

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

ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞİF

DOKTORA TEZİ

Nurcan DEMİRTAŞ

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Güray ERDÖNMEZ

EYLÜL 2023

ÖNSÖZ

Bu çalışmanın savunulabilir hale gelmesinde emeği geçen değerli hocalarıma teşekkürü bir borç bilirim. Tez izleme komitemde yer alarak, bu çalışmanın tez konum olarak belirlenmesi de dahil olmak üzere, her adımda kıymetli dokunuşları bulunan, yıllar içinde değerli katkılarını esirgemeyerek benimle görüş ve önerilerini paylaşan ve tezin son halini bulmasını sağlayan kıymetli hocalarım sayın Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e ve sayın Prof. Dr. Hülya Taş Korkmaz'a ne kadar teşekkür etsem azdır. Kendisiyle aynı kürsüde çalışıyor olmaktan ötürü onur duyduğum değerli hocam sayın Prof. Dr. Oğuz Atalay'a destekleri ve kıymetli yönlendirmeleri için sonsuz teşekkürlerimi sunarım. Sayın hocalarım Prof. Dr. Mehmet Erdem'e, Doç. Dr. Nur Bolayır'a ve Doç. Dr. Cemil Simil'e de kıymetli katkıları için çok teşekkür ederim. Ayrıca asistanlığını yapmaktan onur duyduğum ve üzerimde emekleri bulunan değerli hocam sayın Prof. Dr. Selçuk Öztekin başta olmak üzere, sayın Prof. Dr. Ali Cem Budak, sayın Prof. Dr. Müjgan Tunç Yücel, sayın Prof. Dr. Serdar Kale ve sayın Doç. Dr. Derya Keskin hocalarıma da teşekkürlerimi sunarım.

Yıllar süren tez çalışmalarımın başından sonuna kadar sabrını ve desteğini hiç esirgemeyen, her dokunuşuyla bu çalışmayı bambaşka bir noktaya taşıyan ve üzerimdeki emekleri bu tezin çok ötesine uzanan çok kıymetli tez danışmanım sayın Prof. Dr. Güray Erdönmez'e sonsuz minnet duygularımı ifade etmek isterim. Bu teze ilişkin araştırmaların bir kısmı; Almanya ve İsviçre'de; Max Planck Uluslararası Karşılaştırmalı Özel Hukuk Enstitüsünde, İsviçre Karşılaştırmalı Hukuk Enstitüsünde, Hamburg ve Lozan Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde tamamlanmıştır. Ayrıca tez çalışmalarında kaynak araştırmasında desteğini gördüğüm Galatasaray Üniversitesi Kütüphanesi yönetimine de teşekkür eder, bu çalışmanın literatüre ve ilgili olan araştırmacılara faydalı olmasını dilerim.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR	xv
RÉSUMÉ.....	xxi
ABSTRACT	xxv
ÖZET.....	xxix
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	9
KEŞİF KURUMUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR VE KEŞFİN ELEKTRONİK BELGELERLE İLİŞKİSİ	9
I. KEŞİF KAVRAMI.....	9
A. Genel Olarak.....	9
B. Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Keşif Kavramı	13
1. Dar Anlamda Keşif Kavramı	13
2. Geniş Anlamda Keşif Kavramı	15
II. KEŞFİN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI ve KONUSU	17
A. Keşfin Hukuki Niteliği.....	17
1. Keşfin Delil Niteliği	17
2. Keşfin Hukuki İşlem Niteliği	19
B. Keşfin Amacı ve Keşfin Konusu	22
III. KEŞİF DELİLİNİN KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ	25
A. Hâkimin Duyusal Algısı	25
1. Genel Olarak	25
a. Görme.....	27
b. Duyma	31

