T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU) ANABİLİM DALI

HUKUK YARGILAMASINDA ELEKTRONİK DELİL

Doktora Tezi

Mustafa GÖKSU

ANKARA – 2010

T.C.

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK (MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKU) ANABİLİM DALI

HUKUK YARGILAMASINDA ELEKTRONİK DELİL

Doktora Tezi

Mustafa GÖKSU

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Ramazan ARSLAN

ANKARA – 2010

TÜRKİYE CUMHURİYETİ

ANKARA ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(/ /2010)

Mustafa Göksu

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER I

KISALTMALAR VIII

GİRİŞ 1

A. Konunun Önemi 1

B. Çalışmanın Kapsamı Ve Sınırları 5

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK ORTAM, ELEKTRONİK VERİ

VE ELEKTRONİK DELİL KAVRAMLARI

§ 1. Elektronik Ortam

A. Elektronik ve Elektronik Ortam Kavramları 8

B. Elektronik Ortam Türleri 11

§ 2. Elektronik Veri ve Elektronik Belge

A. Elektronik Veri Kavramı ve Elektronik Belge Kavramları 14

B. Elektronik Verilerin Oluşması ve Türleri 21

C. Elektronik Verilerin Yok Olması,

Değişmesi ve Değiştirilmesi 25

D. Elektronik Verilerin Aidiyet Açısından Sınıflandırılması ve Elektronik Posta 32

§ 3. Elektronik Delil

A. Elektronik Delil Kavramı ve Elektronik Veri - Elektronik Delil İlişkisi..... 36

B. Elektronik Delillerin Özellikleri ve Diğer Deliller İle Olan Farkları 39

C. Elektronik Delillerin Diğer Deliller İle Bağlantısı 46

D. Elektronik Delil Açısından Orijinal, Kopya, Suret, Nüsha ve Örnek Kavramları..... 47

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK YARGILAMASINDA ELEKTRONİK VERİ VE ELEKTRONİK DELİLLER

§ 4. Elektronik Delillerin Hazırlanması Ve Sunulması Aşaması

A. Hukuk Yargılamasında Elektronik Delillere Başvurma İhtiyacı..... 55

I. Verilerin Elektronik Ortamda Saklanması ve Ticari Kayıtlar (Defterler) 55

II. Elektronik Ödeme Sistemleri, Elektronik Ticaret ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar..... 60

III. Elektronik İmza 67
IV. İnternet, Elektronik Posta ve Diğer Elektronik Haberleşme Araçları 79
B. Elektronik Delillerin Hazırlanması ve Sunulması Aşamasında Mahkemenin Üstlenmesi Gereken Rol..... 83
I. Araştırmanın Yapılması ve Güvenliği (Tedbirler ve Cezalar) 83
II. Elektronik Delillerin Hazırlanmasında Uzman Yardımı..... 89
III. Delillerin Tespiti Kurumunun Elektronik Deliller Açısından Kullanım Alanı ve Önemi..... 90
C. Elektronik Delillerin Hazırlanmaları ve Ortaya Çıkarılmaları . 95
I. Verileri Elinde Tutanın Elektronik Delillere Başvurması Hali..... 95
II. Karşı Tarafın Delillere Ulaşma İsteği ve HUMK'ndaki Senedatın İbrazı Mecburiyeti Hükümlerinin Uygulanması..... 98
D. Elektronik Verilerin Elektronik Delil Haline Getirilmesi 106
I. Verilerin Araştırılması ve Toplanması 106
II. Elektronik Delillerin Toplanmasındaki Sınırlar.....111
III. Araştırmanın ve Sunumun Şekli (Ortam Seçimi).....120
E. Delillerin Hazırlanması ve Sunulması Aşamasındaki Giderler ve Bu Giderlerin Yükletileceği Tarafın Belirlenmesi 124
I. Elektronik Verilerin Saklanmasının Maliyeti 124
II. Veriden Delile Dönüştürme ve Sunulma Maliyetleri ve Uzman Bilirkişi.....126

III. Hazırlama ve Sunulma Aşamasında Çıkacak
Giderlerin Yükletileceği Tarafın Belirlenmesi 127

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK DELİLLERİN KABUL EDİLMESİ, DOĞRULANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 5. Elektronik Delillerin Kabul Edilebilirliği

A. Genel Değerlendirme, "Kabul Edilebilirlik – Delilin Ağırlığı" Ayırımı ve Bununla Bağlantılı Olarak "Hukuk – Vakıa" Ayrımı 134

B. Elektronik Deliller ve İspat Hukuku 140

I. İspat Hukuku İle İlgili Açıklamalar 140

1. İspat ve İspat Yükü 140

2. İspat Ölçüsü.....143

3. Delil 144

4. Dolaylı İspat, Emarelerle İspat ve İlk Görünüş İspatı .147

II. Yürürlükteki İspat Kuralları, Senetle İspat Mecburiyeti ve Sınırları 150

1. Senet Kavramı ve Kapsamı 150

a. Genel Olarak Senet.....150

b. Elektronik Delillerin Senet Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi 153

2. Senetle İspat Mecburiyeti ve Senede Karşı
Senetle İspat Mecburiyeti 157
3. Senetle İspat Mecburiyetinin İstisnaları 162
a. Genel Olarak 162
b. Yazılı Delil Başlangıcı.....163
ba. Genel Olarak Yazılı Delil Başlangıcı 163
bb. Elektronik Belgelerin Yazılı Delil
Başlangıcı Bakımından Değerlendirilmesi 165
c. İspat Sözleşmeleri ve Delil Sözleşmesi 173
ca. Genel Olarak İspat ve Delil Sözleşmeleri..173
cb. Delil Sözleşmesinin Şekli, Türleri
ve Hükümleri.....175
cc. Elektronik Deliller Açısından Delil
Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Kapsamı...178
**C. Pozitif Hukuk ve Bazı Önemli Kanun Tasarıları
Çerçevesinde Elektronik Deliller.....189**
I. Elektronik Delillerin Mevcut Sistemdeki Yeri 189
1. Genel Olarak 189
2. Özel Hüküm Sebepleri.....190
3. Mahkeme Dışı İkrar 191
II. Pozitif Hukukta Elektronik Delil İle Bağlantılı
Önemli Bazı Düzenlemeler 195
III. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısında ve
Diğer Bazı Önemli Mevcut Yasa Tasarılarında
Elektronik Delil İle Bağlantılı Düzenlemeler 206

1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı.....206
2. Tebligat Kanunu ve Adli Sicil Kanununda
Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı.....214
3. Ticaret Kanunu Tasarısı ve Borçlar
Kanunu Tasarısı 217
IV. Uluslararası Hukukta Elektronik Deliller
İle Bağlantılı Düzenlemeler 219
1. UNCITRAL Metinleri 219
2. Avrupa Konseyi ve Parlamentosu
1999/93/EC Direktifi 222

§ 6. ELEKTRONİK DELİLLERİN DOĞRULANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Elektronik Delillerin Güvenilirliği ve Delili Oluşturan Verilerin Doğrulanması 223
B. Elektronik Delillerin Değerlendirilmesi 229
I. Delillerin Değerlendirilmesi ve Hâkimin Bu Konudaki
Takdir Yetkisi 229
II. Elektronik Delillerin İncelenmesinde Bilirkişinin
Önemi ve Hâkimin Delilleri Serbestçe Takdir Yetkisi
Üzerine Olan Etkileri 232
III. Elektronik Deliller Konusundaki Değerlendirmenin
Kanun Yollarında Denetlenmesi.....234

§ 7. GENEL HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

A. Genel Değerlendirme 236

B. Elektronik İşlemler Açısından İspat Kuralları – Sorumluluk Kuralları İlişkisi ve Öneriler 239

SONUÇ 243

BİBLİYOGRAFYA 247

ÖZET 267

ABSTRACT 268

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

AD : Adalet Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi

BK : Türk Borçlar Kanunu

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

CPR : *Civil Procedure Rules*

D. : Daire

Dn. : Dipnot(u)

E. : Esas numarası

EFT : Elektronik Fon Transferi

EİK : Elektronik İmza Kanunu

ESIGN : *Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*

FRCP : *Federal Rules of Civil Procedure*

FRD : *Federal Rules Decisions*

FRE : *Federal Rules of Evidence*

HD : Hukuk Dairesi

HGK : Hukuk Genel Kurulu

HMK Tasarı : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı

HUMK : Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

İBD : İstanbul Barosu Dergisi

İHFM : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası

K. : Karar numarası

Karş. : Karşılaştırınız

m. : madde

MBD : Manisa Barosu Dergisi

MİHDER : Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi

No. : Numara

r. : *rule*

RG : Resmi Gazete

S. : Sayı

s. : Sayfa

SÜHFD : Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TMK : Türk Medeni Kanunu

TTK : Türk Ticaret Kanunu

UETA : *Uniform Electronic Transactions Act*

UNCITRAL : *United Nations Commission on International Trade Law*

USC : *United States Code*

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

A. Konunun Önemi

Günümüzde, teknolojinin hayatımızdaki yeri yadsınamaz bir boyuta ulaşmıştır. Bundan iki yüz yıl önce henüz telefon veya telgraf dahi insan hayatına girmemişken, bugün elektronik aletlerin insan hayatını düzenlemediği neredeyse hiç bir alan bulunmamaktadır. Telefon görüşmeleri, elektronik posta yazışmaları, banka kayıtları, elektronik ticaret[1] gibi herkesin bildiği ve tanıdığı hususların yanı sıra, motorlu araçlardaki küresel yer bulma sistemleri (GPS), kimlik kartlarındaki Radyo Frekansı ile Tanımlama (RFID) çipleri veya bilgisayarlarda tutulan elektronik kütükler gibi ancak uzmanların bildiği ve gerektiğinde delil olarak başvurulabilen hususlar da günlük hayatın içinde yer almaktadır. Elektronik veriler ve bunların delil olarak kullanılabilmesindeki çeşitlilik, kendisini özellikle haksız fiil davaları gibi hukuki işleme dayanmayan uyuşmazlıklarda göstermektedir. Zira hukuki işleme dayanan davalarda taraflar, uyuşmazlıkta dayanılacak olan senet gibi delillerin hazırlanmasına katıldıkları halde, haksız fiilden doğan davalarda

[1] 2008 yılı verilerine göre Türkiye'de elektronik ticaret (yerli kartların yurtiçi ve yurtdışı kullanımı ile yabancı kartların yurtiçi kullanımı toplamı) on yedi milyar TL'nı geçmiştir (http://www.bkm.com.tr/istatistik/

sanal_pos_ile_yapilan_eticaret_islemleri.asp, Erişim tarihi: 15 Ocak 2009). Aynı dönemde ABD'nde elektronik ticaret iki yüz milyar ABD Dolarının üzerinde gerçekleşmiştir (http://www.shop.org/c/journal_articles/

view_article_content?groupId=1&articleId=702&version=1.0, Erişim tarihi: 15 Ocak 2009).

deliller, büyük ölçüde tarafların iradesi dışında oluşmakta ve çeşitlilik arzetmektedirler. Örneğin trafik kazasından doğan bir davada, klasik olarak başvurulan tanık, bilirkişi vb. gibi delillerin yanı sıra günümüzde GPS (küresel yer bulma sistemi) kayıtları, araçların yol bilgisayarlarındaki kayıtlar, güvenlik veya trafik düzenleme kameraları (MOBESE) gibi çok çeşitli delillere başvurmak olasıdır.

Elektronik kayıtlar ve bunların delil olarak kullanılabilmesi her ne kadar yirminci yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukukun tartışma alanına girmiş olsa da, bu, hukuk tarihinde ilk defa gerçekleşen bir durum değildir. Zira, telgraf kayıtları, telefon görüşmeleri, teyp bandı, DNA incelemesi, kan tahlili gibi teknolojinin zaman içinde gelişmesi ile ortaya çıkmış delillerin hukuk alanına girmeleri de benzer şekillerde olmuştur. Bu tarz yeniliklere açık olan hukuk sistemleri, elektronik delillerin kabulünde de daha benimseyici olmuş, Amerika Birleşik Devletleri gibi delil serbestisi konusunda liberal sayılabilecek ülkelerin yargılama usullerinde, elektronik delillere uzun yıllardır başvurulmuştur[2]. Ancak hiç kuşkusuz, klasik delillere uygulanan kuralların aynı şekilde bu yeni tür delillere de uygulanması farklı sorunlara yol açabilir. Bu yüzden bu yeni delillerin niteliklerine uygun düzenlemeler yapılmış, mevcut düzenlemeler de bu yönde değişikliğe uğramıştır.

[2] Bu yönde rastlayabildiğimiz en eski bilimsel çalışma, 1968 tarihli "Delil - Elektronik Yolla Arama ve Elkoyma" (*Evidence - Electronically Aided Search and Seizure*, **Wake Forest Intramral Law Review**, 1968, s. 382-390) isimli bir makaledir.

Elektronik deliller, elle tutulabilen (fiziki) deliller olmadıkları için, diğer delillerden çok farklı nitelikler taşımaktadırlar: Bu delillerin toplanması ve bu delillerden yararlanılabilir hale getirilmesi, çoğu zaman bir uzman yardımıyla olabilmektedir. Bu delillere ulaşmak ve gerçekliklerini sorgulamak amacıyla tarafların dinlenilmesi gerekebilir. Kayıtlar bazı hallerde üçüncü kişiler tarafından tutulduğu için (örneğin internet servis sağlayıcı veya elektronik imzada sertifika hizmet sağlayıcısı gibi), bu üçüncü kişilerin bilgi ve belgelerine ihtiyaç duyulabilir ve hatta elektronik delile yol açan cihazların mahkeme tarafından yerinde incelenmesi gerekebilir. Görüldüğü üzere elektronik deliller çoğu zaman diğer delil tipleri ile yakın bir ilişki içerisinde olabilirler.

Delillerin yargılamaya getirilmesi ve uyuşmazlığın çözülmesi amacına yönelik olarak değerlendirilmesi hiç kuşkusuz yargılamanın amacı ile bağlantılıdır. Yargılamanın amacını ortaya koymak, aynı zamanda yargılamaya esas teşkil edecek olan kuralların ne yönde olacağına da karar vermektir. Bu amacın ne olduğu doktrinde tartışılmış ve halen tartışılmaktadır. Kanımızca, bu amacın münhasır olması gerekmez. Hukuk yargılamasının uyuşmazlığı sona erdirmek, adaletli karar vermek, gerçeğe ulaşmak gibi çeşitli amaçları olduğu ifade edilmiştir[3]. Bu amaçlar aslında uyuşmazlığın niteliğine göre yarışma

[3] Bu amaçlar ve bu yöndeki tartışmalar için bkz.: R. Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, 1977, s. 3-4; E. Yılmaz, **(Medeni Yargılama Hukukunda) Islah**, Ankara, 1982, s. 1-9; S. Üstündağ, **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1997, s. 1 vd.; Y. Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979, s. 86 vd.; H.F. Gaul, "Yargılamanın Amacı –

halindedir. Zira babalık davası veya kadastro davaları gibi kamu düzenini ilgilendiren ve re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı uyuşmazlıklar ile, karmaşık olmayan ve tarafların hakimiyetinde olan bir para borcu ilişkisini içeren uyuşmazlıklar yargılama aşamasına geldiğinde, bunlara tamamen aynı ilkelerin uygulanmasını beklemek yanlış olacaktır. Özel hukuk alanındaki uyuşmazlıkların çözümünde kullanılan hukuk yargılaması, çok geniş bir ölçekteki uyuşmazlıkları çözmektedir. Yargılama hukukunun bir alt alanı olan ispat hukukunun uygulanması da bu amaç ve ilkeler dâhilinde olacaktır. Dolayısıyla elektronik delillerin getirilmesi ve değerlendirilmesinde başvurulacak kıstaslar yargılamanın niteliğine göre değişebilecektir.

Hayatımızda bu kadar önemli bir yer taşıyan elektronik unsurların, uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılabilmeleri, özellikle kanuni delil sistemini kullanan Türk Hukuk Yargısı gibi hukuk sistemlerinde, büyük ölçüde özel düzenlemelerin yapılması ile mümkün olabilmektedir. Bu deliller hakkında çeşitli ülkelerin hukuk uygulaması ve literatüründe yıllardır çalışmalar yapıldığı halde, Türk Hukukunda hem doktrinde hem de pozitif hukukta yeterince ele alınmadıkları görülmektedir. Bu çalışma ile elektronik delillerin kendine has özelliklerinin ne olduğu anlatılmaya çalışılacak, toplanması ve değerlendirilmesi aşamalarında hangi sorunların çıkabileceğinden ve bu sorunların nasıl aşılabileceğinden bahsedilecek ve bu yönde pozitif hukukta

---

Güncelliğini Koruyan Bir Konu", **İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku**, Çeviren ve Derleyen: M.K. Yıldırım, 3. Bası, İstanbul, 2002, s. 82-117; S. Tanrıver, "Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delliler", **Makalelerim (2006)**, Ankara, 2007, (Kısaltması: Tanrıver **–Hukuka Aykırı Delliler**), s.32.

var olan düzenlemeler değerlendirildikten sonra, öneriler getirilmeye çalışılacaktır.

B. Çalışmanın Kapsamı ve Sınırları

Bu çalışmada üç ana husus üzerinde durulacaktır: Bunlardan birincisi, konuya esas teşkil eden elektronik delilin yer aldığı "elektronik ortam" kavramının açıklığa kavuşturulmasıdır. Elektronik ortama nelerin dâhil olduğu, bu ortamların kimler tarafından, hangi amaçla ve nasıl kullanılabildikleri, bu ortamların ne kadar güvenilir olduğu ve olabileceği, ortamda saklanan verilerin nasıl kayıt edilebildiği veya değiştirilebildiği gibi hususlar mümkün oldukça, akla gelebilecek çeşitli ihtimaller göz önünde alınarak irdelenecektir. Bir verinin ne zorlukla değiştirilebildiğinin veya ortadan kaldırılabildiğinin, hatta olmayan bir belgenin varmış gibi gösterilebildiğinin tespiti, bunların delil olarak kullanılabilmesi açısından hayati bir önem taşımaktadır. Bu sebeple tezimiz, her ne kadar medeni usul hukukuna dâhil bir çalışma olsa da, konunun teknik yönü, mümkün olduğunca sade, anlaşılabilir bir dille ve en önemlisi bir hukukçu gözüyle incelenecek ve okuyucuya sunulacaktır. Hiç kuşkusuz bu inceleme bir teknik eser kapsamında olmayacak, konuyla ve alanla sınırlı bir şekilde gerçekleştirilecektir.

Elektronik ortamda oluşturulan ve saklanan belgelerle ilgili teknik hususların ortaya konulmasından sonra yapılması gereken, bu belgelerin mahkemeye sunulmasında söz konusu olacak esasların ortaya konulmasıdır.

Bu durum iki temel aşamadan oluşmaktadır: Öncelikle bu belgelerin ya da belgeleri oluşturan verilerin, elektronik ortamdan sağlıklı bir şekilde elde edilmesi ve delil haline getirilebilmesi gerekir. Bu aşamada söz konusu olabilecek durumlar ayrıntılarıyla ve ihtimaller çerçevesinde incelenecektir. Bilgilerin elektronik ortamda (örneğin davalının veya davacının sabit disklerinde) aranıp bulunması, bilgilere zarar verilip verilmediğinin tespiti, bilgilerin sunulma şekli, tarafların veya üçüncü kişilerin bu bilgileri sunmaya zorlanmaları, bu sunma işleminin maliyeti ve bu maliyeti kimin karşılaması gerektiği gibi hususlar bu aşamanın en önemli parçalarıdır.

Diğer aşama ise, sunulan delillerin mahkemece değerlendirilmesi aşamasıdır. Mahkemeye sunulan elektronik delillerin mahkemece nasıl değerlendirilmesi gerektiği, bilirkişiye gidilip gidilmemesi, bu konuda bilirkişinin nasıl seçileceği ve seçilmesi gerektiği, delilin incelenmesi sırasında harcanılacak zamanın belirlenmesi, bu delillerin kabul edilip edilemeyeceği, güvenilir olup olmadığının tespiti, nihai karara esas teşkil edip edemeyeceği gibi hususlar, bu aşamanın temel sorunlarını oluşturmaktadır. Her iki aşamadaki hususlar da, hem pozitif hukuk açısından, hem olması gereken açısından, hem de diğer bazı hukuk sistemlerindeki (özellikle konuda öncü olan ABD Hukuku) pozitif düzenlemeler ve tartışmalar açısından incelenecektir.

Elektronik deliller konusunda ülkemizde bilimsel inceleme ve pozitif düzenleme sayısı belirtildiği üzere azdır. Ancak bu durum, ABD ve İngiltere gibi bazı ülkeler açısından geçerli değildir. Bu hukuk sistemleri çerçevesinde, hem ayrıntılı pozitif düzenlemeler, hem de çok sayıda bilimsel çalışma

bulunmaktadır. Yeri geldikçe bu eserlere ve pozitif düzenlemelere de çalışmamızda yer verilecektir. Bu sayede, daha önce düşünülmüş hatta yargılama konusu olmuş olasılıklar da çalışma kapsamına dâhil edilebilecektir. Elektronik deliller konusu ABD'nde doğup geliştiği ve diğer hukuk sistemleri büyük oranda ABD'nde bu yöndeki gelişmeleri takip ettikleri için, bu tezin hazırlık aşamasında ve yazılmasında büyük ölçüde ABD Hukukundan yararlanılmıştır. Türk ve ABD Usul Hukukları (ve bu bağlamda Kıta Avrupası ile Anglo-Amerikan Hukuk Sistemleri) çok farklı temellere dayanmaktadırlar. Bu sebeple, söz konusu hukuk sistemlerinde konu ile ilgili gelişmelerin ve getirilmiş çözümlerin Türk Hukukuna uyarlanabilmesi, ancak bu kurumların tam olarak anlaşılmasından sonra mümkün olabileceği için, ABD Hukukunun (ve Anglo-Amerikan Hukuk Sitemlerinin) kendine has kurumlarına yeri geldikçe değinilecek ve bu yönde açıklamalar yapılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK ORTAM, ELEKTRONİK VERİ VE ELEKTRONİK DELİL KAVRAMLARI

§ 1. Elektronik Ortam

A. Elektronik ve Elektronik Ortam Kavramları

Elektronik, elektrik akımını geçiren, iletken, yarı iletken, üstün iletken, direnç, kondansatör, indüktans, vakum tüpleri ve nano ölçekli yapılarla imal edilen elemanların ve bu elemanların montajıyla meydana gelen cihazların geliştirilmesiyle ilgilenen mühendislik dalıdır[4]. Elektronik yollar kullanılarak yapılan cihazlar, elektronik cihazlardır. Elektronik cihazlar, analog veya dijital (sayısal) sinyalleri işleyebilirler. Analog ve dijital sinyaller arasındaki asıl fark, analog sinyallerin sürekli olan bir ölçekte, dijital sinyallerin ise sürekli olmayan bir ölçekte var olmalarıdır. Dijital cihazlar sinyalleri sayılara çevirerek işlerken, analog cihazlar bu sinyalleri doğrudan işlerler. Dijital cihazlarda sinyaller "sıfır" (kapalı, düşük) ve "bir" (açık, yüksek) olarak değerlendirilirler ve işlenilirler. Analog cihazlar tarihsel olarak daha eskidir. Analog elektroniğe klasik anlamda telsiz, klasik anlamda sabit telefon, filmli fotoğraf makineleri,

---

[4] http://tr.wikipedia.org/wiki/Elektronik; (Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2007); "Elektronik: elektrikli, dijital, manyetik, kablosuz, optik, elektromanyetik veya benzer özelliklerdeki teknoloji ile ilgili olan…": *California Electronic Discovery Act* (Elektronik Delillerin Ortaya Çıkarılması Kanunu) *Section* 3 (e).

klasik anlamda havadan televizyon yayını gibi örnekler verilebilir[5]. Dijital cihazlar ise günümüzde daha yaygın olarak kullanılan ve başta bilgisayar olmak üzere her gün kullandığımız dijital fotoğraf makinesi, cep telefonu, dijital müzik çalar gibi cihazlardır[6]. Ayrıca dijital fotoğraf makinelerinin algılayıcıları gibi hem dijital hem de analog olan (hibrit) elektronik cihazlar da bulunmaktadır.

Analog ve dijital cihazlar arasındaki özellikle konumuz açısından en önemli fark, analog cihazların yarattıkları veya sakladıkları verilerin büyük ölçüde sabit ve göz veya kulak gibi duyu organları ile doğrudan sınanabilir olmaları (örneğin fotoğraf filmi, teyp bandı, videokaset kaydı gibi); dijital cihazların yarattıkları veya sakladıkları verilerin ise dijital hale getirildikleri için teknik anlamda orijinalliklerini kaybetmiş olmalarıdır. Bunlara orijinallik vasfının tanınması ise tıpkı tüzel kişilere kişilik vasfının tanınmasında olduğu gibi hukuk tarafından gerçekleştirilmektedir. İlerleyen bölümlerde bahsedeceğimiz üzere, dijital veriler doğaları gereği bozulma veya değiştirilmeye, analog verilerden daha açıktırlar[7].

Analog cihazların kullanım alanı her geçen gün azalmaktadır. Geçmişte analog olan televizyon, telefon gibi teknolojiler de artık büyük ölçüde dijital hale gelmişlerdir. Bilgisayarların ve dijital teknolojilerin ortaya

---

[5] S. Mason, "Rethinking Concepts in Virtual Evidence", **Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008,** Cilt 2**,** Ankara, 2009, (Kısaltması: Mason **- Virtual Evidence**), s. 178.

[6] Mason **- Virtual Evidence**, s. 179.

[7] Bkz. aşa. başlık § 2, C.

çıkması ve yaygınlaşmasına kadar analog cihazlardan doğan delillere başvurma konusu da zaman zaman hukukçuları ve mahkemeleri meşgul etmiş, fakat bu problemlerin hem sayıca az olması hem de analog cihazlardan doğan verilerin sınanabilirliğinin yüksek olması sebebiyle hem Türkiye'de, hem yabancı hukuk sistemlerinde yargı kararları ve zaman zaman da pozitif düzenlemelerle bu problemler büyük ölçüde aşılmıştır. Bunlara örnek olarak faks, teleks, teyp bandı gibi delilleri gösterilebilir. Ancak dijital cihazların, özellikle de bilgisayarların yaygınlaşması ve günlük hayata girmesi ile, hukukçular ve mahkemelerin karşısına yeni ve daha ciddi problemler çıkmıştır. Zira, dijital cihazlardan doğan verilerin kabulü ve değerlendirilmesi için, genel delil kurallarına başvurmak çoğu zaman yetersiz kalacaktır[8].

Bugün artık büyük ölçüde dijital cihazların kullanılması ve dijital cihazların yukarıda bahsedilen şekilde kendine has özellikleri olması sebebiyle, bu çalışmada büyük oranda dijital cihazlar, özellikle de bilgisayar ve bağlantılı cihazlar ile, bunların müdahalesi ile oluşan delillerden bahsedilecektir. Bu sebeple elektronik ortam tanımını da buna göre yapmak daha doğru olacaktır: Elektronik ortam, kullanıcısın erişebilmesi için, elektronik veya elektromekanik enerji kullanan her türlü ortamı ifade etmektedir[9]. Bu anlamda elektronik ortam, sabit (basılı) ortamın, (yani

---

[8] P. Adler, "Electronically Stored Information and the Federal Rules of Civil Procedure", **EDUCAUSE Review**, Volume 42, no. 3, (May/June 2007), s. 82.

[9] http://en.wikipedia.org/wiki/Electronic_media; (Erişim Tarihi: 1 Temmuz 2007), "Elektronik ortam, bilginin bilgisayarlar tarafından işlenebilecek şekilde

gazete, kitap, senet gibi fiziki varlığı olan ortamlar) karşı grubunu oluşturmaktadır. Her elektronik cihazda saklama, yaratma, değiştirme vb. fonksiyonları çeşitli elektronik bileşenler tarafından gerçekleştirildiği için, delil olarak kullanılabilecek verilere etkisi olan her türlü elektronik cihaza da elektronik ortam diyebiliriz.

B. Elektronik Ortam Türleri

Elektronik ortam kavramı kapsamına girebilecek sayısız unsur bulunmaktadır. Ancak konumuz dâhilinde bunların en önemlilerine değinmek gerekirse:

- Bilgisayarların sabit diskleri ya da veri depolamak amacıyla kullanılan diğer parçaları.
- Bilgisayar ve diğer dijital cihazlar arasında veri taşımak ve depolamak amacı ile kullanılan, manyetik, optik veya katı-hal teknolojisini kullanan hafıza kartı, cd-rom, dvd-rom, usb bellek vb. gibi taşınabilir cihazlar,

---

dijital olarak yaratılması, iletilmesi ve bu süreçte insanlar tarafından kullanılması ile ortaya çıkan olguyu ifade eder.": M.Ö. Falcıoğlu, **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara, 2004, s. 48. Yazar bu tanımda "elektronik ortam" kavramını genel bir konsept olarak değerlendirmiştir. Bizim "ortam" kavramından kastımız ise, İngilizcedeki *medium* kavramının karşılığı olarak, verilerin bulunduğu fiziksel araçtır.

- Tüm dijital cihazlarda bulunan ve cihazın açılıp kapanması ile silinen, cihazların anlık çalışmalarını düzenleyen ve “ram bellek” adı verilen cihazlar,
- Kullanıcının cihaza ulaşmasını sağlayan her türlü ekran vb.

Son verilen örnek, diğerlerinin arasında en az uygulama alanı bulabilecek olan ve en güvenilmez olan ortamı ifade etmektedir. Zira ekranda görülen veri her an değişebilir. Ancak unutmamak gerekir ki, diğer ortamlarda saklanan verilere ulaşmak da yine bu ortamlardan yararlanma yoluyla olabilmektedir. Dolayısıyla ekran vb. gibi ortamların başlı başına delil olmak yerine, delile ulaşmakta bir araç olduğunu ifade edebiliriz. Örneğin bir elektronik postayı inceleyen hâkim veya bilirkişi bu incelemeyi büyük oranda ekran sayesinde yapabilecektir.

Delil konusunda elektronik ortamların asıl önemi, kendisini, verilerin kaydı anlamında göstermektedir. Elektronik ortamda saklama işlemi, cihaz analog da olsa, dijital de olsa mutlaka fiziksel olarak bir bileşende gerçekleşecektir. Aradaki fark, bu saklamanın şeklidir. Analog cihazlarda kayıt, analog verinin doğası gereği fiziksel olarak bir ortama yapılacaktır. Sesin teyp bandına, fotoğrafın filme, belgelerin mikrofişe kaydedilmesi bu şekilde olmaktadır. Kaydedilen veriye ulaşmak için çoğu zaman her ne kadar elektronik bir cihaz gerekse de (örneğin kasetçalar), bu verilerin “gerçek” yapısı bozulmamaktadır. Dijital verilerin kaydı ise yukarıda bahsedilen sabit disk, hafıza kartı vb. gibi manyetik, optik veya katı-hal teknolojisi kullanan cihazlara dijital olarak, yani birler ve sıfırlar olarak yapılmaktadır. Örneğin bir dijital fotoğraf makinesinin algılayıcısı bir fotoğrafı çektikten ve onu sıfırlar ve

birlere dönüştürdükten sonra artık bu veriler varlıklarını sadece sıfırlar ve birler olarak devam ettireceklerdir. Bu verilere ulaşmak sadece bu verileri destekleyen elektronik cihazlar yardımı ile olacaktır. Bu verilerin saklanma şekli ve ortamı ise çeşitlilik arzeder. Bir ortamın tekrar yazılabilir olup olmaması, herkesin erişip erişemeyeceği, verilerin saklanması için güvenli olup olmaması, ya da yapılacak kaydın orijinallikten ne kadar uzak olduğu (örneğin bir video kaydında ne kadar sıkıştırma yapıldığı), bu verilere delil olarak başvurulmasında önem arz edecektir.

Elektronik ortamı sabit ortamdan ayıran diğer bir fark, her bir elektronik ortama ve bunlara yapılan kayıtlara delil olarak verilecek olan değerin çok farklı olması, dolayısıyla da teknik bilginin uyuşmazlığın her aşamasında önemli ve gerekli olmasıdır. Çeşitli sabit ortamlara delil olarak verilecek değer, pozitif düzenleme veya mahkeme içtihatları ile aşağı yukarı düzenlenebilir. Bir fotoğraf veya bir teyp bandına, ya da faks kâğıdına delil olarak dayanılması, tıpkı bir senede dayanılmasında olduğu gibi belli sonuçlar bağlanarak düzenlenebilir. Oysaki elektronik ortamların ve bunlara yapılacak kayıtlardaki teknolojilerin çeşitliliği sebebiyle, bunların delil olarak kullanılabilmelerinin ayrıntılı olarak (kazuistik şekilde) düzenlenmesi, hukuk mantığına ve teknolojinin doğasına aykırıdır[10]. Bu nedenle her bir uyuşmazlıkta elektronik ortam ve bunlara kayıt türlerinin araştırılması ve değerlendirilmesi gerekmektedir, bu da büyük ölçüde bilirkişiler aracılığı ile olacaktır. Ancak bu durumun istisnaları da mevcuttur. Bu istisnalara örnek

[10] Aynı yönde: M. Erturgut, **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi,** Ankara, 2004, s.35.

olarak elektronik imza düzenlemelerini gösterebiliriz. Hem ülkemizde (5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu –EİK) hem de dünyada pek çok ülkede kanun koyucular, belirli şartları taşıyan elektronik imzaların delil olabilme özelliklerini kanun ile düzenlemişlerdir. Böylece hem bazı işlemlerin elektronik ortamda yapılıp yapılamayacağı sorusunu cevaplayarak bu konuda oluşabilecek tereddütlerin önüne geçmişler, hem de bu yöndeki delillerin mahkemede nasıl kabul edilip değerlendirileceğini düzenlemişlerdir.

Elektronik ortamların çeşitli türlerine ve bu ortamlarda kullanılan teknolojilere, çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ve yeri geldikçe değinilecektir

§ 2. Elektronik Veri ve Elektronik Belge

A. Elektronik Veri ve Elektronik Belge Kavramları

Veri kavramı, "bir araştırmanın, bir muhakemenin temeli olan ana öğe" anlamını taşımaktadır[11]. Türk Dil Kurumu Sözlüğünde, veri ile ilgili olarak ayrıca, "bilişimde, olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi" tanımı da yapılmıştır[12]. Veri, doğrudan gözlemle veya öyle olduğunu kabul etme şeklinde var olabilir[13]. Artık dilimizde de kullanılan *data* kavramı da veri kavramının çoğul halini ifade

[11] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Yeni Baskı, Cilt 2, İstanbul, 1992, s. 1558.

[12] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 1558.

[13] **Webster's Third New International Dictionary**, Könemann, Cologne, 1993, s. 577.

etmektedir[14]. Elektronik veriler ise, en kısa tanımıyla, elektronik ortamda var olan verilerdir[15]. Veri kavramından bahsederken belge anlaşılmamalıdır. Belge, bir gerçekliğe tanıklık eden yazı, resim, film vb. vesikadır[16]. Belge, başlı başına bir anlam bütünlüğüne sahip olan, bir "şey"i ifade eden, tanımlayan, varlığına işaret eden, açıklayan bir araçtır. Belge, çeşitli verilerden oluşur, veri ise tek başına bir belge değildir. Maddenin atomlardan oluşması gibi, belge de çeşitli verilerden oluşmaktadır. Elektronik ortamlardaki her türlü bilgi parçası, diğer bir ifade ile her türlü birler ve sıfırlar, birer veridir. Zira, verinin var olması ve kullanılabilir nitelikte olması için belge gibi kendi içinde bir anlam bütünlüğünde olması gerekmez. Ayrıca bunun içindir ki kural olarak veri, belgenin aksine başlı başına bir delil oluşturamaz. Ancak veriler, belge gibi vakıayı başlı başına temsil niteliği taşıyor iseler, delil sıfatını haiz olabilirler. Bunun dışında veriler, diğer delillerin oluşmasında veya değerlendirilmesine yardımcı birer araçtırlar. Bu verilerden şartlar gerçekleştiği takdirde emare olarak yararlanmak da mümkün olmalıdır.

Elektronik veri, 5070 sayılı EİK'nun 3. maddesinde, "Elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar" olarak tanımlanmıştır. Yukarıda da bahsettiğimiz gibi elektronik ortamda var olan her türlü veri, elektronik veridir. Bu verinin nerede, kim tarafından veya nasıl hazırlandığı hiç önemli değildir. Verinin her hangi bir aşamada elektronik

---

[14] **Webster's Third New International Dictionary**, s. 577.

[15] B. J. Rothstein, R. J. Hedges, E. C. Wiggins, **Managing Discovery of Electronic Information**, Federal Judicial Center, Washington, 2007, s. 22.

[16] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Yeni Baskı, Cilt 1, İstanbul, 1992, s. 165.

ortamda yer almış olması yeterlidir. Elektronik verilerin birleşerek veya tek başlarına gerçek bir belge gibi anlam bütünlüğü içeren ve bir vakıayı temsil niteliği taşıyan bir hale gelmeleri halinde ise, elektronik belge söz konusu olur[17]. Ancak verilerin değeri sadece belge oluşturmaktan ibaret değildir. Verilerin, söz konusu belgeleri tanımlama, ifade etme, gerçekliğini sınama, özelliklerini belirtme gibi çok farklı fonksiyonları da bulunmaktadır. Örneğin bilgisayardaki verileri birleştirerek bir elektronik posta metnine ulaşabiliriz. Bu elektronik posta, bir elektronik belgedir. Ancak bu belgenin değiştirilip değiştirilmediği, kaynağı, tarihçesi gibi pek çok cevaba da, elektronik ortamdaki diğer bazı yardımcı veriler sayesinde ulaşabiliriz. Yani elektronik veri ve elektronik belge kavramları zaman zaman iç içe girmekte ve birbirlerini ifade etmekte, zaman zaman da farklı olabilmektedir.

Karşımıza üçüncü bir kavram olarak, elektronik kayıt kavramı çıkmaktadır. Elektronik kayıt (*electronic records*) kavramı özellikle ABD Hukukunda sıklıkla başvurulan bir kavramdır. Kayıt kavramı, sabit veya elektronik ortamda, daha sonra tekrar ulaşabilecek şekilde bilgilerin saklanmasını[18], belge ise bir vakıanın ispatlanması için başvurulan yazılı araçları ifade etmektedir[19]. Görüldüğü üzere belge kavramının tanımında, daha ziyade delil niteliği önem kazanmaktadır. Elektronik kayıt kavramına

---

[17] Erturgut, s.30.

[18] B.A. Garner, (Editor-in-chief), **Black's Law Dictionary**, 7th Edition, St. Paul, 1999, s. 1279.

[19] Garner, (Editor-in-chief), s. 498.

çeşitli düzenlemelerde de yer verilmiştir[20]. Ancak uygulama ve doktrinde elektronik kayıt (*electronic records*), elektronik veriler (*electronic data*), elektronik bilgi (*electronic information*), elektronik belge (*electronic document*) gibi kavramların bazen birbirleri yerine, bazen de farklı anlamlarda kullanıldığı da görülmektedir. Bu sebeple 2006 yılında ABD Federal Hukuk Usulü Kanunu'nda (FRCP) yapılan bir değişiklik ile, bu yönde bir bütünlük sağlanması amacı da güdülerek, daha kapsayıcı bir kavram olan "Elektronik Yolla Saklanmış Bilgi" (*Electronically Stored Information*) ifadesi getirilmiştir[21] (FRCP r. 26, 34, 37). Kanunda yapılan değişiklikle, "belge" (*document*) ve "eşya" (*things*) kategorilerinin yanında üçüncü bir kategori yaratılmıştır[22]. Kanımızca da elektronik yolla saklanmış bilgi kavramı konuyu en iyi açıklayan ifadedir. Fakat burada diğer önemli bir hususu ifade etmekte fayda olacaktır: Federal Hukuk Usulü Kanunu, delillerin değerinden ziyade, delillerin mahkemeye getirilmesi ile ilgilenmektedir. Bundan kasıt, ABD Hukukundaki "delillerin ortaya çıkarılması" (*discovery*) kurumudur. FRCP'de bulunan hükümler, özellikle bir tarafın, karşı tarafın elindeki hangi unsurlara delil olarak dayanabileceğini, neleri delil olarak mahkemeye sunmasını

[20] Örn.: Federal Delil Kanunu (*Federal Rules of Evidence* –FRE) r. 1001; 15 USC. § 7001 (Küresel ve Ulusal Ticarette Elektronik İmza -*Electronic Signatures In Global And National Commerce*).

[21] B. Bragdon, "**eDiscovery: Watch out for FRCP changes!"**, http://blogs.csoonline.com/ediscovery_watch_out_for_frcp_changes (Erişim Tarihi: 1 Temmuz, 2008).; Adler, s. 82.

[22] Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 2.

isteyebileceğini düzenlemektedir[23]. Dolayısıyla FRCP'de düzenlenen şey, ABD Hukukunda yıllardır tartışılan, elektronik ortamdaki verilerin hangilerinin karşı taraf (ve hiç kuşkusuz mahkeme) tarafından istenebilir olduğu tartışmasının önüne geçmek, bunları düzenlemektir. Elektronik yolla saklanmış bilgiler ifadesi ve bunun düzenlenmesi ile bu hususa açıklık

[23] Burada Federal Hukuk Usulü Kanunu ve Federal Delil Kanunu (FRE) arasındaki ilişkiye değinmekte fayda olabilir. FRCP'nin delillerle ilgili olan 5. bölümü, ispat hukukundan ziyade, delillerin yargılamaya nasıl getirileceğini, getirilmeyen delillerin karşı tarafça nasıl talep edilebileceğini, bu talebe hangi delillerin dâhil olduğunu, bu talebi mahkemenin hangi durumlarda haklı görüp karşı tarafı zorlayabileceğini ve nihayet bunlara uyulmadığı takdirde ne gibi yaptırımların olabileceğini düzenlemektedir. ABD Hukuk yargılamasında yoğun duruşma (*single-episode*) sistemi uygulandığı için, deliller büyük ölçüde duruşmadan önce toplanmakta, duruşma çok hızlı bir şekilde birkaç oturumda bitmektedir. Bu sebeple delillerin ortaya çıkarılması (*discovery*), delil hukukunun çok önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Delil hukukunun diğer bölümü olan ispat hukuku, yani hâkimin veya jürinin, bir vakıanın hangi deliller ile ispat edilmiş sayabileceği ve bu delillerden duruşmada nasıl yararlanılabileceği (örneğin tanığın nasıl dinlenileceği) gibi konular ise, FRE ile düzenlenmiştir. FRE, sadece hukuk usulünde değil, aynı zamanda (yer yer farklı hükümlerle) ceza hukukunda da delilleri düzenlemektedir (M.H. Graham, **Federal Rules of Evidence in a Nutshell**, 5th Edition, St. Paul, 2001; G.C. Hazard, M. Taruffo, **American Civil Procedure**, New Haven, Yale, 1993; M.K. Kane, **Civil Procedure in a Nutshell**, 4th Edition, St. Paul, 1996; M.Rosenberg, H.Smit, R.C. Dreyfuss, **Elements of Civil Procedure**, 5th edition, Westbury, 1990; J.W. Strong, (General Editor), **McCormick on Evidence**, 5th Edition, St. Paul, 1999; J.H. Friedenthal, M.Singer, **The Law of Evidence**, Mineola, 1985; R.H. Field, B. Kaplan, K.M. Clermont, **Civil Procedure**, 7th Edition, Westbury, 1997).

getirilmiş ve bu konudaki tartışmalara son verilmiştir[24]. Delillerle asıl olarak ilgilenen Federal Delil Kanunu'na (FRE) ise henüz böyle bir ifade eklenmemiştir. FRE'nin yazılı delilleri düzenleyen 10. Bölümünde "yazı" (*writing*) ve "kayıt" (*record*) eş anlamlı olarak kabul edilmiş ve bunların "elektronik kayıt" şeklinde olabileceği düzenlenmiştir (FRE r. 1001 (1)). İngiliz Hukukunda, benzer şekilde "belge" tanımının içerisine, elektronik belgeler de eklenmiştir (Hukuk Usulü Kanunu (*Civil Procedure Rules*), r. 31.4). Bu tanımın içerisine, e-posta, diğer elektronik yazışmalar, kelime işlemci dosyaları ve elektronik veri tabanlarının da dâhil olduğu tüm elektronik belgeler girmektedir. Bunlara ek olarak, sunucularda veya yedekleme alanlarından bulunan ve silinmiş dosyalar ile dosyaların meta bilgileri[25] de belge kavramına dâhildir (Uygulama Yönergesi 31 (*Practice Direction 31)* – Belgelerin İfşası ve İnceleme *(Disclosure and Inspection) r.* 2A.1)[26,27].

---

[24] Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 2; G. Davidovitch, "Why Rule 37(e) Does Not Create a New Safe Harbor for Electronic Evidence Spoliation", **Seton Hall Law Review**, Volume 38, s. 1131 vd.

[25] Bkz. aşa. başlık § 2, B.

[26] W. Rose (Editor-in-Chief), **Blackstone's Civil Practice,** 2008, Oxford, 2007, s. 663.

[27] Kanada Federal Delil Kanunu'nun 31.8 maddesinde de elektronik belge tanımlanmış ve 31.1-3 maddelerindeki şartların sağlanması halinde bunların belge gibi kabul edileceği düzenlenmiştir: "Elektronik belge, bilgisayar veya benzeri bir cihazda saklanan ya da bu cihaz tarafından kaydedilen ve bir kişi, bilgisayar veya benzeri bir cihaz tarafından okunabilen ya da algılanabilen verilerdir. Verinin ekranda görülmesini, çıktısını veya diğer bir görünümünü içerir" (Kanada Delil Kanunu (*Canada Evidence Act)*, r. 31.8).

Türk Hukukunda, EİK'ndaki elektronik veri tanımı dışında, Vergi Usul Kanununda da "elektronik belge" ve "elektronik kayıt" kavramlarının tanımları bulunmaktadır. Buna göre elektronik belge, "şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünü", elektronik kayıt ise, "elektronik ortamda tutulan ve elektronik defter ve belgeleri oluşturan, elektronik yöntemlerle erişimi ve işlenmesi mümkün olan en küçük bilgi öğesini" ifade etmektedir (Vergi Usul Kanunu mükerrer m. 242/2). Ayrıca çalışma boyunca yeri geldikçe ayrıntılı olarak değineceğimiz, bu çalışmanın yapıldığı sırada Türkiye Büyük Millet Meclisi genel kurul gündeminde olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısının[28] 205. maddesinde "belge" kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: "Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli, yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plân, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*".* Kanunun kabul edilmesi halinde elektronik ortamdaki veriler de belge olarak kabul edilecekler, delil olabileceklerdir.

Sonuç olarak elektronik veri, elektronik kayıt ve elektronik belge kavramları, sınırlarının tam olarak çizilmesi mümkün olmayan, büyük ölçüde

[28] Bu çalışmada, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısının son hali olan ve 2.6.2009 tarihinde TBMM Adalet Komisyonu tarafından sunulan raporda kabul edilen metin esas alınmıştır.

iç içe geçmiş kavramlardır[29]. Bu kavramların taşıdığı önem, büyük ölçüde düzenlendikleri kanuna veya mahkeme içtihatlarına göre belirginleşecektir. Bu kavramların hepsi, şu veya bu şekilde elektronik delillerin temelini oluşturmaktadırlar.

B. Elektronik Verilerin Oluşması ve Türleri

Elektronik ortamdaki veriler, iki şekilde oluşabilirler. Bu veriler öncelikle bir kişi tarafından elektronik ortama girilmiş olabilir. Bu kişi uyuşmazlığın tarafı olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Elektronik belgeleri oluşturan veriler, büyük oranda bu şekilde oluşur. Veriler aynı zamanda, bir bilgisayar sistemindeki hareketlerin sistem tarafından otomatik olarak kaydedilmesi gibi, sistem tarafından kendiliğinden oluşturulmuş da olabilir. Verilerin oluşması, kişiler tarafından kullanılan klavye, fare gibi bir girdi cihazı, ya da ağ bağlantısı gibi kişinin doğrudan müdahalesi ile olmayan, otomatik kaynaklı bir yol ile olmaktadır. Bu veriler öncelikle ön bellek, bilgisayar belleği, tampon bellek gibi geçici bir kaynağa aktarılır, daha sonra ise sabit disk veya hafıza kartı gibi daimi bir depolama birimine kaydedilir. Bu

[29] Bu kavramların ne kadar iç içe geçtikleri, Yargıtay'ın bir içtihadında kolaylıkla gözlemlenebilmektedir: "… **bilgisayar ortamı**nda bazı **bilgi**leri sildiği, … bilgisayarda bazı **dosya**ların silindiğinin anlaşıldığını, davacının **data**ları silerek şirkete zarar verdiğini … davacının **bilgisayar sistemi**nde bazı **bilgi**leri sildiği, … **bilgisayar ortamı**ndaki işverene ait bir takım **kayıt**ları silmek sureti ile, … kullanmış olduğu bilgisayarında **data**ların silindiğini…": 9. HD, 22.1.2007, E. 25755, K. 107, www.kazanci.com.

veriler, ağ bağlantısı yoluyla veri işleme, paylaşma veya saklama amacı ile diğer bilgisayarlara veya sistemlere iletilebilir[30].

Elektronik veriler çeşitli şekillerde sınıflandırılabilir. Ancak belirtmek gerekir ki elektronik verilerin sınıflandırılması, onların sınırlandırılması değil, nitelendirilmesi amacıyla yapılmalıdır. Zira bir elektronik verinin çeşitli özellikleri ile biraz sonra belirteceğimiz sınıflardan bir veya birkaçına girmesi söz konusu olabilir. Elektronik veriler; etkin veriler, kopya veya arşiv (yedekleme) verileri, geride kalan veriler ve gömülü veriler olarak sınıflandırılabilir[31].

Etkin veriler, sistemde kayıtlı olan ve her an kullanıma hazır olan verilerdir. Bilgisayar sistemindeki yazışma dosyaları veya hafıza kartında kayıtlı olan fotoğraflar dosyaları bunlara örnek olarak gösterilebilir. Bunlar hazırlanması bitmiş, son haline gelmiş (nihai) dosyalar olabileceği gibi, hazırlanması devam eden dosyalar da olabilir. Bu sebeple bunlar erişim

---

[30] L.A. Dolak, "Patents without Paper: Proving a Date of Invention With Electronic Evidence", **Houston Law Review**, Volume 36, 1999, s. 479.

[31] F. W Seitz, L. J. Harris, "Document Discovery in the Electronic Age", **Federation of Insurance & Corporate Counsel 2001 Winter Meeting**, http://www.thefederation.org/documents/seitz.htm, s. 1 vd. (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008); S.M. Curreri, "Defining Document in the Digital Landscape of Electronic Discovery", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1541 vd.; J.E Feldman, "Electronic Evidence", **23rd Annual Institute on Computer Law**, Volume 1, no. 40, New York, s. 7 vd.; P. Brown, "Discovery and Use of Electronic Evidence", **23rd Annual Institute on Computer Law**, Volume 1, No 7, New York, s. 391 vd.; Rothstein, Hedges, Wiggins, s.22-26.

tarihine göre farklılıklar gösterebilirler[32]. Bir bilgisayarda inceleme yapıldığında en çok ve en kolay rastlanılan veriler, etkin verilerdir.

Kopya ve arşiv (yedekleme) verileri, kişiler ya da sistem tarafından otomatik veya bilinçli olarak alınan kopya verilerini ifade etmektedir. Kopya ve arşiv verileri, etkin verilerle aynı ortamda olabilecekleri gibi, cd-rom, hafıza kartı vb. gibi farklı ortamlarda saklanıyor olabilirler. Kopya veriler genellikle aynı ortamda saklanırken, yedekleme verileri verilerin güvenliği açısından büyük ölçüde farklı ortamlara kaydedilmektedir[33]. Kopya verilere örnek olarak kelime işlemcinin açık olduğu sürece yaptığı yedeklemeler, ya da bilgisayarın işletim sisteminin, sistemin çökmesi ihtimaline karşı yaptığı yedeklemeler gösterilebilir. Ayrıca daha hızlı erişim için internet programlarının internet sitelerindeki dosyaların birer kopyasını özel bir alanda tutması da bu tarz verilerin oluşmasına yok açmaktadır. Bilgisayardan bir çıktı alınmak istendiğinde, bu veri, yazıcının belleğine gönderilmekte, yazıcı da veriyi basmaktadır. Dosya sistemden silinse bile, yazıcın belleği sıfırlanana kadar (örneğin yazıcı kapatılana kadar) bu veri saklanmaktadır. Bu veriler de kopya verilere örnek olarak gösterilebilir[34]. Kopya verilerin sunduğu bir tehlike, tıpkı etkin verilerde olduğu gibi bunların dosyanın son halini oluşturmuyor olabileceği ihtimalidir. Dosya henüz hazırlanma aşamasında olabilir, bu

[32] Seitz, Harris, s. 1; Feldman, s. 8.

[33] Seitz, Harris, s. 1; Feldman, s. 8.

[34] Seitz, Harris, s. 2; Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 22.

aşamada sistem bir yedek almış olabilir. Bu veriler dosyanın son halini teşkil etmeyeceği için belge içeriği de eksik kalacaktır[35].

Kopya veriler genellikle sistem tarafından otomatik olarak oluşturuldukları için bunlara kullanıcıların müdahalesi daha az düzeyde olmaktadır. Arşiv verileri ise büyük ölçüde bilinçli olarak oluşturulmakta, silinmesinden korkulan dosyalar bizzat kullanıcılar tarafından veya arşivlenme kuralları kullanıcılar tarafından belirlendikten (örneğin hangi dosyaların, hangi sıklıkla yedekleneceği gibi) sonra sistem tarafından otomatik olarak oluşturulmaktadır. Kopya veriler büyük ölçüde kullanıcıların isteği dışında oluştuğu ve ortadan kalktığı için bunlara erişim her zaman mümkün olmayabilir. Arşiv verileri ise saklamak amacıyla oluşturulduğu için bunlara erişmek daha kolay olacaktır; bununla birlikte, bu yedekleme veri güvenliği ve daha az yer kullanma gibi sebeplerle çeşitli yazılımlar kullanılarak yapıldığı için teknik anlamda erişim bu kadar kolay olmayabilir.

Geride kalan veriler, bir dosyanın silinmesinden sonra bu dosyanın tamamen veya kısmen elektronik ortamda kalmasını ifade eder. Bir dosya elektronik bir ortamdan örneğin bilgisayarın sabit diskinden silindiğinde, bu sıfırlar ve birler fiziksel olarak silinmemekte, sistem, dosyayı, sabit diskte bulunan dosya kaydından çıkarmaktadır. Bu sebeple çeşitli yazılımlar kullanılarak bu dosyaların geri getirilmesi ve delil olarak kullanılması mümkündür[36].

---

[35] Seitz, Harris, s. 2; Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 22.

[36] Curreri, s. 1552; Seitz, Harris, s. 2; P.R. Rice (Editor), **Electronic Evidence Law and Practice**, Chicago, ABA, 2005, s. 2, 124.

Gömülü veriler ya da meta verileri, kullanıcının doğrudan görmediği, verileri açıklayıcı bilgiler taşıyan sistem bilgileridir. Bu veriler dosya ekranda göründüğünde veya çıktısı alındığında çoğu zaman görülemezler. Bu veriler bir fotoğrafın çekildiği tarih ya da yer (GPS) kaydı veya elektronik postanın gelirken izlediği güzergâh gibi çok çeşitli bilgileri içerebilirler. Bu veriler aynı zamanda dosyanın güvenliği açısından da tutulabildikleri için, dosyanın değiştirilip değiştirilmediği veya hangi bilgisayarda hazırlandığı gibi çeşitli ve önemli bilgileri içerebilirler[37]. Bir elektronik belgenin metni, belgenin içeriği hakkında bilgi verebilir ama belgenin içinde gömülü olan veriler, belgenin doğruluğu açısından daha çok bilgi içermektedir. Zira, karşı tarafın elektronik belgenin doğruluğunu kabul etmemesi halinde bu belgenin doğru olduğunun kabulüne ancak bu tarz verilerin incelenmesi sonucunda karar verilebilir. Nasıl bir senette imzanın inkârı halinde el yazısı incelemesi yapılıyorsa, elektronik belgenin doğru olduğunun kabul edilebilmesi için (karşı taraf kabul etmediği müddetçe) sadece metnin görülmesi ile yetinmek doğru olmayacaktır[38].

C. Elektronik Verilerin Yok Olması, Değişmesi ve Değiştirilmesi

Veriler tıpkı oluşturuldukları gibi, kullanıcılar veya sistem tarafından silinebilir veya değiştirilebilirler. Bu silinme veya değiştirme bilinçli veya önceden planlanmış olabileceği gibi sistemde çıkan bir arıza gibi istem dışı

[37] Curreri, s. 1551

[38] L. Voigt Romano, “Electronic Evidence and the Federal Rules”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1796.

da olabilir. Veriler elektronik ortamdan her an ve kolaylıkla silinebilirler veya değişime uğrayabilirler. Verilerin dışarıya açık (ağa bağlı) sistemlerde dışarıdan müdahale yoluyla silinmesi veya değiştirilmesi de mümkündür. Bu sebeple dışarıya açık sistemler ile dışarıyla kapalı sistemler veri güvenliği açısından farklı değerlendirilmelidir. Özellikle yerel ağ ve internet üzerinde çok sayıda noktadan geçerek karşı tarafa ulaşan e-posta veya anlık mesaj gibi veri paketleri üzerinde oynamaya çok müsait unsurlardır[39]. Bu tür veri paketlerinin gönderilmesi aşamasında pek çok değişiklik yapılabilir: Gönderici bilgileri farklı yazılabilir, içerik değiştirilebilir, IP numaralarında değişiklik yapılabilir (*IP Spoofing*)[40], diğer bir bilgisayara ağ üzerinden girilerek dosyalar

---

[39] H. Stucker, "Electronic Evidence: To Produce or Not to Produce, That is The Question", **Whitter Law Review**, Volume 21, 1999-2000, s. 466; S.M. Giordano, "Electronic Evidence and the Law", **Information Systems Frontiers**, Volume 6, No 2, 2004, s. 162.

[40] IP (*internet protocol*) numarası, ağ erişiminde bilgisayara verilen ve sadece o bilgisayarı tanımlayan özel bir kimlik numarasıdır. Bu numara ağ sistemine göre sabit veya değişken olabilir. Değişken IP numaralarında bu değişkenlik nedeniyle IP numarasının kullanıldığı tarih ve saatin kaydedilmesinin ve saklanmasının de çok büyük önemi vardır; zira, ancak bu tarih ve saate göre o sırada hangi bilgisayarın söz konusu IP numarasına sahip olduğu belli olur. Yargıtay HGK'nun IP numarasından yararlanarak verdiği bir kararında, isabetli olarak şu ifadelere yer verilmiştir: *"Dosyada mevcut belgelerden 22.9.2003 günü 19.37'de gönderilen gönderici adı olarak davacının adının yazılı bulunduğu e-mail'in ... IP kullanıcısına ait olduğu, kullanıcı adının davalı adı değil D.A. olup, ... no.lu Erzurum ilindeki bir telefondan 19.30'dan itibaren 41.20 dakika Internet'e bağlı kalınarak e-mailin gönderildiği anlaşılmıştır. Bu tarihte davalının ... Cumhuriyetinde bulunduğu, 20.9.2003'de Türkiye'den çıkış yaptığı, 24.9.2003'de Türkiye'ye girdiği Hava Limanına*

değiştirilebilir, başka bilgisayarlara mesaj gönderilebilir, dosyalar oluşturulup silinebilir[41]. Bu sebeple, bilgisayarın güvenliğinin yeterince sağlanıp sağlanmadığı çok önemli olduğu için, somut olaya göre uzman bilirkişilerden yardım alınarak, kullanılmak istenilen delilin ilişkili olduğu bilgisayarda inceleme yapılması gerekli olabilir[42].

Elektronik ortamdaki bilgilerin bilinçli veya bilinçsiz olarak ortadan kaldırılmasının veya değiştirilmesinin diğer (somut) belgelere göre çok daha kolay olması, ABD Hukukunda delillerin ortadan kaldırılmasını ve bu konudaki yaptırımları düzenleyen "delillerin tahrifi veya yok edilmesi" (*spoliation of evidence)* kurumu üzerinde fazlasıyla durulmasını gerekli kılmıştır. "Delillerin tahrifi ve yok edilmesi", devam etmekte olan veya yakın

---

geldiği anlaşıldığına göre davalının dava konusu e-mail'i göndermesi fiilen imkânsızdır. Gelişen teknoloji ve teknikler sayesinde e-mail şifrelerinin kırılması ve kolayca ulaşılabilmesinin kolaylığı da göz önüne alındığında davanın reddi gerekirken, kabulü usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir...": HGK, 5.7.2006, E. 4-476, K. 498, (www.kazanci.com).

[41] İ. Soğukpınar, "Elektronik Döküman/Mektupların Kanıt Olabilmesi İçin Gereksininmler", **Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı 2007 Bildiriler Kitabı**, Ankara, 2007, s. 75.

[42] Bilirkişiler tarafından yapılacak incelemede, ISO (Uluslararası Standardizasyon Kuruluşu) ve IEC (Uluslararası Elektroteknik Komisyonu)'nin birlikte hazırladıkları ve Türk Standartları Enstitüsünün de kabul etmiş olduğu ISO/IEC 27002 (Bilgi Güvenliği Yönetimi için Uygulama Kuralları) standardı kaynak olarak kullanılabilir (http://www.iso27001security.com/html/27002.html -Erişim Tarihi 15 Ocak 2009).

gelecekte açılması kuvvetle muhtemel olan bir davada kullanılabilecek olan bir delilin ortadan kaldırılması veya büyük oranda değiştirilmesi ya da saklanmamış olmasıdır[43]. Kurum, temelini, "her şey onu yok edene karşı kabul edilir[44]" olarak ifade edilebilecek bir *Common Law* doktrininden almaktadır[45]. HUMK m. 326-336 arasında "Senedatın İbrazı Mecburiyeti" başlığı altında düzenlenen hükümler[46] ile kısmen de olsa benzerlik gösteren bu kurum, büyük ölçüde uygulama ve doktrin ile gelişmiştir.

Delillerin yok edilmesinin çok çeşitli yaptırımları bulunmaktadır. Bu yöndeki yasal düzenlemeler mahkemelere büyük ölçüde esneklik tanımakta ve yetkiler vermektedir. Her olayda farklı durumlar gözlemlenebileceği için bu, kanımızca da mantıklı bir yaklaşımdır. Deliller davanın taraflarınca değil, üçüncü kişilerce de yok edilmiş olabileceği için, yaptırımlar durumun ağırlığına ve bunu gerçekleştiren kişiye göre değişecektir. Yaptırımlar, yok etmenin davadan önce mi sonra mı olduğuna göre ayrılabilir. Zira bir delilin dava açıldıktan sonra yok edilmesinin yaptırımı daha ağır olmalıdır. Dava açıldıktan sonraki durumlarda yaptırımlar, delili yok edenin iddia veya savunmasının reddi, "savunmayı yerine getirmemeye dayanan hüküm"

---

[43] R. Durrant, "Spoliation of Discoverable Electronic Evidence", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1803; Rice (Editor), s. 48.

[44] "*Contra spoilatorem omnia praesumuntur*".

[45] Durrant, s. 1803; Rice (Editor), s. 48.

[46] Bkz. aşa. başlık § 4, C, II.

