s. 61; SAWANG, s. 14; MALMSTRÖM, s. 220.

⁸⁰³ SAWANG, s. 15.

yapılabileceği savunulmakla birlikte⁸⁰⁴, buna yönelik somut bir uygulama hâlihazırda yoktur. Kapalı yargılamayı caiz kılan bir kanunî dayanak da bulunmamaktadır. Dolayısıyla kapalı yargılama, karşılaştırmalı hukukun konuya yaklaşımı dikkate alınarak açıklanıp anlaşılabilir. Bu sayede, kapalı yargılamanın hukukumuzda uygulanabilirliğinin tespiti de mümkün olur.

3.1.3.3.2.4.2. Karşılaştırmalı Hukukta Durum

Karşılaştırmalı hukuk doktrini ve yargı kararları dikkate alındığında, taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın taraf menfaatleri arasında denge kurulabilmesi için uygun bir yol olarak nitelendirildiği görülmektedir. Çünkü bu durumda, bir yandan mahkeme karar için gerekli olan tüm bilgileri inceleme imkânını sağlamış, diğer yandan sırların korunması menfaati tam olarak teminat altına alınmış olmaktadır⁸⁰⁵.

3.1.3.3.2.4.2.1. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda maddî hukuk düzenlemelerinde sırların korunmasına yönelik birçok hüküm sevk edilmişken, medenî yargılama hukukunda sırların korunması için kapalı yargılama yapılmasına zemin hazırlayacak herhangi bir düzenleme mevcut değildir. Bu sebeple, sırların korunması ile davanın kazanılması arasında şiddetli bir çatışma ilişkisi oluşmaktadır. Yargı kararlarında ve özellikle doktrinde, taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın yapılabilirliğine ilişkin sert bir şekilde karşı karşıya gelen görüşler vardır⁸⁰⁶.

Federal Almanya Yüksek Mahkemesi ise, kapalı yargılamanın avantajlarını şimdiye dek genel olarak idarî yargılama için ifade etmiştir⁸⁰⁷. Kapalı yargılamaya destek veren görüş,⁸⁰⁸ idarî yargılama için sayılan avantajların medenî yargılamaya da taşınmasının mümkün olduğunu savunmaktadır⁸⁰⁹. Buna göre, idarî yargılamada kapalı yargılamanın

⁸⁰⁴ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 475-479.

⁸⁰⁵ MALMSTRÖM, s. 220.

⁸⁰⁶ Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yuk. s. 96 vd.

⁸⁰⁷ Birinci bölümde üzerinde durmuş olduğumuz BVerGE'de hâkim Gaier vermiş olduğu muhalefet şerhinde kapalı yargılamanın medenî yargılama hukukunda da uygulanabileceğini açıkça belirtmiştir. Bu yönde bkz. BVerGE 115, 250, 258 vd=BVerG, NVwZ 2006, 1047 vd; ayrıca yuk. s. 110 vd.

⁸⁰⁸ BAHNER, s. 241 vd; GRUNSKY, s. 114; KOCH, s. 239; MALMSTRÖM, s. 259; ROSENBERG / SCHWAB/ GOTTWALD, ZPO § 161 Rn. 44; STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Geheimnisschutz, s. 267; STÄUBER, s. 164, 165; WREDE, s. 189 vd.

⁸⁰⁹ STADLER, Geheimnisschutz, s. 277; MALMSTRÖM, s. 220.

kabul edilmesine neden olan sorun, medenî yargılamada ortaya çıkan soruna koşuttur. İdarî yargılamada olduğu gibi, medenî yargılamada da etkin hukukî koruma sağlanması amaçlanır. Bu sebeple, sırların korunması, etkin hukukî koruma ve hukukî dinlenilme hakkı arasında oluşan gerilimin çözülerek aşılabilmesi için, kapalı yargılama imkânının medenî yargılamada da kullanılması gerekir⁸¹⁰. Diğer bir ifadeyle, sırların korunmasının en makul çözümü, taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılmasıdır. Ancak kapalı yargılama yoluyla dışlanan tarafın anayasal ve usulî haklarına müdahale edildiği bir gerçektir. Dolayısıyla asıl tartışılması gereken, medenî yargılama hukukunda kapalı yargılamanın anayasal ve usulî temel hak ve ilkelerle bağdaştırılmasının mümkün olup olmadığıdır.

Taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılamayacağını savunan görüş⁸¹¹, bunun anayasaya, medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelere ve özellikle de hukukî dinlenilme hakkına aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu görüşe göre, sırların korunması amacıyla kapalı yargılamaya başvurulması yanlış yoldur ve bu yolun çözüm olarak kabul edilmesi mümkün değildir.

3.1.3.3.2.4.2.2. İsviçre Hukukunda Durum

İsviçre medenî yargılama hukukunda durum⁸¹², Alman hukukundaki gibi değildir. İsviçre hukuk anlayışında da, Alman hukukuna benzer şekilde, medenî yargılama hukuku *maddî hukukun hizmetçisi (Magd des materiellen Rechts)* olarak uygulanmasına hizmet eder⁸¹³. Ancak Alman hukukundan farklı olarak, İsviçre hukukunda yargılama hukukuna ilişkin kuralların sırların korunmasına ilişkin maddî hukuk kurallarının içini boşaltmaması münferit kanunî düzenlemelerle sağlanmak istenmiştir. Bu bağlamda, maddî hukuk sırları - özellikle ticarî sırları koruyorsa, yargılama hukukunda da sırların korunmasına dikkat

⁸¹⁰ İdarî yargılamadan farklı olarak, medenî yargılamaya taraflarca getirilme ilkesi hâkimdir. Kapalı yargılamayı destekleyen bazı yazarlar, kapalı yargılamada taraflarca getirilme ilkesinin gerekliliklerinin dışlanan tarafın avukatı vasıtasıyla yerine getirilebileceğini kabul etmektedir. Ancak doktrinde, dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamaya katılmasına ilişkin de farklı görüşler vardır. STADLER, Geheimnisschutz, s. 277; MALMSTRÖM, s. 220.

⁸¹¹ BAUMGÄRTEL, s. 9; BAUMGÄRTEL / LAUMEN / PRÜTTINGs. 199 vd; KÜRSCHNER, s. 1804 vd; LACHMANN, s. 2206-2210; LIEBSCHER, s. 64 vd; PRÜTTING, Datenschutz, s. 461; PRÜTTING/WETH, Geheimnisschutz, s. 577; PLOCH-KUMPF, s. 166 vd; MüKoZPO/ Prütting ZPO § 285 Rn. 10-14; STEEGER, s. 13 vd; ROTH, s. 117.

⁸¹² İsviçre hukukunda taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. BAUMGÄRTEL, s. 1 vd; SAWANG, s. 206 vd; RITZ, s. 207 vd.

⁸¹³ SAWANG, s. 211.

edilmesinin zorunlu olacağı kabul edilmektedir⁸¹⁴. Çünkü aksi takdirde, Alman hukukunda olduğu gibi, rakiplerin birbirlerinin ticarî sırlarını dava yoluyla öğrenmeleri tehlikesi doğar⁸¹⁵. Bu da ticarî sırlara maddî hukuk kurallarıyla koruma sağlanmasını etkisiz hale getirir. Söz konusu tehlikenin önlenebilmesi ve tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunabilmesi için, İsviçre hukukunda bazı münferit düzenlemeler yapılmıştır. Böylece davaya konu olan uyuşmazlıkların çözümü için hukukun uygulanması menfaati ile ticarî sırların korunması menfaati arasında denge sağlayacak imkânlar yaratılmıştır.

04.12.1947 tarihli İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yargılama Usulüne İlişkin Federal Kanun'un tarafların delillerin incelemesinde bulunma ve belgeleri inceleme haklarını düzenleyen 38'inci maddesinin ikinci cümlesine göre, taraflardan birinin veya üçüncü bir kişinin ticarî sırlarının korunması gerekliyse, hâkim, karşı tarafın veya her iki tarafın dışlanması yoluyla delil hakkında bilgi sahibi olur. Görüldüğü üzere İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yargılama Usulüne İlişkin Federal Kanununda, tarafların dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın kanunî dayanağı açık bir şekilde düzenlenmiş ve Federal Mahkeme böyle bir yargılama şekline istisnâ olarak bağlı hale getirilmiştir. Anılan düzenleme gereğince hâkim, karşı tarafı veya her iki tarafı ticarî sır içeren delilin incelenmesi aşamasından dışlayarak, bu şekilde korunan sırrı ayrıntılı olarak açıklamak zorunda kalmaksızın kararına esas alabilecektir⁸¹⁶. Ancak federal devlet ile kantonlar veya yalnızca kantonlar arasındaki medenî hukuktan doğan uyuşmazlıkların çözümünü düzenleyen söz konusu Kanun'un uygulama alanı çok dardır.

Benzer bir düzenleme, İsviçre Federal Mahkemesi Kanunu'nda da bulunmaktadır. Art. 56 Abs. 2 BGG'ye göre, ağır basan kamu menfaatinin veya özel menfaatin sağlanması için gerekli olduğunda, mahkeme tarafları veya karşı tarafı dışlayarak bir delil hakkında bilgi edinir. Bunu sınırlandıran Art. 56 Abs. 3 BGG'ye göre ise, bu durumda mahkeme dışlanan tarafın delil üzerindeki dezavantajını bertaraf etmek isterse, sırların korunmasının mümkün olması kaydıyla bu tarafı konunun esaslı içeriği hakkında bilgilendirmeli ve ayrıca, açıklama ve karşı delil sunma fırsatını tanımalıdır. Bu sınırlamanın gerektiğinde kıyasen medenî yargılama hukukunda uygulanan kapalı yargılama için de geçerli olacağı belirtilmektedir⁸¹⁷.

⁸¹⁴ SAWANG, s. 211.

⁸¹⁵ RITZ, s. 207.

⁸¹⁶ BAUMGÄRTEL, s. 1.

⁸¹⁷ SAWANG, s. 215

İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce, medenî yargılama hukukuna ilişkin düzenlemeler kantondaki. Kantonların usul kanunlarında sırların korunması amacıyla düzenlemeler yapılmıştı⁸¹⁸. Örneğin, Bern Usul Kanunu’nun belgelerin ibrazına ilişkin 229’uncu maddesinde, ticarî sırlar söz konusu olduğunda belgenin tamamen veya kısmen karşı tarafın incelemesinden alıkonulmasının emredebileceği, aynı şekilde, keşfe ilişkin 261’inci maddenin ikinci fıkrasına göre de, ticarî sırlar söz konusu olduğundan karşı tarafın ayrılmakla yükümlü tutulabileceği kabul edilmişti. Ancak Federal Medenî Usul Kanunu, sırların korunmasına ilişkin açık bir düzenleme içermemekle birlikte, Art. 156 sZPO hükmüyle, mahkemenin delillerin ikamesi aşamasında ticarî sırların korunması için gerekli önlemleri alması gerektiğini kabul etmiştir. Burada alınacak önlemlerin belirlenmesinde hâkime geniş bir takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu sebeple hâkim, sırlar ancak bu şekilde korunabileceklerse, sır sahibi olmayan tarafı yargılamadan dışlayarak, ona sır hakkında bilgi vermeden kararını verebilir.

İşaret edilen hükümler çerçevesinde, İsviçre hukukunda doktrinin büyük çoğunluğu ve Federal Mahkeme, karşı karşıya gelen menfaatler arasındaki dengeyi dikkate alarak, taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın anayasal anlamda herhangi bir sakınca doğurmayacağını belirtmektedir⁸¹⁹. Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması, sırların korunması menfaati ile belirli bir delilin davada kullanılması menfaati ve dışlanan tarafın savunma imkânı arasında denge kurulmasının bir sonucu olarak görülmektedir. Nitekim ölçülülük ilkesi çerçevesinde hem delili elde ederek incelemek hem de sırları korumak için daha uygun ve hafif başka bir araç mevcut değildir. Buna karşın doktrinde bazı yazarlar, taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın, temelinde “*audiatur et altera pars: diğer tarafı da dinleyin*” ilkesi olan hukukî dinlenilme hakkına açık bir şekilde aykırı olduğunu kabul etmektedir⁸²⁰. Ancak sonuç olarak, yapılan eleştirilere rağmen, İsviçre hukukunda kanun koyucu bir orta yol bulmuş ve hem sırların kapsamlı

⁸¹⁸ İsviçre hukukunda kantonal usul hukuku düzenlemelerinin birçoğunda tarafları ve üçüncü kişileri sadece açıklama yapmaya değil, aynı zamanda tüm delilleri mahkemeye sunmaya zorlayan kapsamlı bir aydınlatma ödevi yüklenmiştir. Bununla birlikte, kantonal usul hukuku düzenlemelerinin neredeyse tümünde, hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınarak, ticarî sırların korunması amacıyla hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılabilirliği de kabul edilmiştir. Örneğin, § 145 ZH-ZPO (Zürich); Art. 229, 261, 276 BE-ZPO (Bern); § 121 SZ-ZPO (Schwyz); Art. 202 FR-ZPO (Freiburg); Art. 160 GR-ZPO (Graubünden); Art. 185 TI-ZPO (Tessin); § 206 AA-ZPO (Aargau) gibi hükümleri, delillerin toplanması aşamasında sırların korunmasını amaçlar.

⁸¹⁹ SAWANG, s. 213.

⁸²⁰ HABSCHEID, Walther J.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel 1986, Sy. 325, Rn. 895; RITZ, s. 210.

olarak korunmasına hem de etkin hukukî korumanın gerçekleştirilmesine zemin hazırlamıştır.

3.1.3.3.2.4.2.4.3. Avusturya Hukukunda Durum

Alman hukukunda olduğu gibi, Avusturya medenî yargılama hukukunda da taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamaya ilişkin özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Avusturya hukukunda sırlar kapalı yargılama yoluyla nispî koruma sağlanarak değil, § 305 öZPO gereğince tarafların sır içeren belgeleri mahkemeye sunmaktan kaçınmaları yoluyla mutlak koruma sağlanarak garanti altına alınmaktadır. Kapalı yargılama ise, dışlanan tarafın hukukî dinlenilme hakkını sınırlandırdığı gerekçesiyle genel olarak reddedilmektedir. Ancak, hukukun uygulanması ile sırların korunması arasındaki uyumsuzluğun kapalı yargılama yoluyla aşılabileceğini kabul eden yazarlar da vardır⁸²¹. Çünkü kapalı yargılama, hukukî dinlenilme hakkı, sırların korunması ve etkin hukukî koruma arasında uyum sağlayan bir imkân olarak görülmektedir⁸²².

3.1.3.3.2.4.2.4. Anglo-Amerikan Hukukunda Durum

3.1.3.3.2.4.2.4.1. Amerikan Hukuku

Amerikan hukukunda, discovery aşamasında tarafların kural olarak kişisel verileri ve sırları içeren belgeleri de sunma yükümlülükleri vardır⁸²³. Bu aşamada tarafların kişisel verilerini ve sırlarını korumaları öncelikle kendi ellerindedir. Taraflar sır içeren belgeleri aralarında bir *gizlilik sözleşmesi (confidentiality agreement)* yaparak sunabilirler⁸²⁴. Bu sözleşme, özel bir şekil şartına bağlı olmamakla birlikte, genellikle yazılı olarak yapılır. Sözleşmenin sınırlarının belirlenmesinde tarafların geniş bir takdir yetkisi vardır. Taraflar, hangi bilgilerin gizli olduğunu ve bunların korunmaları için hangi önlemlerin alınacağını serbestçe belirlerler⁸²⁵. Tarafların daha sonra sözleşmeyi mahkemeye sunmaları halinde, mahkeme çoğu durumda sözleşme hükümlerini değiştirmeksizin, buna uygun bir koruma

⁸²¹ SCHNEIDER, Birgit; “Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz- ein Widerspruch?“, ÖJZ 2013/ 18, H. 4, s. 149 vd.

⁸²² SCHNEIDER, s. 149.

⁸²³ POSDZIECH, s. 87.

⁸²⁴ POSDZIECH, s. 87.

⁸²⁵ POSDZIECH, s. 87.

kararı alır⁸²⁶. Mahkeme sözleşmeyi sadece istenen koruma için açık bir sebep bulunmaması veya korunması istenen bilgi üzerinde ağır basan bir kamu yararının olması halinde reddeder. Bağlayıcılığı mahkeme tarafından tespit edilmedikçe, sözleşme sadece taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur⁸²⁷.

Tarafların aralarında bir anlaşmaya varamamaları durumunda, ilgili tarafın veri koruma menfaati, FRCP 26(c)⁸²⁸ düzenlemesine göre dikkate alınabilir. Bilgilerini korumak isteyen ibraz yükümlüsü mahkemeye koruma kararı için talepte bulunmalıdır⁸²⁹. Bu koruma kararı, yalnızca talepte bulunan tarafın bilgileri hakkında verilir. Mahkeme koruma kararı vermeden önce, koruma kararı verilmesi için *haklı bir sebep (good cause)* olup olmadığına dikkat etmelidir⁸³⁰. Bu durumda, ispat yükü talep edendedir. Talep edenin mahkemeye haklı bir sebep göstermesi halinde⁸³¹, karşı (ibrazı talep eden) taraf ilgili bilgilerin önemini ve gerekliliğini ispat etmelidir. Eğer bilgiler başka şekilde elde edilemiyorsa veya sadece aşırı çaba sonucunda elde edilebiliyorsa, belgenin ibrazı gerekir⁸³². Mahkeme her durumda tarafların menfaat dengesini de göz önünde bulundurmalıdır⁸³³. Mahkemenin ibrazdan kaçınmak için haklı bir sebebin olduğunu kabul etmesi halinde, alabileceği farklı koruma önlemleri vardır⁸³⁴. Bu önlemlerden birisi, kapalı yargılama yapılmasıdır⁸³⁵. Nitekim FRCP 26(c), (E) hükmüne göre mahkeme, discovery aşamasında bulanabilecek kişileri belirleyebilir. Doktrinde, discovery aşamasında tarafların rolünün önemi nedeniyle⁸³⁶,

⁸²⁶ POSDZIECH, s. 87.

⁸²⁷ POSDZIECH, s. 87.

⁸²⁸ <http://www.uscourts.gov/sites/default/files/Rules%20of%20Civil%20Procedure>, E.T. 21.04.2018.

⁸²⁹ POSDZIECH, s. 88.

⁸³⁰ POSDZIECH, s. 89.

⁸³¹ Nitekim, Amerikan Yüksek Mahkemesi 1984 tarihinde verdiği Seattle Times Co. v. Rhinehart kararında, özel hayatın olumsuz etkileneceği iddiasını koruma kararı için haklı bir neden olarak görmüştür. <https://casetext.com/case/seattle-times-company-v-rhinehart>, E.T. 21.04.2018.

⁸³² POSDZIECH, s. 90.

⁸³³ POSDZIECH, s. 91.

⁸³⁴ Bu kapsamda, kişisel verilerin tanınmaz hale getirilmesi, örnekleme yöntemi uygulanarak diğer verilerin önemini belirlemek için birkaç örnek verinin sunulması, gizlilik kaydı düşülerek bilgilerin sadece sınırlı sayıda kişinin görmesinin sağlanması, belgenin güvenli bir şekilde muhafaza edilmesi, bilgilere kullanım sınırı koyulması gibi çeşitli önlemler alınabilir.

⁸³⁵ Bu yönde bkz. Tavoulareas v. Washington Post co., 1984, <https://casetext.com/case/tavoulareas-v-washington-post-co>, E.T. 21.04.2018; Palay v. Superior Court, 1993, <https://caselaw.findlaw.com/ca-court-of-appeal/1770719.html>, E.T. 21.04.2018; Roy Banks, Plaintiff v. Office of Senate Sergeant-at-Arms and Doorkeeper, 2004, <https://casetext.com/case/roy-banks-v-office-of-the-senate-sergeant-at-arms>, E.T. 21.04.2018; STADLER, 223 vd; STADLER, NJW 1989, s. 1205; POSDZIECH, s. 96.

⁸³⁶ Discovery usulü, hâkimin aktif bir rol almaması nedeniyle kötüye kullanılabilen ve bu sebeple eleştirilere maruz kalmaktaydı. Bunun önlenmesi için yapılan değişikliklerle, hâkimin rolü artırılarak, kötü niyetli, aşırı ve gereksiz uygulamalar önlenmeye çalışılmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. TEOMETE YALABIK, s. 290 vd.

dışlanan tarafın avukatının mutlaka kapalı yargılamada bulunması gerektiği kabul edilmektedir⁸³⁷.

3.1.3.3.2.4.2.2. İngiliz Hukuku

İngiliz hukukunda önceleri az sayıda özel görevli mahkeme tarafından uygulanan kapalı yargılama (*closed material procedure*), millî güvenlik bakımından risk doğuran durumlarda kullanılan bir çözümdür. Kapalı yargılama ilk olarak 1997 tarihli Özel Göçmenlik Başvurusu Komisyonu Yasası'nda kabul edilmiştir. Doktrinde ve yargı kararlarında bazı ağır eleştirilerle karşılaşmıştır. Eleştirilerin sebebi, bu yola davalının bilgisine sunulmayan *gizli delil* kullanılarak, yargılamanın kısmen ya da tamamen kapalı yapılmasına imkân sağlanmasıdır⁸³⁸. Buna rağmen kapalı yargılama, 2013 tarihli Adalet ve Güvenlik Kanunu ile hukuk davaları için de uygulanabilir hale getirilmiş ve sonrasında İngiliz Usul Kurallarının 82'nci maddesinde düzenlenmiştir.

Kapalı yargılamada hâkim delilleri bizzat inceler ve serbestçe takdir eder. Ancak tarafları hükümetin atadığı *özel bir avukat (special advocate)* temsil eder. Kapalı duruşmanın ardından özel avukat taraflarla iletişim kuramaz. İngiliz Usul Kurallarında (CPR) özel avukata geniş bir yetki tanınmıştır. Özel avukatın amacı, yargılamadan dışlanan tarafın menfaatlerini temsil etmek olduğu için, CPR Rule 82.10 gereğince delil ileri sürmesi veya tanıkları çapraz sorguya tabi tutabilmesi mümkündür.

3.1.3.3.2.4.2.5. Japon Hukukunda Durum

Japon hukukunda⁸³⁹ belge sunma yükümlülüğü bağlamında kabul edilen genelleme, bazı istisnalarla sınırlandırılmıştır. Söz konusu istisnalar § 220 Abs. 4 Buchst. a-d jZPO'da düzenlenmiştir. Belgeyi elinde bulunduran kişi, belgenin sunulması talebine karşı bu istisnalara dayanabilir. Mahkeme, somut olayda anılan düzenlemedeki istisnaî durumların var olup olmadığını, § 223 Abs. 3 jZPO'ya göre bir inceleme yaparak belirlemelidir. § 223 Abs. 3 jZPO hükmü, kapalı yargılama yapılmasını öngörür. Bu bağlamda mahkeme

⁸³⁷ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, 228; STADLER, NJW 1989, s. 1205.

⁸³⁸ İngiliz İstinaf Mahkemesi, Al Rawi kararında kapalı yargılamanın sadece usul kurallarıyla değil, aynı zamanda Medenî Usul Kurallarının esasıyla bağdaşmadığını belirtmiştir. Bu karar üzerine yapılan temyiz incelemesinde Yüksek Mahkeme, kapalı yargılamanın sadece parlamentonun yasalaştırdığı olağan hukuk yargılamalarında uygulanabileceğini kabul etmiştir. Bu yönde bkz. TEOMETE YALABIK, s. 362, 363.

⁸³⁹ Japon hukukunda kapalı yargılama hakkında bkz. MATSUMOTO, Hiroyuku; "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts in Japan", ZJP, Bd. 121, H. 2, 2008, s. 215 vd; BRANDT, s. 284 vd.

öncelikle sunulan belgeyi incelemek için geçici olarak muhafaza altına alır. Sonrasında tarafların ve tarafların temsilcilerinin yokluğunda, ibrazdan kaçınma sebebinin gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler.

Görüldüğü gibi, Japon hukukunda kapalı yargılama yalnızca ibrazdan kaçınma sebebinin haklı olup olmadığının belirlenmesi için uygulanmaktadır. Ancak kapalı yargılama yine de tereddüt uyandırmaktadır. Çünkü, ibrazı talep eden tarafa belgeyi görme ve belgenin ispat gücü ile ilgili fikir sahibi olma imkânı verilmeksizin, hâkimin istisnâî durumun varlığı veya yokluğu hakkında kısmen veya tamamen oluşturacağı kanaate şüpheyle yaklaşılmaktadır⁸⁴⁰. Buna göre, kapalı yargılama tarafların haklarının garantisi ve yargılamanın adil olması kuralıyla çatışmaktadır ve kapalı yargılamanın zaaflarının önemsenmesi gerekir.

3.1.3.3.2.4.3. Taraflardan Birisinin Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılamanın Şartları

3.1.3.3.2.4.3.1. Korunmaya Değer Bir Sırrın Varlığı

Kapalı yargılama yapılabilmesi için gerekli olan ilk şart, korunmaya değer bir sırrın varlığıdır. Özellikle taraflar arasında rekabet ilişkisinin olduğu hallerde, sırların korunması ihtiyacı artar. Sırların korunmaya değerliğinin tespiti, asıl davanın görüldüğü mahkeme tarafından, sır sahibi tarafın talebi üzerine yapılır. Talep üzerine mahkemenin dikkate alacağı hususlar, aşağıda incelenecektir⁸⁴¹.

3.1.3.3.2.4.3.2. Sırrın İspat Yükünü Taşımayan Tarafa Ait Olması

Kapalı yargılamanın yapılabilmesi için, korunmaya değer olarak kabul edilen sırrın ispat yükünü taşımayan tarafa ait olması gerekir. Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılmasına ilişkin görüşler çerçevesinde yaptığımız değerlendirme doğrultusunda⁸⁴², kapalı yargılama sadece ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının korunması amacıyla yapılabilir. Çünkü ispat yükünü taşıyan taraf kendi sırlarını delil olarak göstererek, dava sonunda haklı çıkabilmek ve böylece etkin hukukî korumaya kavuşabilmek için sırlarının ortaya çıkma riskini göze almış olur. Bu sebeple ispat yükünü taşıyan tarafın sırlarının

⁸⁴⁰ MATSUMOTO, s. 215, 216.

⁸⁴¹ Bu yönde bkz. Aşa. s. 221 vd.

⁸⁴² Bu yönde bkz. Yuk. s. 111 vd.

korunması için, ispat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanmasını kabul etmek makul görülemez. Bunun kabulü, açık bir şekilde ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâli sonucunu doğurur. Nitekim bu durumda ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi için geçerli bir sebep yoktur.

3.1.3.3.2.4.3.3. Mahkemenin Karşı Taraftan Saklanan Sırlara İlişkin Tam Bilgiye Sahip Olması

Kapalı yargılamanın amacı, korunmaya değer ticarî sırların karşı taraftan saklanabilmesidir. Bu sebeple, sırlar sadece karşı tarafın bilgisinden alıkonulur. Davanın açıldığı mahkeme, her halükârda sırlar hakkında tam bilgiye sahip olmalıdır. Aksi takdirde, yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durmuş olduğumuz gibi, anayasal ve usulî birçok düzenlemeyi ihlâl eden sonuçlar doğar⁸⁴³.

3.1.3.3.2.4.3.4. İspat Yükünü Taşıyan Tarafın Yargılamadan Dışlanması

Yukarıda ayrıntılı olarak üzerinde durmuş olduğumuz gibi⁸⁴⁴, kapalı yargılama ancak ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî durumunun iyileştirilmesi için yapılabilir. Böylece, ispat yükünü taşımayan taraf davayı kaybetme riskini azaltarak, etkin hukukî korumaya kavuşma imkânını yükseltmiş olur. İspat yükünü taşımayan taraf için ise, bunu haklı çıkaran bir gerekçe yoktur. Çünkü bu durumda, ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî korumaya kavuşması, kendi sırrının ispat yükünü taşımayan tarafça öğrenilmesine bağlıdır. İspat yükünü taşıyan taraf buna katlanmalıdır.

3.1.3.3.2.4.4. Dışlanan Tarafın Avukatının Kapalı Yargılamada Hazır Bulunması

3.1.3.3.2.4.4.1. Genel Olarak

Dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunup bulunamayacağı, çözülmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar avukatın, yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil edeceği kabul edilmiş olsa da, bu meselenin arka planında avukatın müvekkilinin menfaatleriyle kurduğu yakın bağdan

⁸⁴³ Bu yönde bkznz. Yuk. s. 201 vd.

⁸⁴⁴ Bknz. Yuk. s. 111 vd.

dolayı, yargılamadan dışlanan müvekkiline sırları aktarması tehlikesi vardır. Bu sebeple doktrinde, dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunması tartışma konusu olmuştur. Doktrinde bir görüş⁸⁴⁵ avukat-müvekkil ilişkisinin özelliklerini göz önünde bulundurarak avukatın kapalı yargılamada yer alamayacağını kabul ederken, diğer görüş⁸⁴⁶, kapalı yargılama sebebiyle dışlanan tarafın haklarına -özellikle hukukî dinlenilme hakkına yapılan müdahalenin yumuşatılabilmesi için avukatının kapalı yargılamada hazır bulunabileceğini *avukat çözümü (Anwaltslösung)* çerçevesinde kabul etmektedir.

3.1.3.3.2.4.4.2. Dışlanan Tarafın Avukatının Kapalı Yargılamada Hazır Bulunamayacağı Görüşü

Dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunmaması gerektiğini kabul eden görüşün gerekçesi, avukatın sadece yargı erkinin bir organı değil, aynı zamanda müvekkilinin menfaatlerinin de temsilcisi olmasıdır. Bu sebeple, karşı tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunması halinde, sır sahibi olan tarafın sırlarını açıklaması makul görülemez⁸⁴⁷. Dolayısıyla tarafın yargılamadan dışlandığı ölçüde, avukatının da dışlanması gerekir. Çünkü avukatın kendi müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlü kılınması mümkün değildir. Böyle bir yükümlülük, vekâlet ilişkisi içindeki avukatın meslekî konumuyla çelişir⁸⁴⁸. Avukatın kendi müvekkiline karşı susma yükümlülüğü uygulanabilir değildir. Nitekim avukat, mahkemenin kararını etkileyecek bilgilerin önemini her durumda müvekkiline danışmadan değerlendiremez. Avukatın sırlar hakkında müvekkilini bilgilendirmeden ve ondan teknik konularda bilgi almadan savunma yapması çoğu zaman mümkün değildir⁸⁴⁹. Ayrıca, avukatın müvekkiline karşı susma yükümlülüğünü ne zaman yerine getireceğini belirlemek ve bu konuda genel kriterler koymak da zordur⁸⁵⁰. Bu bakımdan avukatın susma yükümlülüğü, vekâlet ilişkisinde düşündürücü sonuçlar doğurur. Ayrıca, susma yükümlülüğüne aykırı davranması halinde avukatın karşılaşılabilecek yaptırımlar, tam bir caydırıcı olarak nitelendirilemez. Avukat ancak kasten susma yükümlülüğüne aykırı

⁸⁴⁵ Bu görüşte bkzn. ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 477 vd; LACHMANN, s. 2209; SCHLOSSER, s. 1010; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 224; STÜRNER, JZ 1985, s. 453; STÜRNER/ STADLER, s. 1104, SAWANG, s. 320 vd.

⁸⁴⁶ Bu görüşte bkzn. LEPPIN, s. 699 vd; KERSTING, s. 284 vd; KÜHNEN, s. 191; STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Geheimnisschutz, s. 277; MÜLLER-STOY, s. 196; BAHNER, s. 251 vd; MALMSTRÖM, s. 229 vd; WREDE, s. 314 vd.

⁸⁴⁷ LACHMANN, s. 2209 vd; SCHLOSSER, s. 1010; MÜLLER-STOY, s. 163.

⁸⁴⁸ MÜLLER-STOY, s. 163; LACHMANN, s. 2209; KÜHNEN, s. 191; MELULLIS, s. 855.

⁸⁴⁹ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 477.

⁸⁵⁰ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 477.

davranırsa sorumlu tutulabileceği için, yaptırımların etkili bir koruma sunduğu söylenemez⁸⁵¹. Nitekim kastın ispatı kolay değildir⁸⁵². Dolayısıyla yaptırımlar sadece gizliliğin ihlâl edilmemesi için baskı oluşturur. Sonuçta avukat bir yaptırımla karşılaşsa bile, avukatın müvekkiline açıkladığı bilgiler artık sır olmaktan çıkmıştır. Anılan sebeplerden dolayı, karşı tarafa sırlarını açıklamaktan kapalı yargılama yoluyla kurtulan tarafın, sırlarını karşı tarafın avukatına açıklamasını da beklemek mümkün görülmemelidir⁸⁵³.

3.1.3.3.2.4.4.3. Dışlanan Tarafın Avukatının Kapalı Yargılamada Hazır Bulunabileceği Görüşü: Avukat Çözümü

*Avukat çözümü (Anwaltslösung)*⁸⁵⁴ olarak anılan ve dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunabileceğini kabul eden görüş, ölçülülük mülahasasına önem vermektedir. Avukat çözümünü savunan yazarlara göre⁸⁵⁵, avukatın kapalı yargılamada hazır bulunamayacağının kabulü, dışlanan tarafın hukukî dinlenilme hakkını ağır bir şekilde ihlâl eder ve bu sebeple adil bir yargılama yapılmamış olur⁸⁵⁶. Avukat çözümünün reddedilmesi durumunda, sırların korunması, hukukî dinlenilme hakkı ve etkin hukukî korunma hakkı arasındaki pratik uyumun sağlanması için kapalı yargılamanın tam olarak uygulanması imkânı dikkate alınacaktır⁸⁵⁷. Bu durumda, sır sahibi olmayan taraf avukatıyla birlikte yargılamadan dışlandığı için, yargılamaya hiçbir şekilde dahil olamaz. Hukukî menfaatleri ne kendisi ne de avukatı vasıtasıyla savunulabilen taraf yargılamada tamamen korumasız bırakılmış demektir. Bu da, dışlanmayan tarafın açıklamalarının ve delillerinin doğrudan doğruya sorgulanamaması sonucunu doğurur⁸⁵⁸. Dışlanan tarafa hiçbir şekilde soru sorma ya da karşı delil gösterme gibi hakları tanıyamayan mahkemenin yargılamayı tek

⁸⁵¹ WREDE, s. 316.

⁸⁵² ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 478.

⁸⁵³ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 224; STÜRNER, JZ 1985, s. 453; STÜRNER/ STADLER, s. 1104.

⁸⁵⁴ Amerikan ve İsviçre hukuklarında tatmin edici sonuçlar doğuran bir uygulama olarak görülen avukat çözümüne Alman hukukunda genel olarak şüpheyle yaklaşılmaması, avukat çözümünü savunan yazarlarca şaşırtıcı karşılanmaktadır. Örneğin, Amerikan hukukunda kamu aleniyetinin kaldırılmasının ve dosya inceleme hakkının sınırlandırılmasının yanında, sır içeren belgenin davanın karşı tarafından gizlenmesi için belgeye “Attorneys-eyes only” mührü vurularak sadece karşı tarafın avukatının belgeyi incelemesi sağlanmaktadır. Bu yönde bkzn. PAGENBERG, Jochen; “Betrieblicher Know-How-Schutz in gerichtlichen Auseinandersetzungen”, CR 1991, s. 69; LEPPIN, s. 697; STADLER, NJW 1989, s. 1205.

⁸⁵⁵ PAGENBERG, s. 69 vd; LEPPIN, s. 699 vd; KERSTING, s. 284 vd; KÜHNEN, s. 191; STADLER, NJW 1989, s. 1204; STADLER, Geheimnisschutz, s. 277; MÜLLER-STOY, s. 196; MALMSTRÖM, s. 229 vd; WREDE, s. 314 vd.

⁸⁵⁶ STADLER, NJW 1989, s. 1204; MALMSTRÖM, s. 230, 231.

⁸⁵⁷ WREDE, s. 319.

⁸⁵⁸ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 247; WREDE, s. 321.

tarafli şekilde yapması anlamına gelen bu durum, kabul edilebilir deęildir⁸⁵⁹. Ortaya çıkan hukukî koruma eksikliği mahkeme tarafından giderilmeye çalışılsa da, tasarruf ve taraflarca getirilme ilkelerinin çizdiği sınırlar sebebiyle bu durum aşılamaz. Mahkemenin yargılamadan dışlanan taraf lehine gerekli gördüğü tek tarafli desteği göstermesi ise, tarafgirlik yaptığı isnadıyla karşılaşmasına neden olur⁸⁶⁰.

Avukatın dışlanan müvekkilinin menfaatlerini kapalı yargılamada temsil etmesi ve haklarını gözetmesi ise, dışlanan tarafın dolaylı bir şekilde hukukî dinlenilme hakkına sahip olmasını sağlar⁸⁶¹. Böyle bir temsil sayesinde, dışlanan taraf yargılamada özne olarak kalarak yargılamaya etki edebilme imkânını korur⁸⁶². Dışlanan tarafın avukatının kapalı yargılamada hazır bulunması, kanun yoluna başvuru bakımından da önemli ve gereklidir. Kapalı yargılamanın amacıyla çelişen herhangi bir sonuç doğmaması için, mahkeme kararının tamamının dışlanan tarafa sunulmaması gerekir. Avukat çözümü kabul edildiğinde, kararın sırra ilişkin içeriği hakkında bilgi sahibi olamayan taraf, avukatının edindiği bilgiler sayesinde, kanun yoluna başvuru gerekçelerini sağlamış olur⁸⁶³. Bu sebeplerle dışlanan tarafın avukatı, müvekkiline karşı da sır saklamakla yükümlü olmak kaydıyla, kapalı yargılama da dahil olmak üzere, yargılamanın tüm aşamalarında hazır bulunabilmeli ve davaya ilişkin olan bilgilerin tamamını öğrenebilmelidir. Nitekim avukatın öncelikli görevi, müvekkilinin davayı kazanmasına yardımcı olmaktır. Eğer bu sadece sır saklama yükümlülüğüne riayet edilmesi halinde gerçekleşecekse, avukat ile müvekkili arasındaki bilgi akışından vazgeçilmelidir. Bu bağlamda, avukat çözümü çerçevesinde savunulan böyle bir susma yükümlülüğü dışlanan tarafın menfaatinidir.

Alman hukukunda, avukatın müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğüne ilişkin olarak, Federal Almanya Yüksek Mahkemesi'nin "*Lichtbogenschnürung-Entscheidung*"⁸⁶⁴ ismiyle anılan kararına atıf yapılmaktadır. Söz konusu kararda Yüksek Mahkeme, avukatın bağımsız bir yargı organı olması sebebiyle müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlü tutulmasını mümkün görmüştür. Yüksek Mahkemeye göre, patent hakkının ihlâli iddiasıyla yapılan bağımsız delil ikamesi kapsamında bilirkişi raporu alınması halinde, ihlâli gerçekleştirdiği iddia edilen kişinin sır saklama menfaati, iddia sahibinin bilirkişi raporunu

⁸⁵⁹ STADLER, NJW 1989, s. 1204.

⁸⁶⁰ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 247; STADLER, NJW 1989, s. 1204; WREDE, s. 321.