c.	Dokunma	32
d.	Koku ve Tat Alma	33
2.	Yargılama Esnasında Duyusal Algılama	35
B.	Hâkimin Duyusal Algısının Doğrudan Doğruya Olması.....	36
C.	Keşfin Bizzat Hâkim Tarafından Gerçekleştirilmesi.....	37
IV.	KEŞFİN MEDENÎ USÛL HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELERLE İLİŞKİSİ.....	38
A.	Keşif Kavramının Usûl Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi	38
B.	Keşif Kavramının Doğrudanlık İlkesiyle İlişkisi.....	41
C.	Keşif Kavramının Taraflarca Getirilme ve Re'sen Araştırma İlkeleriyle İlişkisi.....	47
1.	Keşif Kavramı ve Taraflarca Getirilme İlkesi.....	47
2.	Keşif Kavramı ve Re'sen Araştırma İlkesi	50
D.	Keşif Kavramının Delillerin Hâkim Tarafından Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesiyle İlişkisi	52
V.	KEŞFİN KONUSU VE KEŞİF KONUSU OLARAK ELEKTRONİK BELGELER	55
A.	Klasik Keşif Malzemeleri	55
B.	Klasik Olmayan Keşif Malzemeleri	60
C.	Klasik Olmayan Keşif Malzemesi Olarak Elektronik Belgelerin Hâkim Tarafından Keşif Yoluyla İncelenmesi	63
1.	Genel Olarak	63
2.	Alman ve İsviçre Hukuklarında Keşif Deliline ve Elektronik Belgelerin Keşif Yoluyla İncelenmesine Genel Bir Bakış	65
a.	Alman Hukukunda	65
i.	Genel Olarak Keşif.....	65
ii.	Alman Medenî Usûl Kanununun Hükümlerine Göre Elektronik Belgeler Üzerinde Keşif.....	66
b.	İsviçre Hukukunda	69

3.	Elektronik Belgeler Üzerinde Keşfe Temel Oluşturan Yaklaşımlar.....	76
a.	Fiziksel Gereklik.....	76
b.	Gerçeğe Ulaşma ve Adalet Erişme Gayesi.....	79
c.	Nesnel Araçların Kullanımı	82
d.	Bilişimin Doğrudanlığı (Bilişim Yargısı/Bilişim Hâkimliği – <i>Richter für Informatik</i>).....	85
e.	Hâkimin Elektronik Algısı	88
	İKİNCİ BÖLÜM.....	91
	ELEKTRONİK ORTAM, DİJİTAL VERİ İLE ELEKTRONİK BELGE KAVRAMLARININ İNCELENMESİ VE KEŞFE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI.....	91
I.	ÜST KAVRAM OLARAK ELEKTRONİK ORTAM, BİLGİ TAŞIYICI, ELEKTRONİK VERİ KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARIN KEŞFE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI.....	91
A.	Elektronik Ortam Kavramı ve Elektronik Ortam Çeşitleri	91
1.	Elektronik Ortam Kavramı.....	91
2.	Elektronik Ortam Çeşitleri	93
a.	Çevrimiçi Olmayan Elektronik Ortam	93
b.	Çevrimiçi Elektronik Ortam.....	94
i.	Genel Ağ – İnternet Ortamı.....	94
ii.	Bulut Bilişim Ortamı.....	97
B.	Veri Taşıyıcı	101
1.	Genel Olarak	101
2.	Delil Kaynağı Olabilecek Başlıca Elektronik Bilgi Taşıyıcıları	103
a.	Bilgisayar	103
b.	Sabit Disk, Harici Disk, Flaş Disk, Hafıza Kartı, CD ve Disket.....	105
c.	Kamera Aygıtı ve Fotoğraf Makinesi	107
d.	Yazıcı, Fotokopi Makinesi ve Faks Makinesi.....	109
e.	Mobil Telefon.....	112