(*default judgment*[47]), doğrudan vakıa hükmü verme[48], parasal yaptırımlar getirme veya cezai yaptırımlar getirme (mahkemeye itaatsizlik) şeklinde olabilir[49]. Yok etme veya değiştirme işleminin dava açılmadan önceki aşamada gerçekleşmiş olması halindeki yaptırımlar ise, yok edilen delille ilişkili diğer delillerin yargılama dışarısında bırakılması, jürili yargılamalarda ispat yükünün gerçekleşmiş sayılması yönünde hâkim tarafından jüriye telkin (jürisiz yargılamalarda ise ispat yükünün gerçekleşmiş sayılması) veya ispat yükünün yok edene geçtiği yönünde bir karinenin kabulü olabilir[50]. Ayrıca

---

[47] Hukukumuzda bulunmayan bu kuruma göre, kendisine düşen savunma ödevini yerine getirmeyen davalı hakkında "savunmayı yerine getirmemeye dayanan hüküm" (*default judgment*) verilebilir. Kavramın temeli gaipliğe dayanmakta olup sonuçları normal bir hükümle aşağı yukarı aynıdır. Federal alanda FRCP'nin 55. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çeşit bir hüküm çok ağır bir yaptırım olduğu için, aranan bazı koşulların gerçekleşmiş olması gerekmektedir (Durrant, s. 1824-1826; James, Hazard, Leubsdorf, s. 784).

[48] Jürili yargılamalarda vakıa hükmü verme görevi kural olarak jüridedir. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda hakim, vakıa hükmünü doğrudan verebilir (James, Hazard, Leubsdorf, s. 408 vd., Rosenberg, Smit, Dreyfuss, s. 915 vd.).

[49] Rice (Editor), s. 101 vd.; Durrant, 1822 vd.; K. Eng, "Spoliation of Electronic Evidence", **Boston University, Science and Technology Law**, Volume 5, 1999, s. 272 vd.; Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 18 vd.; G. Davidovitch, "Why Rule 37(e) Does Not Create a New Safe Harbor for Electronic Evidence Spoliation", **Seton Hall Law Review**, Volume 38, s. 1154 vd.; M.K. Brown, P.D Weiner, "Digital Dangers: A Primer on Electronic Evidence in the Wake of Enron", **Litigation**, Volume 30, 2003, s. 27.

[50] Rice (Editor), s. 101 vd.; Durrant, 1822 vd.; Eng, s. 272 vd.; Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 18 vd.; Davidovitch, s. 1154 vd.; Brown, Weiner, s. 27

bazı eyaletlerin hukuk sistemleri, bu yaptırımlar yanında (özellikle delilleri üçüncü kişilerin yok ettiği durumlarda) bu yönde bir haksız fiil davasına izin vermektedirler[51].

Yok etmede kasıt unsurunun gerekli olup olmadığı da tartışılmaktadır. Bazı mahkemeler kasıt ararken[52], diğer bazı mahkemeler ise ihmali (örneğin belgelerin silinmemesi gerektiğinin şirketin bazı çalışanlarına söylenmemiş olması) yeterli görmüşlerdir[53]. Bu soruna değinen FRCP'nin yeni 37. maddesi de, "elektronik ortamda saklanan bilgilerin, elektronik bilgi sisteminin düzenli, iyi niyetli bir faaliyeti sonunda yok olduğu" durumlarda kişinin sorumlu tutulamayacağını düzenlemiştir. Bu durumda ispat yükü, belgeyi sunamayan tarafta olacak, belgenin yok edilmesinin iyi niyet çerçevesinde düzenli bir faaliyet sonucunda olduğunu ispatlayamadığı takdirde yukarıdaki yaptırımlardan birisi ile karşılaşacaktır. Yaptırımın cinsi ve ağırlığı ise çeşitli faktörlere göre belirlenecektir. Bu faktörler, yok edenin ölçülebilir sorumluluğu, diğer tarafa (ispatın zorlaşması çerçevesinde) verilen zarar, hakkaniyet ve caydırıcılıktır[54]. Yaptırıma konu olabilecek yok etme, davada kullanılabilecek her türlü delil açısından geçerlidir[55]. Delil, şirket içi

---

[51] Eng, s. 275., Rice (Editor), s. 93; Davidovitch, s. 1162-1163.

[52] Rice (Editor), s. 84-85 dn. 127'de bahsedilen kararlar.

[53] Rice (Editor), s. 87-89 dn. 131'de bahsedilen kararlar.

[54] Rice (Editor), s. 107.

[55] J.L. Carroll, "Developments int the Law of Electronic Discovery", **American Journal of Trial Advocacy**, Volume 27, 2003-2004, s. 373-375; Kay Brown, Weiner, s. 27-28.

yazışmalar gibi var olduğu bilinen bir delilse, sunulamadığı takdirde yaptırımla karşılaşma söz konusu olur. Ancak bir delilin var olduğu iddia ediliyorsa, bunu ispat yükü, iddia eden tarafta olacaktır. Fakat çalışmamızda yer yer bahsettiğimiz delil getirme kuralları, yok etme iddiasının ispatında kullanılmamaktadır, normalde kabul edilmeyen bir delil (örneğin "duyum tanıklığı" (*hearsay)*[56] sebebiyle), diğer bir delilin yok edildiğinin ispatı için kullanılabilir[57].

Delillerin yok edilmesi kurumu davaların işleyişini zora soktuğu ve ağır yaptırımlarla karşılaşılabildiği için veri saklama hususu da son yıllarda çok büyük önem kazanmıştır[58]. Özellikle şirketler bu yönde çalışmalar yapmakta ve verilerin güvenliğini sağlamak için uygun sistemleri kurmaktadırlar[59]. Zira bir delilin kaybolmasında sorumluluktan kurtulabilmeleri

---

[56] "Duyum tanıklığı" (*Hearsay)***,** iddia edileni ispat amacıyla delil olarak sunulmak istenen ve beyanı veren (*declarant*) tarafından yargılama esnasında verilen beyan (*statement*) dışındaki her türlü beyandır.": M. Göksu, **Amerikan Yargılama Hukukunda Tanık**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001, (Kısaltması: Göksu –**Tanık)** s. 88.

[57] Göksu –**Tanık**, s. 120-121.

[58] L.S. Van Oostenrijk, "Paper or Plastic: Electronic Discovery and Spoliation in the Digital Age", **Houston Law Review**, Volume 42, 2005-2006, s. 1184 vd.

[59] L. Jokela, "Electronic Discovery Disputes: Will the Eighth Circuit Courts Move Beyond Ad-Hoc Decision Making?", **William Mitchell Law Review**, Volume 30, No 3, 2003-2004, s. 1049

ancak düzenli ve teknolojinin gereklerine uygun bir veri saklama politikasına sahip olduklarını ispat etmeleri ile olabilmektedir[60].

D. Elektronik Verilerin Aidiyet Açısından Sınıflandırılması ve Elektronik Posta

Elektronik veriler konusunda bir bilgisayar veya diğer bir elektronik cihazda inceleme yapıldığında bulunan verilerin, kural olarak o bilgisayar veya diğer elektronik cihazın sahibine (veya sürekli kullanıcısına) ait olduğu kabul edilmelidir. Bu hususta bilgisayarın (veya diğer elektronik cihazın) kullanım çevresinin de çok iyi değerlendirilmesi gerekir. Örneğin bir işyerindeki bilgisayar ile kişinin cep telefonu, bu bağlamda aynı değerlendirilemez. Kişinin söz konusu cihazı kullanmaktaki tekeli ne kadar kuvvetli ise, bu cihazdaki verilerin o kişiye ait olarak kabul edilmesi de o yönde kuvvetli kabul edilmelidir. Bununla birlikte, hiç kuşkusuz cihaz üzerindeki güvenlik de büyük önem taşımaktadır. Bir ağa veya internete bağlanabilen, yani dışarıya açık olabilen cihazlara dışarıdan girilme ihtimali varken, özellikle savunma sanayii gibi bilgi korumanın hassas olduğu alanlarda kullanılan, dışarıya kapalı iş istasyonlarında bu ihtimal sıfıra yakın olacaktır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, bir kişinin ağa veya internete açık olan bilgisayarına dışarıdan girilip dosyaların değiştirilmesi, silinmesi veya yeni dosya oluşturulması söz konusu olabilir. Burada mahkemenin değerlendirmeye alması gereken, kullanılan ekipmanın markasından güvenlik

[60] Brown, s. 8-9; Van Oostenrijk, s. 1184 vd.

siciline, kişinin bilgisayarını koruyucu önlemleri alıp almadığından (örneğin internet güvenliği veya anti virüs programları kurulup bunların düzenli olarak güncellenmesi gibi) internet servis sağlayıcısının hangi firma olduğunun tespitine kadar çok sayıda unsur bulunmaktadır. Bu sebeple elektronik deliller konusunda mahkemenin uzman bilirkişiye başvurmasının önemi ortadadır.

Bilgisayardaki veriler, bilgisayarın sahibine ait olabileceği gibi, bir başkasına da ait olabilir. Bu durum çeşitli şekillerde gerçekleşebilir:

Öncelikle bilgisayar, sahibinin izni dâhilinde üçüncü bir kişi tarafından kullanılmış olabilir. Bilgisayarın sahibinin, bu şekilde oluşturulan bir dosyanın içeriğinden sorumluluğu, genel hükümler çerçevesinde ihmal ve kastına göre değerlendirilmelidir. Bilgisayar sahibinin bilgisayarının kullanılmasına izin vermesi durumundaki sorumluluğunun oranı, diğer ihtimallere oranla daha yüksektir.

Bilgisayar, sahibinin izni dışında kullanılmış olabilir. Bu durumda bilgisayarın konumu (iş yeri, okul, ev vb.) ile üzerindeki güvenlik önlemleri (şifre vb.) değerlendirilmeye alınmalıdır. Bu iki unsur arasında da bir ilişki bulunmaktadır; buna göre, bir bilgisayar kişinin kontrol alanından ne kadar uzak ise, üzerindeki güvenlik önlemleri o kadar yüksek olmalıdır. Bunu yerine getirmeyen kişilerin sorumlulukları (hem ispat edilmek istenen vakıa açısından, hem de ispat yükünün tespiti açısından) daha ağır olmalıdır.

Bilgisayarın doğrudan kullanımı dışında, yukarıda da bahsettiğimiz üzere ağa veya internete açık bilgisayarlara dışarıdan erişim yoluyla girilmiş ve dosya oluşturulmuş olabilir. Bu durumda yine söz konusu sistemin

güvenliği araştırılmalıdır. Erişilebilirliğin artması amacı güdülerek, günümüzde sadece bilgisayar değil, cep telefonlarına dahi dışarıdan erişmek mümkün hale gelmiştir. Kişilerin bu cihazlara dışarıdan girilmesini önlemek amacıyla gerekli önlemleri almış olmaları gerekir. Örneğin evdeki internetini kablosuz modem aracılığı ile kullanan bir kişinin yeterince güvenlik önlemi almamış olması halinde (örneğin modeme şifre koymaması gibi) sorumluluktan kurtulması mümkün olmayacaktır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında isabetli olarak şu ifadelere yer vermiştir:

"…davalının internet hattına girilerek üçüncü kişiler tarafından e-mail gönderilmesi mümkün olmakla birlikte internet güvenlik sisteminin düşük tutulması halinde bu şekilde bir kullanım söz konusu olabilir. Oysa davalı internet güvenlik sistemini en üst düzeyde kullanarak bu tür bir kullanıma engel olabilirdi. Davalının kullandığı sistemin üçüncü şahıslara zarar vermeyecek şekilde bulundurması gerekirken açıklanan şekilde önlem almamış olması sorumluluğunu gerektirir…[61]"

Görüldüğü üzere, bir kişinin bilgisayarında veya diğer bir elektronik cihazında yer alan verilerin bu kişi aleyhine ne ölçüde delil olabileceği; söz konusu verilerin kişinin kendisine ait olup olmadığı, değilse bu verilerin oluşturulmasındaki ihmal veya kastının ne oranda ve ne derecede olduğunun tespiti ile anlaşılabilir.

Bir bilgisayar veya elektronik cihazda, kişiye ait olmayan diğer bir unsur da başkasından alınmış olan e-postalardır. Bunların kişiye ait olmadığı

---

[61] 4. HD, 4.3.2004, E. 12313, K. 2672, (www.kazanci.com).

açıktır, ancak bunlardan elektronik delil olarak yararlanılması söz konusu olduğunda incelenmeleri söz konusu olabilir. Elektronik ortamın sahibi, uyuşmazlığın tarafı olabileceği gibi, üçüncü kişi de olabilir. Dava dışı olmakla birlikte, taraflardan birisinin üçüncü bir kişiye gönderdiği e-postanın delil olarak getirilmesi söz konusu olabilir (örneğin aldatma nedeniyle boşanma davasında davacı eş, davalı eşin üçüncü kişiye gönderdiği bu yöndeki e-posta mesajlarına dayanabilir). Bu açıklamalar anlık mesajlaşma yazılımı kayıtları (*yahoo messenger* veya *msn live* gibi) için de geçerlidir[62].

Ancak bu bağlamda hukukumuzda sadece HUMK 326-336 arasında "Senedatın İbrazı Mecburiyeti" başlığında düzenlenmiş olan hükümlerin (ve kısmen TTK m. 79 vd.) yer alması ve bunların uygulama alanının da çok dar olması sebebiyle, karşı taraf veya üçüncü kişideki delillerin davaya getirilebilmesi, Anglo-Amerikan Hukuklarındaki, özellikle de ABD ve İngiliz Hukukundaki durumun aksine, son derece kısıtlı olacaktır. Hukukumuzda daha ziyade kişinin kendi elindeki elektronik belgelere delil olarak dayanması söz konusu olabilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, hukuk yargılamasında elektronik ortamdaki verilerin kime ait olduğunun önemi daha azdır. Yukarıda bahsettiğimiz gibi Anglo-Amerikan Hukuk Yargılamasının aksine Türk Hukukunda uyuşmazlığın karşı tarafının bilgisayarında araştırma yapma hali yok denecek kadar az olduğu için, hukukumuzda yargılamaya getirilen deliller daha belirli ve içeriği bellidir. HUMK 326-336 arasındaki hükümler de belirli (tanımlanabilir) belgeler için geçerli olduğundan, bilgisayardaki e-postalara pratikte sadece (bilgisayara sahip olan) tarafın kendisi dayanabilecektir. Oysa

[62] Curreri, 1558.

ceza hukukunda bir kişinin bilgisayarında da arama yapılabildiği için, bilgisayardaki verilerin kime ait olduğunun önemi çok daha fazladır. Hukuk yargılamasında aidiyetten daha önemli olan husus, kanımızca, sahibin gerekli önlemleri alıp almamış olması ve bu bağlamda sorumluluğunun tespitidir.

§ 3. Elektronik Delil

A. Elektronik Delil Kavramı ve Elektronik Veri - Elektronik Delil İlişkisi

Elektronik delil kavramına geçmeden önce, delil ve emare kavramlarına değinmek yerinde olacaktır. Delil en kısa tanımıyla, bir vakıanın ispatı için kullanılan araçları ifade eder[63]. Ancak hiç kuşkusuz ispat araçları delilden ibaret değildir. Delil yanında, karine ve emare gibi ispat faaliyetinde kullanılan başka araçlar da bulunmaktadır. Emare, ispat edilmek istenen vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğini kısmen doğrulayabilen, hâkimi iknaya tek başına yeterli olmayan, fakat kısmi de olsa temsili niteliği bulunan

[63] H. Pekcanıtez, O. Atalay, M. Özekes, **Medeni Usul Hukuku**, 7. Bası, Ankara, 2008, s. 419; B. Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul, 2001, s. 1966; H. Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 1999, (Kısaltma: Konuralp -**İspat Kuralları**), s. 8 vd.; İ. Postacıoğlu, **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975. (Kısaltma: Postacıoğlu -**Medeni Usul**), s. 528; B. Umar, E. Yılmaz, **İsbat Yükü**, Ankara, 1980, s. 32 vd.

ispat araçlarıdır[64]. Emare ile ispat, ancak belli durumlarda söz konusu olabilir[65]. Bu durumlar dışında ispatın delililer ile yapılması gerekir. Elektronik verilerin delil mi emare mi oldukları, söz konusu verilerin temsil niteliği göz önüne alınarak değerlendirilmelidir. Örneğin bir bilgisayar çıktısının tek başına delil olarak değerlendirilmesinin, temsil niteliğinin yeterli olmaması sebebiyle mümkün olamayacağı, ancak bu çıktının şartlar sağlandığı takdirde bir emare olarak kabul edilmesinin söz konusu olabileceği doktrinde ifade edilmiştir[66]. Kanımızca da bilgisayar çıktılarının tek başlarına delil sayılmaları pek mümkün değildir. Bu çıktılar çoğu zaman başka delillerle (elektronik, yazılı veya sözlü) teyit edildikleri takdirde delil olabilirler[67].

Elektronik ortamda yaratılan, değiştirilen, iletilen ya da saklanan verilerin, kayıtların ve belgelerin iddia edilen bir vakıanın ispatı için kullanılması veya kullanılmak istenmesi durumunda, elektronik delil söz konusu olur. Elektronik delil kavramı, senet delili ya da tanık delili gibi spesifik (muayyen) bir delil tipini değil, uyuşmazlıkta başvurulacak olan delilin öz

[64] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 29; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 416-417; M.K. Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi,** İstanbul, 1990 (Kısaltma: Yıldırım **–Delillerin Değerlendirilmesi**), s. 121; Üstündağ, s. 621.

[65] Örn.: HUMK m. 34 (Hakimin reddinde sebebin muhtemel olması), HUMK m. 236 (mahkeme dışı ikrarın emare ile ispatı), HUMK m. 294 (senedin kaybolduğu iddiasının ispatı), vb. Bu konular hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz.: Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 22-29.

[66] Benzer bir yaklaşım için bkz. Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 73; Erturgut, s. 40.

[67] Bkz. aşa. başlık § 6, A.

niteliğinin elektronik bir özellik taşımasını ifade etmektedir. Elektronik ortamla bağlantılı olan delillerin mahkemeye sunulması ve bunların mahkeme tarafından değerlendirilmesi ortak bazı özellikler taşıyacağı için, hukuk literatürü ve uygulamasında böyle bir sınıflandırma yapılmaktadır[68].

Elektronik bir verinin ya da belgenin delil sıfatını haiz olabilmesi, bir senedin delil sıfatını haiz olmasından çok da farklı değildir. Nasıl ki taraflar arasında hazırlanmış bir senet, uyuşmazlıkta bir vakıanın ispatı için kullanılmak istenildiği takdirde delil sıfatını kazanıyorsa, elektronik veriler de bir vakıanın ispatı için kullanılmak istenildiklerinde delil olabileceklerdir. Senet gerçek dünyada var olan ve hukukun doğrudan düzenlediği bir delil olduğu için bir senedin delil olarak sunulması, delil sıfatını haiz olması bize çok olağan gelmektedir. Burada aradaki fark, elektronik verilerin var oldukları doğal ortamda, yani elektronik ortamda mahkemeye sunulma kabiliyetlerinin olmamasındadır. Elektronik ortamdaki verilerin mahkemede incelemeye elverişli hale getirilmesi, diğer bir deyişle gerçek dünyaya aktarılmaları gerekir. Ancak biraz önce ifade ettiğimiz gibi asıl delil olan, bu gerçek dünyaya aktarılmış halleri (örneğin bilgisayar çıktısı) değil, doğrudan doğruya bu verilerin kendisidir[69]. Elektronik veriler, hukuk sisteminin atfettiği niteliğe göre yazılı belge[70], yazılı delil başlangıcı, keşif veya özel hüküm sebebi

---

[68] Elektronik Delil kavramının diğer tanımları için bkz: L. Keser-Berber, **Adli Bilişim,** Ankara, 2004, s.46; Mason **–Virtual Evidence**, s. 180.

[69] N. M. Çakmak, "İdare Hukuku ve İnternet", **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, S. 1-2, 2005, s. 299.

[70] ABD'nde olduğu gibi: FRCP r. 26, 34, 37; FRE, r. 1001; 15 USC. § 7001.

olarak kabul edilebilir. Elektronik delillerin hukukumuz bakımından hangi delil tipi sınıflandırmalarına girebileceğine aşağıda[71] değinilecektir.

Fakat unutmamak gerekir ki, elektronik verilerin bir uyuşmazlıkta delil olarak sunulup değerlendirilebilmeleri için, tüm delillerin sahip olmaları gereken temsil niteliğini taşıyor olmaları, yani bir vakıanın gerçekliği konusunda hâkimde başlı başına kanaat oluşturabilecek nitelikte olmaları kaçınılmaz bir gerekliliktir; aksi halde bunlar ancak emare gibi dolaylı ispat vasıtaları olabilirler.

B. Elektronik Delillerin Özellikleri ve Diğer Deliller İle Olan Farkları

Elektronik delilleri diğer delillerden ayıran en önemli fark, hiç kuşkusuz elektronik delillerin doğrudan görülemeyen, ancak ekranda görüntülenerek veya çıktısı alınarak gözlenebilir olmalarıdır[72]. Elektronik deliller, bilgisayar veya diğer elektronik cihazlarda gözle görülemeyecek bir şekilde saklanırlar. Bunların görülebilmesi için mutlaka bir işlemden geçirilmesi gerekecektir[73]. Bunun için ekran veya yazıcı gibi yardımcı cihazlara ihtiyaç vardır. Ancak delil olan bunların görünüm şekilleri değil, doğrudan kendileridir. Zira örneğin bir elektronik posta'nın ekranda görülmesi

[71] Bkz. aşa. başlık § 5, C.

[72] Erturgut, s. 34.

[73] T.Y. Allman, "Electronic Evidence Discovery: A Primer", **Briefly**, Volume 6, No 11, 2002, s. 2.

veya çıktısının alınması doğrudan doğruya yeterli değildir. Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere elektronik belgeler ile birlikte var olan diğer bağlantılı elektronik veriler de, söz konusu belgelerin delil değerinin belirlenmesi açısından çok önemlidir. Belgelerin ekranda veya çıktı olarak kâğıt üzerinde görüntülenmesinde bu veriler çoğu zaman görülemeyecektir. Bu veriler belgenin oluşturulması, değiştirilmesi veya yok edilmesi durumunda bu işlemi gerçekleştirenin kim olduğu, bu işlemin hangi cihazda yapıldığı, ne zaman yapıldığı, hangi şekilde yapıldığı gibi çok sayıda ve önemli bilgiyi içerebilirler[74]. Örneğin bir dijital fotoğrafın meta bilgilerinde hangi makine ile, ne zaman, hangi ayarlarla çekildiği yer almaktadır; bu dosyanın en son ne zaman, hangi kullanıcı tarafından değiştirildiği, işletim sistemi veya ilgili program tarafından kaydedilmektedir. Yazılı bir senette önemli olan sadece senedin kendisi ve içeriktir, zira bu senedin delil değeri sadece yapılış şekli (imza vb.) ile içeriği üzerinden tartılacaktır. Oysaki elektronik delillerde yukarıda bahsettiğimiz şekilde belge ile ilgili pek çok yan bilgi de yer almakta, bu sayede belge hakkında daha çok bilgi sahibi olunabilmektedir. Hatta sadece dosyanın adı bile bazen yeterli bilgi sunabilir[75].

---

[74] C. Sgarlata Chung, D.J. Byer "The Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence", **Boston University Journal of Science and Technology Law**, Volume 4, 1998, s. 188; Robins, s. 414;

[75] Robins, s. 415.

Fakat bu bilgilerin kullanılması, çoğu zaman, sistemin bir bütün olarak incelenmesi ile ortaya çıkabilir. Görüldüğü üzere elektronik delillerin fiziki delillerden diğer bir farkı da, bütünden bağımsız olarak incelenmelerinin çoğu zaman mümkün olmamasıdır. Bir senet veya mektup, tek başına delil olabilirken, elektronik belgeler, ancak karşı tarafın bunları açık olarak veya zımnen kabul etmesi halinde delil olabilirler. Karşı taraf bu delillerin doğruluğunu kabul etmediği sürece, elektronik delillerin tek başlarına (bir çıktı vs. olarak) kabul edilmeleri mümkün değildir. Hayatın olağan akışında karşı taraf çoğu zaman delili kabul etmeyeceğine göre, elektronik delillerin doğrulanmasının gerekli olması, genel kural olacaktır. Elektronik verilerin doğrulanması, sistemin tamamının incelenmesi ya da diğer bir kaynaktan teyit yoluyla yapılabilir. Örneğin bir elektronik posta'nın doğruluğu, internet servis sağlayıcısı veya elektronik posta servis sağlayıcısının kayıtları ile teyit edilebilir.

Elektronik belgelerin sahibinin belirlenmesi, özellikle senet deliline göre çok daha zordur[76]. Senedin altında imza olduğu için senedi oluşturan nispeten basit bir inceleme ile tespit edilebilmektedir. Elektronik belgelerin sahibinin belirlenmesi ise, güvenli elektronik imza ile oluşturulmadıkları takdirde[77] çok zordur. Bu belirleme sadece dolaylı yollarla, örneğin bilgisayarın sahibinin belirlenmesi, yazışmaların incelenmesi gibi şekillerde

[76] Carroll, s. 359.

[77] Bkz. aşa. başlık § 4, A, III.

olabilecektir[78]. Bu sebeple, mahkemede bunların iddia edilen taraftan sadır olduğunun kabulü yönündeki kanaat, senet gibi diğer delillerle oranla daha zor oluşmalıdır. Diğer bir deyişle mahkemenin, bu delillerin iddia edilen taraftan sadır olduğunu kabul edebilmesi için, bu yönde yeterince delil sunulmuş olması gerekir.

Fiziki bir delil yok edildiği zaman, onun geri getirilmesi genellikle mümkün değildir. Örneğin bir senet veya fotoğraf yakıldığı veya bir dosya kaybedildiği takdirde ortadan tamamen kalkacağı için artık buna delil olarak dayanmak mümkün olmayacaktır. Oysaki elektronik delillerin yok edilmesi bu kadar kolay değildir[79]. Öncelikle bunların yedekleri alınmış olabilir. Bu yedekleme bilinçli olabileceği gibi, sistem tarafından otomatik olarak da yapılmış olabilir. Hatta internet üzerinden çalışan ve bilgisayar üzerindeki bilgileri internet üzerinde (yani fiziksel olarak başka bir bilgisayarda) yedekleyen çok sayıda servis de mevcuttur. Bilgisayar üzerinde silinen bir veri bu şekilde yedeklerden bulunabilir. Ayrıca elektronik veriler sadece sil komutu ile silinmezler, bu silinme ya dosyanın üzerine defalarca yazılması, ya da kesin silme gerçekleştiren özel yazılımların kullanılması ile olabilir[80]. Bu sebeple silinmiş olan bir dosya, özel yazılımlar yardımı ile geri getirilebilir.

---

[78] J.D. Gregory, "Authentication Rules and Electronic Records", **The Canadian Bar Review**, Volume 81, 2002, No 3, s. 536 vd.

[79] Sgarlata Chung, Byer, s. 184; Robins, s. 418-419.

[80] "Discovery of Electronic Evidence: Considerations for Practitioners and Clients by Committee on Federal Courts", **The Record**, Volume 53, No 5, 1998, s. 663 (Kısaltması: **Discovery of Electronic Evidence**); Carroll, s. 359.

Görüldüğü üzere elektronik deliller, fiziki delillerden daha zor yok olan delillerdir.

Elektronik delillerin sahip oldukları en olumsuz özelliklerden birisi, değiştirilmeye fiziki delillerden daha açık olmalarıdır[81]. Basılı bir fotoğraf, yazılı bir senet, teyp bandı veya video kaseti gibi kayıt ve belgeler üzerinde değişiklik yapılıp yapılmadığı, modern teknolojinin de yardımı ile, çoğu zaman kolaylıkla anlaşılabilmektedir. Bu yönde bir iddia olduğu takdirde mahkeme, delili, uzman bilirkişiye incelettirmekte, uzman bilirkişi de değişiklik yapılıp yapılmadığını tespit etmektedir. Elektronik delillerin değiştirilmesi ise çok daha kolaydır. Bu sebeple de değiştirildiğinin tespiti çok daha zordur[82]. Böyle bir iddianın bulunması halinde, mahkeme ve bilirkişinin, elektronik delilin bağlantılı olduğu elektronik cihazları, bunların güvenlik seviyelerini, üzerinde oynanılmaya (manipülasyon) ne kadar açık olduklarını, ilgili kişinin aldığı güvenlik önlemleri ni değerlendirmeleri ve buna göre mahkemenin elektronik delilin değerine karar vermesi gerekecektir.

Elektronik delillerin diğer delillerden farklı yönleri, yargılama aşamasında da görülmektedir. Öncelikle elektronik delillerin değiştirilebilmesi veya değişebilmesi tehlikesi bu aşamada da mevcuttur[83]. Delil olarak sunulduktan sonra saklama veya inceleme sırasında değişime uğrayabilirler. Elektronik sistemlerin çeşitliliği ve donanım ile yazılım farkları göz önüne alındığında, incelenen elektronik delilin bütünlüğünün sağlanmasının çok zor

[81] **Discovery of Electronic Evidence**, s. 663; Jokela, s. 1048-1049.

[82] Erturgut, s. 34.

[83] **Discovery of Electronic Evidence**, s. 663.

olduğu görülmektedir[84]. Bir bilgisayarda yazılan kelime işlemci (*Microsoft Word* vb.) belgesinin başka bir bilgisayarda çıktısı alındığında dahi görünüşte farklılıklar olabilmektedir. Bu sebeple, elektronik delillerin incelenmesinde, ilişkili olduğu donanım ve yazılım unsurlarının da çok büyük önemi vardır. Bu inceleme sırasında yapılacak bir hata veya ihmal ile çok farklı sonuçlar ortaya çıkabilir. Yazılı ve sözlü delillerde ise böyle bir probleme çok nadiren rastlanılabilir. Yabancı bir tanığın ifadesinin veya yabancı dildeki bir senedin tercüman aracılığı ile çevrilmesinde hata yapılması, bu duruma örnek olarak verilebilir. Mahkemenin davanın uzun sürebileceği ve elektronik delillerin ortadan kaybolabileceği veya değişebileceği ihtimalini öngörerek, delilleri tespit etmesi (HUMK m. 368 vd.) çoğu zaman uygun bir davranış olacaktır.

Elektronik delillerin yargılamaya getirilmesinde oluşabilecek diğer bir farklılık, bu delillerin miktarının çok fazla olabilmesidir. Bu problem özelikle Anglo-Amerikan Hukuk Yargılaması sistemlerinde elektronik delillerin arz ettiği en büyük problemlerden birisini oluşturmaktadır[85]. Bugün bir ev veya iş bilgisayarında yer alan ortalama kapasitedeki bir sabit diskin içinde yüz milyonlarca sayfa metin veya milyonlarca dijital fotoğraf bulunabilir. Bir firmanın sunucu sistemlerinin depolama alanı ise bu rakamın çok üzerinde olacaktır. Bu depolama alanlarının sadece bir kısmının incelenmesi bile problem oluşturabilir. Örneğin bir haksız rekabet veya ayrımcılık davasında, davalının iç yazışmalarının veya elektronik postalarının mahkemece istenmesi halinde, bunlar yüzbinlerce, hatta milyonlarca sayfayı

[84] Giordano, s. 162.

[85] Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 2-3. Carroll, s. 358-359.

bulabilmektedir. Bu da beraberinde hem inceleme zorluğu, hem de çok büyük bir maliyet getirmektedir. Ayrıca elektronik delillerin mahkemenin incelemesi için uygun formata çevrilmesi, gizlilik hakkının ihlali[86], işlerin aksaması gibi pek çok yan problem de ortaya çıkmaktadır. ABD Hukukunda elektronik delillerle ilgili çalışmaların ve mahkeme kararlarının büyük bir kısmı bu hususta yoğunlaşmıştır.

Elektronik delillerin sözlü delillerden[87] farkı ise, tıpkı yazılı delillerde olduğu gibi bilgilerin sabitlenmiş olmasıdır. Tanık delili, tanığın mahkemede dinlenilmesi ile, uyuşmazlıkla ilgili vakıalar konusundaki doğrudan (ikinci el olmayan, başkasından duyulmamış olan) bilgilerinin sunulması ve tutanağa geçirilmesi ile olur. Yani yargılama esnasında bu ifadeler delil haline gelir. Elektronik deliller ise, yazılı deliller gibi, uyuşmazlığa yakın bir zamanda yaratılmış olan, bu sebeple de temsili niteliği yüksek olan delillerdir[88]. Tanık

---

[86] Stucker, s. 480 vd.; C.N. George, "Someone's Watching: Protecting Privilage onBoth Sides of the Table during Electronic Discovery", **Journal of Law, Technology and Policy**, 2004, s. 282 vd.

[87] Hukukumuzda tarafların isticvabı bir delil olmadığı için, sadece tanık (ifadesi), ikrar ve yemin sözlü delil olarak düzenlenmiştir. Yemin delili, temsili değeri olmayan ve uyuşmazlığın tarafın kendi ifadesi ile sona erdirilmesini sağlayan istisnai bir delildir (Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 11). İkrar HUMK'nda her ne kadar bir delil olarak düzenlenmiş ise de, ikrarın delil niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bu yöndeki tartışmalar ve elektronik delillerin ikrar ile olan ilişkisi için Bkz. aşa. başlık § 5, C, III. İkrar ve yemin bir kenara bırakıldığında (hukukumuzda) geriye gerçek anlamda sözlü delil olarak sadece tanık kalmaktadır.

[88] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 10.

gördüklerini unutabilir, etki altında kalabilir veya yanlış görmüş olabilir. Elektronik deliller ise doğrulandıktan itibaren tıpkı senet gibi, uyuşmazlık konusu vakıaları kayıt altına almış olan ve mahkemece bu bağlamda diğer deliller gibi değerlendirilmeleri gereken delilerdir[89].

C. Elektronik Delillerin Diğer Deliller İle Bağlantısı

Elektronik deliller ile diğer deliller arasında sıkı bir ilişki söz konusu olabilir. Elektronik deliller, yukarıda bahsettiğimiz çeşitli nedenler dolayısıyla tek başlarına çoğu zaman kullanılamayacaklardır. Özellikle doğrulanmaları aşamalarında uzman bilirkişi incelemesi veya bu konuda, sistemi çalıştıran bilgi işlem uzmanları gibi kişilerin tanık olarak dinlenmeleri söz konusu olabilir. Ayrıca sistemin güvenliğinin sağlanmış olup olmamasının tespiti gibi amaçlar güdülerek, ilişkili olduğu elektronik cihazların yerinde keşfine başvurulabilir. Buradaki keşif hem teknik anlamda keşif (HUMK m. 363-366), hem de özel hüküm sebepleri (HUMK m. 367) çerçevesinde olabilir.

Elektronik deliller ile ayrıca mahkeme dışı bir ikrar ispat edilebilir. Senede karşı ileri sürülen irade sakatlığı halleri her türlü delille ispat edilebildiği için (HUMK m. 293/5) bunların elektronik delillerle ispatı söz

[89] Burada kastettiğimiz, delilin uyuşmazlığa yakınlığı ve sahip olduğu temsili güç bağlamında senet gibi delillerle olan ilişkisidir. Yoksa bu delilin güvenilirlik ve ağırlığı hiç kuşkusuz senetten farklı olabilir, bu hususu değerlendirecek olan, mahkemedir.

konusu olabilir. Hukukumuz çerçevesinde elektronik delillerin diğer deliller ile olan ilişkisi aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir[90].

D. Elektronik Delil Açısından Orijinal, Kopya, Suret, Nüsha ve Örnek Kavramları

Konuya geçmeden önce konu ile ilgili kavramların tanımlanması uygun olacaktır: "Orijinal[91]", taklit olmayan, asıl; "kopya[92]", yazılı bir metnin taklidi; "örnek[93]", bir şeyin benzeri; "suret[94]", yazı veya resim kopyası; "nüsha[95]" ise birbirinin tıpkısı olan yazılı şeylerin her biri anlamına gelmektedir Örnek ve suret, hem anlamlarının yakınlığı hem de günlük hayattaki kullanımları çerçevesinde eş anlamlı olarak değerlendirilebilir[96].

Bu tanımlara göre, fiziki delillerden örnek vermek gerekirse, yazılı bir sözleşmenin kendisi orijinal, fotokopisi veya elle tekrar yazılmış hali kopya ya da suret, bir kısmının veya tamamının aynı veya başka bir şekilde ortaya konulması "örnek", bu sözleşmenin birden çok hazırlanmış (imzalanmış) olması halinde de bunların her biri "nüsha"dır. Elektronik delillerde ise bu

---

[90] Bkz. aşa. başlık § 5, C.

[91] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 1114-1115.

[92] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 898.

[93] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 1142.

[94] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 1349.

[95] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 2, s. 1095.

[96] Bu şekilde kullanım için bkz.: Erturgut, s. 40, dn. 50.

ayrımı yapmak bu kadar kolay olamamaktadır. Yukarıda elektronik delillerin niteliğinden bahsederken değindiğimiz üzere, elektronik deliller belirli bir aracın yardımı olmadan gözle görülemezler, elle tutulamazlar, diğer bir deyişle insan duyuları ile doğrudan algılanamazlar. İnsan duyuları ile doğrudan algılanamayan bir şeyin ise delil olması kural olarak düşünülemez[97].

Elektronik delillerin çeşitli görünümlerinin yukarıdaki kavramlar ile tanımlanması, bunların uyuşmazlıklarda delil olarak kullanılıp kullanılamayacaklarını, kullanılabilecekler ise nasıl ve ne oranda kullanılabileceklerini doğrudan etkilemektedir. Zira, uyuşmazlık konusu işlem veya fiil ile ilgili olan en güvenilir delil hiç kuşkusuz orijinal delildir[98]. Elektronik deliller elektronik ortamda saklanan deliller olduğuna göre, bunların elektronik ortamda saklanan hallerinin orijinal olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Fakat yine belirttiğimiz üzere sıfır ve birlerden oluşan bu veriler duyular ile doğrudan algılanamayacağına göre, bu verilerin sadece elektronik ortamdaki hallerinin orijinal sayılması, bu verilerin hiçbir zaman delil olarak kullanılamamaları sonucunu doğurabilir. Örneğin bir dijital fotoğrafın delil olarak sunulmuş olması halinde mahkeme bunun sahte olup olmadığını anlamak için orijinalinin (bilgisayar veya dijital fotoğraf makinesindeki dosyanın) sunulmasını emredebilir. Sadece elektronik ortamdaki verilerin yalın halde orijinal olarak kabul edilmesi halinde bu istek hiçbir zaman gerçekleşemeyecektir. Bu yüzden elektronik verilerin çeşitli bazı görünüm

[97] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 37.

[98] Erturgut, s. 41.

şekilleri de orijinal sayılmalıdır. Bunların başında hiç kuşkusuz ekrandaki görünümleri gelmektedir. Elektronik verilerin ekrandaki görünümleri de orijinaldir. Ancak elektronik verilerin sadece elektronik ortamda kayıtlı olan şekilleri orijinal olmadığına, bunların ekrandaki görünümleri de orijinal olarak kabul edileceğine ve bir belgenin orijinali (kavramın öz niteliğinden dolayı) tek olabileceğine göre[99], elektronik delillerle ilgili olarak "orijinal" değil, "nüsha" kavramı daha uygun olacaktır. Zira örneğin bir e-posta yoluyla sözleşme kurulduğunda, ortada tek bir elektronik belge yoktur. Gönderen kendi bilgisayarında belgeyi hazırlamakta, bu belgedeki bilgiler ağ bağlantıları yolu ile ve aynı şekilde gönderilenin bilgisayarında görülebilir hale gelmektedir. Burada bir orijinalin varlığından söz edilemez, bunların her biri birer nüsha olmaktadır[100].

"Kopya" kavramı da elektronik delillerin tanımlanmasında yetersiz kalmaktadır. Bir belgenin kopyası alındığında, bu kopya ilk belge ile tamamen aynı ise artık bunun bir kopya olduğundan bahsedemeyiz, burada kopyanın alınma durumuna göre suret veya nüshadan bahsedebiliriz. Eğer elektronik belgenin bilgisayar ortamında bir kopyası alınmış ve özetleme[101] değeri gibi

---

[99] Erturgut, s. 39; Mason **–Virtual Evidence**, s. 180.

[100] Rice (Editor), s. 193-194.

[101] Özetleme (*hash*), bir belgenin çeşitli teknik standartlar ile tekil ve kısa bir özetinin çıkarılması, bu sayede başka bir şekilde (örneğin elektronik posta ile) elde edilen belgenin o belge olup olmadığı, yani üzerinde bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespit edilebilmesine olanak sağlayan bir yoldur. Bu konuda ayrıntılı bilgi için: Ş. Sağıroğlu, M. Alkan, **Her Yönüyle Elektronik İmza**, Ankara, 2006, s. 46 vd.

çeşitli metotlarla bunların aynı olduğu doğrulanabiliyorsa, artık bir "nüsha" söz konusudur. Diğer durumlarda ise (örneğin bir resim dosyasının farklı bir formatta kaydedilmesi gibi), örnek söz konusu olacaktır. Zira bahsettiğimiz üzere elektronik delillerin mutlaka belirli yazılım ve donanımlar yardımı ile görünür hale gelebilir olmaları sebebiyle bunların çeşitli şekillerde kaydedilmesi veya kopyalanması hiçbir zaman teknik anlamda "kopya" olmayacaktır.

Asıl tartışma ise, bu elektronik belgelerinin yazıcıdan alınan çıktılarının niteliğinin ne olduğu konusundadır. Doktrinde ERTURGUT, elektronik verilerin orijinallerinin elektronik ortamda kayıtlı olması, çıktıların ise sadece bu delilleri mahkemeye göstermeye yarayan bir yardımcı araç olduklarını, bu sebeple de ancak "kopya" olarak kabul edilebileceklerini ifade etmiştir[102]. Yazar ayrıca elektronik imzalı belgeler ile diğer elektronik belgeler arasında bir ayrım yapmış, elektronik imzalı belgelerinin çıktılarının, diğer elektronik belgelerin çıktılarında farklı şekilde "örnek (suret)" olarak değerlendirilebileceklerini belirtmiştir[103]. KONURALP, bilgisayar ortamında tutulan kayıtların yazıcı çıktılarının delilin kendisi değil, bir anlamda "suret"i olduklarını ifade etmiştir[104]. AKCAN da aynı şekilde bilgisayar çıktılarını, "aslın bir örneği (sureti)" olarak tanımlamıştır[105].

---

[102] Erturgut, s. 39-40, 43 vd.

[103] Erturgut, s. 40, dn. 50, ayrıca s. 48.

[104] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 37.

[105] , R. Akcan, "Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği", **SÜHFD**, 2001, C. 9, S. 1-2, s. 163.

Elektronik belgelerin çıktılarının tek başlarına delil olarak kabul edilip edilemeyeceği konusu, pozitif hukukumuzdaki mevcut kavramlar ve kurumların yetersiz kalması nedeniyle, bu konuda yeni düzenlemeler getirilmediği takdirde uygulamada sorun çıkaracak türdendir. Çıktıların delil olamayacağı görüşü, büyük ölçüde bunların doğrulanamayacağı temeline dayanmaktadır. Ancak bir delilin doğrulanabilir olup olmaması kanımızca bu delilin teknik anlamda delil olabilme niteliğine halel getirmez (örneğin bir tanık ifadesinin doğrulanabilmesi gerekmez, bunu hâkim değerlendirir). Yazıcı çıktıları, elektronik ortamdaki belgelerin birer suretidir. Hukukumuzda (medeni usulde) belgelerle ilgili olarak sadece senet düzenlendiği ve senetler de öz nitelikleri gereği çoğu zaman basit bir inceleme ile doğrulanabilir oldukları için, bu özellik, bir olmazsa olmaz olarak kabul edilmektedir. Senet dışındaki belgeler, sadece özel hüküm sebepleri veya keşif hükümleri çerçevesinde ve kesin delille ispatı gerekmeyen uyuşmazlıkların çözümünde incelenebilmekte ya da bazı özellikleri taşıdıkları taktirde yazılı delil başlangıcı olabilmektedirler. Kanımızca bir delilin doğrulanabilirlik özelliğinin önemi, bu delilin doğruluğunun çekişmeli olduğu hallerdedir. Nasıl adi senetlerde imaya itiraz olmadığı takdirde mahkeme re'sen bunu inceleme konusu yapmıyorsa, bilgisayar çıktılarının doğru olmadığı yönünde bir itiraz olmadığı takdirde bunların delil olarak kullanılması mümkün olabilmelidir. Ancak bu konudaki tereddütlerin önüne geçebilmek için, bu yönde bir yasal düzenleme yapılması uygun olur[106].

[106] HMK Tasarısının belgelerin ibrazını düzenleyen 225. maddesinde, elektronik belgelerin belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye

ABD Federal Delil Kanununun 1002. maddesine göre, bir belge, kayıt veya fotoğrafın içeriğinin ispat edilebilmesi için, bu belge, kayıt veya fotoğrafın orijinaline ihtiyaç vardır[107]. Yine aynı Kanunun 1001. maddesine göre ise, bir bilgisayar veya benzeri cihazda saklanan verilerin doğru şekilde yansıtılmasını sağlayan çıktılar veya gözle görülebilen diğer şekiller "orijinal" olarak kabul edilir. Görüldüğü üzere ABD yargılama hukukunda pozitif düzenleme ile bu tereddüdün önüne geçilmiş, çıktıların da orijinal olarak kabul edilerek yargılamaya getirilmesi sağlanmıştır. Ayrıca aynı maddede tanımlanmış olan "nüsha" (*duplicate*) kavramının içerisine, elektronik kayıtlar da eklenerek, yukarıda belirttiğimiz şekilde elektronik verilerden alınan kopyaların nüsha olacağı belirtilmiş ve nüshalara bağlanan sonuçlar, elektronik belgelere de bağlanmıştır. Benzer şekilde İngiliz Hukukunda, "belge" (*document*) tanımının içerisine elektronik belgeler de dâhil edilmiştir (*Civil Procedure Rules* –Hukuk Usulü Kanunu r. 31.4). Bu tanımın içerisine bilgisayar çıktıları da dâhildir[108]. Kanada Federal Delil Kanununun 31.8 maddesinde de, hem elektronik belge tanımının içerisine yazıcı çıktıları dâhil

---

elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edileceği düzenlenmiştir. Bu madde her ne kadar belgelerin ibrazı zorunluluğu açısından düzenlenmiş olsa da, maddenin tarafların her türlü delil sunma faaliyeti hakkında geçerli olmaması için bir neden kanımızca bulunmamaktadır.

[107] Bu ihtiyaç, "en uygun delil" (*best evidence*) kuralının bir yansımasıdır. Bkz. aşa. başlık § 5, B, II, 2.

[108] Rose (Editor-in-Chief), s. 649.

edilmiş, hem de 31.2 maddesinde bilgisayar çıktılarının en uygun delil (*best evidence*) şartını (belirli koşullar çerçevesinde) sağladığı düzenlenmiştir.

Ancak bütün bu durumlar çıktıların elektronik belgeleri doğru ve tam bir şekilde karşıladığı haller açısından geçerli olacaktır[109]. Aksi takdirde bu çıktıların elektronik ortamdaki orijinallerinin teknik olarak incelenmesi gerekecektir. Zira elektronik ortamdaki veriler, çıktılara yansımayan unsurları da içerebilirler[110]. Ayrıca bu bahsettiklerimiz elektronik delillerin sadece kabul edilebilirliği (*admissibility*) açısından geçerlidir. Bu delillerin delil değeri ise sahip oldukları tüm niteliklere göre değişecektir[111].

Elektronik deliller konusunda klasik tanımlar ve kurallar içerisine sıkışmak, bu delillere hiçbir zaman başvuramama tehlikesini de beraberinde getirir. Bu şekilde kişilerin haklarını aramaları kısıtlanabileceği için, hukuki dinlenilme hakkının, bu sebeple de adil yargılanma ilkesinin ihlali söz konusu olacaktır; zira ispat hakkı ve delil gösterme hakkı, hukuki dinlenilme hakkının

---

[109] Erturgut, s. 47, dn. 78.

[110] Sgarlata Chung, Byer, s. 188; Robins, s. 414; Rice (Editor), s. 18; Ayrıca bkz. yuk. başlık § 3, B.

[111] Delillerin kabul edilebilirliği bir "hukuk" meselesi, delillerin ağırlığı ise bir "vakıa" meselesidir. Bu sebeple jürili yargılamalarda birincisini hâkim, ikincisini jüri değerlendirecek, temyiz incelemesinde birincisi incelemeye dâhil olacak, ikincisi ise büyük oranda incelemenin dışında kalacaktır. Ayrıca birincisi büyük ölçüde usul hukukunu, ikincisi ise büyük ölçüde maddi hukuku ilgilendiren bir husustur (Strong, (General Editor), s. 82 vd.; Graham, 3 vd., 54 vd.; C.B. Mueller, L.C.Kirkpatrick, **Evidence**, 2nd Edition, New York, Aspen, 1999, s. 4 vd., 113 vd. Ayrıca bkz. aşa. başlık § 5, A.).

ayrılmaz bir parçasını oluştururlar[112]. Elektronik delillerin diğer delillerden farklı olması, elektronik delillerin kısmen de olsa mutlaka pozitif hukuk tarafından ayrıca düzenlenmeleri gereğini doğurmaktadır.

[112] M. Özekes, **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003, s. 125; R. Akcan, **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara, 1999, s. 98.

İKİNCİ BÖLÜM

HUKUK YARGILAMASINDA ELEKTRONİK VERİ VE ELEKTRONİK DELİLLER

§ 4. ELEKTRONİK DELİLLERİN HAZIRLANMASI VE SUNULMASI AŞAMASI

A. Hukuk Yargılamasında Elektronik Delillere Başvurma İhtiyacı

I. Verilerin Elektronik Ortamda Saklanması ve Ticari Kayıtlar (Defterler)

Elektronik delillere sadece elektronik ticaret gibi doğrudan doğruya teknolojiden doğan veya teknoloji ile doğrudan bağlantılı olan uyuşmazlıklarda ihtiyaç duyulmamaktadır. Günümüzde hem iş hayatında hem de günlük hayatta pek çok bilgi, bilgisayar veya benzeri elektronik cihazlarda oluşturulduğu ve saklandığı için, elektronik delillere her tür uyuşmazlıkta rastlanılabilir. Özellikle ABD Hukukunda elektronik delillerin ortaya çıkışı ve ilk kullanılmaları bu yönde olmuştur[113]. Elektronik delillere başvurmanın en çok rastlandığı ve ihtiyaç duyulduğu uyuşmazlıklar ticari sırların çalınması, ayrımcılık[114], dolandırıcılık, bilgilerin çalınması, (özellikle boşanma vb. durumlarda) mal gizleme ve hile ile ilgili olmuştur[115].

---

[113] Stucker, s. 467.

[114] Bu yöndeki uyuşmazlıklar, konu ile ilgili tartışmalı hususlara katkıları açısından da büyük önem arz etmektedirler. Örneğin uygulamada elektronik

Elektronik delillere başvurma ihtiyacı, şekil açısından farklılık gösterebilir: Bir tarafın elindeki elektronik verilerin uyuşmazlığın çözümü açısından diğer deliller gibi doğrudan doğruya delil değerleri olabilir. Ayrıca tarafın henüz elinde olmamakla birlikte, karşı tarafın bilgisayarında veya diğer elektronik cihazlarında yapılmasını istediği inceleme sonunda ele geçirilebilecek deliller söz konusu olabilir[116]. Hukuki fiillerden (özellikle haksız fiilden) doğan davalarda da elektronik deliller önemli olabilir. Günümüzde güvenlik amacıyla yerleştirilen kameralar, günde yirmi dört saat kayıt yaparak izledikleri alanda gerçekleşen her türlü hareketi kaydetmektedirler. Bu kameraların yaptıkları kayıtların, örneğin trafik kazası gibi haksız fiilden doğan bir davada, delil olarak kullanılabilmeleri mümkündür. Bu konuda özellikle, belediyelerin ve emniyet birimlerinin yerleştirdikleri MOBESE kameraları, hem güvenilirlikleri, hem de kapsama alanları açısından çok değerli elektronik deliller oluşturabilirler[117]. Bunlar dışında özelikle Anglo-

---

delil toplanmasındaki giderlerin nasıl karşılanması gerektiği konusundaki tartışmalar, iki önemli davada, *Rowe v. William Morris Agency Inc.* (205 FRD 421) ve *Zubulake v. UBS Warburg LLC.* (217 FRD 309)'de ortaya konulan ilkeler ile büyük oranda çözülmüştür: Bkz. aşa. başlık § 4, E, III.

[115] Stucker, s. 467.

[116] M.D. Robins, "Computers and the Discovery of Evidence –A New Dimension to Civil Procedure", **The John Marshall Journal of Computer and Information Law**, Volume XVII, 1999, s. 428.

[117] Bu kayıtların kullanılabilirliği konusunda ise sınır, Anayasa tarafından da güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliği, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, kişi dokunulmazlığı gibi temel hak ve özgürlüklerin çiğnenmemiş olmasıdır. Aksi halde bu deliller, hukuka aykırı yollardan

Amerikan Hukuk Yargılamasında önemli olmakla birlikte, bilirkişilerin verecekleri raporlarda elektronik araçlardan yararlanmış olmaları halinde (örneğin hesap vb.) bu araçların da delil olarak yargılamaya getirilmesi ya da davaya hazırlık aşamasında (bilhassa delillerin ilk ortaya çıkarılması aşamasında) elektronik delillere ihtiyaç duyulması da söz konusu olabilir[118].

Tacirlerin hem ticaret hukuku, hem de vergi hukuku çerçevesinde tutmaları gereken ticari defterlerin elektronik ortamda tutulup tutulamayacağı ise hukukumuzda henüz tam olarak açıklığa kavuşmuş değildir. Uygulamada her ne kadar defterlerin elektronik ortamda tutulduğu görülse de, TTK'nun defter tutma mükellefiyetini düzenleyen 66 vd. maddelerinin lafzının buna pek müsait olmadığı kanısındayız[119]. Ticari defterler konusundaki diğer kaynak olan Vergi Usul Kanununda da defter tutma usulleri ile ilgili çeşitli hükümler

---

toplanmış olarak değerlendirilip mahkeme tarafından kabul edilmemelidir (Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 32).

[118] Robins, s. 428.

[119] S. Arkan, **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskıdan Onikinci Tıpkı Basım, Ankara, 2008, s. 324; A. Battal, **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2005, s. 217-218. H. Ülgen, Ö. Teoman, M. Helvacı, A. Kendigelen, A. Kaya, F. Nomer Ertan, **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 482. Ancak belirtmek gerekir ki TTK'nun işletme ile ilgili belge vs. saklama yükümlülüğünü düzenleyen 66. maddesinin son fıkrasında "kopya defteri" tutma zorunluluğu olmadığı için, bu belge vs.'nin elektronik ortamda tutulmasında bir sakınca bulunmamaktadır. Aynı şekilde VUK. da (m. 242) buna cevaz vermektedir (R. Poroy, H. Yasaman, **Ticari İşletme Hukuku,** Güncelleştirilmiş 7. Bası, İstanbul, 1995, s. 147). Karş.: TTK Tasarısı m. 64/2.

bulunmaktadır (m. 215 vd.). VUK'nun 2001 yılında eklenen ve 2008 yılında değişikliğe uğrayan mükerrer 242. maddesinin 2. bendine göre:

> *"Elektronik defter, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerde yer alması gereken bilgileri kapsayan elektronik kayıtlar bütünüdür. … Bu Kanunda ve diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümler elektronik defter, kayıt ve belgeler için de geçerlidir. Maliye Bakanlığı, elektronik defter, belge ve kayıtlar için diğer defter, belge ve kayıtlara ilişkin usul ve esaslardan farklı usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir.*
>
> *Maliye Bakanlığı; elektronik defter, belge ve kayıtların oluşturulması, kaydedilmesi, iletilmesi, muhafaza ve ibrazı ile defter ve belgelerin elektronik ortamda tutulması ve düzenlenmesi uygulamasına ilişkin usul ve esasları belirlemeye, elektronik ortamda tutulmasına ve düzenlenmesine izin verilen defter ve belgelerde yer alması gereken bilgileri internet de dâhil olmak üzere her türlü elektronik bilgi iletişim araç ve ortamında Maliye Bakanlığına veya Maliye Bakanlığının gözetim ve denetimine tabi olup, kuruluşu, faaliyetleri, çalışma ve denetim esasları Bakanlar Kurulunca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenecek olan özel hukuk tüzel kişiliğini haiz bir şirkete aktarma zorunluluğu getirmeye, bilgi aktarımında uyulacak format ve standartlar ile uygulamaya ilişkin usul ve esasları tespit etmeye, bu Kanun kapsamına giren işlemlerde*

elektronik imza kullanım usul ve esaslarını düzenlemeye ve denetlemeye yetkilidir…"

Maliye Bakanlığı, kanundan aldığı yetkiye dayanarak 361 sıra nolu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliğini hazırlamış, tebliğ 11 Temmuz 2006 yılında Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir[120]. Maliye Bakanlığı aynı konu ile ilgili olarak ayrıca bir "Muhasebe Sistemi Uygulama Genel Tebliğ Taslağı" da hazırlamıştır[121]. Bu tebliğler ile elektronik defter ve diğer elektronik belgelerin tutulmasına ilişin esaslar ayrıntılı olarak düzenlenmektedir[122].

Bu çalışmanın hazırlandığı sırada TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmekte olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısının 64. maddesinin 2. bendinde, tacirin, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, mikrofiş, bilgisayar kaydı veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklamakla yükümlü olduğu, üçüncü bendinde de Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa bunun şekli ve esasları Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirleneceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere kanun koyucu ticari defterlerin

---

120 http://www.resmi-gazete.org/sayi/9210/vergi-usul-kanunu-genel-tebligi-sira-no-361.html

121 http://www.gib.gov.tr/index.php?id=1028

122 Ş. Kızılot, E-İmza, "E-Fatura ve E-Ticari Defterler", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006**, Cilt IV, Ankara, 2006, s. 181 vd.

tutulmasındaki tekniği gelişen teknolojiye bağlı olarak muhasebe standartlarına ilişkilendirmiş, bu yöndeki asıl düzenlemenin VUK olacağını sonuca bağlamıştır. VUK ve bağlantılı düzenlemelerin yanında, TTK Tasarısının da yasalaşması ile, ticari defterlerin elektronik ortamda tutulabilmesinin önünde her hangi bir tereddüt ve engel kalmayacaktır.

Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulabiliyor olması, konumuz açısından çok büyük önem taşımaktadır. Zira TTK'nun 82-86. Maddeleri arasında "Ticari Defterlerin İspat Kuvveti" başlığı altında düzenlenen esaslara göre ticari defterler, sahibinin hem aleyhinde, hem de lehinde delil olarak kullanılabilirler. Kanun bunlara açık olarak delil sıfatı yüklediği ve şartlarını düzenlediği için, bunların elektronik ortamda tutulmuş olmaları halinde elektronik delillere başvurma söz konusu olacaktır. Bu konuya aşağıda daha ayrıntılı olarak değinilecektir[123].

II. Elektronik Ödeme Sistemleri, Elektronik Ticaret ve Bunlardan Doğan Uyuşmazlıklar

Yukarıda giriş bölümünde de ifade ettiğimiz üzere elektronik ticaret, dünyada olduğu gibi ülkemizde de çok büyük boyutlara ulaşmıştır. Ancak elektronik ticaretin tarafların bir araya geldiği, ya da en azından kâğıt üzerinde yazıştığı geleneksel ticaretten büyük farkları olduğu aşikârdır. Elektronik ticaret, sayısız kolaylığın yanında, hukukçuların çözmesi gereken bazı problemleri de beraberinde getirmektedir. Elektronik ticaretin niteliğinin

[123] Bkz. aşa. başlık § 4, C.

bu denli farklı olması, hakkında özel düzenlemeler yapılmasını da kaçınılmaz hale getirmektedir.

Elektronik ticaret, bilgisayar, cep telefonu gibi elektronik cihazlar yardımıyla internet gibi ortamların kullanılması yoluyla yapılan ticarettir. Tıpkı elektronik delil kavramında olduğu gibi elektronik ticaret başlı başına bir ticaret türünü değil, yapılan ticarete elektronik unsurların dâhil olduğunu, bu sebeple de farklı kuralların uygulanabileceğini ifade etmektedir. Elektronik ticarete, geleneksel ticarette olduğu gibi fiziksel malların (ürünlerin) yanı sıra, sadece elektronik ortamda var olan yazılım vb. gibi fiziksel olmayan mallar (ürünler) da konu olabilir. İkinci tür işlemlerde tüm unsurlar elektronik ortamda gerçekleşebilirken, birinci tür işlemlerde elektronik ortam bir aracı olmakta, malın teslimi elektronik ortamın dışında, gerçek dünyada gerçekleşmektedir[124]. Elektronik ticaret tacirler arasında, tacirlerle tüketiciler arasında ya da tacir veya tüketici sıfatı taşımayan kişiler arasında gerçekleşebilir[125]. Elektronik ticaret konusunda yapılmış tektip özel bir düzenleme olmadığı için, elektronik şekilde gerçekleşen işlemlerin

---

[124] H. Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemelerin Tespiti**, İstanbul, Vedat, 2003; s. 26.

[125] Bazı yazarlar bunun dışında tacirler veya diğer kişilerle idare arasındaki (idare yetkisinden doğan) işlemleri de saymaktadır, ancak bu husus idare hukukunun konusunu oluşturduğu için bu işlemlere değinmiyoruz. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: A.S. Arıkan, "Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler", **Noterlik Hukuku Sempozyumu VII: Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Ankara, 2001, s. 22 vd.; Özdemir Kocasakal, s. 34.

uygulanacağı hükümler büyük ölçüde hangi taraflar arasında gerçekleştirildiğine göre belirlenecektir. Tacirler arasındaki işlemlerde ticaret hukuku, tacirler ile tüketiciler arasındaki işlemlerde tüketici hukuku, diğer işlemlerde ise borçlar hukuku büyük ölçüde temel olacaktır.

Elektronik ticaretle bağlantılı diğer bir konu, elektronik sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmeler, yapılmasında elektronik ortamlardan, büyük oranda da internetten yararlanılan sözleşmelerdir. Elektronik sözleşmelerin nitelik veya konu olarak diğer sözleşmelerden bir farkı yoktur, tek fark bunların kuruluşunun bir elektronik ortamda olmasıdır[126]. Bu sözleşmeler de haklar ve yükümlülükler aşısından tıpkı diğer sözleşmeler gibi değerlendirilmelidir, sadece ispatı gibi özel durumlarda (kendilerine has koşulları sebebiyle) farklı bazı hükümlere ya da uygulamalara ihtiyaç duyulabilir. Hukukumuzda BK m. 11 çerçevesinde sözleşme serbestisi ilkesi uygulandığı için[127], kanunun özel bir şekil şartı (adi yazılı veya resmi şekil –BK m. 11 f. 2) aramadığı durumlarda, sözleşmeler elektronik olarak gerçekleştirilebilir. Görüldüğü üzere elektronik sözleşmeler, başlı başına bir sözleşme türü değil, sözleşmenin kurulmasında ortak bir niteliği (elektronik ortamda yapılma) taşıyan sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler yine dâhil oldukları sözleşme türüne göre değerlendirilecekler (örneğin satım sözleşmesi), bununla birlikte

---

[126] Falcıoğlu, s. 61-62.