⁸⁶¹ MALMSTRÖM, s. 231.

⁸⁶² WREDE, s. 322.

⁸⁶³ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 248; MALMSTRÖM, s. 231; WREDE, s. 322.

⁸⁶⁴ BGH, Beschluss vom 16.11.2009- X ZB 37/ 08, GRUR 2010, s. 318 vd.

inceleme hakkının sır saklamakla yükümlü avukatıyla sınırlandırılması yoluyla mümkün olduğunca korunmalıdır⁸⁶⁵. Avukatın, hukukun üstünlüğüne ve yargı düzenine katkıda bulunma rolü, müvekkilinin talebi üzerine mahkeme tarafından yüklenen müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğünü ihlâl etmeyeceği beklentisini haklı çıkarmaktadır⁸⁶⁶. Asıl dava öncesinde uygulanan böyle bir usul, tarafların hukukî dinlenilme haklarının sınırlandırılması sonucunu da doğurmaz. Çünkü bağımsız delil ikamesi çerçevesinde, ne asıl davadaki uyuşmazlık konusu hakkında ne de asıl davada sır içeren unsurların talep olunandan alıkonulup konulmayacağı veya ne ölçüde alıkonulacağı hakkında karar verilmektedir.

Doktrinde, avukat çözümünü kabul eden yazarlar tarafından, asıl davada avukatın konumunun, Lichtbogenschnürung kararında olduğu gibi dava öncesinde yapılan hazırlık aşamasındaki konumundan farklı olmadığı belirtilmektedir⁸⁶⁷. Çünkü asıl davada da avukat, yargının bağımsız bir organıdır. Avukata müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğü yüklenmesi durumunda, sınırlandırılan imkânlar altında olsa da, avukat yalnız başına müvekkilinin menfaatlerini temsil eder. Bu durumda, Lichtbogenschnürung kararından farklı olarak, avukata sır saklama yükümlülüğünün yüklenmesi için müvekkilinin bu yönde talebine gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle, böyle bir halde avukatın sır saklama yükümlülüğü, dışlanan müvekkilin bilgisi ve rızası üzerine tesis edilmez⁸⁶⁸. Asıl davada bu tür bir sınırlandırma yapılması, dava öncesi süreçte olduğu gibi geçici bir karakter de arz etmez. Maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talepleri nedeniyle başlayan dava öncesi sürecin sonunda, bilgilerin edinilmesi söz konusudur. Buna uygun olarak, öncelikle dışlanan tarafa bilgilerin açıklanıp açıklanmayacağı hakkında karar verilmelidir. Sır niteliğindeki bilgilerin bizzat uyuşmazlık konusu olmadığı, ancak verilecek karara etki edeceği asıl davada ise, tarafın dışlanması yoluyla bilgiyi elde edememesi geçici nitelik taşımaz, nihaidir⁸⁶⁹. Bu sebeple, *bilgiden dışlanma*, gerektiğinde kanun yolu aşaması da dahil olmak üzere, yargılamanın her aşaması için geçerlidir⁸⁷⁰.

Kapalı yargılamanın yumuşatılarak uygulanmasını sağlayan avukat çözümüyle ortaya çıkan, dışlanan tarafın mahkeme tarafından atanan tarafsız bir avukat tarafından mı

⁸⁶⁵ BGH, GRUR 2010, s. 318.

⁸⁶⁶ BGH, GRUR 2010, s. 320.

⁸⁶⁷ WREDE, s. 318.

⁸⁶⁸ MÜLLER-STOY, s. 184; WREDE, s. 319.

⁸⁶⁹ WREDE, s. 319.

⁸⁷⁰ WREDE, s. 319.

yoksa bizzat atadığı avukat tarafından mı temsil edilmesi gerektiği sorusuna iki farklı görüş altında cevap verilmektedir:

3.1.3.3.2.4.4.3.1. Dışlanan Tarafın Mahkemece Atanan Tarafsız Bir Avukat Vasıtasıyla Temsil Edilmesi

Doktrinde bir görüş⁸⁷¹, dışlanan tarafın kapalı yargılamada bizzat atadığı bir avukat tarafından temsil edilmesi halinde, sırların aktarılması tehlikesinin daha fazla olacağını belirtmektedir. Buna dayanarak, böyle durumlarda dışlanan tarafça atanan avukatın tarafsız başka bir avukatla değiştirilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁸⁷². Bu durumda seçim, tarafsız avukatın güvenilirliği hakkında tartışmaların önlenmesi için, mahkeme tarafından yapılmalıdır.

3.1.3.3.2.4.4.3.2. Dışlanan Tarafın Bizzat Atadığı Avukat Vasıtasıyla Temsil Edilmesi

Diğer görüş⁸⁷³, dışlanan tarafın kapalı yargılamada bizzat atadığı avukatı tarafından temsil edilebileceğini savunmaktadır⁸⁷⁴. Bu görüşe göre, kapalı yargılamanın amacı taraflar için etkin hukukî korumayı sağlamaksa, etkin bir şekilde temsil edilmelerine de şüpheyile yaklaşılması gerekir. Nitekim kapalı yargılamayla aynı amaca yönelen Düsseldorf usulünde de Federal Almanya Yüksek Mahkemesi dışlanan tarafın bizzat atadığı, sır saklamakla yükümlü avukatı vasıtasıyla temsil edilmesine müsaade etmiştir. Hangi temsilcinin kendisini en iyi şekilde temsil edeceği hakkında en doğru kararı verecek kişi, ilgili tarafın bizzat kendisidir. Tarafsız bir avukatın mahkeme tarafından seçilmesi, doğru seçimin yapılıp yapılmadığı konusunda tereddüt yaratır⁸⁷⁵. Nitekim mahkemenin atadığı avukatın güvenilirliği ve meslekî yeterliliği bakımından sorumluluğu üzerine alıp almayacağı şüphelidir⁸⁷⁶. Herhangi bir şekilde müvekkiliyle bağlantı halinde olan bir avukat, meslekî gayesi bakımından yanlış anlaşılmalara maruz kalabilmektedir. Ancak bir avukatın normal şartlarda müvekkilleri için meslekî varlığını riske atmayacağı da göz önünde

⁸⁷¹ AHRENS, Hans- Jürgen; “Gesetzgebungsvorschlag zur Beweisermittlung bei Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums”, GRUR 2005, s. 839; STADLER, FS Leipold, s. 217; LEPPIN, s. 697; MALMSTRÖM, s. 234.

⁸⁷² AHRENS, s. 839; STADLER, FS Leipold, s. 217; LEPPIN, s. 697.

⁸⁷³ WREDE, s. 325.

⁸⁷⁴ Amerikan hukukunda da dışlanan tarafça bizzat atanan avukatın kapalı yargılamada hazır bulunabileceği kabul edilmektedir. Bu durumda avukat ile müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisinin ne süredir devam ettiği önem arz etmez. PAGENBERG, s. 69.

⁸⁷⁵ PAGENBERG, s. 70; WREDE, s. 326.

⁸⁷⁶ WREDE, s. 326.

bulundurulmalıdır. Bunun gibi, kapalı yargılama yoluyla korunmaya çalışılan ticarî sırların avukat tarafından kazara açıklanmasından da çekinmemek gerekir. Böyle sırlar karmaşık bir yapıda oldukları için, kazara açıklanmaları muhtemel değildir⁸⁷⁷. Karmaşık yapıda olmayan sırların yanlışlıkla ifşa edilmeleri korkusu ise, sırların korunmasına ilişkin kanunî düzenlemeler vasıtasıyla aşılabılır⁸⁷⁸. Bu sebeplerle, dışlanan tarafın mahkemece atanan tarafsız bir avukat vasıtasıyla temsil edilmesi ilke olarak makul görülebilir değildir. Sadece somut olayda avukatın sır saklama yükümlülüğüne uymayacağına dair açık emarelerin olduğu istisnaî durumlarda, dışlanan tarafın yanında bizzat atadığı avukatın da dışlanması ve yerine mahkemece tarafsız bir avukatın atanması gerekir⁸⁷⁹.

3.1.3.3.2.4.4. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Kapalı yargılama, sırların korunması amacıyla son çare olarak uygulanabilecek bir çözüm yoludur. Kapalı yargılamanın son çare olarak görülmesinin sebebi, ispat yükünü taşıdığı için yargılamadan dışlanmayı isteyen tarafın sırlar bakımından hukukî dinlenilme hakkından mahrum kalmasıdır. Çünkü bu durumda, ispat yükünü taşımayan taraf sırlarının ortaya çıkmaması için elindeki delilleri mahkemeye sunmak istemeyecek ve mahkeme de bunu kabul edilebilir bir mazeret olarak değerlendirirse aleyhinde bir sonuç da doğmayacaktır. Mahkemenin sır saklama menfaatini kabul edilebilir bir mazeret olarak nitelendirmemesi halinde ise, ispat yükünü taşıyan tarafın belgenin içeriği konusundaki beyanını kabul edebilecektir. Her iki durum da, usulî nedenlerle taraflardan birisinin aleyhine olacak ve mahkeme sırları incelemeyeceği için maddî gerçeğe uygun karar veremeyecektir. Bu sebeple, hem adaletin sağlanmasının hem de sırların korunmasının tek çaresi, kapalı yargılama olacaktır.

Üzerinde durulan tüm görüşler değerlendirildiğinde, avukat çözümünün kabulünün daha makul neticeleri olduğu görülmektedir. Kapalı yargılamanın ispat yükünü taşıyan

⁸⁷⁷ PAGENBERG, s. 71; WREDE, s. 326.

⁸⁷⁸ Alman hukukunda § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB gereğince, bir kimse avukat olarak kendisine açıklanan veya başka bir şekilde öğrendiği, özellikle kişisel hayat alanına ilişkin bir sır veya işletme ya da ticarî sır olmak üzere başkasına ait bir sırrı yetkisiz olarak ifşa ederse, bir yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır. İsviçre hukukunda § 162 sStGB'ye göre, her kim hukuken veya sözleşmeden doğan yükümlülük gereği koruması gereken bir imalat sırrını veya ticarî sırrı kendisinin veya başka birinin yararına açıklarsa, talep üzerine üç yıla kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır. Avusturya hukukunda ise, § 122 öStGB gereğince ise, kanun veya resmî emir uyarınca yürüttüğü görevin gerektirdiği denetim, inceleme veya tahkikat sırasında kendisine açıklanan veya eriştiği bir ticarî sırrı ifşa eden veya kullanan kişi altı aya kadar hapis veya 360 güne kadar para cezası ile cezalandırılır.

⁸⁷⁹ WREDE, s. 327.

tarafın hukukî dinlenilme hakkını ihlâl eden yapısı, avukat çözümüyle aşılabılır. Hukukumuzda bunun uygulanabilmesi ise, kapalı yargılama yapılabilmesi için gerekli olan kanunî düzenlemede avukat çözümüne de yer verilmesine bağlıdır⁸⁸⁰. Aksi halde, gizli yargılamaya ilişkin sır saklama yükümlülüğünün genişletilerek avukatın kendi müvekkiline uygulanması mümkün değildir.

Kapalı yargılamanın etkilerini yumuşatan avukat çözümü, ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkına dolaylı olarak kavuşmasını sağlar. Bu suretle adil yargılanma hakkına da uygun bir çözüm benimsenmiş olur⁸⁸¹. Bu durumda avukat, karar için uygun ve gerekli olan bilgileri tümüyle öğrenmeli ve kendi müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlü olmalıdır. Böylece, pratik uyum ilkesine uygun olarak, hem ispat yükünü taşıyan tarafın bilgi edinme menfaatine hem de ispat yükünü taşımayan tarafın sır saklama menfaatine hizmet edilebilir. Hukukumuzda avukat tutma zorunluluğunun olmaması da avukat çözümünün uygulanmasına engel değildir. Avukat çözümü, ispat yükünü taşıyan tarafın kapalı yargılamadaki durumunun iyileştirilmesi için kabul edilen bir araçtır. Bu çözümünden yararlanıp yararlanmamak, şu an için ispat yükünü taşıyan tarafın tasarrufundadır. Ancak yapılacak kanunî düzenlemede, kapalı yargılamada ispat yükünü taşıyan tarafa avukat tutma zorunluluğu getirilmesi düşünülebilir.

Avukat çözümünün kabulünün, kapalı yargılamayla oluşturulmaya çalışılan menfaat dengesini bozma ihtimali elbette vardır. Avukat ile müvekkili arasındaki vekâlet ilişkisi ve bundan kaynaklanan aydınlatma yükümlülüğü, sırları avukatça öğrenilen tarafı tedirgin de edebilir. Ancak, son çare olarak nitelendirilen bir istisna olan kapalı yargılamanın ağır sonuçlarının yumuşatılabilmesi için bu tedirginlik göze alınmalı ve hukukî dinlenilme hakkı lehine olan çözüm benimsenmelidir. Avukatın öğrendiği sırları müvekkiline aktarma riskinin azaltılması için, ispat yükünü taşıyan tarafın yeni bir avukat seçmesi gündeme gelebilir. Avukatın sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranması halinde, cezaî sorumluluğunun söz konusu olacağı gözden kaçırılmamalıdır. Nitekim Türk Ceza Kanunu'nun 239'uncu maddesinin birinci fıkrasına göre, sıfat ve görevi, meslek veya sanatı gereği vakıf olduğu ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya

⁸⁸⁰ Kapalı yargılamaya yapılabilmesi için gerekli olan kanunî dayanağa ilişkin olarak bkz. Aşa. s. 228 vd.

⁸⁸¹ "...Adil yargılanma ilkesinin en önemli unsurlarından birisi hakkaniyete uygun yargılamadır. Hakkaniyete uygun yargılamanın gerçekleşmesi, tarafların hukukî konumlarına bakılmaksızın iddia ve savunma haklarının eksiksiz olarak kullanılması ile mümkündür. Bu kapsamda, kişilere yargı mercileri önünde etkili bir şekilde iddia ve savunmada bulunabilmeleri için avukatla temsil edilebilme hakkı tanınması, hakkaniyete uygun bir yargılamanın gereğidir...", Ana. Mah., 08.10.2015 T., 2015/ 36 E., 2015/ 87 K. sayılı Kararı, <http://kararlariyeni.anayasa.gov.tr>, E.T. 15.08.2017.

belgeleri yetkisiz kişilere veren veya ifşa eden kişi, şikâyet üzerine, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır.

3.1.3.3.2.4.5. Taraflardan Birisinin Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılama Usulü

Taraflardan birisinin dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın yapısı, gizli tutulması gereken bilgilerin sadece mahkemeye sunulmasına ve karşı taraftan saklanmasına imkân sağlamak üzerine kuruludur. Bunun için, iki aşamalı bir usulün izlenmesi gerekir⁸⁸².

İlk aşamada mahkeme, bilgilerin gizli tutulmasının gerekip gerekmediği hakkında karar vermelidir. Mahkeme yapacağı incelemede, sır sahibinin kabul edilen sır saklama menfaati sebebiyle yapılacak kapalı yargılamanın, diğer tarafın sınırlandırılacak usulî hakları karşısında haklı görülüp görülemeyeceğini dikkate almalıdır. Eğer mahkeme inceleme sonunda sırların korunmaya değer olmadığı kanaatine varırsa, kapalı yargılama yapılmaz ve karşı taraf, diğer oturumlar gibi, sırların incelendiği oturumlara da katılma

⁸⁸² Burada izlenecek usul, Alman İdarî Yargılama Usulü Hakkında Kanuna (VwGO) uygun şekilde belirlenmiştir. Alman idarî yargılama hukukunda kapalı yargılamanın kanunî dayanağı § 99 Abs. 2 VwGO'da düzenlenmiştir. § 99 Abs. 1 S. 1 VwGO gereğince, idarî makamlar, belgeleri ve dosyaları sunmak, elektronik belgeleri iletmek ve bilgileri vermekle yükümlüdürler. Ancak § 99 Abs. 1 S. 2 VwGO çerçevesinde, bu belgelerin, dosyaların, elektronik belgelerin veya bilgilerin içeriklerinin açığa çıkması Federal Devletin veya bir eyaletin selametini olumsuz etkileyecekse veya bu işlemlerin kanun veya niteliği gereği gizli tutulması zorunluysa, yetkili üst denetim makamı belgelerin veya dosyaların sunulmasından, elektronik belgelerin iletilmesinden ve bilgilerin verilmesinden kaçınabilir. § 99 Abs. 2 VwGO'ya göre, tarafların başvurusu üzerine Yüksek İdare Mahkemesi sözlü yargılama yapmaksızın vereceği bir kararla belgelerin veya dosyaların sunulmasından, elektronik belgelerin iletilmesinden ya da bilgilerin verilmesinden kaçınılmasının hukuka uygun olup olmadığını tespit eder. Bir üst federal makam belgelerin, dosyaların, elektronik belgelerin veya bilgilerin açığa çıkmasının Federal Devletin selametini olumsuz etkileyeceği gerekçesiyle sunmaktan, iletmekten veya bilgi vermekten kaçınırsa Federal İdare Mahkemesi karar verir; Federal İdare Mahkemesinin § 50 VwGO'ya göre asıl dava hakkında yetkili olması halinde de aynı durum geçerlidir. Başvuru, asıl dava için yetkili olan mahkemeye yapılır. Yetkili mahkeme, başvuruyu ve asıl dava dosyasını § 189 VwGO gereğince yetkili karar merciine sunar. Birinci fıkra ikinci cümleye göre, üst idarî denetim makamı, karar merciinin talebi üzerine kaçındığı belgeleri veya dosyaları sunar, elektronik belgeleri iletir ya da bilgileri verir. Üst idarî denetim makamı bu yargılamaya davet edilir. Bu yargılama maddî hukukun sırların korunmasına ilişkin hükümlerine tabidir. Buna riayet edilemiyorsa veya yetkili denetim makamı mahkemeye belgelerin veya dosyaların teslimine ya da elektronik belgelerin gönderilmesine gizlilik veya sırların korunması yönünde özel gerekçelerin engel teşkil ettiğini ileri sürüyorsa, sunma ve iletme, § 5 VwGO'ya göre, belgelerin, dosyaların veya elektronik belgelerin mahkemeye üst denetim makamınca belirlenen yerlerde sağlanması yoluyla gerçekleşir. § 5 VwGO'ya göre sunulan dosyalar, elektronik elektronik belgeler ve sekizinci cümleye göre ileri sürülen özel gerekçeler için § 100 VwGO geçerli değildir. Mahkemenin üyeleri sır saklamakla yükümlüdürler; kararın gerekçesi, gizli tutulan belgelerin, dosyaların, elektronik belgelerin ve bilgilerin nitelik ve içeriğini ortaya çıkarmamalıdır. Hâkim olmayan çalışanlar için, çalışanların sır korumasına ilişkin hükümler geçerlidir. Federal İdare Mahkemesi karar vermedikçe, karara bağımsız olarak itiraz edilebilir. Yüksek İdare Mahkemesinin kararlarına karşı itirazlar hakkında, Federal İdare Mahkemesi karar verir. İtiraz yargılaması için gerektiğinde dört ila on birinci cümleler uygulanır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bknz. TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile; "Alman İdarî Yargılama Usulünde İdarî Makamların Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü", GÜHFD, C. XVIII, Sy. 3-4, Y. 2014, s. 877 vd; EGIDY, Hans von; Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen im Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich, Baden 2005, s. 91 vd; WOLFSHOHL, Philipp Leander; Das "in camera"-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO, Bonn 2011, s. 14 vd.

hakkını kullanır. Mahkeme sır sahibinin saklı tutma menfaatinin karşı tarafın anayasal ve usulî haklarına ağır bastığı kanaatine varırsa, ikinci aşama olan kapalı yargılama yapılır.

3.1.3.3.2.4.5.1. İlk Aşama: Mahkemenin Sırların Korunmaya Değer Olup Olmadığı Hakkında İncelemesi

Taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılabilmesi için, öncelikle sır sahibi olan tarafın bunu mahkemeden talep etmesi gerekir⁸⁸³. Bu talep üzerine, asıl dava bakımından yetkili olan mahkeme, sırların korunmaya değer olup olmadığını inceler. Sırların korunmaya değerliğinin incelenmesi, kapalı yargılamaya istisnâî şekilde son çare olarak başvurulması için ön şarttır⁸⁸⁴. Mahkemenin böyle bir inceleme yapmasının sebebi, kapalı yargılamanın yargılamadan dışlanan tarafın haklarına oluşturacağı ciddi müdahaledir. Kapalı yargılamanın yapılabilmesi için, talepte bulunan taraf, sırlarının korunması konusunda haklı bir menfaati olduğunu ispat etmelidir. Çünkü ancak bu suretle karşı tarafın haklarına yapılacak müdahale haklı görülebilir⁸⁸⁵.

Sır sahibi taraf, davayla ilgili ve fakat diğer tarafa açıklanmaları makul görülemeyecek olan sırlarına ilişkin tüm bilgi ve belgeleri talebinin gerekçesi olarak mahkemeye sunmalıdır⁸⁸⁶. Mahkeme, somut olayın özelliklerine göre, her iki tarafın haklarını dikkate alarak, sırların korunması talebinin yerine getirilip getirilmeyeceğine karar verir. Sırların korunmaya değerliği, gizli tutulmak istenen bilgilerin önemi, değeri, alınacak önlemlerin yoğunluğu gibi kriterler çerçevesinde kabul ya da reddedilir⁸⁸⁷. Özellikle karşı tarafın sır sahibinin rakibi olduğu ve öğrendiği bilgileri kendisi için kullanabileceği davalarda, sırların korunması özel önem arz eder⁸⁸⁸. Mahkeme kararını verirken maddî hukukta sırlara sağlanan korumayı göz önünde bulundurmalı ve korunmaya değerlik eşliğini düşük tutmamalıdır⁸⁸⁹. Aksi takdirde, sırlara sağlanan koruma fiilen zayıflatılmış olur ve etkin korumaya ulaşılamaz. Diğer taraftan, sırlara etkin koruma sağlama gayreti, sırların yargılamayı yalnızca ikincil olarak ilgilendirdiği hallerde, kapalı yargılamaya karar verilmesine sebep olmamalıdır. Örneğin her ticarî sır genellikle rekabet ortamında ortaya çıkmaları halinde rakipler tarafından istismar edilme tehlikesini barındırır. Ancak, sırların

⁸⁸³ MALMSTRÖM, s. 223.

⁸⁸⁴ MALMSTRÖM, s. 224.

⁸⁸⁵ MALMSTRÖM, s. 224.

⁸⁸⁶ MALMSTRÖM, s. 223.

⁸⁸⁷ KERSTING, s. 285; MALMSTRÖM, s. 224.

⁸⁸⁸ KERSTING, s. 285; MALMSTRÖM, s. 224.

⁸⁸⁹ MALMSTRÖM, s. 224.

korunmaya değeriğinin genel kabulü de, karşı tarafın kapalı yargılamayla sınırlandırılan hakları bakımından farklı suiistimal riskleri doğurur. Bu sebeple, bazı davalarda sırların açıklanmaları makul de görülebilir. Bu bağlamda, sırların açıklanmasının rekabet ortamında herhangi bir istismar tehlikesi yaratmadığı⁸⁹⁰ veya taraflardan birinin dava açılmasına kendi ihlâliyle sebep olduğunun tespit edildiği⁸⁹¹ durumlarda, sır saklama menfaatinin ağır bastığı iddiası kabul edilmemelidir⁸⁹².

Mahkemenin sırların korunmaya değeri olup olmadığını belirlemek için yapacağı inceleme sırasında hazır bulunanlar sır saklamakla yükümlüdürler. Talebin kabul edilmesi halinde, kararın gerekçesi gizli tutulan bilgilerin niteliği ve içeriğini ortaya çıkarmayacak şekilde olmalıdır.

3.1.3.3.2.4.5.2. İkinci Aşama: Kapalı Yargılamanın Yapılması

Mahkeme, yapacağı inceleme sonucunda, karar için önemli sırların yargılama sırasında korunmaya değeri olduklarına karar verirse ve uygulanabilecek başka bir etkin koruma imkânı yoksa, kapalı yargılama yapılır.

Kapalı yargılama, karşı taraf sırlarla ilgili delillerin toplanması ve incelenmesinden dışlanırken, sırların mahkemeye⁸⁹³ tamamen açıklanmasını sağlar⁸⁹⁴. Bu sebeple sırlara ilişkin belgelerin incelenmesi, keşfin yapılması, tanıkların ve sır sahibi tarafın dinlenmesi karşı tarafın yokluğunda gerçekleştirilir⁸⁹⁵. Yargılamadan dışlanan tarafa, sırların ortaya çıkmaması kaydıyla, sadece delillerin incelenmesinin sonucu hakkında bilgi verilir⁸⁹⁶. Buna, kararın yazılmasında sırların korunması amacıyla alınacak önlemler eşlik eder. Bu bağlamda, kısa kararda ve kararın gerekçesinde sırlar hakkında bilgi verilmemeli ve ayrıca

⁸⁹⁰ Örneğin, ciro gelişimine ilişkin bilgilerin rekabet ortamında kötüye kullanılması çok nadir durumlarda söz konusu olabileceğinden, ciro bilgilerinin açıklanmasının beklenebilir olduğu kabul edilmektedir. Aynı sebeple, fiyat bilgisinin açıklanması da somut olayın özellikleri çerçevesinde mümkündür. Özellikle ihlâl ile dava arasındaki zaman aralığının fazla olduğu hallerde, kapalı yargılama yerine, sır saklama yükümlülüğü verilmesi gibi diğer nispi önlemlerin alınması daha uygun olacaktır. Bu yönde bkz. STÜRNER, JZ 1985, s. 258; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 219 vd; MALMSTRÖM, s. 225.

⁸⁹¹ Alman hukukunda bazı yargı kararlarında, haksız rekabet yoluyla hukukî uyumsuzluğa bizzat neden olan kişinin maddî hukuktan kaynaklanan bilgi talebi karşısında sırlarının korunması talebinin reddedildiği görülmektedir. Bu yönde bkz. Reichsgericht, GRUR 1927, 484 vd; BGH, GRUR 1958, 346 vd.

⁸⁹² STÜRNER, JZ 1985, s. 458; STÜRNER, Aufklärungspflicht, 220; MALMSTRÖM, s. 225.

⁸⁹³ Mahkemenin yanında, dışlanan tarafın avukatına da sırlar hakkında bilgi verilip verilmeyeceği ise tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Yuk. s. 214 vd.

⁸⁹⁴ STADLER, Geheimnisschutz, s. 280; MALMSTRÖM, s. 226.

⁸⁹⁵ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 223.

⁸⁹⁶ STÜRNER, JZ 1985, s. 458; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 223.

bunlar hakkında sonuç çıkarılamaması da sağlanmalıdır⁸⁹⁷. Eğer sırların yazılması gerekiyorsa, dışlanan tarafa sadece kararın sır içeren kısımlarının karartıldığı hali verilmelidir.

Kapalı yargılama yapılan hallerde, kamu aleniyetinin de kaldırılması gerekir. Bunun bir sonucu olarak, gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanlar da sır saklamakla yükümlü tutulmalıdırlar⁸⁹⁸.

Kapalı yargılamayla sağlanan korumanın davanın sona ermesinden sonra da devam etmesi için, dışlanan tarafın tüm önlemlere rağmen dava sırasında veya sonrasında sırları öğrenmesi ve hukuka aykırı olarak kullanması halinde kusur sorumluluğu gereğince tazminat ödemekle yükümlü kılınması gerekir⁸⁹⁹.

3.1.3.3.2.4.6. Kapalı Yargılamayı Tamamlayıcı Önlemler

3.1.3.3.2.4.6.1. Dosya İnceleme Hakkının Sınırlandırılması

Dosya inceleme hakkı, tarafların mahkeme tarafından tutulan dosyanın içeriği hakkında bilgi edinme imkânlarını ifade eder. Taraf aleniyeti, taraflara dava dosyasını inceleme hakkı sağlar⁹⁰⁰. Bu sebeple, dosya inceleme hakkı öncelikle hukukî dinlenilme hakkı kapsamında korunan bir kurum olarak karşımıza çıkar.

Taraflar ve temsilcileri, kural olarak dava dosyasını inceleyebilirler. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesinde taraflara ve feri müdahile zabıt katibinin gözetimi altında dava dosyasını inceleme hakkı tanınmıştır. Bunun için anılan kişilerin herhangi bir gerekçe göstermeleri gerekmez. Ayrıca dava dosyasının taraflarca incelenmesi, mahkemenin takdir yetkisine bırakılmış bir konu değildir. Bu sebeple tarafların hâkimden izin almalarına da gerek yoktur. Avukatlık Kanunu'nun 46'ncı maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, avukat veya stajyer, vekâletname olmaksızın dava dosyalarını inceleyebilir⁹⁰¹. Bu

⁸⁹⁷ BVerGE 115, 247; STADLER, NJW 1989, s. 1203, 1205; STADLER, Geheimnisschutz, s. 280; STÜRNER, JZ 1985, s. 458; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 223; MALMSTRÖM, s. 226.

⁸⁹⁸ Gizli yargılamaya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Yuk. s. 128 vd.

⁸⁹⁹ STADLER, Geheimnisschutz, s. 281; MALMSTRÖM, s. 227.

⁹⁰⁰ LIEBSCHER, s. 69.

⁹⁰¹ Avukatların vekâletnameleri olmaksızın dava dosyasını inceleyebilmeleri, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından tereddüt yaratabilir. Nitekim Alman hukukunda, kanunlarda bu yönde özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen, doktrinde, avukatların § 299 ZPO gereğince dava dosyasını inceleme hakkını kullanabilmeleri için, kişisel verilerin korunması amacıyla vekâletname sunmalarının zorunluğu olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. LIEBSCHER, s. 77, 78.

inceleme isteğinin ilgililerce yerine getirilmesi zorunludur⁹⁰². Vekâletname ibraz etmeyen avukata dosyadaki kâğıt ve belgelerin örneği veya fotokopisi verilmez.

Tarafların dosya inceleme hakkının sınırlandırılması, kapalı yargılamanın yapıldığı durumlarda, bunun tamamlayıcısı olarak uygulanabilecek bir çözümdür. Eğer dava dosyası, gizli tutulması gereken veya bunlara ilişkin sonuç çıkarılmasını mümkün kılan bölümler içeriyorsa, yargılamadan dışlanan tarafa bu bölümler için dosya inceleme hakkı tanınmaması gerekir. Çünkü dava dosyasının tamamının incelenmesine cevaz verilmesi, kapalı yargılamayla elde edilmek istenen amaçla bağdaşmaz⁹⁰³. Bu sebeple, hukukî dinlenilme hakkı ve bu kapsamda taraf aleniyetinin bir sonucu olan dosya inceleme hakkı da pratik uyum ilkesi gereğince sınırlandırılabilirdir. Başka bir deyişle, karşı tarafın sır içeren belgelerini mahkemeye sunması için hukukî dinlenilme hakkından kısmî olarak vazgeçen ispat yükünü taşıyan taraf, dosya inceleme hakkından da kısmî olarak vazgeçebilmelidir⁹⁰⁴. Aslında bu kapalı yargılamanın doğal bir sonucudur. Bu durumda, dava dosyasında bulunan ve gizli tutulması gereken hususların dikkatli bir şekilde tespit edilmesi önemlidir. Nitekim ispat yükünü taşıyan tarafın gizli olmayan hususlar bakımından dava dosyasını inceleme hakkı bakidir.

Dosya inceleme hakkı, sadece kapalı yargılamanın konusunu oluşturan dava malzemesi için sınırlandırılabilir. Ancak kapalı yargılama bakımından olduğu gibi, dosya inceleme hakkının sınırlandırılması bakımından da kanunî dayanağa ihtiyaç vardır. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tarafların dosya inceleme haklarına herhangi bir istisna tanınmamıştır. Şu anki durumda, kapalı yargılama yapılamayacağı için, ispat yükünü taşımayan tarafın dava dosyasına giren sırlarının da karşı taraftan korunması mümkün değildir. İspat yükünü taşıyan taraf ve temsilcisi, dava dosyasının tümünü inceleyebilecektir.

⁹⁰² Avukatlık Kanunu ile avukatlara ve stajyerlere tanınan dava dosyasını inceleme hakkının uygulamada bazı sorunlarla karşılaştığı görülmektedir. Uygulamada genellikle Avukatlık Kanunu'nun 46'ncı maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesiyle birlikte yorumlanmakta ve dava dosyasını incelemek isteyen avukatların dava ile ilgilerini ispatlamaları istenmektedir. Bu da avukatların vekâletname sunarak dava dosyasını görebilmelerine neden olmaktadır. Yargının kurucu unsurlarından olan bağımsız savunmayı serbestçe temsil eden avukatların görevlerini yerine getirmesine, yargı organlarının yardımcı olması zorunludur. Bu zorunluluğun sonuçlarından birisi de, avukatlara dosya inceleme hakkının sağlanmasıdır. Ancak avukatlar da bu hakkı kullanırken, avukatlık mesleğine duyulan güvene ve sır saklama yükümlülüklerine uygun davranmalıdırlar.

⁹⁰³ WREDE, s. 255; hukukî dinlenilme hakkını ihlâl edeceği için, tarafların dosya inceleme haklarının sınırlandırılmayacağı yönünde bkznz. MüKoZPO/ Prütting ZPO § 299 Rn. 8.

⁹⁰⁴ WREDE, s. 255.

3.1.3.3.2.4.6.2. Sırların Hükümün Tefhiminde ve Yazılmasında Korunması

Yukarıda üzerinde durmuş olduğumuz gibi, hukukumuzda hüküm alenî şekilde tefhim edilir. Bunun herhangi bir istisnası yoktur. Ayrıca, zorunlu nedenlerle sadece hüküm sonucunun tefhim edildiği hallerde, gerekçeli kararın tefhim tarihinden başlayarak bir ay içinde yazılması gerekir. Kanun koyucu buna da herhangi bir istisna tanımamıştır. Mahkeme her hâlükârda hükmü alenî şekilde tefhim etmek ve gerekçeli kararını yazmak zorundadır⁹⁰⁵.

Kapalı yargılama yapılması halinde ise, hükümün tefhiminde ve kararın gerekçesinde sırların açıklanmaması gerekliliği doğar. Aksi halde, kapalı yargılama amacına ulaşamaz ve anlamını kaybeder. Bu sebeple, ispat yükünü taşıyan ve yargılamadan dışlanan tarafa hükümün sır içeren bölümleri bildirilmemeli ve sunulmamalıdır. Avukat çözümünün kabul edilmesi halinde, avukatına kararın tamamı sunulurken, dışlanan tarafa sadece düzenlenmiş bir nüshasının verilmesine dikkat edilmelidir. Bunun için mahkeme, sırları içeren tam hali ve sırların atıldığı düzenlenmiş hali olmak üzere iki ayrı karar nüshası hazırlamalıdır. İlgililerin dikkatsizliklerinin önüne geçebilmek için, iki karar nüshası arasında ilk bakışta dikkat çeken farklılığın sağlanması gerekir. Mahkeme kararın tam olan nüshasını sır saklamakla yükümlü avukata veya kanun yolu mahkemesine verilir. Aynı durum kanun yolu aşamasında verilen karar için de geçerlidir.

⁹⁰⁵ Oysa Alman hukukunda, hükümün yazılması bakımından bazı istisnalar tanınmış, belirli şartların varlığı halinde vakıaların yahut kararın gerekçesinin yazılmasının zorunlu olmadığı öngörülmüştür. § 313a Abs. 1 ZPO gereğince, karara karşı kanun yoluna gidilmesi kesinlikle mümkün değilse, vakıaların yazılmasına ihtiyaç yoktur. Böyle bir durumda, tarafların feragat etmesi veya protokolde vakıanın esaslı içeriğinin yer alması halinde, kararın gerekçesine de gerek yoktur. Söz konusu düzenlemeyi tamamlayan § 313a Abs. 2 ZPO'ya göre ise, karar, sözlü yargılamanın tamamlandığı duruşmada tefhim edilir, şu kadar ki, taraflardan her ikisinin de karara karşı kanun yoluna başvurudan feragat etmesi halinde vakıaların ve kararın gerekçesinin sunulmasına gerek yoktur. Karara taraflardan sadece biri karşı koyabilecekse, bu tarafın feragati yeterlidir. Ayrıca, § 313b Abs. 1 S. 1 gereğince, gıyapta karar, kabul ve feragat kararı verilmesi halinde, vakıalar ve karar gerekçesi gerekli değildir. § 313a ve § 313b ZPO hükümleri, § 540 Abs. 2 ZPO'ya göre istinaf kararlarında da geçerlidir. Alman doktrininde, söz konusu düzenlemeler vasıtasıyla ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının korunup korunamayacağını tartışıldığı görülmektedir, bu yönde bkz. PLOCH-KUMPF, s. 206; WREDE, s. 258 vd. Bu çerçevede, § 313a Abs. 1 S. 2 ZPO'nun, ispat yükünü taşıyan tarafın feragati üzerine, vakıaların ve kararın gerekçesinin kısaltılarak yazılmasına imkân tanıyacağı belirtilmektedir. Ancak, 313a Abs. 1 s. 1 ZPO hükmünde vakıa veya kararın gerekçesinden feragat ön planda değildir. Her ne kadar § 313a Abs. 1 S. 2 ZPO kapsamında kararın gerekçesinden feragat mümkün olsa da, vakıalar bakımından böyle bir imkân yoktur. Aynı durum § 313a Abs. 2 ZPO için de geçerlidir. Burada da feragat, vakıalara veya kararın gerekçesine değil, kanun yoluna başvurma hakkına ilişkindir. Dolayısıyla kararın gerekçesinde sırların korunması için başka yollar aranmalıdır.

3.1.3.3.2.4.7. Kanun Yolu İncelemesi

Mahkemenin kapalı yargılama yaparak verdiği karara karşı da, diğer şartları da varsa, kanun yolu açıktır. Ancak ispat yükünü taşıyan ve bu sebeple yargılamadan dışlanmayı isteyen taraf, karar verildikten sonra yargılamadan dışlanmasını gerekçe göstererek kanun yoluna gitmemelidir⁹⁰⁶. Çünkü bu durumda dışlanan taraf hukukî dinlenme hakkından gönüllü olarak vazgeçmiştir. Ancak, sırlara ilişkin olmayan delillerin incelemesine katılmasına veya dava dosyasının sırlara ilişkin olmayan bölümlerini incelemesine müsaade edilmemesi gibi durumlarda, dışlanan tarafa kanun yolu doğal olarak açıktır. Nitekim, hukukî dinlenme hakkının ihlâli, mutlak bir temyiz ve bozma sebebidir⁹⁰⁷.