f.	Oyun Konsolu	117
g.	Akıllı Televizyon, Akıllı Saat vb. Cihazlar.....	122
C.	Dijital Veri	123
1.	Teknik Anlamda Dijital Veri Kavramı	123
2.	Yapılandırılmamış Veri.....	127
a.	İletişim Verileri	128
b.	Kullanıcı Dosyaları	129
c.	Üst Veri	129
3.	Yapısal Veri (İşlem Verileri)	130
D.	Elektronik Veriler Açısından Orijinal ve Suret Kavramlarının Önemi	131
E.	Keşfe Elverişlilik Bakımından Elektronik Verilerin Sınıflandırılması ve Değerlendirilmesi.....	142
1.	Verinin Çeşidine ve İspat Gücüne Göre Yapılan Ayrımalar	142
a.	Genel Olarak	142
b.	İspat Gücüne Göre Yapılan Ayrımalar	142
c.	Verinin Çeşidine Göre Yapılan Ayrımalar	146
2.	Verinin Düşünce İçerikli Olup Olmamasına Göre Yapılan Ayrımalar .	150
3.	Verinin Kayıt Altına Alınma Şekline Göre Yapılan Ayrımalar	155
II.	ELEKTRONİK BELGE KAVRAMI VE ELEKTRONİK BELGEDE İMZA UNSURU İLE KEŞFİN İLİŞKİSİ.....	160
A.	Belge Kavramı	160
1.	Belgenin Tanımı.....	160
2.	Elektronik Belgenin Tanımı.....	162
B.	Elektronik İmza ve Elektronik İmzalı Belge Kavramları	165
1.	Geleneksel İmza ve Elektronik İmza Kavramları	165
a.	Geleneksel İmza Kavramı ve İmzanın İşlevi	165
i.	Geleneksel İmza Kavramı	165
ii.	İmzanın İşlevi.....	167

b.	Elektronik İmza Kavramı ve Elektronik İmzanın İşlevi	168
i.	Elektronik İmza Kavramı.....	168
ii.	Elektronik İmzanın İşlevi.....	170
2.	Elektronik İmzalı Belge Kavramı	173
C.	Elektronik İmza Çeşitleri	176
1.	Güvenli Olmayan (Basit) Elektronik İmza	176
a.	Genel Olarak	176
b.	Elle Atılan İmzanın Bilgisayar Ortamında Taranmasıyla Oluşturulan Elektronik İmza.....	178
c.	Doğrudan Bilgisayar Ekranına Elle Atılabilen Elektronik İmza.....	179
d.	Biyometrik İmza.....	180
e.	Dijital (Sayısal) İmza	182
i.	Genel Olarak	182
ii.	Öz Değer	185
iii.	Zaman Damgası	187
iv.	Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı.....	188
2.	Gelişmiş Elektronik İmza.....	193
3.	Güvenli Elektronik İmza	196
a.	Güvenli Elektronik İmzanın İspat Hukuku Açısından Önemi	196
b.	Güvenli Elektronik İmzanın Hâkim Tarafından Re'sen İncelenmesi ..	199
c.	eIDAS Yönetmeliği Kapsamında Güvenli Elektronik İmzanın Elektronik Güvenlik ve Kimliklendirmeyle ilgili Öne Çıkan Özellikleri.....	201
4.	Sertifikaya Dayanan Elektronik İmza	206
III.	KEŞFİN KONUSU OLABİLECEK BAŞLICA ELEKTRONİK BELGE ÇEŞİTLERİ.....	208
A.	Genel Olarak	208
B.	Elektronik Senet.....	209
1.	Genel Olarak	209
2.	Senette Bulunması Gereken Özellikler Bakımından Elektronik Belgelerin	

Değerlendirilmesi ve Bu Özelliklerin Keşif Yoluyla İncelemesi	215
a. Cisim Bulma Özelliği.....	215
b. Yazılı Olma Özelliği	217
c. İrade Açıklaması	219
d. İmza Özelliği.....	220
C. Resmi Elektronik Belge	223
D. Özel Elektronik Belge.....	228
1. Genel Olarak	228
2. Bankaların Tuttuğu Elektronik Kayıtlar.....	229
3. Elektronik Ortamda Tutulan Ticari Kayıtlar.....	235
E. Elektronik Sözleşmeler	240
1. Genel Olarak	240
2. Elektronik Sözleşmelerin Bir Türü Olarak Akıllı Sözleşmeler.....	246
3. Blockchain Teknolojisine Dayanan Sözleşme ve İşlemler	248
F. Üzerinde Keşif Yapılabilecek Elektronik Belgelerin Başlıca Kullanım Alanları.....	251
1. Elektronik Ödeme Sistemleri, Elektronik Ticaret ve Bunlara İlişkin Elektronik Kayıtlar.....	251
2. İnternet, Elektronik Posta ve Diğer Elektronik Haberleşme Araçları..	260
a. Genel Olarak	260
b. Adli Hizmetlerde Mahkeme ve Taraflar Arasındaki İletişimde Elektronik Postanın Kullanılması	263
c. Adresin Bilinebilirliği Kriteri.....	265
3. Sosyal Medya ve Eğlence, Müzik, Oyun Platformları.....	267
a. Sosyal Medya ve Dijital Eğlence – TV Platformları	267
b. Dijital Müzik Platformları.....	269
4. EBYS (Elektronik Belge Yönetim Sistemleri) ve Kayıtları	272
5. Elektronik Adli İletişim Sistemleri	274