[127] F. Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1**, Gözden Geçirilmiş 6. Bası, İstanbul, 1998, s. 247; H. Altaş, **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, 1998, s. 47 vd.; A. Tuğ, **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Baskı, Konya, 1994, s. 9.

elektronik olmaları sebebiyle, elektronik olma nitelikleri ile bağlantılı bazı hususların da göz önüne alınması söz konusu olabilecektir. Elektronik sözleşmeler nitelik olarak diğer sözleşmelerden farklı olmadıkları için kurulmaları da aynı şekilde olmaktadır. Her sözleşmede olduğu gibi en az iki tarafın var olması, bu iki tarafın uyumlu iradelerinin (icap ve kabul) belli şekilde bir araya gelmesi ile sözleşme kurulur. Burada diğer sözleşmelerden farklı olarak icap ve kabul elektronik ortamda gerçekleşmektedir ve kabulün ulaşması ile sözleşme elektronik ortamda kurulmuş olmaktadır[128]. İcap ve kabul beyanlarının gerçekleşip gerçekleşmediği, kapsamlarının ne olduğu, doğru ve/veya geçerli olup olmadıkları, bağlayıcı olup olmadıkları ya da ne kadar bağlayıcı oldukları, elektronik sözleşmelerin hukuki değerlendirmesinde çözülmesi gereken en önemli problemleri oluşturmaktadırlar[129].

Elektronik ticaret ve elektronik sözleşmeler bir taraftan hayatı kolaylaştırırken diğer taraftan hukukun ve hukukçuların işini zorlaştırmaktadır. Uyuşmazlıkların çözümünde, sadece tarafların elindeki deliller çoğu zaman yeterlidir. İstisnai bazı hallerde ise, örneğin taşınmaz satımında veya banka havalesinde, üçüncü kişilerin elindeki delillere de uyuşmazlığın çözümünde başvurulabilmektedir. Elektronik ticaretten doğan uyuşmazlıklarda ise istisna

---

[128] E. Özsunay, "Uluslararası Çalışmaların ve Bazı Ulusal Düzenlemelerin Işığında Elektronik Ticaret ve E-Sözleşmelerin Temel Sorunları", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu** 2001, İzmir, 2002, s. 132-133; G. Öngören, **İnternet Hukuku**, İstanbul, 2006, s. 93-94.

[129] Bu konular hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, s. 130 vd, Falcıoğlu, s. 61 vd.; Öngören, s. 94 vd.

kural haline gelmektedir. Çünkü bu tarz uyuşmazlıklarda mutlaka en az bir üçüncü kişi (örneğin banka veya internet servis sağlayıcı) olacaktır. Ayrıca bu üçüncü kişinin sayısı, elektronik ticaretin doğası gereği zaman zaman artmaktadır. Tacir olmayan iki kişinin bir taşınır satım sözleşmesi yapması durumunda çıkacak olan uyuşmazlıkta, kural olarak iki tarafın elindeki deliller (örneğin senet) yeterli olmaktadır. Bu iki kişinin aynı sözleşmeyi elektronik ticaret yolu ile yapmış olmaları halinde ise sözleşme ve çıkacak uyuşmazlığın çözümü bambaşka bir boyut kazanmakta, ilk haldekinden daha karmaşık bir şekilde olmaktadır. Bir satıcının, "gittigidiyor.com" veya "hemalhemsat.com" gibi aracı internet siteleri yoluyla bir alıcıya taşınır bir mal sattığı örneğinden hareketle:

Bu tarz aracı firmalar sadece ilan duyurmak amaçlı değil, satıma doğrudan aracı olmak için kurulmuşlardır. Bu tarz firmaların çalışma sistemine göre, satıcı ürünü aracı firmanın internet sitesinde listeler (yani ürünün özelliklerini, fiyatını vb. ilan eder), ürünü beğenen alıcı açık arttırma veya doğrudan satış ile ürünü satın aldıktan sonra bedeli aracı firmaya öder. Satıcı ödeme üzerine ürünü kargo ile gönderir, alıcı ürünü alıp inceler, bir problem yoksa onay verir. Aracı firma da kendi komisyonunu keserek satıcının hesabına parayı gönderir[130]. Firma ile taraflar arasındaki hukuki ilişki, ücret alınıp alınmamasına göre tellallık veya vekâlet ilişkisi olabilir[131]. Basit bir satım sözleşmesi bu kadar karmaşık bir hal aldığı için, bir

[130] Z. Şenocak, "İnternette Kurulan Açık Arttırma İle Satım Sözleşmesi", **AÜHFD,** 2001**,** Cilt 50, S. 3, s. 94-95.

[131] Şenocak, s. 101-105.

uyuşmazlık çıktığı takdirde (örneğin malın ayıplı olması gibi), alıcı ve satıcı, yani açılacak davanın muhtemel tarafları dışında, uyuşmazlığa konu olan sözleşmenin hazırlanması ve yerine getirilmesinde aracı olan, dolayısıyla ellerindeki kayıtlara ihtiyaç duyulabilecek çok sayıda üçüncü kişinin olması ihtimali bulunmaktadır. Bu üçüncü kişiler; sözleşmenin kurulmasında aracı olan firma, firmanın içeriğini kendi sunucularında saklamadığı durumlarda bu saklama hizmetini yürüten bilişim firması, firmanın alan adını aldığı kuruluş, alıcıya kredi kartı hizmeti sunan banka, para önce aracı firmanın hesabına geçtiği için aracı firmanın hesabının olduğu banka, satıcının hesabının olduğu banka, bu para transferleri sırasında problem çıkmış olması halinde Bankalararası Kart Merkezi (BKM.), işlemde taraflar elektronik imza kullanmışlarsa elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, alıcı ve satıcının internet servis sağlayıcıları, bunlar işyeri veya okul gibi çok sayıda bilgisayarın olduğu yerlerde bu işlemleri gerçekleştirmişlerse söz konusu işverenler, okul vb. ve ürünü taşıyan kargo firması olabilir. Ayrıca herhangi somut bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın konusu olan vakıaların niteliğine göre, bu sayılanlardan başka kişilere de başvurma ihtiyacı söz konusu olabilir. Ayrıca bu verdiğimiz örnek Türkiye dâhilinde gerçekleşmiş bir işlemdir. Benzeri bir işlemin "ebay.com" gibi uluslararası bir firma aracılığı ile gerçekleşmiş olması halinde, ihtiyaç duyulabilecek üçüncü kişilerin sayısı daha da artmaktadır. Unutulmamalıdır ki, elektronik ticaret bilgisayarının başında oturan sıradan kişilere bile uluslararası işlemler gerçekleştirme imkânı tanımaktadır. Elektronik ticaret bu yönüyle de hukuka ve hukukçulara yeni problemler sunmaktadır.

Son olarak elektronik ödeme sistemlerine değinmekte fayda vardır. Bir sözleşme geleneksel yolla yapılmış olsa dahi, bu sözleşmenin unsurlarından birisi olan ödeme, elektronik bir yolla gerçekleştirilebilir. Elektronik ödeme sistemleri, internetten yapılan alışverişlerin yanında, alınan bir ürünün veya hizmetin bedelinin kredi kartıyla, banka kartıyla, elektronik havale ile, elektronik fon transferi[132] veya benzeri şekilde ödenmesi durumunda söz konusu olmaktadır[133]. Elektronik ödeme sistemlerinde sözleşmeye en az bir taraf unsuru daha getirilmektedir. Bu kişiler veya kuruluşlar sözleşmenin doğrudan tarafı olmasalar da, sözleşmenin ifasında aracı olmaktadırlar. Kredi kartı veya banka kartı ile ödemede bankaların ve Bankalararası Kart Merkezi'nin devreye girmesi söz konusu olurken, "PayPal.com[134]" gibi internet üzerinden yapılan ödemelerde hem banka hem de PayPal'in aracı olması söz konusu olmaktadır. Elektronik ödeme sistemleri, hukuki ilişinin ispatına yukarıdaki şekillerde zorluk getirdiği gibi, aynı zamanda bazı kolaylıklar da sunabilmektedir. Ödeme sistemlerinin aracısı olan banka vb. gibi kuruluşlar sözleşmeye taraf olmadıkları ve her iki

---

[132] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 85 vd.

[133] L. Keser-Berber, **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, Ankara, 2002, s. 33 vd.

[134] PayPal, eBay firmasının sahip olduğu bir elektronik ticaret firmasıdır. İnternet üzerinden yapılan alışverişlerde alıcı kendi kredi kartı veya banka hesabı ile PayPal'e ödeme yapmakta, PayPal de bu ödemeyi satıcının hesabına aktarmaktadır. Böylece alıcı ve satıcı arasında doğrudan bir para alışverişi olmamaktadır. Bu sebeple olası bir uyuşmazlıkta ödemenin ispatı gerektiğinde, PayPal'in tuttuğu kayıtların uyuşmazlığa getirilmesi gerekebilir.

taraf açısından da üçüncü kişi oldukları için, bunların elindeki kayıtlara başvurulması ve bunların uyuşmazlıkta ispat aracı olarak kullanılabilmesi, uyuşmazlığın çözümünde önemli bir rol oynayabilir. Elektronik uyuşmazlıklarda büyük ölçüde senet olmayacağı ve taraflar kendi delillerini getirecekleri için, kural olarak tarafsız olan bu üçüncü kişilerin ellerindeki delillerin, mahkeme tarafından daha güvenilir olarak kabul edilmesi mümkün olabilir.

III. Elektronik İmza

Hukuk sistemimize 2004 yılında 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu ile girmiş olan elektronik imza, yaklaşık on beş yıldır çeşitli hukuk düzenleri tarafından tanınmış ve ona çeşitli hukuki sonuçlar bağlanmıştır[135]. Elektronik imza, bir kişinin biyometrik, elektronik kalem veya dijital şifreleme gibi çeşitli metotlarla oluşturduğu sanal kimlik bilgisidir[136]. Elektronik imza, çeşitli

[135] Elektronik imza konusunda 2009 yılı itibariyle düzenleme yapmış olan ülkeler, ulaşabildiğimiz kadarıyla, Avusturya, Belçika, Bulgaristan, Hırvatistan, Güney Kıbrıs, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Estonya, Finlandiya, Fransa, Almanya, Yunanistan, Macaristan, İrlanda, İtalya, Letonya, Lihtenştayn, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İspanya, İsveç, Slovakya, Slovenya, Birleşik Krallık, Norveç, Rusya, İsviçre, Kanada, ABD, Arjantin, Brezilya, Şili, Peru, Uruguay, Venezüella, Çin Halk Cumhuriyeti, Tayland, Vietnam, Birleşik Arap Emirlikleri, Hindistan, Japonya, Malezya, Yeni Zelanda, Avustralya ve Türkiye'dir.

[136] Erturgut, s. 54; S. Mason, "Electronic Signatures: The Evidential Issues Relating To Electronic Signatures", **Computer Law and Security Report**,

teknolojileri içerisinde barındıran bir üst kavramdır. Elektronik imza, retina taraması, parmak izi gibi her bir kişiye özel olan niteliklerin kullanılması yoluyla biyometrik şekilde yapılabileceği gibi, sadece kişinin bilebileceği şifre vb. gibi yazılım veya elektronik kart, usb bellek gibi donanım araçlarının kullanılması yoluyla gerçekleştirilebilir. Elektronik imzanın ayrıca, el yazısının tarayıcı yardımıyla bilgisayara aktarılması veya elektronik bir kalem vasıtasıyla doğrudan cihaza imza atılması yoluyla veya çift anahtarlı kriptografiyle oluşturulmuş teknik yoluyla oluşturulması da söz konusu olabilir[137]. Bu son metoda aynı zamanda dijital imza[138] veya gelişmiş

Volume 18, No 3, 2002, (Kısaltması: Mason **-Evidential Issues**), s. 176; L.C. Ching, "Electronic Signatures: A Comparison of American and European Legislation", **Hastings International and Comparative Law Review**, Volume 25, 2000-2001, s. 199.

[137] Erturgut, s. 54; A. Barofsky, "The European Commission's Directive on Electronic Signatures: Technological Favoritism Towards Digital Signatures", **Boston College International and Comparative Law Review,** Volume 24, 2000-2001, s.1150-151; J.S. Hiller, R. Cohen, **Internet Law and Policy**, New Jersey, Prentice Hall, 2002, s. 189-190; W.B. Baker, T.C. Brightbill, M.E. Maher, "Contracting and Selling in Cyberspace", **Briefly**, Volume 4, No. 12, December 2000, s. 5-6; T.J. Smedinghoff, "Digital Signatures: The Key to Secure Internet Commerce", **Third Annual Conference Online and Internet Law 1998**, Glasser, 1998, s. 13-14; Keser-Berber -**Elektronik Para ve Dijital İmza**, s. 28 vd.

[138] Erturgut, s. 54; Z. Şenocak, "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **AÜHFD**, 2001, C. 50, 2001/2, s. 98-99; Barofsky, s. 150.

elektronik imza[139] da denilmektedir. 5070 sayılı Kanun da asıl olarak bu tarz elektronik imzayı düzenlemiştir. Elektronik imza ve dijital imza kavramları zaman zaman birbirlerinin yerine kullanılsa da, bahsettiğimiz üzere dijital imza, elektronik imzanın bir türünü oluşturmaktadır.

Elektronik imzaya, elektronik verilerin kim tarafından yaratıldığı, bu bilgilerin tam ve bütün olup olmadığı veya değişikliğe uğrayıp uğramadıklarının tespiti ile inkâr edilmelerinin önüne geçilmesi isteği nedenleri ile ihtiyaç duyulmaktadır[140]. Elektronik imzalı belgelerde, gerçek imzalı belgelerin aksine belgeyi kimin imzaladığı kesin olarak belirlenemez. Elektronik imza düzenlemeleri ile bu aidiyet konusundaki delillerin yeterliliğinin tespiti yapılmaktadır[141]. Mahkeme, gerekli şartların var olduğunu tespit etmesi halinde, bu belgenin o kişi tarafından hazırlandığını var saymaktadır. Elektronik imza kullanılmasında doğrulamanın tamamen elektronik ortamda gerçekleşmiş olması, bu sebeple de geride gerçek bir iz kalmaması sebebiyle, imzayı atanın gerçekten iddia edilen kişi olup olmadığı tam olarak bilinemez. Şifre çalınmış olabilir, kişiye özel bilgiler öğrenilmiş olabilir, hatta biyometrik özellikli imzada yazılım veya donanımda oynama yapılması suretiyle imza atılmış gibi gösterilebilir. Fakat güvensizliğin önüne geçilebilmesi için elektronik imza şekillerinin güvenilirliğinin ve müdahaleye olan duyarlılıklarının derecelerine göre bunların gerçekleştirilmiş olarak kabul edilmeleri gerekmektedir. Aksi halde hiç bir elektronik verinin delil

[139] Ching, s. 221.

[140] Erturgut, s. 55; Mason **-Evidential Issues**, s. 175.

[141] Mason -**Evidential Issues**, s 178; Erturgut, s. 71.

olamayacağı sonucu çıkar ki bu da hukuk düzeni açısından, özellikle de özel hukuk uyuşmazlıkları açısından kabul edilemez. Bu derecenin ne kadar yüksek olması gerektiği, hukuk sistemlerine ve uyuşmazlığın türüne göre farklılık gösterecektir.

Elektronik imza konusunda ilk düzenlemeyi yapan ABD'nin Utah Eyaleti, 1995 tarihli Dijital İmza Kanunu ile dijital imzayı tanımış ve kriptografik teknolojiyi güvenlik gerekçesi ile gerekli kılmıştır. Hemen ardından gelen California Eyaleti ise "teknoloji-yansız" bir düzenleme yapmış, diğer eyaletler de California'yı örnek alarak ABD Hukukunun elektronik imzalar konusundaki genel çizgisini belirlemişlerdir[142]. ABD Federal Devleti, Tektip Elektronik İşlem Kanununun (UETA) eyaletler tarafından benimsenmesi amacını da güderek 2000 yılında Federal Elektronik İmza Kanununu çıkarmış ve yürürlüğe sokmuştur. Bu kanunun uygulama alanı, uluslararası veya eyaletlerarası ticarete dâhil olan ya da etkileyen her türlü hukuki işlemlerdir (*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act* –ESIGN, m. 101(a)). Kanuna göre bir imzanın, sözleşmenin veya hukuki işleme ait diğer bir kaydın hukuki geçerliliğine, bağlayıcılığına veya icra edilebilirliğine, sırf elektronik ortamda olduğu gerekçesiyle halel getirilemez. Aynı şekilde bir sözleşmenin hukuki geçerliliğine, bağlayıcılığına veya icra edilebilirliğine imza edilmesinde sırf elektronik imza kullanılmış olması sebebiyle halel getirilemez (ESIGN m. 101 (a)(1) ve (2)). Görüldüğü üzere

---

[142] Ching, s. 203; T. J. Smedinghoff, R.H. Bro, **Electronic Signature Legislation**, http://library.findlaw.com/1999/Jan/1/241481.html, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008)

ABD Kanun Koyucusu, son derece basit, temel ve teknoloji-yansız bir düzenleme ile elektronik imzayı kabul etmiştir. Ancak bu kanunun bir usul kanunu olmadığı, maddi hukuka ilişkin bir kanun olduğu unutulmamalıdır. Bu düzenlemeler söz konusu hukuki işlemlerin geçerlilikleri açısından yapılmıştır, ispat faaliyeti yine ispat hukuku (FRCP ve FRE'ın ilgili hükümleri) çerçevesinde olacaktır. Kanunda ayrıca tüketicinin korunması ve elektronik imza ile hangi işlemlerin yapılamayacağı da düzenlenmiştir[143]. 2009 itibariyle 50 eyaletten 47'si ve Başkent Washington (*District of Columbia)* UETA'yı kabul etmişler ve kendi iç hukuklarını buna uyarlamışlardır[144].

Avrupa'daki ilk düzenlemeler ise, 1997 yılında Almanya ve İtalya'dan gelmiştir. 1998 yılında Avrupa Konseyinin hazırlayıp sunduğu düzenleme tasarısı Avrupa Parlamentosu ve Konseyinde 1999 yılında görüşülmüş ve "Elektronik Deliller için Topluluk Çerçevesi Yönergesi" (1999/93/EC) olarak kabul edilmiştir. Kısaca "Elektronik İmza Yönergesi" de denilen yönerge, tüm Avrupa Birliği üyeleri ve Türkiye gibi diğer bazı Avrupa ülkeleri için kaynak olmuş, bu ülkeler yönergeyi esas alarak elektronik imza düzenlemeleri

---

[143] Bu istisnalar: ölüme bağlı tasarrufların yapılması veya icrası, evlat edinme, boşanma ve diğer aile hukuku işlemleri, mahkeme ilamları ve kararları, bir kamu hizmetinin iptalini duyuran ihbarlar, icra hukukuna dâhil işlemler (haciz, tahliye vb.), sağlık veya yaşam sigortaları ya da bunlardan doğan hakların sona erdirilmesi, sağlığı tehdit edici tehlike nedeniyle bir ürünün geri toplanması, tehlikeli maddelerin taşınması sırasında elde olması gereken belgeler (ESIGN bölüm 103).

[144] Henüz kabul etmeyen üç eyalet: Illinois, New York ve Washington. (http://www.nccusl.org/Update/uniformact_factsheets/uniformacts-fs-ueta.asp Erişim tarihi: 15 Ocak 2009).

yapmışlardır. Yönerge, elektronik imzayı, diğer bir elektronik veriye ilişik veya onunla mantık yoluyla bağlantılı olan ve bir kimlik doğrulama metodu işlevi yürüten elektronik şekildeki veri olarak tanımlamıştır (m. 2/1). Yönerge ayrıca "gelişmiş elektronik imza"nın da tanımını yapmıştır. Buna göre nitelikli elektronik imza, sadece imza edene bağlı olan, imza edenin kimliğini tespit edebilen, imza edenin münhasır kontrolündeki araçlarla yaratılmış olan ve iliştirildiği veride daha sonra yapılan değişikliğin tespit edilmesine olanak sağlayacak şekilde bağlı olan elektronik imzayı ifade etmektedir (m. 2/2). Yönerge bu iki kavramı tanımladıktan sonra, bunların sonuçlarını da iki ayrı madde ile düzenlemiştir:

Üye ülkeler, bir elektronik imzanın, sırf elektronik şekilde olduğu veya nitelikli sertifikaya dayanmadığı ya da akredite olmuş bir servis sağlayıcısı tarafından hazırlanmış bir nitelikli sertifikaya dayanmadığı veya güvenli imza oluşturma aracı ile oluşturulmamış olduğu gerekçesiyle hukuki tesirine veya yargılamada delil niteliğine halel getirilmemesi için gerekli tedbirleri almalıdırlar. Üye ülkeler ayrıca, nitelikli sertifikaya dayanan ve güvenli imza oluşturma araçları ile oluşturulmuş olan elektronik imzaların elektronik şekildeki veriler yönünden, elle atılmış imzanın sonuçlarını doğurmaları ve yargılamada delil olarak kabul edilmelerini sağlamalıdırlar.

Görüldüğü üzere Avrupa Birliği de tıpkı ABD Hukukunda olduğu gibi genel olarak bütün elektronik imzaları tanımış, ancak gelişmiş elektronik imzalara daha kesin sonuçlar bağlamıştır[145]. Asıl hukuki sonuçların gelişmiş

[145] T. Hoeren, "Transaction Safety in Electronic Banking Legal Aspects", **Legal Issues in Electronic Banking**, The Hague, 2002, s. 101-102.

elektronik imzaya, diğer bir deyişle dijital imzaya tanınmış olması, yönergenin "teknoloji bakımından tarafsız" duruştan nispeten uzaklaştığı yönündeki eleştirileri de beraberinde getirmiştir[146]. Yönergede ayrıca tüketicilerin korunması, sorumluluk, bilgilerin korunması ve imzaların dolaşımı gibi hususlar da yer almaktadır.

Türk Hukukuna baktığımızda ise, hem ABD hem de Avrupa Birliği hukuku uygulamasından çok daha dar bir elektronik imza düzenlemesi yapıldığı görülmektedir. 5070 sayılı Kanun, "elektronik imza"yı, başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri olarak (EİK m. 3/b); "güvenli elektronik imza"yı da, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapılıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza olarak (EİK m. 4) tanımlamıştır. Yönergenin aksine EİK'nda sıradan (niteliksiz) elektronik imzaya herhangi bir sonuç bağlanmamıştır. Kanunun 5. maddesine göre güvenli elektronik imza, elle atılan imza ile aynı sonucu doğurur. Yönergede ayrıca sertifikaların nasıl düzenleneceği, bilgilerin korunması, hukuki ve cezai sorumluluklar gibi hususlar da düzenlenmiştir.

5070 sayılı Kanun ile ayrıca Borçlar Kanununun 14. Maddesinin birinci fıkrasına, "güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü

[146] Barofsky, 157-158; Ching, 221.

haizdir" ifadesi, ayrıca HUMK'na 295/A maddesi eklenmiştir. Bu maddeye göre:

"Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar.

Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır.

Elektronik İmza Yönergesi ile Türk Hukukundaki elektronik imza uygulamasındaki bu farkı yaratan, hiç kuşkusuz hukukumuzda var olan "senetle ispat mecburiyeti" ya da "kanuni delil sistemi"dir. Kanun güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verileri çok açık bir şekilde "senet" hükmünde saymıştır. Kanun koyucu "hükmündedir" kavramını da bilinçli olarak seçmiş, "bu veriler senettir" demekten kaçınmıştır. Netice olarak güvenli elektronik imza oluşturulmuş verilere kanun tarafından senet hükmü bağlanmaktadır. Bu verilere delil olarak dayanılması halinde senetle ispat kuralı uygulanmış olur. Ancak burada önemli olan nokta, "güvenli elektronik imza" ibaresidir. Kanun bu elektronik verilerin senet hükmünde sayılabilmesi için mutlaka "güvenli elektronik imza" ile hazırlanmış olmalarını şart koşmuştur. Bir elektronik verinin güvenli elektronik imza ile mi yoksa başka bir elektronik imza şekli ile mi hazırlanmış olduğu, kanunun lafzı gereği doğrudan onun niteliği ile ilgilidir. Niteliği ile ilgili olduğuna göre, burada delilin değerlendirilmesi değil, mahkemece kabul edilip edilmemesi söz konusudur.

Hâkimin delilin kabul edilebilir olup olmadığını re'sen denetlemesi gerekir[147]. Mahkemeye sunulan elektronik imzalı bir belgenin güvenli elektronik imza ile hazırlanmış olup olmadığını hâkim incelemeli ve güvenli elektronik imza ile hazırlanmadığını tespit ettiği takdirde, karşı taraf itiraz etmemiş olsa dahi bu belgeyi senet hükmünde kabul etmemelidir[148]. Burada belki akla adi senedin altındaki imzanın zımnen ikrarı gelebilir. Ancak bu iki husus son derece farklıdır. Adi senet de bir senettir ve kesin delildir. Fakat mahkemede bu senede kesin delil olarak dayanabilmek için, altındaki imzaya itiraz edilmemiş olması veya itiraz sonunda imzanın kişiye ait olduğunun tespiti gerekir, böylece sahte olmadığı anlaşılır[149]. Oysa elektronik imzalı belgeler senet değildir; Kanun bunu açıkça ifade etmiştir. Sadece güvenli elektronik imza ile hazırlanan elektronik belgelerin senet hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Senet olma şartını taraflar belirleyemezler; taraflar bir vakıayı çekişmesiz hale getirebilirler, ancak senet olmayan bir belgeyi susma yoluyla senet haline getiremezler. Güvenli elektronik imza ile adi senetlerde imza inkârı arasında diğer bir fark da, inceleme önceliği bakımındandır. Elektronik imzalı verilerin senet hükmünde sayılabilmeleri için mutlaka kanun çerçevesinde

[147] Bkz. aşa. başlık § 6, A.

[148] Erturgut, s. 187. HMK Tasarısında da bu yönde bir hüküm bulunmaktadır. Tasarının 211. maddesinin 3. Bendine göre: "Hâkim, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen inceler." Madde gerekçesinde bir delilin geçerli ve caiz bir delil olup olmadığını inceleme yetkisinin mahkemede olduğu ifade edilmiştir (A.C. Budak, **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı**, 2. Baskı, İstanbul, 2009, s. 194).

[149] Kuru **–Cilt II**, s. 2083.

güvenli elektronik imza ile hazırlanmış olmaları gerektiği için, bu inceleme yapılmalı ve mahkeme buna göre hareket etmelidir. Adi senette ise böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Mahkeme bir itiraz olmadığı takdirde imzanın iddia edilen kişiye ait olup olmadığını incelemez; bu incelemenin yapılmamış olması, o belgenin senet hükmü taşımasına halel getirmez. Bu hususlar dışında adi senetler ve güvenli elektronik imza taşıyan elektronik verilerin delil değerleri açısından bir fark bulunmamaktadır. Her iki ispat aracı da, aksi ispat edilmediği sürece, kesin delil sıfatını haizdir.

Maddenin ikinci paragrafına göre verilerin inkârı halinde HUMK'nun 308. maddesi hükmü kıyasen uygulanır. Kanun, kıyas esası getirdiği için hâkim, 308. maddeyi elektronik imzalı belgelere uygun şekilde yorumlayarak uygular. Bu araştırma hiç kuşkusuz büyük oranda bilirkişi incelemesi gerektirecektir[150]. Madde, sahtelik iddiasının incelenmesinde sadece 308. maddeye atıf yapmış, bu maddenin tamamlayıcısı olan 309. maddeye ise atıf yapmamıştır. Doktrinde ERTURGUT, 309. maddedeki inceleme usulünün elektronik imzaların doğasına aykırı olduğunu, bilirkişiye de hâkimin zaten re'sen başvurabileceğini, bu sebeple de 309. maddenin uygulanmasına gerek olmadığını ifade etmiştir[151]. Kanımızca da istiktab ve karşılaştırma

[150] Erturgut, s. 188. HMK Tasarısı ile bu hükme açıklık getirilmiştir. Tasarının 216. maddesine göre: "Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur".

[151] Erturgut, s. 294; Yine bu yönde: Y. Alangoya, M. K. Yıldırım, N. Deren-Yıldırım, **Medeni Usul Hukuku Esasları,** 7. Baskı, İstanbul, 2009, s. 329; M. K. Yıldırım, H. S. Pürselim, "Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat

usulleri elektronik imzanın doğasına aykırı olduğu için, 309. maddeye atıf yapılmamasının pratikte bir fark yaratması söz konusu değildir[152]. Yapılması gereken, hâkimin bilirkişi yardımı ile elektronik imza ve bağlı olduğu sertifikanın incelenmesini sağlaması, buna göre de imzanın sahte olup olmadığını tespit etmesi olmalıdır[153]. Bu usulün nasıl olacağı elektronik imzadan doğan uyuşmazlıkların yargı önüne gelmeleri ile şekillenecektir.

EİK ile kendisine verilen yetkiye dayanan Bilgi Teknolojileri Kurumu (eski adıyla Telekomünikasyon Kurumu) ayrıca, 2004 yılında Sertifika Mali Sorumluluk Sigortası Yönetmeliğini ve 2005 yılında da Elektronik İmza Kanununun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliği hazırlamıştır. Ayrıca konu ile ilgili çeşitli tebliğ ve kurul kararları da mevcuttur. 2009 Yılı itibariyle ülkemizde dört adet elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı faaliyete başlamıştır. Bunlardan üç tanesi (E-Güven, E-Tuğra, TürkTrust) özel kişi ve kuruluşlar için, diğeri ise (TÜBİTAK-UEKAE) kamu kurum ve kuruluşlarına yönelik olarak (kamu sertifikasyon merkezi) faaliyet göstermektedir[154].

Ülkemizde ayrıca, 2006 yılından itibaren, mobil elektronik imza uygulamasına da geçilmiştir. Mobil elektronik imza, cep telefonu gibi

---

Hukukundaki Etkileri", **İstanbul Barosu Dergisi,** Cilt 79, Sayı 2005/4, s. 1112.

[152] Aksi görüşte: M.E. Yardım, "Güvenli Elektronik İmzanın İnkârı", **Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu 2006 Bildiriler Kitabı,** Ankara, 2006, s. 152.

[153] Erturgut, s. 294; Yardım, s. 153.

[154] http://www.btk.gov.tr/eimza/eshs.htm (Erişim Tarihi: 15 Ocak 2009)

taşınabilir bir cihaz aracılığı ile, kablosuz olarak oluşturulan elektronik imza türüdür[155]. EİK'nda bu yönde bir kısıtlama olmadığı için, EİK'nun yürürlüğe girmesi ile mobil elektronik imzanın da yasal alt yapısı gerçekleştirilmiştir. Mobil elektronik imzanın uygulaması açısından teknik ve hukuki konularda elektronik imzadan bir farklılık bulunmamaktadır. Farklılık sadece, bu imzanın oluşturulmasında bilgisayar yerine cep telefonu gibi taşınabilir bir cihazın kullanılmasındadır. Bu yönde elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları ve cep telefonu şebekeleri arasındaki anlaşmalar ile 2006 yılından beri Türkiye'de mobil elektronik imza kullanılmaktadır. Mobil elektronik imza büyük ölçüde elektronik ticaret ve elektronik ödeme amaçları ile kullanılmaktadır[156].

EİK, bahsettiğimiz özel sonuçları sadece güvenli elektronik imza ve bu tür elektronik imza ile hazırlanmış olan belgelere bağladığı için, güvenli elektronik imza ile hazırlanmamış olan elektronik belgelerin ispat aracı olmaları, diğer elektronik belgelerin ispat aracı olmalarından temelde bir farklılık taşımaz. Bu sebeple çalışma boyunca yaptığımız ve yapacağımız açıklamalar, Türk Hukuku açısından, güvenli olmayan elektronik imza ile hazırlanmış olan belgeler açısından da geçerlidir. Elektronik belgeler delil olarak yargılamaya kabul edildikten sonra hâkim, bunları serbestçe değerlendireceği için, güvenli olmayan elektronik imza ile hazırlanmış olan

[155] D. Kabasakal, Ş. Sağıroğlu, M. Alkan, "Mobil Elektronik İmza: Senaryolar, Uygulamalar, Standartlar ve Ülkeler", **Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı 2007 Bildiriler Kitabı,** Ankara, 2007, s. 52.

[156] Kabasakal, Sağıroğlu, Alkan, s. 52.

belgeleri de güvenlik ve güvenilebilirlik derecelerine göre değerlendirecek ve uygun bir hüküm kuracaktır[157].

IV. İnternet, Elektronik Posta ve Diğer Elektronik Haberleşme Araçları

Elektronik sözleşmeler veya elektronik ticaret gibi hukuki işlemlerin söz konusu olduğu durumlar dışında, özellikle internet ve diğer elektronik haberleşme araçları ile bir haksız fiil işlenmiş, bir uyuşmazlık çıkmış olabilir. Bu tarz ihlaller çok çeşitli olabilir: İnternet yoluyla, örneğin bir internet haber sitesinde yalan haber yayımlamak sureti ile bir kimsenin kişilik haklarına saldırılmış, elektronik posta veya anlık mesaj programları ile bir kişi rahatsız ediliyor, bir kişinin özel bilgileri çalınmış ve bundan kazanç sağlanmış olabilir[158]. Ayrıca internet, elektronik posta veya diğer haberleşme yolları ile bir fikri veya sınaî hakkın ihlal edilmesi söz konusu olabilir[159]. İnternet hukukunun ilk günlerinden beri "korsan" olarak tabir edilen paylaşım şekilleri ile mücadele sürdürülmüş ve bu yönde başta Fikir ve Sanat Eserleri

---

[157] Bkz. aşa. başlık § 6, B.

[158] Hiller, Cohen, s. 74 vd, 103 vd.; Öngören, s. 140 vd., 195 vd.; N. Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, 2004, s. 64 vd.; 4.HD, 28.6.2005, E. 9834, K. 7143; HGK, 5.7.2006, E. 4-476, K. 498; 4.HD, 28.2.2005, E. 366, K. 1918; 4.HD, 4.3.2004, E. 12313, K. 2672 (tüm kararlar: www.kazanci.com).

[159] S. Eroğlu, "İnternette Telif Hakkı", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, İzmir, 2002, s. 65 vd.; 11.HD., E. 2001/1804, K. 2001/4344, T. 15.5.2001 (www.kazanci.com).

Kanunundaki değişiklikler olmak üzere, çeşitli hukuki düzenlemeler yapılmıştır.

Elektronik posta, niteliği gereği tek başına güvenilir bir kaynak olmadığı için, delil olarak kullanılmasında da çeşitli sakıncalar bulunmaktadır. Elektronik posta pek çok güvenlik açığını beraberinde getirmektedir: Mesajın göndericisi farklı şekilde yazılabilir, içeriği değiştirilebilir, IP numarasını değiştirmek yoluyla başka bir IP adresinden gönderiliyormuş gibi gösterilebilir, bir bilgisayara dışarıdan erişim yolu ile o bilgisayardan gönderilebilir[160]. Bu sebeple basit elektronik postaya alternatif olarak PGP[161], kayıtlı elektronik posta vb. gibi çeşitli alternatifler üretilmiştir. Bu alternatiflerin en güveniliri, hiç kuşkusuz elektronik imza, özellikle de nitelikli sertifika ile oluşturulmuş elektronik imzadır. Uyuşmazlığa konu veya delil olan elektronik posta veya postalar bu yönleri ile mahkeme tarafından incelenmeli, bilirkişi yardımı ile bunların güvenilirlik dereceleri saptanmalı ve buna göre karar verilmelidir. Uygulamada elektronik postanın kim tarafından gönderildiğinin tespiti konusunda büyük ölçüde IP kayıtlarına başvurulmaktadır. Ancak bu durum sadece IP kayıtlarının düzenli olarak tutulduğu sistemlerde bir yarar sağlamaktadır.

---

[160] E.J. Imwinkelried, **Evidentiary Foundations**, 5th Edition, Danvers, LexisNexis, 2002, s. 65; Soğukpınar, s. 75.

[161] PGP (*Pretty Good Privacy*) güvenli elektronik imza gibi açık anahtar kriptografisini kullanan, ticari bir şifreleme ve kimlik doğrulama aracıdır. Ayrıca GnuPG gibi açık kaynak kodlu alternatifleri de bulunmaktadır.

Yukarıdaki şekilde bir ispat faaliyeti ile, söz konusu elektronik postanın kim tarafından gönderildiğini öğrenmek mümkün olmayabilir, ancak kim tarafından gönderilmediği kolaylıkla tespit edilebilir[162]. Ayrıca bazı şartların gerçekleşmiş olması halinde, elektronik postanın gerçekte kim tarafından gönderildiği tespit edilemese de, en azından ispat yükünün ters çevrilmesi suretiyle kişinin aksini veya yeterli önlemleri aldığının ispatı istenebilir[163]. Bunların hepsinin somut olaya göre değerlendirilmesi gerekir.

---

[162] Yargıtay'ın bu yöndeki bir kararı şu şekildedir: *"… Dosyada mevcut belgelerden 22.9.2003 günü 19.37'de gönderilen gönderici adı olarak davacının adının yazılı bulunduğu e-mail'in 81.212.220.150 IP kullanıcısına ait olduğu, kullanıcı adının davalı adı değil Dumlu Aydın olup, 0 442 2336741 nolu Erzurum ilindeki bir telefondan 19.30'dan itibaren 41.20 dakika internete bağlı kalınarak e-mail'in gönderildiği anlaşılmıştır. Bu tarihte davalının Çek Cumhuriyetinde bulunduğu, 20.9.2003'de Türkiye'den çıkış yaptığı, 24.9.2003'de Türkiye'ye girdiği Hava Limanına geldiği anlaşıldığına göre davalının dava konusu e-mail'i göndermesi fiilen imkânsızdır. Gelişen teknoloji ve teknikler sayesinde e-mail şifrelerinin kırılması ve kolayca ulaşılabilmesinin kolaylığı da göz önüne alındığında davanın reddi gerekirken, kabulü usul ve yasaya aykırı görüldüğünden kararın bozulması gerekmiştir."*: 4. HD, 28.6.2005 E. 9834, K. 7143, (www.kazanci.com). Kanımızca Yargıtay'ın kararı ve izlediği yol isabetlidir. IP takibi yolu ile, delil olarak sunulan elektronik postanın fiziksel imkânsızlık sebebiyle davalıya bağlanamayacağı ve elektronik posta sisteminin güvenlik kusurlarının bulunduğu ifade edilmiştir. Elektronik postanın güvenlik kusurlarının bulunması, bunların yukarıda da bahsettiğimiz üzere ayrıca doğrulanmalarını gerektirir.

[163] Yargıtay'ın bu yönde kanımızca emsal oluşturabilecek bir kararı şu şekildedir: *"… Davacı, ticari ilişkisi bulunan davalının, aynı konuda faaliyet gösteren firmalara gönderdiği elektronik posta (e-mail) iletilerinde kullanılan*

Bahsedilen hukuki fiillerin gerçekleştirilmesinde elektronik yollar kullanıldığı için, kullanılacak deliller de büyük oranda elektronik deliller olacaktır. Hukukumuzda, hukuki işlemlerden doğan davalarda kural olarak senetle ispat mecburiyeti uygulandığı, bu sebeple de hukuki işlemler konusunda elektronik delillere başvurabilme imkânı çok kısıtlı olduğu için, hukuk yargılamasında elektronik delillerin en serbestçe kullanılabildiği alan, konusunu hukuki fiillerin oluşturduğu uyuşmazlıklardır. Zira hukuki fiiller konusunda mahkemeler delilleri serbestçe değerlendirebilirler (HUMK m. 240).

---

ifadeler ile kişilik haklarına saldırıda bulunulduğunu ileri sürerek manevi tazminat istemiştir. Davalı, sorumluluğu altında bulunan internet adresi kaynaklı iletilerin, şirket çalışanları veya üçüncü kişiler tarafından gönderildiğini kanıtlayamamış ve bu yöndeki savunmasını ispatlayamamıştır. O nedenle, genel ve soyut bu ihtimalin davacı aleyhine ve davalı lehine değerlendirilmesi kabul edilemez. Şu durumda, olayların saptanan ve yukarıda açıklanan gelişim biçimi karşısında iletilerin davalı tarafından gönderildiği; en azından sorumluluğu altında bulunan internet adresinden gönderilmemesi için üzerine düşen yükümlülüklerini yerine getirdiğini kanıtlayamadığı benimsenmelidir. Davanın yasal dayanağını oluşturan BK. m. 41 vd. hükümleri ile yalnızca kasıtlı eylemler değil; savsama (ihmal) boyutundaki tutum ve davranışlar da tazminat sorumluluğu için gerek ve yeter koşul niteliğindedir. Tüm bu açıklamalar karşısında, davacının davaya konu eylem nedeniyle sorumlu tutulması gerekir.": 4.HD, 28.2.2005, E. 366, K. 1918, (www.kazanci.com). Bu karar, elektronik delillerin aidiyetleri açısından varsayımsal kuralların önemini ve gerekliliğini göstermektedir. Bu kurallar büyük ölçüde Yargıtay uygulaması ile şekillenecektir.

B. Elektronik Delillerin Hazırlanması ve Sunulması Aşamasında Mahkemenin Üstlenmesi Gereken Rol

I. Araştırmanın Yapılması ve Güvenliği (Tedbirler ve Cezalar)

Elektronik delillerin, yukarıda[164] bahsettiğimiz üzere yapıları gereği, değişmeye ve yok olmaya müsait olmaları, delil olarak toplanmaları ve mahkemeye getirilmeleri aşamalarında da önemini hissettirmektedir. Bu problemler, tarafın hem kendi elindeki elektronik delilleri kullanması halinde, hem de karşı tarafın elindeki elektronik delillere ulaşmak istemesi halinde geçerlidir. Elektronik delillerin araştırılmasının yapılması ve güvenliği, aslında iki farklı sorunu içermektedir. Bunlardan birincisi, özellikle karşı tarafın elindeki belgelere delil olarak dayanmak isteyen tarafın, bu amaca ulaşabilmesinin sağlanmasıdır. Yani karşı tarafın elindeki belgelerin yargılamaya getirilmesinin sağlanması ve gerekiyorsa bu konuda tedbirler alınması ihtiyacıdır. İkinci sorun ise, hem kendi elindeki elektronik delillere dayanmak isteyen, hem de karşı tarafın elindeki elektronik belgelere delil olarak dayanmak isteyen taraf açısından önem arz eden, delillerin bütünlüğünün ve tutarlılığının tespitidir. Elektronik deliller, uyuşmazlıktan önce veya sonra bozulabilecekleri veya değiştirilebilecekleri gibi, bu durum verilerin bir araya getirilip yargılamaya getirilmesinden sonra da gerçekleşebilir.

Birinci sorun ile ikinci sorun birbirine çok yakın gibi gözükse de, aslında çok farklı özellikler içermektedirler. Birinci sorun, mahkemenin

[164] Bkz. yuk. başlık § 2, C ve § 3, B.

özellikle müdahil olmasını gerektiren, önlemler almasının söz konusu olacağı durumlardır. ABD Hukukunda bu mesele "delillerin ortaya çıkarılması" (*Discovery*) kurumu içerisinde yer almaktadır. FRCP'nin 1938 yılı reformu ile ABD Hukukuna girmiş olan "delillerin ortaya çıkarılması" kurumu[165], birden çok amaca hizmet etmektedir. Delillerin ortaya çıkarılması kurumu ile taraflar, duruşma aşamasına geçilmeden önce birbirlerinin elindeki delilleri görebildikleri için, hem hukuki bir dayanağı olmayan davaların bu aşamada ortadan kaldırılabilmesi sağlanmakta, hem de elindeki delil yetersiz olan bir tarafın, delillerin ortaya çıkarılması kurumunun sağladığı araçların yardımı ile karşı tarafın elindeki delillere ulaşarak davasını güçlendirmesi sağlanabilmektedir[166]. Delillerin ortaya çıkarılması kurumu, aynı zamanda Türk Hukukundaki delillerin tespiti kurumuna benzer bir işlev de yüklenmekte, kaybolabilecek delillerin[167], duruşma öncesinde mahkemeye getirilmesini ve güvenliğe alınmasını sağlamaktadır[168]. Delillerin ortaya çıkarılması, FRCP'nin 26-37. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler arasında delillerin toplanmasında hangi araçların kullanılabileceği, bu faaliyete nelerin dâhil olduğu, uygulama şekilleri, alınabilecek tedbirler ve

---

[165] HMK Tasarısının 142. Maddesi, benzer bir kurum olarak ön inceleme aşamasını getirmektedir. Buna göre: "…(mahkeme) tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemi yapar…"

[166] James, Hazard, Leubsdorf, s. 287; Hazard, Taruffo, s. 117; Kay Kane, 128.

[167] Bunlar, belge vb. gibi fiziksel bir delil olabileceği gibi, tanık, bilirkişi veya taraf ifadeleri de olabilir.

[168] James, Hazard, Leubsdorf, s. 288; Hazard, Taruffo, s. 118.

emirlere uyulmaması sonunda karşılaşılabilecek yaptırımlar bulunmaktadır. Delillerin ortaya çıkarılmasında, konumuzla ilgili en önemli araç, 34. maddede düzenlenmiş olan, elektronik veriler de dâhil olmak üzere, belgelerin incelenmesine izin verme ve bunların getirilmesi talebidir. Bu istek, taraflar ve vekilleri tarafından düzenlenmiş usuller çerçevesinde doğrudan yapılabilir, mahkemenin kararına ihtiyaç yoktur[169]. Ancak üçüncü kişilerin elindeki belgeler için ise mutlaka mahkemece hazırlanacak bir emre ihtiyaç vardır[170], başka yerlerdeki kişiler için bu emir istinabe yoluyla gönderilir[171].

Delil ortaya çıkarılması aşaması, büyük oranda taraflar arasında yürüse de, bazı durumlarda mahkemenin müdahalesi gerekli olabilmektedir. Bu müdahale düzenleyici olabileceği gibi, tedbir veya emretme amaçlı da olabilir[172]. Elektronik belgelerin hazırlanıp karşı tarafa verilmesi konusunda bir tereddüt veya uyuşmazlık çıktığında, bununla ilgili kararı mahkeme veya mahkeme tarafından bu yönde görevlendirilen tahkikat hâkimi verir, tarafların buna uymaları gerekir. Aksi takdirde, yukarıda “Elektronik Verilerin Yok Olması, Değişmesi ve Değiştirilmesi” başlığında[173] bahsettiğimiz yaptırımlar ile karşı karşıya kalmaları söz konusu olacaktır.

Delillerin ortaya çıkarılması, kural olarak karşı tarafın talebi ile başlayan bir prosedür olmakla birlikte, 1993 FRCP değişikliği ile getirilen

[169] Hazard, Taruffo, s. 119.

[170] James, Hazard, Leubsdorf, s. 298

[171] James, Hazard, Leubsdorf, s. 299.

[172] Hazard, Taruffo, 115.

[173] Bkz. yuk. başlık § 2, C.

"delillerin ifşası" (*Disclosure*) kurumu, kanun gereği tarafların kendiliğinden yapmaları gereken açıklamaları düzenlemektedir. Buna göre taraflar kendi iddia ve savunmalarının dayanağını oluşturan tüm vakıa ve delillerin açıklamasını ve belgelerin (elektronik yolla saklanmış bilgiler, yani elektronik belgeler de dâhil olmak üzere) kopyalarını belirli bir zaman dilimi içerisinde mahkemeye sunmak zorundadırlar[174] (FRCP r. 26(a)). Bu kurum ile delillerin ortaya çıkarılması kurumunun üzerindeki yük hafifletilmiş, harcanacak zaman ve yapılacak giderler azaltılmış olmaktadır[175].

İngiliz Hukukunda ise "delillerin ortaya çıkarılması" (*Discovery*) ve "delillerin ifşası" (*Disclosure*) kurumları, "delillerin ifşası" kurumu altında birleştirilmiş, tarafların yukarıdaki şekilde davanın başında zorunlu olarak bildirmeleri gereken delillerin yanında, delillerin ortaya çıkarılması kurumundakine benzer esas ve yaptırımlar da belirlenmiştir[176]. İngiliz Hukukunda da tıpkı ABD Hukukunda olduğu gibi elektronik belgeler sunulacak belgeler arasında yer almaktadır[177].

Bahsettiğimiz ikinci sorun olan, elektronik delillerin bütünlüğünün ve tutarlılığının tespiti ise çok daha teknik konudur ve hem delillerin kabul edilmesi, hem de değerleri açısından önem taşır. Elektronik belgelerden delil olarak yararlanmanın tehlikeleri açık olduğu için, bu belgelerin delil olarak getirilmesinin ve değerlendirilmesinin her aşamasının özenle

[174] James, Hazard, Leubsdorf, s. 303-304.

[175] Kay Kane, 130-131.

[176] Hukuk Usulü Kanunu, 31. Bölüm; Rose (Editor-in-Chief), s. 659.

[177] Bkz. yuk. başlık § 2, A.

gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu konudaki teknik hususlar, teknoloji konusunda uzmanlık gerektiren türden oldukları için, kanun koyucular bu yöndeki tedbir ve teknikleri büyük oranda uzmanlara bırakmakta, mahkemelerin bu uzman ve bilirkişilerin değerlendirmeleri çerçevesinde karar vermelerini esas almaktadırlar. ABD ve İngiliz Hukukunda da bu yönde her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Mahkemenin teknik gelişmeler ve uzman bilirkişilerin yorumu ile hayat tecrübelerini birleştirerek, bu delillerin akıbeti konusunda karar vermesi gerekir. Bu yönde hukukumuzda pozitif bir düzenleme olarak karşımıza Ceza Muhakemesi Kanununun 134. maddesi çıkmaktadır. Kanun koyucu, ceza yargılaması hukukunun deliller konusunda daha hassas olması gerektiği gerekçesi ile bu delil toplama konusundaki asgari şartları CMK'nun 134. maddesinde şu şekilde düzenlemektedir:

(3) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.

(4) İstemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.

(5) Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır.

Bu yedeklemelerin veya kopyalamaların nasıl yapılacağı ise, ayrıntılı olarak düzenlenmemiş, bu husus uzmanlara bırakılmıştır. Bugün güvenli

olarak kabul edilen bir usulün, gelecekte güvensiz olduğunun anlaşılması teknoloji konusundaki hızlı gelişmelerin bir sonudur. Bu sebeple bu yönde kazuistik düzenlemeler yapmak yanlış olacaktır. Bu yöndeki uygulama, büyük oranda akademik çalışmalar ve mahkeme içtihatları ile şekillenmektedir. ABD Hukukundaki yaygın uygulama, elektronik belgenin aidiyet zincirinin (*chain of custody*) korunması ve bunun ispatlanmasıdır[178]. Bu ispat için öncelikle tüm verilerin kopyasının (özellikle de imaj kopyasının[179]) alınması, bunların değiştirilemeyecek bir ortama aktarılması ve güvenliğinin sağlanması gerekir[180]. Bu ispat faaliyetinde ayrıca, elektronik delilin oluşturulması veya saklanması faaliyetinde yer almış olan bilgi işlem uzmanı gibi kişilerin tanık olarak dinlenilmesi, tarafların bu yönde ifadelerinin alınması (ABD Hukukunda taraflar tanık sıfatı ile de dinlenilebilir) ve uzman bilirkişi ifadesi gibi araçlardan da yararlanılabilir[181]. Elektronik delillerin mahkemece kabul edilebilmesi için gerekli şartlar aşağıda[182] daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

---

[178] Feldman, s. 22; Robins, 508; Mason -**Evidential Issues**, s. 180.

[179] İmaj kopya, bir veya birden çok dosyanın kopyasının alınmasından farklı olarak, bir sabit diskin veya sabit disk bölümünün tamamının, üzerinde değişiklik yapılamayacak şekilde kopyasının alınmasıdır. Bu kopya şekli hem dosyaların bütünlüğü açısından, hem de sıradan bir kopyada olamayacak şekilde, sistem bilgilerine ulaşılabilmesi ve kaybolmuş verilerin geri getirilebilmesi gibi çok önemli avantajlar sağlamaktadır.

[180] Rice (Editor), s. 28 vd.; Feldman, 24 vd.

[181] Rice (Editor), s. 28 vd.; Feldman, 24 vd.

[182] Bkz. aşa. başlık § 5, A.

II. Elektronik Delillerin Hazırlanmasında Uzman Yardımı

Elektronik delillerin mahkemede sunulabilmeleri için, fiziki delillerin aksine, çoğu zaman bir hazırlık aşamasına ihtiyaç duyulur. Bilgisayarların, yazışmaların, elektronik postaların, dijital fotoğrafların, güvenlik kamerası kayıtları gibi her türlü elektronik verilerin delil olarak mahkemeye sunulabilmeleri için, hem ayıklanmaları, hem de sunulmaya hazır hale getirilmeleri gerekir. Bu aşamada, elektronik delillerin teknolojik niteliklerinden dolayı çoğu zaman bir uzmandan yararlanmak zorunlu olacaktır. Bu uzman teknik anlamda bilirkişi olabileceği gibi, ABD Hukukundaki taraf bilirkişisi, ya da hâkimin, örneğin bilgisayarların incelenmesi için atadığı tarafsız bir uzman da olabilir[183]. Hukukumuzda bu yönde sadece bilirkişi kurumu olduğu için[184], hâkim gerekli gördüğü takdirde bu hazırlamanın her aşamasında bilirkişi yardımına başvurabilir. Bilirkişinin incelemesi, dava sırasında veya dava öncesinde ihtiyati tedbir ya da delillerin tespiti yoluyla olabilir. Delillerin hazırlanması aşamasında bilirkişinin mutlaka bir üst başlıkta bahsettiğimiz işlemleri yerine getirmesi ve delillerin bütünlüğünü koruması gerekir. Aksi halde bunların uyuşmazlıkta kullanılmaları mümkün olmayabilir. Hâkimin

---

[183] Redish, s. 576; O.D. Finkelthal, "Scope of Electronic Discovery and Methods of Production", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s 1618.

[184] HMK Tasarısının 297. Maddesi ayrıca "uzman görüşü" başlığı ile yeni bir kurum getirmektedir. Anglo-Amerikan Hukuklarındaki "taraf bilirkişisi"ne benzer bir kurum olan uzman görüşü ile taraflar kendi istedikleri uzmandan bilimsel görüş alabilirler, hâkim gerekli gördüğü takdirde bu uzmanın duruşmada dinlenilmesine de karar verebilir. Bkz. aşa. başlık § 5, C, III, 1.

bilirkişinin raporuna (ve tarafların bu rapor üzerine yapacakları itirazlara) dayanarak kendi bilgilerini ve yaşam tecrübelerini de katarak delille ilgili değerlendirme yapması gerekir.

III. Delillerin Tespiti Kurumunun Elektronik Deliller Açısından Kullanım Alanı ve Önemi

Türk Hukuk Yargılamasında, ABD Hukuk Yargılamasında yer alan ön inceleme aşaması gibi bir aşama bulunmadığı için[185], kaybolma veya değiştirilme ihtimali bulunan deliller bakımından, delil tespiti kurumunun çok büyük önemi bulunmaktadır. Elektronik veriler ve elektronik belgeler, daha önce de ifade ettiğimiz üzere ortadan kaldırılması veya değiştirilmesi diğer delillere göre çok daha kolay olan ispat araçlarıdır. Bu değiştirme veya ortadan kaldırma, kötü niyetli olabileceği gibi, hayatın normal akışına uygun, kasıt veya ihmale dayanmayan, elektronik araçların doğasından kaynaklanan durumlarda da söz konusu olabilir. Örneğin diğer dosyalara yer açmak için bilgisayarın temizlenmesi, veri yedeklerinin belirli bir süre sonra silinmesi, ya da elektronik bir arıza sonucu tüm verilerin kaybı, hayatta her zaman karşılaşılabilecek durumlardandır. Bu kayıp ihtimalinin diğer delillere göre

[185] HMK Tasarısı ile buna benzer bir kurum olarak ön inceleme aşaması getirilmektedir. Tasarının 142. maddesinin birinci fıkrasında, "Mahkeme, … hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar" ibaresi bulunmaktadır. Bu konuda daha ayrıntılı bilgi için Bkz. aşa. başlık § 5, C, III, 1.

daha fazla olması, elektronik delillerin önceden tespitini çoğu zaman gerekli kılmaktadır.

Delillerin tespiti kurumu, HUMK'nun 368-374. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 368. maddeye göre, iki taraftan her biri, derdest bir davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş olan veya ileride açılacak olan davada ileri sürülecek olan hususun tanık, keşif, bilirkişi veya diğer deliller ile tespitini talep edebilir. Kanunun 369. maddesinde de, "Kanunu Medeni hükmü mahfuz kalmak şartıyla ancak şimdiden zabıt ve tespit olunmazsa ileride zayi olacağı veya ikamesinde çok müşkülat çıkacağı melhuz olan deliller bu fasıl hükmüne tevfikan tespit olunabilir" ifadesi bulunmaktadır. Buna göre bir tanım yapmak gerekirse delillerin tespiti; ileride açılacak olan bir davada başvurulacak, ya da derdest bir davada henüz sırası gelmemiş olan delillerin, ortadan kalkabileceği veya zamanı geldiğinde sunulmasında çok büyük zorluk yaşanılabileceği ihtimali üzerine mahkeme tarafından talep üzerine incelenmesi ve kayda alınması olarak tanımlanabilir.

Delillerin tespiti bir dava değildir, geçici bir hukuki himaye tedbiridir, bunun sonucu olarak da zamanaşımı kesilmez[186]. Delillerin tespiti kanunun lafzından da anlaşıldığı üzere her tür delil için yapılabilir. Dolayısıyla elektronik delillerin tespiti için bir engel yoktur. Delillerin tespiti ancak delillerin yok olma veya sunulmasının büyük ölçüde zorlaşması ihtimalinde

[186] E. Yılmaz, **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt II, Ankara, 2001, (Kısaltma: Yılmaz **–Himaye Tedbirleri**), s.1335, 1333-1334, 1362; Üstündağ, s. 591; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 632, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 377.

mümkündür. Bu konudaki ispat yükü delillerin tespitini isteyen tarafa aittir ve burada yaklaşık ispat aranır[187]. Kanımızca elektronik delillerin doğası, bu yönde bir ağırlık taşımalıdır. Elektronik delillerin tespiti için yapılan başvurularda ilk görünüş ispatına[188] yaklaşan bir durum kabul edilebilir. Zira bu delillerin ortadan kalkma veya değiştirilme ihtimali artık tecrübe kuralları çerçevesinde değerlendirilebilir. Bilgisayarla az da olsa ilgilenen herkes, elektronik verilerin ortadan kalkma veya değişme ihtimalinin çok yüksek olduğunu bilecektir. Dolayısıyla, kendisine böyle bir talep gelen hâkimin, hukukumuzda her ne kadar ilk görünüş ispatı açıkça düzenlenmemiş olsa da, tecrübe kurallarına dayanarak ispat ölçüsünü hafifletmesi faydalı olacaktır.

Delillerin tespiti, tespiti istenen delilin tabi olduğu kurallara göre olur[189]. Bu sebeple deliller açısından geçerli olabilecek her ihtimal, delillerin tespiti aşamasında da geçerli olacaktır. Taraflar kendi ellerindeki, karşı taraftaki veya üçüncü kişilerdeki (HUMK m. 333, 334) delillerin tespitini isteyebilirler. Bunların nasıl inceleneceği, tespit edileceği bu deliller konusundaki genel kurallara göre olacaktır.

Elektronik belgelerin tespiti, büyük ölçüde bilirkişi incelemesi ile gerçekleştirilecektir. Taraf kendi kayıtlarının tespitini isteyebileceği gibi, karşı tarafın kayıtlarının tespitini veya TTNet gibi internet servis sağlayıcılarının, Türk Telekom gibi internete bağlanmak için telefon altyapısını sunan aracıların veya diğer her türlü aracı kuruluşun elindeki belgelerin tespitini de

[187] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 633

[188] Bkz. aşa. başlık § 5, B, I, 4.

[189] Yılmaz **–Himaye Tedbirleri**, s. 1365.

isteyebilir. Bu kayıtlar ve belgeler mahkemenin kararı üzerine bilirkişi tarafından kayıt altına alınacak ve bir rapor tutulacaktır. Bu tespit sonunda oluşturulacak dosya, asıl dava dosyasının bir ekidir[190]. Hâkim asıl tahkikat sırasında bu delillere tıpkı tahkikat aşamasında sunulmuş deliller gibi itibar edecektir. Karşı tarafın veya üçüncü kişilerin bu tespit konusunda gerekli işbirliğini göstermemelerinin veya tespiti engellemelerinin hükmü ise, yine HUMK'nun deliller konusundaki genel hükümlerine göre olacaktır (örn. HUMK m. 326 vd.).

Unutulmamalıdır ki en güvenilir delil davaya değil, uyuşmazlığa en yakın olan delildir[191]. Uyuşmazlığın çıkmasından hemen sonra tespit edilen delil ile, çok sonra tahkikat aşamasında tespit edilen delilin değer açısından çok büyük farkları olabilir. Bu sebeple elektronik delillere başvurmak isteyen tarafların delillerin tespiti kurumuna başvurması ve mahkemelerin bu tür başvurulara olumlu yaklaşması, elektronik delillerin yaygınlaşması ve güvenilirliğinin artması açısından çok faydalı olacaktır.

Tarafların ayrıca, özellikle acele durumlarda mahkeme dışında notere başvurarak bu delilleri tespit ettirmesi mümkündür (Noterlik Kanunu m. 61). Ancak buradaki tespit hiç kuşkusuz delillerin tespiti kurumundan tamamen farklı bir tespit olacaktır[192]. Düzenlemeye göre noterler, "bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini

---

[190] Yılmaz **–Himaye Tedbirleri**, s. 1373.

[191] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 10.

[192] S. Tanrıver, "Noterlerin Tespit İşleri", **Makalelerim (2006),** 2007, (Kısaltması: Tanrıver **–Noterler**), s. 85.

tespit ederler ve davet edildiklerinde piyango ve özel kuruluşların kur'a, seçim ve toplantılarında hazır bulunarak durumu belgelendirirler". Dolayısıyla elektronik kayıtların da noterce tespiti mümkün olabilir. Fakat kanımızca bu tespit her konuda değil, nispeten kısıtlı olmalıdır. Örneğin bir tarafın kendi sabit diskini notere tespit ettirmesinde hukuki bir fayda yoktur. Söz konusu sabit diske davada sırası gelene kadar dokunulmadığı takdirde, bu sabit diskteki verilerin ve kayıtların doğruluğunun ve gerçekliğinin tespiti bilirkişi tarafından da yapılabilecektir. Bu halde noterin yaptığı tespitin bir önemi olmaz. Fakat örneğin karşı tarafın internet sitesine bulunan bir bilgiye dayanarak bir işlem gerçekleştirdiğini savunan tarafın bu internet sitesinin o anki durumunu notere tespit ettirmekte bir hukuki faydası vardır. Zira, internet siteleri sürekli değişebilmektedir[193]. Kanımızca böyle bir durumda tarafın derhal notere gitmesi halinde noterin, internet sitesini elektronik ortama kaydederek veya çıktısını alarak tarih ve saati ile tespit etmesi gerekir. Böylece taraf, bu tespite mahkemede takdiri delil olarak dayanabilir. Ancak hiç kuşkusuz bu tespit, HUMK m. 368 vd. anlamında bir tespit olmayacaktır[194]. Noterlerin görevleri dâhilinde yaptıkları bu tespitlerden genel hükümler çerçevesinde takdiri delil olarak yararlanmak mümkündür. Noterlerin yaptıkları bu yöndeki tespitlerine verilecek olan delil değerinin takdiri ise somut olayda mahkemeye ait olacaktır[195].

---

[193] Rice (Editor), s. 125.