Hukukumuzda olağan kanun yolları istinaf ve temyizdir. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlamasından sonra Yargıtay sadece hukuka uygunluk denetimi yapmaya başlamıştır. İstinaf incelemesinde bölge adliye mahkemesi bir anlamda ilk derecenin devamı olarak vakıa incelemesi de yapar⁹⁰⁸. İstinaf başvurusunda, başvuru sebeplerini ve gerekçelerinin gösterilmesi gerekir. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 355'inci maddesi gereğince, bölge adliye mahkemesinin istinaf incelemesini, istinaf dilekçesinde belirtilen sebeplerle sınırlı olarak yapması kuraldır. Bölge adliye mahkemesi, sadece kamu düzenine aykırı gördüğü hususları re'sen gözetir. Kapalı yargılamanın uygulandığı hallerde ise, dışlanan tarafın kendisinden gizlenen konulara ilişkin olarak başvuru sebeplerini ve gerekçelerini ayrıntılı bir şekilde ortaya koyması mümkün değildir. Bu durumda, dışlanan taraf, somut iddia yükünden (somutlaştırma yükünden) muaf tutulmalı ve başvuru sebeplerine ilişkin uygun bir açıklama yapma çabası yeterli görülmelidir⁹⁰⁹. Dışlanan tarafın kapalı yargılamada avukatı vasıtasıyla temsil edildiği durumlarda⁹¹⁰, somut iddia yükünden muaf tutulmasından kaynaklanan problem

⁹⁰⁶ WREDE, s. 262.

⁹⁰⁷ ÖZEKES, Hukukî Dinlenme Hakkı, s. 323; kapalı yargılamanın kanunî dayanağı olmadığı müddetçe, ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan gönüllü olarak dışlanması halinde de hukukî dinlenme hakkının ihlâl edilmiş olacağını belirtmek gerekir. Kapalı yargılama yapılabilmesi için gerekli olan kanunî dayanak hakkında bknz. Aşa. s. 228 vd.

⁹⁰⁸ KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Usul, Ankara 2017, s. 501; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl III, s. 2285.

⁹⁰⁹ Nitekim, kapalı yargılamadan bağımsız olarak, karara esas alınan ancak taraflar için incelenebilir olmayan hususlar söz konusu olduğunda, kanun yoluna başvuru sebepleri ve gerekçeleri bakımından aranan gerekliliklerin azaltılmasının uygun olacağı kabul edilmektedir. Federal Almanya Yüksek Mahkemesi de mahkemenin iç işlemlerine ilişkin olarak, temyize başvuran tarafın en azından amaca uygun açıklamalar yapmaya gayret göstermesi gerektiğini, temyiz başvurusunun salt şüphe üzerine yapılamayacağını belirtmiştir. BGH, NJW 1992, 512; WREDE, s. 262.

⁹¹⁰ Alman hukukunda § 78 Abs. 1 ZPO gereğince, asliye hukuk mahkemeleri ve yüksek eyalet mahkemeleri önünde tarafların bir avukat aracılığıyla temsil edilmeleri zorunludur. GVG'nin Uygulanmasına Dair Kanunun 8'inci paragrafı sebebiyle bir eyalette en yüksek asliye hukuk mahkemesi kurulmuşsa, taraflar bu mahkeme

yumuşatılabilecektir. Kararın tam halini içeren bir nüshası kendisine sunulan avukatın, kanun yoluna başvuru sebeplerini ve gerekçelerini somutlaştırması mümkündür. Avukatı aracılığıyla temsil edilen dışlanan tarafın artık somut iddia yükünden kurtarılmasına gerek kalmaz. Temyiz incelemesinde temyiz sebepleri hukukun doğru uygulanıp uygulanmadığına ilişkindir ve hukukî niteleme ile hâkim bağlı olmayıp, hukuku kendiliğinden uygular. Bu sebeple Yargıtay, gösterilen temyiz sebepleriyle bağlı değildir⁹¹¹. Bu anlamda tarafın yargılamadan dışlanması sebebiyle öğrenemediği hususlar, temyiz incelemesinde istinafta olduğu kadar olumsuz sonuçlar doğurmaz. Bu durumda da avukat çözümü, temyiz dilekçesinin titizlikle ve temyiz sebepleri doğru bir şekilde gösterilerek hazırlanmasına yardımcı olur.

Kapalı yargılama yapılsın veya yapılmazın, ispat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkına yapılan müdahaleler hukuka aykırıdır. İspat yükünü taşımayan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi mümkün olmadığı için, hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edilmesi halinde kanun yoluna başvurusu mümkündür.

Tarafların kanun yoluna başvurmaları durumunda, kapalı yargılamayla sağlanan sırların korunması, etkin hukukî koruma ve hukukî dinlenilme hakkı arasındaki dengeye olumsuz bir müdahalede bulunulmamasına özellikle dikkat edilmelidir. Aksi takdirde ilk derece mahkemesinde korunan sırlar ortaya çıkabilir. Böyle bir durumda kapalı yargılama amacına ulaşamamış olur.

3.1.3.3.2.4.8. Kapalı Yargılama Yapılabilmesi İçin Gerekli Olan Kanunî Dayanak

Daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi⁹¹², kapalı yargılama, sırların korunması için *ultima ratio: son çare* olarak başvurulabilecek bir çözümdür. Bu son çarenin uygulanabilmesi için hakkında özel bir düzenleme olması gerekip gerekmediği ise, cevap bekleyen bir sorudur.

önünde bir avukat aracılığıyla temsil edilmelidirler. Taraflar, Federal Yüksek Mahkeme önünde, Federal Yüksek Mahkeme’de avukatlık yapma yetkisine sahip bir avukat aracılığıyla temsil edilmek zorundadırlar. Hukukumuzda ise, ilk derece aşamasında olduğu gibi, kanun yolu aşamasında da avukatla temsil zorunluluğu yoktur. Ayrıntılı bilgi için bkz. GÖREN ÜLKÜ, Nazlı; “Medenî Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, MÜHF-HAD, C. 16, Sy. 3-4, Y. 2010, s. 309 vd.

⁹¹¹ ÖZEKES, Pekcanitez Usûl III, s. 2286.

⁹¹² Bu yönde bkz. Yuk. s. 102.

Doktrinde bir görüş⁹¹³, kapalı yargılama yapılabilmesi için özel bir kanunî düzenlemenin yapılmasına gerek olmadığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, hukukî dinlenilme hakkının diğer bir temel hakla çatışması durumunda, anayasanın bütünlüğü gerekçesiyle sisteme uygun sınırlandırılmaları maruz bırakılması mümkündür⁹¹⁴. Bu bağlamda, önerilen yargılama usulünün anayasal haklara müdahale olarak nitelendirilip nitelendirilmediği ya da esaslılık çekincesinin önemi yoktur. Burada önemli olan çatışan temel hakların karşılıklı olarak sınırlandırılmasıdır⁹¹⁵.

Diğer görüşe göre⁹¹⁶, hukukî dinlenilme hakkına yapılan müdahalenin önemi ve ciddiyeti, kapalı yargılama bakımından ortaya çıkan tüm sorunları dikkate alan bir kanunî düzenlemenin mutlaka yapılmasını gerektirir. Nitekim hukukî dinlenilme hakkı usulî bir temel haktır ve temel haklara müdahale ancak kanunla yapılabilir⁹¹⁷.

Kanaatimizce de hukukî dinlenilme hakkının etkin hukukî koruma hakkı ile karşı karşıya gelmiş olması, hakların doğrudan doğruya sınırlandırılabilmesi anlamına gelmez. Bunun için öncelikle, Anayasa'nın 13'üncü maddesi dikkate alınmalıdır. Söz konusu hüküm gereğince temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması için aranan şartlar, sınırlandırmanın yasama organı tarafından kanunla yapılması, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna aykırı olmaması, Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere dayanması, hakkın özüne dokunulmadan yapılması, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine uygun olmasıdır. Ayrıca, temel haklarla ilgili tüm esaslı noktaların mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiğini kabul eden *esaslılık teorisi* (*Wesentlichkeitstheorie*)⁹¹⁸ gereğince, temel haklara müdahale sonucunu doğuran kanunî düzenlemelerde müdahalenin esasları da mutlaka gösterilmelidir. Bu kapsamda, temel haklara müdahale eden düzenlemelerde, müdahalenin içeriği, konusu, amacı ve boyutu yeterli bir şekilde belirlenmiş ve sınırlandırılmış olmalıdır. Müdahale ne kadar etkiliyse, müdahalenin kanunî dayanağı o kadar ayrıntılı şekilde düzenlenmelidir⁹¹⁹. Müdahale, ancak bu şekilde temel hakkı sınırlandırılan kimse için ölçülebilir ve öngörülebilir olur⁹²⁰.

⁹¹³ GÖTZ, s. 416 vd; WREDE, s. 269, dp. 1065; SAWANG, s. 307, 308.

⁹¹⁴ GÖTZ, s. 416; HESSE, Rn. 310; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 239.

⁹¹⁵ GÖTZ, s. 416.

⁹¹⁶ BAUMGÄRTEL, s. 6 vd; MALMSTRÖM, s. 275; SAWANG, s. 181 vd; MUSIELAK/ STADLER, ZPO § 142 Rn. 7; WREDE, s. 281.

⁹¹⁷ Bu yönde açıklamalar için bkz. Yuk. s. 111 vd.

⁹¹⁸ BVerG, NJW 1979, 359; BVerG, NJW 1989, 2877; BVerG, NJW 1991, 1471; BGH, NJW 1999, 360; BVerwG, NJW 2015, 2363; ayrıca, yuk. bknz. s. 39 dp. 160.

⁹¹⁹ WREDE, s. 272.

⁹²⁰ BVerGE, NJW 2003, 2006; WREDE, s. 272.

Kapalı yargılama yapılması durumunda, dışlanan tarafın hukukî dinlenilme hakkının üç unsuru da sınırlandırılır⁹²¹. Normal şartlarda, davanın taraflarından birisinin diğer tarafın açıklamalarını öğrendiği halde, herhangi bir karşı açıklamada bulunmamayı tercih etmesi mümkündür. Ancak kapalı yargılamada, dışlanan taraf sırlara ilişkin olarak bilgilendirilmediği için açıklama yapamamakta ve açıklama yapamadığı için dikkate alınamamaktadır. Bilgilendirilme hakkından başlayan müdahaleler silsilesi, sadece buna cevaz veren özel bir düzenleme yapılması halinde mazur görülebilir. İspat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkından kendi isteğiyle vazgeçmek istemesi halinde dahi, aynı durum geçerlidir⁹²². Her ne kadar ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkından vazgeçmesi karşı tarafın durumunu olumsuz etkilemeyecek, aksine sırlarını mahkemeye sunmasını makul kılacak olsa da, hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması ve bundan kaynaklanan sorunların çözümü mahkemelerin değil, kanun koyucunun görevidir⁹²³.

Hukukumuzda, kapalı yargılama yapılmasına imkân tanıyan açık bir düzenleme yoktur. Sinaî Mülkiyet Kanunu'nun 141'inci maddesinin ikinci fıkrasının son cümlesinde, davalının üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaatinin göz önünde tutulacağına yönelik düzenleme hâkime geniş bir takdir yetkisi vermekle birlikte, kanaatimizce bu düzenleme de kapalı yargılama yapılmasını haklı çıkaracak nitelikte değildir. Çünkü anılan hükümde, üretim ve işletme sırlarının korunmasındaki haklı menfaatin göz önünde tutulacağı kabul edilmekle birlikte, bunun hangi araçlarla ve ne şekilde gerçekleştirileceği konusunda bir açıklık yoktur. Bu durumda hâkimin geniş takdir yetkisinin sınırı, temel haklardır. Hâkim, temel haklara riayet etmek suretiyle, aleniyetin kaldırılması, menfaati olan üçüncü kişinin dava dosyasını inceleme hakkının sınırlandırılması gibi kanunî dayanağı olan sırları koruyacak önlemleri alabilir. Dolayısıyla söz konusu düzenleme gereğince ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılması yoluyla kapalı yargılama yapılması mümkün değildir⁹²⁴. Sonuç itibariyle, kapalı yargılamaya ilişkin kanunî dayanak bir ihtiyaç ve gerekliliktir⁹²⁵.

⁹²¹ Hukukî dinlenilme hakkının unsurları hakkında bkzn. Yuk. s. 93 vd.

⁹²² WREDE, s. 271.

⁹²³ Bu yönde bkzn. BVerGE, NJW 2000, 1178 vd; PRÜTTING/ WETH, DB 1989, s. 2278.

⁹²⁴ Alman hukukunda, mahkemeye hak ihlâlinde bulunduğu iddia edilen kişinin gizli olduğunu ileri sürdüğü bilgilerinin korunması için gerekli önlemleri alma yetkisi veren § 140c Abs. 1 S. 3 PatG hükmünün kapalı yargılama için yeterli belirliliği sağlayıp sağlamadığı tartışma konusu olmuştur. Söz konusu düzenlemenin kapalı yargılamaya imkân vereceği konusunda bkzn. STADLER, Geheimnisschutz, s. 279; WREDE, s. 281; karşı görüş için bkzn. AHRENS, s. 839; KITZ, s. 2376; MALMSTRÖM, s. 276 vd; WAGNER, JZ 2007, s. 718; GÖTZ, s. 421.

⁹²⁵ 2016/ 943/ EC sayılı Gizli Know-How ve Gizli Ticarî Bilgilerin (Ticarî Sırların) Hukuka Aykırı Olarak Elde Edilmesi, Kullanılması ve Açıklanmasına Karşı Korunmasına Dair Direktif'in 9'uncu maddesi karşısında,

3.2. Medenî Yargılama Hukukunda Üçüncü Kişilerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması

3.2.1. Genel Olarak

Yargılamaya konu olan kişisel veri ve sırlar her zaman taraflara ait olmayabilir. Üçüncü kişilere ait kişisel verilerin ve özellikle de sırların yargılama sırasında korunması gerekebilir. Örneğin, davada tanık olarak gösterilen bir müteşebbis, işletme sırlarını açıklamak durumunda kalabilir ya da taraflar üçüncü kişiye ait bir sırrı yargılamada delil olarak gösterebilir. Özel hukuk uyuşmazlıklarında üçüncü kişinin gerçeğin araştırılması yararına sırlarını açıklama fedakârlığında bulunması beklenemez. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi, medenî yargılama hukukuna ilişkin düzenlemeler bu gibi durumlar için tarafların kişisel verilerinin korunmasına nazaran, daha etkin çözümler getirmektedir. Söz konusu çözümler aşağıda incelenecektir.

3.2.2. Taraflardan Her İkisinin de Dışlanması Yoluyla Kapalı Yargılama

Hukukumuzda taraflardan birisinin dışlanmasında olduğu gibi, taraflardan her ikisinin de sırların korunması amacıyla yargılamadan dışlanabileceğini kabul eden açık bir düzenleme yoktur⁹²⁶. Böyle bir düzenleme yapılması da gerekli değildir. Nitekim üçüncü kişinin sırlarının korunması amacıyla taraflardan her ikisinin de yargılamadan dışlanması kabul edilemez⁹²⁷. Şöyle ki; üçüncü kişilerin davaya katkıda bulunma yükümlülükleri ve bunun kapsamı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda belirlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 221'inci maddesi bir taraftan üçüncü kişiye elindeki belgeyi ibraz zorunluluğu yüklemekte, diğer taraftan ise, belgeyi ibraz zorunda olan üçüncü kişiye tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlere göre, belgeyi ibrazdan veya bu konudaki tanıklıktan çekinme hakkı tanımaktadır. Ayrıca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 247 ilâ 250'inci maddelerinde ise, üçüncü kişinin tanıklıktan çekinebileceği haller belirlenmiştir. Üçüncü kişinin sırlarına bu şekilde mutlak bir koruma hâlihazırda sağlanmış olduğu için, taraflardan her ikisinin üçüncü kişinin sırlarının korunması amacıyla yargılamadan dışlanmasına gerek yoktur⁹²⁸. Tarafların yargılamadan dışlanıp dışlanamayacağı sorusu sadece, üçüncü kişinin tanıklıktan çekinme hakkını kullanmayı istememesi, bunun yerine, tarafların ve kamunun

kapalı yargılama hakkında özel bir kanunî düzenleme yapılması ihtimali zayıflamıştır. Söz konusu Direktif hakkında açıklamalar için bkz. Yuk. s. 78 vd.

⁹²⁶ İsviçre Federal Mahkemesi'nin Yargılama Usulüne İlişkin Federal Kanunun 38'inci maddesinde üçüncü kişinin sırlarının açıklandığı hallerde taraflardan her ikisinin de yargılamadan dışlanabileceği kabul edilmektedir. Ancak sZPO'da bu yönde bir düzenleme yoktur. Bu yönde bkz. Yuk. s. 206 vd.

⁹²⁷ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 503; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 257 vd.

⁹²⁸ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 503; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 257.

dışlanması durumunda ifade vermeye hazır olması halinde gündeme gelebilir⁹²⁹. Bu durumda hâkimin üçüncü kişinin çekinme hakkına dikkat çekmesinin gerekip gerekmediği ya da gerçeğin ortaya çıkması için tarafların hazır bulunma haklarını sınırlandırıp sınırlandıramayacağı tespit edilmelidir. Kanun koyucu üçüncü kişinin sırlarının korunması için açık bir düzenleme öngörmüş ve sırların mutlak olarak korunmasına gerçeğin bulunması ve etkin hukukî koruma karşısında öncelik vermişken, tarafların dışlanmasının sağlayacağı nispi koruma haklı çıkarılamaz. Bu sebeple, tarafların hukukî dinlenilme haklarının sınırlandırılmasının yerine, sırlara mutlak koruma sağlanmalıdır. Aksi halde, kanunun açık çözümüne riayet edilmemiş olur.

Tarafların her ikisinin de yargılamadan dışlanması, tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması için ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan dışlanmasıyla karşılaştırılabilir bir durum değildir. Diğer bir ifadeyle, ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan dışlanmasının kabul edilmesi, tarafların her ikisinin de yargılamadan dışlanmasına referans olup, bunun caiz görülmesini sağlamaz⁹³⁰. Çünkü ispat yükünü taşıyan taraf yargılamadan dışlanmazsa davayı kaybetme riskiyle karşı karşıya kalacakken, üçüncü kişi, tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanmasının olumsuz bir sonucuyla karşılaşmaz. Bu sebeple üçüncü kişi, sırlarına sağlanan mutlak korumadan kendi isteğiyle faydalanmamasının sonuçlarına katlanmalıdır.

3.2.3. Üçüncü Kişinin Tanıklıktan Çekinme Hakkı

3.2.3.1. Tanıklık Yapma Yükümlülüğü ve Tanıklıktan Çekinme Hakkı İle İlgili Genel Bilgi

Tanıklık yapmak kamu hukukundan doğan bir yükümlülüktür. Söz konusu yükümlülük, davanın tarafı olmayan üçüncü kişinin tanık olarak çağrıldığı duruşmaya gelmesini, ifade öncesinde vereceği beyanların doğruluğu hakkında yemin etmesini ve sorulan sorular hakkında bildiklerini doğru bir şekilde açıklamasını gerektirir⁹³¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 245'inci maddesi gereğince, kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı halde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beş yüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına

⁹²⁹ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 503; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 257.

⁹³⁰ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 258.

⁹³¹ ATALAY, Pekanitez Usûl II, s. 1897; MALMSTRÖM, s. 102.

hükmolunur. Zorla getirtilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 247'nci maddesine göre, Kanunda açıkça belirtilmiş olan hallerde, tanık olarak çağırılmış bulunan kimse, tanıklık yapmaktan çekinebilir. Tanıklık yapma yükümlülüğü sadece davanın taraflarının menfaatine değil, aynı zamanda yargının etkin bir şekilde işleyişine hizmet ettiği için, bu yükümlülüğün muafiyet tarafların tasarrufuna bırakılmamıştır⁹³². Üçüncü kişi, ancak kanunda açıkça belirlenen şartların varlığı halinde tanıklık yapma yükümlülüğünden kurtulabilir. Bu sebeple, sözleşme ile kararlaştırılan sır saklama yükümlülüğü tanıklıktan çekinme hakkı tanımaz.

3.2.3.2. Tanıklıktan Çekinme Nedenleri

Hukukumuzda tanıklıktan çekinme nedenleri, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248 ilâ 250'inci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Burada, söz konusu maddeler kapsamında, üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması bakımından önem taşıyan noktalar üzerinde durulacaktır.

3.2.3.2.1. Kişisel Nedenlerle Tanıklıktan Çekinme

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 248'inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, iki taraftan birinin nişanlısı, evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi iki taraftan birinin eşi, kendisi veya eşinin altsoy veya üstsoy, taraflardan biri ile arasında evlâtlık bağı bulunanlar, üçüncü derece de dahil olmak üzere kan veya kendisini oluşturan evlilik bağı ortadan kalkmış olsa dahi kayın hısımları, koruyucu aile ve onların çocukları ile koruma altına alınan çocuk tanıklıktan çekinebilir. Söz konusu hükümde anılan kişiler, taraflarla aralarında bulunan yakın bağdan dolayı tanık olarak ifade vermeleri için zorlanmaktan korunmuşlardır⁹³³. Bu vesileyle, bu kişilerin kişisel veri ve sırlarının korunmasına da imkân sağlanmıştır.

⁹³² MALMSTRÖM, s. 102.

⁹³³ Alman hukukunda kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen § 383 ZPO hükmünün, HMK md. 248'den daha geniş kapsamlı olduğu görülmektedir. Çünkü söz konusu düzenleme, sadece taraf ile üçüncü kişi arasındaki yakın bağı değil, özel güven ilişkisini de koruma altına almaktadır. § 383 ZPO'da, tarafların nişanlısı ve eşi gibi, medenî birliktelik vaadettiği veya artık devam etmese dahi medenî birliktelik yaşadığı kişiye de tanıklıktan çekinme hakkı tanınmıştır. Ayrıca, din adamlarının görevlerini yaparken öğrendikleri bakımından tanıklıktan çekinme hakları vardır. Süreli yayın veya radyo yayınlarının hazırlanması, üretilmesi ve yayımına profesyonel olarak katılan veya katılmış olan kişilerin, yazı ve belgeleri yazan, gönderen veya sağlayan kişiler ve editöryal kısım için faaliyetleri bakımından yapılan iletişimler hakkında tanıklıktan çekinme hakları vardır. Bunların yanında, işi, mesleği veya sanatından dolayı, niteliği veya yasal düzenleme gereği gizli

Kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, hâkim tanık olarak çağrılmış kimsenin çekinme hakkı bulunduğunu önceden hatırlatır. Anılan hüküm gereğince, hâkimin üçüncü kişiye sır nedeniyle ve menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkı olduğunu önceden hatırlatma ödevi yoktur. Ancak, buna herhangi bir engel de yoktur ve hâkimin söz konusu sebeplerle tanıklıktan çekinme hakkının olduğunu üçüncü kişiye hatırlatması daha uygun bir yaklaşımdır⁹³⁴.

3.2.3.2.2. Sır Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249'uncu maddesi gereğince, kanun gereği sır olarak korunması gereken bilgiler hakkında tanıklığına başvurulacak kimseler, bu hususlar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. Ancak, 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu hükmü saklı kalmak üzere sır sahibi tarafından sırrın açıklanmasına izin verildiği takdirde, bu kimseler tanıklıktan çekinemezler. Söz konusu düzenleme, hâkimler, avukatlar, hekimler, psikologlar, vergi danışmanları, noterler, maliye memurları, denetçiler, banka memurları gibi kanun gereği sır saklamakla yükümlü tutulan meslek gruplarını kapsamaktadır⁹³⁵. Bu çerçevede tanık, kanun gereği saklaması gereken bilgilerin başkaları tarafından öğrenilmesi sonucunu doğuracak soruları cevaplamak zorunda değildir. Tanığın meslekî konumuna bağlı olan kaçınma hakkı bakımından, somut ispat konusunun mesleğe özgü güven durumuyla bir çatışmaya yol açıp açmadığı belirleyicidir⁹³⁶. Burada güven durumunun dar yorumlanması gerekli değildir, bu düzenlemenin kapsamına giren kişilerin öğrendikleri her şey koruma altındadır⁹³⁷. Dikkat edilmesi gereken husus, tanığın kendisine sorulan soruları sırlarını açıklamaksızın cevaplayıp cevaplayamayacağıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 249'uncu maddesi, tanığın kendi sırlarından ziyade, başkalarının kanun gereği saklanması gereken sırlarını korumayı amaçlamaktadır. Meslek sırrı kapsamında hem tarafların hem de üçüncü kişilerin sırlarının korunmasına imkân sağlanabilir.

tutulması gereken vakıaları öğrenen kişiler, sır saklama yükümlülüğüyle ilişkili vakıalar hakkında tanıklıktan çekinebilirler. HMK'da kanun ya da mesleği veya sanatı gereği tanıklıktan çekinme hakkı, kişisel nedenlerle tanıklıktan çekinme kapsamında değil, 249 ve 250'inci maddelerde ayrıca düzenlenmiştir.

⁹³⁴ Bu yönde bkz. ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1902; KURU, Usûl, C. III, s. 2576.

⁹³⁵ ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1902; ZIMMERMANN, Walter; Zivilprozessordnung, 9. Bası, Münster 2011, ZPO § 383 Rn. 6; MALMSTRÖM, s. 104.

⁹³⁶ ZÖLLER/ GREGER, ZPO § 383 Rn. 1 a; MALMSTRÖM, s. 104.

⁹³⁷ ZIMMERMANN, ZPO § 383 Rn. 6.

Avukatlık Kanunu'nun 36'ncı maddesi ise, avukatların, kendilerine tevdi edilen veya gerek avukatlık görevi gerekse Türkiye Barolar Birliği ve barolar organlarındaki görevleri dolayısıyla öğrendikleri hususları açığa vurmalarını yasaklamıştır. Avukatların bu hususlar hakkında tanıklık edebilmeleri, iş sahibinin muvafakatini almış olmalarına bağlıdır. Ancak, bu halde dahi avukat tanıklık etmekten çekinebilir⁹³⁸. Çekinme hakkının kullanılması hukukî ve cezaî sorumluluk doğurmaz. Görüldüğü gibi avukatlık faaliyeti sırasında öğrenilen sırlar, medenî yargılamada mutlak olarak korunmaktadır⁹³⁹. Koruma mutlaktır, çünkü müvekkil sırrın saklanması yükümlülüğünden avukatı muaf tutsa dahi, avukat sırrı açıklayıp açıklamamak konusunda serbest kalır⁹⁴⁰. Avukatların meslek sırlarına mutlak koruma sağlanmasının sebebi, avukatlık faaliyeti sırasında avukat ile müvekkil arasındaki güven ilişkisi ve serbest bilgi alışverişinin sahip olduğu önemdir. Avukat-müvekkil ayrıcalığı şeklinde anılabilecek bu durum⁹⁴¹, adil yargılanma hakkının ve hukuk devletinin bir unsuru olarak karşımıza çıkmaktadır⁹⁴². Avukat ile müvekkil arasındaki güvene dayalı bilgi aktarımı, sadece dava konusuna ilişkin hassas bilgilerin değil, aynı zamanda davaya ilişkin stratejilerin paylaşıldığı bir süreçtir. Dolayısıyla paylaşılan bilgilerin gizli tutulması esastır. Avukatın sır saklama yükümlülüğü, sözleşme öncesinde müvekkilin kendisiyle temasa geçtiği ilk anda başlar, kendisine vekâlet verilmese, vekâlet ilişkisi sona erse, avukat

⁹³⁸ Avusturya hukukunda, avukatın sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen § 321 Abs. 1 Nr. 4 öZPO ve § 9 Abs. 2 BRAO hükümlerinde avukatlara mutlak bir çekinme hakkı sağlanmamıştır. Bu sebeple doktrinde, müvekkilin avukatı sır saklama yükümlülüğünden açıkça muaf tutması durumunda, bu yükümlülüğün koruma amacının kapsamı dışına çıkıldığı ve müvekkilin menfaatinin korunması sebebi ortadan kalktığı için, avukatın artık tanıklıktan çekinememesi gerektiği belirtilmektedir. Ancak müvekkilin avukatı yükümlülüğünden kurtarması öncesinde, avukat müvekkile tanık sıfatıyla ifade vermesi halinde doğacak sonuçları ve olası tehlikeleri açıklamalıdır. Böylece müvekkilin korunması yönündeki kaygı aşılabılır. Müvekkilin muaf tutmaya ilişkin beyanı usulî sonuç doğuran bir açıklama olduğu için, mahkeme önünde açıkça yapılmalıdır. Aksi takdirde avukat yine tanıklıktan çekinme hakkına dayanabilir. Mahkeme, tanıklıktan çekinmenin hukuka uygunluğu hakkında tarafları dinlemelidir. Böylece düşüncesizce verilen veya kötü sonuçlar doğurabilecek muaf tutma kararları önlenmiş ve sırların korunmasına hizmet edilmiş olur. Bu yönde bkz. SCHUMACHER, s. 297 vd.

⁹³⁹ İsviçre hukukunda mutlak korunan meslek sırları hakkında bkz. RODRIGUEZ, s. 311 vd.

⁹⁴⁰ Avukatın sır saklama yükümlülüğüne ilişkin bilgi için bkz. SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Bası, İzmir 1999, s. 290 vd; "...Davalı tarafından davacı vekili tanık olarak gösterilmiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 245/ 4 ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 36/ 1-2. maddesi gereğince yapılacak iş davacı asilden muvafakat edip etmediği, davacı vekilinden de tanıklıktan çekinip çekinmediğini sormak sonucuna göre işlem yapmaktır. Bu yön göz önünde tutulmadan yazılı gerekçe ile tanığın dinlenmemesi savunmayı kısıtlayan sonuca etkili önemli usul hatası olup bozmayı gerektirir..." (www.sinerjimevzuat.com.tr/index.jsf?dswid=-6191#, E.T. 09.04.2015).

⁹⁴¹ Dikkat edilirse, avukat-müvekkil ayrıcalığı kapsamında korunan meslek sırrı, avukatın müvekkili hakkında sahip olduğu bilgileri üçüncü kişi veya makamlara açıklayamamasına ilişkindir. Kapalı yargılamanın yumuşatılmış varyantı olarak nitelendirilen *avukat çözümü* (*Anwaltslösung*) gereğince sırların korunması amacıyla yargılamadan dışlanan tarafın avukatının duruşmada bulunması durumunda, kendisine susma yükümlülüğü yüklenen avukatın öğrendiği bilgileri müvekkiline açıklayamaması burada ele alınan durumdan farklı bir konudur. Avukat ile müvekkil arasında olması gereken serbest bilgi alışverişinin bu şekilde sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağına ilişkin bkz. Yuk. s. 213 vd.

⁹⁴² RODRIGUEZ, s. 311.

meslekten ayrılrsa veya müvekkil hayatını kaybetse dahi devam eder⁹⁴³. Bu yükümlülük üçüncü kişilere karşı değil, sadece avukatın temsilcisi olduğu tarafa karşıdır⁹⁴⁴.

Avukatların meslek sırlarına sağlanan mutlak koruma dışında, arabuluculuk faaliyeti sırasında tarafların sürece güven duymaları ve müzakerelere katılırken gizliliğe ilişkin herhangi bir tedirginlik yaşamamalar amacıyla, arabulucuların da sır saklamakla yükümlü olduklarının kabul edilmesi gerekir⁹⁴⁵. Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun 4'üncü maddesine göre, *“(1) Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, arabulucu, arabuluculuk faaliyeti çerçevesinde kendisine sunulan veya diğer bir şekilde elde ettiği bilgi ve belgeler ile diğer kayıtları gizli tutmakla yükümlüdür. (2) Aksi kararlaştırılmadıkça taraflar ve görüşmelere katılan diğer kişiler de bu konudaki gizliliğe uymak zorundadırlar”*. Arabuluculuk çerçevesinde tanıklıktan çekinme hakkı ise, söz konusu Kanunun 5'inci maddesinde düzenlenmiştir. Söz konusu madde gereğince, *“(1) Taraflar, arabulucu veya arabuluculuğa katılanlar da dahil üçüncü bir kişi, uyuşmazlıkla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, aşağıdaki beyan ve belgeleri delil olarak ileri süremez ve bunlar hakkında tanıklık yapamaz. a) taraflarca yapılan arabuluculuk davetini veya bir tarafın arabuluculuk faaliyetine katılma isteği. b) uyuşmazlığın arabuluculuk yolu ile sona erdirilmesi için taraflarca ileri sürülen görüşleri ve teklifler. c) arabuluculuk faaliyeti esnasında, taraflarca ileri sürülen önerileri veya herhangi bir vakia veya iddianın kabulü. d) sadece arabuluculuk faaliyeti dolayısıyla hazırlanan belgeler. (2) Birinci fıkra hükmü, beyan ve belgenin şekline bakılmaksızın uygulanır. (3) Birinci fıkrafta belirtilen bilgilerin açıklanması, mahkeme, hakem veya herhangi bir idarî makam tarafından istenemez. Bu beyan veya belgeler, delil olarak sunulmuş olsa dahi hükme esas alınamaz. Ancak söz konusu bilgiler bir kanun hükmü tarafından emredildiği veya arabuluculuk süreci sonunda varılan anlaşmanın uygulanması ve icrası için gerekli olduğu ölçüde açıklanabilir. (4) Yukarıdaki fıkralar, arabuluculuğun konusuyla ilgili olup olmadığına bakılmaksızın, hukuk davası ve tahkimde uygulanır. (5) Birinci fıkrafta belirtilen sınırlamalar saklı kalmak koşuluyla, hukuk davası ve tahkimde ileri sürülebilen deliller,*

⁹⁴³ SCHUMACHER, s. 294; SUNGURTEKİN ÖZKAN, Avukatlık, s. 291.

⁹⁴⁴ SUNGURTEKİN ÖZKAN, Avukatlık, s. 291.

⁹⁴⁵ Bu yönde bkz. YAZICI TIKTIK, Çiğdem; Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013, s. 55 vd ve 237 vd; Alman hukukunda, arabuluculuk sürecinin gizliliğinin sadece arabulucunun tanıklıktan çekinme hakkına ilişkin düzenlemenin geniş yorumlanması yoluyla değil, uygun bir sözleşmeye dayanarak güvence altına alınabileceği belirtilmektedir. Buna göre arabuluculuk faaliyetinin devam eden süreçte bir davayla veya hakem yargılamasıyla muhtemel birleşimi, iki sürecin karşılıklı olarak birbirinden izole edilmesini gerektirir, ki bu da ancak bir sözleşme ile sağlanır. Arabulucu sözleşmesinin gerekli maddeleri içermesini sağlamak, arabulucunun ve taraflarının avukatlarının görevidir. WAGNER, Gerhard; “Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag”, Mediationsverfahren, NJW 2001, s. 1398 vd.

sadece arabuluculukta sunulmaları sebebiyle kabul edilemeyecek deliller haline gelmez.” Söz konusu düzenlemeler, sicile kayıtlı arabulucuya sır saklama yükümlülüğü getirmekte ve tanıklıktan çekinme hakkı sağlamaktadır.

Noterler, hekimler ve eczacılar gibi mesleklere ait sırlara ise, mutlak koruma sağlamaz. Bu sebeple, nispî olarak korunan meslek sırları şeklinde anılabilirler. Nispî olarak korunan sırlar ile mutlak olarak korunan sırlar arasındaki fark kendisini çekinme hakkı bakımından gösterir⁹⁴⁶. Mesleği gereği sırrı öğrenen kişi, sır sahibinin kendisini sır saklamaktan geçerli bir şekilde muaf tutması veya kanunî düzenlemelerde istisnâ olarak kendisine katılma yükümlülüğü getirilmesi hallerinde artık tanıklıktan çekinemiyorsa, nispî olarak korunan meslek sırrının varlığından bahsedilir. Avukatlara çekinme konusunda tanınan karar verme imkânı, nispî olarak korunan meslek sırları için sağlanmamıştır. Örneğin, Noterlik Kanunu’nun 54’üncü maddesine göre, noter ve noter katipleri, görevleri dolayısıyla öğrendikleri sırları, kanunun emrettiği haller dışında açıklayamazlar. Anılan maddeden anlaşılabileceği üzere noterlerin sırları açıklamaktan kaçınma imkânları, kanunun aksini emrettiği noktaya kadardır.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünde ise istisnanın istisnası söz konusudur. Hasta hekimin meslek sırrını açıklamasına izin vermiş olsa dahi eğer sır saklama menfaati gerçeğin bulunması menfaatinden daha ağır basıyorsa, hekim yine de sırrı açıklamama imkânına sahiptir⁹⁴⁷. Hekimlik Meslek Etiği Kurallarının sır saklama yükümlülüğünü düzenleyen 9’uncu maddesine göre, “*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi*⁹⁴⁸ ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu

⁹⁴⁶ RODRIGUEZ, s. 314.

⁹⁴⁷ RODRIGUEZ, s. 314.

⁹⁴⁸ Hekimlerin hasta öldükten sonra tanıklıktan çekinmesine ilişkin OLG Koblenz kararı ilginçtir. Söz konusu karara konu olan olayda, annesinin ölümünden sonra oğlu saklı payı için dava açmış, davalı kız kardeşi, annesine önemli bakım hizmetleri sağladığı gerekçesiyle denkleştirme talep etmiştir. Diğer bir kız kardeş ise, dilekçesinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin, ölen annesinin doktorunun tanık olarak dinlenmesini istemeyeceğine inandığını beyan etmiştir. Bunlar üzerine LG, miras bırakanın bakım ihtiyaçlarını karar için önemli bir unsur olarak görmüş ve bakımın kapsamının belirlenmesi için delillerin incelenmesine hükmetmiştir. Ancak miras bırakanın önceki doktoru bu konuda tanıklık yapmaktan kaçınmış, LG ise, tanıklıktan çekinmenin haklı olduğunu kabul etmiştir. Yapılan itiraz üzerine OLG bu ara kararı değiştirmiş ve hekimin tanıklıktan çekinmesinin hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. OLG’ye göre hekimin susma yükümlülüğü, hastanın yaşadığı dönemde dikkate alınmalıdır ve burada tanıklıktan çekinmenin şartları oluşmamıştır. Bakım ihtiyaçları gibi sağlıkla ilgili meseleler bakımından susma yükümlülüğü, eğer hekim açıkça muaf tutulmamışsa, hastanın ölümünden sonra da devam eder. Muaf tutmaya ilişkin herhangi bir açıklamanın yapılmaması halinde ise, hastanın sağlığına ilişkin verilerinin açıklanmasına izin verip vermeyeceği incelenerek, muhtemel iradesinin belirlenmesi gerekir. Somut olayda miras bırakanın bu yönde açıklaması yoktur. Üçüncü kişi tarafından yapılan miras bırakanın hekiminin ifade vermesini istemeyeceği yönündeki açıklama hiçbir gerekçe içermediği için benimsenebilir değildir. Hastanın muhtemel iradesinin araştırılmasında, hekim geniş bir karar verme yetkisine sahiptir. Tanıklıktan çekinmek isteyen hekim, bunun gerekçelerini itinalı bir şekilde irdelemek ve somut olarak ortaya koymak zorundadır. Ölen hastanın muhtemel

yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanması hasta ya da öteki insanların yaşamlarını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırlarının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekinebilir”. Görüldüğü gibi, hekimin meslek sırrı tanıklıktan çekinmesi için mutlak bir hak sağlamaz. Diğer şartlar var olduğunda, hekim ancak hastanın kişilik haklarının zedelenmesi durumunda tanıklıktan çekinebilir. Ayrıca, hekimin ciddi bir hastalığın teşhisini açıklamak zorunda kalması halinde hasta zarar görecektir ve tedavinin başarısı azalacaksa, diğer bir ifadeyle hastalık süreci olumsuz etkilenecekse, hekim bu sırrı açıklamaktan kaçınabilir⁹⁴⁹.

Bazı durumlarda meslek sırrının açıklanması bir gereklilik olarak karşımıza çıkar. Eğer davaya konu olan uyuşmazlık doğrudan doğruya meslek sırrının içeriğinden kaynaklanıyorsa, artık meslek sırrını elinde bulunduran kişi bu sırrı açıklayabilmelidir⁹⁵⁰. Örneğin hastanın yanlış tedavi uyguladığı gerekçesiyle hekimin sorumluluğu davası açması durumunda, hekim hastanın tedavi sürecine ilişkin sırları açıklayabilecektir. Aksi halde, iddia edildiği gibi hekimin yanlış tedavi uyguladığının tespiti mümkün olmaz.

3.2.3.2.3. Menfaat İhlâl Tehlikesi Nedeniyle Tanıklıktan Çekinme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 250’inci maddesine göre, tanığın beyanı, kendisine veya 248’inci maddede yazılı kimselerden birine doğrudan doğruya maddî bir zarar verecekse, kendisinin veya 248’inci maddede yazılı kimselerden birinin şeref veya itibarını ihlâl edecek ya da ceza soruşturmasına veya kovuşturmasına sebep olacaksa, meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse üçüncü kişi tanıklıktan

iznin olup olmadığını ve hangi ölçüde var olduğunu tanık ayrıntılı bir şekilde ortaya koyamaz. Heyet, miras bırakanın ölümünden sonra adil bir miras düzenlemesinin yapılmasını isteyeceğini farz etmektedir. Buna adil düzenlemenin belirlenmesi için gerekli olan her şeyin açıklanması dahildir. Bunun için bakım ihtiyaçları açıklığa kavuşturulmalıdır. Hasta da muhtemelen bunun açıklığa kavuşmasını sağlamak için gerekli olan her şeyi yapmak amacıyla aydınlatmaya katılırdı. Bu amaçla hekimi susma yükümlülüğünden muaf tutardı. Anılan sebeple OLG itirazı kabul etmiştir. Karara ilişkin olarak bkz. NJW-Spezial 2016, 71.

⁹⁴⁹ RODRIGUEZ, s. 314; ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 359; ancak bu görüşün aksine, hastanın hekimi susma yükümlülüğünden muaf tutması halinde, hekimin artık tanıklıktan çekinme hakkını kullanamayacağı da doktrinde belirtilmektedir, bu yönde bkz. YARAYAN, Ali; “Das Arzhaftungsverfahren nach deutschem Recht”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Malatya 18 Ekim 2014, s. 98, 99.

⁹⁵⁰ BUDAK, Ali Cem; “İspat Hukuku Açısından Hekimlerin Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 549; ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 359.

çekinebilir. Söz konusu düzenleme de tanık olarak gösterilen üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırların korunmasına imkân tanır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250'inci maddesinin amacı, 249'uncu maddeden farklı olarak, temelde tanığın kendi sırlarının korunmasıdır. Tanık kendi menfaatinden ziyade, bir vatandaşlık ödevi olarak tarafların menfaatine ifade verdiği için, kendisine veya yakınlarına zarar verecek, kendisi veya yakınlarını küçük düşürecek, cezaî sorumluluğunu doğuracak, meslek veya sanatına ilişkin sırlarının öğrenilmesine neden olacak durumlarda tanıklık yapmakla yükümlü değildir. Bu düzenlemeyle tanık, kendisi aleyhine doğabilecek sonuçlardan korunmak istenmiştir.

Hukukumuzda menfaat ihlâli tehlikesi nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkına benzer düzenlemeler, Alman hukukunda nesnel nedenlerden dolayı tanıklıktan çekinme hakkı başlıklı § 384 ZPO hükmünde yapılmıştır. Söz konusu hüküm gereğince tanık, kendisinin veya § 383 Nr. 1-3 ZPO hükümlerinde belirtilen durumda olan kişilerden birinin doğrudan maddî bir zarara uğramasına neden olan sorular; itibarsızlığa yol açan veya bir suç veya kabahat sebebiyle kovuşturma yapılması tehlikesi doğuran sorular; bir meslek ve sanat sırrını açıklamaksızın cevap veremeyeceği sorular hakkında tanıklıktan çekinebilir. Alman hukukunda baskın görüş, § 384 Nr. 3 ZPO hükmünün kapsamına tanığın üçüncü kişilere karşı sözleşme veya kanun gereğince gizli tutmakla yükümlü olduğu meslek ve sanat sırlarının, diğer bir ifadeyle yabancı sırların da gireceğini kabul etmektedir⁹⁵¹. Bunun sebebi, üçüncü kişiye ait bir sırrın yargılamaya iki şekilde getirilebilmesidir: tanık, davanın taraflarıyla ilişkili olan kendi sırları gibi, başkaları için koruması gereken sırları da yargılamaya getirebilir. Örneğin bir müteşebbis tanık sıfatıyla kendi şirket hesapları hakkında ifade verebileceği gibi, müteşebbisin vergi danışmanı da tanık olması sebebiyle müteşebbisin şirketi hakkındaki gerçekleri açığa çıkarabilir. İkinci durumda tanık (vergi danışmanı), yargılamayla ilgisi olmayan üçüncü kişidir. Böyle durumlarda, meslekî veya ekonomik olarak olumsuz sonuçlarla karşılaşılabileninden, yabancı bir sırrı açıklamak zorunda kalan tanığın da sırların korunmasında haklı bir menfaati vardır. Nitekim tanığın kendi sırrı ile yabancı sır arasında bir ayrım yapılmamış olduğu için, bu durum § 384 Nr. 3 ZPO hükmünün lafzıyla da desteklenmelidir. Ancak kanaatimizce hukukumuz bakımından böyle bir sonuca varılması mümkün değildir. İstisnaî bir düzenleme olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 250'inci maddesinin birinci fıkrasında, tanığın beyanı, (kendi)

⁹⁵¹ Bu yönde bkz. MALMSTRÖM, s. 105 vd.

meslek veya sanatına ait olan sırların ortaya çıkmasına sebebiyet verecekse denilmek suretiyle, tanığa üçüncü kişilerin sırlarının korunması için çekinme hakkı tanınmamıştır. Bu kişiler yalnızca meslekleri gereği kanunla sır saklamakla yükümlü tutulmuşlarsa tanıklıktan çekinebilirler.

3.2.3.3. Tanıklıktan Çekinme Usulü

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 252'nci maddesine göre, tanıklıktan çekinen kimse, çekinme sebebini ve bu sebebi haklı gösterecek delilini, dinleneceği günden önce yazılı veya davet edildiği duruşmada sözlü olarak bildirmek zorundadır. Çekinme sebeplerini ve bunun dayanaklarını önceden bildirmiş olan tanık belli günde mahkemeye gelmek zorunda değildir. Mahkeme, duruşmada bulunan tarafları dinledikten sonra tanıklıktan çekinmenin haklı olup olmadığına karar verir.

Tanığın bazı durumlarda tanıklıktan çekinmesi mümkün değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 251'inci maddesi gereğince, 248, 249 ve 250'inci maddenin (a) bendindeki hallerde, bir hukukî işlemin yapılması sırasında tanık olarak bulunmuş olan kimse o işlemin esası ve içeriği hakkında, aile bireylerinin doğum, ölüm veya evlenmelerinden kaynaklanan olaylar hakkında, aile bireyleri arasında, ailevî ilişkilerden kaynaklanan malî uyuşmazlıklara ilişkin vakıalar hakkında, taraflardan birinin hukukî selefi veya temsilcisi olarak kendisinin yaptığı işler hakkında tanıklıktan çekinilemez.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 253'üncü maddesine göre, tanık, kanunî bir sebep göstermeden tanıklıktan çekinir, yemin etmez veya göstermiş olduğu sebep mahkemece kabul edilmemesine rağmen tanıklık yapmaktan çekinirse beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır. Tanık kendisine sorulan sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkûm edilir.

3.2.4. Üçüncü Kişinin Sırlarının Taraflarca Yargılamaya Getirilmesi

Tarafların üçüncü kişinin sırlarını da davaya taşımaları mümkündür. Bunun için üçüncü kişinin taraflardan biriyle veya uyuşmazlıkla ilgisi olmalıdır⁹⁵². Karşılaştırmalı

⁹⁵² ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazı, s. 327.

hukuk doktrinde taraflardan birisinin üçüncü kişiye ait bir sırrın var olduğu gerekçesiyle delil göstermekten kaçınıp kaçınamayacağı noktasında tartışmalar olduğu görülmektedir.

Doktrinde bir görüş⁹⁵³, ispat yükünü taşımayan tarafın kendi sırlarını değil, aksine üçüncü kişinin sırlarını açığa çıkaracağı durumlarda, üçüncü kişinin sırlarına mutlak koruma sağlanması gerektiğini kabul etmektedir. Buna göre, taraflardan biri, mesleğinden veya sözleşmeden dolayı sır saklamakla yükümlüyse, yargılamada gizlilik kamu menfaatindendir. Aynı durum, gizliliği sözleşmede kararlaştırılan ticarî sırlar için de geçerlidir. Yargılamaya katılmayan üçüncü kişinin muvafakatı olmaksızın⁹⁵⁴, böyle ticarî sırları uyuşmazlığın çözülmesi için kullanılamaz. Taraflar ve üçüncü kişilerin aydınlatma ödevleri arasında yapılan bir kesin ayırım, medenî yargılama hukukunun temel unsurudur ve tarafın aydınlatma ödevi nedeniyle zayıflatılmamalıdır. Ancak, üçüncü kişinin tarafın ihlâlüne katkıda bulunduğu veya en azından bilinçli olarak ihlâlden faydalandığı hallerde, üçüncü kişinin sırları korunmaya değer değildir. İspat yükünü taşıyan karşı taraf, istismar veya ihlâl katılımı ciddi emareler göstererek sözleşmeden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğünün olmadığını ileri sürerse, karşı taraf üçüncü kişinin ticarî sırrı hakkında açıklama yapmalıdır⁹⁵⁵.

Diğer bir görüş⁹⁵⁶, tarafların işleri, meslekleri veya sanatlarından dolayı öğrendikleri sırlar ile sözleşme gereğince gizli tutulmaları gereken sırlar arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu kapsamda, ilk gruptaki sırların korunmasında bireysel ve sosyal menfaat vardır ve dolayısıyla bunlara mutlak koruma sağlanması gerekir. Buna karşın, iş sözleşmesi, şirket sözleşmesi gibi sözleşme ilişkisinden kaynaklanan sır saklama yükümlülüğü daha hafiftir ve bu sırlar gerektiğinde açıklanmalıdırlar. Karşı taraf sırları korunan üçüncü kişinin rakibi değilse ve rakip şirketle bir bağlantısı veya bağımlılık ilişkisi yoksa, aleniyetin kaldırılması ve duruşmada bulunanlara mahkeme tarafından sır saklama yükümlülüğü yüklenmesi sırların korunması için yeterlidir. Bu durumda sırlar, kapalı yargılama yoluyla da korunabilirler⁹⁵⁷. Bu görüş de, dava açılmasına sebep olan hak ihlalinin ekonomik olarak

⁹⁵³ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 124; PLOCH-KUMPF, s. 217.

⁹⁵⁴ Nitekim Alman hukukunda § 384 ZPO hükmünde üçüncü kişilerin sırlarının muvafakatları olmaksızın açıklanamayacağı kabul edilmiştir.

⁹⁵⁵ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 125.

⁹⁵⁶ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 229 vd.

⁹⁵⁷ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 239; STÜRNER, JZ 1985, s. 460.

istismar edildiği ve kanuna aykırılığın bilindiği veya bilinmesi gerektiği hallerde üçüncü kişinin sırlarının korunamayacağını kabul etmektedir⁹⁵⁸.

Başka bir görüş⁹⁵⁹, tarafların kendi sırları bakımından olduğu gibi, üçüncü kişilerin sırları bakımından da ibrazdan kaçınma haklarının olmadığını kabul etmektedir.

Kanaatimizce, özellikle meslek sırrı bakımından özel bir kaçınma hali kabul edilmiş olmadıkça, tarafların üçüncü kişilerin sırlarının korunması amacıyla ibrazdan kaçınmaları mümkün değildir. Tarafa üçüncü kişinin sırlarının tümü bakımından kaçınma hakkı bahşeden yeknesak bir çözüme gidilemez⁹⁶⁰. Bu durumda ortaya çıkan çatışma sadece taraf ve üçüncü kişi arasındaki ilişkide çözülebilir. Çünkü tarafla sırrını paylaşan üçüncü kişi, sırrın başkasına açıklanması riskini üzerine almış olur ve bunun sonuçlarına katlanmalıdır⁹⁶¹. Taraf üçüncü kişinin sırrını hukuka aykırı şekilde ele geçirmişse, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin değerlendirilmesi yasağı⁹⁶² çerçevesinde hareket edilmelidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189'uncu maddesinin ikinci fıkrasına göre, hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamazlar.

3.2.5. Üçüncü Kişinin Dava Dosyasına Giren Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Korunması

Hukukumuzda dava ile ilgili olanların bunu ispatlamak kaydıyla ve hâkimin izniyle dava dosyasını inceleyebileceklerini, ancak bunun için önceliğin tarafların iradesine verilmesi gerektiğini yukarıda belirtmiştik⁹⁶³. Şu anki durum, hem tarafların hem de dava dosyasına bilgileri giren üçüncü kişilerin kişisel verilerinin korunması bakımından problemlidir. Tarafların iradelerine öncelik verilmiş olması ise, taraflar bakımından problemi ortadan kaldırırken, üçüncü kişinin dava dosyasına giren kişisel verileri bakımından sorunun çözülmesini sağlamaz. Kanaatimizce üçüncü kişinin korunmaya değer verilerinin dava dosyasına girmesi halinde, her ne kadar Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yargı makamları tarafından işlenen veriler için uygulanmayacak olsa da, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesiyle birlikte, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu hükümleri de dikkate alınarak uygun bir yol izlenmesi gerekir. Bu çerçevede, davayla ilgili kişiye üçüncü kişinin verilerini içeren kısımlar bakımından

⁹⁵⁸ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 239; STÜRNER, JZ 1985, s. 460.

⁹⁵⁹ ERDÖNMEZ, Belgelerin İbrazi, s. 355; GÖTZ, s. 454.

⁹⁶⁰ GÖTZ, s. 454.

⁹⁶¹ GÖTZ, s. 454.

⁹⁶² Konuya ilişkin olarak bkz. TANRIVER, Usûl, s. 838 vd; ATALAY, Pekcanitez Usûl II, s. 1595 vd.

⁹⁶³ Bu yönde bkz. Yuk. s. 152 vd.

dosya inceleme hakkı, öncelikle üçüncü kişinin verilerinin incelenmesine açık rıza göstermesi halinde tanınmalıdır. Üçüncü kişinin açık rıza göstermemesi durumunda ise, dava dosyasını incelemek isteyen kişi dava ile ilgili olduğunu ispatlaması kaydıyla hâkimin izniyle dava dosyasının üçüncü kişiye ilişkin olan kısımlarını inceleyebilmelidir. Burada da, ilgili olup olmadığının tespiti için dosya inceleme talebinde bulunan kişinin hukukî menfaati dikkate alınmalıdır. Bu durumda ilgili olduğunu iddia eden kişi, dava dosyasını inceleme hakkının amacına ulaşabilmesi için üçüncü kişiye ait bilgileri de incelemesinin uygun ve gerekli olduğunu ispatlamalıdır⁹⁶⁴. Hâkim de kararını verirken, dosya inceleme hakkı tanınması halinde, üçüncü kişinin gizli hayat alanının orantısız derecede ağır şekilde etkilenip etkilenmeyeceğini göz önünde bulundurmalıdır⁹⁶⁵. Hâkimin üçüncü kişinin verilerinin ilgili tarafından incelenmesini gerekli görmemesi durumunda, üçüncü kişiye ait kısımların anonimleştirilmesi yoluyla dava dosyasının incelenmek üzere sunulması uygun bir çözüm olacaktır.

⁹⁶⁴ SIMOTTA, Einige Probleme I, s. 800, 801.

⁹⁶⁵ SIMOTTA, Einige Probleme I, s. 800, 801.

4. MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNDA KİŞİSEL VERİLERİN VE SIRLARIN KORUNMASINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL VE BAĞLANTILI DURUMLAR

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin bazı özel ve bağlantılı durumlar kapsamında, her biri ayrı birer çalışmanın konusunu oluşturabilecek nitelikte olan elektronik ortamda, çekişmesiz yargıda, tahkim yargılamasında, arabuluculuk sürecinde ve icra hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin genel bilgiler verilecektir.

4.1. Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması

Medenî yargılama hukukunda modernleşme süreci, teknolojik gelişmelere paralel olarak hızlı bir şekilde ilerlemektedir. Bu kapsamda yapılan en önemli değişiklik, “e-Devlet” sisteminin bir parçası olan “e-Adalet” sisteminin kurulması için, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP)’nin 2000 yılı itibarıyla iki aşamalı olarak kullanılmaya başlanması olmuştur.

Adalet hizmetlerinin elektronik ortamda yürütülmesi amacıyla oluşturulan UYAP’ın kullanılması ile ilgili kurallar Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdarî ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte düzenlenmiştir. Söz konusu Yönetmeliğin UYAP’ın kullanılması başlıklı 5’inci maddesi şu şekildedir:

“İş süreçlerindeki her türlü veri, bilgi ve belge akışı ile dokümantasyon işlemleri, bu işlemlere ilişkin her türlü kayıt, dosyalama, saklama ve arşivleme işlemleri ile uyum ve iş birliği sağlanmış dış birimlerle yapılacak her türlü işlemler UYAP ortamında gerçekleştirilir. UYAP kullanıcıları iş listesini günlük olarak kontrol etmek, işlemlerin gereğini yerine getirmek, ihtiyaç duyulan alanlarda veri ve bilgilerin derlenmesi, değerlendirilmesi ile gerekli adli istatistiklerin üretilmesine esas bilgileri güvenilirlik, tutarlılık ve güncellik ilkelerine uygun olarak UYAP ortamına doğru, eksiksiz ve zamanında girmekle yükümlüdür. Fizikî olarak verilen ve gönderilen her türlü evrak, elektronik ortama aktarılarak UYAP’a kaydedilir ve ilgili birime gönderilir. İhtiyaç duyulan nüfus, tapu, adli sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtlar, zorunlu olmadıkça ayrıca fizikî olarak istenilmez. UYAP’tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler zorunlu olmadıkça ayrıca fizikî ortamda

gönderilmez. Taraf ve vekilleri ile diğer ilgililer güvenli elektronik imza ile imzalamak suretiyle UYAP vasıtasıyla birimlere elektronik ortamda bilgi ve belge gönderebilirler. Gelen evraktan sorumlu personel, UYAP üzerinden birimlere gönderilen ve iş listesine düşen belgeleri derhâl ilgili kişiye ya da doğrudan dosyasına aktarır. Onay gerektiren evrak ilgilinin iş listesine yönlendirilir. Tutanak, belge ve kararlar elektronik ortamda düzenlenir ve gerekli olanlar ilgilileri tarafından güvenli elektronik imza ile imzalanır. Elektronik ortamda düzenlenen ve güvenli elektronik imza ile imzalanan evrak UYAP kapsamındaki birimlere elektronik ortamda gönderilir. Ayrıca fizikî olarak gönderilmez. Teknik nedenlerle fizikî olarak düzenlenen belge veya kararlar, engelin ortadan kalkmasından sonra derhâl elektronik ortama aktarılır, yetkili kişilerce güvenli elektronik imza ile imzalanarak UYAP'a kaydedilir ve gerektiğinde UYAP vasıtasıyla ilgili birimlere iletilir. Bu şekilde elektronik ortama aktarılarak ilgili birimlere iletilen belge ve kararların asılları mahallinde saklanır, ayrıca fizikî olarak gönderilmez. Ancak, belge veya karar aslının incelenmesinin zorunlu olduğu hâller saklıdır. Elektronik ortama aktarılması imkânsız olan belgeler ise fizikî ortamda saklanır ve gerektiğinde fizikî olarak gönderilir. UYAP üzerinde hazırlanmış ve güvenli elektronik imza ile imzalanmış evrakın dış birimlere elektronik ortamda gönderilememesi hâlinde belge veya kararın fizikî örneği alınır, güvenli elektronik imza ile imzalanmış aslının aynı olduğu belirtilerek ilgilisi tarafından imzalanmak sureti ile gönderilir. Elektronik ortamda yapılan işlemlerde süre gün sonunda biter. Elektronik ortamda yapılacak işlemlerin, ertesi güne sarkmaması açısından saat 00:00'a kadar yapılması zorunludur. Güvenli elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi hâlinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir. Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'ta incelenebilir ve her türlü muhakeme işlemi yapılabilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemi ile kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz. Fizikî ortamda yapılan işlemlerde süre mesai saati sonunda biter”.

Görüldüğü üzere, UYAP yargılama işlemlerinin adeta merkezine konumlandırılmıştır. Bu durum, UYAP'a kaydedilen kişisel verilerin korunması konusunda haklı bir tereddüt uyandırmaktadır. UYAP'ın resmî internet sitesinde genel bilgiler içinde yer alan “verilerin erişiminde, paylaşımında ve kullanılmasında Anayasa, uluslararası sözleşmeler ve diğer mevzuatta yer alan kişisel verilerin korunmasına, özel hayatın ve soruşturmanın gizliliğine uyulmaktadır” ifadesi söz konusu tereddütün ortadan kalkmasını

sağlamaktan uzaktır. Adalet Bakanlığı'nın 124/ 1 Numaralı UYAP Uygulamaları Genelgesi⁹⁶⁶'nin 15'inci maddesinde kabul edilen, *"UYAP Bilişim Sistemi kullanılarak soruşturma ve kovuşturma işlemleri ve diğer adlî ve idarî işlemlerin etkin, verimli, hızlı, düzenli, şeffaf ve usul ekonomisine uygun biçimde yürütülmesi amacıyla, bilgi güvenliği, elektronik imza ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine azamî dikkat gösterilmesi"* ve 124 numaralı UYAP Uygulamaları Genelgesi⁹⁶⁷'nin 3'üncü maddesinde, *"her kullanıcı, kullanıcı adı ve şifresinin gizliliğinden sorumlu olduğundan, üçüncü kişilerin eline geçmesi nedeniyle oluşabilecek her türlü hukukî ve cezaî sorumluluğun kendisine ait olacağını bilmesi gerektiği"* hükümleriyle söz konusu tereddüt giderilmeye çalışılmıştır. Her ne kadar 108 sayılı Sözleşme geçerli olsa da, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28'inci maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan *"kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi"* halinde bu Kanun hükümlerinin uygulanmayacağı yönünde kabul edilen istisna karşısında, UYAP'a işlenen verilerin korunması için ayrıntılı bir kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır. Zira Anayasa'nın 20'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği açık bir şekilde kabul edilmiştir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat hükümlerine azamî dikkat gösterileceğinin kabul edilmesi, tüm yargılama işlemlerinin işlendiği bir sistemde yeterli koruma sağlamaktan yoksundur. UYAP'a kişisel verilerin işlenmesi, bunların saklanması, paylaşılması ve silinmesi işlemlerine ilişkin ayrı bir kanunî düzenleme gereklidir⁹⁶⁸. Nitekim

⁹⁶⁶ http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/124-1.pdf, E.T. 29.12.2017.

⁹⁶⁷ http://www.adalet.gov.tr/duyurular/genelgeler/genelge_pdf/124.pdf, E.T. 29.12.2017.

⁹⁶⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu (Ombudsmanlık) tarafından verilen 03.12.2014 tarihli tavsiye kararı, UYAP Bilişim Sistemi kapsamında kişisel verilerin korunmasının önemini vurgulamaktadır. Söz konusu kararda Kurum, mahkemece hakkında verilip kesinleşen beraat kararına rağmen, Adalet Bakanlığı idaresindeki Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminde (UYAP), şikâyetçinin yargılandığı suç türü de dâhil tüm kişisel verilerin sistem veri tabanından silinerek 3. kişiler tarafından bu verilere erişimin engellenmesi yönünde tavsiye kararı verilmesi talebini kabul etmiştir. Kararın konumuz bakımından önem arz eden kısımlarından bazıları şu şekildedir: *"..Böylece, 2009-2010 yıllarında "hırsızlık" suçundan yargılanan ve beraat eden şikâyetçinin, 2 /7/2012 tarihi ve sonrasında aynı türden bir suç isnadı sebebiyle yürütülen adli soruşturma sırasında zararı tazmin etmesi halinde hakkında hiç kamu davası açılmayacak, zararı tazmin etmese bile hırsızlık suçundan değil "karşılıksız yararlanma" suçundan yargılanacak ve beraat etmiş olsa dahi UYAP veri tabanında "hırsızlık" gibi toplum nazarında kolaylıkla olumsuz önyargı oluşturabilecek bir suçla anılmamış olacaktı. Bu haliyle şikâyetçinin yargılandığı dönem ve suç türü itibarıyla hukuka aykırı bir durum gözükmesine de, 2012 yılında yapılan bahse konu değişiklikler sonrasında UYAP veri tabanındaki "hırsızlık suçundan beraat ettiğine" ilişkin kayıtlar polisler tarafından görülmeye devam etmesinin, bu verinin paylaşılmasıyla elde edilmek istenen "kamu yararı" ile Anayasa'nın 20 nci maddesinde güvence altına alınan "özel hayatın gizliliği" ilkesi arasında, Anayasa'nın 13 üncü maddesinde belirtilen "ölçülülük" ilkesine aykırı olacak şekilde idare lehine bir durum yaratıldığı değerlendirilmektedir... 15 no.lu paragrafta ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 38/A maddesinde, her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sisteminin (UYAP) kullanılacağı, bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve kararların UYAP'a kaydedilerek saklanacağı ve bu işlemlere ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği hükme bağlanmış olup, bu maddeye göre kişisel veriler konusunda*

uygulamada UYAP'ın kişisel verilerin korunması hakkı gözetilerek kullanıldığını söylemek zordur.

UYAP kullanılmaya devam edilsin veya edilmesin, “e-Adalet” sisteminde dikkate alınması gereken prensipler genel anlamda tespit edilmelidir⁹⁶⁹. Teknolojik gelişmelere uygun sistemler kurulması kaçınılmaz bir gerekliliktir. Ancak adalet sisteminin modernleştirilmesi ve dijitalleştirilmesi, veri koruma gerekliliklerini aynı oranda artırır. Bu

idareye (Adalet Bakanlığına) doğrudan düzenleyici işlem (yönetmelik) yapma yetkisi verildiği anlaşılmaktadır. Bu yetki kapsamında çıkarılan Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmelikte; Cumhuriyet başsavcılığı ve mahkemelerin iş süreçlerindeki veri, bilgi ve belge akışı ile bu işlemlere ilişkin kayıt, dosyalama, saklama ve arşivleme işlemlerinin, ayrıca entegrasyon sağlanmış dış birimlerle yapılacak bütün işlemlerin UYAP ortamında gerçekleştirileceği, mahkemelerce verilen kararların UYAP'ta tutulmasının zorunlu olduğu, UYAP'ta tutulacak karar kaydının; sıra numarası, esas numarası, karar tarihi, sanığın kimlik bilgileri, suçun türü,... hususlarını içereceği belirtilmiştir. Öte yandan; 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 16 ncı maddesinde ise; soruşturma ve kovuşturmayı sona erdiren kesinleşmiş kararların, soruşturmada görev alan kolluk birimlerine bildirileceği hükmüne yer verilmiştir. Bahse konu mevzuat hükümleri birlikte değerlendirildiğinde; Adalet Bakanlığının şüpheli ve sanıklarla ilgili kişisel verileri ve bu kişiler hakkında yargı makamlarınca verilen kararları, kolluk birimleriyle paylaşmasında ilk bakışta herhangi bir hukuka aykırılık gözükme de UYAP veri tabanına kaydedilerek saklanan söz konusu verilerle ilgili işlemlerin usul ve esaslarının kanunla değil, doğrudan idarenin tasarrufunda bulunan düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik hükümleriyle belirlendiği, Anayasa'nın 20/3 maddesinin son cümlesindeki "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü dikkate alındığında, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 38/A maddesinin son fıkrasında yer alan; "Ceza muhakemesi işlemlerinin UYAP'ta yapılmasına dair usul ve esaslar, Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir." şeklindeki hükmün gelecekte Anayasa'ya aykırılığı iddiasıyla iptali için dava açılması halinde, 17 no.lu paragrafta açıklanan benzer konudaki Anayasa Mahkemesi kararında vurgu yapılan gerekçelerle bu maddenin de iptalinin söz konusu olabileceği, bu durumda Adalet Bakanlığınca bu maddeye dayanılarak çıkarılan Yönetmeliğin de hukuka aykırı hale geleceği düşünülmektedir...17 no.lu paragrafta açıklanan Anayasa Mahkemesi kararının iptal gerekçesinde, kişisel veri kavramının, belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade ettiği, kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm verilerin kişisel veri kapsamında kaldığı ve günümüzde kişisel verilerin en üst seviyede korunmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra Anayasa'nın 20/3 maddesinin son cümlesindeki "Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü gerçince "kişisel verilerin korunması hakkı"nın kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı koruma altına alındığı ve "yasama yetkisinin devredilemezliği ilkesi" gereğince, Anayasa'nın açıkça kanunla düzenlenmesini öngördüğü konularda yürütme organına doğrudan ve ilk elden düzenleyici işlem yapma yetkisi verilemeyeceği hususlarına vurgu yapılmıştır. Bu karar sonrasında kişisel verilerin; idareler tarafından çıkarılan tüzük, yönetmelik ve genelge gibi düzenleyici işlemlere artık konu edilemeyeceği açıktır. Yukarıda açıklanan gerekçe ve dosya kapsamına göre ŞİKAYETİN KABULÜNE; 1) Söz konusu mevzuat çalışmalarının tamamlanması belirli bir zaman gerektireceğinden, bu aşamada şikâyetçi ve aynı durumdaki kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesi bakımından öncelikle UYAP veri tabanında kayıtlı beraat kararlarındaki kişisel bilgilerin dış birimler tarafından görülmesini önleyecek çok ivedi idari ve teknik tedbirlerin alınması, 2) Kişisel verilere ilişkin yapılan düzenlemeler, Anayasa'nın 20/3 maddesi gereğince ancak kanunla düzenlenebileceğinden ve bu konuda yasal bir düzenleme yapılması gerektiğinden, ulusal mevzuat boşluğunu önemli ölçüde giderecek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın yukarıda açıklanan çekincelerimiz gözetilerek ivedi yasalaştırılması hususunda Başbakanlık nezdinde gerekli girişimlerde bulunulması, 3) Cumhuriyet Başsavcılıkları İle Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 5 inci maddesinin, bu haliyle Anayasa ve uluslararası sözleşmelere aykırı olduğu değerlendirildiğinden, söz konusu yönetmelik maddesinin ilgili kısımlarının yürürlükten kaldırılması ve gerekli yasal değişiklikler sonrasında yeniden düzenlenmesi, yönünde ADALET BAKANLIĞINA TAVSİYEDE BULUNULMASINA... ", <https://www.ombudsman.gov.tr/contents/files/pdf/2014-2832.pdf>, E.T. 29.12.2017.

⁹⁶⁹ e-Adalet sisteminde kişisel verilerin korunması ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkznz. KLİNK, Judith; Datenschutz in der elektronischen Justiz, Kassel 2010, 9 vd.

sistemde kişisel verilerin korunması hakkının ciddi tedbirlerle koruma altına alınması gerekir. Hukukumuz bakımından elektronik olmayan ortamda yapılan yargılama işlemleri için dahi henüz yerleşmemiş olan veri koruma anlayışı ve kurallarının, elektronik ortam bakımından kabul edilip benimsenmesi öncelikli ihtiyaçtır. Bu bağlamda, her iki alan için de geçerli olan standart veri koruma normları kabul edilmelidir. Elektronik ortamda işlenen veriler için standart uygulamayı aşan hukukî ve teknik koruma tedbirleri ise, mutlaka alınmalıdır.

4.2. Çekişmesiz Yargıda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması

4.2.1. Genel Olarak

Çekişmesiz yargı, şeklen mahkemelerde görüldüğü için yargılama faaliyeti olarak nitelendirilen, ancak ilgililer arasında uyuşmazlık bulunmaması, ilgililerin ileri sürebilecekleri herhangi bir haklarının bulunmaması ve hâkimin re'sen harekete geçmesi ölçütleri bakımından çekişmeli yargıdan önemli farklılıklar arz eden işlere hukukun uygulanmasıdır⁹⁷⁰. Hukukumuzda çekişmesiz yargı işleri, Alman hukuku (FamFG) ve Avusturya hukukunda (AußStrG) olduğu gibi ayrı bir kanunla düzenlenmek yerine, İsviçre hukukunda olduğu gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda temel hükümlerle yer almış, bunlar dışındaki hallerde niteliğine uygun olduğu ölçüde genel hükümlerin uygulanacağı kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 382'nci maddesinin ikinci fıkrasında, çekişmesiz yargıya giren işler tereddütlerin giderilmesi amacıyla tek tek sayılmıştır. Çekişmesiz yargı işlerinin konusu, genellikle ilgililerin gizli tutmak istedikleri veya eşyanın

⁹⁷⁰ Çekişmesiz yargı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki; Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 9 vd; ARAS, Aslı; Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara 2017, s. 17 vd; YILDIRIM, Kâmil; "Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 18 vd; ATALI, Murat; "Almanya'da Çekişmesiz Yargı Reformu ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan, Ankara 2009, s. 105 vd; ATALI, Murat; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2107 vd; ATALI, Murat, "Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 50 vd; ALANGOYA, Yavuz; "İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler", Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 110 vd; BUDAK, Ali Cem; "Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı", Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 128 vd; BUDAK, Ali Cem; "Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimi Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler", 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273 vd; TANRIVER, Süha; "Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2013 vd; TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2018, s. 112 vd; AKKAN, Mine; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017; s. 100 vd; ATALI, Aleyhe Bozma Yasağı, s. 153.

doğası gereği gizli tutulması gereken kişisel ilişkileridir⁹⁷¹. Bu sebeple, kişisel verilerin korunması hakkı, çekişmesiz yargı bakımından da önem taşır.

4.2.2. İlgililerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

4.2.2.1. Alman Hukukunda Durum

Alman hukukunda çekişmesiz yargı işlerinde aleniyet ilkesi kural olarak geçerli değildir. § 170 Abs. 1 S. 1, 2 GVG gereğince aile hukukuna ilişkin dava ve çekişmesiz yargı işleri gizlidir. Ancak taraflardan birisinin iradesine aykırı olmadıkça, mahkeme yargılamanın alenî yapılmasına karar verebilir. Çekişmesiz yargı işlerinde yargılamanın seyri geniş ölçüde mahkemenin takdir yetkisine bırakılmıştır. Ancak malvarlığına ilişkin çekişmesiz yargı işleri bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesine uygun olarak aleniyet ilkesinin geçerli olması gerektiği kabul edilmektedir⁹⁷².

İlgililerin ve üçüncü kişilerin dosya inceleme hakkı ise, § 13 FamFG hükmünde, mülga § 34 FGG düzenlemesi genişletilerek ve açık bir şekilde detaylandırılarak düzenlenmiştir. § 13 Abs. 1 FamFG'e göre, ilgililer, ilgililerden birisinin veya üçüncü bir kişinin ağır basan menfaatine aykırı olmadığı sürece, mahkeme kaleminde dosyayı inceleyebilirler. Söz konusu düzenleme, § 299 ZPO ile büyük ölçüde uyumludur. Doktrinde, ilgilerin dosya inceleme haklarının hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak sınırlandırılmaması gerektiği, aksinin anayasal bir ihlâl yaratacağı belirtilmektedir⁹⁷³. Bu sebeple, sadece kanunlarda öngörülen hallerde dosya inceleme hakkı bakımından hâkime takdir yetkisi verilmesi gerektiği savunulmaktadır.

§ 113 Abs. 1 S. 1 FamFG gereğince evlilik ve aile hukuku uyumsuzluklarında⁹⁷⁴ uygulanmayan § 13 FamFG hükmü, kişisel verilerin korunması yasalarının önüne geçen özel bir düzenleme olduğu için, dosya inceleme hakkı bakımından veri koruma yasalarının sağladığı korumadan yararlanılamaz. Bununla birlikte doktrinde, bu düzenleme

⁹⁷¹ KURU, Nizasız Kaza, s. 163; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 211.

⁹⁷² GAUL, Hans Friedhelm; "Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit", Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 111 vd; YILDIRIM, s. 37; KURT KONCA, Aleniyet İlkesi, s. 211, 212.

⁹⁷³ MüKoFamFG/ PABST FamFG § 13 Rn. 2.

⁹⁷⁴ Evlilik ve aile hukukundan doğan uyumsuzluklarda § 299 ZPO uygulanmaktadır.

yorumlanırken bilginin geleceğini belirleme hakkının dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁷⁵.

4.2.2.2. Avusturya Hukukunda Durum

Avusturya hukukunda çekişmesiz yargı işlerinin aleniyeti, Çekişmesiz Yargı Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar tartışmalara neden olmuştur. Bu dönemde doktrinde bazı yazarlar tarafından çekişmesiz yargı işlerine sıklıkla gizli aile ilişkileri ve malî ilişkiler konu olduğu için aleniyetin bu ilişkilerin öğrenilmesi ve bozulması tehlikesi yaratacağından bahisle, çekişmesiz yargıda gizliliğin esas olması gerektiği savunulmuştur⁹⁷⁶. Diğer bazı yazarlar ise, çekişmesiz yargıda da aleniyetin dava ile aynı kapsamda desteklenmesi gerektiğini kabul ederek, gizliliğin istisna olması gerektiğini belirtmiştir⁹⁷⁷.

Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda ise, aleniyet § 19 AußStrG'de düzenlenmiştir. Buna göre sözlü yargılama alenîdir. Genel ahlâkı ve kamu düzenini tehlikeye atıyorsa, aleniyetin duruşmanın düzenini bozacağına veya işin esasının incelenmesini zorlaştıracığına dair makul endişeler varsa, koruma hakkına sahip olan bir kişinin menfaati için gerekli ise, aleniyet re'sen kaldırılabilir. Aleniyet ayrıca, istisnaî durumlarda, özellikle aile hayatına ilişkin vakıaların görüşülecek olması sebebiyle, taraflardan birisinin talebi üzerine kaldırılır. Aleniyet, duruşmaların tümü veya münferit kısımları için kaldırılabilir. Aleniyet kaldırıldığında, duruşmanın içeriğinin kamuya açıklanması yasaktır. Aleniyet kaldırıldığında, taraflardan biri, kendisi ve vekili dışında güven duyduğu bir kişinin de sözlü yargılamaya katılmasına izin verebilir.

Çekişmesiz Yargı Kanunu'nda dosya inceleme hakkına ilişkin genel bir düzenleme yoktur⁹⁷⁸. Bu durumda, çekişmeli yargıda dosya inceleme hakkını düzenleyen § 219 öZPO'nun uygulanacağı kabul edilmektedir⁹⁷⁹. Bu çerçevede ilgililerin dosya inceleme

⁹⁷⁵ MüKoFamFG/ PABST FamFG § 13 Rn. 3.

⁹⁷⁶ SIMOTTA, Einige Probleme I, s. 797.

⁹⁷⁷ STENZL, s. 60, 61, (dp. 281-284 arasında anılan yazarlar).