[194] Yılmaz **–Himaye Tedbirleri**, s. 1375; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 632-633.

[195] Tanrıver **-Noterler**, s. 87.

Ayrıca bu belirttiğimiz hususlar dava açılmadan önceki aşama için geçerlidir. Dava açıldıktan sonra delil tespiti yetkisi münhasıran davanın görüldüğü mahkemede olduğu için (HUMK m. 370), dava açıldıktan sonra noterce yapılmış olan böyle bir tespite mahkemenin itibar etmemesi gerekir[196].

C. Elektronik Delillerin Hazırlanmaları ve Ortaya Çıkarılmaları

I. Verileri Elinde Tutanın Elektronik Delillere Başvurması Hali

Tarafların kendi ellerindeki bilgi ve belgelere delil olarak başvurması çok doğaldır. Bu deliller, tutulan defter ve kayıtlar gibi tarafın bizzat kendisinin hazırladığı deliller olabileceği gibi, senet gibi karşı tarafça hazırlanan veya karşı tarafın hazırlanmasına katıldığı deliller de olabilir. İkinci türdeki delillerin sunulmasında ve bunların değerlendirilmesinde bir kısıtlama olmaz, zira bunların delil değeri açıktır. Ancak ilk türdeki deliller, yani tarafın kendi hazırladığı delillere dayanması, ancak bazı koşulların gerçekleşmiş olması halinde mümkündür (Örn: TTK m. 85). Bu husus kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Ancak, ticari defterlerin delil olmasını düzenleyen Türk Ticaret Kanununun ilgili maddeleri, tarafın kendi yarattığı delillere kendi lehine başvurmasının koşulları konusunda ipuçları vermektedir. Kanunun 82. maddesinin son fıkrası "Bir tacirin tuttuğu bütün defterlerin birbirini teyit etmesi şarttır; aksi takdirde defterler delil olmaktan çıkar" şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Aynı yönde olmak üzere 85. madde de "Kanuna uygun

[196] Tanrıver **-Noterler**, s. 87.

bir surette tutulan ve birbirini teyit eden ticari defterlerin münderecatı sahibi lehine delil ittihaz olunur; şu kadar ki hasım tarafın keza kanuna uygun surette tutulmuş olan ve birbirlerini teyid eden defterleri buna aykırı olur veya bu hususta hiçbir kaydı havi bulunmazsa yahut iddianın dayandığı kaydın aksi, vesika veya diğer muteber delillerle ispat edilirse sözü geçen kaydın ispat kuvveti kalmaz." demektedir.

Ticari defterlerin defteri tutanın lehine delil olabilmesi için, her iki tarafın da defter tutma zorunluluğuna sahip olması, uyuşmazlığın her iki tarafın da defteri geçirmesi zorunlu olan bir ticari ilişkiden doğmuş olması, defterlerin kanuna uygun şekilde tutulmuş olması, defter kayıtlarının birbirini doğrulaması ve karşı tarafın bu iddiayı kendi defter kayıtları veya diğer geçerli delillerle çürütememiş olması gerekir[197]. Mahkeme, ticari defterlerin defteri tutan lehine delil olması halini takdiri deliller çerçevesinde serbestçe değerlendirir[198]. Buradaki defterin bütünlüğü yönünden olan şartlar, yani defterlerin usulüne uygun olarak tutulmuş olması ve parçaların birbirini teyit etmesi, tarafın tuttuğu elektronik kayıtlara kendisi lehinde elektronik delil olarak başvurmak istemesi halinde hâkim açısından yol gösterici olmalıdır. Kendi yarattığı bir elektronik kayda dayanan taraf öncelikle bu kayıtları düzgün olarak tuttuğunu ispat etmeli, ayrıca incelenen kayıtlarda birbirine

---

[197] Arkan, s. 345 vd.; Poroy, Yasaman, 152-154; Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, s. 508-512; Üstündağ, s. 637; Postacıoğlu - **Medeni Usul**, s. 633; Kuru **–Cilt III**, s. 2464 vd.

[198] Yıldırım **–Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 217; B. Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt III, 6. Baskı, İstanbul, 2001, 2464 vd.

aykırı kısımlar olmamalıdır. Böyle aykırı kısımların var olup olmadığının incelenebilmesi için de, talep halinde tutulan kayıtların tümünün mahkemeye sunulması gerekmektedir[199]. Böylece mahkeme kayıtların tamamında bir inceleme yaparak tutarlı olup olmadığı konusunda bir kanaate varacaktır. Kişinin kendi lehine delil yaratabilmesi istisna olduğu ve kanun koyucu tarafından düzenlendiği için bu şartlar kanımızca delilin ağırlığını tespit eden şartlardan ziyade, delilin mahkemeye kabul edilmesi için gerekli olan şartlardır, dolayısıyla bu tarz delillerin kabul edilip edilmemesinin de temyiz kanun yolunda denetlenmesi gerekir.

Bu şartları taşıyan bir delil, karşı tarafça çürütülemediği takdirde, karara esas olabilir. Bu tarz deliller kesin delil olmadığı için, karşı taraf bunların aksini her türlü delil ile ispat edebilir[200]. Neticede bu ispat faaliyetleri sonucunda hâkim ispat yükü kuralları çerçevesinde hükmünü verecektir. Elektronik deliller açısından bu şartların kanunda düzenlenmesi söz konusu olmadığı için, Yargıtay içtihatları ile bu yönde bir teamül yaratılması uygun olacaktır. Böylece bu tarz durumlarda mahkemelerin benzer kararlar vermesi ve delillerin kabulü ile değerlendirilmesi hususlarında bir tutarlılık sağlanabilir.

[199] Kuru **–Cilt III**, s. 2473.

[200] Kuru **-Cilt III,** s. 2481; Karş.: TTK M. 85, son cümle.

II. Karşı Tarafın Delillere Ulaşma İsteği ve HUMK'ndaki Senedatın İbrazı Mecburiyeti Hükümlerinin Uygulanması[201]

Bir yargılamada, tarafın iddia veya savunmasını dayandırdığı delil her zaman kendi elinde olmayabilir. Böyle durumlarda tarafın delilden tamamen yoksun kalmasını önlemek için HUMK'nda çeşitli düzenlemelere yer verilmiştir. Bu yöndeki en önemli düzenleme, m. 326 vd.'nda bulunmaktadır. Bölüm başlığı her ne kadar "Senedatın İbrazı Mecburiyeti" olsa da, madde metinlerinde daha doğru olarak "vesika" tabiri kullanılmıştır. Nitekim burada düzenlenen sadece senetler değil, her türlü belgedir. Vesika (belge), bir olguyu gösteren eden yazı, fotoğraf, resim, film vb.'dir[202]. Bu sebeple sadece teknik (dar) anlamda senetler değil, tarafların dayanmak istediği her türlü belge, 326. madde vd. kapsamındadır.

Kural olarak hiç kimseden kendisi aleyhindeki bir belgeyi vermesi beklenemez ve buna zorlanamaz[203]. Ancak bu kural günümüzde bu kadar

---

[201] Bu konu hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. M. Göksu, "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", **MİHDER**, 2009/2, s. 251 vd.

[202] **Türk Dil Kurumu Sözlüğü**, Cilt 1, s. 165.

[203] *"…Bir davada taraflardan hiçbiri; karşı yanın davayı kazanması için kendi aleyhine ve onun lehine olan bir kanıtı göstermeye zorlayamaz. Davacı ve davalı, dayandıkları kanıtlarını kendileri ibraz zorundadırlar. Ancak Usul Kanunumuz 326 ve izleyen maddelerinde senetler açısından, çeşitli olasılıkları göz önüne alarak bu kuralın bazı ayrıklarına yer vermiş ve 326. maddede sayılan belgeleri, bir tarafı kendi aleyhine bile olsa mahkemeye vermekle yükümlü kılmıştır*." 14. HD., E. 2001/7808, K. 2001/8353, T. 30.11.2001 (www.kazanci.com.tr).

katı anlaşılmamaktadır[204]. Tarafın hasmının elindeki senet ve belgelere dayanması, bunların mahkemeye getirilmesini sağlaması bazı durumlarda mümkündür. Bu konudaki en önemli düzenleme HUMK'nun 326.vd. maddelerinde yer almaktadır. HUMK'nun 326. maddesine göre:

"Kanunu Medeni ve Ticaret Kanunu mucibince bir kimse, yedinde bulunan vesikayı ibraza mecbur olduğu gibi aşağıda yazılan vesikaları da ibraz ile mükelleftir:

1 - Mahkemeye verilen evrakta istinat olunan senetler,

2 - Bir tarafın diğer taraftan davaya müteaallik aldığı mektup ve telgraflar,

3 - İki taraf için müşterek olan muamele ve menfaatlere mütaallik tanzim olunan vesikalar.

4 - İki tarafın müstakillen veya müştereken malik olduğu vesikalar."

Buna göre tarafların ibraz etmek zorunda olduğu belgeler şu şekilde özetlenebilir[205]: Dilekçe ve layihalarda dayanılan senetler, mektuplar ve telgraflar, iki taraf için müşterek olan belgeler, bir tarafın karşı taraf elindeki belgeleri, hesap defterleri, Borçlar Kanunu[206] ile Ticaret Kanunu[207] gereğince

---

[204] Üstündağ, 678-679; R. Arslan, **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 1989, (Kısaltması: Arslan **–Dürüstlük Kuralı**) s. 89-90.

[205] Kuru **–Cilt II**, s. 2188 vd.

[206] Örnek olarak: BK. m. 168/II, 381, II.

[207] Örnek olarak: 79, 81, 111.

verilmesi gereken belgeler. Maddenin 4. bendinde "iki tarafın müstakillen veya müştereken malik olduğu vesikalar" şeklinde yer alan ifadenin ise çok geniş olduğu, bunun "ibrazı isteyen tarafın maliki veya müşterek maliki olduğu belgeler şeklide anlaşılması gerektiği konusunda doktrinde bir görüş birliği bulunmaktadır[208]. Bu yorum kanımızca kısıtlayıcı olsa da, düzenlemenin şeklinden ve ruhundan bu sonuç çıkmaktadır. Kanun koyucu maddenin lafzından anlaşılan (geniş) yorumu tercih etmiş olsaydı, diğer belgelerin maddede sayılmasına zaten gerek kalmayacaktı.

Hâkimin yukarıda sayılan belgeler ile ispat edilmek istenilen hususun davanın halli için gerekli olduğuna kanaat getirmesi halinde, karşı taraf da bu belgenin kendisinde olduğunu ikrar ederse veya talebe karşı sessiz kalırsa, bu belgeler tarafta sayılır ve mahkeme bu belgelerin ibrazını emreder (HUMK m. 330). Eğer taraf belgelerin varlığını inkâr ederse, delile dayanan tarafın talebi ile böyle bir belgeyi elinde bulundurmadığı, itina ile aramasına rağmen bulamadığı, karşı tarafın kullanmasını engellemek amacıyla ortadan kaldırmadığı, yok etmediği veya saklamadığı, belgenin nerede veya kimde olduğunu bilmediği yönünde yemin etmesi istenebilir (HUMK m. 331). Taraf yemin ederse karşı taraf bu delil bakımından artık her hangi bir iddiada bulunamaz. Taraf yemin etmez ise, veya elinde bulundurduğu kabul edildiği halde (ikrar veya susma yoluyla) belgeyi vermezse, mahkeme belgenin içeriği konusunda delile başvuran tarafın ifadesini yeterli sayabilir (HUMK m. 332).

---

[208] Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 341; Kuru **–Cilt II**, s. 2190; Postacığlu **–Medeni Usul**, s. 631.

Yukarıdaki hususlar 333. madde gereğince üçüncü kişiler hakkında da uygulanır. Ancak buradaki fark, üçüncü kişinin taraf olmaması hasebiyle, belgelerin verilmesi emrine uymamanın yaptırımı konusundadır. Tarafın belgeyi vermemesi halinde belgenin içeriği konusunda karşı tarafın ifadesinin yeterli sayılması uygundur. Zira, belgeyi vermeyen taraf davayı kaybetme ile karşı karşıya olacaktır. Ancak bu sonuç davanın tarafı olmayan kişiler açısından bir anlam ifade etmeyeceği için Kanun, bu üçüncü kişiler hakkında tanıklar hakkındaki hükümlerin uygulanacağını düzenlemektedir (HUMK m. 336). Bu sayede bu kişiler zorla mahkemeye getirilebilirler ve bunlara ceza verilebilir (HUMK m. 253).

Her ne kadar kanunda düzenlenmemiş olsa da, özellikle üçüncü kişilerin zarara uğramaması için, istenen belgeden başka hususların da öğrenilmemesi ve sır vb. gibi durumların ortaya çıkmaması için belgeyi sunan kişiler mahkemeden gerekli tedbirleri almasını talep edebilirler[209].

Buraya kadar bahsettiğimiz düzenlemelerin elektronik belgeler açısından uygulanmasını engelleyecek her hangi bir durum kanımızca bulunmamaktadır. Zira belge tanımında da elektronik belgeleri bu tanım dışında bırakabilecek bir ifade bulunmamaktadır. Kanun da sadece vesika (belge) ifadesini kullanmış, "yazılı belge" dememiştir. Dolayısıyla belge tanımına giren her türlü "şey"in, m. 326 vd. kapsamına gireceği kanısındayız[210]. 326. maddede belirtilen şartları taşıyan elektronik belgelerin

[209] S.Ş. Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Ankara 1960, s. 302.

[210] Nitekim HMK Tasarısında da belgelerin zorunlu ibrazını düzenleyen 223. madde, elektronik belgeleri de içine alacak şekilde düzenlenmiştir: "Taraflar,

verilmesinden, sırf elektronik oldukları iddiası ile kaçınmak mümkün değildir. Mahkemelerin de, bu tarz talepleri kabul etmesi uygun olur.

Karşı tarafın elindeki belge ve bilgilere ulaşma konusunda Ticaret Kanununda da çok önemli düzenlemeler bulunmaktadır. Bu düzenlemeler ticari defter ve belgelerin teslim veya ibrazı (TTK m. 79-81) ve ticari defterlerden ispat aracı olarak yararlanılması (TTK m. 82-86, 1465) olarak iki ayrı kategoride incelenebilir.

HUMK m. 326'daki esaslara paralel olarak TTK, Ticari defter ve belgelerin uyuşmazlık sırasında mahkemeye ibrazı zorunluluğunu düzenlemiştir. TTK'nun 79. maddesine göre miras, şirket ve iflas hallerinde ticari defter ve saklanması gereken diğer belgelerin teslimi mahkemeden istenebilir. Bu defter ve belgelerin mahkemeye teslimi üzerine hem mahkeme hem de ilgililer bu belgeleri inceleyebilirler. Bu düzenleme çok önemli bir sonuç içerdiği için sadece bu iç duruma has olmak üzere tahdidi olarak düzenlenmiştir[211]. TTK'nun 80. maddesinde ise, yargılama sırasında haklı bir menfaatin varlığı ve mahkemenin bunu tespit etmesi üzerine re'sen veya talep üzerine bunların veya ilgili kısımlarının ibrazı istenebilir. Mahkeme

---

kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise, belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir".

[211] Arkan, s. 340.

burada sadece ilgili kısımları üzerinde kendisi inceleme yapabilir veya bilirkişi incelemesi yaptırabilir[212].

TTK'nda ayrıca ticari defterlere nasıl delil olarak başvurulabileceği de düzenlenmiştir. Ticari defterler defteri tutanın lehine veya aleyhine delil olabilir. Ticari defterlerin tutan lehine delil olabilmesi konusunu bir önceki başlıkta inceledik. Ticari defterlerin defteri tutan aleyhinde delil olabilmesi ise, hasmın elindeki delile başvurma yollarından birisini oluşturmaktadır. Ticari defterlerin defteri tutan aleyhine delil olması iki şekilde gerçekleşebilir. Delili ileri süren taraf, karşı tarafın elindeki deftere dayanmak istiyor fakat başka delilleri de varsa (yani bu defter ile delillerini hasretmiyorsa) bu durum yukarıda bahsettiğimiz 80. madde çerçevesinde HUMK m. 330-332 hükümlerine tabi olacaktır[213]. Bununla birlikte eğer taraf delil olarak sadece hasmın elindeki deftere dayanıyor, yani delillerini hasrediyorsa, bu durumda TTK m. 83/II hükmü uygulanır, hâkimin "muhik bir menfaatin mevcudiyetini" aramaksızın ve "ispat bakımından zaruri olup olmadığını" araştırmaksızın defterin ibrazına karar vermesi gerekir[214], ayrıca bu hükmün uygulanabilmesi için talepte bulunanın tacir olması gerekmez, diğer kişiler de bu madde

---

[212] Arkan, s. 342; Poroy, Yasaman, s. 152; Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, s. 508; R. Ayhan, H. Çağlar, M. Özdamar, **Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar,** Ankara, 2009, s. 267.

[213] Arkan, s. 342; Kuru **–Cilt III**, s. 2447.

[214] Kuru **–Cilt III**, s. 2450.

hükmünden yararlanabilirler[215]. Ticari defterler TTK'nun 84 ve 1465. maddeleri gereğince düzgün şekilde tutulmuş olsalar da olmasalar da, her durumda sahibinin aleyhine delil oluştururlar[216]. Kendi defterlerine dayanarak iddianın aksini ispat, sadece defterlerin usulüne uygun olarak tutulmuş olması halinde mümkündür[217,218].

Ticari defterler ile ispat HUMK ve TTK hükümleri çerçevesinde mümkün olmakla birlikte, bu şekilde yapılan ispatın senetle ispat olduğu söylenilemez[219]. Senet, aşağıda[220] açıklayacağımız üzere yazılı olan her

---

[215] Arkan, s. 343; Postacıoğlu -**Medeni Usul**, s. 633; Kuru **–Cilt III**, s. 2449; Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 270; İ. Doğanay, "Tacir Olmayan Bir Kimse, Tacir Sıfatını Haiz Olan Hasmının, Ticarî Defter Kayıtlarına Dayanabilir Mi?", **Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan**, Ankara, 1974, s. 754.

[216] Bkz. Arkan, s. 344, dn. 3'de zikredilen Yargıtay kararı (15. HD. 24.02.1981, E. 341, K. 387, YKD, 1981, C. 7, S. 17, s. 885).

[217] Arkan, s. 344-345; Poroy, Yasaman, s. 154; Ayhan, Çağlar, Özdamar, s. 269.

[218] TBMM Genel Kurulunda görüşülmekte olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısında, ticari defterlere delil olarak dayanılması konusunda bir hükme yer verilmemiştir. Bu sebeple HMK Tasarısının TBMM Adalet Komisyonunda görüşülmesi sırasında, tasarıya yeni bir madde eklenmiş ve bu konudaki düzenleme HMK Tasarısının içine alınmıştır. Tasarının söz konusu 228. maddesi, mevcut TTK'nun yukarıda bahsettiğimiz hükümlerine büyük ölçüde paralel olmakla birlikte, mevcut düzenlemede bulunan tamamlayıcı yemine yer verilmemiştir. Tacir tarafın, defteri ibrazdan kaçınması halinde, ibrazı isteyen taraf (delillerini karşı tarafın defterine başvurma talebi ile hasretmiş ise) iddiasını ispat etmiş sayılır (m. 228/V).

[219] Postacıoğlu -**Medeni Usul**, 635.

belgeye verilen isim değildir, karşı taraftan sadır olması gerekir[221]. Ticari defterlerin karşı taraftan sadır olmadığı açık olduğuna göre, burada kanun tarafından (tıpkı EİK ve HUMK çerçevesinde güvenli elektronik imzayla atılmış belgelerin kesin delil sayılması gibi) tanınmış özel ve kesin bir delil söz konusudur. Bu delilin aksi diğer kesin delillerle ispat edilebileceği gibi, uyuşmazlıkta takdiri delillere başvurulmasının mümkün olduğu takdirde bunların aksinin tanık beyanıyla da (ya da diğer takdiri deliller) ispatı mümkündür[222]. Bununla birlikte bu defterler yazılı delil oldukları için, tanık dinletmenin caiz olmadığı durumlarda aksinin tanıkla ispatı mümkün olmayacaktır[223].

Sonuç olarak elektronik ortamda tutulan ticari belgeler ve yapılacak kanuni düzenlemeler sonrasında elektronik ortamda tutulan ticari defterlerin hem bunların sahibi, hem de hasım tarafından yargılamaya getirilmesi mümkündür[224]. Bunların mahkemece incelenmesi, diğer elektronik belgelerin incelenmesinden farklı olmayacaktır.

---

[220] Bkz. aşa. başlık § 5, B, II, 1.

[221] Postacıoğlu -**Medeni Usul**, 586, Kuru –Cilt II, s. 2073.

[222] Postacıoğlu -**Medeni Usul**, s 635; Kuru **–Cilt III**, s. 2478; Ülgen, Teoman, Helvacı, Kendigelen, Kaya, Nomer Ertan, s. 515.

[223] Kuru **–Cilt III**, s. 2478. Karşı görüşte: S. Olgaç, M. Çemberci, "İspat Hukuku Yönünden Ticari Defterler", **BATİDER.**, 1965, Cilt: III, S. 1, s. 116-117.

[224] Yargıtay 13. HD.'nin 2000 yılında vermiş olduğu bir karar, ticari defterlerin ispat amacıyla kullanılması, elektronik deliller ve tecrübe kuralları açısından ilginçtir: *"… Mahkemece bayinin defter ve kayıtları üzerinde inceleme*

D. Elektronik Verilerin Elektronik Delil Haline Getirilmesi

I. Verilerin Araştırılması ve Toplanması

Elektronik ortamda tutulan verilerin çokluğu ve çeşitliliği, bu verilerden delil olarak yararlanılmak istenmesinde ciddi bir sorun yaratmaktadır. Bu sorun, tarafın kendi elindeki elektronik delillere dayanmasından ziyade, karşı tarafın elindeki delillere ulaşmaya çalışmasında önem kazanır. Karşı tarafın elindeki belgelerin yargılamaya getirilmesinin istenmesi halinde, bu belgelerin nasıl inceleneceği, hangilerine başvurulabileceği, hangilerinin getirilmesi gerektiği hususlarının açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu husus özellikle hukuki işlem dışında, haksız fiil vb. gibi sebeplerden doğan uyuşmazlıklarda görülmektedir. Hukukumuzda hasmın (veya üçüncü kişinin) elindeki belgelere ulaşabilme konusundaki en önemli iki düzenleme olan yukarıda[225] bahsetmiş olduğumuz HUMK m. 326

---

yaptırılmasına karar verilmiş ise de, satıcı firmanın herhangi bir defter, kayıt ve belgesi bulunmadığı anlaşılmıştır. Bilirkişi tarafından davalının bayisi olan Özmenler Ticaretin avukatı olduğu bildirilen kişinin bürosunda, avukatın kişisel bilgisayarlarındaki kayıtlar incelenmiştir. Bu avukatın satıcı firmanın vekili olmadığı, ancak ortaklarının kişisel vekili olduğu anlaşıldığı gibi bir avukatın kişisel bilgisayarında müvekkilinin ticari kayıtlarının bulunması da hayatın olağan akışına uygun değildir…": 13. HD, E. 3201, K. 5210 (www.hukukturk.com). Dairenin kararı yerinde olmakla birlikte, yerel mahkemenin ticari kayıtları tarafın ortaklarının avukatının bilgisayarında araması, elektronik deliller konusunda mahkemelerin bilgisinin zaman zaman ne kadar yetersiz kalabileceğini göstermektedir.

[225] Bkz. yuk. başlık § 4, C, II.

vd. ile TTK m. 79 vd. madde düzenlemelerinde, nelerin bu düzenlemelere dâhil oldukları belirtilmiştir.

HUMK'nda, mahkemeye verilen evrakta istinat olunan senetler, bir tarafın diğer taraftan davaya müteallik aldığı mektup ve telgraflar, iki taraf için müşterek olan muamele ve menfaatlere müteallik tanzim olunan vesikalar, iki tarafın müstakillen veya müştereken malik olduğu vesikaların ve hesap defterlerinin ilgili parçalarının ibrazının mahkemece emredilebileceği düzenlenmiştir (HUMK m. 326, 327, 328). HUMK'nun 329. maddesine göre, bu delillere dayanmak isteyen tarafın, söz konusu belge ve defterlerin içeriğinin ne olduğu yönünde mahkemeye bilgi vermesi gerekir. Bundan kasıt, belgenin birebir içeriğinden ziyade, bu belgenin ne üzerine olduğu ve bu belge ile ispat edilmek istenen vakıa ile olan ilişkisinin olabildiğince açık olarak anlatılmasıdır[226]. Bu talep üzerine mahkemenin söz konusu belge ile ispat edilmek istenilen vakıanın davanın sübutuna medar olacağına kanaat getirilmesi halinde ve karşı tarafın da bu belgenin kendisinde olduğunu kabul etmesi veya ses çıkarmaması halinde, belgelerin mahkemeye getirilmesi emredilir (m. 330). HUMK'nun 334. maddesinde de üçüncü kişilerin elinde bulunduğu iddia edilen vesikalar düzenlenmiş, yine benzer şekilde iddia edenin belgenin içeriği konusunda bilgi sunması zorunluluğu ifade edilmiştir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, hangi belgelerin getirileceğini üst sınıf olarak belirlemiş, bu üst sınıflara hangi belgelerin dâhil olacağı konusunundaki kararı ise mahkemeye bırakmıştır. Mahkeme gerekli gördüğü

---

[226] M.R. Belgesay, **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi**, 3. Bası, İstanbul, 1950, s. 42.

kadar belgenin getirilmesini emredebilir. Bu yaptığımız açıklamalar yukarıda belirttiğimiz üzere elektronik belgeler açısından da geçerli olacaktır[227]. HUMK 326 vd. maddelerinde dikkati çeken önemli bir nokta, özellikle 329. madde çerçevesinde, sadece belirli belgelerin getirilmesinin düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre tarafın, karşı tarafın bilgisayarlarının incelenmesini isteme gibi genel bir talebi olamaz, zira böyle bir istek 329. maddeye aykırı olacaktır. Burada talep, aralarındaki e-posta yazışmaları veya ticari kayıtlar gibi daha belirli belge grupları üzerinden olmalıdır.

TTK m. 79. vd.'nda yapılan düzenleme, HUMK düzenlemesine göre çok daha geniştir. Kanun koyucu burada dava ile ilgili olmak koşuluyla her türlü defter ve kayıtların mahkemeye sunulmasının emredilebileceğini düzenlemiştir. HUMK'ndaki düzenlemenin aksine burada daha kapsamlı bir incelemeden bahsedildiği ve HUMK m. 329 paralelinde bir hüküm olmadığı için, TTK çerçevesinde yapılacak inceleme çok daha geniş olacaktır. Taraf, TTK çerçevesinde karşı tarafın bilgisayarının incelenmesi gibi bir istekte bulunabilir. Nitekim uygulamada da mahkemeler bu yönde kararlar vermektedirler[228].

Her iki düzenlemede de, yapılacak incelemenin nasıl olacağı ve sınırlarının ne olacağı düzenlenmemiş, bu hususlar mahkemeye bırakılmıştır.

---

[227] Bkz. yuk. başlık § 4, C, II.

[228] *"…O halde mahkemece, bankacılık konusunda uzman bilirkişi aracılığı davalı bankanın ilgili şubelerinin tüm kayıtları üzerinde inceleme yapılması…*" , 11. HD, E. 6844, K. 1171 (www.hukukturk.com); Ayrıca bkz. yuk. dn. 224'de bahsedilen karar.

Mahkemenin her bir olayın özelliklerini dikkate alarak bu incelemeleri yaptırması veya belgelerin getirilmesini emretmesi gerekir.

Hukukumuzda bahsettiğimiz düzenlemeler kısıtlı olmakla birlikte, ABD Hukukunda karşı tarafın (veya üçüncü kişinin) elindeki belgelerin getirilmesinin kapsamı ve şekli, buna paralel olarak da elektronik belgelerin nasıl ve ne kapsamda yargılamaya getirilmesi gerektiği, daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. FRCP'nin 26 (a)(1) maddesine göre delillerin ortaya çıkarılması faaliyetinin konusunu, tarafların iddia ve savunmaları ile bağlantılı olan her türlü husus oluşturabilir. Bu çerçevede 34. maddede, her türlü elektronik belgenin getirilmesi ve talep eden tarafça incelenmesinin, kopyasının çıkarılmasının veya örneklenmesine izin verilmesinin talep edilebileceği düzenlenmiştir. Görüldüğü üzere burada iki ayrı husus söz konusudur. Bunlardan birincisi belgelerin sunulmasının talep edilmesi, ikincisi ise karşı tarafın bilgisayarlarında (veya diğer kayıtlarında) inceleme yapılmasının talep edilmesidir. Bilgisayar kayıtlarının çeşitliliği ve değişmeye veya silinmeye açık olmaları böyle bir talebe izin verilmesini zorunlu kılmaktadır[229]. Bu inceleme, ayrıca, söz konusu bilgisayar sistemlerinin nasıl çalıştığının öğrenilmesi ve bu sayede sunulan delillerin daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla da olabilir[230]. Yine aynı maddede, talepte, talebe konu olan belge veya belge gruplarının ne olduğu konusunda

[229] **Discovery of Electronic Evidence,** s. 665; Finkelthal, 1633.

[230] Robins, 446.

açıklama yapılması gerektiği de belirtilmiştir[231]. Bu talebe karşı yapılabilecek itirazlara (sınırlara) bir sonraki başlıkta değinilecektir.

ABD Hukuk Yargılamasında, delillerin ortaya çıkarılması kurumuna konu olabilecek elektronik veriler çok çeşitlidir. Kullanılmakta olan bilgisayarların incelenmesinin yanı sıra, yedeklenmiş verilerin incelenmesi de söz konusu olabilir[232]. Ancak bu sunum çok zahmetli veya maliyetli olacaksa, taraf gerekçelerini mahkemeye belirtmek koşulu ile bunu yapmaktan kaçınabilir. Bu durumda mahkeme karşı tarafın (talep eden tarafın) bu yönde geçerli bir sebep ileri sürmesi halinde durumu değerlendirir ve her halükarda belgelerin sunulmasını emredebilir (FRCP r. 26 (b)(2)(B)). Bu durum özellikle bilgisayar sistemlerinin değişmesi sonucunda ortaya çıkmaktadır. Arşivlenen verilerin eski sistemde olması, bunların okunabilir hale getirilmeleri, çok büyük zahmet ve gider gerektirebilir[233].

İngiliz Hukukunda da, yukarıda bahsettiğimiz "delillerin ifşası" kurumu çerçevesinde elektronik belgelerin de karşı tarafın isteği üzerine mahkemeye sunulmaları emredilebilir[234]. Delillerin ifşası, standart (CPR R. 31.6) ve spesifik (CPR 31.12) olarak ikiye ayrılmaktadır. Standart ifşa, hukukumuzdaki belgelerin mahkemeye sunulmasına benzerken, spesifik ifşa, ABD Hukukundakine benzer şekilde araştırma veya belge gruplarının sunulmasını

[231] Robins, s. 504.

[232] Brown, s. 5; Feldman, s. 30.

[233] Finkelthal, s. 1620.

[234] Seitz, Harris, s. 15.

düzenlemektedir[235]. Yine İngiliz düzenlemesinde de derhal erişilebilir verilerin yanı sıra, arşivlenmiş ve yedeklenmiş veriler ve silinmiş verilerle birlikte meta bilgileri de ifşaya konu olabilirler[236].

II. Elektronik Delillerin Toplanmasındaki Sınırlar

Yukarıda bahsettiğimiz şekilde, her türlü elektronik verinin mahkemeye getirilmesi emredilebilir. Fakat bu verilerin kapsamının ne olacağı ise, farklı bir sorunu beraberinde getirmektedir. Örneğin iş hukuku ile ilgili bir davada, ayrımcılık iddiasında bulunan davacının talebi ile davalı işverenin tüm iç yazışmalarının mahkemece istenmesi durumunda, işverenin büyüklüğüne göre çok fazla sayıda belgenin sunulması söz konusu olabilir. Bir şirketin bilgisayarlarında inceleme yapılmasına karar verilmesi durumunda, bilgisayarlarda bulunan uyuşmazlıkla ilgili bilgilerin uyuşmazlık dışı bilgilerden ayıklanması gerekebilir. Bir şirketin çeşitli yılları içeren çok sayıda arşiv dosyalarının (cd veya benzer şekilde saklanmış) okunabilir hale dönüştürülüp incelenmesi talep edilebilir. Bütün bu örnekler, elektronik verilerin delil olarak getirilmesindeki kapsam sorununun ne kadar önemli olduğunu göstermektedirler.

Yukarıda[237] bahsettiğimiz üzere Türk Hukukunda bu kapsamın ne olacağı konusunda her hangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Uyuşmazlıkla

---

[235] Rose (Editor-in-Chief), s. 660 vd.

[236] Rose (Editor-in-Chief), s. 663; CPR Uygulama Yönergesi 31, 2A.1 (http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/contents/practice_directions/pd_part31.htm Erişim Tarihi: 15 Ocak 2009)

ilgili defter ve kayıtların getirilmesinden bahsedilmiş olsa da, "ilgili" kavramının sınırı, olaydan olaya, mahkemeden mahkemeye değişecektir. Bu yönde hukukumuzdaki en büyük tereddüt ticari sırlar açısından yaşanmaktadır[238].

Bahsettiğimiz üzere ABD Hukukunda taraflardan birine, karşı tarafın bilgisayarlarında inceleme yapma yetkisi verilebilmektedir. Fakat bu yetkinin ancak yeterli gerekçe gösterilmiş olması ve daha az müdahaleci başka bir yol bulunmaması hallerinde verildiğini belirtmek gerekir[239]. Zira bu inceleme, beraberinde çok önemli iki büyük problemi getirmektedir. Bunlardan ilki tarafın dava ile ilgili ya da ilgisiz bütün bilgilerinin karşı tarafa veya bilgisayarları inceleyen uzmana açılması, diğeri ise bu inceleme öncesinde ve sırasında tarafın bu bilgisayarları kullanamaması ihtimalidir[240]. Bu sebeplerden dolayı mahkemeler bu taleplere çekinceyle yaklaşmaktadırlar;

---

[237] Bkz. yuk. başlık § 4, C, II.

[238] Bu çalışmanın hazırlandığı sırada TBMM Komisyonlarında görüşülmekte olan "Ticarî Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkında Kanun Tasarısı" adında bir tasarı bulunmaktadır. Bu tasarı ile hangi hallerde söz konusu sırların ifşa edilebileceği düzenlenmektedir. Ancak çok kısa bir metni olan tasarının 4. maddesinde mahkemelerin bu sırların açıklanmasını talep edebilecekleri ifade edilmiş, başka bir ayrıntı getirilmemiştir. Tasarının tam metni: http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/ticarisir.pdf (Erişim Tarihi: 15 Ocak 2009).

[239] **Discovery of Electronic Evidence,** s. 666; **Finkelthal,** s. 1615; **Curreri,** s. 1570; **Robins,** s. 446.

[240] Seitz, Harris, s. 12; **Discovery of Electronic Evidence,** s. 666; **Finkelthal,** s. 1615; **Curreri,** s. 1570; **Robins,** s. 446.

Örneğin Florida Temyiz Mahkemesinin verdiği bir kararda, tarafa bilgisayarı inceleme yetkisinin, sadece silinmiş bilgileri geri getirebileceği konusunda yeterli delil sunulması ve mahkemenin bundan daha az müdahaleci başka bir yol olmadığına kanaat getirmesi halinde verilebileceğini ifade edilmiştir[241].

Belgelerin sunulması talebinin içeriğinde çok sayıda belgenin bulunması halinde, belgeleri sunacak olan tarafın itirazının da gerekçeli olması gerekir. Yani sadece "talebin çok geniş olduğu" yönündeki itiraz yeterli olmayacaktır[242]. Tarafın, bu talebin sunacağı zorlukları ve giderleri ayrıntılı olarak ifade etmesi ve alternatif sunması gerekir[243]. Sunulması gereken delillerin sayısının çok olduğu durumlarda, mahkemeler örnekleme metoduna da başvurmaktadırlar. Buna göre tarafın sahip olduğu elektronik verilerin belirli bir kısmına erişim sağlanmakta, bu erişim sonunda elde edilen sonuçlara göre mahkeme erişimin arttırılıp arttırılmaması konusunda karar vermektedir[244]. Karşı taraftan yüklü miktarda belge talep edilmesi halinde bu

---

[241] "*Strasser v. Yalamanchi"*, (669 So.2d) (Curreri, s.666).

[242] Seitz, Harris, s. 13; Finkelthal, s. 1615.

[243] Seitz, Harris, s. 13; Finkelthal, s. 1615; "Belgelerin sunulmasına zorlanma veya koruma tedbiri talebi söz konusu olduğunda, belgeleri sunması istenilen taraf, istenilen belgelere ulaşmanın aşırı şekilde zahmetli veya maliyetli olması sebebiyle makul şekilde erişilmesinin mümkün olmadığını ortaya koymalıdır. Bu yapılsa dahi, belgeleri talep eden tarafın geçerli sebep göstermesi halinde mahkeme, 26 (b)(2)(C) maddesindeki şartları da göz önüne alarak belgelerin sunulmasını emredebilir" (FRCP r. 26 (b)(2)(B)).

[244] Finkelthal, s. 1616; Curreri, s. 1569-1570; Ayrıca bkz. "*Zubulake v. UBS Warburg LLC."* (217 FRD 309) (www.westlaw.com).

talebin sınırlarının iyi çizilmesi gerektiği konusundaki hassasiyet İngiliz hukukunda da bulunmaktadır[245].

ABD Hukukunda elektronik belgelerin sunulması ile ilgili çok önemli diğer bir husus da, gizli bilgilerin, özellikle de Avukat-Müvekkil veya Doktor-Hasta arasındaki bilgilerin gizliliği (*privilege*) gibi hukukça korunan hususların[246] bu sunumda ifşa olması tehlikesidir. Hukuk (ve ceza) davaları bakımından FRE'nin 501 ve 502. maddeleri gizlilik konusunu düzenlemektedir. 501. madde, genel bir ifade ile hâkimin, gizlilik konusunu *Common Law* kurallarına göre (istisnai hallerde eyaletin hukukuna göre) somut olayda yaşam tecrübelerini de kullanarak değerlendireceğini belirtirken, 502. madde avukat-müvekkil gizliliğini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. FRCP'nin delil ortaya çıkarılması faaliyetinin kapsamını düzenleyen 26. maddesinde de gizlilik içeren bilgilerin delil sunmanın kapsamına dâhil olmadığı belirtilmiştir. Tarafın gizlilik içeren belgeleri sunması kural olarak bu gizlilikten feragat etmek anlamına geldiği için[247], elektronik veriler gibi milyonlarca sayfa verinin söz konusu olabildiği durumlarda bu konunun hassasiyeti göz önüne çıkmaktadır[248]. Bu durumların

---

[245] L. Cohen, "Shopping And Fishing: Where Claims Of Confidentiality Meet Demands For Disclosure"; **Journal of Intellectual Property Law & Practice**, 2006, Vol. 1, No. 6, s. 382.

[246] Strong (Editor), s. 114-115.

[247] Rothstein, Hedges, Wiggins, s. 14.

[248] S.K. Danna, "The Impact of Electronic Discovery on Privilege and the Applicability of the Electronic Communications Privacy Act", **Loyola of Los**

önlenebilmesi için uygulamada bazı yollara başvurulmaktadır. Bunlar "geri alma" (*claw-back*) anlaşmaları, "göz gezdirme" (*quick-peek*) anlaşmaları ve özel uzman atanması gibi yollardır. Geri alma anlaşmaları, verilen belgelerin incelenme sırasında gizlilik içeren bir bilginin yanlışlıkla dâhil olduğunun fark edilmesi halinde taraflar arasında yapılacak bir anlaşmayı ifade etmektedir[249]. Göz gezdirme anlaşması ise, belgeleri sunan tarafın avukatının gizlilik incelemesini yapmadan önce, belgeleri talep eden tarafın avukatının belgeler üzerinde yaptığı incelemedir[250]. Bu inceleme sonunda talep sahibi tarafın avukatının uyuşmazlık ile ilgili gördüğü belgeler, belgeyi sunan tarafın avukatının gizlilik olup olmadığı yönünde yapacağı incelemeye konu olurlar. Bu incelemenin sonunda belgenin sunulması halinde gizlilikten söz edilemez[251]. Görüldüğü üzere bu hususta belgeleri sunan tarafın avukatına da çok büyük bir sorumluluk düşmektedir, bu da hiç kuşkusuz yargılamadaki giderleri arttıracaktır[252]. Üçüncü yol olan uzman atama ise hukukumuza en

---

Angeles Law Review, Volume 38, 2004-2005, s. 1689 vd.,; Carroll, s. 379; Rice (Editor), s. 132 vd.

[249] Danna, s. 1721; Finkelthal, s. 1618.

[250] Danna, s. 1721; Finkelthal, s. 1618.

[251] Danna, s. 1721-1722.

[252] **Discovery of Electronic Evidence,** s. 659; FINKELTHAL'a göre elektronik belgelerin (hasım tarafından) delil olarak sunulması beş aşamalı bir faaliyet sonucunda gerçekleşmektedir: (1) Uyuşmazlıkla ilgili verileri çıkaracak bir araştırma programını hazırlamak ve uygulamak, (2) ortaya çıkan bilgileri ilgililik çerçevesinde incelemek, (3) ortaya çıkan bilgileri gizlilik çerçevesinde incelemek, (4) belgelerin elektronik veya basılı şekilde sunulacağına karar vermek ve (5) nihai sunum (Finkelthal, s. 1592, dn. 7).

yakın olan yoldur. FRCP'nin 53. maddesi, yargılamanın karmaşıklığına göre özel bazı durumlarda mahkemenin tarafsız bir uzman atayabileceğini düzenlemektedir. Bu uzman, görevi ve sorulukları açısından hukukumuzdaki (hâkimin yardımcısı olan) bilirkişiye benzemektedir. Bu uzman yine hukukumuzdaki gibi tarafların anlaşması ile belirlenebilir veya mahkeme uygun gördüğü bir kişiyi atayabilir[253]. Bu özel uzman teknik bilgisi ile elektronik belgeler üzerinde inceleme yapar, uygun programlar yardımı ile ilgili olabilecek verileri bulur, bu veriler taraf avukatları tarafından gizlilik açısından incelenir ve mahkemeye sunulurlar[254]. Bu görevin sorumlu bir üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilmesi, gizli bilgilerin ortaya çıkmasının önlenmesi açısından faydalı olacaktır. Bu özel uzmanın teknoloji veya bilgisayar alanında uzman olması gerekir, ayrıca uzmanın görevleri arasında mahkemenin yanında her iki tarafa teknik konularda bilgi vermek ve giderler konusunda değerlendirme yapmak da yer alır[255].

Gizlilik konusunda İngiliz Hukukunda da düzenleme bulunmaktadır. CPRnin 31.3.(1)(b) maddesi, gizlilik içeren belgelerin, delillerin ifşası (*disclosure*) kurumundan muaf olduklarını düzenlemektedir. İngiliz Hukukunda gizlilik üç başlık altında değerlendirilmektedir. Bunlar: kendi kendini suçlayıcı belgeler, avukat-müvekkil arasındaki belgeler ile avukatlık mesleğinden doğan diğer hususlar ve taraflar arasında sulhe varma amacıyla

---

[253] Danna, s. 1726; Redish, s. 576.

[254] Finkelthal, s. 1618; Danna, s. 1726.

[255] *Medtronic Sofamor Danek, Inc. v. Michelson* (56 Fed. R. Serv. 3d) (www.westlaw.com).

yapılmış yazışmalardır[256]. Ayrıca bazı durumlarda kamu menfaati gerekçesiyle de belgelerin gizliliği iddia edilebilmektedir[257]. İngiliz Hukukunda da ABD Hukukunda olduğu gibi söz konusu belgelerin karşı tarafa veya mahkemeye verilmesiyle bu gizlilikten feragat edilmiş kabul edilir, bu yüzden elektronik belgelerin sunulmasında benzer problemler İngiliz Hukukunda da bulunmaktadır[258].

Elektronik deliller konusundaki diğer bir sınır da hiç kuşkusuz söz konusu delillerin hukuka aykırı elde edilmiş olmalarıdır. Türk Hukuk Yargılamasında hukuka aykırı delillerin yargılamaya getirilmesi konusunda açık bir düzenleme olmamakla birlikte[259], doktrinde ve uygulamada bu delillerin kullanılmasının caiz olmadığı yönünde bir fikir birliği mevcuttur[260]. Bu hususta HUMK'nda hüküm olmasa dahi, Anayasanın 38. Maddesi, hukuk devleti ilkesi, (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6 .çerçevesinde) adil yargılanma hakkı ve dürüstlük kuralı, bu yasağın uygulanma gerekçelerini

[256] Rose (Editor-in-Chief), s. 675. Karş.: HUMK m. 236/III.

[257] Rose (Editor-in-Chief), s. 675.

[258] Rose (Editor-in-Chief), s. 686.

[259] HMK Tasarında bu yönde açık bir düzenleme bulunmaktadır: "Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz" (m. 195/2); "Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir" (m. 195/4).

[260] Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 27 vd.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 422 vd.; Yıldırım, s. 246; H. Pekcanıtez, "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I**, Ankara, 2009, s. 826; Ayrıca her iki makalede de zikredilen Yargıtay HGK kararı için bkz.: HGK, 26.03.2002, E. 2-617, K. 648.

oluşturmaktadırlar[261]. Burada asıl sorun, açık bir düzenleme olmaması sebebiyle delilin hukuka aykırı olarak elde edilmiş sayılmasının şartlarının ne olduğu ve bunun nasıl tespit edileceğidir. Mahkemenin, somut olayda, maddi hukuk kuralları, hukukun genel ilkeleri ve yaşam kurallarını kullanarak bir delilin hukuka aykırı olup olmadığını tespit etmesi, buna göre delilin kabul edilip edilmeyeceği konusunda karar vermesi gerekir; zira, bu husus, delilin hukuka uygun olup olmadığının tespiti, yani kabul edilebilir olup olmadığının tespiti olduğu için, mahkeme bu değerlendirmeyi re'sen yapmalıdır[262]. Kişilik hakları ihlal edilen kişinin rıza göstermesi halinde ise mahkeme bu delilleri değerlendirebilir[263].

Elektronik deliller açısından temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Elektronik deliller açısından farklılık, elde ediliş şeklinin hukuka uygun olup olmadığının tespitinin, diğer delillere oranla daha zor olabilmesidir. Örneğin

---

[261] Arslan **–Dürüstlük Kuralı**, s. 89-92; Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 30-34; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 422-425; Pekcanıtez, s. 827

[262] Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 35; "Fıkrada öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından *re'sen* göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmese dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece *re'sen* karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür." (HMK Tasarısı 195. madde gerekçesinden -Budak, s. 194).

[263] Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 28.

bir elektronik postanın veya bilgisayar içindeki dosyaların şifrenin kırılması veya uzaktan müdahale yoluyla elde edilmiş olması halinde bu delillerin hukuka aykırı olarak elde edildiği açıktır. Ancak bir kimsenin, aynı evde yaşadığı eşinin bilgisayarındaki bilgilere (şifre kırmak vb. gibi eylemler olmaksızın) ulaşması halinde bunun hukuka aykırı olup olmadığına mahkemenin karar vermesi gerekir[264]. Bu alanda kıstas kişilik haklarının ne zaman ihlal edilmiş sayılacağının tespiti olmalıdır. Elektronik deliller açısından bahsettiğimiz "gri alan", kendisini pek çok şekilde gösterebilir. Bunlara örnek olarak internet servis sağlayıcılarının veya internet tarayıcısını üreten firmanın gezilen internet siteler hakkındaki bilgileri ve kayıtları saklaması, anlık mesajlaşma programlarında tutulan kayıt dosyaları, gönderilen elektronik postaların içeriğinin elektronik posta hizmet sağlayıcısı tarafından kaydedilmesi veya rıza ile verilen kişiye özel bilgilerin, bilgileri saklayan hizmet sağlayıcı tarafından başka bir kişi veya kuruluşa verilmesi[265] gösterilebilir. Bu hususta hâkim yine büyük oranda bilirkişiye başvuracaktır; ancak yine diğer hususlarda olduğu gibi bilirkişinin hâkimin yerine geçerek hukuka uygunluğu doğrudan denetlemek yerine teknik görüşünü ifade etmeli, hukuka uygun olup olmadığına hâkim karar vermelidir. Bu hususstaki kurallar ancak yaşam tecrübelerinin artması ile oluşabilir, bu yüzden mahkemelerin elektronik deliller hakkında bu yönde verecekleri kararlar ve doktrindeki çalışmalar ile uygulama şekil kazanacaktır.

---

[264] Bkz. yuk. dn. 262'de zikrettiğimiz Yargıtay HGK kararı.

[265] Bu konu hakkında bkz.: N. Başalp, **Kişisel Bilgilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara, 2004.

III. Araştırmanın ve Sunumun Şekli (Ortam Seçimi)

Elektronik verilerin "gerçek" bir görünümü olmadığı için, bunların delil olarak mahkemeye nasıl, yani hangi formda sunulacakları, diğer bir sorunu oluşturmaktadır. Elektronik delilller öncelikle hiç kuşkusuz iki temel şekilde sunulabilirler. Bunlar elektronik ortam ve bilgisayar çıktısı şekilleridir. Bilgisayar çıktısı, mahkemenin incelemesi ve dava dosyasının bütünlüğü açısından kullanışlı olmakla birlikte, yukarıda açıkladığımız üzere delilin gerçek ve tam niteliğini her zaman temsil edememesi sebebiyle eksik kalmaktadır. Bilgisayar çıktısı, elektronik belgenin sureti olduğuna göre[266], mahkeme tarafından bu suretin aslının istenmesi gereklidir. Bu sebeple çıktının başlı başına bir sunum şekli olmasından ziyade, asıl sunumun yanında bir yardımcı olması daha uygun olacaktır. Ancak (hâkimin re'sen araştırma yaptığı durumlar haricinde) karşı tarafın sunulan çıktının doğruluğunu açık olarak veya zımnen ikrar etmiş olması halinde bu sunumun yeterli olması gerekir. Çıktı konusunda diğer bir problem de maliyettir. Örneğin ticari belgelerin delil olarak kullanılacağı bir davada, bu belgelerin elektronik ortamda saklanıyor olmaları halinde yüz binlerce, hatta milyonlarca sayfa çıktının dava dosyasına getirilmesi, hem hazırlama hem de saklama açısından son derece maliyetli ve zahmetli olacaktır. Ayrıca bu çıktıların büyük bir kısmının uyuşmazlık konusu ile ilgili olmayacağı da gözden kaçırılmamalıdır[267].

---

[266] Bkz. yuk. başlık § 3, D.

[267] H.S. Noyes, "Is Electronic Discovery so Different That It Requires New Discovery Rules? An Analysis of Proposed Amendments to the Federal

Elektronik veriler elektronik ortamda da sunulabilirler. Elektronik ortamda olacak sunumun şekli ise diğer bir problemi oluşturmaktadır. Bilgisayar sistemleri hem donanım hem de yazılım olarak çok çeşitlilik içerdiği için, elektronik delillerin sunulacağı şeklin belirlenmesi önem kazanmaktadır. Elektronik deliller saklandığı orijinal şekilde sunulabilecekleri gibi, saklandıklarından farklı şekilde de sunulabilirler. Her iki ihtimalin de avantaj ve dezavantajları bulunmaktadır. Orijinal halde sunum halinde, verilerin doğruluğu ve tamlığının tespiti daha kolaydır, veriler şekil değiştirmediği için uyuşmazlığa en yakın hallerinde olacaklardır. Ancak diğer taraftan bu verilerin orijinal saklama şekilleri kullanışsız veya değişmeye açık (güvensiz) olabilir[268]. Bunun dışında orijinal şekil, teknolojik gelişmeler sonucunda artık kullanılmayan bir formatta olabilir veya incelenmesi çok pahalı ekipmanları gerektirebilir[269]. HUMK'nda elektronik delillerin mahkemeye getirilme şekli konusunda bir hüküm olmadığı için, hukukumuzda bu husus uygulama ile şekillenecektir. Uygulamada görebildiğimiz kadarıyla büyük oranda bilgisayar çıktısı kullanılmakta[270], bazı

Rules Of Civil Procedure", **Tennessee Law Review**, Volume 71, 2003-2004, s. 606.

[268] Noyes, s. 605-606; Finkelthal, s. 1631-1632; Curreri 1572 vd.

[269] Noyes, s. 605-606; Finkelthal, s. 1631-1632; Curreri 1572 vd.

[270] Davalının davacı işçiye üç ay süreyle ücretsiz izin verip vermediği hakkında açılan bir davada, davacı işçi tarafından konuyla ilgili e-mail çıktısı delil olarak sunulmuş, söz konusu belgenin gerçeğe aykırı şekilde düzenlendiği iddiasıyla davalı karşı davacı işçi hakkında ceza davası açılmıştır. Yargıtay elektronik delil konusunda hiç girmeden, açılan ceza

durumlarda ise mahkeme bilgisayarda inceleme yapılmasına karar vermektedir[271].

ABD Hukukunda FRCP'de 2006 yılında yapılan değişiklikle daha önce uygulama ve doktrinde tartışma konusu olan şekil konusu[272] bir ölçüde

---

davasının sonuçlanmasının beklenmesi gerektiği gerekçesi ile ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur (9. HD, 2.12.2003, E. 6791, K. 19858, - www.kazanci.com). Konumuz açısından önem taşıyan diğer bir davada işçinin elektronik ortamda tutulan giriş çıkış kayıtları bir bilgisayar çıktısı olarak sunulmuş, Yargıtay verdiği kararda şu ifadelere yer vermiştir: *"…Davalı işveren davacının işe giriş-çıkış saatlerini gösteren ve bilgisayardan çıktığı anlaşılan çizelgeleri dosyaya ibraz etmiştir. Davacı tarafından da itiraz edilmeyen bu listeye davacı imzasını taşımadığı gerekçesi ile itibar edilmemesi hatalıdır. Teknolojik gelişmeler sonucu kart basma veya kart tanıtım sureti ile işyerlerinde işe giriş ve çıkışlar denetlenebilmektedir. Bilgisayar kayıtlarının böyle bir uygulama sonucu belirlenip belirlenmediği saptanmadan bu belgelere değer verilmeden tanık ifadeleri ile sonuca gidilmesi hatalıdır."* (9. HD., E. 2005/9130, K. 2005/37130, T. 24.11.2005 -www.kazanci.com) Karar kanımızca iki açıdan isabetlidir. Daha önce de belirttiğimiz üzere karşı tarafın itiraz etmemesi halinde, elektronik belgelerin ayrıca doğrulanmalarına gerek olmaması gerekir. Ayrıca dairenin teknolojik gelişmeler sonucu ortaya çıkan yeni delillere başvurulmasının gerekli olduğu yönündeki tespiti de, kanımızca emsal niteliğindedir.

[271] "*…Bu chatleşmenin işverene ait bilgisayarda davacı tarafından yapılıp yapılmadığı kadın fotoğraflarının davacıya ait olup olmadığı ve davacı tarafından gönderilip gönderilmediği etraflıca araştırılıp belirlenmeden davanın kabulü hatalıdır*." (9. HD, 5.2.2007, E. 30107, K. 2011 - www.kazanci.com)

çözülmüştür. FRCP'nin 34 (b)(1)(C) maddesine göre belgeleri talep eden taraf, elektronik ortamda saklanmış bilgilerin hangi şekil veya şekillerde sunulacağını talebinde belirtmelidir. Ayrıca FRCP'nin 34 (b)(2)(E) maddesinde de şu düzenleme yer almaktadır: Taraf belgeleri olağan saklanma şeklinde sunmalı veya talepte belirtilen isteğe göre sınıflandırıp etiketlemelidir. Talebin şekil konusunda bir husus içermediği durumlarda taraf belgeleri olağan saklama şeklinde veya makul olarak kullanılabilir şekilde sunmalıdır. Tarafın, aynı elektronik bilgileri birden çok şekilde sunmasına gerek yoktur.

Yukarıda son maddede ifade edildiği üzere, istisnai durumlar dışında belgelerin birden çok şekilde istenmesi mümkün olmayacaktır. Ancak bu bahsettiğimiz durum hasmın elindeki belgelerin sunulması açısından olduğundan, bir yargılamada aynı elektronik delilin hem çıktı olarak, hem de elektronik olarak sunulması söz konusu olabilir Bu durum özellikle tarafın bir çıktıyı delil olarak sunmak istemesi üzerine mahkemenin belgenin orijinal halde sunulmasını istemesi ile olacaktır. Bu durumda tarafın belgenin orijinalini uygun bir şekilde sunması veya elektronik belgenin saklandığı ortamda (örneğin bilgisayarda) inceleme yapılmasına izin vermesi gerekir, aksi halde gösterdiği delil kabul olmayacaktır[273].

---

[272] R.A. Horning, "Electronically Stored Evidence: Answers to Some Recurring Questions Concerning Pretrial Discovery and Trial Usage", **Washington and Lee Law Review**, Volume 41, s. 1343-1344.

[273] HMK Tasarısının tarafların belgeleri ibrazı zorunluluğunu düzenleyen 225. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre, *"Elektronik belgeler ise,*

Elektronik belgelerin üzerinde değişiklik yapılamayacak şekilde CD-ROM veya DVD-ROM gibi bir ortamda sunulmasında fayda vardır[274]. Ayrıca belgelerin üzerinde daha sonra değişiklik yapılıp yapılmadığının tespit edilebilmesi için tarafın bu verilerin özetleme değerinin (*hash*) alınarak tespit edilmesini sağlaması söz konusu olabilir[275]. Bütün bu yaptığımız açıklamalar, üçüncü kişilerin elindeki belgelerin delil olarak sunulması açısından da geçerlidir. Bu kurallara üçüncü kişilerin de riayet etmesi gerekir.

E. Delillerin Hazırlanması ve Sunulması Aşamasındaki Giderler ve Bu Giderlerin Yükletileceği Tarafın Belirlenmesi

I. Elektronik Verilerin Saklanmasının Maliyeti

Daha önce de bahsettiğimiz üzere verilerin bir uyuşmazlık çıkması halinde veya uyuşmazlık çıkması ihtimalinin kuvvetli olduğu hallerde

---

belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir." Madde gerekçesinde, "incelemeye elverişli şeklin" o günkü teknik imkânlara uygun olarak tespit edileceği ifade edilmiştir (Budak, s. 208). İncelemeye elverişli şeklin ne olduğunun belirtilmemiş olması çok isabetlidir, buna teknolojik gelişmeler çerçevesinde mahkemenin karar vermesi gerekir. Ancak kanun metninin "belgenin çıktısı alınarak **ve**" şeklinde olması beraberinde yukarıda bahsettiğimiz üzere elektronik belgelerin çok fazla sayıda olması halinde zahmet ve maliyet açısından çok büyük problemler doğurabilir. Kanımızca cümlede "ve" yerine "veya" ifadesinin kullanılması daha uygun olacaktır.

[274] Feldman, s. 48; **Discovery of Electronic Evidence,** s. 661

[275] **Discovery of Electronic Evidence,** s. 661.

saklanması gerekir. Bu saklama zorunluluğu, medeni usul hukukunda dürüstlük ilkesinin (hakkın kötüye kullanılmasının hukukça korunmaması[276]) bir sonucu olduğu gibi, aynı zamanda doğrudan doğruya bir pozitif hukuk düzenlemesinden de doğabilir[277]. Saklaması gerektiği halde ilgili belgeleri saklamayanlar, davayı kaybetmeye kadar varan yaptırımlara maruz kalabilirler. Pozitif hukuktan doğan ve usul hukuku ile bağlantılı bu bahsettiğimiz belge saklama yükümlülüğü, beraberinde bazı zahmet ve giderleri de getirmektedir. Özellikle büyük şirketlerin sahip oldukları verilerin fazlalığı dikkate alındığında, bu saklamanın maliyeti daha da artmaktadır.

Düzenli ve makul bir şekilde saklanamayan verilerin uyuşmazlık aşamasında hazırlanması ve sunulması daha zahmetli ve maliyetli olabileceği için, günümüzde özellikle büyük firmalar "veri saklama politikaları" adını verilen metodlar ile verilerini düzenli şekilde saklamakta, bu sayede erişim kolaylaşmakta, maliyet düşmektedir[278]. Aynı yönde olmak üzere, ABD Hukukunda, FRCP'nin 37 (E) maddesine göre mahkeme, bir tarafın

[276] Arslan **-Dürüstlük Kuralı,** s. 31-46, 87-92, 104-106.

[277] Türk pozitif hukukunda bulunan (özel hukukla ilgili) belge saklama yükümlülüğü içeren düzenlemelerden bazıları: TTK m. 66, 67, 68, 229, 960, Avukatlık Kanunu m. 39, İş Kanunu m. 74, EİK, m. 10, Vergi Usul Kanunu m. 242, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu m. 81, Bankacılık Kanunu m. 42, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortaları Kanunu m. 86, Gelir Vergisi Kanunu m. 9, 46, Kat Mülkiyeti Kanunu m. 36, Dernekler Kanunu m. 11, Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun m. 3, İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi Ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun m. 6.

[278] Van Oostenrijk, s. 1184 vd.; Jokela, s. 1049; Rice (Editor), s. 45.

elektronik olarak saklanmış bilginin (elektronik verilerin) kaybolmasının kötü niyetli olmayan ve rutin bir faaliyet sonucunda olduğunu ispatlaması halinde, bu taraf hakkında yaptırıma hükmetmeyebilir. Görüldüğü üzere taraflar bir elektronik belgenin saklanmamış olması halinde yaptırımdan ancak bu "veri saklama politikalarına" sahip olduklarını ispat etmeleri halinde kurtulabilmektedirler[279]. Hem dürüstlük ilkesi hem de pozitif hukuktaki düzenlemeler dikkate alındığında, ülkemizde de bu tarz veri saklama politiklarının hayata geçirilmesi, hem saklayan taraf açısından, hem de mevcut veya olası uyuşmazlığın karşı tarafı açısından son derece faydalı olacağı kanaatindeyiz. İlk derece mahkemeleri ve Yargıtay'ın ileride vereceği kararlar da bu politikalara teşvik eder nitelikte olmalıdır.

II. Veriden Delile Dönüştürme ve Sunulma Maliyetleri ve Uzman Bilirkişi

Elektronik belgelerden delil olarak yararlanılmasında en eski geçmişe sahip olan ABD Hukukunda, bu konudaki en büyük problemlerden birisi, belki de en büyüğü, giderler olmuştur. ABD Hukuk Yargılaması, yapısı gereği çok pahalı bir yargılama türüdür. Bu pahalılığın en önemli nedenleri, duruşma öncesi kapsamlı araştırma ve delillerin ortaya çıkarılması faaliyeti prosedürleri, avukat maliyetleri, uzman bilirkişilerin tarafça getirilmesi ve yargılamada jürinin varlığını sürdürmesidir. Bu husus fazlasıyla eleştirilmekte

[279] Brown, s. 8-9; Van Oostenrijk, s. 1184 vd; Rothstein, Hedges, Wiggins, s 17.

ve zaman zaman bu giderleri azaltacak veya paylaştıracak çeşitli düzenlemeler yapılmaktadır.

Elektronik belgelerin, delillerin ortaya çıkarılması kurumuna tabi olmaları, ve bu kurumun bahsettiğimiz şekilde çok büyük miktarda belge talebine müsait olması, elektronik belgelerin yargılamaya getirilmesindeki en büyük problemlerden birisini oluşturmaktadır. Büyük bir firmanın, binlerce sabit disk arasından milyonlarca sayfa veriyi taraması, bunları yargılamaya sunulacak şekle getirmesi (bilhassa artık kullanılmayan sistemlerden alınmış yedeklerin var olması halinde), bu belgelerin çıktılarının alınması, bu belgelerin gizlilik vb. açılardan avukatlar tarafından incelenmeye tabi tutulması, bu konuda hem taraflar adına hem de mahkeme adına çalışan çalışan teknik uzmanların ücretlerinin yüksek olması, bu delillerin mahkemeye kabulünde bazı durumlarda tanık veya bilirkişi tanık (*expert witness*) dinlenmesi gerekliliği gibi hususlar bu maliyetleri yükseltmektedir[280]. Bu maliyetlerin, elektronik deliller dışındaki delillerin ortaya çıkarılması faaliyetlerindeki maliyetlerden daha yüksek olması, bu konuda hukukçuları farklı arayışlara itmiştir[281].

III. Hazırlama ve Sunulma Aşamasında Çıkacak Giderlerin Yükletileceği Tarafın Belirlenmesi

HUMK, yargılama sırasında çıkan giderlerden sorumluluğu iki aşamada düzenlemektedir. Birinci aşamada 414. ve 415. madde hükümleri,

[280] Rice (Editor), s. 30-31; Noyes, s. 607; Carroll, s. 380-381; Brown, s. 6.

[281] Rice (Editor), s. 30-31; Noyes, s. 607; Carroll, s. 380-381; Brown, s. 6.

davanın görülmesi aşamasında bu giderlerin nasıl karşılanacağını göstermektedir. 414. maddeye göre iki taraftan her biri dinlenmesini istediği tanık veya bilirkişinin ya da yapılmasını istediği keşif veya diğer işlemlerin giderlerini derhal mahkeme veznesine yatırmaya mecburdur. Bunu yapmadığı takdirde bu delilden vazgeçmiş sayılır. 415. maddede de, delillere mahkemenin re'sen başvurması halinde bununla ilgili giderin bir veya iki tarafa yükletileceği veya doğrudan devlet hazinesinden karşılanacağı düzenlenmektedir. İkinci aşama olan 416 vd. maddeleri ise bu yapılan giderlerin, dava sonundaki akıbetini düzenlemektedir. Buna göre ana kural, bu giderlerin dava sonunda haksız çıkan tarafa yükletilmesidir. Yükletilecek giderlerin ne olduğu 423. maddede altı bent ve ek paragraf olarak sayılmıştır. Bunlar, tarife gereğince mahkeme kalemi vasıtasıyla yapılan giderler ile celse, keşif ve haciz giderleri, tanığın seyahat ve ikamet gideriyle yevmiyesi ve bilirkişi ücret ve giderleri, ilam harçları, resmi dairelerden talep edilen evrakın asıl ve örnek tasdik ve pul harçları, mahkemede bizzat hazır bulunanların bulundukları günlere ait seyahat ve ikamet giderleri ve davanın önemine göre kanun gereğince takdir olunacak vekil ücretleridir. Ayrıca 416. maddeye göre gideri peşin olarak yatıran tarafın bu gideri, kaybeden tarafa yükletilir. Bunun dışında, daha önce tartışmalı olan delillerin dava öncesinde tespit edilmesi halinde bunların mahkeme giderinden sayılıp sayılamayacağı hususu 1976 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile çözümlenmiş, bu giderlerin de yargılama sonunda kaybedilen tarafa yükletileceği esasa bağlanmıştır.[282]

[282] İçtihadı Birleştirme Umumi Heyeti, E. 1976/1, K. 1976/1 (22.3.1976) (E.

Görüldüğü üzere hukukumuz yargılama giderlerinin karşılanması hususunu büyük ölçüde düzenlemiştir. Elektronik delillerin yargılamaya getirilmesi de bu şekilde olacaktır. Konumuz açısından önemli olan HUMK 326 vd. ile TTK m. 79 vd. düzenlemelerinde giderler ile ilgili özel düzenleme olmadığı için, yukarıda bahsettiğimiz genel kurallar bu hususlara da uygulanacaktır. Ancak burada söz konusu giderlerin çok yüksek olması halinde bunların yaratacağı problem de açıktır. Örneğin tarafın TTK m. 80 veya 84 çerçevesinde karşı tarafın ticari defter ve belgelerini sunmasını istemesi halinde ve bu belgelerin elektronik ortamda tutuluyor olması halinde, elektronik ortamdaki verilerin çok fazla, maliyetin de çok yüksek olması halinde ne olacaktır sorusu cevaplanmalıdır. Kural olarak bu belgelerin sunulmasındaki giderin haklı çıkılması halinde karşı tarafa yükletilmesi mümkündür. Ancak çok yüksek tutabilecek bir meblağ söz konusu olduğunda, tarafın bu belgeleri (belki de gereksiz yere) çok büyük maliyetle hazırlayıp mahkemeye sunmasında zararı olacağı açıktır. Bu konuda kanımızca mahkeme tarafından 414. madde işletilebilir. Ayrıca bu delile başvurmaya mahkeme re'sen karar verdiyse 415. madde gereğince bu gideri karşı tarafa da yükleyebilir.

ABD Hukukunda bu giderlerin nasıl karşılanacağı hususu yukarıda[283] bahsettiğimiz üzere hukukçuları fazlasıyla meşgul etmiştir. ABD Hukukunda delillerin ortaya çıkarılması giderleri kural olarak delili sunması talep edilen

---

Şener, **Tüm İçtihadı Birleştirme Kararları**, İkinci Baskı, Seçkin, Ankara, 2000, s. 650-653.

[283] Bkz. yuk. başlık § 3, B.

kişi tarafından karşılanmaktadır[284]. Ancak teknolojinin gelişmesi ve özellikle de elektronik belgelerin delil olarak kullanılmaya başlanması ile bu giderler astronomik şekilde arttığından, genel kuraldan bir sapma olmuş ve mahkemeler ve kanun koyucu tarafından yeni esaslar ortaya konulmuştur[285]. Bu uygulama biçimine giderlerin yer değiştirmesi (*cost-shifting*) ismi verilmektedir[286]. FRCP'nin 26. maddesine göre mahkeme delillerin ortaya çıkarılması sırasında çıkacak maliyet ve zahmetin çok yüksek olması halinde durumun özelliklerine göre çeşitli tedbirler alabilir. Bu düzenleme, delilleri sunan tarafın giderlerin yer değiştirmesi taleplerine de olanak sağlamaktadır.

Bu konuda açık bir düzenleme olmamakla birlikte bazı önemli davalar ve bu davalarda alınan kararlar bu hususu uygulamada büyük oranda

---

[284] Shariati, B., "Zubulake v. UBS Warbung: "Evidence That The Federal Rules of Civil Procedure Provide the Means for Determining Cost Allocation in Electronic Discovery Disputes?", **Villanova Law Review**, Volume 49, 2004, s. 409-410; Repa, J.L., "Adjudicating Beyond the Scope of Ordinary Business: Why the Zubulake Unduly Stifles Cost-Shifting During Electronic Evidence Discovery", **American University Law Review**, Volume 54, 2004-2005, s. 261-262.

[285] Salinas, S., "Electronic Discovery and Cost Shifting", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1644-1645; Barkett, J.M., "Bytes, Bits and Bucks: Cost Shifting and Sanctions in E-Discovery", **Defense Counsel Journal,** Volume 71, 2004, s. 334; Redish s. 578.

[286] Boyd, T.L., "The Information Black Hole: Managing the Issues Arising From the Increase in Electronic Data Discovery in Litigation", **Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice**, Volume 7, 2004-2005, s. 326; Repa, s. 280; Barkett, s. 335; Iqbal, M., "The New Paradigms of E-Discovery and Cost-Shifting", **Defense Counsel Journal**, Volume 72, 2005, s. 285

çözmüştür[287]. Bu davalardan ilki *Rowe*[288] davasıdır. Bu davada davacı karşı tarafın elindeki bazı elektronik belgelerin sunulmasını istemiş, bu belgelerin sunulma maliyetinin iki yüz bin ABD Dolarının üzerinde olduğu tespit edilmiştir. Hâkim bu durumu değerlendirmiş ve sekiz faktörlü bir test uygulamaya karar vermiştir. Bu teste göre: (1) Belgelerin sunulması talebinin belirsizliği oranında giderlerden sorumluluk talep edene kaydırılmalıdır. (2) Belgelerin bulunması ihtimali ne kadar yüksekse giderlerden sorumluluk o oranda delilleri sunan tarafta kalmalıdır. (3) Ulaşılmak istenilen belgelerin daha az maliyetle elde edilebileceği başka bir kaynak varsa giderlerden sorumluluk talep edene kaydırılmalıdır. (4) Bilgilerin saklanması ticari amaçlar içinse giderlerden sorumluluğun delilleri sunan tarafta kalması uygundur, ancak saklama başka amaçlarla yapılmışsa bu durum söz konusu olmaz. (5) Delillerin sunulması için yapılacak araştırmadan delilleri sunan da yaralanacaksa giderleri üstlenmesi uygun olacaktır. (6) Yapılacak giderin yüksekliğinin giderlerin yer değiştirmesi için yeterli olup olmadığını mahkeme takdir edecektir. (7) Giderin giderek artması söz konusu ise bu yönde kontrol yetkisi olanın gideri üstlenmesi uygun olacaktır. (8) Tarafların mali gücü mutlaka değerlendirmeye alınmalıdır. Ayrıca yine mahkemeye göre, belgelerini sunan tarafın, incelemenin gizlilik çerçevesinde yapılmasının

---

[287] Bahsedeceğimiz iki dava dışındaki bazı önemli davalar: *McPeek v. Ashcroft* (202 FRD 31*), Amy Wiginton v. CB Richard Ellis Inc.* (2004 WL 1895122), *Medtronic Sofamor Danek Inc. v. Sofamor Danek Holdings Inc.* (2003 U.S. Dist. 8587), (tüm kararlar: www.westlaw.com).

[288] *Rowe Entertainment Inc. v. William Morris Agency Inc*. (205 FRD 421) (www.westlaw.com).

istenmesi halinde bu giderler delilleri sunan tarafa aittir. Bu karar ve uygulanan test büyük oranda standart haline gelmiş ancak *Zubulake* davası ile bazı değişikliklere uğramıştır[289].

Zubulake[290] davasında hâkim, *Rowe* davasındaki teste bazı faktörler eklemiş, bazılarını ise çıkarmıştır. İş ilişkisinin bitirilmesinden doğan davada davacı kendisine karşı ayrımcılık yapıldığı iddiasında bulunmuş, bunu kanıtlamak amacıyla da kendisinin ve karşı tarafın elinde bulunan elektronik posta görüşmelerine dayanmıştır. Giderlerin çok yüksek olacağı nedeniyle karşı tarafın itiraz etmesi üzerine hâkim, *Rowe* davasındaki faktörleri de göz önüne alarak yeni bir test ortaya koymuştur. Bu teste göre; Delillerin sunulması talebinin gerekli bilgilere ulaşmak konusuna ne denli uygun olduğu, bilgilerin başka kaynaklardan edinilebilme ihtimali, yapılacak giderin müddeabihe oranı, yapılacak giderin tarafların sahip oldukları kaynaklara oranı, tarafların araştırmadaki giderlerin üzerindeki kontrolü ve bu bağlamdaki niyetleri, ispatı istenilen vakıanın dava açısından önemi ve bilgilere ulaşmanın her bir tarafta sağlayacağı fayda dikkate alınacaktır. *Rowe* testinde her bir faktöre eşit ağırlık verilmişken, *Zubulake* testinde hâkim bu faktörleri önemine göre sıralamıştır.

Bu kararlar uygulamayı büyük ölçüde şekillendirmiş, ayrıca FRCP'de yukarıda[291] bahsettiğimiz 2006 değişikliklerinde yol gösterici olmuşlardır[292].

[289] Shariati, s. 423; Iqbal, s. 288; Barkett, s. 335.

[290] *Zubulake v. UBS Warburg LLC.* (217 FRD 309) (www.westlaw.com).

[291] Bkz. yuk. başlık § 2, A.

[292] Barkett, s. 344; Boyd, s. 334.

Yukarıda bahsedilen faktörler göz önüne alınarak mahkemeler giderlerden sorumluluğun yer değiştirmesi başta olmak üzere, koruyucu tedbirler, uzman atanması gibi çeşitli araçları kullanarak bu konudaki giderlerin azaltılması ve delil toplama aşamasının daha verimli olması yönünde faaliyette bulunmaktadırlar. Yukarıda[293] kısaca bahsettiğimiz örnekleme (*sampling*) tedbirinin uygulanması, giderlerin azaltılması açısından da faydalı olacaktır; zira, bu şekilde, önce belirli sayıda belgeye ulaşılması ve sunulmasına izin verilerek bunların üzerinden tüm talebin maliyeti hesaplanarak abartılı tahminlerin önüne geçilebilir[294].

Delillerin ortaya çıkarılması faaliyetlerinde oluşacak giderler konusundaki hususlar, delilin getirilip getirilemeyeceğini doğrudan ilgilendirdiği için çok önemlidir. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere delil getirme hakkı hukuki dinlenilme hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu için[295], mahkemelerin bu delillere ulaşma konusunda gerekli tedbirleri alması ve tarafların bu yönde olabilecek mağduriyetlerini önlemeleri gerekir. HUMK'nda bu yöndeki mevcut hükümler, elektronik delillerin maliyeti konusunda oluşabilecek problemleri karşılamakta yetersiz kalabileceği için, özellikle dava devam ederken, delillerin ortaya çıkarılması sırasında ortaya çıkabilecek yüksek maliyetlerin karşılanması bakımından ABD Hukukundaki duruma benzer bir düzenleme hukumuza da getirilebilir.

---

[293] Bkz. yuk. başlık § 4, D, II.

[294] Rice (Editor), s. 42.

[295] Özekes, s. 125.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK DELİLLERİN KABUL EDİLMESİ, DOĞRULANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

§ 5. Elektronik Delillerin Kabul Edilebilirliği

A. Genel Değerlendirme, "Kabul Edilebilirlik – Delilin Ağırlığı" Ayırımı ve Bununla Bağlantılı Olarak "Hukuk – Vakıa" Ayrımı

Hukukumuzda deliller ve ispat, bu konuda yapılmış olan hemen hemen tüm çalışmalarda; ispat yükü, delil kavramı, delil çeşitleri, senetle ispat kuralı ve istisnaları, delillerin hasrı ve delillerin değerlendirilmesi başlıkları altında değerlendirilmekte, "delillerin mahkemece kabul edilmesi" ve "delillerin ağırlığı" ayrımına önem verilmediği gözlenmektedir. Bu ayrıma özellikle jürili yargılamanın bulunduğu Anglo-Amerikan yargılama hukuklarında ihtiyaç duyulmaktadır. Nitekim delillerin yargılamaya kabul edilmesi ile bunların, ispatı istenen vakıanın varlığına ne ölçüde delil olabildiğinin değerlendirilmesi birbirinden tamamen farklı hususlardır.

Jürili yargılamalarda jüri mahkemenin, mahkeme de jürinin işine karışamaz[296]. Bu görev ayrımının temelinin tam olarak ne zaman ve nasıl kaynaklandığı bilinmemekle birlikte, jürilerin çıkışının 11. ve 12. yüzyıllara dayandığı bilinmektedir[297]. Bu görev ayrımının sebebi ve sonucu olan hukuk

---

[296] "*Ad quaestionem facti non respondent judices; ad quaestionem legis non respondent juratores* – Yargıçlar maddi soruna, jüri üyeleri hukuki soruna cevap veremez".

[297] J. H. Baker, **An Introduction to English Legal History**, Second Edition, London 1979 s. 63-65; S. H. Bailey / M. J. Gunn, **Smith & Bailey on the**

– vakıa ayrımının da aynı şekilde ilk olarak hangi hukukçu tarafından kullanıldığı bilinememekle birlikte, 16. ve 17. Yüzyılda Sir Edward Coke tarafından kullanıldığı bildirilmektedir[298]. Uyuşmazlığın ilk parçasını oluşturan maddi yön, vakıalardan oluşur. Vakıa, (vaki olma kökünden türetilmiş) Arapça bir kelimedir ve meydana gelen şey; olay, olgu anlamına gelmektedir[299]. Uyuşmazlığı çözecek olan merciin, vakıaları tespit ettikten (yani vakıaların var veya yok olduklarına karar verdikten) sonra, bu vakıaları uygun hukuk kuralına (veya diğer bir ifade ile genel ve soyut olan kanuni koşul vakıalara[300]) altlaması (*subsumption*) gerekir[301]. Bu altlama için ise, öncelikle

---

Modern English Legal System, Second Edition, London 1991, s. 8-9; M. Rosenberg / H. Smıth / R. C. Dreyfuss, **Elements of Civil Procedure, Cases and Materials** (with 1997 Supplement), Fifth Edition, Westbury – New York, 1990, s. 749-752; M. Göksu, "(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I**, Ankara, 2009, s. 331.

[298] F. James, G.C. Hazard, J. Leubsdorf, **Civil Procedure**, 5th Edition, New York, 2001, s.430.

[299] B. Gürdoğan, **Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk**, SBFD., Y. 1956, C. XI, Sa. 3, s. 258-285. s. 260; N. Kunter, F. Yenisey, **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, **Birinci Kitap**, Onikinci Bası, İstanbul, 2002, s. 103 dn. 158.; "Vakıa, geçmişte olan veya halen mevcut bulunan, algılanabilir dış dünyaya ya da insanın iç alemine ilişkin durumlar, süreçler veya belli özellikler olarak tanımlanabilir": Atalay, **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, 2001, s. 57.

[300] Atalay **–Menfi Vakıa**, s. 58.

[301] Ö. Sivrihisarlı, **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, (Doktora Tezi), İstanbul 1978. s. 20.

uygun hukuk kuralının belirlenmesi gerekecektir. Bu faaliyet, hukuki sorunu oluşturur. Hukuk – vakıa ayrımı her ne kadar jürili yargılamalara has bir ayrım gibi gözükse de, bu ayrımın gerekli olduğu başka alanlar da vardır. Bunlardan ilki ispat faaliyetidir. İspat maddi vakıalara ilişkindir, konusunu vakıalar oluşturur. Hukuki bir durumun ispatı gerekmez, ispat edilmeye çalışılsa dahi hâkim görevinden dolayı bunu görmezden gelecek ve yaptığı araştırma sonunda uygulaması gereken hukuku uygulayacaktır (HUMK m. 76)[302]. Aynı şey örf ve adet hukuku açısından da geçerlidir, hâkim bu konuda taraflardan yardım alabilir ancak bu bir ispat faaliyeti değildir[303].

Diğer bir husus, dava malzemesinin getirilmesidir. Tarafların hazırlaması ilkesinin uygulandığı bir davada, davaya konu (ve savunma) olan vakıaları taraflar getirir, tarafların getirmediği vakıalara hâkimin ulaşmaya çalışması mümkün değildir[304]. Oysa hâkim her tür davada (tarafların hazırlaması ilkesi uygulansa dahi), biraz önce bahsettiğimiz üzere hukuka ilişkin sorunları kendisi değerlendirecektir. Bu konuda son derece önemli olan diğer bir husus da, yıllardır ülkemizde, belki de istinaf kurumunun da yokluğu (ve daha sonra da uygulamaya geçememiş olması) sebebiyle, tartışmalara sebep olan kanun yollarında yapılacak denetimin sınırlarıdır. İstinaf bir nevi

---

[302] Kuru **-Cilt II**, s.1967.

[303] Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.309. Yazarlara gore "Tecrübe Kuralları" ise yine hukuk kurallarının tabi olduğu kurallara tabidir, fakat bunların (örneğin bilirkişi ile) ispatı söz konusu olabilir. (Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 306-308)

[304] N. Bilge, E. Önen, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, 1978, s. 293-294; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 217-218.

yeniden yargılama olduğu için, burada inceleme konusunda bir sınırlama olmayacağı kabul edilmektedir[305]. Ancak temyiz incelemesinde, temyiz mahkemesinin (ülkemizde Yargıtay) kural olarak vakıa tespitlerine karışamaması gerekir. Hukukumuzda jürili yargılama bulunmadığı için, mahkemenin yaptığı tüm inceleme Yargıtay tarafından bir blok olarak ele alınmakta ve uygun görülmediği takdirde bozulmaktadır. Oysa mahkemenin yargılama sırasında yaptığı faaliyet özet olarak, vakıaları tespit ettikten sonra, bu vakıaları uygun hukuk kuralına altlamasıdır. Bu işlemin yapılması için gereken araç ise delillerdir. Söz konusu vakıa veya vakıaların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti ve bu tespit sonucunun uygun hukuk kuralına altlanabilmesi için delillerin önce mahkemeye getirilmesi, sonra da değerlendirilmesi gerekir. İşte bu delillerin mahkemede kabul edilmesi hukuk alanına dair bir faaliyet iken, mahkemenin altlama sırasında yapacağı değerlendirme ise vakıa alanına dair bir faaliyettir. Bu sebeple temyiz incelemesinin birinci kısım için sınırsız, ikinci kısım için ise sadece hukuka aykırılıkları inceleyecek şekilde sınırlı olması gerekir; aksi halde temyiz mercii, vakıaları ve bu vakıalara ilişkin olarak delilleri değerlendirecek olan ve uyuşmazlığı temyiz merciinden çok daha ayrıntılı şekilde inceleme şansı olan ilk derece mahkemelerinin takdir yetkisine karışmış olacaktır[306].

---

[305] Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 446.

[306] B. Gürdoğan, **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Deneme, Ankara, 1967, s.26-27.

Hukuk – vakıa ayrımının bir yansıması olan "delillerin kabul edilebilirliği" – "delillerin ağırlığı" ayrımı Anglo-Amerikan yargılama hukuklarında en kapsamlı düzenlenmiş olan alanlardan bir tanesidir. Deliller bir davada en önemli araç olduğu için, gerçeğe aykırı veya davada kullanılamayacak olan delillerin bir kontrol mekanizması olmadan yargılamaya sunulması, davaya nihai olarak karar veren jüriyi cezp etmesine ve doğru düşünceden alıkoymasına neden olabilir. Bu sebeple örneğin hukuk yargılamasında jüri uygulamasının halen büyük ölçüde devam ettiği ABD Hukukunda, çok geniş kapsamlı ve ayrıntılı delil kuralları bulunmaktadır. FRE'nin büyük bir kısmı "dışarıda bırakma kuralları"na (*exclusionary rules*) ayrılmıştır. Bu kurallar hangi delillerin hangi sebeplerle yargılamaya kabul edilip edilmemesi gerektiğini düzenlemektedirler[307]. Bu kurallar çok geniş kapsamlı olmakla birlikte konumuzla bağlantılı olanlar arasında; "duyum tanıklığı" (*hearsay*) (FRE Bölüm VIII), "ilgililik" (*relevancy*) ve "önemli olma" (*materiality*) (FRE Bölüm IV), "doğrulama" (*authentication*) (FRE Bölüm IX) ve "en yakın delil" (*best evidence rule*) (FRE Bölüm X) sayılabilir.

Bu kurallar, bir delilin hükme esas alınıp alınamayacağını değil, mahkemeye sunulup sunulamayacağını düzenlemektedirler. Bu kurallar her ne kadar sadece jürili yargılamalar açısından önemli gibi gözükse de, özellikle hukukumuzdaki durum değerlendirildiğinde, kanun yolları açısından da çok büyük önem arz ettiği görülmektedir. Zira, delilin kabul edilip edilmemesi hukuka ve hâkime bırakıldığı için, bu konuda yapılacak bir hata hukuka aykırılık teşkil edeceği için, temyiz incelemesinde mutlaka

[307] Göksu **-Tanık**, s. 35 vd.

denetlenmeli ve bu sebeple hüküm bozulmalıdır. Ancak hiç kuşkusuz delilin sunulabileceğine karar verilmesi ile "hukuk"un görev alanı bitmez, aynı şekilde delilin mahkemede sunuluş şekli de doğrudan doğruya usul hukukunu ilgilendiren bir husustur. Kanımızca, delilin altlama faaliyeti sırasında ağırlığının ne olduğu konusundaki değerlendirmeye, temyiz merciinin hukuka aykırılık halleri haricinde karışmaması gerekir.

Bu ayrımlar, kanunlar ihtilafı konusunda da önem arz etmektedir. Delil gösterme genel olarak yargısal bir faaliyet olarak kabul edilse de[308], ispat yükü (ve dolayısıyla altlama faaliyetindeki değerlendirme) büyük ölçüde maddi hukuka ilişkindir[309]. Bahsettiğimiz üzere ispat faaliyetinin hangi aşamalarının usul hukukuna, hangi aşamalarının ise maddi hukuka dâhil olduğu, kanunlar ihtilafının söz konusu olduğu bir yargılamada, hangi ülke (veya federal ülkelerde eyalet) hukukunun uygulanması gerektiği konusunda tanımlayıcı olacaktır[310]. Zira, kural olarak, usul hukukuna ilişkin hususlar mahkemenin hukukuna (*Lex Fori*), maddi hukuka ilişkin hususlar ise uyuşmazlığın tabi olduğu hukuka göre çözülecektir[311].

---

[308] Umar, Yılmaz, s.32-33.

[309] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 400.

[310] Bu konuda bkz.: H. Özdemir Kocasakal, "Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler", **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul, 2003; G. Öztekin, "İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler", **MHB**, 1989/I, s. 37-46.

[311] A. Çelikel, B. Erdem, **Milletlerarası Özel Hukuk,** Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2009, s. 419; F. Sargın, **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları,** Ankara, 1996, s. 94-95; V. Doğan, "Milletlerarası Özel Hukukta

B. Elektronik Deliller ve İspat Hukuku

I. İspat Hukuku İle İlgili Açıklamalar

1. İspat ve İspat Yükü

İspat hukuku ile ilgili konulara geçmeden önce ispatın ne olduğu konusunda açıklama yapmak yerinde olacaktır. KURU'ya göre ispat, "*dava konusu hakkın ve buna karşı yapılan savunmanın dayandığı vakıaların var olup olmadıkları hakkında mahkemeye kanaat verilmesi işlemidir*.[312]" UMAR – YILMAZ ise bu konuda ikili bir tanıma başvurarak "*istemin konusu ile ilgili hukuksal sonucu öngören hukuk normundaki öge olayların gerçekleştiği hakkında yargıçta kanaat uyandırma*" faaliyetini asıl-ispat, "*bunun yapılmasından sonra karşı tarafın yargıçta uyandırılmış olan kanaati sarsmak için bulunduğu karşı inandırma*" faaliyetini ise karşı-ispat olarak ifade etmişlerdir[313,314]. İspat faaliyeti, yargılamanın temelini oluşturan en önemli faaliyetlerden birini oluşturmaktadır. Nitekim hükmün verilebilmesi için hâkimin ikna olması, hâkimin ikna olabilmesi için de hukukun istediği ölçüde ve nitelikte delilin ileri sürülmüş olması gerekir.

Delil ileri sürülmesi denildiğinde akla gelen ilk kavram ise ispat yüküdür, nitekim bir davada hangi tarafın delil sunması gerektiğini ispat yükü

İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti", **SÜHFD**, 1998/1-2, C. VI, s. 804; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 15.

[312] Kuru **–Cilt II**, s. 1966.

[313] Umar, Yılmaz, s.2.

[314] Bu konudaki diğer bazı tanımlar için bkz. Atalay **–Menfi Vakıa**, s. 5 vd., S. Üstündağ, s.613.

kuralları düzenler. İspat yükü, temel olarak ispat faaliyetinde başarısız olan taraflardan hangisinin bunun sonuçlarına katlanacağını düzenler, buna literatürde objektif ispat yükü de denilmektedir[315]. İspat Yükü konusunda hukukumuzdaki temel düzenleme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 6. maddesinde bulunmaktadır. Buna göre: *"Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür"*[316,317]. Bununla birlikte, çeşitli kanunların çeşitli

---

[315] Umar, Yılmaz, s. 32. Sübjektif ispat yükü (delil gösterme yükü) ise, ait olduğu tarafın üzerindeki delil gösterme ile ilgili yükü ifade eder. (S. Taşpınar, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri,** Ankara, 2001 s. 160 vd.; Yıldırım **-Delillerin Değerlendirilmesi,** s. 74 vd.; Umar, Yılmaz, s. 1 vd., 32 vd..; O. Kiper, **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara, 1995, s. 17 vd.).

[316] 2002 yılından önce yürürlükte bulunan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 6. Maddesinde ise şu ifade yer almakta idi: *"Kanun hilafını emretmedikçe iki taraftan her biri müddeasını ispata mecburdur"*.

[317] HMK Tasarısının 196. maddesinin 1. fıkrasında, İspat Yükü şu şekilde düzenlenmiştir: *"İspat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir."* Madde gerekçesinde de konu ile ilgili olarak şu açıklama yapılmıştır: *"İspat yüküne ilişkin kural daha önce Türk Medenî Kanununda düzenlenmiş olmasına rağmen ispat yükü kurallarının maddî hukuk temelli olmakla birlikte bir usul hukuku müessesesi olması sebebiyle, bu Kanun içerisinde yeniden düzenlenmiştir. Ayrıca bu durum, ispat hukukuna ilişkin tüm genel hükümlerin birlikte düzenlenmesinin de bir sonucudur. İspat yükü kuralı, Türk Medenî Kanunundaki düzenleniş tarzına göre daha açık ve üzerinde uzlaşılan bir şekilde ifade edilmiştir. Birinci fıkrada, ispat yükünün belirlenmesine ilişkin temel kural vurgulanmıştır. Buna göre, bir vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran taraf ispat yükünü taşıyacaktır. İspat yükünün belirlenebilmesi için önce ilgili maddî hukuk kuralındaki koşul vakıaların doğru*

hükümlerinde ispat yükü konusunda hükümler bulunmaktadır. Ayrıca doktrinde ve uygulamada kabul edilen diğer bazı prensipler de vardır[318]. İspat yükü ile ilgili önemli bir nokta, ispat yükünün yargılama sırasında yer değiştirmemesidir. Doktrinde ve mahkeme kararlarında zaman zaman yanlış olarak "taraflardan birinin ispatı üzerine ispat yükünün karşı tarafa geçtiği" şeklinde ifadeler yer almaktadır. Oysa tanımından da anlaşılacağı üzere ispat yükü, her zaman bir tarafın üzerindedir, bu taraf da genellikle davacı olmaktadır. İspat yükünü taşıyan taraf, bu ispat yükünü yerine getiremezse, davayı kaybeder. Hâkimi ikna edecek derecede uygun ve yeterli delil sunan taraf, dava sonuna kadar bu durumu sürdürürse davayı kazanır. Bu durumda ispat yükü yerine getirilmiş demektir. Ancak ispat yükünü taşımayan taraf "karşı delil" ile ispat yükünü taşıyan tarafın delillerini çürütür ise, bu durumda hâkimi ikna faaliyeti tamamlanmamış olacaktır. Dolayısıyla ispat yükünü kimin taşıdığı esas olarak dava sonunda önem kazanır. İspat yükünü taşıyan taraf kendisinden istenilen nitelik ve ağırlıkta delil sunsa dahi, diğer tarafın karşı delili ile bunlar değerden düşüyor ise zaten üzerine düşen ispat yükünü

---

bir şekilde tespit edilmiş olması ve buna uygun somut vakıaların ortaya konulmuş olması gerekir. Her bir vakıa bakımından lehine hak çıkarma çerçevesinde ispat yükü kuralları belirlenir. Ancak kanunda özel olarak ispat yükünün belirlendiği hallerde, genel kurala göre değil, kanunda belirtilen şekilde ispat yükü belirlenecektir." (Budak, s. 181-182)

[318] Bu prensipleri UMAR-YILMAZ on iki madde olarak özetlemişlerdir (Umar, Yılmaz, s. 45-47).

yerine getirememiş olacaktır ve davayı kaybedecektir. Yoksa her delil sunma ve ispat faaliyeti ile ispat yükünün yer değiştirmesi düşünülemez[319].

Dava esnasında ispat yükünün yer değiştirdiği istisnai durumlar da olabilir. Buna örnek olarak ispat yükünü üzerinde taşımayan tarafın bir delili ortadan kaldırılması gösterilebilir. Taraflar davanın her aşamasında olduğu gibi, ispat faaliyetleri sırasında da dürüstlük kuralına uymak zorundadırlar[320]. Hukukun, kendi kötü niyetine dayanan bir kimseyi koruması düşünülemez. Böyle bir durumda ispat yükünün yer değiştirmesi uygun olacaktır[321]. Ancak görüldüğü üzere buradaki yer değiştirme ispat yükünü taşıyan tarafın ispat faaliyeti üzerine değil, diğer tarafın ispat yükünü taşıyan tarafın delile ulaşmasını önleyen dürüstlüğe aykırı faaliyeti neticesinde gerçekleşir.

2. İspat Ölçüsü

İspat faaliyetinin ne yoğunlukta olması gerektiği ispat ölçüsü kavramı ile ifade edilmektedir. ATALAY'a göre ispat ölçüsü, "*bir vakıa iddiasının*

---

[319] Umar, Yılmaz, s. 5; farklı görüşte B. Kuru, R. Arslan, E. Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 18. Baskı, Ankara, 2007, s.433; Karş. HMK Tasarı m. 197/I: *"Diğer taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyeti için delil sunan taraf, ispat yükünü üzerine almış sayılmaz".*

[320] Arslan **–Dürüstlük Kuralı**, s.89, B. Umar, E. Yılmaz, s.60, 63, 64.

[321] Arslan **–Dürüstlük Kuralı**, s.90-91; Umar, Yılmaz, s.60. Yargıtay ise verdiği kararlarda böyle bir durumda ispat yükünü diğer tarafa geçirmemekte, sadece kötü niyetli tarafın iddiasının dikkate alınmaması gerektiğini ifade etmektedir (Arslan **–Dürüstlük Kuralı**, s. 90-91, dn. 250'de not edilen kararlar).

hâkim tarafından ne zaman ispatlanmış kabul edilerek o vakıanın gerçekleşmiş sayılacağı ve normdaki hukuki sonucun doğmuş olduğuna karar verileceği sorusuna cevap verir.[322]" İspat ölçüsü, delillerin değerlendirilmesi ile ilgili olmakla birlikte, ondan farklı bir kavramdır[323]. Hukukumuzda bu yönde genel kurallar bulunmamaktadır, bu husus hâkime bırakılmıştır. Ancak her konuda aynı ölçünün uygulanması söz konusu olamaz. Her bir davada hâkim, davanın konusunun ve sebebinin önemine göre karar verecektir. Örneğin ihtiyati haciz yargılamasında yapılacak inceleme ve ispat ölçüsü ile bir babalık davasındaki ispat ölçüsü aynı olmayacaktır[324].

3. Delil

Bahsettiğimiz üzere ispat faaliyetinin aracını deliller oluşturmaktadır. Delil, bir vakıanın ispatı için başvurulan araçları ifade eder[325]. Delilin, vakıanın gerçekleştiği konusunda hâkime kanaat verici olması, onun ispatlanmak istenilen vakıayı temsil edici (temsililiğini) özelliğini ifade eder[326]. Bu temsilin ne ölçüde olduğu, delilin kanaat verme konusunda ne kadar başarılı olacağı ile doğru orantılıdır. Bu sebeple delillerden uyuşmazlığa en

[322] Atalay **–Menfi Vakıalar**, s.37.

[323] Yıldırım **–Delillerin Değerlendirilmesi**, s.70-71.

[324] M. Özekes, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Ankara, 1999, s. 226; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 303.

[325] Kuru **–Cilt II**, s. 1966.

[326] Konuralp -**İspat Kuralları**, s.10.

yakın olanı, en temsili ve güvenilir olanı olacaktır[327]. Yukarıda[328] bahsettiğimiz Anglo-Amerikan Yargılama hukuklarında yer alan "en yakın delil kuralı" (*Best Evidence Rule*) da büyük ölçüde bu varsayımın bir yansımasıdır.

HUMK'nda deliller, ikinci babın sekizinci faslında düzenlenmiş ve bu faslın ikinci kısmı tanık, üçüncü kısmı bilirkişi, dördüncü kısmı senet, beşinci kısmı yemin, altıncı kısmı keşif ve yedinci kısmı da özel hüküm sebepleri delillerini düzenlemektedir. Nihayet birinci kısım olan Umumi Hükümler başlığı altında da ikrar ve kesin hüküm delilleri düzenlenmiştir. Kanunun bu ilginç düzenleme şekli bir kenara bırakılırsa, yedinci kısımda, "diğer hüküm sebepleri" delilinin düzenlenmiş olması, bu saymanın tahdidi olmadığını göstermektedir. Doktrinde de belirtildiği üzere, kanunumuz aslında delilleri saymamış, sadece belirli bazı delillere belirli bazı sonuçlar bağlamış ve bunların sunulmasını düzenlemiştir[329]. Doktrinde genellikle, Türk medeni usul hukukunda delillerin sekiz adet olduğu ve ikrar, kesin Hüküm, senet, yemin, tanık, bilirkişi, keşif ve özel hüküm sebeplerinden oluştuğu belirtilmektedir[330]. Oysaki kanımızca, delil çeşitleri bu şekilde sınıflandırılmamalıdır. Zira özel hüküm sebepleri (ya da kanunun deyişiyle hususi esbabı hüküm), başlı

---

[327] Konuralp **-İspat Kuralları**, s. 10; O. Atalay, "Emare İspatı", **MBD**, S. 1999/3, s. 8.

[328] Bkz. yuk. başlık § 3, D.

[329] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 12.

[330] Örn. bkz. Kuru **–Cilt II**, s. 2032 vd.; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 317.

başına bir delil türü değil, bu kanunda sayılmayan araçların da delil olarak kabul edilebileceğini ifade eden bir düzenlemedir. Zira HUMK'nun 367. maddesine göre tahkikat hâkimi, senetsiz ispatı mümkün olan davalarda, resen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin incelenmesine de karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı dinledikten sonra ortaya çıkacak duruma göre gereken tedbirleri alır. Yani burada kanun koyucu, senetle ispatı gerekmeyen hususlarda hâkimin diğer ispat araçlarını da "delil" olarak kabul edebileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla kanımızca hukukumuzda delillerle ilgili yapılabilecek tek gerçek ayrım, kesin delil – takdiri delil ayrımı olabilir. Kesin deliller (kanımızca) sadece kanunla düzenlenebilir ve HUMK'nda deliller kısmında bahsedilen kesin deliller, ikrar, senet, kesin hüküm ve yeminden ibarettir. Bununla birlikte, ikrarın kanunda bir delil olarak düzenlenmiş olmakla birlikte, aslında gerçek anlamda bir delil olmadığı doktrinde tartışılmaktadır[331]. İkrar, kanımızca, niteliği gereği bir vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaran bir kurumdur. Deliller ise sadece davanın halline tesir edebilecek münazaalı hususları ispat için ikame olunur, maruf ve meşhur olaylar ile *ikrar olunan hususlar* münazaalı sayılmaz (HUMK m. 238). Bununla birlikte ikrar, HUMK'nda (ve dolayısıyla da hukukumuzda) bir delil olarak yer almaktadır[332].

---

[331] Konuralp –**İspat Kuralları**, s.12; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 379; T. Ö. Kiraz, Medeni Yargılama Hukukunda İkrar, Ankara, 2005, s. 48 vd., Umar, Yılmaz, s. 191 vd.; Ayrıca Bkz. aşa. başlık § 5, C, III.

[332] HMK Tasarısında, deliller konusunda bir yeniden yapılandırmaya gidilmiş ve Dördüncü Kısım, "İspat ve Deliller" başlığı altında düzenlenmiştir. Buna göre, ikinci bölüm belge ve senetlere, üçüncü bölüm yemine, dördüncü bölüm

4. Dolaylı İspat, Emarelerle İspat ve İlk Görünüş İspatı

İspatın, doğrudan doğruya unsur vakıayı karşılayan somut vakıaya değil de, onu olası gösteren bir vakıaya ilişkin olması halinde dolaylı ispat söz konusu olur[333]. Emareyle ispat ve ilk görünüş ispatı da doktrinde büyük

---

tanığa, beşinci bölüm bilirkişi incelemesine, altıncı bölüm keşfe, yedinci bölüm uzman görüşüne ayrılmış; ikrar delillerden önce şu şekilde düzenlenmiştir: *"…İkrar edilen vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez"* (m. 194/I). Mahkeme dışı ikrar düzenleme dışında tutulmuştur (Bu durumun eleştirisi için bkz. Y. Alangoya, K. Yıldırım, N. Deren-Yıldırım, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul, 2006, s.113). Benzer şekilde 198. maddede de şu ifade yer almıştır: *"Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir".* Böylece "özel hüküm sebepleri" şeklinde ifade edilen delil ortadan kalmış, kanundaki delillerin tahdidi olmadığı daha doğru bir ifadeye kavuşmuştur. Tasarının madde gerekçesinde de bu durumu açıklayıcı yönde şu ifade yer almaktadır: *"Maddeyle, Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabileceği açıkça düzenlenmiş; böylece, senetsiz ispatı caiz olan davalarda aklî, mantıkî ve hukuka uygun yollardan elde edilmiş olmak koşuluyla davayı aydınlatabilecek ve davanın dayanağı olan vakıaları ispatlayabilecek her türlü unsurun delil olarak değerlendirilebileceği esası tereddüde yer vermeyecek bir biçimde düzenlenmiştir. Böylece, aslında 1086 sayılı Kanunun mehazında da bulunmayan ve uygulanmasında daima tereddütle karşılaşılan özel hüküm sebepleri kavramı da terk edilmiştir."* (Budak, s.183).

[333] Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 295. Doğrudan veya dolaylı olan delil değil, ispattır. Delillerin dolaylı olması gibi bir şey söz konusu olamaz, delil doğası gereği doğrudan olmak zorundadır (O. Atalay, "Delil Kavramı Üzerine", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I**, Ankara, 2009, s. 132-133).

ölçüde dolaylı ispat kavramı içine sokulmaktadır. KONURALP'e göre emare, "*Bir iddianın doğrulanması konusunda kanaat edinmeye elverişli olan ve fakat temsili niteliği itibariyle iddia edilen vakıayı ancak ihtimal derecesinde veya kısmen doğrulayabilen ispat araçlarıdır*". ÜSTÜNDAĞ da emare ile ispatı ikiye ayırmış, emarelerle ispatın dolaylısıyla ispat olduğunu, ikinci türünün ise ilk görünüş ispatı olduğunu, bu türde ise olayların tipik akışının ve tecrübe kurallarının etkili olduğunu ifade etmektedir. KESER-BERBER de emarelerle ispat ve ilk görünüş ispatının birbirinden kolay kolay ayrılamayacağını ifade etmiştir[334]. Nihayet ATALAY, emare ispatının dolaylı ispat türlerinin ortak adı olduğunu, ilk görünüş ispatının da aynı başlık altında rahatlıkla incelenebileceğini, ilk görünüş ispatının kuvvetli emare ispatı olduğunu, bu sebeple tam ispat istenen durumlarda ancak ilk görünüş ispatının söz konusu olabileceğini, basit emare ispatının ise sadece yaklaşık ispat istenen durumlarda kullanılabileceğini ifade etmiştir[335].

Bahsedilen her üç ispat türü de, elektronik deliller açısından büyük önem taşımaktadır. Örneğin bir elektronik postanın içeriğinin tespiti, kim tarafından gönderildiği, ne zaman ulaştığı gibi hususların ispatı büyük ölçüde bu bahsedilen ispat şekilleri ile olabilir. Daha açık bir örnek vermek gerekirse, bir elektronik postanın ulaştığı iddiası, doğrudan ispat faaliyeti ile her zaman ispatlanamayabilir. Ancak elektronik postayı ulaştıran sistemin incelenerek hataya yol açmayacak şekilde düzenli ve güvenli olarak çalıştığı ispat

---

[334] L. Keser-Berber, "İlk Görünüş İspatı", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, İzmir, 2001, s.237-239.

[335] Atalay **–Emare İspatı** s.18.

edilirse, bu ispat söz konusu elektronik postanın ulaştığı husununda dolaylı ispat faaliyetini oluşturur. Benzer şekilde bir sabit disk incelemesinde, başlı başına delil sayılmayacak çeşitli emarelerin birleşmesi ile, elektronik belgenin doğruluğu ortaya konulabilir.

İlk görünüş ispatı da, elektronik deliller açısından çok önemlidir. Elektronik delillere her başvurmada, hemen doğrulanmaları yönünde bir ispat faaliyeti beklenemez; aksi halde elektronik delillere başvurma imkânı büyük ölçüde kısıtlanacaktır. Örneğin bir internet haber sitesindeki haber yolu ile kişilik haklarına saldırıldığı iddiası ile dava açan tarafın, bu haberin çıktısını mahkemeye sunması ve mahkemenin bu çıktıyı doğrulanmış olarak kabul etmesi gerekir. Zira, kamuya açık olan söz konusu haber sitesinin sorumlusunun bu iddianın doğru olmadığını (böyle bir haberin sitede yer almadığını) ispat etmesi çok kolaydır. İşte mahkemenin bazı durumlarda delili doğru olarak kabul etmesi, ilk görünüş ispatına bir örnek oluşturur. ABD Hukukunda elektronik postanın gönderilmesinden sonra, gönderene postanın karşı tarafa ulaşmadığına dair bir mesajın gelmemiş olması veya gönderilen mesaja kısa süre içerisinde cevap yazılmış olması gibi durumlar, ilk görünüş ispatına örnek olarak verilmektedir[336].

[336] Rice (Editor), s. 234 vd.

II. Yürürlükteki İspat Kuralları, Senetle İspat Mecburiyeti ve Sınırları

1. Senet Kavramı ve Kapsamı

a. Genel Olarak Senet

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 288 vd. maddelerinde senetle ispat mecburiyeti düzenlendiği halde, senet kavramının bir tanımına yer verilmemiştir. Doktrin ve uygulamada senet konusunda çeşitli tanımlar yapılmış, zaman zaman da çeşitli belgelerin senet kavramının kapsamın girip girmediği tartışılmıştır. ÜSTÜNDAĞ'a göre, geniş anlamda senet, düşüncenin her somutlaşmış, cisim bulmuş halidir[337]. Elektronik belgelerin büyük bir kısmı, bu tanımı karşıladıkları için, geniş anlamda senettir. Ancak usul hukukundan (ve bununla bağlantılı olarak maddi hukuktan) bahsederken ifade edilen senet, dar veya teknik anlamda senettir. Bu sebeple biz de çalışmamızda, "senet" ifadesi ile dar veya teknik anlamda senetten bahsedeceğiz. Senet, en temel tanımıyla, kişinin kendi aleyhine meydana getirdiği belgedir[338]. Bir belgeye senet vasfının yüklenebilmesi için, bazı şartları haiz olması gereklidir. Doktrinde yapılan tanımlar genellikle bu şartlardan yola çıkılarak kaleme alınmaktadır. YILMAZ'a göre senet, "Hukuki bir işlemi veya bir olayı belgelemek için yazılmış, resmi bir makam tarafından onaylanmış veya kendine karşı delil oluşturan kimse tarafından imza edilmiş

[337] Üstündağ, s. 636-637.

[338] Yıldırım **–Makale**, s. 125; Kuru **–Cilt II**, s. 2073.

yazı"dır[339]. Bu tanımdan da hareketle, senedin sahip olması gereken koşullar şu şekilde sayılabilir:

Senet öncelikle cisim bulmalıdır. Senedin mutlaka gözle görülebilir, elle tutulabilir olması gerekir. Ayrıca senedin mutlaka yazılı olması gerekir. Yazılı olmayan bir belge (örn. taşınabilir bellekte saklanan elektronik veriler, ya da teyp bandı) senet olarak kabul edilemez. Bununla birlikte, yazının mutlaka kâğıt üzerinde olması gerekmez, kumaş, tahta gibi başka bir madde üzerine yazılmış olması da yeterlidir[340]. Senedin hangi dilde yazılmış olduğu da önemli değildir[341]. Yani senedin hem kendisi fiziksel olarak gözle görülebilir, elle tutulabilir olmalıdır; hem de içeriği yine gözle görülebilir şekilde yazılı olacaktır. Senedin yazılı bir belge olmasının iki önemli özelliği vardır. Bunlar; istenildiğinde ibraz edilebilmesi ve değiştirilemezliğinin temin edilmiş olmasıdır[342].

Senette bir irade açıklaması olmalıdır, fakat senedi oluşturan kimsenin bu açıklamayı bilinçli olarak yapmış olması gerekmez. Senedin aleyhine kullanılacak olan tarafça meydana getirilmiş olması, ya da diğer bir deyişle senedi düzenleyen kişinin aleyhine bir durum yaratması gerekir. Kişinin kendi lehine bir senet ortaya çıkarması düşünülemez. Kişinin senedi

---

[339] E. Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Ankara, Yetkin, 2001, s.769.

[340] Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 325.

[341] Kuru **–Cilt II**, 2075; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 326.

[342] H. Pekcanıtez, "Elektronik Ticaret Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 2001**, İzmir, 2002, s. 400.

ortaya çıkarırken bunu bilinçli olarak yapmış olması aranmaz. Tesadüfî senet adı verilen senetler, kişinin bu sonucu öngörmeden kendi aleyhine oluşturduğu senetlerdir[343].

Senedin mutlaka el yazısı ile olması gerekmez, ancak mutlaka aleyhine kullanılacak olan kişinin imzasını veya HUMK'nun 297. maddesindeki hallerde mührünü veya işaretini taşıması gerekir. Bu sebeple bilgisayar çıktıları veya fotokopilerin de altının imzalanması koşuluyla senet olması mümkündür[344]. Senedin, aleyhine kullanılacak olan, onu düzenleyen kişinin elinden çıkmış olması, mutlaka kullanmak isteyenin elinde bulunması gerekmez. Bir senedin halen onu meydana getirmiş olan, aleyhine kullanılmak istenen kimsenin elinde bulunması söz konusu olabilir. Bu durumda bu senedin hangi şartlarda ve nasıl sunulması gerektiğini kanun düzenlemiştir (HUMK m. 326 vd.).

Senede niye kesin delil niteliği tanındığı, onun doğasında ve tarihi gelişiminde yatmaktadır. En güvenilir delil, uyuşmazlığa en yakın olan delildir[345]. Senet de genellikle uyuşmazlığa en yakın delil olduğu için bu bağlamda en güvenilir delil olacaktır. Bir hukuk sisteminde kesin delil kurumuna ihtiyaç olup olmadığı, o ülkedeki kanun koyucunun takdiridir. Fakat

---

[343] Erturgut, s.192; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 393; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 325; POSTACIOĞLU ise "*aleyhte delil teşkil etmek iradesi ile vücuda getirme*"yi senedin şartlarından kabul etmektedir (İ. Postacıoğlu, **Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Baskı, İstanbul, 1964, (Kısaltma: Postacıoğlu -**Şahadetle İspat Memnuiyeti**), s. 191.

[344] Erturgut, s.192.

[345] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 10.

eğer kesin delil kurumu var ise, senede kesin delil niteliği tanınması kaçınılmazdır[346]. Senedin kişilerden bağımsız olarak varlığını sürdürmesi, tanıkların sübjektifliğinin aksine, uyuşmazlık açısından objektif olması ve bazen de hazırlanmasına resmi makamların katılması nedeniyle daha güvenilir olması senedi her zaman diğer delillerin önüne çıkarmaktadır.

b. Elektronik Delillerin Senet Kavramı Bakımından Değerlendirilmesi

Senedin sahip olması gereken şartların değerlendirilmesi son derece önemlidir; zira, bu şartlardan herhangi birini taşımayan bir belgenin senet sayılması mümkün olamayacaktır. Bir belgenin senet olup olmadığı ise senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı hukukumuzda son derece önemlidir. Senet olmaya bağlanan diğer bir sonuç da, senedin kesin delil olmasıdır. HUMK, bazı delilleri ayrıntılı olarak düzenlemiş ve bunlardan kesin hüküm, yemin, senet ve ikrar delillerine kesin delil niteliği vermiştir. Bu delillerden birinin varlığı halinde yargılamayı yürüten hâkim bu delil ile bağlı olacak ve buna göre hükmünü verecektir. Bu delilin aksine verilen hükümlerin ise bozulması söz konusu olacaktır.

Elektronik belgelerin senet olup olamayacağı, özellikle senede çok büyük sonuç bağlanması sebebiyle tartışılmaktadır. Yukarıda sayılan şartları taşımayan bir belgenin senet sayılması mümkün olamaz. Bu sebeple elektronik belgelerin senet olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin

[346] Senedin neden üstün olduğu konusundaki görüşler hakkında bkz. N.M. Berkin, "İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil", **İHFM.**, S. 1946/6, s.1177 vd.

belirlenmesi için öncelikle bu şartları taşıyıp taşımadığının tespiti gerekir. Elektronik belgeler doğaları gereği söz konusu şartlardan en az birini taşıyamazlar. Elektronik deliller sayılan şartlardan her birini ayrı ayrı taşıyabilir, fakat hepsini bir arada taşıyamaz. Elektronik belgeler de cismani olabilir, örneğin bir cd-rom veya taşınabilir belleğe kaydedilmiş olabilir, fakat bunların görülebilmesi için mutlaka özel cihazlar gerekmektedir. Elektronik ortamda saklanmış veya hazırlanmış bir belgenin çıktısı alınabilir. Bu durumda hem cismanilik hem de yazılı olma koşulları yerine getirilmiş olur, fakat altında ortaya çıkaranın imzası bulunmadığı için belge, yine senet olabilme özelliğini taşıyamayacaktır. Bu belgelerin senet olarak kabulü, ancak çıktı veya suretlerinin imzalanması durumunda söz konusu olacaktır. Ancak bu durumda da zaten bunun bir senet haline geleceği açıktır. Zira, senedin tamamının elle yazılmış olması gerekmez, sadece imzanın elle atılmış olması yeterlidir. Elektronik belgenin elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile teyidi, yani doğrulanması mümkündür. Fakat bu sefer de cisim kazanma ve yazılı olma koşulları yerine getirilememiş olur, bu delil ancak bir bilgisayar ekranında incelenebilir.

Bu sebeplerle kanımızca elektronik belgelerin senet olarak kabulü mümkün değildir. Zaten bunların yapılarının senetten farklı olmaları nedeniyle senet ile aynı statüde değerlendirilmesine de gerek yoktur. Kanun koyucu ve uygulamanın, gelişen teknolojik koşullara göre yeni düzenlemeler yapmaları ve hukuk sisteminde oluşabilecek eksiklik ve belirisizlikleri gidermeleri gerekir. Bir elektronik belgenin senet olarak kabulü gerekmez, ona kanun koyucu tarafından senet hükmü bağlanması veya hüküm ve sonuçlarını

düzenlemek amacıyla senetle benzeri şekilde yeni bir düzenleme yapılması gerekir. Nitekim EİK ile HUMK'na eklenen 295/A maddesine göre, usulüne göre "*güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir; bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar*". Buna göre EİK'ndaki şartları taşıyan bir elektronik imzalı belge (yazılılık şartını taşımamasına rağmen), senet hükmünde kabul edilecektir. Doktrinde de elektronik belgelerin senet olamayacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır[347].

Aynı şekilde teyp bandı, fotokopi ve faks metinleri gibi nispeten eski ve Türk Yargısında etkileri uzun süredir devam eden teknolojilerin de niteliği doktrin ve uygulamada tartışılmış, bunların da senet sayılamayacağı büyük oranda kabul görmüştür[348]. Zira bunlar da, söz konusu şartlardan bir veya birkaçını taşımamaktadırlar.

Elektronik belge, ya da yukarıda bahsettiğimiz diğer belge türlerinin (fotokopi, faks vb.) değiştirilebilir olduğu ve bu sebeple de kabul edilmemeleri gerektiği argümanına ise katılmıyoruz. Zira, bugün teknoloji o kadar gelişmiştir ki, en güvenilir olarak kabul edilen her bir delil değiştirilmiş olma ihtimali taşımaktadır. Burada yapılması gereken, delil olarak sunulmak istenen belgenin bir doğrulama faaliyetinden geçirildikten sonra yargılamaya katılmasıdır. Bu belge yargılamaya katıldıktan sonra, onun değiştirilebilirlik

---

[347] Pekcanıtez, s. 410; Erturgut, s. 237; Keser-Berber, -**Elektronik Para ve Dijital İmza**, s. 209.

[348] Kuru **–Cilt II**, s. 2043; K.E. Gökyayla, "Telefaks Metinleriyle İspat", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, İzmir, 2001, s. 168.

ihtimali, bu belgenin ağırlığı, hükme ne kadar esas alınabileceği ile ilgilidir. Artık hâkim (veya jürinin var olduğu sistemlerde jüri), bu delilin ne kadar güvenilir olduğunu göz önüne alacak ve buna göre bir değerlendirme yapacaktır. Yeterli denetimlerden geçmiş ve dikkatlice incelenmiş bir elektronik belgenin vakıayı temsil değeri ve güvenilirliği, bazı durumlarda taraflar arasında akdedilmiş adi bir senetten daha yüksek olabilir. Hukukumuz açısından, ABD Hukuku ile ilgili olarak bahsettiğimiz kabul edilebilirlik kuralları olmadığı için, haksız fiilden doğan davalar veya bu yönde delil sözleşmesinin bulunduğu davalar gibi senetle ispat mecburiyetinin uygulanmadığı davalarda, mahkeme, sunulan elektronik delili çok aykırı bir durum (örneğin sadece bir bilgisayar çıktısı sunulmuş olması ve bunu doğrulama imkânı bulunmaması) görülmedikçe kabul etmeli, ancak bu delil üzerinde özellikle bilirkişinin yardımını da alarak inceleme yapmalı ve onun güvenilirlik derecesini belirlemelidir. Bundan sonra bu delilin değerlendirilmesi ve ne ölçüde hükme esas alınacağı artık hâkime kalmaktadır.

Senet bir kesin delil olduğu için, sınırlarının çok sıkı değerlendirilmesi ve senet niteliği atfedilecek belgelerin senedin taşıması gereken şartların tümünü taşıyıp taşımadığının dikkatle incelenmesi gerekir. Senet niteliğini haiz olmayan bir belgeye senet niteliği yüklemek ve bir kesin delil olarak hâkimle bunu bağlamak, yargılamanın seyri açısından çok büyük yanlışlara yol açabilecektir. Her ne kadar uygun denetimlerden geçmiş ve dikkatlice incelenmiş bir elektronik belgenin vakıayı temsil değeri ve güvenilirliği, bazı durumlarda taraflar arasında akdedilmiş adi bir senetten daha yüksek

olabilse de, bu delile kesin delil olabilme sıfatı kanımızca sadece kanun koyucu tarafından verilebilir[349].

2. Senetle İspat Mecburiyeti ve Senede Karşı Senetle İspat Mecburiyeti

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 240. maddesine göre, hâkim, kanunun belirlediği haller müstesna olmak üzere, ileri sürülen delilleri serbestçe değerlendirir. Bu kural, hukukumuzda delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin hâkim olduğu intibaını uyandırsa da, delillerden bir kısmına kesin delil niteliği kazandırılmış olması ve Kanunun 288 vd. maddelerinde düzenlenen senetle ispat mecburiyeti dolayısıyla, Türk Hukuk Yargılamasında kanuni ve vicdani delil sitemlerinin karması olan bir tür ispat sisteminin var olduğu ifade edilebilir[350]. Senetle ispat mecburiyeti, ya da başvurulan diğer tabirler ile "Şahadetle ispat memnuiyeti[351]" veya "Kesin delillerle ispat zorunluluğu[352]", konusu hukuki işlem olan davalarda çok katı ispat şeklinin uygulanmasına yol açmaktadır. HUMK'nun 287. maddesine göre, *"Kanunun muayyen bir delil ile ispatını emreylediği hususlar başka suretle ispat olunamaz".* 288. maddede ise, bir hakkın doğumu, düşürülmesi,

---

[349] Tarafların delil sözleşmesi ile kesin delil yaratıp yaratamayacakları konusundaki tartışma için Bkz. aşa. başlık § 5, B, II, 3, c, cc.

[350] H. Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, Olgaç, 1988, (Kısaltması: Konuralp-**Delil Başlangıcı**), s. 29-30.

[351] Postacıoğlu -**Şahadetle İspat Memnuiyeti**.

[352] Pekcanıtez, s. 397.

devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri belirli bir değeri geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerektiği düzenlenmiştir[353]. Dolayısıyla, değeri veya miktarı kanunda belirlenmiş bir sınırı geçen hukuki işlemler ve bu işlemlerle ilgili diğer hukuki işlemlerin, kesin delil ile ispatı gerekmektedir. Kanun her ne kadar ispat için "senet" şartı getirmişse de, doktrin ve uygulama bunun "kesin delil" olarak algılanması gerektiğinde hem fikirdir[354].

Hemen belirtmek gerekir ki, belirlenen sınırı geçmeyen hukuki işlemler ile hukuki işlem sayılmayan haksız fiil, maddi vakıa, haksız iktisap gibi iddialar bu yasağın kapsamına girmez. Bu iddialar her türlü delille ispatlanabilir. Ayrıca bu kural sadece hukuki işlemin taraflarını ilgilendirir, işlemin tarafı olmayan üçüncü kişiler, hukuki işlem ile ilgili muvazaa gibi iddialarını diğer deliller ile de ispatlayabilirler[355].

Senetle ispat mecburiyeti çok çeşitli sebeplere dayanmaktadır. Doktrinde bu yasağın dayanağı olarak pek çok sebep öne sürülmüştür. Örneğin POSTACIOĞLU'na göre bu yasağın amacı, "*teamüllerin tecviz ettiği nispette tarafları tahriri beyine tedarikine zorlamakla yalan şehadetin*

---

[353] Bu değer 2004 yılı değişikliği ile 400 milyon lira olarak belirlenmiş, ancak yine 2004 tarihinde yapılan bir değişiklikle Vergi Usul Kanunun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca, Maliye Bakanlığınca her yıl tespit ve ilan edilen yeniden değerleme oranında arttırılır. Sınır, 2009 yılı itibariyle 540 TL.'dir.

[354] Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 23.

[355] Kuru **–Cilt II**, s. 2245

tehlikelerinden korumak"tır[356]. BERKİN ise bu kuralın kamu düzeninden olduğu varsayımından hareket etmiş ve *"senedin işlerde ve muamelelerde emniyeti sağlayacağını, senet vasıtası ile adliyenin işlerinin azalacağını, bunun da adalet ve çabukluğu getireceğini"* ifade etmektedir[357]. Nihayet BELGESAY'a göre de bu yasak üç amaca hizmet etmektedir. Bunlar, hâkimlerin yorulmaması ve işlerinin azalması, tanıkların yalan veya yanlış beyanları ile davanın ispatına engel olmalarının önüne geçmek ve yazının şekil yerine geçerek tarafları yapacakları iş hakkında düşünmeye sevk edeceği varsayımıdır[358].

Senetle ispat mecburiyetinin kamu düzeninden olup olmadığı uzun süre tartışılmış ve ilk zamanlarda bunun kamu düzeninden olduğu görüşü ağır basmıştır[359]. Yargıtay'ın verdiği farklı yöndeki kararları üzerine 1959 yılında içtihatların birleştirilmesi yoluna gidilmiş ve Yargıtay bu kuralın kamu düzeninden olmadığı sonucuna varmıştır[360]. Bu sayede tarafların bu kuralı bertaraf edebilmelerinin yolu açılmıştır. Daha sonra da 1711 sayılı kanunla 1973 yılında HUMK'nun 289. maddesi yeniden düzenlenerek *"288 inci madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukarıdaki hükümler*

---

[356] Postacıoğlu -**Şahadetle İspat Memnuiyeti**, s.26.