⁹⁷⁸ İlgililerin dosya inceleme haklarına kimlik gizlenerek evlat edinme bakımından § 88 AußStrG'de istisna tanınmıştır. Dosya inceleme hakkına ilişkin bir diğer düzenleme, çocuğun danışmanının dosya inceleme hakkı olduğunu kabul eden § 104a AußStrG'de kabul edilmiştir.

⁹⁷⁹ STENZL, s. 89; Avusturya hukukunda dosya inceleme hakkına ilişkin olarak bkznz. Yuk. s. 148 vd.

hakkı kural olarak vardır. Daha sıkı şartlara bağlanan üçüncü kişilerin dosya inceleme hakkı ise, hukukî menfaatlerinin olmasını gerektirir.

4.2.2.3. Türk Hukukunda Durum

Hukukumuzda çekişmesiz yargı işlerinde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, basit yargılama usulü uygulanır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 320'inci maddesinin birinci fıkrasına göre, mahkeme, mümkün olan hallerde tarafları duruşmaya davet etmeden dosya üzerinden karar verir. Bu durumda duruşma yapılmadığı için, tarafların kişisel verilerinin korunması bakımından aleniyet ilkesinden kaynaklanan herhangi bir sorun yaşanmaz. Anılan hükmün ikinci ve üçüncü fıkraları gereğince, daha önce karar verilemeyen hallerde mahkemenin yargılamayı toplamda üç duruşmada tamamlaması gerekir. Anayasa'nın 141'inci ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 28'inci maddelerinde duruşmaların herkese açık olduğu kural olarak kabul edildiği için, çekişmesiz yargıda duruşma yapılan hallerde de aleniyet ilkesi esastır. Böyle durumlarda, gizli yargılamanın şartları varsa aleniyetin kaldırılmasına karar verilebilecektir. Doktrinde, kişiler hukuku ve aile hukukundaki çekişmesiz yargı işlerinde aleniyetin kaldırılmasının eşyanın doğasına uygun olduğu haklı olarak belirtilmektedir⁹⁸⁰.

Çekişmesiz yargı işlerinin tabî olduğu basit yargılama usulünde, dosya inceleme hakkına ilişkin özel bir düzenleme kabul edilmemiştir. Bu sebeple, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'un 322'nci maddesi gereğince, dosya inceleme hakkı bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesi uygulanmalıdır. Bu çerçevede, ilgililer ve ilgili olduğunu ispatlayan üçüncü kişiler hâkimin izniyle dosyayı inceleyebilirler.

4.2.2.4. Değerlendirme

Hukukumuzda çekişmesiz yargı işleri bakımından ilgililerin kişisel verilerinin korunması kaygısı güdülmediği görülmektedir. Kanaatimizce bu durumda çekişmesiz yargı işlerinin niteliği göz önünde bulundurularak, Alman hukukunda olduğu gibi, özellikle kişiler ve aile hukukuna ilişkin işlerde gizliliğin kural olarak kabul edilmesi ya da Avusturya hukukunda olduğu gibi, kural aleniyet olmakla birlikte, aleniyetin kaldırılmasına ilişkin şartların belirlenmesi daha uygun bir yaklaşım olurdu. Aynı şekilde, dosya inceleme hakkı

⁹⁸⁰ KURU, Nizasız Kaza, s. 164.

bakımından da üçüncü kişilerin ilgili olduklarını (yaklaşık olarak) ispat etmeleri ile yetinilmemesi, bu konuda hukukî menfaatlerinin olup olmadığının ve bilginin geleceğini belirleme hakkının göz önünde bulunduruluyor olması gerekirdi. Bu kapsamda, öncelik ilgililerin iradesine verilmeli, eğer rızaları yoksa hukukî menfaatin tespit edilmesi halinde hâkimin izniyle dosyanın incelenmesi sağlanmalıydı. Şu anki durum için, üçüncü kişinin dosyayı hangi kapsamda inceleyebileceğinin belirlenmesi amacıyla, bu konudaki menfaatinin titizlikle belirlenmesi önemlidir. Dosyanın tamamını incelemek konusunda menfaat yoksa, sadece ilgili kısmının incelenmesi sağlanmalıdır⁹⁸¹. Her ne kadar ilgili olduğunu ispat etmesi yeterli görülmüş olsa da, hâkim izin vermeden önce dosyayı incelemesinin üçüncü kişinin ulaşmak istediği amaç için gerekli olup olmadığına dikkat etmelidir. Üçüncü kişinin amacı için ihtiyaç duymayacağı bilgiler mevcutsa, hâkim dosyanın incelenmesine izin vermemelidir.

4.2.3. İlgililerin Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması

Çekişmesiz yargı işlerinde de taraf aleniyeti ilgililer için geçerlidir. Hukukumuz doktrininde, yargılamanın açıklığının ilgililer için değişmeyen bir ilke olduğu, aksinin kabulünün hukukî dinlenilme hakkına zarar vereceği belirtilmektedir⁹⁸². Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da, çekişmeli yargıda taraflar bakımından olduğu gibi, çekişmesiz yargıda ilgililer bakımından dışlanmalarına sebep olacak herhangi bir hal benimsenmemiştir. Bu kapsamda çekişmesiz yargıda da ilgililere duruşma tarihi bildirilmeli ve delillerin ikamesi ve incelenmesi aşamalarına katılma ve soru sorma imkânı verilmelidir⁹⁸³. Nitekim çekişmesiz yargıda, ilgililerin delillerin ikamesi aşamasından uzak tutulmaları için makul bir gerekçe yoktur. Aksine ilgililerin hazır bulunması ve gerektiğinde kendilerine tanık veya bilirkişi beyanlarına itiraz etme imkânı tanınması, yargılama sonucunda gerçeğin bulunmasına hizmet edecektir⁹⁸⁴. Çekişmesiz yargı hâkimi, davada olduğu gibi, konunun aydınlatılmasında ilgililerin iş birliğine ihtiyaç duyar.

Karşılaştırmalı hukukta da kural olarak çekişmesiz yargıda taraf aleniyeti kabul edilmekle birlikte, bazı özel kanunî düzenlemelerde ilgililerin yargılamadan dışlanabileceği

⁹⁸¹ LIEBSCHER, s. 184.

⁹⁸² Bu yönde bkz. KURU, Nizasız Kaza, s. 164; ARAS, s. 76, 77.

⁹⁸³ Alman hukukunda 1900'lü yıllarda çekişmesiz yargıda ilgililerin delil incelemesinin yapılacağı duruşmalara davet edilme ve tanıklara sorular sorma hakları yoktu. Ancak bu durum ilerleyen zamanlarda doktrinde ve yargı kararlarında eleştirilmiş ve terk edilmiştir. KG, NJW 1962, 2114.

⁹⁸⁴ KG, NJW 1962, 2114.

kabul edilmektedir. Örneğin Alman hukukunda, § 7 Abs. 7 SpruchG hükmü ile mahkemenin vereceği karar için önemli olan belgelerin başvuru sahibinin veya mahkemenin talebi üzerine, mahkemece atanmış bir bilirkişiye sunulacağı ve bu durumda mahkemenin, talep olunanın talebi üzerine, özellikle fabrika sırlarının, işletme sırlarının ve ticarî sırların korunması gibi önemli gerekçeler varsa, bir menfaat dengelemesi yaparak, talep edene belgelerin açıklanmamasına karar verebileceği kabul edilmiştir. Bu kapsamda ilgilinin, sır içeren belgeyle sınırlı olarak dosya inceleme hakkı da sınırlandırılabilir. Bunun için belgenin içerdiği sırrın muhakkak ilgiliye ait olması gerekli değildir, üçüncü kişilerin sırlarının korunması amacıyla da bu düzenlemeye başvurulabilmektedir. Talep edene belge hakkında bilgi verilmemesi için, talep olunanın belgenin içeriğinin açıklanması hakkında objektif bir dezavantajla karşılaşacak olması gereklidir. Bu durumda hâkim, talep edenin belgenin içeriğini öğrenme konusundaki menfaati ile talep olunanın sırlarının korunması menfaati arasında bir denge kurarak kararını vermelidir. Doktrinde söz konusu istisnâî düzenlemenin amacı göz önünde bulundurularak, böyle durumlarda sırların korunması menfaatine öncelik verilebileceği kabul edilmekle birlikte, olması gereken bakımından bunun tercihen talep edenin hukukî dinlenilme hakkına mümkün olan en az müdahaleyle gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmektedir⁹⁸⁵. Hâkimin sırların korunması menfaati lehine karar vermesi halinde, ilgili belgenin özel olarak tutulan ayrı bir dosyada saklanması uygun görülmektedir⁹⁸⁶. Ayrıca bilirkişinin incelemesi sonucunda hazırladığı raporda ve mahkemenin vereceği kararda, belgenin içeriğinin açıklanmaması gerekmektedir. Anılan sonuçları nedeniyle bu düzenleme, hukukî dinlenilme hakkını ihlâl ettiği gerekçesiyle çeşitli tenkitlerle karşılaşmaktadır. Neticede böyle bir durumda, belgenin içeriğinin mahkeme kararında kullanılması bakımından hukukî dinlenilme hakkının sınırları dikkate alınmamaktadır. Bu sebeple doktrinde, gizli tutulması gereken belgelerin *kullanım yasağına* (*Verwertungsverbot*) tabi olması gerektiği, bu kapsamda, sadece talep edenin yararına kullanılabilirliği savunulmaktadır⁹⁸⁷. Ayrıca hukuk devleti ilkesinin gerekliliklerine uygun

⁹⁸⁵ WULF, Goette; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Bası, 2015, MüKoAktG/ KUBIS SpruchG § 7 Rn. 22; SCHMITT, Joachim / HÖRTNAGL, Robert / STRATZ, Rolf-Christian, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 7. Bası, Münih 2016, HÖRTNAGL SpruchG § 7 Rn. 21.

⁹⁸⁶ SCHMITT / HÖRTNAGL / STRATZ / HÖRTNAGL SpruchG § 7 Rn. 23; MüKoAktG/ KUBIS SpruchG § 7 Rn. 22.

⁹⁸⁷ SPINDLER, Gerald/ STILZ, Eberhard; Aktiengesetz, 3. Bası, Münih 2015, DRESCHER SpruchG § 7 Rn. 13; SCHMITT/ HÖRTNAGL/ STRATZ/ HÖRTNAGL SpruchG § 7 Rn. 23; MüKoAktG/ KUBIS SpruchG § 7 Rn. 20.

davranılması adına, mahkemenin, kararına esas aldığı ölçüde gizli tutulan belgeyi tanımlayabileceği ve tanımlaması gerektiği belirtilmektedir⁹⁸⁸.

4.3. Tahkim Yargılamasında Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması

4.3.1. Genel Olarak

Tahkim, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konulardan doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların bir kanun hükmü veya sözleşme gereğince bağımsız ve tarafsız hakemler aracılığıyla çözülmesidir⁹⁸⁹. Tahkim, devlet yargısının surrogatıdır⁹⁹⁰. Bu sebeple tahkim özel bir yargılama faaliyeti şeklinde nitelendirilir, hakem kararları da kesin hüküm teşkil eder⁹⁹¹ ve mahkeme kararları gibi icra edilebilir⁹⁹². Yargılama yapıldığı için, medenî yargılama hukukuna hâkim olan bazı temel ilkeler, tahkimde de geçerlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tarafların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkı tahkim bakımından özel olarak koruma altına alınmıştır. Ayrıca, tasarruf ilkesi, doğruyu söyleme ve dürüstlük ödevi, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi de tahkim yargılamasında uygulama alanı bulur. Tasarruf ilkesi, re'sen araştırma ilkesi, yazılılık ilkesi, sözlülük ilkesi ve aleniyet ilkesi gibi ilkelerin uygulanabilirliği ise, tarafların seçimine bağlıdır. Taraflara kural olarak tanınan bu seçim hakkı, özellikle üçüncü kişilere karşı kişisel verilerin ve sırların korunması bakımından bir avantaj sağlar. Ancak tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması konusu ayrıca ele alınmalıdır.

⁹⁸⁸ MüKoAktG/ KUBIS SpruchG § 7 Rn. 22.

⁹⁸⁹ Tahkime ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul 2001, s. 5874; SCHWAB, Karl Heinz/ WALTER, Gerhard; Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Bası, Münih 2005, Einleitung Rn. 1 vd; SCHÜTZE, Rolf A.; Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. Bası, Münih 2012, s. 1 vd; JHERING, Gero von; Die Wirkung von Schiedsvereinbarungen, Schiedsklauseln und Schiedssprüchen im Gesellschaftsrecht: Eine Zusammenführung von Schiedsverfahrens- und Gesellschaftsrecht, Frankfurt 2013, s.1 vd; PEKCANITEZ, Hakan/ YEŞİLIRMAK, Ali; Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017, s. 2593 vd.

⁹⁹⁰ JHERING, s. 1.

⁹⁹¹ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. ERDOĞAN, Ersin; Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara 2017, s. 78 vd.

⁹⁹² ERMENEK, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Davayı Kabul, Ankara 2009, s. 157; ERMENEK, İbrahim; "Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar", Bağlantılı Dava, Hakan PEKCANITEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 1226, PEKCANITEZ/ YEŞİLIRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2594.

4.3.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

Tarafların kişisel verilerinin ve özellikle de sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması, aleniyet ilkesinin uygulama alanıyla bağlantılıdır. Tahkimin zorunlu veya ihtiyarî nitelik taşıması, aleniyet ilkesinin uygulanması bakımından farklılık yaratır.

Devlet yargısının bir uzantısı sayılan zorunlu tahkim, uyuşmazlığın kanun gereği tahkim yoluyla çözümlenmesini mecburî kılar⁹⁹³. Zorunlu tahkimde tarafların tahkime başvurmak konusunda iradesi bulunmadığından, hakem kurulu adil yargılanma hakkının tüm unsurlarını sağlamalıdır. Dolayısıyla, zorunlu tahkimde yargılama kural olarak alenî surette gerçekleştirilir⁹⁹⁴.

Tarafların uyuşmazlığın çözümü için tahkim yolunu seçmekte serbest oldukları hallerde ise, ihtiyarî tahkim söz konusudur⁹⁹⁵. İhtiyarî tahkimde taraf egemenliği hâkim olduğu için, tarafların aksini kararlaştırmamaları halinde, yargılama gizli yapılır⁹⁹⁶. Gizlilik esas olduğu için, tahkim yargılamasında kişisel verilerin korunması hakkı bakımından aleniyet ilkesi ve dosya inceleme hakkından kaynaklanan herhangi bir sorun yaşanmaz. Tahkim yargılaması, hakem heyeti, taraflar ve tarafların vekilleri huzurunda gerçekleştirilir. Taraflar dışındaki üçüncü kişilerin duruşmaları izleme imkânı kural olarak yoktur. Bu sebeple, uyuşmazlık gizli bir şekilde çözümlenir. Yargılama sırasında sunulan belgelerden elde edilen ve öğrenilen bilgiler bakımından da sır saklama yükümlülüğü vardır⁹⁹⁷. Ayrıca tahkim sonunda verilen karar kural olarak yayımlanmaz⁹⁹⁸. Söz konusu özellikler, bilgilerinin gizliliğinin korunmasını isteyen kişiler için tahkimin olumlu yönünü oluşturur⁹⁹⁹.

⁹⁹³ PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2613; KURT KONCA, Aleniyet, s. 233; YAZICI TIKTIK, s. 86.

⁹⁹⁴ YACIZI TIKTIK, s. 86, 87; KURT KONCA, Aleniyet, s. 233.

⁹⁹⁵ PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2613; KURT KONCA, Aleniyet, s. 233; YAZICI TIKTIK, s. 86.

⁹⁹⁶ RITZ, s. 55; GÜNTHER, Klaus; "Einschränkungen der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen", FS für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, s. 342; DEREN-YILDIRIM, Nevhis; "Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri", ABD 2002-4, s. 40; ÖZSUNAY, Ergun; "Tahkim Yargılamasından Mahremiyet", Uluslararası Ticarî Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul, 2004-16, s. 123; TARMAN, Zeynep Derya; "Tahkim ve Gizlilik", MÜHFD, 2008/ 1, s. 305; ayrıca hakemlerin sır saklama yükümlülükleri hakkında bkz. KONURALP, Emre; "Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu İle İlişkisi", MİHDER, C. 13, Sy. 38, 2017/ 3, s. 759 vd.

⁹⁹⁷ ÖZSUNAY, s. 123.

⁹⁹⁸ DEREN-YILDIRIM, s. 41.

⁹⁹⁹ Tahkim yargılamasının olumlu ve olumsuz yönleri hakkında bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 38 vd.

Nitekim, tahkime başvurulmasının en önemli sebeplerinden birisi, yargılamanın gizli yapılmasıdır¹⁰⁰⁰.

4.3.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması

Tahkim yargılamasında gizlilik, doğrudan ve dolaylı aleniyet bakımından geçerli olduğu için, devlet yargısında olduğu gibi tahkim yargılamasında da taraf aleniyeti gizliliğin korunması karşısında bir tehdit olarak görülebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 423'üncü maddesinde açıkça ifade edildiği gibi, taraflar, tahkim yargılamasında eşit hak ve yetkiye sahiptirler. Taraflara hukukî dinlenilme hakkını kullanma imkânı tanınır. Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun madde 8/ B hükmünde de benzer bir düzenleme vardır ve tahkim yargılamasında taraflara iddia ve savunmalarını ileri sürme olanağı tanınacağı kabul edilmiştir. Kural, tahkim yargılamasının her aşamasında hukukî dinlenilme hakkının tüm unsurlarının yerine getirilmesi, diğer bir ifadeyle hukukî dinlenilme hakkının devlet yargısıyla aynı kapsamda sağlanmasıdır¹⁰⁰¹. Bu bağlamda hukukî dinlenilme hakkının bir uzantısı olan taraf aleniyeti, tahkim yargılamasında da geçerlidir.

Tahkim yargılamasının yapısı, devlet yargısına nazaran çok daha özgür olabilir. Bu bakımında tahkim yargılamasının devlet yargılaması karşısında bir dizi avantaja sahip olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁰². Kanunun emredici hükümlerinin koyduğu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla, tahkim yargılamasına serbestlik hâkimdir. Söz konusu serbestliğin tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunmasına imkân sağlayıp sağlamayacağı hususu ayrıca tartışılmalıdır.

Taraflar, tahkimde uygulanacak yargılama usulünü serbestçe kararlaştırabilirler¹⁰⁰³. Nitekim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 424'üncü maddesine göre, taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu Kısımın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama

¹⁰⁰⁰ AYHAN İZMİRLİ, Lâle; "Lex Mercatoria'da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, s. 184; TÜYSÜZ, Cemre; "Milletlerarası Ticarî Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, Sy. 2, s. 847; TARMAN, s. 305.

¹⁰⁰¹ SCHÜTZE, s. 93; JHERING, s.11; ÖZEKES, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 222.

¹⁰⁰² GÜNTHER, s. 342.

¹⁰⁰³ WAGNER, Gerhard; "Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre", Schiedsverfahren, FS für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, s. 535 vd.

yaparak belirleyebilirler. Taraflar arasında böyle bir sözleşme yoksa hakem veya hakem kurulu, tahkim yargılamasını, bu Kısımın hükümlerini gözeterek uygun bulduğu bir şekilde yürütür.

Tahkimde yargılama usulü serbestisi bakımından kanunla yasaklanmayan her şey, caizdir¹⁰⁰⁴. Bu çerçevede tarafların sırları bağlamında ortaya çıkan problemin çözümü için uygulanabilecek birçok imkân vardır. Doktrinde bu imkânlar farklı şekillerde ele alınmaktadır. Örneğin, söz konusu belgeye sadece hakem kurulunun veya sadece bir bilirkişinin erişebilmesi ya da belgenin tümüne hakem kurulu erişebilirken, karşı tarafa sınırlı bir erişim imkânının tanınması gibi çözüm önerilerinin tartışılması mümkündür¹⁰⁰⁵. Bu kapsamda, bazı münferit çözümlerin tahkim yargılaması bakımından uygulanabilirliği ele alınmalıdır.

4.3.3.1. Metinlerin Karartılması ve Kısıtlamalar Yapılması

Tahkim yargılamasında tarafların sırlarının birbirlerinden korunması için, belgelerde karartma veya kısaltma yapılabileceği doktrinde belirtilmektedir¹⁰⁰⁶. Ayrıca, tarafların belgeleri sadece hakemin huzurunda inceleyebilmesi ve incelenen belgenin örneğini alamaması bir çözüm olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰⁷. Ancak gizli tutulan kısımlar uyuşmazlık için önemli olduğunda, metinlerin karartılması ve kısaltılmasının bir çözüm olarak görülmemesi gerekir¹⁰⁰⁸. Tarafların belgeleri sadece hakemin huzurunda inceleyebilmesi ve incelenen belgenin örneğini alamaması ise, sırlara yeterli korumayı sağlamaz¹⁰⁰⁹. Bu sebeple söz konusu çözümlerin çok dar bir uygulama alanı vardır.

4.3.3.2. Somutlaştırma Yükünün Hafifletilmesi

Doktrinde bazı yazarlar, tarafların ticarî sırlarının korunması için vakıalar bakımından somutlaştırma yükümlülüğünün hafifletilmesini önermektedir¹⁰¹⁰. Ancak bu durumda, tahkim kurulunun kararına dayanak teşkil edebilmesi ve karşı tarafın mağdur

¹⁰⁰⁴ SAWANG, s. 293.

¹⁰⁰⁵ GÜNTHER, s. 351 vd.

¹⁰⁰⁶ GÜNTHER, s. 354.

¹⁰⁰⁷ GÜNTHER, s. 354.

¹⁰⁰⁸ SAWANG, s. 296.

¹⁰⁰⁹ SAWANG, s. 296.

¹⁰¹⁰ SAWANG, s. 296.

edilmemesi için, gizli tutulması gereken vakıaların açıklanmasından genel anlamda vazgeçilmesi mümkün değildir¹⁰¹¹. Bunun yerine, ispat yükünü taşıyan tarafın somutlaştırma yükü, ticarî sırlarının korunması için gerekli ölçüde hafifletilmelidir¹⁰¹². Bunun sonucunda oluşan bilgi eksikliği, özellikle bilirkişi delili olmak üzere, hakem heyetinin bizzat başka bilgi kaynaklarını araştırmasıyla dengelenebilir. Nitekim tahkim yargılamasında re'sen araştırma ilkesi hâlihazırda geçerlidir ve bu sebeple hakem heyeti tarafından yapılacak araştırma tereddütle karşılanmaz.

Fakat söz konusu görüşün önemli zaafı vardır. Öncelikle, ispat yükünü taşıyan tarafın dayandığı sırrın *somitlaştırılmayı* haklı çıkarıp çıkarmadığının incelenmesi gerekir. Sonuç olarak somutlaştırma yükünün hafifletilmesi, hakem heyetini delil toplamaktan kurtarmaz. Dolayısıyla somutlaştırma yükünün hafifletilmesi, tek başına problemi çözemez, aksine çok aşamalı çözümün bir parçası olabilir¹⁰¹³. Ayrıca, yeterince somutlaştırmaktan kaçınma, ispat yükünü taşıyan tarafça evvela inandırıcı bir şekilde açıklanan bir hakkın varlığının varsayılmasına yol açar. Varlığından şüphe duyulan bir hakkın korunması için, bunun açıklanmasından vazgeçilmesi de aslında döngüsel muhakemenin bir sonucu olabilir¹⁰¹⁴.

4.3.3.3. Teminat Alınması

Teminat alınması, sırların mutlak anlamda korunmasından ziyade, sırların öğrenilmesinden dolayı duyulan ihlâl korkusunun önlenmesi ve en azından ihlâlin ekonomik sonuçlarının hafifletilmesini amaçlar¹⁰¹⁵. Dolayısıyla bu çözüm, sırlara etkin bir koruma sağlamaz. Ayrıca teminat alınması bazı sorunları da beraberinde getirir¹⁰¹⁶. Öncelikle teminatın hangi süre için sağlanacağı ve hangi miktarda alınacağını tespiti zordur. Sırları öğrenen tarafın teminatı karşılayayıp karşılayamayacağı da belirsizdir. Sırların hukuka

¹⁰¹¹ STADLER, NJW 1989, s. 1203; SAWANG, s. 296.

¹⁰¹² OLG Nürnberg, JurionRS 1984, 18223= BB 1984, 1252; STADLER, NJW 1989, s. 1203; SAWANG, s. 296.

¹⁰¹³ SAWANG, s. 297.

¹⁰¹⁴ SAWANG, s. 297.

¹⁰¹⁵ STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 185 vd; SAWANG, s. 298; konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Yuk. s. 190.

¹⁰¹⁶ KERSTING, s. 291 vd; PLOCH-KUMPF, s. 165 vd; SAWANG, s. 299; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 222; STÜRNER, JZ 1985, s. 458; STADLER, Schutz des Unternehmensgeheimnisses, s. 259.

aykırı kullanımının ispatının zorluğu ve zararın para ile giderilmesinin çoğu durumda sırların ortaya çıkmasının karşılığı olamaması da bu çözümün sorunlarından.

4.3.3.4. Sır Saklama Şartı/ Sözleşmesi Yapılması

Tahkim yargılamasında sırların korunması için uygulanabilecek diğer bir çözüm, tarafların birbirlerinden öğrendikleri sırları karşılıklı olarak, sadece üçüncü kişilere karşı değil, aynı zamanda kendi kullanımlarına karşı da korumaları için sır saklama yükümlülüğü kararlaştırmalarıdır¹⁰¹⁷. Ancak bu çözüm de, ihlâlin ispatın ve zararın miktarının belirlenmesinin zorluğu gibi konularda, teminat alınmasına benzer sorunları beraberinde getirebilir. Çünkü bu durumda da sırlara mutlak bir koruma sağlanmamakta, aksine öğrenilen sırların korunması için karşılıklı sır saklama yükümlülüğü kabul edilmektedir.

4.3.3.5. Tarafların Hukukî Dinlenilme Haklarından Önceden Vazgeçmeleri

Tahkim yargılamasında sırların korunması için ileri sürülen diğer bir çözüm, tarafların karşılıklı olarak belirli vakıalar hakkında bilgi sahibi olmaktan vazgeçmeleri ve bunların sadece hakem kurulu veya tarafsız bir üçüncü kişiye açıklanmalarına rıza göstermeleridir¹⁰¹⁸. Tarafların bu yöndeki rızaları münferit bir delille de sınırlandırılabilir. Tarafların bunu ayrı bir sözleşme ile veya usul kanunu gereğince delilden vazgeçme suretiyle¹⁰¹⁹ gerçekleştirmelerinin mümkün olduğu kabul edilmektedir¹⁰²⁰.

Birinci bölümde üzerinde durmuş olduğumuz gibi¹⁰²¹, hukukî dinlenilme hakkından sonradan vazgeçilebileceği genel olarak kabul edilmekle birlikte¹⁰²², ağır basan görüş haktan önceden vazgeçilmesini caiz görmemektedir¹⁰²³. Bununla birlikte, vazgeçen tarafın hukukî durumunun iyileştiği hallerde, bunun mümkün olabileceği de belirtilmektedir.

¹⁰¹⁷ SAWANG, s. 299.

¹⁰¹⁸ SAWANG, s. 301.

¹⁰¹⁹ HMK md. 196 hükmüne göre, delil gösteren taraf, karşı tarafın açık izni olmadıkça, o delile dayanmaktan vazgeçemez.

¹⁰²⁰ SAWANG, s. 301.

¹⁰²¹ Bu yönde bkz. Yuk. s. 96 vd.

¹⁰²² STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225; SAENGER, ZPO § 1059 Rn. 26; PLOCH-KUMPF, s. 201; MALMSTRÖM, s. 246.

¹⁰²³ WREDE, s. 201, 202; MALMSTRÖM, s. 247; STADLER, NJW 1989, s. 1204; STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 225; KERSTING, s. 281.

Aynı durum tahkim yargılaması bakımından da geçerlidir. Burada da, hukukî dinlenilme hakkından önceden vazgeçilmesi konusu, ispat yükünü taşıyan ve ispat yükünü taşımayan taraf bakımından ayrı ayrı ele alınmaktadır¹⁰²⁴. Bizim de kabul ettiğimiz gibi¹⁰²⁵, sır içeren delilin ispat yükünü taşımayan tarafın elinde olduğu hallerde, ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkında istisnâ olarak önceden vazgeçebileceği¹⁰²⁶; aksi durumun ise makul olmadığı savunulmaktadır. Buna göre, hak arayan kişinin hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılabilir, çünkü hukukî dinlenilme hakkı etkin hukukî korumayı imkânsız kılmaya değil, bunu sağlamaya bunu hizmet eder¹⁰²⁷. Böyle bir durumda vazgeçme somut bir ispat konusuyla sınırlandırılmalıdır. Böylece ispat yükünü taşıyan taraf, vazgeçmesinin etkisini ve sonuçlarını öngörebilir¹⁰²⁸.

4.3.3.6. Taraf Aleniyetinin Sınırlandırılması

Tahkim yargılamasında da taraf aleniyeti geçerlidir. Sırların korunması için en etkili çözüm ise, taraflardan birinin sırlarının karşı tarafın bilgisinden alıkonulmasıdır. Söz konusu çözümün tahkim yargılamasında uygulanması, iki ayrı yol üzerinden tartışılmaktadır. Bu yollardan ilki *taraflardan biriyle özel oturum yapılması: Caucusing*, diğeri *kapalı yargılama: in camera Verfahren*'dir.

4.3.3.6.1. Taraflardan Biriyle Özel Oturum Yapılması: Caucusing

Caucusing, arabuluculuk sürecinde, arabulucunun uyuşmazlığın taraflarından her biri veya temsilcileri ile birbirlerinden ayrı olarak özel oturumlar yapmasıdır¹⁰²⁹. Özel oturumlar gizli olduğu için, özel oturum yapılan tarafın açık izni olmadıkça, burada görüşülen hiçbir konu hakkında diğer tarafa bilgi verilmez. Özel oturumlarda taraflar genellikle, karşı tarafla birlikte yapılan toplantılara nazaran, gizli bilgilerini açıklamak konusunda daha rahat ve hazır olurlar¹⁰³⁰.

¹⁰²⁴ SAWANG, s. 301 vd.

¹⁰²⁵ Hukukî dinlenilme hakkından vazgeçilmesi konusunda bkz. Yuk. s. 103 vd.

¹⁰²⁶ SAWANG, s. 303.

¹⁰²⁷ SAWANG, s. 303.

¹⁰²⁸ STÜRNER, Aufklärungspflicht, s. 228; SAWANG, s. 303.

¹⁰²⁹ BREIDENBACH, Stephan; Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, s. 157 vd; HORVATH, Günther J.; "Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation-Ein glückliches Paar?", SchiedsVZ 2005, 298 vd.

¹⁰³⁰ SAWANG, s. 305.

Caucusing'in tahkim yargılamasında uygulanabilirliği ise, ayrı bir tartışmanın konusudur. Ağır basan görüş, bunu haklı olarak reddetmektedir¹⁰³¹. Nitekim tahkim yargılamasında hakem kurulunun taraflarla yalnız başına görüşmeleri mümkün değildir¹⁰³². Aksinin kabulü, tahkim yargılamasına hâkim olan ilkelerle bağdaşmaz. Tahkim yargılamasında da geçerli olan hukukî dinlenilme hakkı gereği, taraflar birbirlerini dinleyebilmeli, birbirlerine soru sorabilmeli ve birbirlerinin iddiaları hakkında açıklama yapabilmelidirler. Ayrıca *caucusing*, sırların korunması suretiyle delillerin toplanmasına değil, aksine, özellikle anlaşma önerilerinin tespiti için, taraflarla bire bir görüşme yapılmasına imkân tanır¹⁰³³. Bu bağlamda hakem, arabulucunun rollerini üstlenemez. Arabuluculuk sistemi, tahkim yargılamasının aksine, tarafların karşılıklı olarak anlaşmaya varmalarını hedeflediğinden, *caucusing* sırasında elde edilen bilgilerin karar vermeye yetkili organca kullanılması gibi bir sorun arabuluculuk bakımından ortaya çıkmaz. Fakat tahkim yargılamasında bu yöntemle başvurulmasının kabul edilmesi halinde, uyuşmazlık hakkında karar verecek hakemlerin özel oturumlarda öğrendikleri bilgilerden etkilenme ya da bunları açıklayan tarafa karşı kullanma ihtimalları doğar¹⁰³⁴. Sonuç olarak, *caucusing* tahkim yargılamasında tarafların sırlarının korunması için başvurulabilecek bir çözüm değildir.

4.3.3.6.2. Kapalı Yargılama

Kapalı yargılama, devlet yargısında olduğu gibi, tahkim yargılamasında da tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması için başvurulabilecek etkili bir çözüm olarak görülmektedir¹⁰³⁵. Kapalı yargılamanın bir taraftan delillerin gösterilmesine diğer taraftan sırların korunmasına aynı anda hizmet eden yapısı, taraflardan sadece birinin değil, her ikisinin de haklarının sağlanması için bir avantaj olarak nitelendirilmektedir¹⁰³⁶.

Tahkim yargılamasında da taraflar hukukî dinlenilme hakkına sahiptirler. Tarafların hukukî dinlenilme hakkının tüm unsurlarından tam olarak yararlanmaları gerekir¹⁰³⁷. Bu kapsamda taraflar, tahkimin başından sonuna kadar yargılama ile ilgili bilgilere sahip olabilirler, açıklama haklarını kullanabilirler, hakemler de, tarafların yaptıkları iddia ve

¹⁰³¹ HORVATH, s. 298; SAWANG, s. 307.

¹⁰³² IBA'nın Milletlerarası Hakemler İçin Etik Kuralları'nda da sadece hakemler ile taraflar arasında yapılacak her türlü tek taraflı iletişim yasaklanmıştır.

¹⁰³³ SAWANG, s. 307.

¹⁰³⁴ HORVATH, s. 300.

¹⁰³⁵ RITZ, s. 213 vd.

¹⁰³⁶ SAWANG, s. 307.

¹⁰³⁷ PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2766.

savunmalar ile sundukları delilleri dikkate alıp değerlendirerek bir karar verirler. Tarafların bilgi sahibi olup, açıklama yapabilmeleri için yargılama işlemlerine katılabilmeleri ve karşı tarafın beyan ve delilleri hakkında bilgi sahibi olabilmeleri gerekir¹⁰³⁸. Ancak tahkim yargılamasında da tarafların sırlarının birbirlerine karşı korunması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Böyle durumlarda, hakemlerin istisnaî olarak karşı taraftan sır içeren hususları saklayabilecekleri kabul edilmektedir¹⁰³⁹. Bunu gerçekleştirmenin yolu ise, kapalı yargılamadır.

Tahkim yargılamasında da kapalı yargılama, daha önce anlatmış olduğumuz usule göre yapılır¹⁰⁴⁰. Kapalı yargılamanın ilk aşamasında sırrın korunmaya değer olup olmadığına tespit edilmesi gerekir¹⁰⁴¹. Bu konuda karar verilirken, sırrın açıklanmasının beklenebilirliğinin yanında, delil değeri de dikkate alınmalıdır¹⁰⁴².

Sırların korunmaya değer görülmesi halinde, kapalı yargılama aşamasına geçilir. Bu aşamada, sadece ispat yükünü taşıyan taraf hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılarak yargılamadan dışlanabilir. Kapalı yargılama yapılmazsa, ispat yükünü taşıyan taraf hukukî dinlenilme hakkına tamamen sahip olur, fakat etkin hukukî korumadan yararlanamaz¹⁰⁴³. Kapalı yargılama ise, hem ispat yükünü taşımayan tarafın sırlarının korunmasına, hem de ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî korumaya kavuşmasına imkân tanır. Her ne kadar farklı görüşler olsa da¹⁰⁴⁴, kanaatimizce ispat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanması makul görülmemelidir¹⁰⁴⁵. Burada da kapalı yargılamanın olumsuz etkilerinin azaltılması için avukat çözümü uygulanabilir¹⁰⁴⁶. Böylece dışlanan tarafın uğrayabileceği

¹⁰³⁸ PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2766, 2767.

¹⁰³⁹ PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2767.

¹⁰⁴⁰ Kapalı yargılama usulüne ilişkin olarak bkz. Yuk. s. 220 vd.

¹⁰⁴¹ İlk aşamada yapılacak incelemenin, hakem kurulunun öğrendiği bilgilerden etkilenmesi tehlikesinin giderilmesi adına, Düsseldorf usulüne benzer şekilde, tarafsız bir üçüncü kişi tarafından yapılabileceği belirtilmektedir. GÜNTHER, s. 351 vd; RITZ, s. 216; SAWANG, s. 312 vd.

¹⁰⁴² GÜNTHER, s. 353; SAWANG, s. 310 vd.

¹⁰⁴³ SAWANG, s. 316.

¹⁰⁴⁴ İspat yükünü taşımayan tarafın da yargılamadan dışlanabileceğini kabul eden görüş, ispat yükü dağılımına göre tarafların ticarî sırlarına farklı muamelede bulunulmasının her durumda haklı çıkarılamayacağını savunmaktadır. Bu görüşe göre söz konusu durumda da etkin hukukî koruma ile sırların korunması arasındaki çıkar çatışmasının daha özenli bir şekilde çözülüp çözülemeyeceği meselesi söz konusudur. İspat yükünü taşımayan tarafın da yargılamadan dışlanabileceğinin kabul edilmesi ise, bu meselenin çözümüne hizmet eder. Aksi takdirde, ispat yükünü taşıyan tarafın sır saklama menfaati görmezden gelinmiş olur. Dolayısıyla kapalı yargılamanın her iki durumda da caiz görülmesi gerekir. Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. SAWANG, s. 317 vd.

¹⁰⁴⁵ İspat yükünü taşımayan tarafın yargılamadan dışlanmasının makul görülmemesi sebepleri için bkz. Yuk. s. 108 vd.

¹⁰⁴⁶ Doktrinde, müvekkilin avukatına büyük bir güven duymasının gerekmesi ve sırrı öğrenmemesi gereken tarafın avukatına hassas bilgilerin açıklanıyor olması gibi, avukat çözümünün doğurduğu bazı riskler göz

dezavantajlar bu orta yol sayesinde yumuşatılır. Bu durumda da, dışlanan tarafın avukatı kendi müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlüdür. Çünkü avukat çözümü sadece avukat ile müvekkili arasındaki bilgi akışının sınırlandırılması halinde amaca uygun olur. Devlet yargısına benzer şekilde¹⁰⁴⁷, tahkimde de, protokoller hazırlanırken, dosya tutulurken ve kararın gerekçesi yazılırken sırların korunmasına dikkat edilmeli, ayrıca kapalı yargılamayı tamamlayıcı ve destekleyici bazı önlemler de alınmalıdır¹⁰⁴⁸.

Keza tahkimde de kapalı yargılamanın uygulanabilmesi için özel bir kanunî dayanağın varlığı gerekir¹⁰⁴⁹. Aksi takdirde, tahkim yargılamasından dışlanan tarafın hukukî dinlenilme hakkının ihlâl edildiği gerekçesiyle, hakem kararına karşı iptal davası açılması gündeme gelir. Çünkü bu durumda yargılamadan dışlanan taraf hukukî dinlenilme hakkının tüm unsurlarından yararlanamamış olur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 439'uncu maddesinin ikinci fıkrasının f bendine göre, tarafların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkına riayet edilmediği tespit edilirse, hakem kararları iptal edilebilir¹⁰⁵⁰.