[357] N.M. Berkin, "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları", **İHFM**, 1950, C. XVI, S. 3-4, s.805.

[358] Belgesay, s. 56-57.

[359] Belgesay, s. 56-57; Berkin, s. 803 vd.

[360] İçtihadı Birleştirme Umumi Heyeti, 18.03.1959, E. 1958/18, K. 1959/21 (Şener, s. 379-381).

hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilir." düzenlemesi getirilmiştir[361].

Senetle ispat mecburiyeti ve senede karşı senetle ispat mecburiyetine benzer düzenlemelere, delilller ve ispatın getirilmesi konusunda çok katı kurallara sahip olan Anglo-Amerikan Hukuk Yargılamalarında da rastlanılmaktadır. Özellikle ABD Hukuk Yargılamasında bu yönde katı bazı esas ve kurallar bulunmaktadır.

Bunlardan ilkini, temeli bir 17. yüzyıl İngiliz düzenlemesine dayanan "Yazılı Şekil Kuralı" (*Statute of Frauds*) oluşturmaktadır. Bu kurala göre belirli bazı hukuki işlemlerin yazılı şekilde yapılması ve bu şekilde ispatı zorunludur. Bu yasağın temeli de, tıpkı senetle ispat mecburiyetinde olduğu gibi yalan şahitliğin önüne geçmektir[362]. Bugün için bu kural federal alanda ABD Tek tip Ticaret Kanununda (*Uniform Commerical Code* -UCC) bulunmaktadır. Kurala göre 5000 ABD Dolarını geçen satış sözleşmelerinin yazılı şekilde ispatı gerekir (UCC §2-201). Ancak söz konusu kanunun §2-211. maddesi ile bu koşulların elektronik kayıt vb. ile de sağlandığı düzenlenmiş ve bu yönde bir kolaylık sağlanmıştır.

Diğer bir kural "Sözlü Delil Yasağı"dır (*Parol-Evidence Rule)*. Bu kural, hukukumuzdaki senede karşı senetle ispat kuralına benzemektedir. Bu kural ile, yapılmış olan yazılı bir sözleşme ile ilgili hususların sözlü delil ile

---

[361] TAŞPINAR'a göre bu hüküm, delil sözleşmesini değil, bir muvafakat beyanını ifade etmektedir (Taşpınar, s. 182).

[362] J.J. White, R.S. Summers, **Uniform Commercial Code**, 4th Edition, 1995, s. 82.

aksinin iddia edilemeyeceği belirtilmektedir[363]. Bu kural da UCC.'nin §2-202. maddesinde bulunmaktadır.

ABD Yargılamasında bu yönde yer alan diğer kural ise "En Uygun Delil Kuralı"dır (*Best Evidence Rule*). Bu kurala göre, bir vakıanın ispatı için mahkemeye, en uygun delil sunulmalıdır. Bu delil sunulmadan, daha uzak bir delilin sunulması kabul edilemez[364]. Bugün için bu kural asıl olarak "bir yazı, kayıt veya fotoğrafın ispatı için söz konusu yazı, kayıt veya fotoğrafın kendisinin sunulması" olarak anlaşılmaktadır. Federal alanda delilleri düzenleyen FRE'nin 10. bölümü bu konudaki düzenlemeleri içermektedir. Söz konusu kuralın "orijinal" tanımında "bir verinin bilgisayar veya benzeri bir aygıtta saklanması halinde, veriyi doğru şekilde gösteren yazıcı çıktısı ya da başka şekilde görünebilir herhangi bir çıktının orijinal olarak kabul edileceği" düzenlenmiştir (FRE r. 1001/3).

Bu kurallara değinmemizdeki başlıca neden, aslında ABD Hukuku ve Türk Hukuku arasında delil sunulması kapsamında sanıldığı kadar fark olmadığının ortaya konulmasıdır[365]. Bu benzerliğin sonucu olarak, ABD Hukukunda var olan katı delil uygulamalarını elektronik deliller açısından yumuşatan düzenlemelerin benzerlerinin, Türk ispat hukukuna da kolaylıkla getirilebileceği düşünülmelidir.

---

[363] Rice (Editor), s.190.

[364] Friedenthal, Singer, s.250; Strong (General Editor), s.360.

[365] Aynı yönde D. Karlen, İ. Arsel, **Civil Litigation in Turkey**, Ankara, 1957, s. 85.

3. Senetle İspat ve Senede Karşı Senetle İspat Mecburiyetinin İstisnaları

a. Genel Olarak

Senetle ispat mecburiyetini düzenleyen HUMK'nda, kuralla birlikte çeşitli istisnalar da getirmiştir. Bu istisnalar, senetle ispat mecburiyetinin hemen arkasından düzenlenmiştir. Bunlar; Yazılı delil başlangıcı (m. 292), maddi ve manevi imkânsızlık halleri (m. 293), yakın hısımlar arası manevi imkânsızlık, tazminatı gerektiren fiiller, yangın, deniz kazası, düşman istilası gibi senet alınması mümkün olmayan veya son derece zor olan hallerde yapılan işlemler, halin icabına ve iki tarafın durumlarına göre senede bağlanması yaygın olmayan işlemler, sözleşmelerdeki hata, hile, gabin ve ikrah iddiaları ve senedin kaybolması (m. 294) halleridir. Ayrıca aşağıda[366] bahsedeceğimiz üzere, senedi bertaraf eden bir delil sözleşmesinin varlığı halinde de senetle ispat mecburiyeti ortadan kalkar.

Senede karşı senetle ispat mecburiyetinin istisnaları ise daha sınırlıdır. Taraf, manevi imkânsızlık hallerine dayanamaz, zira ortada düzenlenmiş bir senet bulunmaktadır[367].

---

[366] Bkz. aşa. başlık § 5, B, II, 3, c.

[367] Ayrıca PEKCANITEZ, ATALAY, ÖZEKES, bu istisnaların kanundan kaynaklandığını ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2002 yılında verdiği bir kararla senede karşı senetle ispat kuralına, "hayatın olağan akışı kavramına aykırılık" çerçevesinde yeni bir istisna tanıdığını ifade etmektedirler. Söz konusu karar ve yorum hakkında bkz. Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 449, dn. 268.

b. Yazılı Delil Başlangıcı

ba. Genel Olarak Yazılı Delil Başlangıcı

Yazılı delil başlangıcı, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı durumlarda, elde senedin bulunmadığı durumlarda başvurulabilecek, Kanunun sağladığı en önemli imkânlardan birisidir. Yukarıda[368] da bahsettiğimiz üzere bir belgeye senet niteliği tanınması çok sıkı şartlara tabidir. Bu sebeple kanun koyucu her durumda senede başvurmanın zorluğunu göz önüne alarak, senede benzeyen bazı belgelerin varlığı halinde bu takdiri delillerle ispat yasağının uygulanmayacağını düzenlemiştir. Yazılı delil başlangıcı, ya da kanundaki adıyla "tahriri mukaddimei beyine", HUMK'nun 292. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, senetle ispatı gereken konularda yazılı bir delil başlangıcı mevcut olursa, tanık dinlenilmesi caizdir. Görüldüğü üzere kanunda, senetle ispatın mecburi olduğu durumlarda, yazılı bir delil başlangıcının var olması halinde tanık dinlenilebileceği düzenlenmiştir. Kanunda ayrıca, bu kurumun içinin doldurulması uygulama ve doktrine bırakılmamış, tanımı da yapılmıştır. Kanundaki bu tanım ile yazılı delil başlangıcının unsurları da ortaya konulmuştur. Yazılı delil başlangıcı, müddeabihin tamamen ispatına yememekle birlikte, bunun gerçekleştiğine işaret eden ve aleyhine ibraz edilmiş olan tarafça verilen evrak ve belgelerdir[369]. Elektronik belgelerin yazılı

[368] Bkz. yuk. başlık § 5, B, II, 1.

[369] Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 420, Konuralp –Yazılı Delil Başlangıcı, s. 39 vd.

delil başlangıcı hükümleri altında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini tespit için öncelikle bu unsurların incelenmesi gerekmektedir.

Bu unsurlardan birincisi, yazılı delil başlangıcının yazılı olması gereğidir. Tıpkı senetlerde olduğu gibi, yazılı delil başlangıcı da cismani ve yazılı olmalıdır. Bu unsura, delil başlangıcının maddi unsuru da denilmektedir[370]. İkinci unsur, "kim" sorusuna cevap vermektedir. Yazılı delil başlangıcı, mutlaka, aleyhine kullanılmak istenen kişi tarafından ortaya çıkarılmış olmalıdır. Üçüncü unsur ise, onun temsili değerini ortaya koymaktadır. Buna göre, senedin aksine, yazılı delil başlangıcı, ispatı istenen vakıanın gerçekleştiğini tam olarak ortaya koyamamakla birlikte, onun var olduğuna işaret etmelidir.

Bu unsurlardan ilki, yani delil başlangıcının şekli, en kolay belirlenen unsurdur. Diğer iki unsur olan hazırlayanın şahsı ve inandırıcılık oranı ise mahkemece dikkatlice incelenmesi gerekli olan unsurlardır. Zira bu unsurların dikkatlice ve titizlikle aranmaması ve uygulanmaması halinde senetle ispat mecburiyeti kurumu anlamını yitirecektir. Yazılı delil başlangıcı aslında senede çok benzemekte, fakat senet için aranan bazı şartlar yazılı delil başlangıcında aranmamaktadır. Yazılı delil başlangıcı yazılı olmalıdır, fakat onu meydana getiren kimse tarafından imza edilmiş olması gerekmez. Ayrıca senet bir delil olduğu için, hangi vakıayı ispat etmek için sunulmuşsa, o vakıayı temsil etme niteliğinin, onun varlığına dair mahkeme üzerinde bir ikna kabiliyetinin olması gerekir. Yazılı delil başlangıcında ise bu ikna derecesi

[370] Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı**, s. 40.

daha gevşek tutulmuş, vakıanın gerçekleştiğine işaret etmesi yeterli sayılmıştır.

bb. Elektronik Belgelerin Yazılı Delil Başlangıcı Bakımından Değerlendirilmesi

Elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağı, bu belgelerin yukarıda saydığımız unsurları taşıyıp taşımamasına bağlı olacaktır. Fotokopi, teyp bandı ve faks metni gibi nesne ve belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmayacağı konusunda uygulama ve doktrinde de çeşitli tartışmalar olmuş ve görüşler ifade edilmiştir. Fotokopi yoluyla çoğaltılmış belgelerin yazılı delil başlangıcı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bazı yazarlar bu delil manipüle edilmeye çok açık olduğunu bu sebeple kabul edilemeyeceğini[371], diğer bazı yazarlar ise bu tehlikenin pek çok delil türü açısından geçeli olduğunu, bu durumun fotokopi edilmiş belgenin yazılı delil başlangıcı olarak kabulünün önüne geçmediğini ifade etmektedirler[372]. Yargıtay da ilke olarak, fotokopilerin yazılı delil başlangıcı olabileceğini kabul etmekte, ancak imza incelemesi gibi hassas konuların fotokopi üzerinden yapılamayacağı kabul edilmektedir[373].

---

[371] Postacıoğlu -**Medeni Usul**, s.597; E. Önen, **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, Sevinç, 1979, s. 249; M. Tiftik, "Yazılı Delil Başlangıcı", **AD**, 1984, s. 247.

[372] Kuru **–Cilt II** s. 2309; Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı** s. 58; Yıldırım **–Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 216.

[373] *"…Mahkemece fotokopi belge üzerinde bilirkişi incelemesi yapılarak davanın kabulüne karar verilmiş ise de, aslı olmayan bir belgedeki imzanın*

Faks metinleri, aynı zamanda bir kontrol fonksiyonu olarak teyit raporu içermeleri nedeniyle, daha fazla kabul görmüşlerdir. Faks, yapısı gereği, Türk Hukukunda geçtiğimiz yıllarda tartışma konusu olan teknolojik deliller ile, bu çalışmanın konusunu oluşturan elektronik deliller arasında bir yere sahiptir. Faks, her ne kadar fotokopi ile aynı mantıkta çalışsa da, fotokopiye ek olarak belgenin kim tarafından, ne zaman gönderildiği bilgisine ulaşılabilir. Ayrıca kâğıt bitmesi veya meşgul çalma gibi bir nedenle faks fiziksel olarak basılmamış olsa dahi, cihazın belleğine kaydedilmiş olabilir[374]. Bu sebeplerden dolayı doktrin ve uygulamada büyük ölçüde bunların yazılı delil başlangıcı olabileceği kabul edilmektedir[375]. Teyp bantlarının ise yazılı

---

davalıya ait olup olmadığının saptanmasına hukuken olanak yoktur. Bu nedenle bilirkişi raporuna itibar edilemez. Belge aslı ibraz edilmediği için de, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemez." 13. HD, 21.11.2002, E. 10440, K. 12522, (www.kazanci.com.tr).

[374] Seitz, Harris, s. 2.

[375] Gökyayla, s. 160; Akcan, s. 159-187, s. ; *"…Davacının dayandığı faks metni satış akdinin esaslı unsurlarını ihtiva etmediğinden yalnızca bu belgeye dayalı olarak satış sözleşmesinin varlığı kabul edilemez ise de, davalının kabulünde olan bu belgenin HUMKnun 292.maddesi gereğince yazılı delil başlangıcı olarak kabulü gerekir."* 19. HD, 15.6.2005, E. 11908, K. 6702, (www.kazanci.com.tr). Fakstan daha eski bir teknoloji olan teleksin de yazılı delil başlangıcı olup olmayacağı tartışılmış, fakat kimden sadır olduğu belirlenemediği için buna yazılı delil başlangıcı niteliği verilmesinin uygun olmayacağı görüşü hâkim olmuştur. Ancak KONURALP'e göre *"…bu şüpheleri ortadan kaldırabilecek bir tekniğin kullanılabilmesi veya gönderilen haberin aslının PTT tarafından ibraz edilebilmesi ya da karşılıklı geçilen teleks metinlerinin birbirini zincirleme olarak tamamlaması hallerinde bu metinlere yazılı delil başlangıcına varan bir delil niteliği tanınabilmelidir."*

delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği genel kanaattir[376]. Öncelikle belirtmek gerekir ki, teyp bantları yazılılık unsurunu taşımamaktadır. Bu sebeple içeriğinin değiştirilip değiştirilemeyeceği, yani güvenilirlik unsurunu tartışmaya gerek kalmamaktadır.

Elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılıp sayılmadığını tespit edebilmek için, gerekli şartları taşıyıp taşımadığını her bir şartı tek tek değerlendirmek kanımızca uygun olacaktır. İlk şart olan yazılılık şartı, elektronik belgeler için belki de en hassas şarttır. Zira bu belgelerin yazılılık şartını taşıdığını kabul etmek, beraberinde büyük ölçüde yazılı delil başlangıcı olma sonucunu getirecektir.

PEKCANITEZ, elektronik belgelerin yazılı belge sayılabilmesinin alışılmış ölçüler içinde kabul edilebilir görünmemekte olduğunu belirtmekle birlikte, yazılı delil başlangıcının kesin delille ispat kuralının katılığını gideren bir araç olduğunu bu sebeple de yazılılığı geniş yorumlamanın tehlikeli olmayacağını savunmuştur[377]. Yazara göre şekil açısından kanundaki koşul geniş yorumlanmalı ve elektronik belgeler de bu kapsamda değerlendirilmelidir[378]. KESER-BERBER de, yazılılık şartına değinmeden

---

(Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı**. s. 99) Ancak belirtmek gerekir ki günümüzde teleks sistemi artık kullanılmamaktadır.

[376] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 443; Postacıoğlu **–Şahadetle İspat Memnuiyeti**, s. 268-270; Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı**, s. 98.

[377] Pekcanıtez, s. 415.

[378] Pekcanıtez, s. 415.

genel değerlendirmesinde elektronik imzalı belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilebileceğini belirtmiştir[379].

Bu konudaki diğer görüş ise, bu durumun mümkün olmayacağı yönündedir. KONURALP böyle bir yorumun amacı aşacağından bahsetmiş ve bunun ancak kıyas yoluyla uygulama şeklinde olabileceğini ifade etmiştir[380]. ERTURGUT da yazıcıdan çıktı alınmadığı sürece yazılılık ve cisim bulma şartının gerçekleşmediğini ifade etmiştir[381]. Elektronik belgeler açısından yazılılık koşulunun sağlanmadığı, Yargıtay kararlarında da yer almıştır[382].

Yukarıda[383] da değindiğimiz üzere elektronik belgeler, diğer belgelerin aksine insanın duyuları ile doğrudan doğruya algılayabileceği

---

[379] L. Keser-Berber, ‘‘İmzalıyorum O halde Varım’’ Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, **TBBD**. S. 2000/2, Yıl: 13, s. 548.

[380] H. Konuralp, “Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu”, **Elektronik İmza KanunuKonuluKonferans**, 2004, http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008)

[381] Erturgut, s. 256. Aynı yönde bkz. B. Acır, **Elektronik İmza ve Elektronik Kayıtların Medeni Usul Hukukunun İspat Kuralları Yönünden Değerlendirmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu, Yeterlilik Etüdü, Ankara, 2000, s. 45.

[382] *“…Taraflar arasındaki kira sözleşmesinde, akdin feshi ihbarının yazılı şekilde yapılacağı kararlaştırılmış olup, sözleşmenin bu hükmü tarafları bağlar. Bildirimin yazılı yapılması gerekirken, elektronik posta adresine yapılan fesih bildirimi geçersizdir*.” (13. HD, 12.3.2002, E. 12592, K. 2484 - www.kazancı.com).

[383] Bkz. yuk. başlık § 3, B.

belgeler değildir. Bu inceleme eylemine mutlaka bir bilgisayar ekranı veya yazıcı gibi unsurların dâhil olması gerekir. Dolayısıyla bunların alışılmış ve süre gelmiş olan yazılılık ölçüleri içinde olmadığı aşikârdır[384]. Elektronik belgelerin "yazılı" olduğu, ancak varsayımsal olarak kabul edilebilir, bu da kanımızca sadece kanun koyucunun bir düzenlemesi ile olabilir. Kanun koyucu bu yönde bir düzenleme yapmadıkça, uygulama ve doktrinin kural ve istisnaları bu denli genişletip daraltması yasama erkinin yerine geçmek olacaktır. Demokratik bir ülkenin hukuk sistemini hiç kuşkusuz sadece parlamento değil, aynı zamanda o ülkedeki hukukçular, bilim adamları, sivil toplum örgütleri hep birlikte geliştirirler. Ancak bir ülkede *Common Law* sistemi olmadıkça, o ülkenin hukuk sisteminin nihai olarak düzenlenmesi yasamaya ait olmalıdır. Kanun koyucunun, hukukçular, bilim adamları ve sivil toplum örgütlerinin görüş ve katkılarını alarak hazırladıkları ve kabul ettikleri kanunlar, hukukun temeli olduğuna göre; yargıya düşen görev, bu kuralları uygulamak, tereddüde düşülen yerlerde ise yorum yaparak hukuku bu şekilde geliştirmektir. Hukuksal düzenlemelerin, çoğu zaman gelişen teknolojinin gerisinde kaldığı yadsınamaz bir gerçektir. Fakat sırf bu sebeple mahkemelerin ve yüksek yargının kuralları veya istisnaları genişletip daraltması, hukukun herkese eşit dağıtılamaması ve keyfiliğe yol açabilir[385]. Yazılı delil başlangıcının HUMK'nda düzenleniş şekli ve amacı bellidir. Her ne kadar bu durum teknolojinin gerisinde kalmışsa da, yazılılık koşulunun elektronik belgeler için esnetilmesi yanlış olacaktır. Dolayısıyla kanımızca

[384] Pekcanıtez, s. 415.

[385] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 84.

çıktısı alınmadığı sürece, elektronik belgelerin yazılılık koşulunu taşıdığını kabul etmek mümkün gözükmemektedir[386].

Elektronik belgelerin, karşı taraftan sadır olma şeklindeki ikinci şartı sağlayıp sağlamadığı da tartışılmaktadır. Dijital imzalı belgeler dışındaki elektronik belgelerin, karşı taraftan sadır olma şartını sağlayamadığı genel olarak kabul edilmektedir[387]. Dijital imzalı belgeler açısından ise PEKCANITEZ ve KESER-BERBER kişi ile dijital imza arasında doğrudan ilişki bulunduğu için bu doğrulamanın yapılabileceğini ve karşı taraftan sadır olma koşulunun gerçekleşmiş sayılabileceğini ifade etmektedirler[388]. KESER-BERBER bu değerlendirmeyi yaparken dijital imzayı kişinin parafı olarak ifade etmiştir[389]. Kanımızca her bir elektronik belgenin bu şartı taşıyıp taşımadığı ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Örneğin bir elektronik postanın bilgisayarda inceleme veya üçüncü kişilerden (örneğin elektronik posta

---

[386] Nitekim HMK Tasarısında yazılı delil başlangıcı yeniden düzenlenmiş, tasarıda yazılılık şartı kaldırılmış ve kural elektronik belgeleri de kapsayacak şekilde yeniden kaleme alınmıştır. Tasarının 208. maddesine göre: *"Delil başlangıcı; iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir"*. Tasarı bu şekilde yasalaşırsa, elektronik belgeler açısından bu anlamda bir problem kalmayacaktır. Ayrıca Bkz. aşa. başlık § 5, C, III, 1.

[387] Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı**, s. 112; Pekcanıtez, s. 416; Erturgut, s. 256-257; Acır, s. 45.

[388] H. Pekcanıtez, s. 419; Keser-Berber **–İmzalıyorum** s. 548.

[389] Keser-Berber **–İmzalıyorum,** s. 548

hizmet sağlayıcısı) doğrulanmış olmaları halinde karşı taraftan sadır olma şartı gerçekleşmiş sayılmalıdır.

Elektronik belgeler bakımından üçüncü koşul olan ispat koşulu açısından ise her hangi bir problem yoktur. Zira elektronik belgeler, belge olduklarına göre, bunlar da tıpkı diğer belgeler gibi ispat faaliyetine konu olabileceklerdir. Bunların bir vakıanın gerçekleştiğine işaret edip etmediğine, ancak davada incelenmeleri üzerine karar verilebilir.

Bu yaptığımız açıklamaların neticesi olarak elektronik belgelerin hiçbir zaman birinci ve ikinci koşulu birlikte sağlayamayacakları sebebiyle kural olarak yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği söylenebilir. Elektronik belgeler ancak çıktıları alındıktan sonra yazılılık koşulunu sağlayabilirler. Böyle bir elektronik belge klasik anlamda makine ile yazılmış belgeden farklı değildir. Ancak o zaman da doktrinin kanaati ve uygulamanın yerleşmiş içtihatları, bu tip belgelerin aidiyetinin saptanamayacağı yönündedir[390]. Bu saptama ancak kişinin el yazısı ile eklemeler yapması veya parafını atması halinde yapılabilir. Fakat böyle bir durumda da artık zaten bir elektronik belgeden söz edemeyiz.

Elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı oluşturduğu istisnai durumlarda, hâkimin sadece bu belgelere dayanarak bir karar verip veremeyeceği, diğer bir deyişle bu delil başlangıcının üzerine diğer takdiri delillere başvurma gerekliliğinin olup olmadığı, diğer bir tartışmanın konusudur. Kanun metninde, *"…tahriri bir mukaddimei beyyine mevcut olursa*

[390] Erturgut, s. 256-257, Acır, s. 45.

şahit istimaı caizdir" ifadesi bulunmaktadır. Yani yazılı bir delil başlangıcının bulunduğu hallerde, tanık dinlenilmesi caizdir. Ancak doktrin "tanık" kavramından diğer takdiri delillerin de anlaşılması gerektiği konusunda hem fikirdir[391]. Asıl tartışma, bu diğer takdiri delillere başvurmanın gerekliliği konusundadır. Bir görüşe göre hâkim yazılı delil başlangıcının var olduğunu tespit ettikten sonra, bunu mutlaka takdiri delillerle desteklemeli ve kararını vermelidir[392]. Diğer bir görüş ise, bunun gerekli olmadığını, bir belge yazılı delil başlangıcı olarak tespit edildikten sonra, bu belgenin ikna kabiliyetinin ve temsililiğinin yeterli olduğu durumlarda diğer delillere başvurmadan karara esas alınabileceğini ifade etmektedirler[393]. Yargıtay'ın ise her iki yönde de verdiği kararları bulunmaktadır[394]. Kanımızca yazılı delil başlangıcı, mahkeme tarafından her olay için ayrı ayrı değerlendirilmeli, belgenin niteliğine göre başka delile ihtiyaç duyulup duyulmadığı tespit edilmelidir. Belgenin ispat değerinin çok kuvvetli olduğu istisnalar hariç olmak üzere başka ispat araçlarına da başvurulması daha uygun olacaktır. Elektronik

---

[391] Ansay s. 235; Belgesay s. 61, 62

[392] Bilge, Önen, s. 567.

[393] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 43; Konuralp **–Yazılı Delil Başlangıcı**, s. 144-147; Belgesay s. 61, 62; Postacıoğlu **–Şahadetle İspat Memnuiyeti**, s. 311; Tiftik, s. 257; N.M. Berkin, "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları", **İHFM**, 1950, C. XVI, S. 3-4, s. 810.

[394] 13. HD 4.7.1984, 4495/5047 (YKD 1985/2, s. 236-238); 13. HD 17.11.1987, 4454/5611 (YKD 1988/12, s. 1676-1677); 11. HD, 6.2.1989, 3997/541 (YKD 1990/5, s. 687-688); Konuralp **–İspat Kuralları** s. 43, dn. 68, 69; M.A. Tutumlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 3. Baskı, Ankara, 2005, s.710-711, dn. 32.

belgeler de mahkemece yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilmişse ve ispat edilmek istenen vakıayı ispata tek başlarına yetiyorlarsa, hâkimin nihai değerlendirmesine esas alınabilir. Fakat başka ispat araçlarından yararlanılması, özellikle belgenin kaynağının araştırlması gibi hususlar göz önüne alındığında, çoğu zaman zorunlu olacaktır.

c. İspat Sözleşmeleri ve Delil Sözleşmesi

ca. Genel Olarak İspat ve Delil Sözleşmeleri

İspat sözleşmeleri, usul sözleşmelerinin içinde değerlendirilen sözleşmelerdir. Usul sözleşmeleri ise en genel tanımıyla şartları, kuruluşu, amacı, içeriği ve hükümleri açısından usul hukukuna tabi olan sözleşmelerdir[395]. İspat sözleşmeleri, TAŞPINAR tarafından, olayları ve olguları çekişmesiz duruma getiren sözleşmeler, ispat yükü sözleşmeleri, delil sözleşmeleri ve hâkimin serbest delil takdirine ilişkin sözleşmeler olarak sınıflandırılmıştır[396]. Kesin delille ispat kuralının kamu düzeninden olup olmadığı 1959 yılına kadar tartışılmış, ortaya çıkan farklı içtihatlar üzerine 1959 yılında Yargıtay bu içtihatların birleştirilmesi yoluna giderek bu kuralın kamu düzeninden olmadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca HUMK'nda 1973 yılında yapılan değişiklikle 289. maddeye "288 inci madde uyarınca senetle ispatı gereken hususlarda yukarıdaki hükümler hatırlatılarak karşı tarafın açık muvafakati halinde tanık dinlenebilir." ifadesi eklenmiştir.

[395] Üstündağ, s. 416; Taşpınar, s. 73.

[396] Taşpınar, s. 113 vd.

Delil sözleşmesi tarafların bir uyuşmazlıkta hangi delil veya delilleri kullanabilecekleri veya kullanamayacakları yönünde yaptıkları bir sözleşmedir. Delil sözleşmelerinin özellikle Türk Hukukunda çıkış amacı, kesin delille ispat mecburiyetinin yumuşatılması olmakla birlikte, biraz sonra bahsedeceğimiz üzere, delil sözleşmelerinin daraltıcı şekilde yapılması da mümkündür. Dolayısıyla delil sözleşmeleri hem yasakları ortadan kaldırıcı, hem de yasak koyucu işlevlere sahiptir. Delil sözleşmesinin temelinde, maddi hukuktaki sözleşme özgürlüğü ilkesi ve usul hukukundaki tarafların hazırlaması ilkesi yattığına göre; taraflar mahkemeye nasıl vakıaları getirip getirmemekte özgürse, aralarında anlaştıkları takdirde istedikleri delilleri getirip getirmemekte de özgür olacaklardır.

Delil sözleşmelerini, kanunlar ihtilafı hükümlerinin uygulandığı davalar açısından da değerlendirmek gerekir. Zira delil sözleşmesi her hukuk düzeninde caiz olmadığına göre, mahkeme bu durumu nasıl değerlendirecektir? Delillerin mahkemeye getirilmesinin ve sunuluş şeklinin mahkemenin hukukuna (*Lex Fori*) tabi olduğu büyük ölçüde kabul edilmektedir[397]. Hangi delillerin getirilip getirilemeyeceği veya bunların delil değerlerinin nasıl belirleneceği ise tartışmalıdır. Türk Mahkemeleri bu hususta büyük ölçüde Türk usul hukukunu esas alan kararlar

[397] Taşpınar, s. 184, dn. 291; ayrıca bkz. yuk. dn. 311.

vermektedirler[398]. Böyle bir durumda hem senetle ispat mecburiyeti kuralının, hem de yapılmışsa delil sözleşmesinin uygulanması söz konusu olacaktır.

Benzeri bir durum, delillerin kabulü konusunda çok sıkı kurallar getirmiş olan ABD Hukuku açısından da görülmektedir. ABD Mahkemeleri de Türkiye'deki duruma benzer şekilde ABD usul hukukuna dayandıkları için, uluslararası sözleşmelere konulan delil şartları son zamanlarda mahkemeleri meşgul etmeye başlamıştır. Bu konuda şimdilik ABD Mahkemeleri çekinceli davranmaktadırlar[399]. Bu konuda Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi 1995 yılında bir karar vermiş ve bu tarz sözleşmelerin geçerli olduğunu kabul etmiş; ancak bununla birlikte, yargılamadan önce yapılan sözleşmelerin, tarafların iradesinin kısıtlanıp kısıtlanmadığının tespiti bakımından mahkemece daha sıkı olarak gözden geçirilmesi gerektiğini belirtmiştir[400].

cb. Delil Sözleşmesinin Şekli, Türleri ve Hükümleri

Kanunda, delil sözleşmelerinin yazılı olarak (tahriren) yapılması gerektiği düzenlenmiş, ancak yine aynı cümlede (HUMK m. 287),

---

[398] Bu kararlara örnek olarak: 11. HD, 19.06.1997, E. 1997/3609, K. 1997/5636; 2. HD, 18.03.1998, E. 1998/938, K. 1998/3251; 19. HD, 29.04.2005, E. 2004/8081, K. 2005/4848 (www.legalbank.com.tr).

[399] C. Larsen "Rules of Evidence and Electronic Transactions", **Legal Issues in Electronic Banking**, The Hague, 2002, s.156 vd.

[400] *United States v. Mezzenato*, (513 US. 196), http://supreme.justia.com/us/513/196/case.html (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008)

"muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde karar verildiği ikrar olunan" ifadesi yer almıştır. Bu sebeple delil sözleşmesinin şeklinin, geçerlilik şartı mı yoksa ispat şartı mı olduğu tartışılmaktadır. Doktrindeki baskın görüşe göre bu şart, ispat şartıdır, sözlü olarak yapılmış olsa dahi geçerlidir[401]. 289. maddede düzenlenen şekilde muvafakat yoluyla elektronik belgelerin delil olarak kabulü mümkün olabilir mi sorusuna vereceğimiz cevap ise "hayır" olacaktır[402]. Zira TAŞPINAR'ın da ifade ettiği gibi kanunun burada düzenlediği durum, karşı tarafın tanık dinletme isteğine bir muvafakattır, yoksa bir delil sözleşmesi değildir[403]. Mahkeme huzurunda elektronik delillerin kabulü için bir sözleşme yapılabilir ancak bunun hâkimin hatırlatması üzerine muvafakat şeklinde değil, taraf iradelerinin açıkça ifade edilmesi, bunların tutanağa geçirilmesi ve bunun imza edilmesi şeklinde olması gerekir[404,405]. Zira kanımızca, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı

---

[401] Taşpınar, s. 196; Umar, s. 858; Kuru –Cilt III, s. 2922; ALANGOYA, YILDIRIM ve DEREN-YILDIRIM, bu şartın aslında geçerlilik şartı olduğunu, fakat 289. maddenin bugünkü şekli göz önüne alındığında artık ispat şartı olarak görülmesi gerektiğini ifade etmektedirler. (Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 380-381); Ayrıca bkz. M. Tuluay, **Delil Anlaşmaları,** Basılmamış Doktora Tezi, İstanbul, (tarihsiz).

[402] Aynı yönde Erturgut, s. 276-277.

[403] Taşpınar, s. 182.

[404] Erturgut, s. 277.

[405] Taraf iradelerinin açıklığı çok önemli bir husustur, tarafların delil sözleşmesi yaptıkları yönündeki iradelerinin açık olması gerekir. 13. HD, verdiği ilginç bir kararda şu ifadelere yer vermiştir: *"… Senetteki bu yazıların senedin davacıya iadesinden sonra yazılmış olduğu yönünde davacı tarafça*

davalarda elektronik belgelerin delil olarak kullanılabilmesinin dayanağını, HUMK'nun 289. maddesi değil, 287. maddesi oluşturabilir.

Delil sözleşmesi, ayrı bir sözleşme olarak veya diğer bir sözleşmenin içinde bir şart şeklinde yapılabilir[406]. Delil sözleşmesi sadece tarafların hazırlaması ilkesinin uygulandığı davalarda mümkündür[407]. Delil sözleşmelerinde, kullanılması üzerinde anlaşılan deliller belirli olmalıdır[408].

Delil sözleşmeleri genellikle "münhasır delil sözleşmeleri" – "münhasır olmayan delil sözleşmeleri" ve "genişletici delil sözleşmeleri" – "daraltıcı delil sözleşmeleri" olarak sınıflandırılmaktadır. Münhasır delil sözleşmeleri, sadece belirli bir veya birkaç delilin kullanılabildiği

---

bir savunma getirilmediğine göre bu yazıların davalı yedinde iken yazıldığı, borçlu davacı ve iki şahit tarafından imzalandığının kabulü gerekmektedir. Davalı yanda bu yazıyı talil ederek aslında senette yazılı olan 204.000 DM.i aldığını, senet arkasındaki 15.000 DM.nin de geç ödeme nedeniyle kararlaştırılan faiz karşılığı olarak yazıldığını, ancak faiz olarak davacıdan 13.333 DM alındığını söylemiştir. Senet arkasında yazılı olan husus ile davalının beyanı çelişkilidir. Senet arkasına iki şahit isim ve imzası alınmış olmakla taraflar bu yazı nedeniyle çıkacak uyuşmazlıklarda tanıkların beyanına itibar edeceklerini kabul etmiş sayılırlar. Tanık dinlenmesi konusunda da delil sözleşmesi yapmış kabul edilmelidir." Kanımızca böyle bir yorum amacı aşan bir yorum olacaktır, tarafların bu yöndeki iradelerinin açık olarak tespiti gerekir. (13. HD, 12.10.2000, E. 2000/7285, K. 2000/841, - www.kazanci.com.tr).

[406] Taşpınar, s. 196.

[407] Kuru **–Cilt III**, s. 2883.

[408] Taşpınar, s. 184.

sözleşmelerdir[409]. Örneğin tanıkla ispatın caiz olduğu bir davada taraflar senetle ispat zorunluluğu getirebilirler. Münhasır olmayan delil sözleşmeleri ise, bir hususun başka delillerle de ispat edilebileceğini düzenleyen delil sözleşmeleridir. Bunların hiç kuşkusuz en yaygın örneği, senetle ispat mecburiyetinin olduğu davalarda, diğer delillere de başvurulabileceğini düzenleyen sözleşmelerdir. Ancak belirttiğimiz üzere, bu delillerin belirli olmaları gerekir, "her türlü delille ispat edilebilir" şeklinde bir ifade yeterli olmaz. Doktrinde kullanılan ikinci ayrım ise, genişletici – daraltıcı delil sözleşmeleri ayrımıdır. Bu ayrım delil sözleşmesinin yapısına kanımızca daha uygundur. Daraltıcı delil sözleşmelerinde kanunun tanıdığı haklar sınırlanarak, belirli bazı delil veya delillerle ispat söz konusu olmakta, genişletici delil sözleşmelerinde ise kanunun belirli bir şekilde ispata zorladığı hususlar başka delillerle de ispat edilebilmektedir.

cc. Elektronik Deliller Açısından Delil Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Kapsamı

KONURALP'e göre, hukuki işlemlerin ispatı konusunda, kanunun öngörmediği unsurların (ispat araçlarının) delil olarak ileri sürülüp değerlendirilebilmesi için asli çıkış noktası delil sözleşmesi olmalıdır[410]. Gerçekten de, kesin delillerle ispat sisteminin uygulandığı hukukumuzda, elektronik deliller açısından delil sözleşmesi kurumu çok büyük önem arz

[409] Kuru **–Cilt III**, s. 2887, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 381.

[410] Konuralp **–İspat Kuralları**, 84.

etmektedir. Zira bu belgelerin yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilmesi çoğu zaman mümkün olamayacağı için, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı davalarda, elektronik belgelere delil olarak başvurulabilmesi yönünde, geriye tek imkân olarak delil sözleşmesi seçeneği kalmaktadır. Hukuki işlemler açısından elektronik belgelere yargılamada elektronik delil olarak başvurulabilmesi, ancak tarafların bu yönde bir delil sözleşmesi yapmış olmaları halinde mümkün olacaktır.

Delil sözleşmelerinde, elektronik belgeler açısından uygulamadaki örneklerin de etkisiyle bazı sorunlar yaşanabilmektedir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, delil sözleşmesi de bir sözleşme olduğuna göre, her ne kadar bir usul sözleşmesi de olsa, sözleşmeler açısından geçerli olan bazı prensiplerin uygulanacağı açıktır. Örneğin mahkememelerin, taraflardan birinin daha kuvvetli olduğu, yani tüketici uyuşmazlıkları gibi taraflardan birisinin diğerine karşı korunmasının gerektiği hallerde, kabul için gereken şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini daha sıkı şekilde denetlemesi gerekir. Buna örnek olarak genel işlem şartları gösterilebilir. Hukukumuzda genel işlem şartlarının denetlenmesi ile ilgili özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun veya Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu gibi bazı düzenlemelerde çeşitli hükümler yer almaktadır. Örneğin Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanununun 24. maddesinin dördüncü fıkrasının ikinci cümlesi şu şekildedir: *"Sözleşmede kart hamilinin haklarını zedeleyici ve kart çıkaran kuruluş lehine tek taraflı haksız şartlar sağlayan hükümlere yer verilemez"*. Benzeri şekilde Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi de haksız şartı tanımlamış ve haksız şartların geçersizliğini

düzenlemiş ve bu konudaki ispat yükünü satıcıya yüklemiştir. Sanayi ve Ticaret Bakanlığının yayınladığı 2003 tarihli Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin 5. Maddesinin eki olan listenin 17. sırasında, *"tüketicinin mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran, özellikle onun hukuki düzenlemelerde öngörülmemiş bir hakeme müracaatını öngören, gösterebileceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran veya mevcut hukuki düzen uyarınca diğer tarafta olan ispat külfetini ona yükleyen şartlar",* haksız şart olarak ifade edilmiştir. Burada, görüldüğü üzere, ispat sözleşmelerinin birden fazla türü ile ilgili bir düzenleme bulunmaktadır. İlk olarak tüketicinin göstereceği delilleri ölçüsüz derecede sınırlandıran anlaşmalar, ikinci olarak da hukuk düzeninde var olan olağan ispat yükünü tersine çeviren anlaşmalar haksız şart olarak belirtilmiştir[411]. Bu özel düzenlemeler dışında hiç kuşkusuz Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunun genel hükümlerinden de genel işlem şartlarının denetlenmesinde yararlanılacaktır. Tarafların bu bağlamda denk olduğu uyuşmazlıklarda ise, söz konusu denetleme daha yüzeysel olabilir[412].

Delil sözleşmeleri ile ilgili olarak akla gelen diğer önemli bir soru da, delil sözleşmeleri yoluyla kesin delil yaratılıp yaratılamayacağı yönündedir. Kesin delil yaratılıp yaratılamayacağı hususu elektronik belgeler açısından çok önemlidir. Zira, aşağıda örnek olarak vereceğimiz şekilde yapılan sözleşmelerde, çoğu zaman, taraflardan sadece birisinin (ki bu çoğunlukla

---

[411] İ. Y. Aslan, **(En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında) Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, 2006, s. 328-329.

[412] Taşpınar, s. 227.

banka olmaktadır) tuttuğu kayıtların kesin delil olacağı düzenlenmektedir. Doktrinde bir görüş, kesin delil yaratılıp yaratılamayacağı sorusuna "evet" yanıtını vermektedir. Sözleşme serbestisi ilkesi ve yargılamada tarafların hazırlaması ilkesinin var olması nedeniyle bunun önünde bir engel olmadığı ifade edilmekte, buna örnek olarak da raporlarıyla hâkimi bağlayan hakem-bilirkişi örnek olarak gösterilmektedir[413].

Yargıtay da verdiği çeşitli kararlarda, tarafların delil sözleşmesi yoluyla kesin delil yaratabileceğinden bahsetmiştir. Ancak söz konusu kararlarda bu hakkın özüne değinilmemiş, sadece böyle bir durumda hâkimin "kesin delil" ile bağlı olduğundan bahsedilmiştir. Bahsi geçen kararlarda Yargıtay, tutulan ticari defter ve kayıtlar[414], yapılacak fenni muayene[415] ve bayındırlık işleri şartnamesi[416] gibi belgelerin tarafların iradesi ile kesin delil hale geleceğinden bahsetmiştir. Ancak, Yargıtay'ın bu değerlendirmelerinde, terminolojiye özen gösterilmediği, anılan kararlardan birinde yer alan, *"Delil sözleşmesi tarafları ve hâkimi bağlayıcı kesin delil sayıldığından"* ibaresinden anlaşılmaktadır[417]. Yargıtay bu konuda çok ilginç kararlara imza

---

[413] Taşpınar, s. 201.

[414] 19. HD, 21.11.2003, E. 2718, K. 11818; 19. HD, 13.7.2005, E. 10930, K. 7922; 19. HD, 26.10.1995, E. 115, K. 890; 19. HD, 13.7.2005, E. 10930, K. 7922, tüm kararlar: (www.kazanci.com.tr).

[415] 15. HD, 30.4.1979, E. 905, K. 1009, (www.kazanci.com.tr).

[416] 13. HD, 2.11.1999, E. 7042, K. 7835, (www.kazanci.com.tr).

[417] 15. HD, 30.4.1979, E. 905, K. 1009, (www.kazanci.com.tr)

atabilmektedir. Böyle bir kararda[418] 19. Hukuk Dairesi, "*Davacı ve davalı arasındaki sözleşmede davalı defterlerinin delil olacağı kararlaştırılmıştır. Ancak taraflar arasında delil sözleşmesi olsa bile yasal dayanakları bulunmayan kayıtlara delil olarak itibar edilmez. … Yasal dayanakları olmayan defter kayıtlarına göre düzenlenen bilirkişi raporu doğrultusunda hüküm kurulması doğru görülmemiştir*" şeklinde bir sonuca ulaşmıştır. Bu kararda belirtilen "yasal dayanakları olmayan defter kayıtlarına delil olarak dayanılamayacağı" ifadesinin gerekçesi anlaşılamamaktadır.

Doktrindeki diğer bir görüş ise, delil sözleşmesi ile kesin delil yaratılamayacağı yönündedir[419]. Bu görüşe göre, kesin delillere kesin delil niteliği veren, onların gerçeklik fiksiyonuna dayanan, kanundur. Bu sebeple kesin deliller sadece kanunla yaratılabilir, çünkü bunların "kesinliği" onların yapısından ve bu özel yapıya kanunun atfettiği önemden kaynaklanır. HUMK.'na göre kesin deliller; senet, kesin hüküm ikrar ve yemin olmak üzere dört tanedir.[420]. Bu delillerin niteliği düşünüldüğünde, neden kesin olduğu bulunacaktır. Kesin hüküm yargı düzeninin sonuca bağladığı bir durumdur. Senet bahsettiğimiz gibi gerçeklik fiksiyonuna dayanır ve çok değerli bir delil olduğu kabul edilmektedir. İkrar zaten vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarmaktadır. Yemin ise kesin delille ispat mecburiyetinin bir sonucu olarak getirilmiş, nihai ve istisnai bir delildir.

---

[418] 19. HD, 15.2.1999, E. 85, K. 746, (www.kazanci.com)

[419] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 61; Erturgut, s. 272.

[420] Bkz. yuk. başlık § 5, B, I, 3; bkz. aşa. başlık § 5, C, I, III.

Kanımızca da delil sözleşmesi ile kesin delil yaratılması mümkün görülmemektedir. Medeni usul hukukunun kamu düzeni ile olan ilişkisi yadsınamaz. Medeni usul hukukundaki bazı hususların kanunda açıkça düzenlenmedikçe veya yargı tarafından nihai bir sonuca bağlanmadıkça (İBK gibi) taraflarca değiştirilemeyeceğini kabul etmek gerekir. Hakem-bilirkişi örneği de kanımızca yerinde bir örnek değildir. Hakem-bilirkişinin adında "bilirkişi" kavramı olduğu kadar "hakem" kavramı da yer almaktadır. Hukukumuzda tarafların hakem mahkemesine gitmeleri mümkündür, yani mahkemeleri tamamıyla devre dışı bırakabilirler. Fakat Türk Mahkemelerine gittikleri takdirde hakeme gitmekten çok daha basit olan "görev sözleşmesi" yapmaları caiz değildir. Zira mahkemelerin görevi kamu düzeninden sayılıp, aksine anlaşma kabul edilmemiştir. Dolayısıyla hakem-bilirkişiye başvurma hakkının olması, başlı başına kesin delil yaratabilme hakkının olduğuna bir kanıt değildir. Bu hususun ayrıca değerlendirilmesi ve doktrinde uzun uzun tartışılması yerinde olacaktır[421].

[421] BERKİN, bir makalesinde bu hususu şu şekilde değerlendirmiştir: *"Adalet hukukunun gayesi umumi menfaatleri tatmin değil, bilakis ferdin inkâr edilen tanınmayan sübjektif haklarını teslim etmektir. Taraflar sübjektif haklarında diledikleri gibi tasarruf edebilirler, fakat kanundan aldıkları yetkilerle hareket ettikleri hallerde adliyenin hareket ve yetkilerini ve faaliyetini daraltmak veya genişletmek onların kudreti dışındadır. Adalet makamlarına kanunun çizdiği muayyen hareket tarzını hak sahiplerinin iradelerile istikametlendirebilmeleri, hak sahiplerinin iradelerini kanunun üstüne çıkarmış olur ki, buna cevaz verilemez. Adalet hukukunda da hak sahiplerine tanınmış olan irade serbestisi kanunun hududu ile takyit edilmiştir. Binaenaleyh, taraflar*

Fakat biraz önce örnek olarak verdiğimiz "bankamız kayıtlarının kesin delil olacağı" şeklindeki şartların, tarafların kesin delil yaratabilecekleri kabul edilsin veya edilmesin, yine de geçersiz olmalaları gerekir. Zira, böyle bir delil sözleşmesinin hukuka aykırı olduğu kanaatindeyiz. Delil sözleşmesi, kanımızca, sadece delil tipleri üzerinden yapılabilir. Yani taraflar tanık, senet, keşif veya elektronik belgeler gibi delillere dayanılabileceği konusunda bir sözleşme yapabilirler. Fakat bu sözleşme spesifik (muayyen) deliller üzerinden yapılamaz. Verdiğimiz örnekteki sözleşmenin, "sadece tarafların tuttukları kayıtlara dayanılabilir" şeklinde formüle edilmesi mümkündür. Ancak "bankamız kayıtları" bir delil türü değil, spesifik bir delildir. Tarafların bu şekilde delil sözleşmeleri yapabilmeleri, akıl ve mantık dışı sonuçlara yol açabilir. Bir kira sözleşmesinde "ev sahibi ile kiracı arasında sözleşmeden çıkacak uyuşmazlıklarda apartman yöneticisinin tanık ifadesi kesin delil olacaktır" veya bir iş görme sözleşmesinde iş sahibi ile müteahhit arasında çıkacak uyuşmazlıklarda işçi A'nın tuttuğu notlar kesin delil olacaktır" şeklindeki durumlar buna örnek olarak gösterilebilir. Dolayısıyla bu tarz delil şartlarının mahkemelerce kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Delil sözleşmelerinin, bir tarafın delil gösterebilmesini imkânsız kılmaması veya son derece güçleştirmemesi gerekir. Bu tarz şartlar da geçersiz olacaktır[422]. Bu kural HMK Tasarısında da bulunmaktadır: Tasarının

---

iradelerini kanunun hududu dışında kullandıklarında bu iradelerin hukuken kıymeti yoktur" (Berkin -**Senetle İspat Mecburiyeti**, s.804).

[422] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 61; Erturgut, s. 274, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.381, dn. 5.

delil sözleşmesini düzenleyen 199. maddesinin ikinci fıkrasına göre: "*Taraflardan birinin ispat hakkının kullanımını imkânsız kılan veya fevkalâde güçleştiren delil sözleşmeleri geçersizdir."*

Bankalar ve kredi kurumlarının zaman zaman bu kurallara özen göstermeden, sözleşmeler hazırladığı ve bunları müşterilerine imzalattıkları gözlemlenmektedir. Bu konuda iki bankanın, müşteri ile yaptıkları sözleşmelerde bulunan ispat ve deliller ile ilgili hükümlerini örnek olarak gösterebiliriz:

F…BANK BANKACILIK İŞLEMLERİ SÖZLEŞMESİ

XIII. MÜŞTEREK HÜKÜMLER:

"16. ... Müşteri, bu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda Banka defter, kayıt, belgeleri ve mikrofılm, mikrofış ve bilgisayar, elektronik bankacılık sistemi, vs. kayıtlarının ve çıktılarının teyid edilmiş olsun, olmasın geçerli ve bağlayıcı ve kesin delil olacağını Banka defter ve kayıtlarının bilgi işlem kayıtlarına müstenit tutulması halinde, bunlara karşı her türlü itiraz ve def'i haklarından ve dava halinde Banka defterlerinin usulüne uygun tutulduğu hususunda yemin teklif haklarından peşinen feragat ettiklerini kabul ve beyan eder. Her türlü Banka kayıtları (bilgi işlem, mikrofiş, mikrofılm vs dahil) H.M.U.K[423] 287. maddesi uyarınca münhasır delil olup, başka delil ikame edilemez."

[423] Aynen alınmıştır.

Sözleşmede ilk dikkati çeken, banka kayıtlarının ve bu kayıtlardan alınan çıktıların teyid edilmiş olsun olmasın geçerli, bağlayıcı ve kesin delil olacağına dair ibaredir.

Y… BANKASI KREDİ KARTI ÜYELİK SÖZLEŞMESİ

MADDE 14 - DELİLLER

“Taraflar, işbu sözleşmeden ve KART(lar) ve/veya KART numarası ve şifresinin kullanımından doğabilecek tüm uyuşmazlıklarda BANKA'nın ve işlemle ilgili oldukları ölçüde uluslararası kredi kartı kuruluşları ve Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.'nin defter ve kayıtlarının, ses kayıtlarının, mikrofilm, mikrofiş ve bunlardan alınan kopyaların, elektronik veya manyetik ortamlardan çıkarılan bilgileri içeren belgelerin ve bilgisayar kayıtlarının delil olacağını; anılan kopya ve belgelerin birbirlerini teyit etmeleri kaydıyla, asıllarına gerek kalmaksızın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nun 68. maddesinin birinci fıkrasında sayılan belgelerden sayılacağını; bu delillerle kanıtlanan konuların aksinin ancak yazılı delillerle kanıtlanabileceğini ve işbu maddenin delil sözleşmesi niteliğinde olduğunu kabul, beyan ve taahhüt etmişlerdir. Taraflar ayrıca, KART ile ilgili olarak aralarında yapılacak telefon görüşmelerinin Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu uyarınca kayıt altına alınmasını ve en az Kanun'da öngörülen süreyle olmak şartıyla BANKA'ca uygun görülecek süreyle saklanmasını, bu şekilde saklanan telefon kayıtlarının da delil olacağını kabul ederler.”

Y… Bankasının hazırladığı sözleşme, hukuk kuralları açısından değerlendirildiğinde daha uygulanabilir gözükmektedir. Öncelikle Bankanın kayıtlarının yanında üçüncü kişiler olan uluslararası kredi kartı kuruluşları ve Bankalararası Kart Merkezi A.Ş.'nin kayıtlarının ve bunların kopyalarının delil olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Böylece delile dayanmadaki tek taraflılık ortadan büyük ölçüde kalkmıştır. Bunun yanında, yapılacak görüşmelerin kayıt altına alınmasını, bunların Banka tarafından saklanmasını ve bu şekilde saklanan telefon kayıtlarının da delil olacağı ifade edilmiştir. Böylece hem delil sözleşmesi yoluyla ses kayıtlarına delil olarak dayanabilme imkânı çıkmış, hem de bu yönde müşteri bilgilendirilerek "hukuka aykırı yollardan elde edilmiş delil[424]" ortaya çıkması ihtimalinin önüne geçilmiştir.

Bu sözleşme, yukarıdakinin aksine daraltıcı değil, genişletici bir delil sözleşmesidir. Münhasırlıktan söz edilemez, dolayısıyla taraflar kanunun onlara tanıdığı delillerin yanı sıra bu sözleşme ile getirilen delillere de dayanabileceklerdir. Böyle bir sözleşme tarafların delil getirme ve savunma haklarını aşırı derecede zedeleyici olmadığı için, delil şartına ait hükümlerinin mahkeme tarafından geçersiz sayılması söz konusu olmayacak[425], böylece iki tarafın da olası mağduriyetlerinin önüne geçilecektir.

Yargıtay yapılan delil sözleşmelerini hukuka ve tarafların eşitliğine aykırı olmaması koşuluyla büyük ölçüde kabul etmekte, fakat kendi

[424] Bkz. yuk. başlık § 4, D, II.

[425] Konuralp **-İspat Kuralları** 64-66; Acır, s.44.

kayıtlarına dayanmak isteyen bankanın bu kayıtları düzenli ve sorunsuz tuttuğunun ve gerekli her türlü önlemi aldığının ispatını istemektedir[426].

Bu konu hakkında son olarak üzerinde durulması gereken husus, bahsettiğimiz şekilde hukuka aykırı delil sözleşmelerinin veya şartlarının varlığı halinde bunun yaptırımının ne olacağı sorunudur. Kural, bu tarz şartların geçersiz olmasıdır[427]. Ancak bu şartları doğrudan geçersiz kılmak, elektronik deliller açısından daha vahim sonuçlara yol açabilir. Kesin delillerle ispat mecburiyetinin uygulandığı davalarda taraflar, elektronik belgelere başvuramayacakları için tek çıkış yolu delil sözleşmeleri olacaktır. Bu tarz şartlar geçersiz kılınırsa, korunmak istenen taraf daha da mağdur duruma düşebilir. Çünkü bu tip davalarda senet çoğu zaman iki tarafın da elinde yoktur. Nasıl banka elektronik delillere dayanamayacaksa, aynı şekilde karşı taraf da dayanamayacaktır. Senet olmadığına göre dayanılabilecek bir delil de kalmayacaktır. Bu durumda korunmak istenen taraf da kendi iddialarını ve savunmalarını ispatlayamayacaktır. Dolayısıyla bu tarz şartların söz konusu

---

426 *"…bu tür bilgisayar korsanlığı yöntemiyle işlemler yapılmasını önleme yolunda ek güvenlik tedbirleri almayan ve olaydan sonra bu yola tevessül eden davalının kusurlu ve sorumlu bulunduğunun, davacının sanal klavye kullanması halinde dahi bunun yapılan bilgisayar korsanlığını engellemeye teknik olarak yetmeyeceğinin anlaşılmasına, işlemi yapan kişi hakkındaki ceza soruşturması sonucunun hafif kusurundan dahi sorumlu olan davalı banka bakımından etkili görülmemesine göre, davalı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmiştir."* (11. HD, 22.6.2006, E. 4748, K. 734, www.kazanci.com.tr)

427 Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 61; Erturgut, s. 274, Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s.381, dn. 5.

olduğu durumlarda çözüm, yapılmış olan delil sözleşmesinin "genişletici" delil sözleşmesi olarak kabul edilmesi olmalıdır[428]. Nitekim KURU, münhasır delil sözleşmelerinin çok ağır sonuçları olması sebebiyle, tarafların bu yöndeki iradelerinin açıkça belirtilmemiş olması halinde bu sözleşmenin münhasır olmayan delil sözleşmesi olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir[429].

C. Pozitif Hukuk ve Bazı Önemli Kanun Tasarıları Çerçevesinde Elektronik Delilller

I. Elektronik Delillerin Mevcut Sistemdeki Yeri

1. Genel Olarak

Delil başlığında da bahsettiğimiz üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu delilleri sınırlandırmamış, saymakla yetinmiştir. Bu sebeple elektronik belgelerin delil olabileceği açıktır. Bu belgelerin hangi delil sınıfı altında değerlendirileceği ise, somut olaya göre belirlenecektir. Elektronik belgelerin senet olamayacağı açıktır. Elektronik belgeler çok istisnai hallerde yazılı delil başlangıcı olabilirler. Bu yönde taraflar arasında bir delil sözleşmesi yapılmışsa her tür uyuşmazlıkta kullanılabileceklerdir. Ayrıca EİK gibi özel bir kanunun özel bir statü tanıması da mümkündür. Kanun güvenli elektronik imzalı belgelere senet hükmü tanımıştır. Ancak bu bahsettiğimiz durumların olmaması halinde, zaman zaman torba hüküm olarak tabir edilen, özel hüküm sebepleri devreye girer. Elektronik belgelerin keşfin konusunu

[428] H. Konuralp, **Medeni Usul Hukuku,** Eskişehir, 2006, s.170.

[429] Kuru **–Cilt III**, s. 2898.; Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 67.

oluşturabileceği ifade edilebilse de, HUMK'nun keşif delilini düzenleyen 363-366. maddelerinin lafzının açık olması (münazaalı mahal) sebebiyle, bunun mümkün olmadığı kanaatindeyiz[430]. Ancak hem keşif, hem de özel hüküm sebepleri takdiri delil olduğuna göre, bunun pratikte bir sonucu da olmamaktadır. Hâkim keşifte ne yapması gerekiyorsa, özel hüküm sebepleri ile ilgili olarak da aynı şeyleri yapmalıdır[431].

2. Özel Hüküm Sebepleri

Özel hüküm sebepleri bir delil türü değildir. Kanun koyucu, kanunda sayılmayan ispat araçlarının da mahkemece delil olarak kabul edilebilmesini sağlamak amacıyla 367. maddeyi düzenlemiştir. Uygulamada ve doktrinde teyp bantları, fotokopi gibi delillerin "özel hüküm sebebi delili" olarak kabul edilebileceği ifade edilse de aslında "delil" sıfatı "özel hüküm sebebi" kavramına değil, doğrudan o araca aittir. Yani delil olan "şey", elektronik belgenin kendisidir.

Özel hüküm sebepleri, hâkimin dava konusu ile ilgili olarak her hangi bir "şeyi" duyuları ile doğrudan doğruya incelemesidir[432]. Senet veya yazılı delil başlangıcı sayılmayan belgeler, insan vücudu, teyp bandı bunlara örnek

[430] Aynı yönde: Erturgut, s. 257. Doktrinde, özel hüküm sebeplerinin geniş anlamda keşif kavramına dâhil olduğu da ifade edilmiştir (Kuru –**Cilt III,** s. 2828).

[431] Örneğin bu inceleme, tarafların huzurunda, onlara haber verilerek yapılmalıdır.

[432] Kuru **–Cilt III**, s. 2872.

olarak gösterilebilir. KONURALP, bilgisayar ortamında tutulan banka kayıtlarının delil olarak değerlendirilmesi konusunda, özel hüküm sebeplerinin bir çıkış noktası olacağını belirtmiştir[433]. Gerçekten de delil tipileri konusunda bir sınırlandırma yapmayan HUMK'na göre, diğer delil tiplerine girmeyen ispat araçları, özel hüküm sebeplerini düzenleyen 367. madde çerçevesinde incelenecektir. Kesin delille ispat mecburiyetinin uygulanmadığı davalarda, özel hüküm sebeplerinin diğer delillerden herhangi bir farkı yoktur. Hâkim delilin temsili özelliğine ve güvenilirliğine göre bir ağırlık takdir edecek, yani delili değerlendirecek ve uygun görürse hükmüne esas olarak da alabilecektir[434].

Elektronik delillerin hukuki işlemler dışında da çok fazla önemi bulunmaktadır. Örneğin tazminat davalarında elektronik posta yazışmaları çok önemli bir delil olabilir. Ticaret hukukunu ilgilendiren haksız rekabet davası gibi davalarda, tarafların internet siteleri, ya da iç yazışmaları delil olabilir. Bu delillerin kabulünde bir engel olmadığı için, hukuki işlem dışındaki davalarda elektronik deliller, 367. madde çerçevesinde incelenecek ve hükme esas olabileceklerdir.

3. Mahkeme Dışı İkrar

HUMK'nun 236. maddesinde düzenlenmiş olan ikrar, yapıldığı yer ve taşıdığı değere göre, mahkeme içi ikrar ve mahkeme dışı ikrar olarak ikiye

[433] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 37.

[434] Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 482.

ayrılmaktadır. Mahkeme içi ikrar, kanun ve doktrinde kesin deliller arasında sayılmaktadır. Ancak yukarıda[435] da belirttiğimiz üzere, kanımızca, mahkeme içi ikrar aslında bir kesin delilden ziyade, içerdiği vakıayı çekişmeli olmaktan çıkaran, dolayısıyla da ispat faaliyetine konu edilemeyecek bir hale getiren, ispatın gerekli olmadığı hallerden birisini teşkil etmektedir[436]. Ancak bu durum ikrarın pratik sonucunu değiştirmez, mahkeme içi ikrar bulunan hallerde vakıanın ispatı için başka bir delile ihtiyaç olmaz, vakıa ispatlanmış sayılır[437]. Mahkeme dışı ikrar ise cetvelin diğer ucunda bulunmaktadır, zaman zaman kendi başına delil olarak dahi kabul edilmemektedir[438]. Doktrinde çoğu yazar mahkeme dışı ikrarın takdiri delil olduğunu ifade etmiş, ancak yine aynı yazarlar (kanunun açık hükmünü de değerlendirerek), mahkeme dışı ikrarın bağlayıcı etkisinin sadece diğer delil ve emarelerle desteklenmesi halinde

---

[435] Bkz. yuk. başlık § 5, B, III.

[436] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 11; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 383. Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 320; Nitekim HMK Tasarısında da İkrar konusu, delil çeşitlerine geçilmeden önce 192. maddede düzenlenmiştir. UMAR ve YILMAZ ikrarı, tespit gereğini ortadan kaldıran tek taraflı bir usul işlemi olarak ifade etmişlerdir (Umar, Yılmaz, s. 198). TERCAN ise ikrarda bulunan kişinin işlem ehliyetine sahip olup olmamasına göre bir ayrım yapmış, buna göre ehliyet sahibi olanların yaptıkları ikrarın kısmen de olsa düzenleyici bir iradenin sonucu olarak hâkimi bağlayıcı (vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarıcı) olduğunu, ehliyet sahibi olmayanların yaptığı ikrarın ise aleyhine delil olarak kullanılabileceğini ama hâkimin bununla bağlı olmaması gerektiğini ifade etmektedir (E. Tercan, **Tarafların İsticvabı**, Ankara, 2001, s. 105-106).