4.4. Arabuluculuk Sürecinde Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması

4.4.1. Genel Olarak

Arabuluculuk, arabuluculuk yapma yetkisini haiz ve fakat karar verme yetkisini haiz olmayan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişi eşliğinde sürdürülen müzakereler sonucunda, tarafların gönüllü bir şekilde ve karşılıklı olarak anlaşmaları yoluyla uyuşmazlığı çözmelerini hedefleyen bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir¹⁰⁵¹. Arabuluculukta,

önünde bulundurulur, bunun yerine hakem mahkemesi ile bir bilirkişinin veya tarafların anlaşması halinde bir hakem-bilirkişinin, sırların korunması menfaatinin caiz kıldığı ölçüde, yapılan inceleme hakkında ya her iki tarafa da danışarak ya da bu teknik olarak uygulanabilir değilse, taraflardan hiçbirine danışmadan delili inceleyeceği bir usul izlenmesi önerilmektedir. Taraflardan hiçbirine danışılmaması halinde, yargılamadan dışlanan taraf(lar)ın menfaatlerinin temsil edilebilmesi için ayrıca bilirkişi atanmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bu yönde bkz. GÜNTHER, s. 352 vd; SAWANG, s. 325 vd.

¹⁰⁴⁷Kapalı yargılamayı tamamlayıcı önlemlere ilişkin olarak bkz. Yuk. s. 224 vd.

¹⁰⁴⁸Tamamlayıcı önlemlere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. SAWANG, s. 332 vd.

¹⁰⁴⁹Aksi görüşte bkz. SAWANG, s. 308, Sawang'a göre, kapalı yargılama, özel bir düzenleme olmaksızın da tahkim yargılamasında uygulanabilir. Meşru bir sır saklama menfaati mevcutsa ve sırların korunması için başka bir çözüm bulunamıyorsa, pratik uyum ilkesi gereğince hukukî dinlenilme hakkı sınırlandırılarak menfaatler arasında denge kurulabilir. Kanaatimizce bu denli ağır bir müdahale, ancak kanunî bir dayanağın varlığı halinde makul görülebilir. Kapalı yargılama bakımından gerekli olan kanunî dayanağa ilişkin görüşlerimiz için bkz. Yuk. s. 228 vd.

¹⁰⁵⁰Tarafların eşitliği ilkesi ve hukukî dinlenilme hakkına uyulmamasına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. PEKCANITEZ/ YEŞİLİRMAK, Pekcanitez Usûl III, s. 2763 vd.

¹⁰⁵¹Arabuluculuk hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TANRIVER, Süha; "Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış", Arabuluculuk, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 827 vd; ÖZBEK, Mustafa Serdar; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Ankara

devlet yargısında ve tahkimde olduğu gibi, tarafların arasındaki uyuşmazlığın çözümü hakkında kararı yetkili bir merci vermez, aksine taraflar uyuşmazlığı bizzat kendileri çözerler. Bu sebeple taraflar elde etmek istedikleri menfaatlara kendi istek ve gayretleriyle azami düzeyde ulaşmaya çalışırlar¹⁰⁵². Bunun için tarafların birbirleriyle rahatça iletişim kurabilmeleri gerekir¹⁰⁵³. Tarafların birbirleriyle rahatça iletişim kurmaları ise, birbirlerine ve arabulucuya güven duymaları halinde mümkün olabilir. Söz konusu güveni sağlayacak en önemli araç, arabuluculuk sürecine hâkim olan gizlilik ilkesidir¹⁰⁵⁴. Kişisel Verilerin Korunması Kurulu tarafından herhangi bir gerekçe gösterilmeksizin verilen 05.07.2018 tarih ve 2018/ 75 sayılı arabulucuların veri sorumluları siciline kayıt zorunluluğundan istisna tutulmasına yönelik kararı ise¹⁰⁵⁵, bu süreçte arabulucuların Kanun ve Yönetmeliklerden doğan verilerin korunmasına ilişkin yükümlülükleri devam ediyor olsa da, kişisel verilerin korunması sorununu daha önemli hale getirmektedir. Arabuluculuk sürecinin taraflarının kişisel verilerinin ve sırlarının korunmasına da imkân sağlayan gizliliğin daha ayrıntılı olarak ele alınması yerinde olacaktır.

4.4.2. Arabuluculukta Gizlilik

4.4.2.1. Genel Olarak

Arabuluculukta gizlilik, arabuluculuk sürecinin alenî olmamasını ifade eder¹⁰⁵⁶. Gizliliğin sağlanması, arabuluculuk sürecinin başarıya ulaşması için sağlanması gereken vazgeçilemez bir temel ilkedir¹⁰⁵⁷. Arabuluculuk sürecinin olumlu yönlerinden birisi olarak değerlendirilen bu durum¹⁰⁵⁸, uyuşmazlığın bilinir hale gelmesinin ve tarafların bilgilerinin, özellikle de ticarî, ekonomik ve kişisel sırlarının ifşa edilmesinin önlenmesi gibi aleniyet sebebiyle ortaya çıkabilecek olumsuzlukların önüne geçilmesini sağlar¹⁰⁵⁹. Gizlilik ilkesinin tamamlayıcısı olarak, arabulucunun, tarafların ve arabuluculuk sürecine katılan üçüncü

2013, s. 555 vd; GROLIMUND, Pascal; “Mediation: Balance zwischen Freiheit und Förmlichkeit”, ZJP, 123. Bd., H. 4, 2010, s. 393 vd; ÖZEKES, Pekcanitez Usûl III, s. 2813 vd; YAZICI TIKTIK, s. 3 vd.

¹⁰⁵² YAZICI TIKTIK, s. 10.

¹⁰⁵³ YAZICI TIKTIK, s. 51.

¹⁰⁵⁴ ÖZBEK, s. 572 vd; YAZICI TIKTIK, s. 51 vd.

¹⁰⁵⁵ Söz konusu karar için bkz. <https://kvkk.gov.tr/Icerik/5270/2018-75>, E.T. 25.11.2018.

¹⁰⁵⁶ DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 88 vd; YAZICI TIKTIK, s. 55; ÖZBEK, s. 572 vd; RABE/ WODE, s. 18 vd.

¹⁰⁵⁷ GROLIMUND, s. 402; KURZWEIL, Elisabeth; “Akteneinsichtsrecht in “Mediationsakten”?”, ZJP, 123. Bd., H. 1, 2010, s. 81.

¹⁰⁵⁸ DEREN-YILDIRIM, Arabuluculuk, s. 88; ÖZBEK, s. 262; YAZICI TIKTIK, s. 55.

¹⁰⁵⁹ ÖZBEK, s. 262; YAZICI TIKTIK, s. 55.

kişilerin kanundan kaynaklanan sır saklama yükümlülükleri vardır¹⁰⁶⁰. Ayrıca, arabuluculuk süreci sonrasında aynı uyumsuzlukla ilgili olarak hukuk davası açıldığında yahut tahkim yoluna başvurulduğunda, bazı beyan, bilgi ve belgeler delil olarak ileri sürülmesi ve bunlar hakkında tanıklık yapılması mümkün değildir. Anılan özellikler çerçevesinde arabuluculuk sürecinde gizlilik, tarafların gizlilikten beklentileri de dikkate alınarak, dış ilişkide gizlilik ve iç ilişkide gizlilik olarak iki başlık altında incelenebilir¹⁰⁶¹.

4.4.2.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması: Dış İlişkide Gizlilik

Dış ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecinde paylaşılan beyanların, bilgilerin ve belgelerin üçüncü kişilere karşı gizli tutulmasını ifade eder¹⁰⁶². Buna göre ilk kez arabuluculuk sürecinde açıklanan ve ilgililerin başka suretle kolayca elde edemeyecekleri bilgiler, sır saklama yükümlülüğü gereğince süreç dışındaki üçüncü kişilere aktarılamaz¹⁰⁶³. Aksi halde sır saklama yükümlülüğüne aykırı davranmalarından dolayı sorumlulukları doğar.

Dış ilişkide gizlilik, taraflar ve arabulucu bakımından birçok avantaj doğurur. Bu sayede taraflar müzakereler sürecinde dürüstlüğe teşvik edilir, tarafların yüksek korunma gereksinimleri karşılanır, birbirlerine ve arabulucuya güvenleri tesis edilir ve arabulucunun tarafsızlığı sağlanır¹⁰⁶⁴. Söz konusu özellikler, arabuluculuğun tercih edilmesinin önemli sebeplerindendir.

4.4.2.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması: İç İlişkide Gizlilik

İç ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecinin taraflarının arasındaki gizliliği ifade eder¹⁰⁶⁵. İç ilişkide gizlilik, arabulucunun *caucusing: özel oturumlar yapması* halinde söz konusu olur. Yukarıda kısaca belirtmiş olduğumuz gibi¹⁰⁶⁶, özel oturumlar, devlet yargısı ve

¹⁰⁶⁰ ÖZBEK, s. 1045; YAZICI TIKTIK, s. 55 vd.

¹⁰⁶¹ KURZWEIL, s. 81; YAZICI TIKTIK, s. 95 vd.

¹⁰⁶² YAZICI TIKTIK, s. 95; KURZWEIL, s. 81.

¹⁰⁶³ KURZWEIL, s. 81.

¹⁰⁶⁴ YAZICI TIKTIK, s. 104 vd.

¹⁰⁶⁵ KURZWEIL, s. 81, 82; YAZICI YIKTIK, s. 114 vd.

¹⁰⁶⁶ Bu yönde bkz. Yuk. s. 188 vd.

tahkimde olmayan, arabuluculuğa özgü bir yöntemdir. Arabulucukta böyle bir yöntemin uygulanabilirliğinin sebebi, arabuluculuk sürecinde yargılama yapılmaması ve arabulucunun uyuşmazlık hakkında karar verme yetkisine sahip olmamasıdır. Bu sebeplerle, arabuluculuğun temel ilkesi serbestliktir¹⁰⁶⁷. Söz konusu serbestlik, devlet yargısına ve tahkime hâkim olan adil yargılanma hakkı ve hukukî dinlenilme hakkı bazı usulî ilkelerin arabuluculukta uygulanmalarının zorunlu olmadığı anlamına gelir. Dolayısıyla, devlet yargısı ve tahkimin aksine, arabuluculuk sürecinde arabulucunun taraflardan yalnızca biriyle özel olarak görüşmesi mümkündür.

*Shuttle-Mediation*¹⁰⁶⁸ olarak da anılan ve *mekik arabuluculuğu* anlamına gelen *caucusing*, arabulucunun özel olarak görüştüğü taraflar arasında adeta bir elçi gibi¹⁰⁶⁹ gidip gelerek köprü olmasını ifade eder. Bu yöntemde önce taraflardan her ikisiyle bir araya gelerek açılış konuşması yapan arabulucu, daha sonra her bir tarafla ayrı odalarda özel olarak görüşür¹⁰⁷⁰. Bu yöntemle arabulucu, tarafların güvenini daha fazla kazanabilir, süreçteki rolünü pekiştirebilir, hukukî uyuşmazlığı daha iyi bir şekilde anlayabilir, tarafların gerçek niyetlerini ve gizli gündemlerini tespit edebilir¹⁰⁷¹. Taraflar da özel oturumlarda gizli bilgilerini açıklamak konusunda daha rahat ve hazır olurlar¹⁰⁷².

Arabulucu, kendisine özel oturumda verilen bilgileri, ilgili tarafın açık izni olmadıkça diğer tarafa açıklayamaz. Bu sebeple, dış ilişkide gizliliğe nazaran, iç ilişkide gizliliğin kapsamı daha geniş ve serttir¹⁰⁷³. Ancak özel oturumda paylaşılan her bilgi de korunmaya değer değildir. Hangi bilgilerin korunmaya değer olduğu ise, özel oturum yapılmasının amacına göre belirlenmelidir¹⁰⁷⁴. Özellikle ticarî sırların korunması amacıyla özel oturumların yapılması uygun bir çözümdür. Karşı tarafın bu şekilde anlaşmayı kabul etmesi halinde, arabulucunun özel oturum yaptığı tarafın sırlarını açıklamaksızın yapacağı yönlendirme ile tarafların anlaşmaya varması sağlanabilir.

¹⁰⁶⁷ YAZICI TIKTIK, s. 114.

¹⁰⁶⁸ RABE, Christine Susanne/ WODE, Martin; *Mediation: Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen*, Berlin Heidelberg 2014, s. 6.

¹⁰⁶⁹ BREIDENBACH, s. 157; RABE/ WODE, s. 6.

¹⁰⁷⁰ YAZICI TIKTIK, s. 114; ÖZBEK, s. 1048 vd.

¹⁰⁷¹ YAZICI TIKTIK, s. 117 vd.

¹⁰⁷² SAWANG, s. 305.

¹⁰⁷³ YAZICI TIKTIK, s. 119.

¹⁰⁷⁴ YAZICI TIKTIK, s. 119.

4.5. İcra Hukukunda Kişisel Verilerin ve Sırların Korunması

4.5.1. Genel Olarak

İcra hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması, medenî yargılama hukukunda olduğu gibi, hassas bir konudur. İcra hukukunun amacı, borçludan alacağını alamayan alacaklının cebri icra faaliyetiyle alacağına kavuşmasını sağlamak ve böylece alacaklı aleyhine bozulan menfaat dengesini yeniden tesis etmektir¹⁰⁷⁵. Ancak icra hukukunun sahip olduğu “cebrî” yapı, bireylerin kişisel verileri ve özel hayatları gibi korunan alanlarına müdahale edilmesi sonucunu doğurabilir.

Genel kişilik hakkının bir uzantısı olan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı icra hukukunda da dikkate alınmalıdır. Cebri icra faaliyeti sırasında elde edilen kişisel veriler korunmalı ve kötüye kullanımları engellenmelidir¹⁰⁷⁶. Aile ve kişiliğe ilişkin mahrem bilgileri içeren günlükler, resimler ve mektuplar takip nedeniyle ifşa edilmemelidir¹⁰⁷⁷. Özellikle konut dokunulmazlığı icra hukuku bakımından ayrı bir öneme sahiptir.

Genel kişilik hakkı, bireylerin sadece manevî menfaatlerini değil, aynı zamanda ticarî menfaatlerini de korur¹⁰⁷⁸. Bu sebeple, takip sırasında meslekî ve ticarî sırların korunmasına da ihtimam gösterilmesi gerekir. Takiplerin dürüstlük kuralına aykırı olarak sırların öğrenilmesi için bir araç haline getirilmesinin önüne geçilmelidir¹⁰⁷⁹.

Cebri icra faaliyeti sebebiyle ortaya çıkan müdahalenin sadece borçluyu değil, üçüncü kişileri etkilemesi de mümkündür. Dolayısıyla kişisel verilere ve sırlara koruma sağlanırken, sadece icra takibinin taraflarının değil, aynı zamanda üçüncü kişilerin menfaatlerinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Özellikle borçlu olmak üzere takibin taraflarının ve üçüncü kişilerin haklarına koruma sağlanmasının çeşitli yolları vardır. Takip dosyasına giren tutanaklar ve elektronik işlemler bakımından da söz konusu korumanın

¹⁰⁷⁵ ÇİFTÇİ, Menfaat Dengesi, s. 42.

¹⁰⁷⁶ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 164.

¹⁰⁷⁷ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 165; SIMOTTA, Daphne-Ariane; “Der Schutz im Zwangsvollstreckungsverfahren”, Grundrechtsverletzungen bei der Zwangsvollstreckung: Wissenschaftliches Symposium, Atina 1996, s. 373 vd, (Naklen Özekes, Temel Haklar, s. 165).

¹⁰⁷⁸ Federal Almanya Yüksek Mahkemesi de bunu “*Marlene Dietrich*” kararında açıkça kabul etmiştir. Karar için bkz. BGH, GRUR 2000, 709 vd.

¹⁰⁷⁹ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 164.

sağlanması gereklidir. Cebrî icra faaliyetiyle yapılan müdahalenin hangi ölçülerde meşru görülebileceği ve sağlanacak korumanın sınırları ise, ayrıca üzerinde durulması gereken bir husustur.

4.5.2. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Üçüncü Kişilere Karşı Korunması

İcra hukukunda tarafların, özellikle de borçlunun kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması ihtiyacı, aleniyetin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar. Medenî yargılama hukukundan farklı olarak¹⁰⁸⁰, icra hukukunda aleniyet değil, gizlilik esastır¹⁰⁸¹. Özellikle borçlunun mülkiyet hakkı, konut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel haklarına ağır bir müdahale oluşturan haciz işleminin, borçlunun onurunun ve itibarının korunması için herkesin gözü önünde değil, gizli yapılması gerektiği kabul edilmektedir¹⁰⁸². Borçlunun korunmaya değer alanlarına müdahale edilmesi ihtimalini doğuran cebrî icra faaliyeti, sınırlı durumlarda ve yalnızca ilgililer bakımından alenî olabilir¹⁰⁸³.

İcra hukukunda aleniyet ilkesinin geçerli olduğu hallerden birisi, İcra ve İflâs Kanunu'nun 8'inci maddesinin üçüncü fıkrasında icra tutanakları bakımından kabul edilmiştir. Anılan hükme göre, ilgililer icra tutanaklarını görebilir ve bunların örneğini alabilirler. İlgililerin icra tutanaklarını incelemeleri, takip dosyasının tamamını inceleyebilmeleri anlamına gelir¹⁰⁸⁴. İlgililer ise, icra tutanaklarını incelemek konusunda hukukî menfaati olan kişilerdir¹⁰⁸⁵. Bu kapsamda borçlu ve alacaklının yanında, istihkak iddiasında bulunanlar, borçlunun kefil, rehin hakkı sahibi alacaklılar gibi ilgililerin de icra tutanaklarını inceleme hakları vardır¹⁰⁸⁶. Alacaklı ve borçlu dışındaki kişilerin icra tutanaklarını inceleyebilmeleri için icra memurunda takiple ilgili oldukları kanaatini oluşturmaları yeterlidir¹⁰⁸⁷. Bu da, icra tutanaklarını incelemekte özel ve güncel bir hukukî

¹⁰⁸⁰ Medenî yargılama hukukunda aleniyet ilkesine ilişkin olarak bkz. Yuk. s. 115 vd.

¹⁰⁸¹ PEKCANITEZ, Aleniyet İlkesi, s. 572.

¹⁰⁸² Bu yönde bkz. ÖZEKES, Temel Haklar, s. 85; KURT KONCA, Aleniyet, s. 229; PEKSÖZ, s. 2385.

¹⁰⁸³ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 85; PEKSÖZ, Vildan; "İcra Tutanaklarının İİK m. 8 Çerçevesinde Aleniyeti ve İspat Kuvveti", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, İstanbul 2012, s. 2385 vd; KURT KONCA, Aleniyet, s. 229.

¹⁰⁸⁴ KURU, Baki; "İcra Tutanakları (Zabıtları)", İcra Tutanakları, ABD, S. 5, 1975, s. 649; PEKSÖZ, s. 2386.

¹⁰⁸⁵ LIEBSCHER, s. 186; GÖTZ, s. 515; SAENDER ZPO § 760 Rn. 2.

¹⁰⁸⁶ PEKSÖZ, s. 2387; LIEBSCHER, s. 186.

¹⁰⁸⁷ KURU, İcra Tutanakları, s. 651.

menfaatlerinin olmasına bağlıdır¹⁰⁸⁸. Avukat ve stajyeri ise, hukukî menfaati ve vekâletnamesi olmaksızın Avukatlık Kanunu'nun 46'ncı maddesinin ikinci fıkrası gereğince dava ve takip dosyasını inceleyebilir. Ancak avukat ve stajyer bu imkânı meslek kurallarını dikkate alarak, özellikle de sır saklama yükümlülüğüne uyarak kullanılmalıdır¹⁰⁸⁹.

İcra hukukunda aleniyetin geçerli olduğu bir diğer hal, borç ödemedен aciz vesikası bakımındandır¹⁰⁹⁰. İcra ve İflâs Kanunu'nun 143'üncü maddesinin birinci fıkrası ile İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 94'üncü maddesinin ikinci fıkrası gereğince, borç ödemedен aciz vesikası sicili alenîdir. Menfaati bulunan herkes, gerçek veya tüzel bir kişinin sicilde bir kaydının bulunup bulunmadığı ve varsa kapsamı hakkında sözlü veya yazılı bilgi verilmesini sicili tutan icra dairesinden isteyebilir¹⁰⁹¹. Sicilde, borçlunun adı, soyadı, yerleşim yerindeki adresi ve gerçek kişi ise TC kimlik numarası ile alacaklının adı, soyadı ve yerleşim yerindeki adresi yer alır. Ayrıca aciz vesikasının hangi tutarda alacak için verildiği de sicile yazılır. Dolayısıyla sicil, teşhir etkisine sahiptir¹⁰⁹².

Tutanakların ve sicilin aleniliği, kişisel verilerin korunması hakkı bakımından tereddüt yaratabilir. Buna rağmen, söz konusu tereddüt büyük bir veri koruma problemi olarak değerlendirilmemeli ve aleniyetin sağladığı fayda karşısında geçerli kalmamalıdır. Öncelikle temel haklara müdahale edilebilmesi için, açık bir kanunî dayanağın varlığı gerekir. İcra tutanakları ile borç ödemedен aciz vesikası sicilinin incelenmesine ilişkin düzenlemeler yeterince açık ve belirlidir. Bu sebeple kişisel verilerin korunması çerçevesinde değerlendirilerek yorum yoluyla değiştirilmeleri mümkün değildir¹⁰⁹³. Bununla birlikte, temel haklara müdahale eden hükümlerin uygunluğunun, gerekliliğinin ve ölçülülüğünün değerlendirilmesinde, müdahalenin ciddiyeti ile müdahaleyi haklı gösteren sebepler arasında bir denge kurulmalıdır. Alacaklı ve üçüncü kişilerin bilgi edinme menfaatleri ise, borcunu öde(ye)meyen borçlunun kişisel verilerinin korunması menfaatine ağır basar¹⁰⁹⁴. İlgililerin icra tutanaklarını inceleme hakları, hukukî dinlenilme hakkının bir

¹⁰⁸⁸ TAŞPINAR AYVAZ, Sema; “Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği ‘Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili’ ”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 614; KURU, İcra Tutanakları, s. 650; KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, İcra, Ankara 2017, s. 33; LIEBSCHER, s. 186, 187.

¹⁰⁸⁹ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 86.

¹⁰⁹⁰ Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. TAŞPINAR AYVAZ, Aciz Belgesi, s. 579 vd.

¹⁰⁹¹ Bu yönde düzenleme olmadığı için, borç ödemedен aciz vesikası sicilinin ve sicilden nüshaların yayımlanması mümkün değildir.

¹⁰⁹² PRÜTTING, Datenschutz, s. 446.

¹⁰⁹³ PRÜTTING, Datenschutz, s. 448.

¹⁰⁹⁴ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 166; GÖTZ, s. 523.

gereğidir¹⁰⁹⁵. Kamu yararı mülahazasıyla tutulan borç ödemededen aciz vesikası sicilinin amacı ise, üçüncü kişilerin, özellikle de kredi kurumlarının aciz durumunda olan borçlulara karşı korunması ve uyarılmasıdır¹⁰⁹⁶. Borç ödemededen aciz vesikası sicili vasıtasıyla, ticarî ilişkiye girilecek, sözleşme yapılacak veya ortak olunacak kişiler hakkında edinilen bilgi neticesinde sağlıklı karar verilmesi ve bu kişilerin kredibilitesinin değerlendirilmesi sağlanır¹⁰⁹⁷. Böylece başka bir alacaklının da alacağına kavuşamaması tehlikesi engellenmiş olur¹⁰⁹⁸. Ayrıca sicil, borçlunun borcunu ödemesi için teşvik edici bir etki yaratır¹⁰⁹⁹. Nitekim, borcun işlemiş faizleriyle birlikte tamamının aciz vesikasını düzenlemiş olan icra dairesine ödenmesi sicildeki kaydın terkinî sebeplerinden birisidir. Bu anlamda sicilin borçlunun kendisini koruyucu fonksiyonunun olduğu dahi söylenebilir¹¹⁰⁰. Tüm bu sebeplerle, icra tutanaklarının ve sicilin alenî olması, kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına aykırılık yaratmaz¹¹⁰¹.

Bazı icra işlemleri ise, doğaları gereği alenî yapılmalıdır. Örneğin, haczedilen malların paraya çevrilmesi işleminin gizli yapılması mümkün olamaz. Paraya çevirme işleminin alenî yapılması hem borçlunun hem alacaklının hem de malı satın almak isteyebilecek üçüncü kişilerin menfaatinedir. Nitekim bu yolla ihaleye daha fazla kişinin katılımı sağlanarak malların daha yüksek bedelle satışı yapılabilir¹¹⁰². Ayrıca bu durumda da aleniyet, kontrol fonksiyonuna sahiptir¹¹⁰³. Aleniyetin sağlanması için, İcra ve İflâs Kanunu'nun 114'üncü maddesi gereğince taşınır satışları için, 126'ncı maddesi gereğince taşınmaz satışları için artırma ilanı yapılmalıdır. İlana ilişkin düzenlemelerin amacı, muhtemel teklif sahipleri için satılacak şeyi belirlenebilir kılmaktır¹¹⁰⁴. Bu kapsamda, satılacak şeyin cinsi, mahiyeti, önemli vasıfları, tahminî kıymeti ve bulunduğu yer gibi bilgiler artırma ilanında yer almalıdır. Artırma ilanında alacaklı ve borçlunun kimlik

¹⁰⁹⁵ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 166.

¹⁰⁹⁶ WAGNER, Datenschutz, s. 200.

¹⁰⁹⁷ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 166; TAŞPINAR AYVAZ, Aciz Belgesi, s. 580 vd.

¹⁰⁹⁸ ÖZEKES, Temel Haklar, s. 166.

¹⁰⁹⁹ PRÜTTING, Datenschutz, s. 449.

¹¹⁰⁰ PRÜTTING, Datenschutz, s. 449.

¹¹⁰¹ TAŞPINAR AYVAZ, Aciz belgesi, s. 611 vd; ÖZEKES, Temel Haklar, s. 166; PEKSÖZ, s. 2387.

¹¹⁰² KURT KONCA, Aleniyet, s. 229; GÖTZ, s. 511.

¹¹⁰³ MUSIELAK/ VOIT/ BECKER ZPO § 814 Rn. 5a; GÖTZ, s. 510.

¹¹⁰⁴ GÖTZ, s. 515.

bilgilerinin açıklanması gerekli olmadığından, artırma ilanı yapılması da kişisel verilerin korunması hakkı bakımından bir sakınca yaratmaz¹¹⁰⁵.

Alman hukukunun aksine¹¹⁰⁶, hukukumuzda icra ve iflâs hukukuna ilişkin olarak açılan davalar bakımından da kural olarak aleniyet ilkesi geçerlidir. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması için, şartların varlığı halinde aleniyet kaldırılarak gizli yargılama yapılması mümkündür¹¹⁰⁷.

4.5.3. Tarafların Kişisel Verilerinin ve Sırlarının Birbirlerine Karşı Korunması

Alenî olarak gerçekleştirilen takip işlemleri, özellikle borçlunun kişisel verilerini, özel hayat alanını ve sırlarını etkileyebilir. Takip sırasında borçlunun kişisel veri ve sırlarının alacaklıya karşı korunmasına yönelik herhangi bir münferit düzenleme yoktur. Borçlunun bilgilerinin alacaklıya karşı korunup korunamayacağı ise, alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine göre belirlenmelidir.

İcra hukukunda alacaklının hakkının yerine getirilmesi konusundaki menfaati, borçlunun menfaati karşısında ağır basar¹¹⁰⁸. Dolayısıyla borçlunun sır saklama menfaati, alacaklının hakkına kavuşması için gerekli olan bilgiler bakımından geri planda kalmalıdır¹¹⁰⁹. Aksi takdirde etkin bir icra faaliyetinin yürütüldüğü söylenemez. Nitekim borçlu, varlık durumunu gizleme konusundaki korunmaya değer menfaatinin, kendi -borcunu ödememe- davranışı sebebiyle, alacaklının alacağını elde etme menfaati karşısında geri plana atmıştır¹¹¹⁰. Ancak takibin sağlıklı bir şekilde devam etmesi için uygun ve gerekli olmayan bilgiler, alacaklının hakkına kavuşmasını sağlamayacakları için, menfaat dengesi kurulurken borçlunun sır saklama menfaati aleyhine sonuç doğurmazlar¹¹¹¹. Diğer bir ifadeyle, böyle durumlarda borçlunun sır saklama menfaati göz önünde bulundurulmalı,

¹¹⁰⁵ Alman hukukunda, günün veri koruma gereksinimlerine uygun olarak, 2004 yılından beri taşınmaz satışı için yapılacak ilanlarda mülkiyet hakkı sahibinin kimliğinin açık bir şekilde belirtilmemektedir. GÖTZ, s. 514.

¹¹⁰⁶ Alman hukukunda icra hukukunda davalar bakımından gizlilik esastır. Bunun gerekçesi olarak, icra mahkemelerinin hüküm mahkemesi sayılmaması ve tipik bir sözlü yargılama yapmamaları gösterilmektedir. KURT KONCA, Aleniyet, s. 231; GÖTZ, s. 509; MüKoZPO/ ZIMMERMANN § 169 Rn. 16.

¹¹⁰⁷ Gizli yargılama hakkında bkzn. Yuk. s. 129 vd.

¹¹⁰⁸ GÖTZ, s. 503.

¹¹⁰⁹ BVerG, *Erzwingungshaft* kararında, icra hukukunda sırlara koruma sağlanmasını reddetmiştir. LG Dresden, borçlunun şirkete ilişkin iyileştirme çabalarının kredibilitesi olumsuz etkileneceği için *yeminli beyan (eidesstattliche Versicherung)* yoluyla zedelenmesini açıkça önemli görmemiştir. Kararlar için bkzn. BVerGE 61, 126-138=DB 1983, 108-110; LG Dresden, DGVZ 2003, 57.

¹¹¹⁰ LIEBSCHER, s. 191, 192.

¹¹¹¹ GÖTZ, s. 508.

alacaklının alacağına kavuşmasına hizmet etmeyen ve takiple alakalı olmayan bilgiler takip dışında tutulmalıdır¹¹¹². Benzer bir durum icra hukukuna ilişkin olarak açılan davalar bakımından da geçerlidir. Medenî yargılama hukukunda son çare olarak kabul edilen ve alacaklı lehine uygulanabilen kapalı yargılama, borçlu lehine ancak hakkın yerine getirilmesi için uygun ve gerekli olmayan bilgiler bakımından uygulanabilir¹¹¹³.

Alacaklı, haciz sırasında haciz mahalinde bulunabilir. Nitekim, İcra ve İflâs Kanunu Yönetmeliği'nin 41'inci maddesinde, haciz tutanağının altının, haczi yapan memur, hazır bulunan alacaklı, varsa temsilcisi veya vekili tarafından da imzalanacağı ifade edilmiştir. Ayrıca Kanun'un 103'üncü maddesinde, alacaklı ve yerine Tebligat Kanunu'na göre tebligat yapılacak kimseler haciz sırasında bulunmuyorsa, alacaklının tutanağı incelemek için ayrıca davet olunacağı kabul edilerek, alacaklının haciz sırasında hazır bulunması mümkün görülmüştür. Alacaklı, hukukî dinlenilme hakkının bilgilendirilme unsuru gereğince, icra yeri ve zamanının kendisine bildirilmesini talep edebilir. Bu durumda alacaklının talebi yerine getirilmelidir¹¹¹⁴. Böylece alacaklıya hukukî dinlenilme hakkının yanında, etkin hukukî koruma ve mülkiyet garantisi de sağlanmış olur¹¹¹⁵.

Borçlunun alacaklığının varlığına karşı koyması, temel hak olan konut dokunulmazlığına yapılacak müdahaleye karşı bir savunma olarak dikkate değerdir. Borçlunun evi, iş yeri gibi¹¹¹⁶, hâkimiyet alanında yapılacak haciz işlemi sırasında, borçlunun karşı çıkmasına rağmen alacaklının hazır bulunup bulunamayacağı ise doktrinde ve yargı kararlarında tartışmalıdır.

Bir görüş¹¹¹⁷, borçlunun alacaklının varlığına karşı çıkması halinde, borçlunun konut dokunulmazlığına öncelik verilmesi gerektiğini, alacaklının haciz sırasında hazır bulunmasının ancak önemli bir menfaatinin varlığı halinde kabul edilebileceğini ve bunun da sıkı şartlara bağlı olacağını savunmaktadır. Alacaklının haciz sırasında hazır bulunmasının doğrudan doğruya borçlunun rızasına bağlı olduğu ve bu konuda zorlama

¹¹¹² ÖZEKES, Temel Haklar, s. 164, 165.

¹¹¹³ GÖTZ, s. 524 vd.

¹¹¹⁴ SAENGER/ KINDL ZPO § 758 Rn.6.

¹¹¹⁵ MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 10.

¹¹¹⁶ Konut dokunulmazlığı kapsamına, borçlunun iş yerinin de dahil olduğu yönünde bkz. BGH, NJW-RR 2008, 1271; WESSER, s. 2140; MüKoZPO/ HEßLER ZPO § 758a Rn. 4; MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 3.

¹¹¹⁷ MüKoZPO/ HEßLER ZPO § 758 Rn. 25; STEIN/ JONAS/ MÜNZBERG § 758 Rn. 10.

yapılamayacağı dahi belirtilmektedir¹¹¹⁸. Buna göre, sadece alacaklının yokluğunda işlemin yapılmasının imkânsız veya önemli ölçüde zor olduğu durumlarda, borçlunun konut dokunulmazlığı alacaklının etkin hukukî koruma hakkının gerisinde kalabilir¹¹¹⁹. Örneğin, ilamlı icraya konu olan bir taşınır malın ayırt edilmesi veya uzmanca demonte edilmesi gerekiyorsa alacaklı haciz sırasında hazır bulunabilmelidir. Nitekim böyle durumlarda alacaklının haciz mahalinde bulunmak konusunda önemli bir menfaati vardır. Bunun yanında, alacaklının varlığının borçlu için katlanılmaz olmaması da gerekir. Örneğin, taraflar arasındaki düşmanlık sebebiyle ortaya çıkabilecek tehlikeler veya rekabet ilişkisi sebebiyle ticarî sırların ortaya çıkması riski, alacaklının varlığını borçlu için katlanılmaz kılacaktır¹¹²⁰.

İlk görüşün kabul ettiği sıkı şartları aşırı bulun diğer görüş ise¹¹²¹, borçlunun karşı çıkmasına rağmen alacaklının haciz mahalinde bulunmasının konut dokunulmazlığına müdahale oluşturacağını kabul etmekle birlikte, bunun konut dokunulmazlığının istisnaları ve temel hakların çatışması kapsamında haklı görülebileceğini savunmaktadır. Buna göre, alacaklının varlığının borçlu bakımından makul görülemeyeceği istisnâî hallerde, alacaklının etkin hukukî korunma menfaati geri plana çekilebilir¹¹²². Fakat, icranın sadece zorlaşmayacağı, aynı zamanda uygulanamaz hale geleceği hallerde alacaklının hazır bulunmasının reddi, hukukî koruma sağlanmasının reddine yol açar. Alacaklının haciz sırasında hazır bulunma hakkı, alacaklının icra prosedüründeki taraf konumundan kaynaklanmaktadır¹¹²³. Bu sebeple alacaklı, icra organı tarafından yapılan işlemlerde hazır bulunmak konusunda, prensip olarak her durumda haklı menfaate sahiptir¹¹²⁴. İşlem borçlunun konutu veya işyerinde gerçekleştirilse ve alacaklının varlığı borçlunun hâkimiyetine aykırılık teşkil etse dahi, alacaklının haklı menfaati olduğu müddetçe bu durum değişmez. Alacaklının varlığı, haczi gerçekleştiren icra memuruna da yardımcı olabilir. Fakat burada sınırın belirlenmesi önemlidir. Haciz sırasında hazır bulunması, alacaklıya haciz mahalinde arama yapmak gibi hacze yönelik işleri bizzat yapma imkânını vermez¹¹²⁵.

¹¹¹⁸ LG Köln, DGVZ 1997, 152 vd.

¹¹¹⁹ MüKoZPO/ HEBLER ZPO § 758 Rn. 25.

¹¹²⁰ MüKoZPO/ HEBLER ZPO § 758 Rn. 25.

¹¹²¹ MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 10; SAENGER ZPO § 758 Rn. 6.

¹¹²² MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 10.

¹¹²³ SAENGER ZPO § 758 Rn. 6.

¹¹²⁴ Bu yönde bkz. BAUMBACH/ LAUTERBACH/ ALBERS/ HARTMANN, s. 2103, Rn. 14; MUSIELAK/ VOIT/ LACKMANN ZPO § 758a Rn. 10; SAENGER ZPO § 758 Rn. 6.

¹¹²⁵ MüKoZPO/ HEBLER ZPO § 758 Rn. 28; STEIN/ JONAS/ MÜNZBERG ZPO § 758 Rn. 12.

Kanaatimizce böyle bir durumda, pratik uyuşum ilkesi çerçevesinde hareket edilmeli ve alacaklının etkin hukukî koruma ya da borçlunun kişisel verilerin korunması konusundaki menfaatlerini birbirine tercih eden “*ya-ya da çözümü (entweder-oder Lösung)*” yerine, her ikisinin menfaatine de hizmet eden “*hem-hem de çözümü (sowohl-als auch Lösung)*” benimsenmelidir. Bu kapsamda başvurulabilecek en makul yol, haciz sırasında alacaklının değil, kendisine karşı sır saklamakla yükümlü olan avukatının bulunması olacaktır. Alacaklının icra takibini bir avukat vasıtasıyla değil, bizzat yürüttüğü hallerde ise, borçlunun menfaatlerini ağır şekilde zedeleyebilecek istisnâî haller var olmadıkça, alacaklının haciz sırasında bulunma hakkı elinden alınmamalıdır.





5. SONUÇ

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması kapsamında ulaşılan sonuçlar şu şekildedir:

Ulusal ve uluslararası düzenlemelerde ve uygulamada genel kabul gören tanıma göre kişisel veri, belirli veya belirlenebilir bir kişiye ilişkin olan her türlü bilgidir. Kişisel verinin unsurları, bilgi, belirli veya belirlenebilir kişi ve bilginin belirli veya belirlenebilir kişiye ilişkin olmasıdır. Kişisel verinin tanımı çerçevesinde medenî yargılamaya konu olan pek çok unsur kişisel veridir. 2016/ 679/ EC sayılı Tüzük gereğince, Avrupa Birliği'ne üye devletlerin veri koruma kanunlarında sadece gerçek kişilere koruma sağlanmaktadır. Buna uygun olarak, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda da sadece gerçek kişiler koruma kapsamına alınmıştır. Ancak bu durum, yargılama sırasında kişisel verilerin ve sırların korunması için ele alınan çözüm önerileri bakımından herhangi bir farklılık yaratmaz. Kabul edilen koruma imkânları, tüzel kişiler için de uygulanabilir.