[437] Üstündağ, s. 634; Kuru **–Cilt II**, s. 2038.

[438] Üstündağ, s. 635; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 384.

söz konusu olabileceğinden bahsetmişlerdir[439]. Kanımızca, "delil" zaten niteliği gereği bir vakıanın ispatına kural olarak tek başına yetebilen araçları ifade etmektedir. Elbette hukuk düzenleri delillerin çeşitli vakıaların ispatında kullanılması çerçevesinde sınırlamalar yapabilir, zorunluluklar getirebilir; ancak, bir delil tipine tümden yetersiz demek, onun delil olmadığı anlamına gelir[440]. Mahkeme dışı ikrar tek başına delil olamayacağı için, sadece bir emare olabilir[441]. Emare olduğu içindir ki, sadece diğer delil *veya*[442] emarelerle desteklenerek bir vakıanın ispatı için kullanılabilir. Ancak hiç kuşkusuz diğer delil ve emarelerle desteklemiş olan mahkeme dışı ikrar bir takdiri delil olacaktır[443].

Mahkeme dışı ikrara değinmemizin nedeni, elektronik deliller ile olan bağlantısıdır. Günümüzde internetin yaygınlaşması ve günlük hayatımıza büyük oranda girmesi ile, her geçen gün artan sayıda kullanıcı internette yer bulmaktadır. İnternet kullanıcıları internetin kullanılmaya başlandığı ilk

---

[439] Kuru **–Cilt II**, s. 2041; Postacıoğlu **–Medeni Usul**, s.565; Bilge, Önen, s. 513; Burada ifade edilen görüşlerden farklı olarak BELGESAY, mahkeme dışı ikrarı gerçek anlamda bir takdiri delil olarak değerlendirmiş, gerçeği ifade ettiğine kanaat getirdiği takdirde, kanuni delil gerektirmeyen davalarda, hâkimin bunu kararına esas alabileceğini belirtmiştir (Belgesay, s. 119).

[440] Kiraz, s. 236.

[441] Üstündağ, s. 635; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, 384.

[442] HUMK m. 236/IV'teki "ve" kavramının "veya" olarak anlaşılması gerektiği konusundaki bizim de katıldığımız yorumları için bkz. Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 26.

[443] Kiraz, s. 240.

yıllarda interneti bir televizyon gibi izleyici olarak kullanmışlar, internet içeriği büyük oranda profesyonel kalmıştır. Ancak günümüzde internetin daha etkileşimli kullanımı ile, hiç bir bilgisayar birikimi olmayan kullanıcılar dahi kolaylıkla "internet günlüğü" (*blog*), hatta internet siteleri hazırlamakta, düşüncelerini, bilgilerini, birikimlerini bütün dünya ile paylaşmaktadırlar. Bunun yanında *facebook* ve *myspace* gibi milyonlarca kullanıcısı olan internet toplumu siteleri bulunmakta, hatta *twitter* tarzı siteler ile kullanıcılar, örneğin cep telefonları yardımı ile, nerede olurlarsa olsunlar, o anda ne yaptıklarını veya zihinlerinden geçen düşünceleri internet ortamına aktarabilmektedirler[444]. Ayrıca internette her gün milyonlarca[445] kişinin mesajlaştığı, birbirlerine elektronik posta alıp gönderdikleri de herkesin bildiği bir gerçektir.

Kullanıcıların bu şekilde internet ortamına kattıkları içeriklerde, bir kabul beyanının olması halinde, bu beyanların mahkeme dışı ikrar olarak değerlendirilmelerinde kanımızca hiçbir sakınca bulunmamaktadır. "Elektronik ikrar" olarak ifade edebileceğimiz bu tarz kabul beyanlarının, aynı beyanın bir kişiye doğrudan, karşı karşıya söylenilmesi ile arasında bir fark olmamalıdır. Uyuşmazlığın taraflarından birinin, bu şekilde gerçekleştirilmiş bir ikrarı varsa, bu ikrar diğer elektronik delillerin getirilmesi esasları

---

[444] J.S. Wilson, "MySpace, Your Space or Our Space? New Frontiers in Electronic Evidence", **Oregon Law Review**, Volume 86, 2007, s. 1201 vd.

[445] Son verilere göre dünyada bir buçuk milyarın üzerinde internet kullanıcısı bulunmaktadır, **Internet Usage Statistics**, http://www.internetworldstats.com/stats.htm, Erişim tarihi: 15 Ocak 2009.

çerçevesinde yargılamaya getirilebilir. Ancak diğer elektronik delillerden farklı olarak, başlı başına bir "delil" olarak kullanılamaz; ancak diğer delil veya emareler ile desteklenmesi halinde vakıanın ispatında ve uyuşmazlığın çözümünde esas oluşturabilir. Bununla birlikte, "elektronik ikrar"lar, diğer mahkeme dışı ikrarlardan daha kuvvetli de olabilir; zira, ispatları diğer ikrarlara göre daha kuvvetli ve daha kolay olabilir. Diğer mahkeme dışı ikrarlarda çoğu zaman tanık dinlenmesi gerekirken, burada diğer elektronik delillerde olduğu gibi teknik anlamda tespit (örneğin bilirkişi ile veya doğrudan mahkemenin tespiti ile) yeterli olabilir.

II. Pozitif Hukukta Elektronik Delil İle Bağlantılı Önemli Bazı Düzenlemeler

Yürürlükte olan hukukumuzda doğrudan veya dolaylı olarak elektronik delil ile ilgili bulunan çeşitli hukuki düzenlemeler bulunmaktadır. Elektronik deliller ile ilgili olarak akla ilk gelen düzenleme hiç kuşkusuz 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'dur. Elektronik imza ve elektronik imza kanunundan yukarıda[446] bahsettiğimiz için burada tekrar değinmeyeceğiz. Elektronik imza kanunu ile ayrıca Borçlar Kanunu'nun 14. maddesine "Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir." ibaresi ve HUMK'na 295/A maddesi eklenmiştir[447].

---

[446] Bkz. yuk. başlık § 4, A, III.

[447] *HUMK 295/A: "Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar. Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve*

4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tahkim anlaşmasını düzenleyen 4. maddesinin ikinci fıkrası, elektronik delillerle bağlantılı bir düzenleme içermektedir. Maddeye göre: *"Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir*[448]". Kanundaki bu şekil şartının geçerlilik şekil şartı mı yoksa ispat şekil şartı mı olduğu konusunda ise bir açıklık yoktur. Tahkimde yazılılık şartı, doktrinde hâkim olan görüşe göre geçerlilik şekil şartı olarak kabul edildiği için[449], bu hükmün de bir geçerlilik şartı içerdiği kabul edilebilir. ŞİT ise duruma farklı bir yönden yaklaşmış ve şekil koşulunun amacı üzerinden giderek bu şartın bir ispat şartı olarak algılanması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar'a göre, bu şartın amacının anlaşmanın kayıt altına alınma ve tekrar kullanıma açık olması nedeniyle ve şeklin işlevinin esasen taraflar arasındaki anlaşmanın varlığını göstermesi olarak tespit

---

güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu Kanunun 308 inci maddesi kıyas yoluyla uygulanır."

[448] Bu hüküm bir sonraki konuda da bahsedeceğimiz üzere HMK Tasarısı ile iç tahkime de uyarlanmıştır.

[449] Akıncı, 430-431, Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 936; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 601; B. Şit, "Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları", **Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 25-26, Sayı 1-2, 2005-2006, İstanbul 2006, s. 415.

edildiğine göre, bu şartın geçerlilik şartından çok ispat şartına yöneldiği söylenebilir[450]. Nitekim MTK'nda da, tıpkı UNCITRAL model kanununda olduğu gibi, yazılı metnin varlığından başlayarak, gittikçe zayıflayan şekil gerekliliklerinin bulunduğu ve tahkimin kamu düzenine ilişkin olmaması durumu göz önüne alındığında, bu şartın bir ispat şartı olduğunun açıklık kazandığı yazar tarafından belirtilmiştir. Ancak yazar da, bu şartın ispat şartı olduğunun kesinlik göstermediğini kabul etmektedir[451]. Senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı hukukumuzda, bir şartın geçerlilik şartı mı, ispat şartı mı olduğu çok büyük önem arz etmektedir. Tahkim anlaşmasında yazılılık esas olduğuna göre, bu şartın öncelikle bir geçerlilik şartı olduğunu kabul etmek uygun olacaktır. Kanun lafzında da, bu şeklin aynı zamanda ispat hukuku açısından da geçerli olduğu yönünde hiçbir ipucu bulunmamaktadır. Dolayısıyla kanımızca burada bir geçerlilik şartı bulunmaktadır. İspata ilişkin özel düzenleme olmadığı için de, genel kural olan senetle ispat mecburiyeti geçerli olmaya devam edecektir. Bu durum maalesef, kanunun tahkim anlaşmasının yapılması ile ilgili sağladığı kolaylıkları sekteye uğratmaktadır. Zira taraflar örneğin elektronik posta yazışması ile bir tahkim anlaşması oluşturmuşlarsa, karşı tarafın açık muvafakati olmadığı takdirde, tahkim anlaşmasını iddia eden tarafın, bu elektronik postalardan elektronik delil olarak yararlanması mümkün olmayacaktır.

[450] Şit, s. 434.

[451] Şit, s. 434.

2006 yılında kabul edilmiş olan 5464 sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu, elektronik ortam ve elektronik belgeler ile ilgili bazı düzenlemeler içermektedir. Ancak bunlardan 32. madde doğrudan ispat hukukuna ilişkindir[452]. Madde, elektronik deliller ve ispat yükü ile ilgili çok önemli düzenlemeler getirmektedir. Bunlardan ilki ve en önemlisi hiç kuşkusuz "*online*" alışveriş de denilen, telefon, elektronik posta veya internet gibi yollarla, yani kredi kartının fiziksel olarak bir makineden geçirilmediği ve kullanıcının imzasının alınmadığı veya pin kodu girilmeyen hallerde yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda, ispat yükünün üye işyerine, yani

---

[452] *"Kart numarası bildirilmek suretiyle üye işyerinden telefon, elektronik ortam, sipariş formu veya diğer iletişim araçları yoluyla yapılan işlemlerden doğacak anlaşmazlıklarda ispat yükü üye işyerine aittir.*

Kart çıkaran kuruluş ile kart hamili arasında oluşabilecek herhangi bir uyuşmazlık halinde, işlemin hatasız bir şekilde kaydedildiği, hesaba intikal ettirildiği ve herhangi bir teknik yetersizlik veya arıza halinin bulunmadığını ispat etme yükümlülüğü kart çıkaran kuruluşa aittir.

Bu Kanun kapsamında telefonla yapılan bildirimlerin, konuşmaların kaydedildiği çağrı merkezlerine veya ilgili yerlerde sağlanan kayıt cihazları aracılığıyla yapılması zorunludur. Kart çıkaran kuruluşların ilân ettikleri ve duyurdukları çağrı merkezlerine iletilen telefonla yapılan bildirimlere ilişkin ses kayıtları, bildirim tarihinden itibaren bir yıl süreyle saklanır. Bunlardan ihtilaflı olanların bu süre ile sınırlı olmaksızın ihtilaf sonuçlanıncaya kadar muhafazası zorunludur.

Mikrofilmlerden veya mikrofişlerden alınan kopyalar ya da elektronik veya manyetik ortamlardan çıkarılan bilgileri içeren belgeler, bu kopya ve belgelerin birbirlerini teyit etmeleri kaydıyla asıllarına gerek kalmaksızın 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 68 inci maddesinin birinci fıkrasında belirtilen belgelerden sayılır."

satıcı vb.'ne yüklenmiş olmasıdır. Kredi kartları üçlü bir ilişkiyi barındırır: kartı çıkaran kuruluş, bu kartın kullanılmasına izin veren üye işyeri ve kart sahibi. Online işlemlerde bu taraflardan hangisinin ispat yükünü üzerinde taşıyacağı kanunda açıkça düzenlenmiştir. Kanun koyucu ispat yükünü, ispatı en kolay gerçekleştirebilecek olan tarafa yüklemiştir. Bu sayede ispatı en zor gerçekleştirebilecek olan kart sahibinin olası mağduriyeti önceden engellenmiş olmaktadır. Maddede düzenlenen diğer bir husus, kart sahibi ve kartı çıkaran kuruluş arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde kartı çıkaran kuruluşa işlemin hatasız bir şekilde kaydedildiği, hesaba intikal ettirildiği ve herhangi bir teknik yetersizlik veya arıza halinin bulunmadığını ispat etme yükümlülüğü yüklenmiştir. Burada da kanun koyucu ispat yükünü önceden dağıtmış ve yine kart sahibini koruyucu bir önlem almıştır. Bu düzenleme de yerinde olmakla birlikte, ispatı istenen son kısım olan, "arıza halinin bulunmadığını" ispat, taraf açısından zor bir durum arz etmektedir. Bu ispat, menfi bir vakıanın ispatıdır. Hukukumuzda menfi vakıaların ispatı mümkün, fakat oldukça zordur[453]. Bu düzenlemenin ileride uygulamada problemlere yol açması muhtemeldir. Maddenin üçüncü fıkrasında tutulması gereken kayıtlar ve bunların süreleri düzenlenmiş, dördüncü fıkrada da tutulan elektronik kayıtların birbirlerini teyit etmeleri koşuluyla İcra ve İflas Kanununun 68. maddesinde bahsedilen delillerin hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Bu madde, hukukumuzda elektronik delil konusunda getirilmiş ilk ve en önemli

[453] Menfi vakılar üç şekilde ispat edilebilmektedir: Sebepten hareketle, sonuçtan hareketle ve iddia edilen menfi vakıanın aksi durumunun imkânsız olduğundan hareketle (Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 357-358; Ansay, s. 247-248; bu konuda ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. Atalay **–Menfi Vakıalar**).

düzenlemelerden birisidir. Bu kanunun uygulama alanı dışında uygulamada çıkabilecek elektronik delillerle ilgili hususlarda da ilk derece mahkemeleri ve Yargıtay bu maddedeki düzenlemeleri kılavuz olarak alabilirler. Birinci ve ikinci fıkra ispat yükünün dağılımında, üçüncü fıkra delillerin saklanmasında, dördüncü fıkra da elektronik belgelerin nasıl delil olabileceği konusunda çok isabetli sonuçlar ortaya çıkarmaktadır. Kanımızca bu yöndeki düzenlemelerin diğer maddi hukuk düzenlemelerinde ve bir ölçüde de HUMK'nda yer alması gerekir. Böylece önümüzdeki yıllarda elektronik delillerle ilgili olarak hem mahkemeye kabul edilme hem de bunların delil olarak değerlendirilmesi ve taşıdıkları ispat değeri bağlamında ortaya çıkması kuvvetle muhtemel tartışmaların bir ölçüde de olsa önüne geçilebilir.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, mal tanımı ve mesafeli satışlar gibi çeşitli hususlarda elektronik ortam ile ilgili ifadelere yer vermiştir. Kanununda ispat ile ilgili olarak getirilmiş olan ilginç sayılabilecek bir düzenleme, mesafeli sözleşmeleri düzenleyen 9/A maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, *"Satıcı veya sağlayıcı elektronik ortamda tüketiciye teslim edilen gayri maddi malların veya sunulan hizmetlerin teslimatının ayıpsız olarak yapıldığını ispatla yükümlüdür."* Kanun her ne kadar satıcının "teslim"i ispatlaması gerektiğinden bahsetse de, bu ispat faaliyeti çoğu zaman göründüğünün aksine müspet değil, menfi vakıanın ispatı şeklinde olacaktır. Zira bir cismani malın teslimi alındı belgesi veya teslim tutanağı gibi hususlarla müspet olarak ispat edilebilir. Fakat bir bilgisayar yazılımının tüketicinin eline sorunsuz bir şekilde ulaştığı nasıl ispat edilecektir? Tüketicinin bir elektronik posta göndermesi veya internet

üzerinden bir form doldurması gibi doğrudan doğruya kendisinin katıldığı şekilde bir ulaşma onayı söz konusu olabilir. Ancak tüketicinin böyle bir onay vermemiş olması halinde, ispat, menfi bir vakıanın, yani işlem sırasında hiçbir şeyin aksi gitmediğinin ispatı olabilir. Zira satıcının kendi bilgisayar kayıtlarında ürünün ulaştığını gösteren otomatik bir kayıt bulunması, ispat ölçüsünü karşılayamaz. Fakat ispat yükünün tüketiciye verilmesi daha vahim sonuçlara yol açabileceğinden, kanunun amacı da göz önünde tutularak, kanun koyucu ispat yükünün dağılmasını genel ilkelere bırakmayarak, tüketicinin lehine bir ispat yükü kuralı öngörmüştür.

Vergi hukuku her ne kadar bu çalışmanın kapsamına girmese de, elektronik deliller konusunda 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'na değinmeyi uygun gördük. Zira Vergi Usul Kanunu hukukumuzda içerisinde elektronik belgelere en fazla yer veren düzenlemelerden birisidir. Bu düzenlemelerden mükerrer 242. maddenin 2. bendi, konuyla ilgili bazı tanımları içermektedir. Buna göre:

> *"Elektronik defter, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre tutulması zorunlu olan defterlerde yer alması gereken bilgileri kapsayan elektronik kayıtlar bütünüdür.*
>
> *Elektronik belge, şekil hükümlerinden bağımsız olarak bu Kanuna göre düzenlenmesi zorunlu olan belgelerde yer alan bilgileri içeren elektronik kayıtlar bütünüdür.*

Elektronik kayıt, elektronik ortamda tutulan ve elektronik defter ve belgeleri oluşturan, elektronik yöntemlerle erişimi ve işlenmesi mümkün olan en küçük bilgi öğesini ifade eder.

Bu Kanunda ve diğer vergi kanunlarında defter, kayıt ve belgelere ilişkin olarak yer alan hükümler elektronik defter, kayıt ve belgeler için de geçerlidir. Maliye Bakanlığı, elektronik defter, belge ve kayıtlar için diğer defter, belge ve kayıtlara ilişkin usul ve esaslardan farklı usul ve esaslar belirlemeye yetkilidir."

Bu tanımlardan, özellikle elektronik kayıt tanımı, konumuz bakımından önem arz etmektedir. Kanunda ayrıca ticari defter ve kayıtlarla (ve bunların elektronik ortamda tutulabilmeleri ile) ilgili düzenlemeler de yer almaktadır.

5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanununun 1. maddesine göre kanunun amacı, *"elektronik haberleşme sektöründe düzenleme ve denetleme yoluyla etkin rekabetin tesisi, tüketici haklarının gözetilmesi, ülke genelinde hizmetlerin yaygınlaştırılması, kaynakların etkin ve verimli kullanılması, haberleşme alt yapı, şebeke ve hizmet alanında teknolojik gelişimin ve yeni yatırımların teşvik edilmesi ve bunlara ilişkin usul ve esasların belirlenmesi"*dir. Bu kanun ile, elektronik haberleşme ile ilgili olarak çok geniş bir alanda düzenleme yapılmıştır. Kanun elektronik haberleşmeyi, *"elektriksel işaretlere dönüştürülebilen her türlü işaret, sembol, ses, görüntü ve verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesini, gönderilmesini ve alınması"* olarak tanımlamıştır ve bu yönde faaliyet

gösteren gerçek veya tüzel kişiler kanun kapsamına dâhil edilmiştir. Kanunda uygulama ile ilgili olarak büyük ölçüde Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu yetkili kılınmış ve kuruma çeşitli görevler yüklenmiştir. Kanunun 51. maddesinde kurumun, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkili olduğu düzenlenmiştir. Kanunun 55 ve 56. maddeleri elektronik delililer açısından hayati önem taşıyan abone kimlik ve iletişim bilgilerini taşıyan özel bilgiler veya cihazın teşhisine yarayan elektronik kimlik bilgileri konusunda düzenleyici yasaklar getirmiş ve bunların kurumun izni olmadan değiştirilemeyeceği, kopyalanarak çoğaltılamayacağı, herhangi bir amaçla dağıtılamayacağı; elektronik kimlik bilgisi değiştirilmiş cihaz, kart, araç veya gereçlerle, değişiklik yapılması amacına yönelik yazılım, her türlü araç veya gereçlerin ithalâtının, üretiminin, dağıtımının veya tanıtımının yapılamayacağı, bulundurulamayacağı, aracılık edilemeyeceği, kopyalanarak çoğaltılamayacağı veya herhangi bir amaçla dağıtılamayacağı açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca bu ve kanunda düzenlenen diğer hususlarla ilgili olarak 59. madde ile Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumuna re'sen veya şikâyet üzerine elektronik haberleşme sektöründe yer alan gerçek ve tüzel kişileri denetleme ve denetlettirme yetkisi verilmiştir ve bu husus ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Çalışmamız boyunca da ifade ettiğimiz üzere, elektronik belgelerin delil değerlerinin belirlenmesi açısından denetim hususu büyük önem taşımaktadır. Bu sebeple söz konusu denetimlerin çok sıkı ve sık aralıklarla yapılması, bu yönde hizmet veren kuruluşların da daha dikkatli olmaları yönünde etkili olacaktır.

5411 sayılı Bankacılık Kanununun 42. maddesinde, elektronik belgelerin tutulması ve saklanması açısından önemli bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre: *"Alınan yazılar ve faaliyetler ile ilgili belgelerin asılları veya bunun mümkün olmadığı hâllerde sıhhatlerinden şüpheye mahal vermeyecek kopyaları ve yazılan yazıların makine ile alınmış, tarih ve numara sırası verilerek düzenlenecek suretleri, usûlleri çerçevesinde ilgili banka nezdinde on yıl süreyle saklanır. Bu belgelerin mikrofilm, mikrofiş şeklinde veya elektronik, manyetik veya benzeri ortamlarda saklanmaları mümkündür."* Düzenleme ile, bankacılık faaliyetleri sırasında saklanması gereken belgelerin elektronik şekilde saklanıp saklanamayacağı konusunda tereddüt kalmamıştır.

Yukarıda bahsettiğimiz kanunlara ek olarak, Çekle Ödeme Kanunu, Sermaye Piyasası Kanunu, Sigortacılık Kanunu, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu gibi diğer bazı kanunlar da, doğrudan elektronik delillerle ilgili olmasa da, elektronik ortam ve elektronik kayıtlar ile ilgili çeşitli hükümler içermektedir.

Ayrıca idare hukukuna ve ceza hukukuna ilişkin çeşitli düzenlemelerde de elektronik ortam, elektronik kayıtlar, elektronik belgeler ve elektronik deliller ile ilgili hükümler bulunmaktadır. Ancak bu düzenlemeler çalışmamızın kapsamını aştığı için bunlara değinmiyoruz. Fakat Ceza Muhakemesi Kanununun "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma"yı düzenleyen 134. maddesi konumuz açısından önem arz etmektedir. Bu maddeye göre, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin

yedeklemesi yapılır, istemesi halinde, bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır ve bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da, sistemdeki verilerin tamamının veya bir kısmının kopyası alınabilir. Kopyası alınan veriler kâğıda yazdırılarak, bu husus tutanağa kaydedilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Madde her ne kadar ceza hukukunu ilgilendirse de, bu konuda bir düzenleme olmayan medeni usul hukuku açısından yol gösterici olabilir. Ulaşılmak istenen delilin diğer tarafta olması ve diğer tarafın bunu HUMK uyarınca ibraz etme zorunluluğunun olduğu hallerde, özellikle bilirkişi vasıtasıyla yapılacak olan incelemelerde benzer usullere başvurulabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, kanımızca, bu hükümde ifade edilen usul, delilin güvenilirliği açısından yeterli değildir. Ceza muhakemesi hukukunda varılmaya çalışılan üç hedef bulunmaktadır: Gerçeğin araştırılması, insanlık onuruna saygı gösterilmesi ve masumları cezalandırma riskinin azaltırlması[454]. Bu ilkeler göz önüne alındığında, delillerin bozulmama güvenliğinin sağlanması için, daha belirli ve teknik usullerin (örneğin CD-ROM veya DVD-ROM gibi değiştirilemeyen bir ortama kopyalama gibi) kanuna eklenmesi yerinde olacaktır.

Ayrıca burada, ceza mahkemelerinin verdikleri kararların hukuk mahkemeleri açısından taşıdıkları değere değinmekte fayda olacaktır. Ceza mahkemelerinin verdikleri kararlar, Borçlar Kanununun 53. maddesi gereğince, hukuk mahkemelerini bağlamazlar. Ancak bu konuda bazı

[454] Kunter, Yenisey, s. 25.

istisnaların var olduğu, doktrin ve Yargıtay kararları[455] ile ifade edilmektedir. Buna göre hukuk mahkemeleri her ne kadar kusur, kusurun oranı, illiyet bağı ve zarar gibi konularla bağlı olmasalar da, verilen hükmün vakıayla ilgili olan tespiti ile bağlıdırlar[456]. Bu sebeple CMK'nda elektronik deliller ile ilgili olan hükümler, kısmen de olsa, hukuk yargılamasında önem arz edecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, hukuk mahkemesi, ceza mahkemesince verilen delil yetersizliği yönündeki hükümle bağlı olmayacağı için[457], CMK.'nda delillerin ortaya çıkarılması ile ilgili kurallara aykırı olması sebebiyle bir delilin kullanılamamış olması ve bu sebeple delil yetersizliği kararı verilmiş olması halinde, bu karar hukuk mahkemesini bağlamayacaktır, meğerki söz konusu delil hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsun.

III. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı ve Diğer Bazı Önemli Mevcut Yasa Tasarılarında Elektronik Delil İle Bağlantılı Düzenlemeler

1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı

Çalışma boyunca bahsettiğimiz üzere, 2007 yılında yeni bir Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı hazırlanıp TBMM'ne gönderilmiştir. Tasarı,

---

[455] HGK, E. 1998/19-523, K.1998/508; HGK, E. 2002/19-16, K. 2002/47, (www.kazanci.com); HGK, E. 2006/4-447, K. 2006/498, (www.kazanci.com).

[456] Kuru, Yılmaz, Arslan, s. 732 vd.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 532-533; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 351-352.

[457] Kuru, Yılmaz, Arslan, s. 732 vd.; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 532-533; Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım, s. 351-352.

bu çalışmanın hazırlandığı sırada TBMM Genel Kurulu gündeminde bulunmaktadır. Tasarının yasalaşma zamanı, 2010 yılı olarak tahmin edilmektedir. Tasarı ile medeni usul hukukunda pek çok yenilik getirilmiş, mevcut pek çok hususta da bazı değişiklikler yapılmıştır. Çağın ve gelişen teknolojinin gerekleri üzerine çalışma konumuz olan elektronik deliller ile ilgili olabilecek çeşitli düzenlemeler tasarıda yer almaktadır.

Öncelikle belirtmek gerekir ki tasarıda, Türk medeni usul hukukunda ispat hukukunun temeli olan "Senetle İspat Mecburiyeti' devam etmektedir (HMK Tasarı m. 206). Bununla birlikte kanunda "belge" kavramı gibi yeni kavramlar da düzenlenerek elektronik verilerin delil olup olamayacağı konusunda oluşabilecek tereddütlerin önüne geçilmiştir. Ayrıca elektronik verilerin de belge olabileceğinin açıkça düzenlenmesi ile mevcut kanunda 326 vd., tasarıda da 225 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan "belgelerin ibrazı zorunluluğu"nun, elektronik veriler açısından uygulanabilmesinde oluşabilecek tereddütlerin de önü kapatılmıştır. Fakat hiç kuşkusuz bu delillere ancak senetle ispatın gerekmediği hallerde başvurulabilecektir.

Delil Başlangıcını düzenleyen 208. madde ile, mevcut Kanunda bulunan yazılı delil başlangıcı (tahrihi mukaddimei beyine) kavramı yerine, daha kapsayıcı bir kavram olan "Delil Başlangıcı" tercih edilmiştir. Söz konusu maddenin 2. fıkrasındaki ifade şu şekildedir: *"Delil başlangıcı; iddia konusu hukukî işlemin tamamen ispatına yeterli olmamakla birlikte, söz konusu hukukî işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimse veya temsilcisi tarafından verilmiş veya gönderilmiş belgedir."* Burada görüldüğü üzere mevcut durumda kabul edilmiş olan "yazılı olma" koşulu,

yerini “belge” koşuluna bırakmıştır. Bu sebeple tasarının 205. maddesinde yer alan ve Belge tanımına giren her türlü aracın “delil başlangıcı” olabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca metinde verilmiş ibaresinin yanına gönderilmiş ibaresi de eklenerek faks vb. gibi belgelerin de bu kapsama gireceği konusunda oluşabilecek tereddütler giderilmek istenmiştir[458].

Adî senetlerin ispat gücünü düzenleyen 211. maddenin 2. fıkrasında, *“Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, senet hükmündedir”* düzenlemesi yer almaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrasında hâkimin, mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re’sen inceleyeceği belirtilmiştir. Tasarının 216. maddesinde de güvenli elektronik imzanın inkâr edilmesi halinde yapılması gerekenler düzenlenmiştir. Buna göre, *“Güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur.”*

Tarafların ellerindeki belgeleri ibraz etme zorunluluğunu düzenleyen 225. maddede, elektronik verileri de için alan bir düzenlemeye gidilmiştir.

---

458 *“…Öte yandan, haberleşmenin önemli bir türünü oluşturan faks mesajlarının delil değerini, delil başlangıcı olarak benimseyen içtihatlarla uyum sağlanması amacıyla, “verilmiş” sözcüğünün yanına “gönderilmiş” sözcüğünün de ilâve edilmesi kabul edilmiştir. Böylece, faks mesajı ve bu konudaki benzer yollarla göndermenin, bir belgenin verilip verilmemesi sayılmasına ilişkin tereddüt ve tartışmaların önüne geçilebilecek, teknik araçlarla gönderilen belgeler de delil başlangıcı sayılabilecektir.”* Madde Gerekçesinden (Budak, s. 246).

Maddeye göre, *"Taraflar, kendilerinin veya karşı tarafın delil olarak dayandıkları ve ellerinde bulunan tüm belgeleri mahkemeye ibraz etmek zorundadırlar. Elektronik belgeler ise, belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilir."* Yukarıda da bahsettiğimiz üzere[459] elektronik verilerin çıktısının temsili özelliği yeterli olmayabilir.

Elektronik veriler saklandığı ortamda çoğu zaman çıktıdan daha fazla bilgi barındırdıkları için (tarih, belgenin sahibi, vb.) bunların elektronik ortamda incelenmesi ve mahkemeye sunulması gerekebilir. Tasarıda bu durum çok isabetli olarak göz önüne alınmış ve tarafın elektronik belgenin sadece çıktı olarak değil, talep edilmesi halinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edilmesi düzenlenmiştir. Bu açık düzenleme sayesinde uygulamada çıkabilecek ve farklı içtihatlara yol açabilecek bir durum önceden önlenmiştir. Bu sunumun ne şekilde olacağına ise mahkeme karar verecektir. Ancak daha önce de ifade ettiğimiz üzere, "belgenin çıktısı alınarak ve" ifadesinin "belgenin çıktısı alınarak veya" olarak değiştirilmesi, ortaya çıkabilecek tereddütlerin önlenmesi açısından faydalı olacaktır.

Tasarıda, tanığın davet edilmesini düzenleyen 249. maddenin 3. fıkrasında, "*Tanığı davet, gerektiğinde telefon, faks, elektronik posta gibi araçlardan yararlanılmak suretiyle de yapılabilir. Ancak, davete rağmen gelmemeye bağlanan sonuçlar, bu durumda uygulanmaz"* düzenlemesi yer

[459] Bkz. yuk. başlık § 3, B.

almıştır. Burada yenilikçi bir yaklaşımla, tanığın teknolojik araçlarla da mahkemeye davet edilebileceği düzenlenmiş, ancak yine yerinde olarak, bu araçların zaman zaman güvenilir olamaması nedeniyle, tebligat ile davete gelmeyen tanığın durumunu düzenleyen 251. maddenin burada uygulanmayacağı ifade edilmiştir.

Tasarıda tahkim sözleşmesinin şeklini düzenleyen 418. maddenin 3. fıkrasında, *"Tahkim sözleşmesi yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim sözleşmesinin taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim sözleşmesinin varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması yeterlidir"* ifadesi bulunmaktadır. Bu düzenleme temelini Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun 4. maddesinden almaktadır. Söz konusu Kanunun, "yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında" yaptığı bu düzenleme, tasarı ile iç hukukumuza da girmiş olacaktır. Bu ifade, tasarıda elektronik deliller ile ilgili olarak yapılmış belki de en önemli düzenlemeyi içermektedir. Türk Hukukunda yapılan düzenlemelerde, yazılı şekil şartının arandığı durumlarda bunun büyük ölçüde 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu çerçevesinde güvenli elektronik imza ile aşılabileceği öngörülmüştür. Oysa bu hükümde, güvenli elektronik imzadan bahsedilmemiş, tahkim sözleşmesinin elektronik ortama geçirilmiş olmasının yeterli olduğu ifade edilmiştir. Bu özgürlükçü ve yenilikçi düzenleme, tasarının

yasalaşması ile son derece önemli bir yer taşıyacaktır. Bununla birlikte, yukarıda açıkladığımız şekilde[460], düzenleme geçerlilik şekil şartına ilişkin olup ispat şartına dair bir düzenleme içermediği için, elektronik ortama aktarılmış olan sözleşmenin ispatı yine senetle ispat mecburiyetine tabi olacaktır. Bu durumda elektronik delillerle ispat ya karşı tarafın açıkça kabul etmesi halinde, ya da tasarıda düzenlenen yeni şekli ile, "delil başlangıcı"nın varlığı halinde mümkün olabilecektir. Mevcut düzenlemedeki yazılı delil başlangıcına başvurmak ise, yukarıda ilgili bölümde yaptığımız açıklamalar nedeniyle çoğu zaman mümkün olamayacaktır[461]. Kanımızca bu denli yenlikçi bir düzenlemede, geçerlilik şartının yanında, ispat şartının da düzenlenip hafifletilmesi uygun olacaktır.

Tasarının 299. maddesi ile, medeni usul hukukuna yeni bir kurum olarak "uzman görüşü" getirilmektedir. Bu kurum gerekçede de açıkça belirtildiği üzere Anglo-Amerikan yargılama hukuklarındaki taraf-bilirkişisi veya uzman-tanık delilinin yansımasıdır[462]. ABD Hukukunda olduğu gibi burada da bu delile başvurmanın giderlerine tarafın kendisi katlanacaktır[463]. Ancak Türk hukuk yargılaması ve ABD hukuk yargılaması arasında, davanın görülmesi açısından bulunan farklar nedeniyle, bu delilin hükümleri ABD Hukukundan farklılık gösterecektir. Nitekim ABD Hukukunda sözlülük ve doğrudanlık ilkeleri çok katı şekilde uygulandığı için, bilirkişi-tanığın mutlaka

[460] Bkz. yuk. başlık § 5, C, II.

[461] Bkz. yuk. başlık § 5, B, II, 3, b, bb.

[462] HMK Tasarı s. 285.

[463] James, Hazard, Leubsdorf, s.364.

duruşmada dinlenilmesi gerekir, böylece "karşılıklı soru sorma" prosedürüne muhatap olacaktır[464]. Türk Hukuk Yargılamasında ise kural olarak yazılılık esası geçerli olduğu için, uzmanın mahkemede dinlenilmesine mutlaka gerek yoktur, ancak hâkim gerek görürse dinlenilmesine karar verebilecektir. Farklı olabilecek diğer bir husus da, ABD Hukukunda bilirkişi-tanıkların mahkemede dinlenmesi esnasında beyanlarını desteklemek üzere bilimsel kitap vb. delil olarak sunamamasıdır. Zira, aksinin kabulü halinde, taraflar arasında bilimsel kitapları delil olarak sunma yarışı başlayabilir ve jürinin (veya hâkimin) üzerine bunların hepsini okumak gibi gereksiz ve ağır bir yük biner[465].Oysa bizim sistemimizin yapısı ve uzman raporunun yazılı olarak sunulacak olmasından ötürü, söz konusu yasağın uygulanmasına gerek yoktur. Bilirkişi kurumunun var olduğu hukuk sistemimizde, uzman görüşü şeklinde getirilen yeni kurumun sınırlarının çizilmesi uygun olacaktır. Kanımızca bilirkişilerin aksine uzmanlar, taraflar ve vakıa üzerinde somut olayla ilgili olarak değil, belirli konular üzerinde objektif olarak görüş bildirmelidirler. Örnek vermek gerekirse; bir banka ile müşterisi arasında elektronik fon transferinin (EFT) yerine ulaşmaması iddiası ile çıkan bir uyuşmazlıkta, mahkemenin, bankanın EFT sistemlerinin doğru çalışıp çalışmadığını, kullanılan teknik alt yapının yeterli olup olmadığı konusunda bilirkişi ataması mümkündür. Aynı görev için kanımızca uzman görüşüne başvurulamaz. Burada uzmandan istenebilecek görüş sadece, Türkiye'de uygulanan EFT sisteminin yeterince güvenilir olup olmadığı veya bankanın kullandığı A marka ekipmanın yeterli olup olmadığı

[464] Strong, s. 23.

[465] Hanley, Schmidt, s. 216.

gibi, taraftan bağımsız objektif görüşler olmalıdır. Aksi halde, uzman görüşünün bilirkişi raporundan bir farkı kalmayacaktır. Elektronik delillere ulaşılabilecek ortamların çok fazla olduğu ve artmaya devam ettiği, niteliklerinin ise her gün değiştiği göz önüne alındığında uzman görüşü, mahkemenin bir kanaate ulaşabilmesi açısından çok faydalı olabilir. Burada uzman, bilirkişi gibi çok yoğun ve ayrıntılı bir inceleme yapmayacak, teknik konularda hâkimi aydınlatacaktır. Bu sebeple, bilirkişiye oranla çabukluk sağlanabilir. Ayrıca başvurulacak uzmanların, hâkimin dikkatini çekebilmek ve onda kanaat uyanmasını sağlayabilmek amacıyla, taraflarca, çoğu zaman bilirkişilerden daha yüksek uzmanlık seviyesinde olan kişilerden seçileceği aşikârdır. Zira uzman ne kadar donanımlı, konusunda ne kadar tanınan ve güvenilen bir isimse, görüşüne duyulacak itibar da o kadar fazla olacaktır. Uzmanı tarafların getirecek olmasının en büyük tehlikesi olan taraflı olma durumunun ise, konumuz olan elektronik delilller açısından çok büyük bir önem taşıyacağını düşünmüyoruz. Zira bu konular son derece teknik ve bilimsel olduğu için, hâkimi yanlış yönlendirebilecek görüşler de son derece kısıtlı olacaktır.

Tasarının getirdiği diğer bir yenilik de “Ön İnceleme” safhasıdır. Bu safha, ABD Hukukundaki duruşma öncesi (*pre-trial*) aşamaya benzemektedir. Ancak ABD Hukukunda “kesintisiz duruşma sistemi” uygulandığı için, yani duruşmalar için önce uzunca bir süre beklenip, daha sonra kısa aralar verilerek yargılama bitirildiği için bu aşamanın önemi çok büyüktür. Tarafların avukatları mahkemeden bağımsız olarak, zaman zaman da mahkemeden yardım alarak delillerin ortaya çıkarılması faaliyetlerini yürütmektedirler. Bizim

hukukumuzda ise uzun aralı duruşma sistemi uygulandığı için, bu safhanın önemi ABD Hukukundaki oranda olmayacaktır. Tasarının konuyu düzenleyen 143. maddesinde şu ibare bulunmaktadır: *"Mahkeme ön incelemede, (…) hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar".* Tasarının yasalaşması halinde bu hüküm de elektronik deliller açısından büyük önem arz edecektir. Zira, elektronik belgelerin de diğer deliller gibi bu aşamada toplanması mümkün olacaktır.

2. Tebligat Kanunu ve Adli Sicil Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Tasarısı[466]

Meclis komisyonlarda görüşülmekte olan tasarı, elektronik posta ile tebligata izin vermektedir. Tasarının 2. Maddesi ile Tebligat Kanununa eklenmesi öngörülen 7/a maddesi şu şekildedir:

"Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir.

Sermaye şirketlerine elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur.

Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır.

[466] Tasarının metni ile genel gerekçe ve madde gerekçelerine http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/tblgtkantas.pdf internet adresinden ulaşılabilir.

Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılır."

Tasarı, tebligatın elektronik yolla yapılmasına izin vermekte, ancak bunu iki şarta bağlamaktadır: Öncelikle kişinin buna (önceden) izin vermesi, ayrıca verilen elektronik adresin bu işe elverişli olması gerekir. Tasarının madde gerekçesinde, merkezi Türkiye'de olmayan ve kontrol edilemeyen, denetlenemeyen bir elektronik adresin elverişli kabul edilemeyeceği ifade edilmiştir[467]. İzin verme zorunluluğu sermaye şirketleri açısından kaldırılmış, bu yolla tebligat sermaye şirketleri için zorunlu kılınmıştır. Buna gerekçe olarak da elektronik yolla tebligatın yaygınlaştırılması gerektiği, sermaye şirketleri için mevcut Ticaret Kanunu ile geçerli olan ve Ticaret Kanunu Tasarısı ile geliştirilen şeffaflık politikası gereği (internet sitesi açma zorunluluğu vb.) sermaye şirketlerine doğrudan elektronik yolla tebligat yapılabilmesinin mümkün olması gerektiği gösterilmektedir[468]. Tasarıdaki diğer ilginç bir hüküm de, olağan tebligattan farklı olarak elektronik postanın tebligat yapılan kimsenin elektronik posta adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılacağının düzenlenmiş olmasıdır.

Tasarı ile ayrıca Yargı mercileri, 5018 sayılı Kamu Malî Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I) sayılı cetvelde yer alan genel bütçe kapsamındaki kamu idareleri, (II) sayılı cetvelde yer alan özel bütçeli idareler, (III) sayılı cetvelde yer alan düzenleyici ve denetleyici kurumlar, (IV) sayılı cetvelde yer

[467] http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/tblgtkantas.pdf

[468] http://www.kgm.adalet.gov.tr/tbmmkom/tblgtkantas.pdf.

alan sosyal güvenlik kurumları ile il özel idareleri, belediyeler, köy hükmî şahsiyetleri, barolar ve noterler tarafından yapılacak elektronik ortam da dâhil tüm tebligat, bu Kanun hükümlerine göre Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü veya memur vasıtasıyla yapılacağı (m. 1) ve Posta ve Telgraf Teşkilatı Genel Müdürlüğü, elektronik ortamda yapılacak tebligatla ilgili her türlü teknik altyapıyı bu maddenin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde kurarak faaliyete geçireceği (Geçici m. 1) de düzenlenmiştir.

Tasarı kanımızca sakıncalı ve eksiktir. Her ne kadar kişinin isteği şart kılınarak bir güvence getirilmiş olsa da, çalışmaları devam etmekte olan "Kayıtlı Elektronik Posta" uygulamasına geçilmedikçe, elektronik posta yoluyla tebligatın yapılması mümkün olamamalıdır. Elektronik postanın normal postaya göre bile açıkları ve eksiklikleri biliniyorken, tebligat ile kıyaslanması mümkün değildir. Tebligatın temeli, gönderilmek istenilen bilginin "doğru kişi"ye ve "ne zaman" ulaştığının tespit edilebilmesindedir[469]. Elektronik postada ise, bu iki unsur da bulunmamaktadır. Her ne kadar teknik yollar ile elektronik postanın muhatabın posta kutusuna ulaştığı tespit edilebilse dahi[470], muhatap bir onay mesajı göndermedikçe (ki bu mesajın doğru olup olmadığının tespiti ayrı bir tartışma konusu olacaktır), mesajın okunup okunmamış olduğu belirlenemez. Bu durum, mektupla tebligatın posta kutusuna bırakılıp, bu durumun tespitine benzemektedir. "Kayıtlı

[469] M. Akkan, "Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I**, Ankara, 2009, s. 33; T. Muşul, **Tebligat Hukuku**, İstanbul, 2008, s. 45.

[470] Akkan, s. 61.

elektronik posta" ise, tıpkı iadeli taahhütlü posta gibi, normal elektronik postaya söz konusu iki unsur açısından güvenlik katabilir. Ülkemizde bu yönde henüz bir yasal altyapı bulunmamakla birlikte, Bilgi Teknolojileri Kurumu bu konuda çalışmalar yapmaktadır[471]. Avrupa İletişim Standartları Enstitüsünün (ETSI) ETSI TR 102 605 kayıtlı elektronik posta (*Registered E-Mail*) standardı[472] çerçevesinde yapılan bu çalışmalar sonuçlanmadan, elektronik posta ile tebligatın, hem maddi hukuk hem de usul hukuku bakımından çok büyük problemler doğurması kaçınılmaz olacaktır. Ayrıca Posta ve Telgraf Teşkilatının bu yönde yetkili kılınması anlaşılamamaktadır. Posta işlerini tarihsel olarak bu teşkilatın yürütmesi, teknolojik gelişmeler sonunda ortaya çıkan diğer tebligat metotlarında da görevlendirilmesini zorunlu kılmaz. Bu konuda zaten yeterli teknik ve bilgi alt yapısına sahip olan Bilgi Teknolojileri Kurumuna yetki verilmesi ve gerekli alt yapının Elektronik İmza Kanununda olduğu şekilde, elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları gibi uzman kuruluşlarca gerçekleştirilmesinin sağlanması, kanımızca daha uygun olacaktır.

3. Ticaret Kanunu Tasarısı ve Borçlar Kanunu Tasarısı

Bu çalışmanın hazırlandığı sırada TBMM Genel Kurul gündeminde olan Türk Ticaret Kanunu Tasarısına, yaşanan teknolojik gelişmelere uygun olarak, elektronik delil ile ilişkili bazı maddeler konulmuştur. Tasarının 18.

---

[471] http://www.tk.gov.tr/bt/kep/kepcalismalar.htm

[472] http://webapp.etsi.org/action/PU/20070918/tr_102605v010101p.pdf

maddesine göre, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya *güvenli elektronik imzayı içeren bir yazı ile* yapılır. Tasarının 64. maddesine göre, tacir, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin, fotokopi, karbonlu kopya, *mikrofiş, bilgisayar kaydı* veya benzer şekildeki bir kopyasını, yazılı, görsel veya *elektronik ortamda* saklamakla yükümlüdür. Türkiye Muhasebe Standartlarına göre elektronik ortamda veya dosyalama suretiyle tutulan defterlerin açılış ve kapanış onaylarının yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa bunun şekli ve esasları Sanayi ve Ticaret Bakanlığınca bir tebliğle belirlenir. Tasarının 86. maddesine göre, saklanması zorunlu olan belgeleri, sadece görüntü veya başkaca bir veri taşıyıcısı aracılığıyla ibraz edebilen kimse, giderleri kendisine ait olmak üzere, o belgelerin okunabilmesi için gerekli olan yardımcı araçları kullanıma hazır bulundurmakla yükümlüdür; icap ettiği takdirde belgeleri, giderleri kendisine ait olmak üzere bastırmalı ve yardımcı araçlara ihtiyaç duyulmadan okunabilen kopyalarını sunabilmelidir[473]. Tasarının ayrıca 94, 127 ve 1524-1528 arası maddelerinde de elektronik delillerle ilgili hükümler bulunmaktadır.

[473] Bu düzenleme sadece Ticaret Kanunu uygulaması açısından değil, elektronik delillerin genel olarak hukuk yargılamasında kullanılması açısından çok önemli bir düzenlemedir. Burada, elektronik delillere ulaşmada giderlerin nasıl paylaştırılacağı konusunda açık bir ifadeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, elektronik delillerin kullanılmasında tüm hukuki uyuşmazlıklarda yol gösterici olabilir.

Bu çalışmanın hazırlandığı sırada sırada TBMM Genel Kurul gündeminde olan Borçlar Kanunu Tasarısında da çalışma konumuz ile ilgili olabilecek bazı hükümler yer almaktadır. Tasarının 4. maddesine göre, kabul için süre belirlenmeksizin hazır olan bir kişiye yapılan öneri hemen kabul edilmezse öneren, önerisiyle bağlılıktan kurtulur. Telefon, *bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında* yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır. Tasarının 14. maddesine göre, yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, *teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler* de yazılı şekil yerine geçer. Tasarının 15. maddesine göre, imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. *Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur.* İmzanın el yazısı dışında bir araçla atılması, ancak örf ve âdetçe kabul edilen durumlarda ve özellikle çok sayıda çıkarılan kıymetli evrakın imzalanmasında yeterli sayılır.

IV. Uluslararası Hukukta Elektronik Deliller İle Bağlantılı Metinler

1. UNCITRAL Metinleri

Elektronik kayıtlar, belgeler ve deliller ile ilgili olarak Birleşmiş Milletlerin hazırladığı dört adet metin bulunmaktadır.

Bunlardan ilki Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu UNCITRAL'in 1985 yılında üye ülkelere bir tavsiye olarak hazırladığı Bilgisayar Kayıtlarının Hukuki Değeri Üzerine Tavsiye'dir (*Recommendation on the Legal Value of Computer Records*)[474]. Çok kısa olan bu tavsiye metninde, hükümetlere yapılan tavsiyelerin ilki, doğrudan elektronik deliller ile ilgilidir Buna göre hükümetlere; "elektronik kayıtların davalarda kullanılması ile ilgili yasal düzenlemeleri, bunların kabulünü gereksiz olarak engelleyen hususların ortadan kaldırılması amacıyla gözden geçirmeleri, düzenleyici kuralların gelişen teknoloji ile uyumlu olduğundan emin olmaları ve mahkemelere bu kayıtların içerisinde yer alan verilerin inanılırlığını değerlendirebilmeleri için uygun araçların sağlanması" tavsiyesinde bulunulmaktadır.

UNCITRAL'in konuyla ilgili olarak hazırladığı diğer bir metin, 1996 tarihli Elektronik Ticaret Model Kanunu'dur[475]. Bu model kanun ile elektronik ticaret konusunda üye ülkelere yol göstermek ve uyumun sağlanması amaçlanmıştır. Bu metin pek çok ülke açısından yol gösterici olmuş, Avustralya, Fransa, İrlanda gibi pek çok ülke elektronik imza kanunlarını bu metni esas alarak hazırlamıştır[476], ayrıca ABD'de pek çok eyaletin kabul ettiği

---

[474] http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/computerrecords-e.pdf

[475] "Electronic Commerce, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce", **Tulane Journal of International And Comparative Law**, Volume 7, 1999, s.251-310.

[476]Kaynak:UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model_status.html (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008)

ABD Tek Tip Elektronik İşlemler Kanunu (UETA) da bu model kanunu esas almaktadır.

UNCITRAL'in konuyla bağlantılı olarak hazırladığı diğer bir metin, 2001 tarihli Elektronik İmza Model Kanunudur[477]. Bu kanun ile üye ülkelere elektronik imza konusunda bir düzenleme yapmaları ve bu düzenlemenin içeriği konusunda bir tavsiyedir. Model kanun, teknolojik açıdan tarafsız olarak hazırlanmış çok kısa bir metindir. Çin Halk Cumhuriyeti, Tayland, Birleşik Arap Emirlikleri, Meksika ve Vietnam bu model kanunu benimseyerek onu temel alan elektronik imza düzenlemeleri yapmışlardır[478].

Birleşmiş Milletler tarafından konu ile ilgili olarak hazırlanan son metin ise, 2005 yılında kabul edilen ve üye ülkelerin imzasına açılan Birleşmiş Milletler Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik Haberleşmenin Kullanımı Konvansiyonudur (*United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts*)[479]. Türkiye'nin henüz imza atmadığı bu konvansiyonun amacı, uluslararası ticarette giderek önem

---

[477] http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/490/26/PDF/N0149026.pdf?OpenElement

[478] Kaynak:UNCITRAL, http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/electronic_commerce/2001Model_status.html (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008)

[479] J.D. Gregory, "The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts", **The Business Lawyer**, Volume 59, 2003, s.313-343; Konvansiyonun tam metnine ve madde gerekçelerine http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/06-57452_Ebook.pdf internet adresinden ulaşılabilir.

kazanan ve hukuki niteliği tartışmalı olabilen elektronik haberleşmenin düzenlenerek, bu konuda ortak kurallar getirilebilmesidir. Oldukça ayrıntılı olan konvansiyonun önemli ve bize yol gösterebilecek çeşitli maddeleri bulunmaktadır.

2. Avrupa Konseyi ve Parlamentosu 1999/93/EC Yönergesi

Ülkemiz açısından da büyük önem arz eden diğer bir uluslararası metin, Avrupa Konseyi ve Parlamentosunun, zaman zaman Elektronik İmza Yönergesi olarak da adlandırılan 1999/93/EC yönergesidir[480,481]. Yönerge, elektronik imza ile ilgili ana hatları ve temel esasları belirlemiştir. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu hazırlanırken de büyük ölçüde bu yönergeye başvurulmuştur. Bu direktif, UNCITRAL'in hazırladığı model kanunlara oranla daha spesifik düzenlemeler içermektedir ve dijital imzaya doğru bir yönelme olduğu ifade edilebilir[482]. Bu yönelme, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda çok daha keskin bir şekilde görülmektedir. Kanun elektronik imzayı düzenlerken, öngörülen sonuçları sadece güvenli elektronik imzaya bağlamıştır.

[480] http://europa.eu/eur-lex/pri/en/oj/dat/2000/l_013/l_01320000119en00120020.pdf

[481] Ching, s.212 vd.

[482] Bu yönde bkz. Barofsky, s.145-159.

§ 6. ELEKTRONİK DELİLLERİN DOĞRULANMASI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Elektronik Delillerin Güvenilirliği ve Delili Oluşturan Verilerin Doğrulanması

Yukarıda[483] ABD Hukuku ile ilgili olarak belirttiğimiz durumun aksine, Türk Hukukunda delillerin mahkemeye sunulmasında özel doğrulama kuralları düzenlenmemiştir. Hukukumuzda bir delilin doğru olup olmadığı, ancak buna itiraz edilirse inceleme konusu yapılmaktadır. Delilin doğrulanması, delilin kabul edilebilirliğine, yani caiz olup olmadığına ilişkin olduğu için, HUMK bağlamında 218. ve 219. maddeler temel olacaktır. HUMK 218 ve 219. maddeleri, sunulmak istenilen delillerin caiz olup olmayacaklarının tespiti konusunda geniş bir açıklama getirmemekle birlikte, hâkimin delilleri değerlendirmeye geçmeden önce bu delillerin caiz olup olmadığına, tarafların gösterecekleri gerekçeler çerçevesinde karar vermesi gerektiğini, bunu yaparken de tarafları dinleyebileceğini düzenlemektedir. Bu şekilde bir delilin kabul edilmesi veya edilmemesi hakkındaki karara karşı, kararı toplu mahkemelerde tahkikat hâkiminin vermiş olması halinde mahkemeye itiraz edilebilir. Diğer durumlarda ise karar ancak esas hükümle birlikte temyiz edilebilir[484].

Hukuka aykırı olan veya caiz olmayan bir delilin kabul edilmesi ya da caiz olan bir delilin kabul edilmemesi hukuka aykırı olacağı için, bu hususların

---

[483] Bkz. yuk. başlık § 5, A.

[484] Kuru **-Cilt II,** s. 1942; Konuralp –İspat Kuralları, s. 46.

mahkeme tarafından re'sen incelenmesi ve karara bağlanması gerekir[485]. Bir delilin caiz olup olmadığı konusu, çok çeşitli şekillerde kendisi gösterebilir. Yukarıda[486] bahsettiğimiz iki durumun (güvenli elektronik sertifika ile imzalanmış belgeler ve hukuka aykırı deliller) dışında, senetle ispatı gereken durumlarda tanık deliline başvurulmak istenmesi veya tanık olarak dinlenilemeyecek bir kimsenin tanık olarak dinletilmek istenmesi, senet olmayan bir belgeye (örneğin güvenli elektronik imza dışında kalan bir elektronik belgeye) senet olarak dayanılmak istenmesi gibi hususlar, hep delilin kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin hususlardır. Yargılamanın amacına ulaşabilmesi için, sunulan delillerin mutlaka bu şekilde bir ön incelemeye tabi tutulması ve tarafların mümkün olduğunca bu çerçevede dinlenmesi uygun olacaktır[487].

Kabul edilebilirlik ile ilgili olarak HUMK'nda ayrıca m. 428/VI hükmü bulunmaktadır[488]. Maddeye göre iki taraftan birinin davasını ispat için serdettiği delillerin hukuki (kanuni) sebebe dayanmadan kabul edilmemesi, başlı başına bir temyiz sebebi oluşturur. Ancak burada bahsedilenin muayyen bir delil değil, (senet, tanık gibi) bir delil grubu olduğu ifade edilmektedir[489]. Kanımızca bu kuralın muayyen delillerin reddi halinde de

---

[485] Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**, s. 35; Erturgut, s. 187; Belgesay, s. 22.

[486] Bkz. yuk. başlık § 4, A, III ve § 4, D, II.

[487] Belgesay, s. 22.

[488] HUMK geçici 3. madde gereğince Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar temyizle ilgili eski hükümler geçerli kalacaktır.

[489] Postacıoğlu 724, 725.

uygulanabilmesi için bir engel bulunmamaktadır, bu sonuç adil yargılanma ilkesine de uygun olacaktır. Kanunun açık lafzı gereğince bu hüküm sadece "red" durumları için geçerlidir. Bir delilin hukuka aykırı şekilde kabul edilmesi halinde ise nisbi temyiz sebebi (HUMK m. 428/son) söz konusu olacaktır.

Elektronik delillerin doğası gereği değişmeye ve taklide açık olmaları sebebiyle, mahkemeye kabul edilebilmeleri için, önce doğrulanmaları gerekir[490]. Bir davada elektronik delil sunulduğu takdirde hâkimin, HUMK'nun 218. ve 219. maddeleri çerçevesinde bir inceleme yapması gerekir. Hâkim bu delilin caiz olup olmadığını hem ispat kuralları açısından (senetle ispat mecburiyeti) hem de delilin güvenilirliği açısından değerlendirmelidir. Bu aşamada hâkim tarafları dinlemeli, tarafların delilin doğruluğu ve caizliği üzerinde anlaşamamaları halinde mutlaka bilirkişi incelemesine gitmelidir. Bilirkişi incelemesi sonucunda hâkim, delilin yukarıda yaptığımız açıklamalar çerçevesinde yeterince güvenilir olduğuna kanaat getirdiği takdirde, bu delili yargılamaya dâhil etmelidir. Bu doğrulama hiçbir zaman tam olmayacağı için, hâkimin bilirkişi raporunu ve yaşam tecrübelerini birleştirerek bir karar vermesi gerekir[491].

Yukarıda[492] bahsettiğimiz üzere delillerin kabul edilmesi ile değerlendirilmesi arasındaki ayrımın hukukumuzda pratik önemi, temyiz

---

[490] Gregory, s. 537; Giordano, s. 163.

[491] Giordano, s. 164, 165; M. Knopp (Çeviren: Tolga Akkaya), "İspat Aracı Olarak Dijital Fotoğraflar", **Halûk Konuralp Anısına Armağan, Cilt I**, Ankara, 2009, s. 565, 566.

[492] Bkz. yuk. başlık § 5, A.

edilebilirlik açısındandır. Delillerin kabul edilebilirliği hukuk, delillerin değerlendirilmesi ise (değerlendirmenin açıkça hukuka aykırı yapılmış olması hariç) vakıa ile ilgili olduğundan, kabul edilebilirlik temyiz incelemesine tabi iken, değerlendirme kural olarak temyiz incelemesi dışında tutulmalıdır[493]. Hukukumuzda jürili yargılama olmadığı için, delillerin kabul edilebilir olup olmadığının hangi aşamada değerlendirildiğinin pratik bir sonucu yoktur. Oysa jürinin yer aldığı sistemlerde jürinin aslında sunulmaması gereken bir delilden etkilenmesi mümkün olduğundan, ABD Hukukunda bir delilin kabul edilir olup olmadığı, mahkeme tarafından duruşmaya geçilmeden önce yapılmaktadır. Delil kabul edildikten sonra onun değerlendirmesi, vakıa tespitçisi olan jüride olacaktır[494]. Elektronik belgelerin doğrulanması da bu şekilde olmaktadır[495].

Doğrulamadan kasıt, bir delilin tamamen doğru olduğunun ispatı değil, delilin, delili getirenin iddia ettiği "şey" olup olmadığının tespitidir. Bir fotoğrafın bir kişiye ait olup olmadığının, bir tanığın iddia edilen kişi olup olmadığının veya bir yazının iddia edilen kişiye ait olup olmadığının tespiti, doğrulamaya örnek olarak gösterilebilir[496]. Tarafın, sunduğu delilin doğruluğunu ispat edememesi halinde, mahkemenin bu delili reddetmesi söz

[493] Yıldırım, s. 276; Üstündağ, s. 841; Gürdoğan, s. 37; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 551; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 658.

[494] Strong (Editor), s. 357; Friedenthal, Singer, s. 64.

[495] Rice (Editor), s. 224; J.S Givens, "The Admissibility of Electronic Evidence at Trial: Courtroom Admissibility Standards", **Cumberland Law Review**, Volume 34, 2003-2004, s. 102 vd.; Voigt Romano, s. 1757.

[496] Imwinkelried, s. 41.

konusu olacaktır[497]. Bu ispat çok çeşitli şekillerde olabilir. FRE'nin 901-903. maddeleri bu hususu düzenlemektedir. 901. maddede tadadi olarak bazı doğrulama yolları sayılmıştır. Bunlar tanık dinlenilmesi, el yazısı incelemesi, bilirkişi incelemesi, delilin bu yönde kendine has bazı özellikleri taşıması, delilin yaratılmasındaki sistemin (örneğin bilgisayar programı gibi) açıklanması gibi yollardır. 902. maddede ise resmi belgeler ve ticari senetler gibi bazı delillerin doğrulamadan muaf oldukları belirtilmektedir. Doğrulamanın derecesini büyük ölçüde hâkim belirleyeceği için, uygulamada ve doktrinde elektronik delillerin doğrulanma seviyesi konusunda farklılıklar gözlenmektedir. Hatta bazı mahkemelerin doğrulama kurallarına ihtiyaç duymadıkları dahi görülmektedir[498]. Kullanılan metodlar, bilgisayar sistemi ile ilgili olarak tanık veya bilirkişi dinlenilmesi, belgenin içeriğinin bazı ipuçları içermesi halinde bunların ileri sürülmesi (örneğin sadece karşı tarafın bilebileceği şeyleri içermesi), belgenin bazı teknik güvenlik unsurları içermesi (güvenli elektronik imza veya benzeri şekilde), başka kaynaklardan (örneğin internet servis sağlayıcıdan) alınan delillerle eşleştirilmesi gibi yolları içermektedir[499]. Bu ispat faaliyeti sonunda, hâkimde delilin "ilk görünüşte" (*prima facie)* doğru olduğu kanısı uyanırsa, hâkim delili kabul eder; yani gerçek anlamda bir ispat söz konusu değildir. Bu arada ifade etmek gerekir

---

[497] Voigt Romano, s. 1749.

[498] Givens, s. 105-108.

[499] Rice (Editor), s. 224; J.S Givens, "The Admissibility of Electronic Evidence at Trial: Courtroom Admissibility Standards", **Cumberland Law Review**, Volume 34, 2003-2004, s. 102 vd.; Voigt Romano, s. 1757.

ki, doğrulamadan kasıt, kesinlikle delilin bütünlüğünün veya gerçek anlmada "doğruluğunun" ispatı anlamına gelmemektedir, belirttiğimiz üzere buradaki doğrulama çok daha yüzeyseldir[500]. Doğrulamayı yapan taraf, aynı zamanda belgede bir değişiklik olup olmadığını yani belgenin bozulmamış olduğunu ispat etme yükünü taşımaz, bu yük iddia edene aittir[501]. Bu konuda bir örnek vermek gerekirse: Taraflardan birinin bir internet sitesindeki içeriği delil olarak sunması halinde ve bunu uygun bir şekilde doğrulamış olması halinde (örneğin notere tespit ettirerek), söz konusu internet sitesinin şifre kırma vb. yolla değiştirilmemiş olduğunu ispat yükü de aynı tarafa yükletilmemelidir. Taraf, üzerine düşen şekilde bu doğrulamayı gerçekleştirdiği için, değiştirmeyi iddia eden tarafın bunu ispat etmesi gerekir. Zira belirttiğimiz üzere doğrulama açısından zorunlu kılınacak eşiğin çok yüksek tutulması, elektronik delillerin pek çok durumda kullanılamayacağı sonucunu doğurur ki, bu da tarafın hakkına ulaşamaması veya haksız yere bir zarara uğramasına yol açabilir.

Bahsettiğimiz üzere HUMK'nda bu şekilde ayrıntılı bir ön inceleme olmadığı için, hâkimin genel hatları ile 218 ve 219. maddeler çerçevesinde bir inceleme yapması, bu inceleme sonunda delilin kabul edilip edilmemesine karar vermesi gerekir. Delilin kabul edilmesi ile uyuşmazlık sona ermediğine

[500] Gregory, s. 51.

[501] Giordano, s. 165.

göre[502], delillerin incelenmesi aşamasında hâkimin delille ilgili tarafların iddialarını daha ayrıntılı inceleme ve bilirkişiye başvurma şansı olabilir. Bu sebeple hukukumuzda, hâkimlerin, delillerin kabulü aşamasında nispeten olabildiğince esnek davranmaları, delille ilgili asıl incelemeyi tahkikat aşamasında ayrıntılı olarak yapmaları kanaatimizce daha uygun olacaktır. Ancak hiç kuşkusuz ilk derece mahkemelerinin bir delili kabul edip etmeme konusunda yaptıkları hatalar, her halükarda temyiz incelemesinde denetlemeye tabi olacaktır.

B. Elektronik Delillerin Değerlendirilmesi

I. Delillerin Değerlendirilmesi ve Hâkimin Bu Konudaki Takdir Yetkisi

Elektronik delilleri HUMK m. 218 çerçevesinde yargılamaya dâhil eden hâkim, (güvenli elektronik imzalı belgeler haricinde) bu delillerin takdirini serbestçe yapacaktır (HUMK m. 240). Karşı tarafın kabul etmesi durumu haricinde elektronik delillerin aidiyet ve güvenlik unsurları çoğu zaman yüzde yüz oranında tespit edilemez. Hâkim, pozitif hukuk kuralları ve yaşam tecrübelerini hesaba katarak bahsedilen unsurların gerçekleşmiş sayılıp sayılmadığını belirlemeli, makul bir oranda aidiyet ve güvenilirlikleri ortaya konulan delilleri yargılamaya kabul etmelidir. Bu orandan yukarısı ise delilin

[502] En azından elektronik deliller açısından durum böyledir, zira güvenli elektronik imzalı belgeler dışında hiçbir elektronik belge kesin delil oluşturamaz.

değerine ilişkin olacaktır[503]. Bu oranın yüzde yüze olan yakınlığı (ki bu husus büyük ölçüde bilirkişi yardımı ile belirlenecektir), hâkimin delilleri değerlendirmesinde kıstas olmalıdır. Hâkim bilirkişinin de yardımı ile elde ettiği bilgileri kullanarak delilleri değerlendirmeli ve bir karar vermelidir. Yargıtay'ın son yıllarda uygulamaya getirmiş olduğu güçlü delil kavramı belki bu konuda yardımcı olabilir[504]. Güçlü delil, delillerin serbestçe takdir edildiği davalarda, bir delilin doğası gereği diğer bir delilin üzerinde olmasını ifade etmektedir[505]. Buna örnek olarak güvenli olmayan elektronik imza ile hazırlanmış bir belgenin, alelade bir elektronik postadan daha kuvvetli olması gösterilebilir. Fakat kanımızca bir takdiri delil grubunu diğer bir takdiri delil grubunun hiyerarşik olarak üstüne almak, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile çelişmektedir.

Hâkimin, delili değerlendirirken, delilin bağlı olduğu verilerin güvenli kılınması için alınmış olan önlemleri (dijital parmak izi, kayıt ortamının koruma altına alınması vb. gibi) ve veriyi niteleyen meta bilgisi gibi unsurları da göz önüne alması ve buna göre delilin ağırlığını tespit etmesi gerekir[506].

Hâkimin delilleri değerlendirmesinde temel norm olan HUMK'nun 240. maddesinden de anlaşıldığı üzere, delillerin değerlendirilmesi yetkisi

---

[503] Karş.: Giordano, s. 165.

[504] Örnek olarak: 16. HD, 20.06.2003 – 6901/6295, 10. HD, 22.02.1993 – 9462/1602, 4. HD. 13.04.1999, 1479/3192 (tüm kararlar: Tutumlu, s. 733 vd.)

[505] Tutumlu, s. 731-732.

[506] Knopp, s. 567-569.

sınırsız değildir. Kesin delille ispat mecburiyeti bu yöndeki en önemli sınırlamadır[507]. Ayrıca güvenli elektronik imza ile oluşturulan veriler de kesin delil hükmünde olduğundan (HUMK m. 295/A) hâkim bunlarla da bağlı olacaktır[508] Hâkimin kesin delillerle bağlı olması, takdiri olan elektronik delilleri kural olarak değerlendirmemesi anlamına gelecektir. Ancak senetle ispat mecburiyetinin uygulanmadığı veya istisnalarının bulunması halinde, bu değerlendirme mümkün olacaktır. Ayrıca taraflar arasında yapılacak hukuka uygun bir delil sözleşmesi de hâkimin takdir yetkisini kısıtlayan unsurlardan bir tanesidir[509]. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, bu durumlar, ancak tarafların hazırlaması ilkesinin geçerli olduğu davalarda mümkündür, aksi halde hâkim delilleri serbestçe değerlendirir.

Kesin deliller, kanun koyucunun belirlediği ve sonuç bağladığı delillerdir. Hâkim bu delillere dayanarak hüküm vermek zorundadır. Takdiri deliller ise hâkimin değerlendireceği, yeterli olup olmadığına kendisinin kanaat getireceği delillerdir. Bu yeterlilik konusunda KONURALP, şu üç ilkenin bir arada uygulanması gerektiğini belirtmiştir: Akıl yürütme açısından tutarlı olma, ilgili olayların tamamını açıklayıcı olma ve ikna edici güce sahip olma[510]. Hâkimin takdiri delile dayanarak ispatın gerçekleştiğine kanaat getirmesi kanımızca da ancak bu üç koşulun birlikte var olduğu durumlarda olabilir.

---

[507] Yıldırım, s. 207.

[508] Erturgut, s. 131.

[509] Yıldırım, s. 255 vd.

[510] Konuralp **–İspat Kuralları**, s. 49.

II. Elektronik Delillerin İncelenmesinde Bilirkişinin Önemi ve Hâkimin Delilleri Serbestçe Takdir Yetkisi Üzerine Olan Etkileri

Çalışmada daha önce de ifade ettiğimiz üzere elektronik deliller doğaları gereği her aşamada uzman yardımına ihtiyaç duyulan delillerdir. Türk Hukuk Yargılamasında bir uzmanın uyuşmazlığın çözümüne en önemli katkısının olduğu hal, hiç kuşkusuz bilirkişi kurumudur. Elektronik delillerin en belki de en çok ilişki içerisinde olduğu delil tipi, bilirkişi delilidir. Teknolojinin sürekli gelişmesi ve değişmesi sonucunda, teknoloji konusuna meraklı olan bir hâkim dahi, elektronik deliller konusunda çoğu zaman bilirkişiye ihtiyaç duyacaktır. İhtiyaç duymanın ötesinde, hukuk yargılamasında bilirkişiye başvurma konusunda Yargıtay'ın izlediği zorlayıcı tutum da bu zorunluluğu pekiştirmektedir. Elektronik delillerin sunulmasında, karşı taraftan talep edilmesinde, tespitinin istenmesinde ve değerlendirilmesinde bilirkişi ihtiyacı kendisini göstermektedir. Hâkimin bilirkişiye olan ihtiyacı, sadece teknik bilgi açısından değil, aynı zamanda, elektronik delillerin görünebilir ve kullanılabilir hale getirilmesi için gerekli olan ekipmanın sağlanması açısından da kendisini göstermektedir[511].

Elektronik delillerin çok teknik bir konu olması ve bilirkişinin teknik bilgisinin bu hususta vazgeçilmez olması, beraberinde bilirkişinin hâkimin yerine geçme tehlikesini de getirmektedir. Bilirkişi örneğin bir elektronik postanın iddia edilen kişi tarafından gönderilip gönderilmediğine veya bir bankanın teknik alt yapısının yeterli olup olmadığı yönünde rapor verirken,

[511] Erturgut, s. 262.

aslında uyuşmazlığı da büyük ölçüde çözmüş olacaktır[512]. Bu tehlikenin önüne geçebilmek için, hâkimlerin de bu konuda kendilerini geliştirmeleri ve teknolojideki gelişmeleri, nispeten de olsa takip etmeleri uygun olacaktır. Nitekim ülkemizde UYAP ile ilgili uygulamalar ile, hâkimler, bu yönde eğitilmekte ve bilgi kazanmaktadırlar. Konu hakkında bilgi sahibi olan hâkimler, bilirkişi raporunda daha az değerlendirmeye ihtiyaç duyacaklar, bilirkişinin yaptığı teknik incelemeyi hukuki değerlendirmeye çevirebileceklerdir. Bu konuda hiçbir bilgisi olmayan hâkim ise bilirkişi raporunu olduğu gibi kararına yansıtacaktır. Bilirkişilerin delilleri takdir yetkisinin olmaması ve hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması kurallarının mutlaka gözetilmeleri ve uygulanmaları gerekir[513].

Bilirkişilere elektronik deliller hakkında başvurma konusunda çıkabilecek diğer bir problem de, bilirkişi seçiminde görülür. Elektronik delillerin dayandığı teknolojilerin sürekli değiştiği göz önüne alındığında, atanacak bilirkişinin mutlaka uyuşmazlık ile ilgili konuda uzman olması gerekir. Uyuşmazlıktaki özel durumlar çok spesifik bilgilere sahip olmayı

---

[512] Aynı yönde: Erturgut, s. 265.

[513] R. Arslan, "Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın Etkisi", **YD (Özel Sayı),** Ocak-Ekim 1989, S. 1-4, s. 177; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 455; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 468-469; Üstündağ, s. 753; M. K. Yıldırım, "Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Ankara, 2004, s. 839; Ç. Aşçıoğlu, "Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi", **Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları 1991**, Birinci Bölüm, Ankara, 1993, s. 77-95.

gerektirebilir, bu yüzden mahkemelerin herhangi bir bilgi işlem uzmanını bilirkişi olarak atamaları yanlış olacaktır. Ayrıca teknolojinin sürekli gelişmesi ve değişmesi, beraberinde farklı görüşleri de getirmektedir. Örneğin bir firmanın bilişim alt yapısının incelenmesi söz konusu olduğunda, kullandığı teknoloji ve yararlandığı metodlara dayanarak, bir uzmanın, sistemin yeterince güvenli olduğu, başka bir uzmanın ise güvensiz olduğu sonucuna varmaları mümkündür. Bu yüzden, hâkimin oluşabilecek giderleri de göz önünde tutarak, tutarlı bir sonuca ulaşılabilecek sayıda bilirkişiye başvurması gerekebilir. Bu bilirkişilerin yaptıkları teknik açıklamaları hâkim böylece değerlendirmeye alıp daha sağlıklı bir karar verebilir.

Bilirkişinin doğrudan değerlendirme yapmasını gerektirecek durumlar dışında, delillerin toplanmasına yardımcı olmak gibi başka faaliyetleri de olabilir. Bir tarafın bilgisayar kayıtlarının incelenmesi, silinmiş belgelerin geri getirilmesi ve elektronik verilerin yargılamada kullanılabilir hale getirilmelerinin sağlanması bu faaliyetlere örnek olarak verilebilir. Yani mahkemenin elektronik deliller konusunda bilirkişiden, hem kanunun mevcut düzenlemesi çerçevesinde delil olarak, hem de hâkimin yardımcısı olarak yararlanması mümkündür.

III. Elektronik Deliller Konusundaki Değerlendirmenin Kanun Yollarında Denetlenmesi

Bölge Adliye Mahkemelerinin 2009 yılı itibariyle halen faaliyete başlayamamış olmaları sebebiyle, hukuk yargılamasında temyiz tek olağan

kanun yolu olmayı sürdürmektedir. Yargıtay uygulamasının aksine doktrinde kabul gören görüş, delillerin değerlendirilmesi konusunun kural olarak temyiz incelemesi dışında kalması gerektiği yönündedir[514]. Elektronik deliller bakımından bu konuda bir farklılık bulunmamaktadır. Hukuka uygun olması sebebiyle kabul edilebilir (caiz) bir delil olarak yargılamaya getirilen elektronik delilin, hâkim tarafından değerlendirilmesinin kural olarak temyiz incelemesi dışında kalması gerekir. Bunun sebebi, delillerin değerlendirmesinin büyük ölçüde vakıalara ilişkin olmasıdır. Ancak hiç kuşkusuz inceleme dışında kalması gereken, delillerin değerlendirilmesidir. Delilin hukuka aykırı olarak kabul edilmiş olduğu gerekçesiyle temyiz edildiği durumlarda Yargıtay, gerekli incelemeyi yaparak delilin caiz olmadığı halde kabul edilmiş olduğu gerekçesi ile hükmü bozabilir.

Henüz uygulanmaya başlamamış olan istinafta ise, sadece hukuk değil, aynı zamanda vakıaların denetlemesi de söz konusu olabileceği için, delillerin değerlendirilmesinin Bölge Adliye Mahkemelerince yeniden gözden geçirilmesi mümkün olabilir. Bu sebeple ilk derece mahkemesindeki yargılamaya getirilmiş olan bir elektronik delilin hem caiz olup olmadığı, hem de değerlendirme sırasında hata yapılıp yapılmadığı, Bölge Adliye Mahkemesince denetlenebilecektir. Ancak 5235 ve 5236 sayılı kanunlarla hukukumuza getirilen istinaf, klasik değil, dar anlamda istinaf olduğu için,

[514] Yıldırım, s. 276; Üstündağ, s. 841; Gürdoğan, s. 37; Pekcanıtez, Atalay, Özekes, s. 551; Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 658. Aynı görüş ABD ve İngiliz Hukukunda da kabul görmektedir (James, Hazard, Leubsdorf, s. 767, 768; Hazard, Taruffo, s. 174; Rosenberg, Smit, Dreyfuss, s. 1034-1037; Rose (Editor), s. 1004).

Bölge Adliye Mahkemesi tüm vakıaları (ve tüm delillerin değerlendirilmesi faaliyetlerini) prensip olarak yeniden inceleyemeyecek, (kamu düzenine ilişkin hususlar ayrık olmak üzere) istinaf sebepleri ile bağlı olarak hukuki denetim yapacaktır (HUMK m. 426/O)[515].

§ 7. GENEL HUKUKİ DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

A. Genel Değerlendirme

Elektronik deliller, doğaları gereği, aidiyetin tespiti konusundaki açıkları ve manipülasyona müsait olmaları sebebiyle, temsil özellikleri açısından hiçbir zaman senet gibi fiziki delillerin yerini tam olarak tutamazlar. Ancak elektronik delillerin yadsınamaz şekilde hayatımızda olması, bunların hukuk düzenine entegre edilmeleri zorunluluğunu doğurmaktadır. Bu zorunluluğu göz önüne alan yeniliğe daha açık olan hukuk sistemleri, elektronik delillere bazı varsayımsal sonuçlar yüklemekte ve bunları delil olarak kabul etmektedirler. Ancak bu konuda yapılacak yasal düzenlemeler, teknolojinin sürekli gelişmesi sebebiyle fazla ayrıntı içeremeyeceğinden, mahkemelere çok büyük bir takdir yetkisi yüklenmektedir. Mahkemelerin bu yetki dâhilinde, kabul etme ve değerlendirme kurallarını elektronik delillere çok dikkatli uygulaması, teknolojik yeniliklere açık olması, uzmanlardan yardım almaktan çekinmemesi ve tarafları işbirliğine teşvik etmesi gerekmektedir.

---

[515] Kuru, Arslan, Yılmaz, s. 636, 637; E. Yılmaz, **İstinaf**, Ankara 2005, s. 53; T. Akkaya, **Medeni Usul Hukukunda İstinaf**, Ankara, 2009, s.103.

Mahkemelerin elektronik delilleri değerlendirken göz önüne alması gereken kıstaslardan birisi, kanımızca elektronik delillerin uyuşmazlığı nasıl tanımladığı ve tarafların bu uyuşmazlığa nasıl dâhil olduklarıdır. Buna göre mahkeme elektronik delilleri, bir haksız fiil uyuşmazlığında daha dikkatli ve sınırlı, tarafların gönüllü olarak ve riskleri bilerek girdikleri elektronik bankacılık gibi uyuşmazlıklarda ise daha geniş ve bağlayıcı değerlendirmelidir.

Elektronik delillerin bütünlükleri ve eksiksiz olmaları, mahkemece kabul edilmeleri ve değerlendirilmeleri açısından çok önemli olduğundan, bu delilleri oluşturacak elektronik bilgi ve belgelerin saklanması ve korunması da çok önemlidir. Hukuki işlem ve eylemlerin tarafları, bu işlem ve eylemle ilgili bilgi ve belgeleri mutlaka özenli ve düzenli bir şekilde saklamalı, uyuşmazlık söz konusu olduğunda da dürüstlük kuralları çerçevesinde mahkemeye sunmalıdırlar. Bu sorumluluğun sınırları davanın türüne göre şekillenecektir. Bu zorunluluk kamu düzenini ilgilendiren ve hâkimin re'sen araştırdığı davalarda en üst düzeyde, sadece tarafları ilgilendiren ve tarafların üzerinde rahatlıkla tasarruf edebildikleri davalarda ise en alt düzeyde olacaktır. Ayrıca avukatların da elektronik delillerin hukuki nitelikleri konusunda müvekkillerini bigilendirmeleri ve delillerin korunması için çaba sarfetmeleri gerekir. Fakat hiç kuşkusuz bunun için önce kendilerini bu yönde geliştirmeli ve teknolojiyi takip etmeleri kaçınılmaz bir gerekliliktir.

Hâkimlere uyuşmazlığın çözümünde en büyük yardım bilirkişilerden geleceği için, bilirkişilerin mutlaka uzman kişilerden seçilmesi ve bu seçilen bilirkişilerin yapacakları araştırmaların ve tutacakları raporların tutarlı, modern

teknolojiyi takip eden, hâkimi bilgilendiren fakat yönlendirmeyen, usul ekonomisi ilkesini gözeten şekilde olması, adaletin tecellisi için bir zorunluluktur. Unutulmaması gerekir ki, uygulamada elektronik delililer konusundaki kabul edilebilirlik ve genel değerlendirme kuralları büyük oranda bu bilirkişi raporları neticesinde şekillenecektir.

Mahkemelerin elektronik delil gösterilmesini, hukuki dinlenilme hakkının, dolayısıyla da adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olan delil gösterme hakkını zedeleyecek şekilde engellememesi, ancak yine aynı hakları zedeleyecek şekilde hukuka uygun olmayan delilleri de kabul etmemesi gerekir. Bern Yüksek Mahkemesi Hâkimlerinden Albert Comment, 1931 yılında Bern Üniversitesinde verdiği ve 1950 yılında Jale Güral'ın çevirisi ile AÜHFD.'nde yayınlanan[516] açılış dersinde şu ifadelere yer vermiştir: *"Radyo modern dünyada telefonun icadını takip eden inkilâbe müşabih bir inkilâp husule getirmiştir ve o aşağı yukarı telefona karşı ileri sürülen itirazların aynine maruz kalmaktadır. Tıpkı telefon gibi bu itirazlara karşı koymasını da bilmek lâzımdır".* Bugün Türk hukukçularının yapması gereken, benzer şekilde elektronik delillere karşı olan itirazlara karşı koymak ve onların delil sıfatını tartışmasız şekilde haiz olmalarını sağlamak olmalıdır.

[516] A. Comment, (Çeviren: Jale Güral), "İsviçre Hususî Hukukunda Radyo Münasebetiyle Ortaya Çıkan Bazı Hukuki Meseleler", **AÜHFD**., 1950, Cilt 7, S. 1-4, s. 201.

B. Elektronik İşlemler Açısından İspat Kuralları – Sorumluluk Kuralları İlişkisi ve Öneriler

Çalışma boyunca belirttiğimiz hususlar nedeniyle vardığımız sonuç, özellikle elektronik bankacılık konusunda en azından günümüz koşulları değerlendirildiğinde gerçek anlamda ve teknik olarak veri güvenliğinin sağlanamayacağı, bu yönde bir kesinliğin tespit edilemeyeceği yönündedir. Bu sebeple kanımızca hukukçuların bu hususlaki çalışmalarının yoğunlaşması gereken alan, sorumluluğun tespiti ve dağıtılması olmalıdır. Bankaların sözleşmelere koydukları sorumsuzluk kayıtları BK. m. 99 ve 100/III hükümleri çerçevesinde geçersiz olduğuna göre[517], bu işlemler ile ilgili bir uyuşmazlık çıktığı takdirde sorumluluğun nasıl dağıtılacağı konusunda bir düzenleme yapılması veya bu yönde oturmuş mahkeme içtihatlarının var olması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay 11. Hukuk Dairesi de verdiği bir kararda: *"…Davalı bankanın iki ayrı şubesinde hesabı bulunan davacının taraflar arasındaki bireysel internet şubesi sözleşmesi uyarınca davalının*

---

[517] M. Çeker, "İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin Bir Kararı Münasebetiyle)", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, Turhan, 2008, s. 255; L. Keser-Berber, **İnternet Bankacılığında Güvenli Elektronik İmzaya Geçiş Zorunluluğu**,

http://www.e-imza.gen.tr/templates/resimler/File/makaleler/

Internet_Bankaciliginda_Guvenli_Eimzaya_Gecis_LKeser.pdf (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008), s. 5.

internet şubesi nezdinde yaptığı işlemlerde kullandığı kullanıcı adı ve şifresinin bilgisayarına yerleşmiş casus programlarda başkasınca elde edilerek davacı hesaplarından …TL'nin çok kısa bir süre içerisinde (16) ayrı işlemle internet yolu ile davacının haberi olmadan davalı bankanın … Şubesi'ne aktarılması" üzerine, bu tür bilgisayar korsanlığı yöntemiyle işlemler yapılmasını önleme yolunda ek güvenlik tedbirleri almayan ve olaydan sonra bu yola tevessül eden davalının kusurlu ve sorumlu bulunduğuna ve *"davacının sanal klavye kullanması halinde dahi bunun yapılan bilgisayar korsanlığını engellemeye teknik olarak yetmeyeceğinin anlaşılmasına, işlemi yapan kişi hakkındaki ceza soruşturması sonucunun hafif kusurundan dahi sorumlu olan davalı banka bakımından etkili görülmemesine göre"* davacının müterafik kusurlu olarak da görülemeyeceği sonucuna varmıştır[518].

Bu sorumluluktan kurtulmak isteyen bankanın bunu ispat kuralları çerçevesinde ispat etmesi gerekecektir. Ancak bu ispatın çoğu zaman mümkün olamayacağı göz önüne alındığında, sorumluluğun belirlenmesinin önemi daha iyi anlaşılacaktır. Kanımızca burada (her iki tarafı da korumak için) sigorta kurumu bir çözüm olabilir. Tıpkı 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 13. Maddesinde düzenlendiği gibi, elektronik bankacılık açısından da sorumluluk düzenlenebilir ve bu yönde bir sigorta uygulaması

[518] 11. HD. 22.6.2006, E. 4748, K. 7341. Kararın eleştirisi için bkz.: Çeker, s. 258 vd., kararın tamamı için bkz.: www.kazanci.com.tr.

getirilebilir. İlişkiye üçüncü bir taraf olarak sigortacının getirilmesi, daha sonra sigortacının kendisine rücuu tehlikesinden kaçınmak isteyen bankanın gerekli tedbirleri daha iyi alması yönünde zorlayıcı bir etken de olacaktır.

Bu hususta diğer bir çözüm de, Keser-Berber'in savunduğu gibi güvenli elektronik imzaya geçiş olabilir[519]. Bunun için elektronik imza kurumunun yaygınlaşması ve kamuya daha iyi tanıtılması gerekecektir; zira, bu çözümün kabul edilmesi halinde milyonlarca sertifika dağıtılması söz konusu olacak, bu da beraberinde ekonomik bir külfet getirecektir. Sertifika ücretlerinin ortalama yıllık 100 TL'nin üzerinde olduğu dikkate alındığında[520], milyonlarca banka müşterisinin bu külfete katlanmak istemeyeceği açıktır. Ancak internet bankacılığının bir zorunluluktan ziyade kolaylaştırıcı bir sistem olması durumu göz önüne alınırsa bu külfete katlanma zorunluluğu makul görülebilir. Elektronik imzanın yaygınlaşabilmesi için mahkemelerin ve halkın bu konuda yoğun şekilde bilgilendirilmesi ve bilinçlendirilmesi gerekmektedir.

Nihayet hukuki işlemler açısından elektronik delillerle ilgili ileri sürebileceğimiz son ve kanımızca en önemli öneri; hâkimlerin, her türlü davada delilleri serbestçe değerlendirmesinin önünün açılmasının gerekli olduğudur. Kanuni deliller ve senetle ispat mecburiyeti ile bağlı olan bir mahkeme, hiçbir zaman elektronik deliller konusunda tam bir değerlendirme

---

[519] Keser-Berber-**Geçiş Zorunluluğu**, s. 1 vd.

[520] Güncel ücretler hakkında bkz.: http://www.turktrust.com.tr, http://www.e-guven.com, http://www.e-tugra.com, http://www.kamusm.gov.tr.

yapamayacaktır. Elektronik delillere, hukuk yargılamasında gerçek anlamda başvurulabilmesi, ancak kanuni delil sisteminin ve senetle ispat mecburiyetinin kaldırılıp, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin koşulsuz uygulanmasının sağlanması ile olabilir. Bu sayede taraflar, hukuki işlemlerden doğan davalar da dâhil olmak üzere her türlü uyuşmazlıkta, delil sözleşmesine de ihtiyaç olmadan, elektronik delillere başvurabilecekler, mahkeme de bu delillere dayanarak hükme ulaşabilecektir.

SONUÇ

İnsan ve toplum hayatında elektronik cihazlar ve getirdikleri nasıl kaçınılmaz olduysa, yargı hukukunda da elektronik deliller aynı şekilde kaçınılmaz hale gelmiştir. Kanun koyucu bu konuda yeni düzenlemeler yapmasa dahi mahkemeler elektronik delillerle karşı karşıya gelmektedirler. Bununla birlikte, elektronik delillerin diğer delillerden çok farklı olmaları ve üzerlerinde taşıdıkları değiştirilebilirlik vb. gibi güvensizlikler, elektronik deliller konusunda çeşitli düzenlemeler yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Elektronik deliller, diğer delillerden farklı değildir, elektronik olmaları sonucunda yeni bir delil tipi yaratılmış olmamaktadır. Elektronik deliller kavramı, söz konusu delillerin elektronik ortama bağlı olmalarından doğmaktadır. Doğalarının zorunlu kıldığı bazı özel hükümler dışında, elektronik deliller de tıpkı diğer deliller gibi değerlendirilmelidirler.

Başvurulmak istenilen elektronik deliller tarafın elinde olabileceği gibi, karşı tarafın veya bir üçüncü kişinin elinde olabilir. Bu yüzden HUMK 326 m. vd. ile TTK m. 78 vd. gibi yollar ile bu delillerin mahkemeye getirilmesi sağlanmalıdır. Bu yolların kullanılmasında mahkemeler, tarafların hak ve özgürlüklerini dengeleyici şekilde davranmalı, elektronik delilerin doğasına uygun şekilde önlemler almalıdırlar. Bu aşamada doğabilecek giderlerin, usul ekonomisi çerçevesinde kontrol altında tutulması ve hak arama özgürlüğünü zedelemeyecek şekilde çözümlenmesi gerekmektedir.

Elektronik delillerin mahkemeye sunulmaya hazır hale getirilmelerinde ve sunulmalarında, bu delillerin bütünlüklerine ve sıhhatlerine özen gösterilmeli, delil, orijinal halinden uzaklaştırılmamalıdır. Bu aşamada asıl görev uzmanlara düşmektedir. Bu uzmanlar, tarafların başvuracakları uzmanlar olabileceği gibi, mahkemenin atadığı bilirkişiler de olabilir. Bu uzmanların yapacakları en küçük bir hata bile delilin uyuşmazlıkta kullanılamamasına, dolayısıyla da hak kayıplarına yol açabilir. Elektronik delillerin toplanması ve getirilmesinde mahkeme, taraflar, avukatlar ve uzmanlığına başvurulacak kişilerin özenle ve dikkatle çalışmaları, bu delillerin değerlendirilebilmeleri açısından çok büyük önem taşımaktadır.

Delillerin yargılamaya kabul edilmesi ve değerlendirilmesi arasındaki farklılıkların mahkemeler tarafından dikkatli şekilde uygulanması da aynı şekilde hak arama hürriyetinin makul şekilde uygulanabilmesi açısından çok önemlidir. Caiz olmayan veya hukuka aykırı yollardan elde edilmiş bir delilin yargılamaya kabul edilmemesi, hukuki olan bir elektronik delilin ise sırf elektronik olduğu için reddedilmemesi gerekir. Delil yargılamaya kabul edildikten sonra, değerlendirme yetkisi hâkimde olduğu için, delilin güvenilirliği ve diğer unsurları göz önüne alan hâkim, değerlendirmesini yapar ve hükmünü verir. Hâkimde ispat yükü ve ispat ölçüsü kuralları çerçevesinde yeterli kanaat oluştuğu müddetçe ve senetle ispat mecburiyeti çerçevesinde mümkün olduğu hallerde, elektronik delillere dayanarak bir hüküm verilmesinde kanımızca hiçbir sakınca bulunmamaktadır.

Elektronik deliller konusunda özel düzenlemeler yapılana kadar, bu delillerin mevcut sistem içerisindeki yerlerinin de doğru şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Hukuki işlemden doğan uyuşmazlıklarda, senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı Türk Hukuk Yargılaması sisteminde, şu an için elektronik delillere başvurma kısıtlı olabilmektedir. Ancak bu yasağın uygulanmadığı durumlarda veya elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılabildiği çok istisnai hallerde bu delillere başvurulabilmektedir. Delillerin serbestçe değerlendirildiği diğer uyuşmazlıklarda ise hâkim elektronik delilleri tüm diğer deliller gibi kanaat edinmede kullanabilir. Elektronik delillerin gerçek ve tam anlamda kullanılabilmelerinin önündeki en büyük engel, senetle ispat mecburiyeti ve kanuni delil sistemidir. Bu durum devam ettiği müddetçe, elektronik delillerin, hukuki işlemlerden doğan uyuşmazlıklarda kullanılabilmeleri imkânı, çok kısıtlı olacaktır.

Elektronik deliller diğer deliller ile de yakından ilişki içerisindedir. Elektronik delillerin doğruluklarının değerlendirilmesi için tanık dinlenebilir, bilirkişiye başvurulabilir. Elektronik belgelerin mahkeme dışı ikrarı göstermeleri mümkündür. Bunlar dışında elektronik deliller büyük ölçüde "özel hüküm sebepleri" arasında değerlendirileceklerdir.

Hukukumuzda elektronik belgeleri ilgilendiren bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bunların başında Elektronik İmza Kanunu gelmektedir. EİK İle kanun koyucu güvenli elektronik imza yoluyla oluşturulan belgelere kesin delil hükmü tanımıştır. Bunun dışında Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu,

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun gibi çeşitli kanunlarda bazı düzenlemeler de mevcuttur. Ancak HUMK'nun elektronik delilleri kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi ihtiyacı çok büyüktür. Bu çalışmanın hazırlandığı sırada TBMM Genel Kurulu gündeminde olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, elektronik deliller açısından pek çok olumlu hüküm içermektedir. Bu tasarının yasalaşması halinde, elektronik belgelere delil olarak başvurulabilmesinin önündeki çeşitli engeller ve hukukçuların aklındaki bazı tereddütler büyük ölçüde ortadan kaldırılmış olacaktır.

BİBLİYOGRAFYA[521]

Acır, B., **Elektronik İmza ve Elektronik Kayıtların Medeni Usul Hukukunun İspat Kuralları Yönünden Değerlendirmesi**, Sermaye Piyasası Kurulu, Yeterlilik Etüdü, Ankara, 2000.

Adler, P., "Electronically Stored Information and the Federal Rules of Civil Procedure", **EDUCAUSE Review**, Volume 42, no. 3, (May/June 2007), s. 82–83.

Akcan, R., "Medeni Usul Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Delil Niteliği", **SÜHFD**, 2001, C. 9, S. 1-2, s. 159-187.

Akcan, R., **Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara, 1999.

Akkan, M., "Elektronik Ortamda Tebligat Yapılmasına İlişkin Gelişmeler", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, s. 31-63.

Alangoya, Y., **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, İstanbul, 1979.

Alangoya, Y., Yıldırım, K., Deren-Yıldırım, N., **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler**, İstanbul, 2006.

Alangoya, Y., Yıldırım, M.K., Deren-Yıldırım, N., **Medeni Usul Esasları**, 7. Baskı, İstanbul, 2009.

[521] Birden çok eserinden yararlanılan yazarlara yapılan atıflarda kullanılan kısaltmalar parantez içerisinde gösterilmiştir.

Allman, T.Y., “Electronic Evidence Discovery: A Primer”, **Briefly**, Volume 6, No 11, 2002, s. 1-25.

Altaş, H., **Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi**, Ankara, 1998.

Anıl, Y., "Yazılı Delil Başlangıcı", **AD**, S. 1983/2, s. 414-419.

Ansay, S.Ş., **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Baskı, Ankara, 1960.

Arıkan, A.S., “Elektronik Ticaret, Hukuk ve Noterler”, **Noterlik Hukuku Sempozyumu VII: Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Ankara, 2001, s. 13-52.

Arkan, S., **Ticari İşletme Hukuku**, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Onuncu Baskıdan Onikinci Tıpkı Basım, Ankara, 2008.

Arslan, R., “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”**, YD (Özel Sayı),** Ocak-Ekim 1989, S. 1-4, s. 156-183.

Arslan, R., **Medeni Usul Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara, 1989. (Kısaltması: Arslan **–Dürüstlük Kuralı**).

Arslan, R., **Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi**, Ankara, 1977.

Aslan, İ. Y., **(En Son Değişiklikler ve Yargıtay Kararları Işığında) Tüketici Hukuku**, 3. Baskı, Bursa, 2006.

Aşçıoğlu, Ç., “Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi”, **Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları 1991,** Birinci Bölüm, Ankara, 1993, s. 77-95.

Atalay, O., "Emare İspatı", **MBD**, S. 1999/3, s. 7-22.

Atalay, O., “Delil Kavramı Üzerine”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, s. 129-137.

Atalay, O., **Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, 2001.

Ayhan, R., Çağlar, H., Özdamar, M., **Ticari İşletme Hukuku - Genel Esaslar**, Ankara, 2009.

Bafra, J., "El Yazısı ve İmza İncelemesi Alanında Karşılaşılan Güçlükler: Standardizasyon ve Güvenilirlik", **İBD**, S. 1997/3, s. 529-538.

Bailey, S.H., Gunn, M.J., **Smith & Bailey on the Modern English Legal System**, Second Edition, London 1991.

Baker, J.H., **An Introduction to English Legal History**, Second Edition, London 1979.

Baker, W.B., Brightbill, T.C., Maher, M.E., “Contracting and Selling in Cyberspace”, **Briefly,** Volume 4, No. 12, December 2000, s. 4-17.

Barkett, J.M., “Bytes, Bits and Bucks: Cost Shifting and Sanctions in E-Discovery”, **Defense Counsel Journal,** Volume 71, 2004, s. 334-356.

Barofsky, A., “The European Commission’s Directive on Electronic Signatures: Technological Favoritism Towards Digital Signatures”, **Boston College International and Comparative Law Review,** Volume 24, 2000-2001, s. 145-159.

Başalp, N., **Kişisel Verilen Korunması ve Saklanması**, Ankara, 2004.

Battal, A., **Ticari İşletme Hukuku**, Ankara, 2005.

Belgesay, M.R., "Yazılı Deliller", **AD**, S. 1943/5, s. 332-340.

Belgesay, M.R., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, I Teoriler, 3. Cilt, İspat Teorisi, 3. Baskı, İstanbul, 1950.

Belgesay, M.R., **Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İsbat Teorisi**, 3. Bası, İstanbul, 1950.

Berkin, N.M., "İspat Hukukunda Senet Delili ve Yazılı Şekil", **İHFM**, S. 1946/6, s. 1175-1192.

Berkin, N.M., "Senetle İspat Mecburiyeti ve Kaidenin İstisnaları", **İHFM**, 1950, C. XVI, S. 3-4, s. 799-821.

Bilge, N., Önen, E, **Medeni Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Ankara, 1978.

Boyd, T.L., "The Information Black Hole: Managing the Issues Arising From the Increase in Electronic Data Discovery in Litigation", **Vanderbilt Journal of Entertainment Law and Practice**, Volume 7, 2004-2005, s. 323-340.

Bozkurt, H.A., **İş Yargılaması Usul Hukuku**, 2. Baskı, Ankara, 2003.

Bragdon, B., **eDiscovery: Watch out for FRCP changes!**, http://blogs.csoonline.com/ediscovery_watch_out_for_frcp_changes (Erişim Tarihi: 15 Temmuz 2008).

Braucher, J., "Replacing Paper Writings with Electronic Records in Consumer Transactions: Purposes, Pitfalls and Principles", **North Carolina Banking Institute**, Volume 7, 2003, s. 29-38.

Brown, M.K., Weiner, P.D., “Digital Dangers: A Primer on Electronic Evidence in the Wake of Enron”, **Litigation**, Volume 30, 2003, s. 24-30.

Brown, P., “Discovery and Use of Electronic Evidence”, **23rd Annual Institute on Computer Law**, Volume 1, No 7, New York, s. 7-18.

Budak, A.C., **Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı**, 2. Baskı, İstanbul, 2009.

Carroll, J.L., “Developments int the Law of Electronic Discovery”, **American Journal of Trial Advocacy**, Volume 27, 2003-2004, s. 357-391.

Ching, L.C., “Electronic Signatures: A Comparison of American and European Legislation”, **Hastings International and Comparative Law Review**, Volume 25, 2000-2001, s. 199-222.

Curreri, S.M., “Defining Document in the Digital Landscape of Electronic Discovery”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1541-1590.

Çakmak, N. M., “İdare Hukuku ve İnternet”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IX, S. 1-2, 2005, s. 299-329.

Çeker, M., “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin Bir Kararı Münasebetiyle)”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Ankara, 2008, s. 247-261.

Çelikel, A., Erdem, B., **Milletlerarası Özel Hukuk,** Yenilenmiş 9. Bası, İstanbul, 2009.

Danna, S.K., “The Impact of Electronic Discovery on Privilege and the Applicability of the Electronic Communications Privacy Act”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1683-1744.

Davidovitch, G., “Why Rule 37(e) Does Not Create a New Safe Harbor for Electronic Evidence Spoliation”, **Seton Hall Law Review**, Volume 38, 1131-1165.

Doğan, V., “Milletlerarası Özel Hukukta İspata Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **SÜHFD**, 1998/1-2, C. VI, s. 787-819.

Doğanay, İ. “Tacir Olmayan Bir Kimse, Tacir Sıfatını Haiz Olan Hasmının, Ticarî Defter Kayıtlarına Dayanabilir Mi?”, **Dr. A. Recai Seçkin’e Armağan**, Ankara, 1974, s. 735-755.

Dolak, L.A., “Patents without Paper: Proving a Date of Invention With Electronic Evidence”, **Houston Law Review**, Volume 36, 1999, s. 471-530.

Dreyer, A.J., “When the Postman Beeps Twice, The Admissibility of Electronic Mail Under the Business Records Exception of the Federal Rules of Evidence”, **Fordham Law Review**, Volume 64, 1995-1996, s. 2285-2328.

Dumorter, J., “E-Signature – E-Receipt – E-Trade”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006**, Cilt 4, Ankara, 2006, s. 159-167.

Durrant, R., “Spoliation of Discoverable Electronic Evidence”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1803-1834.

Ellinger, E.P., Lominicka, E., Hooley, R., **Modern Banking Law**, Oxford, 2002.

Eng, K., “Spoliation of Electronic Evidence”, **Boston University, Science and Technology Law**, Volume 5, 1999, s. 270-277.

Erturgut, M., **Medeni Usul Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi,** Ankara, 2004.

Falcıoğlu, M.Ö., **Karşılaştırmalı Hukuk ve Türk Hukukunda Elektronik Satım Sözleşmesi ve Kuruluşu**, Ankara, 2004.

Federal **Civil Judicial Procedure and Rules**, St. Paul, 2001.

Feldman, J.E., “Electronic Evidence", **23rd Annual Institute on Computer Law**, Volume 1, no. 40, New York, s. 7-74.

Field R.H., Kaplan, B., Clermont, K.M., **Civil Procedure**, 7th Edition, Westbury, 1997.

Finkelthal, O.D., “Scope of Electronic Discovery and Methods of Production”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1591-1638.

Forte, D., “The Negative Effects of E-Discovery Rules”, **Network Security**, February 2007, s. 19-20.

Friedenthal, J.H., Singer, M., **The Law of Evidence**, Mineola, 1985.

Garner, B.A. (Editor-in-chief), **Black’s Law Dictionary**, 7th Edition, St. Paul, 1999.

George, C.N., “Someone’s Watching: Protecting Privilage onBoth Sides of the Table during Electronic Discovery”, **Journal of Law, Technology and Policy**, 2004, s. 282-294.

Giordano, S.M., “Electronic Evidence and the Law”, **Information Systems Frontiers**, Volume 6, No 2, 2004, s. 161-174.

Givens, J.S., “The Admissibility of Electronic Evidence at Trial: Courtroom Admissibility Standards”, **Cumberland Law Review**, Volume 34, 2003-2004, s. 95-126.

Göksu, M., “(Hukuk Yargılamasında) Vakıa ve Hukuk”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** Cilt I, Ankara, 2009, s. 323-350.

Göksu, M., **Amerikan Yargılama Hukukunda Tanık**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2001. (Kısaltma: Göksu **– Tanık**)

Göksu, M., “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, **Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi,** 2009/2, s. 251-282. (Kısaltma: Göksu **– Delil**)

Gökyayla, K.E., "Telefaks Metinleriyle İspat", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, İzmir, 2001, s. 155-172.

Graham, M.H., **Federal Rules of Evidence in a Nutshell**, 5th Edition, St. Paul, Est, 2001.

Gregory, J.D., “Authentication Rules and Electronic Records”, **The Canadian Bar Review**, Volume 81, 2002, No 3, s. 529-562.

Gregory, J.D., “The Authentication of Digital Legal Records”, **The EDI Law Review**, Volume 6, 1999, s. 47-63.

Gregory, J.D., “The Proposed UNCITRAL Convention on Electronic Contracts”, **The Business Lawyer**, Volume 59, 2003, s. 313-343.

Gülerşen, A.K., "Yazılı Biçimde Yapılan Hukuki İşlem ve Tasarruflarda İmzanın Önemi", **ABD**, 1979/5, s. 53-57.

Gürdoğan, B., “Temyiz Mahkemesinin Kontrolü Bakımından Vakıa ve Hukuk”, **SBFD**., Y. 1956, C. XI, Sa. 3, s. 258-285

Gürdoğan, B., **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usulü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Deneme, Ankara, Ajans-Türk, 1967.

Hazard, G.C., Taruffo, M., **American Civil Procedure**, New Haven, Yale, 1993.

Hiller, J.S,, Cohen, R., **Internet Law and Policy**, New Jersey, Prentice Hall, 2002.

Hoeren, T., “Transaction Safety in Electronic Banking Legal Aspects”, **Legal Issues in Electronic Banking**, The Hague, 2002, s. 91-120.

Horning, R.A., “Electronically Stored Evidence: Answers to Some Recurring Questions Concerning Pretrial Discovery and Trial Usage”, **Washington and Lee Law Review**, Volume 41, s. 1335-1358.

Hyland, M., Brodie, N., “A Framework for Preservation of Digital Documents”, **Canadian Law Libraries**, Volume 24, 1999, s. 156-162.

Imwinkelried, E.J., **Evidentiary Foundations**, 5th Edition, Danvers, 2002.

Iqbal, M., "The New Paradigms of E-Discovery and Cost-Shifting", **Defense Counsel Journal**, Volume 72, 2005, s. 283-297.

James, F., Hazard, G.C., Leubsdorf, J., **Civil Procedure**, 5th Edition, New York, 2001.

Jokela, L., "Electronic Discovery Disputes: Will the Eighth Circuit Courts Move Beyond Ad-Hoc Decision Making?", **William Mitchell Law Review**, Volume 30, No 3, 2003-2004, s. 1031-1057.

Kabasakal, D., Sağıroğlu, Ş., Alkan, M., "Mobil Elektronik İmza: Senaryolar, Uygulamalar, Standartlar ve Ülkeler", **Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı 2007 Bildiriler Kitabı**, Ankara, 2007, s. 51-57.

Kane, M.K., **Civil Procedure in a Nutshell**, 4th Edition, St. Paul, 1996.

Karataş, H., "Basın İş Kanununda Elektronik Ortamda Tutulan İşe Giriş Çıkış Kayıtlarının Delil Niteliği", **Legal – İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Yargı Kararları ve İncelemeleri Dergisi**, Cilt 2, Yıl 2007, Sayı 5, s. 347-365.

Karlen, D., Arsel, İ, **Civil Litigation in Turkey**, Ankara, 1957.

Keser-Berber, L., "İlk Görünüş İspatı", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan**, İzmir, 2001, s.231-251.

Keser-Berber, L., ‘‘İmzalıyorum O halde Varım’’ Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri, **TBBD**. S. 2000/2, Yıl: 13, 503 –551.

Keser-Berber, L., “Şekil ve Dijital İmza”, **Noterlik Hukuku Sempozyumu VII: Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Ankara, 2001, s. 53-158.

Keser-Berber, L., **Adli Bilişim (Computer Forensic),** Ankara, 2004.

Keser-Berber, L., **İnternet Bankacılığında Güvenli Elektronik İmzaya Geçiş Zorunluluğu**, http://www.eimza.gen.tr/templates/resimler/File/makaleler/Internet_Bankaciliginda_Guvenli_Eimzaya_Gecis_LKeser.pdf (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008). (Kısaltma: Keser-Berber-**Geçiş Zorunluluğu**).

Keser-Berber, L., **İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza**, Ankara, 2002.

Keser-Berber, L., Lostar, M., **Bilişimde Biyometrik Yöntemler**, Ankara, 2006.

Kırca, Ç., "İnternette Sözleşme Kurulması", **BATIDER**, 2000, C. XX, S. 4, s. 99-119.

Kiper, O., **Hukuk Davalarında Kanıtlar**, Ankara, 1995.

Kiraz, T., Ö., **Medeni Yargılama Hukukunda İkrar,** Ankara, 2005.

Knopp M., (Çeviren: T. Akkaya), “İspat Aracı Olarak Dijital Fotoğraflar”, **Halûk Konuralp Anısına Armağan,** Cilt I, Ankara, 2009, s. 559-572.

Konuralp, H., **Genel Hatlarıyla Elektronik İmza Kanunu**, Elektronik İmza Kanunu Konulu Konferans, 2004, http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008).

Konuralp, H., **Medeni Usul Hukuku,** Eskişehir, 2006.

Konuralp, H., **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 1999. (Kısaltma: Konuralp-**İspat Kuralları**).

Konuralp, H., **Medeni Usul Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, 1988. (Kısaltma: Konuralp-**Delil Başlangıcı**).

Kuner, C., Miedbrodt, A., "Written Signature Requirements and Electronic Authentication: A Comparative Perspective", **The EDI Law Review**, Volume 6, 1999, s. 143-154.

Kunter, N., Yenisey, F., **Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, Birinci Kitap**, Onikinci Bası, İstanbul, 2002.

Kuru, B., Arslan, R., Yılmaz, E., **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, 18. Baskı, Ankara, 2007.

Kuru, B., **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt II, 6. Baskı, İstanbul, Demir, 2001. (Kısaltma: Kuru-**Cilt II**).

Kuru, B., **Hukuk Muhakemeleri Usulü**, Cilt III, 6. Baskı, İstanbul, Demir, 2001. (Kısaltma: Kuru-**Cilt III**).

Larsen C., "Rules of Evidence and Electronic Transactions", **Legal Issues in Electronic Banking**, The Hague, 2002, s.121-161.

Mann, R.J., Winn, J.K., **Electronic Commerce,** New York, 2003.

Marcus, R., "Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery", **Fordham Law Review**, Volume 73, 2004-2005, s. 1-21.

Mason, S., "Rethinking Concepts in Virtual Evidence", **Ankara Barosu Uluslar arası Hukuk Kurultayı 2008**, Cilt 2, Ankara, 2009, s. 176-182, (Kısaltma: Mason **-Virtual Evidence**).

Mason, S., "Electronic Signatures: The Evidential Issues Relating To Electronic Signatures", **Computer Law and Security Report**, Volume 18, No 3, 2002, s. 175-180, (Kısaltma: Mason **–Evidential Issues**).

Mueller, C.B., Kirkpatrick, L.C., **Evidence**, 2nd Edition, New York, 1999.

Mulroy, T.R., Stark, K., "A Suggested Rule for Electronic Discovery in Illinois Administrative Proceedings", **DePaul Business and Commercial Law Journal**, Volume 3, 2004-2005, s. 1-18.

Muşul, T. **Tebligat Hukuku**, İstanbul, 2008.

Noyes, H.S., "Is Electronic Discovery so Different That It Requires New Discovery Rules? An Analysis of Proposed Amendments to the Federal Rules Of Civil Procedure", **Tennessee Law Review**, Volume 71, 2003-2004, s. 585-656.

Önen, E., **Medeni Yargılama Hukuku**, Ankara, 1979.

Öngören, G., **İnternet Hukuku**, İstanbul, 2006.

Özdemir Kocasakal, H., "Elektronik İmzanın Geçerliliği ve İspat Gücü Açısından Uluslararası Planda Yaşanan Gelişmeler", **Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan**, İstanbul, 2003, s. 217-251.

Özdemir Kocasakal, H., **Elektronik Sözleşmelerden Doğan Uyuşmazlıkların Çözümünde Uygulanacak Hukukun ve Yetkili Mahkemelerin Tespiti**, İstanbul, 2003.

Özekes, M., **Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı**, Ankara, 2003.

Öztekin, G., "İsbat Hukuku ve Delillere Uygulanacak Hukuk Hakkında Görüşler", **MHB**, 1989/I, s. 37-46.

Pekcanıtez, H., "Elektronik Ticaret Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri", **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu 2001**, İzmir, 2002, s. 389-428.

Pekcanıtez, H., "Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi", **Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt I, Ankara, 2009, s. 789-850.

Pekcanıtez, H., Atalay, O., Özekes, M., **Medeni Usul Hukuku**, 5. Bası, Ankara, 2006.

Pekcanıtez, H., Taş Korkmaz, H., Meriç, N., **İçtihatlı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat**, Ankara, 2007.

Perritt Jr, H.H., "Electronic Records Management and Archives", **University of Pittsburgh Law Review**, Volume 53, 1991-1992, s. 963-1024.

Poroy, R., Yasaman, H., **Ticari İşletme Hukuku**, Güncelleştirilmiş 7. Baskı, İstanbul, 1995.

Postacıoğlu, İ., **Medeni Usul Hukuku Dersleri**, 6. Bası, İstanbul, 1975. (Kısaltma: Postacıoğlu-**Medeni Usul**).

Postacıoğlu, İ., **Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları**, 2. Baskı, İstanbul, 1964. (Kısaltma: Postacıoğlu-**Şahadetle İspat Memnuiyeti**).

Redish, M.H., "Electronic Discovery and the Litigation Matrix", **Duke Law Journal**, Volume 51, No 2, 2001, s. 561-628.

Repa, J.L., "Adjudicating Beyond the Scope of Ordinary Business: Why the Zubulake Unduly Stifles Cost-Shifting During Electronic Evidence Discovery", **American University Law Review**, Volume 54, 2004-2005, s. 257-303.

Rice, P.R. (Editor), **Electronic Evidence Law and Practice**, Chicago, 2005.

Robins, M.D., "Computers and the Discovery of Evidence –A New Dimension to Civil Procedure", **The John Marshall Journal of Computer and Information Law**, Volume XVII, 1999, s. 411-510.

Rose, W. (Editor-in-Chief), **Blackstone's Civil Practice 2008**, Oxford, 2007.

Rosenberg, M., Smit, H., Dreyfuss, R.C., **Elements of Civil Procedure**, 5th edition, 1990.

Rothstein, B. J., Hedges, R. J., Wiggins, E. C., **Managing Discovery of Electronic Information,** Federal Judicial Center, Washington, 2007.

Sağıroğlu, Ş., Alkan, M., **Her Yönüyle Elektronik İmza**, Ankara, 2005.

Salinas, S., “Electronic Discovery and Cost Shifting”, **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1639-1682.

Sargın, F., **Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları,** Ankara, 1996.

Seitz, F. W, Harris, L. J., “Document Discovery in the Electronic Age”, **Federation of Insurance & Corporate Counsel 2001 Winter Meeting**, http://www.thefederation.org/documents/seitz.htm (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008).

Sgarlata Chung, C., Byer D.J., “The Electronic Paper Trail: Evidentiary Obstacles to Discovery and Admission of Electronic Evidence”, **Boston University Journal of Science and Technology Law**, Volume 4, 1998, s. 179-199.

Shariati, B., Zubulake v. UBS Warbung: “Evidence That The Federal Rules of Civil Procedure Provide the Means for Determining Cost Allocation in Electronic Discovery Disputes?”, **Villanova Law Review**, Volume 49, 2004, s. 393-428.

Singer, A.M., “Electronic Commerce: Digital Signatures and the Role of Kansas Digital Signature Act”, **Washburn Law Journal**, Volume 37, 1997-1998, s. 725-745.

Sivrihisarlı, Ö., **Hukuk Yargılamasında Maddi Hukuka İlişkin Temyiz Nedenleri ve Yargıtay Denetiminin Kapsamı**, (Doktora Tezi), İÜHF. Yayınları, İstanbul, 1978.

Smedinghoff, T. J., Bro, R.H., **Electronic Signature Legislation**, http://library.findlaw.com/1999/Jan/1/241481.html, (Erişim tarihi: 15 Temmuz 2008).

Smedinghoff, T.J., "Digital Signatures: The Key to Secure Internet Commerce", **Third Annual Conference Online and Internet Law 1998**, Glasser, 1998.

Soğukpınar, İ., "Elektronik Döküman/Mektupların Kanıt Olabilmesi İçin Gereksininmler", **Uluslararası Katılımlı Bilgi Güvenliği ve Kriptoloji Konferansı 2007 Bildiriler Kitabı**, Ankara, 2007, s. 74-78.

Soner, F.L., "Senetle İspat Zorunluluğu, Delil Sözleşmesi ve Tanık Dinletilmesi", **ABD**, 1975, s. 656-664.

Strong, J.W. (General Editor), **McCormick on Evidence**, 5th Edition, St. Paul, 1999.

Stucker, H., "Electronic Evidence: To Produce or Not to Produce, That is The Question", **Whitter Law Review**, Volume 21, 1999-2000, s. 463-491.

Şengül, S., "E-Fatura ve E-Defter", **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006**, Cilt 4, Ankara, 2006, s. 186-197.

Şenocak, Z., "Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması", **AÜHFD**, 2001, C. 50, 2001/2, s. 97-135.

Şenocak, Z., "İnternette Kurulan Açık Arttırma İle Satım Sözleşmesi", **AÜHFD**., 2001, Cilt 50, S. 3, s. 93-114.

Şit, B., “Tahkim Anlaşmasının Şekli: Yazılı Şekil Şartı ve İnternet Aracılığı ile Akdedilen Tahkim Anlaşmaları”, **Milletlerarası Hukuk ve Özel Hukuk Bülteni**, Yıl 25-26, Sayı 1-2, 2005-2006, İstanbul 2006, s. 411-436.

Tanrıver, S., “Noterlerin Tespit İşleri”, **Makalelerim (2006),** Ankara, 2007, (Kısaltması: Tanrıver **–Noterler**), s. 85-98.

Tanrıver, S., “Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Deliller”, **Makalelerim (2006),** Ankara, 2007, (Kısaltması: Tanrıver **–Hukuka Aykırı Deliller**), s.27-35.

Taşpınar, S., **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri,** Ankara, 2001.

Tercan, E., **Medeni Usul Hukukunda Tarafların İsticvabı**, Ankara, 2001.

Tiftik, M., "Yazılı Delil Başlangıcı", **AD**, 1984, s. 241-263.

Tinnes, C., “Digital Signatures Come to South Carolina”, **South Carolina Law Review,** Volume 48, 1996-1997, s. 427-437.

Tuğ, A., **Türk Özel Hukukunda Şekil**, 2. Baskı, Konya, 1994.

Turan, O., “Noterlik İşleri ve Elektronik”, **Noterlik Hukuku Sempozyumu VII: Elektronikteki Gelişmeler ve Hukuk**, Ankara, NOTEV Yayınları, 2001, s. 187-204.

Tutumlu, M.A., **Medeni Yargılama Hukukunda Delillerin İleri Sürülmesi**, 3. Baskı, Ankara, 2005.

Umar, B., "Delil Anlaşmaları", **İHFM**, 1962, S. 3-4, s. 857-862.

Umar, B., "İspat Yükü Kavramı ve Bununla İlgili Diğer Bazı Kavramlar", **İHFM**, 1962, S. 3-4, s. 791-798.

Umar, B., Yılmaz, E., **İsbat Yükü**, Ankara, 1980.

Ülgen, H., Teoman, Ö., Helvacı, M., Kendigelen, A., Kaya, A., Nomer Ertan, F., **Ticari İşletme Hukuku**, İstanbul, 2006.

Üstündağ, S., **Medeni Yargılama Hukuku**, Cilt I-II, 6. Bası, İstanbul, 1997.

Van Oostenrijk, L.S., "Paper or Plastic: Electronic Discovery and Spoliation in the Digital Age", **Houston Law Review**, Volume 42, 2005-2006, s. 1163-1203.

Voigt Romano, L., "Electronic Evidence and the Federal Rules", **Loyola of Los Angeles Law Review**, Volume 38, 2004-2005, s. 1745-1801.

White, J.J., Summers, R.S., **Uniform Commercial Code**, 4th Edition, 1995.

Wilson, J.S., "MySpace, Your Space, or Our Space? New Frontiers in Electronic Evidence", **Oregon Law Review,** Volume 86, 2007, s. 1201-1240.

Yardım, M.E., "Güvenli Elektronik İmzanın İnkarı", **Ulusal Elektronik İmza Sempozyumu 2006 Bildiriler Kitabı,** Ankara, 2006, s. 149-155.

Yıldırım, M. K., Pürselim, H. S., "Elektronik İmza Kanunu ve Türk İspat Hukukundaki Etkileri", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 79, Sayı 2005/4, s.

Yıldırım, M.K., "Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu", **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı,** Ankara, 2004, s. 833-843.

Yıldırım, M.K., “Senetle İspat Kuralının Türk Medeni Yargılama Hukukundaki Önemi”, **İlkeler Işığı Altında Medeni Yargılama Hukuku** (Derleyen: M. Kamil Yıldırım), İstanbul, 2002, s. 118-142.

Yıldırım, M.K., **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 1990. (Kısaltma: Yıldırım **–Delillerin Değerlendirilmesi**)

Yılmaz, E., **(Medeni Yargılama Hukukunda) Islah**, Ankara, 1982.

Yılmaz, E., **Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri**, Cilt II, Ankara, 2001. (Kısaltma: Yılmaz **-Himaye Tedbirleri**)

Yılmaz, E., **Hukuk Sözlüğü**, 6. Baskı, Ankara, 2001.

“Discovery of Electronic Evidence: Considerations for Practitioners and Clients by Committee on Federal Courts”, **The Record**, Volume 53, No 5, 1998, s. 656-668.

“Electronic Commerce, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce”, **Tulane Journal of International And Comparative Law**, Volume 7, 1999, s. 251-310.

ÖZET

Teknolojinin gelişmesi ile hayatın her alanına giren elektronik cihazlar, ispat hukukunda da köklü değişikliklere yol açmıştır. Elektronik ortamda oluşturulan, iletilen ve saklanan verilerin ve bunların oluşturduğu belgelerin, hukuk yargılamasında nasıl delil olarak kullanılabileceği, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Elektronik veri ve belgelerin çok dikkatli bir şekilde elde edilmeleri, saklanmaları ve korunmaları gerekmektedir. Elektronik belgeler diğer belgelerden yapısal olarak farklı olduğu için, çoğu zaman farklı kurallara ihtiyaç duyulmaktadır. Ülkemizde bu alanda özel bir düzenleme olarak sadece Elektronik İmza Kanunu bulunmaktadır. İspat hukukunda elektronik belgelerin delil değeri hakkında özel bir düzenleme bulunmadığı için bu konuda genel kurallara başvurulacaktır. Elektronik belgeler senet değildir, bu sebeple senetle ispat mecburiyetinin uygulandığı durumlarda sadece bu yönde bir delil sözleşmesinin varlığı halinde kullanılabilecektir. Mevcut sistem içerisinde elektronik deliller, istisnai hallerde yazılı delil başlangıcı olarak değerlendirilebilmekle birlikte, asıl olarak özel hüküm sebepleri çerçevesinde değerlendirilmektedirler. Dolayısı ile sadece senetle ispat mecburiyetinin uygulanmadığı hallerde hâkim bu delillere başvurabilir ve serbestçe değerlendirebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı bu konuda olumlu düzenlemeler içermektedir. Tasarının yasalaşması halinde elektronik delillerin kullanımı yaygınlaşacak ve kolaylaşacaktır.

SUMMARY

Electronic devices, which became an integral part of the daily life with the advancement of technology, gave way to a big change in the law of evidence. Usage of the information and documents created, transferred or kept by electronic medium constitutes the topic of this dissertation. Electronic data and documents must be retrieved, kept and conserved very carefully. Electronic documents require different set of rules due to their nature apart from regular documents. In Turkey, the sole general regulation about the subject is Electronic Signature Code. Since there are no specific rules for Electronic Evidence, general rules shall be applied. Electronic documents cannot be considered as written documents; therefore they may be used only if there is a contractual agreement on evidence. In the existing system, electronic evidence may be considered as commencement of deed in some exceptions; however they essentially belong to other types of proof. For this reason, they may only be used and evaluated by the judge whenever written documents are not required. The new Civil Procedure Bill brings some new positive regulations regarding the subject. If the bill passes as Law, usage of the Electronic Evidence may become simplified and more widespread.