Kişisel verinin tanımından hareketle her sırrın kişisel veri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. İlgili gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılmayan veya tüzel kişilere ait olan sırlar, kişisel veri sayılamaz. Bunun aksine, ilgili kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan ve tüzel kişiye ait olmayan sırlar kişisel veri sayılır. Dolayısıyla çalışmada kişisel veri ve sır kavramları ayrı ayrı ele alınmıştır.

Yargılama sırasında gerekli olan hallerde hassas kişisel veriler işlenebilir. Bu süreçte işlenen hassas verilerin ve korunmaya değer sırların, -özellikle ticarî sırların korunması önem arz eder.

Ticarî sır, bir ticarî işletme veya şirketin faaliyet alanına ilişkin olan, yalnızca belirli bir kişi çevresi tarafından erişilebilen ve bilinen, hâlihazırda veya olası bağımsız bir ekonomik değeri olan, sahibi lehine rekabet avantajı sağlayan, açıklanması sahibinin rekabet gücünü etkileyen, rakiplerce bilinmemesi gereken, ancak kanunlarda öngörülen hallerde yetkili mercilere verilebilen, saklanması yönünde sahibinin açık veya örtülü iradesinin olduğu, gizli kalmasında menfaatinin bulunduğu ve bunun için hal ve şartlara göre gerekli güvenlik önlemlerini aldığı, üçüncü kişilere açıklanmaması gereken gizli bilgidir. Yargılama öncesi aşamada, dava sırasında ve sonrasında ticarî sırlara koruma sağlanmalıdır. Aksi takdirde, ticarî sırların korunmasına ilişkin olarak maddî hukukta kabul edilen kurallar

etkisiz hale gelir. Ayrıca ticarî sırların korunması, sadece sır sahibinin değil, ortak veya bağlı olan grupların da menfaatinedir.

Meslek sırrı, bir meslek ve sanatın icrası vesilesiyle öğrenilen, başka kişiler tarafından bilinmeyen ve sır sahibinin iradesinin bu sırların açıklanmaması yönünde olduğu gizli bilgidir. Meslek sırrı genel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tanıklıktan çekinme hakkı kapsamında ele alınmaktadır.

Kişisel verilerin korunması hakkı, teknolojik gelişmelere paralel olarak her geçen gün önemini arttıran bir haktır. Kişisel verilerin korunması hakkının hukukî niteliği konusunda farklı yaklaşımlar bulunmakla birlikte, hakkın, mahremiyet hakkı, özel hayatın gizliliği hakkı ve bilginin geleceğini belirleme hakkı gibi haklarla yakın ilişki içinde olan, insan onuru ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesine hizmet eden bir temel insan hakkı olduğu kabul edilmelidir.

Sırların korunması menfaati ise, bilgi edinme hürriyetini temel alan menfaat teorisi çerçevesinde sır sahibinin sır saklama iradesinin olmasını yeterli görmeyip, sırrın korunması konusunda haklı bir menfaate de sahip olması gerektiğini ifade eder. Medenî yargılama sırasında sırrın korunmaya değer olup olmadığının her somut olayın kendine has özellikleri çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu durumda sır sahibinin sır saklama menfaati ile karşı tarafın dava konusunun aydınlatılması menfaati arasında makul bir denge kurulması gerekir.

Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaatinin Anayasa'da kabul edilen bazı hürriyet ve haklarla uyuma ve çatışma unsurları taşıyan yakın bir ilişkisi vardır. Hukukî güvenlik ilkesi gereğince bireylerin, özellikle özel ve gizli hayat alanlarına ilişkin verilerine müdahalede bulunulmayacağı, bulunulsa dahi elde edilen bilgilerin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmeyeceği yönünde yargıya güven duymaları sağlanmalıdır. Bu çerçevede, kişisel verilerin korunması hakkının birinci bölümde ele alınan anayasal haklarla çatışması halinde, haklar arasında ölçülülük ilkesi kapsamında makul bir denge kurulmalıdır.

Ulusal ve uluslararası birçok düzenlemede, kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati garanti altına alınmaktadır.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 28'inci maddesine göre, kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi halinde bu Kanun uygulanmaz. Bu madde, mahkemelerin yargı faaliyetleri için de geçerli olan 2016/ 679/ EC sayılı Tüzükle bağdaşmamaktadır. Hukukumuzda, yargılama sırasında işlenen veriler, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun sağladığı korumadan mahrum bırakılmıştır. Olması gereken, talîlik ilkesi benimsenerek, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yargı işleri için de geçerli kılınmasıdır.

Kişisel verilerin korunması hakkı ve sırların korunması menfaati mahiyetleri gereği medenî yargılama hukukuna hâkim olan ilkelerle genellikle çatışma ilişkisi içindedir. Bu çatışma tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması bakımından aleniyet ilkesiyle, birbirlerine karşı korunması bakımından ise, hukukî dinlenilme hakkıyla daha sert bir şekilde gerçekleşir. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması için, temel usul ilkelerine müdahalenin haklı görülebildiği durumlar vardır. Söz konusu durumlar, çalışmanın ikinci bölümünde ele alınarak, kişisel verilerin korunması hakkının ver saklama menfaatinin medenî yargılama hukuku çerçevesinde korunması için başvurulabilecek imkânlar kapsamında taraflar ve üçüncü kişiler arasında ayırım yapılmıştır.

Medenî yargılama hukukunda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması, üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması ile kıyaslandığında, daha problemli bir alanı oluşturur. Çünkü yargılama ilişkisinde tarafların üçüncü kişilerden fazlasını yapmaları beklenir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kişisel verilerin ve sırların korunmasına imkân sağlayan düzenlemeler, taraflardan ziyade, üçüncü kişilerin menfaatinedir. Ancak bu durum, taraflara hiç koruma sağlanmadığı şeklinde anlaşılmamalıdır.

Dava sürecinde tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması ihtiyacı, öncelikle üçüncü kişilere karşı oluşur. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması için kullanılabilecek çeşitli yollar vardır. Bunlar, aleniyetin kaldırılması, ilgili üçüncü kişilerin dava dosyasını inceleme haklarının sınırlandırılması ve mahkeme kararları yayımlanırken koruma sağlanmasıdır.

Aleniyetin kaldırılması, duruşma aleniyetinin kaldırılması ve hükmün tefhiminin aleniyetinin kaldırılması olarak iki şekilde gerçekleşebilir. Duruşma aleniyetinin kaldırılması, gizli yargılama şeklinde anılır. Karşılaştırmalı hukuk düzenlemeleri dikkate alındığında, hukukumuzda gizli yargılama sebeplerinin yeterli olmadığı görülmektedir. Tarafların gizli yargılama sebeplerini öngörebilmesi ve hâkimin de takdir yetkisini kullanırken yönlendirilmesi için, gizli yargılama sebeplerinin somutlaştırılması gerekir. 2006 Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı bu anlamda yol gösterici olabilir. Nitekim bu Tasarıda, özel hayatın gizliliği ve ticarî sırların korunması açıkça gizli yargılama sebebi sayılmıştır.

Gizli yargılama, doğrudan ve dolaylı aleniyet kaldırılarak yapılabilir. Doğrudan aleniyetin kaldırılması halinde, yargılamaya dahil olmayan kişilerin duruşma salonuna girmesi kısmen ya da tamamen sınırlandırılır ve bu durumda duruşma salonunda taraflar, taraf vekilleri ve mahkeme personelinden başka kimse bulunamaz. Dolaylı aleniyetin kaldırılması, yargılamaya dahil olmayan kişilerin kitle iletişim araçları vasıtasıyla yargılama hakkında kısmen veya tamamen bilgi edinmemelerini ifade eder. Medya aleniyetinin kaldırılması ise, medya temsilcilerinin duruşma salonuna girmesini engeller. Gizli yargılama işlemleri sırasında hazır bulunanlara o yargılamayla ilgili edindikleri bilgileri açıklamamaları konusunda susma yükümlülüğü getirilir. Bu yükümlülük, gizli yargılamada hazır bulunmayan taraf bakımından da geçerlidir.

Hukukumuzda kararların bildirilmesi alenîdir. Hükmün tefhiminin aleniyetinin kaldırılması, bu yönde kanunî bir dayanağın olması halinde mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda buna yönelik bir düzenleme olmamakla birlikte, gizli yargılama ile elde edilmek istenen amacın bertaraf edilmemesi için, daha sonraki adım olsa da, sırların korunması amacıyla hükmün tefhiminin aleniyetinin özellikle gerekçeli kararın sır içeren bölümleri bakımından kısmen veya tamamen kaldırılabilmesine ilişkin bir hükmün kabul edilmesi yerinde olur. Şu an için sorun, sır içeren hususların kısa karar yerine gerekçeli kararda yer alması ve gerekçeli kararın kısa kararla birlikte tefhim edilmemesi yoluyla aşılabilir.

İlgili üçüncü kişilerin dava dosyasını incelemelerine imkân tanıyan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesi kişisel verilerin korunmasına gereğince hizmet etmemektedir. Dava dosyasının üçüncü kişilerce incelenmesinin şartları bakımından

öncelik muhakkak taraf iradelerine verilmelidir. Tarafların rızaları yoksa, üçüncü kişiler ancak hukukî menfaatlerinin olduğu yönünde mahkemede kanaat oluşturmaları halinde dava dosyasını inceleyebilmelidirler. Bu çerçevede ortaya çıkan sorunun aşılabilmesi için önerilebilecek temel iki çözüm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 161'inci maddesinin kişisel verilerin korunması hakkının gerekliliklerine uygun hale getirilmesi ve hâlihazırdaki sakıncanın giderilebilmesi için anılan maddenin hukukî dinlenilme hakkı ve bilginin geleceğini belirleme hakkıyla birlikte yorumlanmasıdır.

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması bakımından mahkeme kararlarının yayımlanması özel bir öneme sahiptir. Mahkeme kararları yayımlanırken kişisel verilerin korunması hakkı ve özel hayatın gizliliğini garanti altına alabilecek en uygun çözüm, isimlerin tanınmaz hale getirilmesidir. Ayrıca, kararlarda isimleri kısaltılarak yazılan kişilerin, verilen diğer bilgilerle tanınabilir hale getirilmemelerine dikkat edilmelidir.

Bazı durumlarda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilerin yanında, birbirlerine karşı korunması ihtiyacı da ortaya çıkabilir. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması, üçüncü kişilere karşı korunmasından çok daha problemli bir konudur. Problem genellikle ticarî sırların korunması bakımından ortaya çıkar. Bunun aşılması için alınacak önlemler, sağladıkları korumanın derecesi dikkate alınarak, mutlak koruma sağlanması ve nispi koruma sağlanması olmak üzere iki ana başlık altında incelenmiştir.

Mutlak koruma sağlanması, tarafların sırlarını herhangi bir usulî dezavantajla karşılaşmaksızın mutlak bir biçimde gizli tutmalarını ifade eder. Sırlara mutlak koruma sağlanıp sağlanamayacağı konusunda görüş farklılıkları vardır. Etkin hukukî korunma hakkı ile sırların korunması menfaati arasındaki çatışmanın haklardan sadece birisi lehine çözüm üretilmesiyle aşılamayacağının kabul edilmesi gerekir. Bu durumda pratik uyum ilkesi gereğince, ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak, karşı karşıya gelen haklar somut olayın özelliklerine göre orantılı sınırlara çekilmeli ve mümkün olan en iyi şekilde etki göstermeleri sağlanmalıdır. Bunun için, etkin hukukî koruma bağlamında ispat yükünü taşıyan tarafın sır içeren bilgiye ihtiyacı ile ispat yükünü taşımayan tarafın gizli tutma menfaati tartılmalıdır. Böylece sırların etkili bir şekilde korunması ile etkin hukukî koruma arasında makul bir

denge kurularak haklar arasında pratik uyum yakalanabilir. Bu da ancak, sırlara mutlak koruma sağlanması yerine, nispî koruma sağlanması halinde mümkün olur.

Nispî koruma sağlanması, mutlak korumanın ortaya çıkardığı sakıncaların bertaraf edilmesini amaçlar. Taraflara nispî korumanın yargılama öncesi aşamada ve yargılama sırasında sağlanması mümkündür.

Yargılama öncesi aşamada sır saklama menfaati, maddî hukuktan kaynaklanan bilgi taleplerinden doğar. Böyle durumlarda talep edenin bilgi edinme menfaati ile talep olunanın sır saklama menfaati arasında somut olayın özelliklerine göre bir denge kurulması gerekir. Alman hukukunda, yargılama öncesi aşamada nispî koruma sağlayan imkânlar, üç aşamalı usul, denetçi usulü ve Düsseldorf usulü olarak ele alınmaktadır. Bu imkânlardan denetçi usulüne benzer bir uygulama, Türk Ticaret Kanunu'nun 116'ncı maddesi çerçevesinde tanınmıştır. Bilgi talep olunanın sır saklama menfaati ile birlikte talep edenin etkin hukukî koruma talebi arasında denge kurarak, etkili bir şekilde dikkate alınmalarını sağlayan yumuşatıcı bir araç olan Düsseldorf usulü bakımından ise, bilgi talep eden kişinin hem inceleme sırasında hazır bulunma hakkının hem de bilginin tamamına erişiminin sınırlandırılması eleştiriye açık olsa da, bu usulle yargılama öncesi aşamada ticarî sırlara etkin bir koruma sağlandığı yadsınamaz. Bu sebeple, hukukumuzda da patent uyumsuzlukları bakımından Düsseldorf usulünün aşamalarına uygun bir sürecin sürdürülmesi mümkün görülmelidir. Bu çerçevede öncelikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 400'üncü maddesi ve devamı hükümleri gereğince delil tespiti istenmeli, belgeler üzerinde inceleme yapılmasına katlanma yükümlülüğü getirilmesi adına Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 389'uncu maddesi ve devamı hükümlerine göre bir ihtiyatî tedbir kararı alınmalı ve sonuç olarak bu bilgilerin talep edene açıklanıp açıklanmayacağına veya ne ölçüde açıklanacağına karar verilmelidir. Talep edenin bir avukat aracılığıyla temsil edildiği hallerde, delil tespiti sonucu kendi müvekkiline karşı sır saklamakla yükümlü olan avukata bildirilmelidir.

Nispî koruma imkânlarının yargılama öncesi aşamada kullanılması, çoğu durumda sır sahibinin sır saklama menfaatini karşılamaya yeterli olmaz. Bu aşamada sağlanan koruma, devamında dava açılmışsa, dava sırasında da sürdürülmelidir. Dava sırasında sırların korunması için başvurulabilecek en etkili çözüm (*in camera Verfahren*) kapalı yargılamadır. Ancak kapalı yargılama, sır sahibi olmayan tarafın yargılamadan dışlanmasını öngördüğünden, medenî yargılama hukukunun temel ilkelerini fazlasıyla zorlayan bir son

çaredir. Bu sebeple, öncelikle kapalı yargılamadan kaçınma yolları incelenmiştir. Bu kapsamda ele alınan yollardan tahkim, silahların eşitliği ve hukukî dinlenilme hakkı gibi temel usul ilkelerinin uygulanması bakımından devlet yargısından farklılık arz etmez. Arabuluculuk ise, tarafların sırlarının birbirinden korunmasına istisnâî olarak imkân sağlar. Ancak vakıa incelemesinin aşamalandırılması, yargılamanın durdurulması ve sırları tehlikeye düşüren delillerin talîliği hukukumuz bakımından uygulanabilir değildir. Karar için önemli olmayan sırların keşif vasıtasıyla korunması ise, sır sahibi olmayan tarafın keşif sırasında hazır bulunma hakkını elinden aldığı için bir nevi kapalı yargılamadır. Münferit düzenlemeler gereğince teminat alınması mümkün olsa da, bu yol da sırlara yeterli korumayı sağlamaz. Bu sebeple, dava sırasında sırların etkin bir şekilde korunmasının imkânı, kapalı yargılamadır. Kapalı yargılama, mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama ve taraflardan birinin dışlanması yoluyla kapalı yargılama olmak üzere iki başlık altında incelenmiştir.

Mahkemenin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama, sırların korunması için tarafsız bir ispat aracısının görevlendirilmesini öngörür. Bu sebeple birçok anayasal ve usulî düzenlemeyi ihlal eden sonuçlar doğurmaktadır ve kabul edilmesi mümkün değildir.

Karşılaştırmalı hukukta çok ağır eleştirilerle karşılaşan, ancak yine de genel olarak kabul gören, hatta bazı ülkelerde hakkında özel düzenleme bulunan taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılama ise, sır sahibi olmayan tarafın, karşı tarafın korunmaya değer sırları çerçevesinde yargılamadan dışlanmasını ifade eder.

Taraflardan birisinin kısmen dışlanması yoluyla kapalı yargılamanın şartları, korunmaya değer bir sırrın varlığı, sırrın ispat yükünü taşımayan tarafa ait olması, mahkemenin karşı taraftan saklanan sırlara ilişkin tam bilgiye sahip olması ve ispat yükünü taşıyan tarafın yargılamadan dışlanmasıdır.

Kapalı yargılama, mahkemenin sırların korunmaya değer olup olmadığı hakkında incelemesi ve kapalı yargılama yapılması olmak üzere iki aşamada gerçekleşir. Mahkemenin ilk aşamada sırların korunmaya değer olduğuna karar vermesi halinde, ikinci aşama olan kapalı yargılamaya geçilir.

Kapalı yargılama yapılan hallerde, elde edilmek istenen amacın bertaraf edilmemesi için bazı tamamlayıcı önlemlerin alınması gerekir. Bu kapsamda, kapalı yargılamanın konusuyla sınırlı olarak, ispat yükünü taşıyan tarafın dosya inceleme hakkı sınırlandırılmalı ve sırlar hükmün tefhiminde ve yazılmasında korunmalıdır. Kapalı yargılama yoluyla sağlanan korumanın kanun yolu incelemesinde de sürdürülmesine ihtimam gösterilmelidir.

Kapalı yargılama, ispat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkına müdahale eder. Hukukî dinlenilme hakkının sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı kapsamında ele alınan bu mesele, pratik uyuşum ilkesi gereğince çözümlenmelidir. Bu çerçevede, ispat yükünü taşıyan tarafın etkin hukukî korumaya kavuşabilmesi için, hukukî dinlenilme hakkından vazgeçebileceği kabul edilmelidir. İspat yükünü taşıyan tarafın hukukî dinlenilme hakkına kapalı yargılama yoluyla yapılan müdahale, avukat çözümü kabul edilerek yumuşatılabilir. Hukukumuzda sırların korunması amacıyla kapalı yargılama yapılabileceği doktrinde belirtilmekle birlikte, kapalı yargılamanın kanunî dayanağı bulunmamaktadır. Karşılaştırmalı hukuk doktrininde kapalı yargılama yapılabilmesi için kanunî dayanağın olması gerekip gerekmediği yönünde farklı görüşler olsa da, kapalı yargılama yoluyla temel usul ilkelerine yapılan müdahalenin ağırlığı göz önünde bulundurulduğunda, buna yönelik kanunî dayanak bir ihtiyaç ve gereklilik olarak görülmelidir. Ancak önemle belirtmek gerekir ki, 2016/ 943/ EC sayılı Direktifte ticarî sırların korunması için tarafların yargılamadan dışlanamayacağını kabul edilmesi, kapalı yargılamanın uygulanabilirliği ve buna yönelik bir düzenleme yapılması ihtimalini zayıflatmıştır.

Medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması gereksinimi, sadece taraflar bakımından değil, üçüncü kişiler bakımından da doğabilir. Üçüncü kişilerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması için üzerinde durulan ilk yol, taraflardan her ikisinin de dışlanması yoluyla kapalı yargılamadır. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun çeşitli hükümlerinde üçüncü kişilerin sırlarına mutlak koruma sağlanmış olduğu için, taraflardan her ikisinin de dışlanması yoluyla kapalı yargılama yapılmamalıdır. Üçüncü kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı, kişisel verilerinin ve sırlarının korunmasına imkân tanır. Üçüncü kişiye ait bir sırrın taraflarca yargılamaya getirilmesi söz konusu olduğunda, özellikle meslek sırrı bakımından özel bir kaçınma hali kabul edilmiş olmadıkça, tarafların ibrazdan kaçınmaları mümkün görülmemelidir. Dava dosyasına giren kişisel verileri ise, ancak üçüncü kişinin rızası olduğunda incelenebilmelidir.

Çalışmanın üçüncü bölümünde incelenen medenî yargılama hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunmasına ilişkin bazı özel ve bağlantılı durumlar kapsamında, elektronik ortamda kişisel verilerin korunması ile çekişmesiz yargıda, tahkim yargılamasında, arabuluculuk sürecinde ve icra hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması ele alınarak, tespitler yapılmıştır.

Hukukumuzda elektronik ortamda yargılamaya ilişkin verilerin işlenmesine, saklanmasına, paylaşılmasına ve silinmesine yönelik kanunî bir düzenlemeye mutlak suretle ihtiyaç vardır. UYAP bilişim sisteminde kişisel verilerin korunması hakkı bakımından önemli eksiklikler mevcuttur.

Çekişmesiz yargı işlerinde kişisel verilerin ve sırların korunması, ilgililerin kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere ve birbirlerine karşı korunması şeklinde ikiye ayrılarak incelenmiştir. Hukukumuzda, çekişmesiz yargı işlerinde ilgililerin kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması kaygısı güdülmemiştir. Bu sebeple, aleniyet ilkesi ve dosya inceleme hakkı bakımından ilgililerin kişisel verilerinin ve sırlarının korunması sorunludur. Ancak, çekişmesiz yargı işlerinin niteliği göz önünde bulundurularak, özellikle kişiler ve aile hukukuna ilişkin çekişmesiz yargı işlerinde kural olarak gizliliğin kabul edilmesi daha yerinde bir yaklaşımdır. Ayrıca bu halde en azından, aleniyetin kaldırılması şartları daha somut bir şekilde belirlenmelidir. Keza dosya inceleme hakkı bakımından da üçüncü kişilerin ilgili oldukları yönünde kanaat oluşturmalarıyla yetinilmemeli, bilginin geleceğinin belirlenmesi hakkı çerçevesinde hareket edilmeli, şayet ilgililerin rızası yoksa üçüncü kişilerin hukukî menfaatinin varlığı halinde hâkim tarafından dosyayı incelemelerine izin verilmelidir. İlgililerin kişisel verilerinin ve sırlarının birbirlerine karşı korunması bakımından ise, hukukumuzda taraf aleniyeti çekişmesiz yargı işlerinde de geçerli olduğundan, istisnaî bir düzenleme bulunmaması halinde, ilgililer incelemeden dışlanmamalıdır.

Tahkim yargılamasında kişisel verilerin ve sırların korunması, tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere ve birbirlerine karşı korunması arasında ayırım yapılarak incelenmiştir. Tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması ihtiyacı, aleniyet ilkesinin uygulama alanıyla bağlantılıdır. İhtiyarî tahkimde yargılama gizli yapıldığı için, yargılama sırasında hazır bulunanlar sır saklama yükümlülüklerine uyduğu müddetçe, kişisel verilerin ve sırların üçüncü kişilere karşı korunması bakımından bir sorun yaşanmaz. Ancak, tahkim yargılamasında da taraf aleniyeti geçerli olduğu için, tarafların kişisel verilerinin

birbirlerine karşı korunması bakımından aynı durum söz konusu değildir. Taraf aleniyeti, kişisel verilerin ve sırların korunması karşısında tehdit olarak görülebilir. Bunun aşılabilmesi için tahkimde yargılama usulü serbestisine dayanılarak geliştirilen bazı çözüm önerileri vardır. Bu kapsamda, metinlerin karartılması ve kısaltmalar yapılması, somutlaştırma yükünün hafifletilmesi, teminat alınması, sır saklama şartı/ sözleşmesi yapılması gibi önlemler alınması mümkündür. Ancak bu önlemler etkin sonuçlar doğurmaz. Arabuluculukta kullanılan bir yöntem olan *tarafılardan biriyle özel oturum yapılması: caucusing* ise, tahkimde başvurulabilecek bir çözüm olamaz. Tarafların sırlarının birbirlerine karşı etkin bir şekilde korunması için, buna yönelik kanunî zemin hazırlanması şartıyla, kapalı yargılama yapılması en uygun çözüm yoludur.

Arabuluculuk, tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının korunması için etkin bir yoldur. Arabuluculuk süreci gizlidir. Bu gizlilik, dış ilişkide olduğu gibi, iç ilişkide de olabilir. Taraflar ve arabulucu için birçok avantaj yaratan dış ilişkide gizlilik, arabuluculuk sürecinde paylaşılan beyanların, bilgilerin ve belgelerin üçüncü kişilere karşı gizli tutulmasını ifade eder. İç ilişkide gizlilik ise, arabuluculuk sürecinin tarafları arasındaki gizliliğdir ve arabulucunun *tarafılardan biriyle özel oturum yapılması: caucusing* halinde söz konusu olur. Arabulucu, özel oturum yaptığı tarafın açık izni olmaksızın, özel oturumda kendisine verilen bilgileri diğer tarafa açıklayamaz. Bu anlamda, kişisel verilerin ve özellikle ticarî sırların korunması için *özel oturum yapılması: caucusing* uygun bir çözümdür.

İcra hukukunda kişisel verilerin ve sırların korunması, icra hukukunun cebrî yapısı nedeniyle, hassas bir konudur. Cebrî icra faaliyeti sırasında elde edilen kişisel veriler ve sırlar korunmalı ve kötüye kullanılmaları engellenmelidir. İcra hukukunda tarafların kişisel verilerinin ve sırlarının üçüncü kişilere karşı korunması ihtiyacı, aleniyetin söz konusu olduğu durumlarda ortaya çıkar. İcra hukukunda kural olarak gizlilik esastır, ancak, tutanaklar ve siciller bakımından aleniyet kabul edilmiştir. Ancak bu durum büyük bir veri koruma problemi olarak değerlendirilmemeli ve aleniyetin sağladığı fayda karşısında geçerli kalmamalıdır. Sadece temel haklara müdahalenin söz konusu olduğu hallerde, gerekliliğın ve ölçülülüğün değerlendirilmesinde, müdahalenin ciddiyeti ve müdahaleyi haklı kılan sebepler arasında bir denge kurulmalıdır. Üçüncü kişilerin bilgi edinme menfaatleri, çoğu durumda borcunu ödemeyen borçlunun menfaatine ağır basar. Borçlunun kişisel verilerinin ve sırlarının alacaklıya karşı korunup korunamayacağı da alacaklı ile borçlu arasındaki menfaat dengesine göre belirlenmelidir.

KAYNAKLAR

- ADOLPHSEN, Jens; Zivilprozessrecht, 4. Bası, Baden 2014.
- AHRENS, Hans-Jürgen; “Gesetzgebungsvorschlag zur Beweisermittlung bei Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums”, GRUR 2005, s. 837-840, (GRUR 2005).
- AHRENS, Hans-Jürgen; Der Beweis im Zivilprozess, Köln 2015, (Der Beweis).
- AKGÜL, Aydın; Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014.
- AKINCI, Ayşe Nur; Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Haziran 2017.
- AKİL, Cenk; “Genel Hatları İle Alman Medenî Yargılama Hukukunda Kısmî Hüküm”, İÜHFM, C. LXX, Sy. 1, Y. 2012, s. 179-201.
- AKKAN, Mine; “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, Hakan PEKCANİTEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 555-609, (Tanık).
- AKKAN, Mine; “Medenî Usul Hukukunda Etkin Hukukî Koruma”, Etkin Hukukî Koruma, MİHDER, S. 6, 2007/ 1, s. 29-68, (Etkin Hukukî Koruma).
- AKKAN, Mine; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usûl I).
- AKSOY, Hüseyin Can; Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.
- AKTAŞ DAĞ, Yasemin; “Veri İmtiyazı Koruması ve Bolar İstisnasının Bu Koruma Üzerindeki Etkisi”, FSHD, C. 13, Sy. 49, Y. 2017, s. 35-82.
- AKYILMAZ, Bahtiyar/ SEZGİNER, Murat/ KAYA, Cemil; Türk İdare Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2013.
- AKYOL ASLAN, Leyla; Medeni Usul Hukukunda Delil Tespiti, Ankara 2011.
- ALANGOYA, Yavuz; Medenî Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, (İlkeler).
- ALANGOYA, Yavuz; “İsviçre Hukukunda Çekişmesiz Yargıya İlişkin Düşünceler”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 110-121, (Çekişmesiz Yargı).
- ALTUNDİŞ, Mehmet; “Hukukî Güvenlik İlkesi”, Yasama Dergisi, Sy. 10, Eylül-Ekim-Kasım-Aralık 2008, s.60-94.
- ANSAY, Sabri Şakir, “Mahkemelerimizde Yemin”, AÜHFD, C. 11, Sy. 3, 1954, s. 115-118.
- ARAS, Aslı; Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara 2017.

ARENS, Peter; “Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß”, ZJP, 96. Bd., H. 1, 1983, s. 1-24.

ARSLAN, Aziz Serkan; Medeni Usul Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara 2012.

ARSLAN, Ramazan; Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara 1989.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, İstanbul 2011.

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY; Opinion 4/ 2007 on the concept of personal data, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf, E.T. 08.03.2015.

AŞIK, İbrahim; “Alman Hukukunda Dolaylı Aleniyete İlişkin Gelişmeler ve Düşünceler”, MİHDER, C. 13, Sy. 38, 2017/ 3, s. 718-758.

ATALAY, Oğuz; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017.

ATALI, Murat, “Avusturya Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 50-105, (Avusturya).

ATALI, Murat; “Almanya’da Çekişmesiz Yargı Reformu ve Bunun Türk Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 105-114, (Almanya).

ATALI, Murat; Medenî Usul Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, Ankara 2014, (Aleyhe Bozma Yasağı).

ATALI, Murat; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.

AYHAN İZMİRLİ, Lâle; “Lex Mercatoria’da Culpa in Contrahendo Sorumluluğu”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, S. 2, s. 170-229.

AYÖZGER, Çiğdem, Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2016.

AZAKLI ARSLAN, Betül; Medenî Usûl Hukuku Açısından Zorunlu Arabuluculuk, Ankara 2018.

BAHADIR, Zeynep; Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar, Ankara 2018.

BAHNER, Andreas; Geheimnisschutz im Zivilprozess: Neues altes Problemfeld nach Umsetzung der Enforcement-Richtlinie (RL 2004/48/EG), Hamburg 2003.

BAKER/ McKENZIE; Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO): Stämpflis Handkommentar, Bern 2010, (SHK).

BALTHASAR, Stephan; Der Schutz der Privatsphäre im Zivilrecht, Tübingen 2006.

BASSEWITZ, Katharina von; “Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını

Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar: Hard Times for Paparazzi: Two Landmark Decisions Concerning Privacy Rights Stir Up The German and English Media”, (Çev. PARLAK BÖRÜ, Şafak), AÜHFD, C. 64, Sy. 4, Y. 2015, s. 1245-1262.

BAŞÖZEN, Ahmet; “İflâs Tasfiyesinde Müflisin Mektuplarına El Konulması ve Müflisin Özel Haberleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılmasına Yönelik Anayasal Sorunlar”, Kamu Hukuku Arşivi, S. 1, Y. 2005, s. 70-80.

BAUMBACH, Adolf/ LAUTERBACH, Wolfgang/ ALBERS, Jan/ HARTMANN, Peter; Zivilprozessordnung, 66. Bası, Münih 2008.

BAUMBACH, Adolf/ HOPT, Klaus J.; Handelsgesetzbuch, 38. Bası, Münih 2018.

BAUMGÄRTEL, Gottfried; “Geheimverfahren im Zivilprozess zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen nach Schweizer Vorbild?”, Festschrift für Walther J. Habscheid, Bielefeld 1989, s. 1-10.

BAUMGÄRTEL, Gottfried/ LAUMEN, Hans-Willi/ PRÜTTING, Hanns; Handbuch der Beweislast, 2. Bası, Köln 2009.

BECKER-EBERHARD, Ekkehard; “Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları”, (Çev. M. Kamil Yıldırım), İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 19-38.

BELGESAY, Mustafa Reşit; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939.

BELLİCAN, Cüneyt; “Şeref ve Haysiyetin Korunması, Özel Hayatın Gizliliği ve Sanat Özgürlüğü: Özel Hukuk Açısından Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Rona SEROZAN Armağanı, C. I, İstanbul 2010, s. 535,592.

BENKARD, Georg; Patentgesetz: Gebrauchsmustergesetz, 11. Bası, Münih 2015.

Bericht der Kommission zur Vorbereitung einer Reform der Zivilgerichtsbarkeit, Bonn 1961.

BEYERBACH, Hannes; Die geheime Unternehmensinformation, Tübingen 2012.

BEYTAR, Erbil; İşçinin Kişiliğinin ve Kişisel Verilerinin Korunması, İstanbul 2017.

BİLGE, Mehmet Emin; Ticari Sırların Korunması, 2. Bası, Ankara 2005.

BLAU, Günter; “Die Einschaltung von Eheberatungsstellen in das Scheidungsverfahren”, JZ, Sy. 23, Aralık 1952, s. 711-714.

BODENSCHATZ, Nadine; Der europäische Datenschutzstandard, Düsseldorf 2010.

BOLAYIR, Nur; Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul 2014.

- BORNKAMM, Joachim; “Der Schutz vertraulicher Informationen im Gesetz zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums- In-Camera-Verfahren im Zivilprozess?”, Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, s. 893-912.
- BOZBEL, Savaş; Fikri Mülkiyet Hukuku, İstanbul 2015.
- BÖRÜ, Levent; Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016.
- BRANDT, Verena; Das englische Disclosure-Verfahren: Ein Modell für Zugang zu Information und Beweis im deutschen Zivilprozess?, Tübingen 2015.
- BREIDENBACH, Stephan; Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.
- BROX, Hans/ WALKER, Wolf-Dietrich; Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Bası, Münih 2017.
- BRUNNER, Alexander/ GASSER, Dominik/ SCHWANDER; Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2. Bası, 2016, (sZPO Kommentar).
- BUDAK, Ali Cem; “Prof. Dr. Baki Kuru’nun “Nizasız Kaza” İsimi Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Değişiklikler”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273-306, (Değişiklikler).
- BUDAK, Ali Cem; “Türk Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 128-187, (Çekişmesiz Yargı).
- BUDAK, Ali Cem; “İspat Hukuku Açısından Hekimlerin Meslek Sırrı”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, İstanbul 2008, s. 545 vd, (Meslek Sırrı).
- BURKERT, Herbert; Privacy-Data Protection: A German/ European Perspective, In Proceedings of 2nd Symposium of the Max Planck Project Group on the Law of Common Goods and the Computer Science and Telecommunications Board of the National Research Council, Wood Hole, Mass, s. 56, Makale için bkzn. <http://www.coll.mpg.de/sites/www/files/text/burkert.pdf>, S.E.T. 11.07.2017.
- BÜLBÜL, Erdoğan; İdari İşlemlerin Yürürlükten Kaldırılması, İstanbul 2010.
- COELLN, Christian von; Zur Medienöffentlichkeit der Dritten Gewalt: Rechtliche Aspekte des Zugangs der Medien zur Rechtsprechung im Verfassungsstaat des Grundgesetzes, Tübingen 2005.
- COFONE, Ignacio; “The Dynamic Effect of Information Privacy Law”, Minnesota Journal of Law, Science and Technology, C. 18, Sy. 2, 2017, s. 517-574, Makale için bkzn. <http://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1427&context=mjlst>, E.T. 11.07.2017.
- ÇİFTÇİ, Pınar; İcra Hukukunda Menfaat Dengesi, Ankara 2010, (Menfaat Dengesi).
- ÇOLAK, Uğur; “Kısıtlanmış Ruhsat Başvurularından Kaynaklanan Hukukî Uyuşmazlıklar ve Veri İmtiyazı Uygulaması”, Fikrî Mülkiyet Hukuku Yıllığı, İstanbul 2009, s. 227-284.

- DEMİR, Hande Seher; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Türkiye’de Din ve Vicdan Özgürlüğü, Ankara 2011.
- DEMİRCİOĞLU, Yaşar; Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri, Ankara 2007.
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Tahkimin Olumlu ve Olumsuz Yönleri”, ABD 2002-4, s. 37-44, (Tahkim).
- DEREN-YILDIRIM, Nevhis; “Arabuluculuk Kurumuna İlişkin Bazı Düşünceler”, Arabuluculuk Yasa Tasarısı-Eleştiri ve Öneriler Sempozyum Notları, İstanbul 2008, s. 81-99, (Arabuluculuk).
- DIAKNOIS, Antonios; Grundfragen der Beweiserhebung von Amts wegen im Zivilprozess, Tübingen 2014.
- DİNÇ, Güney; “Uluslararası Belgeler Bağlamında Özel Yaşamın Korunması”, Özel Yaşamın Gizliliği Paneli, Ankara 2008, s. 14-54.
- DOĞRU, Osman; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararlarının Biçim Yönünden Değerlendirilmesi”, AYD, C. 32, Y. 2015, s. 35-65.
- DRUEY, Jean Nicolas; Geheimsphäre des Unternehmens: Grundfragen des Persönlichkeitsrechts auf Geheimsphäre, untersucht mit dem Blick auf einen Sonderfall, Basel 1977.
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan; Türk Özel Hukuku-C. II- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.
- EGIDY, Hans von; Vorlagepflichten und Geheimhaltungsinteressen im Verwaltungsprozess in Deutschland und Frankreich, Baden 2005.
- ENSSLEN, Carola; Datenschutz im familien- und vormundschaftsgerichtlichen Verfahren, Frankfurt am Main 1997.
- ERCAN, İbrahim; “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, S. 2, Y. 2014, s. 249-269.
- ERDOĞAN, Ersin; Hakem Kararlarının Kesin Hüküm Etkisi, Ankara 2017.
- ERDÖNMEZ, Güray; Medenî Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti, 2. Bası, İstanbul 2014 (Belge).
- ERDÖNMEZ, Güray; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından Delillerin İbrazı”, İbraz, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 348-376 (İbraz).
- ERDÖNMEZ, Güray; Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. I, 15. Bası, İstanbul 2017.
- EREL, N. Şafak; Türk Fikir ve Sanat Hukuku, Ankara 2009.
- ERİŞİR, Evrim; Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

- ERMENEK, İbrahim; “Medenî Usul Hukukunda Şekilcilik”, GÜHFD, C.4, Sy. 1-2, Y. 2000, s. 142-180, (Şekilcilik).
- ERMENEK, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davayı Kabul (Mahkeme Huzurunda Yapılan Kabuller), Ankara 2009 (Davayı Kabul).
- ERMENEK, İbrahim; “Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medenî Yargılama Hukukuna Yansımaları ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Bazı Özel Durumlar”, Medenî Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C. 9, Sy. 26, 2013, s. 3-56, (Bireysel Başvuru).
- ERMENEK, İbrahim; Medenî Usul Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması, Ankara 2014, (Davaların Birleştirilmesi).
- ERMENEK, İbrahim; “Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar”, Hakan PEKCANITEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 1215-1252, (Bağlantılı Dava).
- ERTURGUT, Mine; Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara 2004.
- ESLAMI, Nassim, Die Nichtöffentlichkeit des Schiedsverfahrens, Tübingen 2016.
- FORSYTH, C.F.; “Haklı Beklentilerin Doğuşu ve Korunması”, (Çev. Esin ÖRÜCÜ), İHİD, Sy. 1-3, 1986, s. 121-139.
- FÖGEN, Marie Theres; Der Kampf um Gerichtsöffentlichkeit, Berlin 1974.
- FUSTER, Gloria González; The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, İsviçre 2014.
- GAUL, Hans Friedhelm; “Der Grundsatz der Öffentlichkeit im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit”, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 111-131.
- GAUL, Hans Friedhelm; “Yargılamanın Amacı Güncelliğini Koruyan Bir Konu”, (Çev. Nevhis Deren-Yıldırım), İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, 8. Bası, İstanbul 2016, s. 75-106.
- GENZ, Alexander; Datenschutz in Europa und den USA, Eine rechtsvergleichende Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Safe-Harbor-Lösung, Wiesbaden 2004.
- GILLES, Peter; “Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması”, (Çev. Hakan PEKCANITEZ), İzmir Barosu Dergisi, Y. 61, Ocak 1996, s. 9-28.
- GIELT, Andreas/ MANTZ, Reto; “Die IP-Adresse als Beweismittel und Beweisverbote: Beweiserlangung, Beweiswert und Beweisverbote”, CR 2008 (12), s. 810-816.
- GÖKSU, Mustafa; “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, MİHDER C. V, Sy. 13, İstanbul 2009, s. 251-282, (GÖKSU, M, MİHDER).

- GÖKSU, Mustafa; Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara 2011, (GÖKSU, M, Elektronik Delil).
- GÖKSU, Tarkan; “İsviçre Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı”, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 2012, s. 331-346, (GÖKSU, T.).
- GÖREN, Zafer; Anayasa Hukuku (T.C. Anayasası ve TBMM İçtüzüğü Eki İle), Anayasa, Ankara 2011, (Anayasa).
- GÖREN, Zafer; “Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü”, İTİCÜSBD, Y.12, Sy. 24, Güz 2013/2, s. 31-60, http://www.ticaret.edu.tr/Uploads/yayin/sosyal/31_60_Zafer_Goren.pdf, E.T. 12.09.2017, (Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü).
- GÖREN ÜLKÜ, Nazlı; “Medenî Yargılama Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu”, MÜHF-HAD, C. 16, Sy. 3-4, Y. 2010, s. 309-325.
- GÖRGÜN, Şanal; Medenî Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 2015.
- GÖTZ, Andreas; Der Schutz Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen im Zivilverfahren, Tübingen 2014.
- GÖZLER, Kemal; Anayasa Normlarının Geçerliliği Sorunu, Bursa 1999.
- GROLIMUND, Pascal; “Mediation: Balance zwischen Freiheit und Förmlichkeit”, ZZP, 123. Bd., H. 4, 2010, s. 393-426.
- GRUNSKY, Wolfgang; “Der Nachweis des Vertretenseins einer im Betrieb vertretenen Gewerkschaft”, ArbuR, 38. Bd., H. 4, Nisan 1990, s. 105-115.
- GRUNSKY, Wolfgang/ FLORIAN, Jacoby, Zivilprozessrecht, 15. Bası, Münih 2016.
- GÜNTHER, Klaus; “Einschränkungen der Erhebung von Dokumentenbeweisen aufgrund von Vertraulichkeit und Geschäftsgeheimnissen”, FS für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2000, s. 341-356.
- GÜRSEL, İlke; İşçinin Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı, Ankara 2016.
- HABSCHEID, Walther J.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht: Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, Basel 1986.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki; “İnsan Hakkı Olarak Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarının Korunması”, AÜHFD, C. 46, Sy. 1-4, Y. 1997, s. 1-40.
- HANAĞASI, Emel; Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği, Ankara 2016.
- HAUCK, Ronny; “Geheimnisschutz im Zivilprozess-was bringt die neue EU-Richtlinie für das deutsche Recht?”, NJW 2016, s. 2218-2223.
- HAUSHEER, Heinz/ WALTER, Hans Peter; Berner Kommentar, Bd. I: Art. 1-149, Bern 2012.

HAUSER, Robert/ SCHWERI, Erhard/ LIEBER, Viktor; GOG Kommentar zum zürcherischen Gesetz über die Gerichts-und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess, 2. Bası, Zürich 2017.

HELVACI, Serap; Gerçek Kişiler, İstanbul 2007.

HENKOĞLU, Turkey; Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2015.

HESSE, Konrad; Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., Heidelberg 1999.

HEß, Katja; Wahrheits- und Aufklärungspflicht im Zivil- und Arbeitsgerichtsprozeß, Saarbrücken 2006.

HIRTE, Heribert; "Mitteilung und Publikation von Gerichtsentscheidungen Zum Spannungsverhältnis von Persönlichkeitsschutz und Interessen der Öffentlichkeit", NJW 1988, s. 1698-1705.

HORVATH, Günther J.; "Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation-Ein glückliches Paar?", SchiedsVZ 2005, s. 292-302.

INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE; Data Protection Technical Guidance-Determining what is personal data, <https://ico.org.uk/media/for-organisations/documents/1554/determining-what-is-personal-data.pdf>, E.T., 08.03.2015.

İMRE, Zahit; "Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler", İÜHFM, C. 39, Sy. 1-4, s. 147-168.

İnternet: <http://www.adalet.gov.tr>

İnternet: <http://www.anayasa.gov.tr/Kararlar/KararlarBilgiBankasi>

İnternet: <https://beck-online.beck.de>

İnternet: <https://www.bmjv.de>

İnternet: www.bundesverfassungsgericht.de

İnternet: <http://ec.europa.eu>

İnternet: <http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>

İnternet: <https://emsal.yargitay.gov.tr/BilgiBankasiIstemciWeb/>

İnternet: <http://eur-lex.europa.eu/>

İnternet: <http://hudoc.echr.coe.int>

İnternet: www.jstor.org

İnternet: <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>

İnternet: <https://www.kazanci.com>

İnternet: <https://kvkk.gov.tr/>

İnternet: <https://www.lexpera.com.tr>

İnternet: <https://www.oecd.org/>

İnternet: <https://openjur.de/>

İnternet: www.recht.jurion.de

İnternet: www.resmigazete.gov.tr

İnternet: <https://www.swisslex.ch>

İnternet: www.sinerjimevzuat.com.tr

İnternet: <https://www.tbmm.gov.tr/>

İnternet: <http://www.tdk.gov.tr/>

İnternet: <https://www.telemedicus.info/>

İnternet: www.telifhaklari.gov.tr/Ticaretile-Baglantili-Fikri-Mulkiyet-Anlasmasi-TRIPS

İnternet: <http://www.uscourts.gov/>

JASTROW, Serge-Daniel/ SCHLATMANN, Arne; Informationsfreiheitsgesetz IFG: Kommentar, Heidelberg 2006.

JAUERNIG, Othmar; “Dürfen Prozeßbeteiligte in veröffentlichten Zivilentscheidungen namentlich genannt werden?”, Festschrift für Eduard Botticher zum 70. Geburtstag, Berlin 1969, s. 219-241.

JÄCKEL, Holger; Das Beweisrecht der ZPO: Ein Praxishandbuch für Richter und Rechtsanwälte, 2. Aufl. Stuttgart 2014.

JHERING, Gero von; Die Wirkung von Schiedsvereinbarungen, Schiedsklauseln und Schiedssprüchen im Gesellschaftsrecht: Eine Zusammenführung von Schiedsverfahrens- und Gesellschaftsrecht, Frankfurt 2013.

KABOĞLU, İbrahim Ö.; Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar), 6. Bası, İstanbul 2010.

KALE, Serdar; “Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası (HMK m. 149)”, MİHDER, C. 9, Sy. 25, 2013/ 2, s. 141-156.

KARAASLAN, Varol; Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Aydınlatma, Ankara 2013, (Aydınlatma).

KARAASLAN, Varol; “Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi ile Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, Sy. 2, Y. 2014, s. 97-130, (Tarafsızlık).

- KARASU, Rauf; “Acentenin Ücreti İle İlgili Bilgi Alma ve İnceleme Hakkı”, İÜHFD, C. 4, Sy. 2, Y. 2013, s. 61-74.
- KAYA, Cemil; Avrupa Birliği 1995/ 46/ EC Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFM, C. LXIX, Sy. 1-2, Y. 2011, s. 317-334.
- KAYA, Mehmet Bedii; Teknik ve Hukukî Boyutlarıyla İnternete Erişimin Engellenmesi, İstanbul 2010.
- KAYA, Mustafa İsmail; Acentelik Hukuku, Ankara 2014.
- KERSTING, Mark Oliver; Der Schutz des Wirtschaftsgeheimnisses im Zivilprozess-eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der Federal Rules of Civil Procedure und der ZPO, Bielefeld 1995.
- KETTENACKER, Johann von; Denkschrift für das teutsche Gerichtsverfahren mit besonderer Rücksicht auf das Grosherzogthum Baden gegen die volksthümliche Gerichts-Öffentlichkeit und die Geschworenen Gerichte, Freiburg 1823.
- KILIÇOĞLU, Ahmet; Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 2008 (Sorumluluk).
- KITZ, Volker; “Rechtsdurchsetzung im geistigen Eigentum-die neue Regeln”, NJW 2008, 2374-2377.
- KLEIN, Stefanie; Die Grundsätze der Öffentlichkeit und Mündlichkeit im Zivilprozeß im Spannungsfeld zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Köln 1995.
- KLINK, Judith; Datenschutz in der elektronischen Justiz, Kassel 2010.
- KNERR, Gerhard; Die Veröffentlichung von Namen in gerichtlichen Entscheidungen, Marburg 2004.
- KOCH, Cornelia; “The Sky is Falling if Judges Decide Religious Controversies!- Or is it? The German Experience of Religious Freedom under a Bill of Rights”, Freedom of Religion under Bills of Rights (Editörler: BABIE, Paul/ ROCHOW, Neville), s. 190-215, <http://www.jstor.org/stable/10.20851/j.ctt1t3051j.15>, .E.T. 24.09.2017, (KOCH, C.)
- KOCH, Raphael; Mitwirkungverantwortung im Zivilprozess, Tübingen 2013, (KOCH, R.).
- KONTACI, Ersoy; “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin Yorumu”, ABD, 2014/ 4, s. 107-117.
- KONURALP, Emre; “Hakemlerin Sır Saklama Yükümlülüğünün Suçu Bildirmeme Suçu İle İlişkisi”, MİHDER, C. 13, Sy. 38, 2017/ 3, s. 759-782.
- KORFF, Douwe; Study on the protection of the rights and interests of legal persons with regard to the processing of personal data relating to such persons, Final Report, http://ec.europa.eu/justice/data-protection/document/studies/files/20000202_rights_interests_legal_en.pdf, .E.T. 09.03.2015.

- KOUKOUSELIS, Maria N.; Die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme im Zivilprozeß, insbesondere bei Zeugenvernehmung, Frankfurt 1990.
- KÖBL, Ursula; “Die Öffentlichkeit des Zivilprozesses – eine unzeitgemäße Form?”, Festschrift für Schnorr von Carolsfeld, Köln, Berlin, Bonn, Münih 1972, s. 235-254.
- KRÜGER, Wolfgang/ RAUSCHER, Thomas; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO II, C. II, 5. Bası, Münih 2016.
- KRÜGER, Wolfgang/ RAUSCHER, Thomas; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO III, C. III, 5. Bası, Münih 2017.
- KURT KONCA, Nesibe; Medenî Usûl Hukukunda Alenîyet İlkesi, Ankara 2009, (Alenîyet İlkesi).
- KURT KONCA, Nesibe; “Aleniyet İlkesinin Sınırlandırılması”, SDÜHFD, MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, S. 2, Y. 2014, s. 65-96, (SDÜHFD).
- KURT KONCA, Nesibe; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara 2016, (Doğruyu SöylemeYükümlülüğü).
- KURU, Baki; Nizasız Kaza, Ankara 1961, (Nizasız Kaza).
- KURU, Baki; “İcra Tutanakları (Zabıtları)”, ABD, S. 5, 1975, s. 643-655, (İcra Tutanakları).
- KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. III, İstanbul 2001, (C. III).
- KURU, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. VI, İstanbul 2001, (C. VI).
- KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, (Usul).
- KURU, Baki; İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2017, (İcra).
- KURZWEIL, Elisabeth; “Akteneinsichtsrecht in “Mediationsakten”?”, ZZP, 123. Bd., H. 1, 2010, s. 77-84.
- KÜHNEN, Thomas; “Die Besichtigung im Patentrecht: Eine Bestandsaufnahme zwei Jahre nach “Faxkarte”, GRUR 2005, s. 185-196.
- KÜRSCHNER, Wolfgang; “Parteiöffentlichkeit vor Geheimnisschutz im Zivilprozeß”, NJW 1992, s. 1804, 1805.
- KÜZECİ, Elif; Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010 (Veri).
- KÜZECİ, Elif; “Anayasal Bir Hak: Kişisel Verilerin Korunması”, Bilişim Dergisi, s. 142-149, (Anayasa).
- KÜZECİ, Elif; “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, C. 32, Y. 2014, s. 53-75, (Bilgi),

http://www.todaie.edu.tr/resimler/ekler/16b01730bc03395_ek.pdf?dergi=Insan%20Haklari%20Yilligi, S.E.T. 18.08.2017.

LABE, Michael; Zufallsfund und Restitutionsprinzip im Strafverfahren, Berlin 1990.

LACHMANN, Jens-Peter; "Unternehmensgeheimnisse im Zivilrechtsstreit, dargestellt am Beispiel des EDV-Prozesses, NJW 1987, s. 2206-2210

LAUDON, Kenneth C.; "Markets and Privacy", ICIS, Orlando Florida 1993, s. 1-28, <http://isites.harvard.edu/fs/docs/icb.topic1306974.files/laudon.pdf>, E.T. 11.07.2017.

LEPPIN, Klaus H.; "Besichtigungsanspruch und Betriebsgeheimnis (Teil II)- Ein Beitrag zum eingeschränkten Besichtigungsanspruch gemäß §§ 809, 242 BGB und zur Möglichkeit eines Geheimverfahrens im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung der Patentverletzung", GRUR, H. 10, 1984, s. 695-713.

LINDER, Andreas; EU-Datenschutz-Grundverordnung: Gesetzeswortlaut mit eingereichten Erwägungsgründen, Norderstedt 2016.

LÖWE, Ewald/ ROSENBERG, Werner; Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz: Großkommentar, C. 10, 26. Bası, Berlin 2010.

MALMSTRÖM, Amina-Viviana; Schutz von Betriebs-Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess: unter besondere Berücksichtigung des Geheimnisschutzes inter partes, Frankfurt 2012.

MATSUMOTO, Hiroyuku; "Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts in Japan", ZZP, Bd. 121, H. 2, 2008, s. 203-224.

MAYEN, Thomas; "Geheimnisschutz im Gerichtsverfahren", AnwBl 2002, s. 495-502.

MAYER-SCHÖNBERGER, Victor/ BRANDL, Erns/ KRİSTOFERİTSCH, Hans; Datenschutzgesetz: Grundsätze und europarechtliche Rahmenbedingungen Gesetzestext mit Materialien, Datenschutz-Verordnungen und Richtlinien im Anhang, 3. Baskı, Viyana 2014.

MELULLIS, Klaus-J; "Zum Besichtigungsanspruch im Vorfeld der Feststellung einer Verletzung von Schutzrechten", Festschrift für Winfried Tillman, Köln, Berlin, Bonn, Münih 2003, s. 843-856.

MEMİŞ, Tekin; "Şirketler Hukukunda Denetim", EÜHFD, C. 16, SY. 3-4, Y. 2012, s. 151-186.

MERİÇ, Nedim; "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü", DEÜHFD, C. 11, Özel Sayı 2009, s. 377-424, (Davayı Aydınlatma).

MERİÇ, Nedim; "Madeni Yargılama Hukukunda Tasarruf ve Taleple Bağlılık İlkesinin Kapsamı ve Bazı Güncel Kararların Değerlendirilmesi", SDÜHFD MİHBİR Özel Sayısı, C. IV, Sy. 2, Y. 2014, s. 23-63, (Tasarruf ve Taleple Bağlılık).

MUSIELAK, Hans-Joachim/ VOIT, Wolfgang; ZPO: Zivilprozessordnung Kommentar, 14. Bası, Münih 2017.

- NEUMANN-DUESBERG, Horst; “Bildberichtserstattung über absolute und relative Personen der Zeitgeschichte”, JZ, Sy. 4, Şubat 1960, s. 114 - 118, <http://www.jstor.org/stable/20805773>, E.T. 12.09.2017.
- OERMANN, Markus; Individualdatenschutz im europäischen Datenschutzrecht: Eine theoriegeleitete Analyse, Herbolzheim 2012.
- OĞURLU, Yücel; İdare Hukukunda Kazanılmış Haklara Saygı ve Haklı Beklentiler Sorunu, Ankara 2003.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe; Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. Bası, İstanbul 2014, (Kişiler Hukuku).
- OĞUZMAN, M. Kemal/ SELİÇİ, Özer/ OKTAY, Saibe; Eşya Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2017, (Eşya Hukuku).
- ÖZBUDUN, Ergun; Türk Anayasa Hukuku, 15. Bası, Ankara 2014.
- ÖZÇELİK, Volkan; “Genel Haciz Yoluyla Takipte İcra Müdürünün Zor Kullanma Yetkisi (İİK m. 80/ 4), Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 2909-2952.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa; Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Ankara 2009.
- ÖZEKES, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, (Hukukî Dinlenilme Hakkı).
- ÖZEKES, Muhammet; İcra Hukukunda Temel Haklar ve İlkeler, Ankara 2009, (Temel Haklar).
- ÖZEKES, Muhammet; “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler”, Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ Armağanı, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, 2015, s. 263-300, (Dava Dilekçesi).
- ÖZEKES, Muhammet; Pekcanitez Usûl Medenî Usul Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017, (Pekcanitez Usûl II).
- ÖZBEK, Mustafa Serdar; Alternatif Uyuşmazlık Çözümü, 3. Bası, Ankara 2013.
- ÖZBEK, Veli Özer; “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”, İÜHFM, C. LIX, Sy. 1-2, Y. 2001.
- PAGENBERG, Jochen; “Betrieblicher Know-How-Schutz in gerichtlichen Auseinandersetzungen”, CR 1991, s. 65-72.
- PANTLE, Norbert; Die Beweisunmittelbarkeit im Zivilprozess, Frankfurt 1991.
- PEKCANİTEZ, Hakan; “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 385-412, (Adil Yargılanma Hakkı), (Bu makale, İBD, 1997 Nisan, s. 35-55’de yayınlanmıştır).

- PEKCANITEZ, Hakan; “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Dinlenilme, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 509-559, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), (Bu makale, Prof. Dr. Seyfullah EDİS Armağanı, İzmir 2000, s. 753-791’de yayınlanmıştır).
- PEKCANITEZ, Hakan; “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi”, Makaleler, C. I, İstanbul 2016, s. 561-590, (Aleniyet İlkesi), (Bu makale Yargı Reformu 2000 Sempozyumu: 5-6-7-8 Nisan, İzmir 2000, s. 408-427’de yayınlanmıştır).
- PEKCANITEZ, Hakan; Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PEKCANITEZ, Hakan/ YEŞİLIRMAK, Ali; Medenî Usûl Hukuku, C. III, 15. Bası, İstanbul 2017.
- PELTZ-STEELE, Richard J.; “The Pond Betwixt: Differences in the U.S.-EU Data Protection/Safe Harbor Negotiation”, Journal of Internet Law, C. 19, Sy. 1, Temmuz 2015, s. 1/15-30.
- PLACZEK, Thomas; Allgemeines Persönlichkeitsrecht und privatrechtlicher Informations- und Datenschutz, Hamburg 2006.
- PLOCH-KUMPF, Ute; Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß unter besonderer Berücksichtigung ihrer Bedeutung in der Gesamtrechtsordnung, Frankfurt 1996.
- POLATER, Yusuf Ziya; Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, Ankara 2010.
- POPPER, Karl R.; Die offene Gesellschaft und ihre Feinde, 7. Bası, Tübingen 1992.
- POSDZIECH, Marion; US- amerikanische Discovery und deutsches Datenschutzrecht: Der Konflikt im Falle der Dokumentenvorlage, Wiesbaden 2017.
- POSTACIOĞLU, İlhan E./ ALTAY, Sümer; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 7. Bası, İstanbul 2015.
- PRINS, Corien; “Property and Privacy: European Perspectives and the Commodification of our Identity”, Haz. Guibault and Hugenholtz, The Future of the Public Domain, Kluwer Law International, Hollanda 2006, s. 223-257, (Privacy), <https://ssrn.com/abstract=929668>, E.T. 11.07.2017.
- PRINS, Corien; “When personal data, behavior and virtual identities become a commodity: Would a property rights approach matter?”, SCRIPT-ed, C.3, Sy. 4, Haziran 2006, s. 270-303, (Personal data), <https://script-ed.org/wp-content/uploads/2016/07/3-4-Prins.pdf>, E.T. 11.07.2017.
- PRINS, J.E.J.; “The Propertization of Personal Data and Identities”, Electronic Journal of Comparative Law, C. 8., Sy. 3., Ekim 2004, s. 1-7, <https://www.ejcl.org/83/art83-1.PDF>, E.T. 11.07.2017.

- PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; “Die Vertretung einer Gewerkschaft im Betrieb-Geheimverfahren zum Nachweis der Voraussetzungen”, DB, H. 45, s. 2273-2278, 10.11.1989, (DB 1989).
- PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; “Nochmals: Zulässigkeit beweisrechtlicher Geheimverfahren”, ArbuR, 38. Bd., H. 9, Eylül 1990, s. 269-275, (Geheimverfahren).
- PRÜTTING, Hanns; “Datenschutz und Zivilverfahrenrecht in Deutschland”, ZZP, 106. Bd., H. 4, 1993, s. 427-468, (Datenschutz).
- PRÜTTING, Hanns/ WETH, Stephan; “Geheimnisschutz im Zivilprozess”, NJW 1993, s. 576-577, (Geheimnisschutz).
- PRÜTTING, Hanns; “Wahrheit im Zivilprozess”, FS für Peter Gottwalf zum 70. Geburtstag, Münh 2014, s. 507-515.
- PRÜTTING, Hanns/ GEHRLEIN, Markus; ZPO-Kommentar, 9. Bası, KÖLN 2017.
- RABE, Christine Susanne/ WODE, Martin; Mediation: Grundlagen, Methoden, rechtlicher Rahmen, Berlin Heidelberg 2014.
- RAMÍREZ, Aldoney Rodrigo; Der strafrechtliche Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen, Kenzingen 2009.
- RAUSCHER, Thomas; Münchener Kommentar zur FamFG, 2. Bası, Münh 2013.
- RAUSCHER, Thomas/ KRÜGER, Wolfgang; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung: mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, MüKoZPO I, C.I., 5. Bası, Münh 2016.
- RITZ, Philipp; Die Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht, Tübingen 2007.
- ROBBERS, Gerhard; “Informationelle Selbstbestimmung und allgemeine Informationsfreiheit in Deutschland”, Juidica International VII, Y. 2002, s. 98-105.
- RODRÍGUEZ, Rodrigo; “Der Geheimnisschutz in der neuen Schweizerischen ZPO”, ZZP, 123. Bd., H. 3, 2010, s. 303-320.
- ROSENBERG, Leo/ SCHWAB, Karl Heinz/ GOTTWALD, Peter; Zivilprozessrecht, 17. Bası, Münh 2010.
- ROTH, Peter; Die Wahrheitspflicht der Parteien im Zivilprozeß, Nürnberg 1991.
- SAENGER, Ingo; ZPO: Familienverfahren – Gerichtsverfahren - Europäisches Verfahrensrecht Handkommentar, 7. Bası, Baden 2017.
- SAĞLAM, Fazıl; Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü, Ankara 1982.

- SAMER, Michael; "Urkundenvorlage im Patentrecht", Festschrift zum 80-jährigen Bestehen des Patentgerichtsstandortes Düsseldorf am 1. Oktober 2016, Köln 2016, s. 469-487.
- SAMUELSON, Pamela; "Privacy as Intellectual Property", Stanford Law Review, C. 52: 1125, 2000, s. 1125 - 1173 http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3137&context=fac_pubs, E.T. 11.07.2017.
- SAWANG, Judith; Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010.
- SCHANTZ, Peter/ WOLFF, Heinrich Amadeus; Das neue Datenschutzrecht: Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz in der Praxis. Münih 2017.
- SCHLOSSER, Peter; "Wirtschaftsprüfervorbehalt und prozessuales Vertraulichkeitsinteresse der nicht primär beweis- substantiierungsbelasteten Prozeßpartei", Festschrift für Bernhard Großfeld zum 65. Geburtstag, Heidelberg 1999, s. 997-1016.
- SCHMIDT, Karsten; Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 4. BasI, Münih 2016.
- SCHMITT, Joachim / HÖRTNAGL, Robert / STRATZ, Rolf-Christian, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 7. BasI, Münih 2016.
- SCHNEIDER, Birgit; "Rechtsdurchsetzung und Geheimnisschutz- ein Widerspruch?", ÖJZ 2013/ 18, H. 4, s. 149-154.
- SCHOLZ, Rubert/ PITSCHAS, Reiner; Informationelle Selbstbestimmung und staatliche Informationsverantwortung, Berlin 1984.
- SCHUMACHER, Hubertus; "Geheimnisschutz im Zivilprozess aus österreichischer Sicht", ZZP, 123. Bd., H. 3, 2010.
- SCHUMANN, Ekkehard; "Aktuelle Überlegungen zur Öffentlichkeit von Gerichtsverfahren", FS für Peter GOTTWALD zum 70. Geburtstag, Münih, 2014, s. 565-584.
- SCHÜTZE, Rolf A.; Schiedsgericht und Schiedsverfahren, 5. BasI, Münih 2012.
- SCHWAB, Karl Heinz/ WALTER, Gerhaerd; Schiedsgerichtsbarkeit, 7. BasI, Münih 2005.
- SIEBERT, Melanie; Geheimnisschutz und Auskunftsansprüche im Recht des Geistigen Eigentums, Tübingen 2011.
- SIEMEN, Birte; Datenschutz als europäisches Grundrecht, Berlin 2006.
- SIMOTTA, Daphne-Ariane; "Einige Probleme des Datenschutzes im Zivilverfahrensrecht 1", ÖJZ 1993, s. 793-804, (Einige Probleme I).
- SIMOTTA, Daphne-Ariane; "Datenschutz und Zivilverfahrensrecht in Österreich", ZZP, 106 Bd., H. 4, 1993, s. 469-520, (Datenschutz).

- SIMOTTA, Daphne Ariane; “Überlegungen zur Öffentlichkeit im Zivilprozeß”, Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Viyana 1993, s. 449-465, (Öffentlichkeit).
- SİMİL, Cemil; “Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevinin Sınırları”, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 1351-1376.
- SPINDLER, Gerald/ STILZ, Eberhard; Aktiengesetz, 3. Bası, Münih 2015.
- STADLER, Astrid; Der Schutz des Unternehmensgeheimnisses im deutschen und U.S.-amerikanischen Zivilprozeß und im Rechtshilfeverfahren, Tübingen 1989, (Schutz des Unternehmensgeheimnisses).
- STADLER, Astrid; “Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß”, NJW 1989, s. 1202-1206, (NJW 1989).
- STADLER, Astrid; “Was drei wissen, das erfahren hundert-Auskunftspflichten und Geheimnisschutz im Zivilprozess nach Umsetzung der Richtlinie zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums”, Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, Tübingen 2009, s. 201-220, (FS Leipold).
- STADLER, Astrid; “Geheimnisschutz im Zivilprozess aus deutscher Sicht”, ZZP, 123. Bd., H. 3, 2010, s. 261-282, (Geheimnisschutz).
- STÄUBER, Richard; Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen im Zivilprozess, Zürih 2011.
- STEEGER, Winfried; Die Zivilprozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien beim Urkunden- und Augenscheinsbeweis, Hamburg 1981.
- STEIN, Friedrich/ JONAS, Martin; Kommentar zur Zivilprozessordnung, Bd. 3, 22. Auflage, Tübingen 2005.
- STEINMÜLLER, Wilhelm/ LUTTERBECK, Bernd/ MALLMANN, Christoph/ HARBORT, Uwe/ KOLB, Gerhard/ SCHNEIDER, Jochen; “Grundfragen des Datenschutzes: Gutachten im Auftrag des Bundesministeriums des Innern”, BT-Drucksache VI/ 3826, Temmuz 1971, s. 5-224, https://www.maroki.de/pub/dphistory/1971_Steinmueller_39398927-Grundfragen-Datenschutz-BAD06-3826.pdf, E.T. 18.08.2017.
- STENZL, Burghild Maria; “Datenschutzrechtliche Probleme im Zivilverfahren”, Doktora Tezi, Viyana 2010, <http://othes.univie.ac.at/11152/>, E.T. 05.05.2015.
- STEBUT, Dietrich von; Geheimnisschutz und Verschwiegenheitspflicht im Aktienrecht, Münih 1972.
- STÜRNER, Rolf; Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses, Tübingen 1976, (Aufklärungspflicht).
- STÜRNER, Rolf; “Die gewerbliche Geheimsphäre im Zivilprozess”, JZ, Sy. 10, Mayıs 1985, s. 453-461, (JZ 1985).
- STÜRNER, Rolf/ STADLER, Astrid; “BGH, 8.1.1985-X ZR 18/84. Zum Besichtigungsanspruch des Patentsinhabers”, JZ, Sy. 23, Aralık 1985, s. 1096-1105.

- SULU, Muhammet; Ticarî Sırların Korunması, 2. Bası, İstanbul 2017.
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 2. Bası, İzmir 1999, (Avukatlık).
- SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral; “Anayasal Şikâyet ve Adalete Erişim”, Hakan Pekcanitez ARMAĞANI, DEÜHFD, C. 16, Özel Sayı, s. 399-410, (Anayasal Şikâyet).
- SUTTER-SOMM, Thomas/ HASENBÖHLER, Franz/ LEUENBERGER, Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Bası, 2016, (sZPO).
- ŞEN, Ersan; “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi, C. 83, Sy. 3, Y. 2009, s. 1197-1214.
- ŞİMŞEK, Oğuz, Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2008.
- TANÖR, Bülent; Türkiye’de İnsan Hakları Sorunu, 3. Baskı, İstanbul 1994.
- TANRIVER, Süha; “Hukuk Yargısında Etkinliğin Sağlanması İçin Alınması Gereken Önlemler Üzerine”, AÜHFD 2000, C. 49; Sy. 1-4, s. 67-83, (Etkinliğin Sağlanması).
- TANRIVER, Süha; “Hukuk Yargısı (Medenî Yargı) Bağlamında Adil Yargılanma Hakkı”, TBB Dergisi, Sy. 53, Y. 2004, s. 191-215, (Adil Yargılanma Hakkı).
- TANRIVER, Süha; “Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları: Arabuluculuk Kurumuna Hukukî ve Sosyolojik Bir Bakış”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 821-842, (Arabuluculuk).
- TANRIVER, Süha; “Türk Hukuku Bağlamında Çekişmesiz Yargı ve Noterlik”, Prof. Dr. Fırat Öztan’a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2013, s. 2013-2024, (Çekişmesiz Yargı).
- TANRIVER, Süha; “Tabîî Hâkim İlkesi ve Medenî Yargı”, Tabîî Hâkim İlkesi, TBB Dergisi, Sy. 104, 2013, (Tabîî Hâkim İlkesi).
- TANRIVER, Süha; Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara 2017, (Bilirkişilik).
- TANRIVER, Süha; Medenî Usûl Hukuku, C. I, Ankara 2018, (Usûl).
- TARMAN, Zeynep Derya; “Tahkim ve Gizlilik”, MÜHFD, 2008/ 1, s. 305-328.
- TAŞPINAR, Sema; “Medenî Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu”, Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 759-787, (Amaç Sorunu).
- TAŞPINAR AYVAZ, Sema; “Türk Hukukunda Bir İcra Sicili Düzenlemesi Örneği ‘Aciz Belgesi (Vesikası) Sicili’ ”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. II, Ankara 2009, s. 579-621, (Aciz Belgesi).
- TAŞTAN, Furkan Güven; Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, İstanbul 2017.

TEKİNALP, Ünal; Fikrî Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2012.

TEOMETE YALABIK, Fulya; İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2016.

TERCAN, Erdal; “Medeni Usul Hukukunda Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü”, Prof. Dr. Şakir Berki’ye Armağan, SÜHFD, C. 5, Sy. 1-2, 1996, s. 181-212, (Gerçeği Söyleme Yükümlülüğü).

TERCAN, Erdal; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların İsticvabı (Tarafların Bilgisine Delil Olarak Başvurulması), Ankara 2001, (Tarafların İsticvabı).

TEßMER, Dirk; Der Privatliche Persönlichkeitsschutz von Prominenten vor Verletzung durch die Medien-mit rechtsvergleichenden Bezügen, Marburg 2000.

TEZCAN, Durmuş; “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, Anayasa Dergisi, C. 8, Y. 1991, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg8/dtezcan.pdf, E.T. 09.03.2015.

TINNEFELD, Marie-Theres/ BENEDIKT, Buchner/ PETRI, Thomas; Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Bası, Münih 2012.

TURANBOY, Asuman; “Ticarî sır”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006, s. 349-369.

TÜRKOĞLU ÜSTÜN, Kamile; “Alman İdari Yargılama Usulünde İdari Makamların Bilgi ve Belge Verme Yükümlülüğü”, GÜHFD, C. XVIII, Sy. 3-4, Y. 2014, s. 877-897.

TÜYSÜZ, Cemre; “Milletlerarası Ticarî Tahkimde Gizlilik Yükümlülüğü”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 37, Sy. 2, s. 846-873.

UMAR, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

UMAR, Bilge/ YILMAZ, Ejder; İsbat Yüğü, 2. Bası, Ankara 1980.

UŞAN, M. Fatih; İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.

UYAR, Lema; Birleşmiş Milletlerde İnsan Hakları Yorumları, İstanbul 2006.

UZELTÜRK, Sultan; 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004.

ÜNAL KAYA, Hilal; Die Mitwirkungspflicht der Parteien des Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter Reformen in Deutschland und der Türkei, Berlin 2018.

VOLLKOMMER, Max; “Zur Einführung der Gehörsrüge in den Zivilprozess”, Festschrift für Ekke Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, s. 507-534.

- VÖLZMANN-STICKELBROCK, Barbara; Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit-Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente des Zivilprozesses?“, ZZP 118. Bd., H. 3, 2005, s. 359-384.
- VURAL, Hasan S.; Türkiye’de Din Özgürlüğüne İlişkin Anayasal Güvence, Ankara 2013.
- WAGNER, Gerhard; “Datenschutz im Zivilprozeß“, ZZP, 108. Bd., H. 2, 1995, s. 193-218, (Datenschutz).
- WAGNER, Gerhard; “Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag“, NJW 2001, s. 1398-1400, (Mediationsverfahren).
- WAGNER, Gerhard; “Rechtswahlfreiheit im Schiedsverfahren: Ein Probierstein für die juristische Methodenlehre“, FS für Ekkehard Schumann zum 70. Geburtstag, Tübingen 2002, s. 535-557, (Schiedsverfahren).
- WAGNER, Gerhard; “Urkundenedition durch Prozeßparteien-Auskunftsspflicht und Weigerungsrechte“, JZ 2007, Sy. 14, s. 706-719, (Urkundenedition durch Prozeßparteien).
- WALDEN, I.N./ SAVAGE, R.N.; “Data Protection and Privacy Laws: Should Organisations Be Protected?“, The International and Comparative Law Quarterly, C. 37, Sy. 2, Y. 1988, s. 337-347.
- WALDNER, Wolfram; Aktuelle Probleme des Rechtlichen Gehörs im Zivilprozess, Erlangen 1983, (Aktuelle Probleme).
- WALDNER, Wolfram; Der Anspruch auf rechtliches Gehör, 2. Basi, Köln 2000, (rechtliches Gehör).
- WALKER, Wolf-Dietrich; “Zur Problematik beweisrechtlicher Geheimverfahren an einem Beispiel aus dem Arbeitsgerichtsprozeß“, Festschrift für Egon Schneider zur Vollendung des 70. Lebensjahres, Herne/ Berlin 1997, s. 147-178.
- WALLIMAN, Matthias; Der Unmittelbarkeitsgrundsatz im Zivilprozess, Tübingen 2016.
- WEIDNER-BRAUN, Ruth; Der Schutz der Privatsphäre und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung - am Beispiel des personenbezogenen Datenverkehrs im WWW nach deutschem öffentlichen Recht, Berlin 2012.
- WESSER, Sabine; “Der Schutz der räumlichen Privatsphäre bei Wohnungsdurchsuchungen nach §§ 758, 758a ZPO“, NJW 2002, s. 2138-2145.
- WIECZOREK, Bernhard/ SCHÜTZE, Rolf A.; Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Großkommentar, C. VI, 4. Basi, Berlin 2014.
- WITT, Bernhard, C; Datenschutz kompakt und verständnis: Eine praxisorientierte Einführung, 2. Baskı, Wiesbaden 2010.
- WOLFSHOHL, Philipp Leander; Das “in camera”-Verfahren nach § 99 Abs. 2 VwGO, Bonn 2011.

WREDE, Marc; Das Geheimverfahren im Zivilprozess, Baden 2014.

WULF, Goette; Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, 4. Bası, Münih 2015.

YARAYAN, Ali; “Das Arzthaftungsverfahren nach deutschem Recht”, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu, Malatya 18 Ekim 2014.

YAZICI TIKTIK, Çiğdem; Arabuluculukta Gizliliğin Korunması, İstanbul 2013.

YEŞİLTEPE, Salih Önder; “Ticari Sır-İş Sırrı”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan, İstanbul 2006, s. 403-421.

YILDIRIM, Kamil; “Alman Hukukunda Çekişmesiz Yargı”, Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-IV, Ankara 2005, s. 18-48.

YILMAZ, Ejder; Medenî Yargılama Hukukunda Yemin, 2. Bası, Ankara 2012.

ZIMMERMANN, Walter; Zivilprozessordnung, 9. Bası, Münster 2011.

ZÖLLER, Richard; Zivilprozessordnung, 32. Bası, Köln 2018.



ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : ÜÇÜNCÜ, Sümeyye Hilal
Uyruğu : T.C.

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Doktora	Gazi Üniversitesi SBE	Devam ediyor
Yüksek Lisans	Gazi Üniversitesi SBE	2011
Lisans	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2008
Lise	Ankara Çağrıbey Anadolu Lisesi	2004

İş Deneyimi

Yıl	Yer	Görev
2008-2009	Ankara Barosu	Stajyer Avukat
2009-	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi	Araştırma Görevlisi

Yabancı Dil

Almanca İyi derecede
İngilizce İyi derecede

Yayınlar

ÜÇÜNCÜ, Sümeyye Hilal; “Acentenin Temsil Yetkisinin Usul Hukuku Kapsamında Değerlendirilmesi”, GÜHFD, 2013, Sy. 1-2, s. 961-996.

ATALI, Murat/ ERMENEK, İbrahim/ ÜÇÜNCÜ, S. Hilal; Tebligat Hukuku, Ankara 2018.



GAZİLİ OLMAK AYRICALIKTIR..