a.	Genel Olarak	274
b.	Elektronik Yargı.....	275
c.	SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) ve Kayıtları.....	284
d.	UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) ve Kayıtları.....	287
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM		291
ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞİFTE HÂKİMİN YARDIM ALMASI, ELEKTRONİK VERİ KEŞFİNİN TÜRLERİ VE İCRASINA İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER		291
I.	ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞİF	291
A.	(Elektronik Belge Üzerinde) Keşfin Hâkim Tarafından Gerçekleştirilmesi 291	
1.	Keşfin Karakteristik Özelliği Olan Hâkimin Doğrudan Algısı.....	291
2.	Elektronik Belge Üzerinde Teknik Yardım Gerektirmeyen Keşif İncelemesi	293
3.	Elektronik Belge Üzerinde Teknik Yardıma İhtiyaç Duyulan Keşif İncelemesi	296
B.	Elektronik Belge Üzerinde Keşfin Hâkim Tarafından Yardım Almak Suretiyle Gerçekleştirilmesi	298
1.	Genel Olarak	298
2.	Bilirkişi.....	300
a.	Elektronik Belgeler Bakımından Bilirkişi İncelemesinin Rolü ve Önemi 300	
b.	Elektronik Belgelerin İncelenmesinde Bilirkişi Deliline Başvurmanın Bir Zorunluluk Olmaması	304
c.	Elektronik Belgeler Üzerinde Keşif ve Bilirkişi İncelemesinin Birlikte Yapılması	308
d.	(Elektronik Belgeler Üzerinde) Keşfe Başvurulmaksızın Yalnızca Bilirkişi İncelemesi Yapılması	313
e.	Bilirkişi İncelemesinin Hâkim Tarafından Değerlendirilmesi	317
3.	Keşif Yardımcıları.....	321

a.	Hâkim Yardımcılığı	321
i.	Türk Hukukunda Hâkim Yardımcılığının Bir Kurum Olarak Kabul Edilmesi	321
ii.	Yapay Zekâ Uygulamaları Bağlamında Hâkim Yardımcısı	324
iii.	Delil Keşfi (<i>Special Master</i>) Hâkim Yardımcısı.....	327
b.	Keşif Yardımcıları.....	329
i.	Genel Olarak	329
ii.	Fiziki Keşif Yardımcıları	331
	(1) Görsel Keşif Aracılığı (<i>Augenscheinsmittler</i>), Oküler Keşif Yardımcılığı Kavramı ve Keşifte Soyut-Somut Yardım Ayrımı	331
	(2) Nesnel Keşif Yardımcıları.....	335
	(3) Fiziki/Teknik Yardımcıların Kullanımı	338
	(4) Keşif Yardımcılarının Doğrudanlık Bakımından İzin Verilen Uygulama Alanları	341
iii.	Keşif Yardımcısı Olan Kişiler (Keşif İncelemesinde Diğer Kişilerin Yardımı).....	344
	(1) Keşif Yardımcısı	344
	(2) Bilirkişi.....	349
	(3) Taraf Keşif Yardımcılığı	350
	(4) Uzman Görüşü için Başvurulan Uzman Kişiler.....	353
iv.	Tele-Keşif.....	355
v.	Keşif İncelemesinde Kişi ve Araçların Yardımında İmkânsızlık Yaklaşımları.....	358
	(1) Genel Olarak	358
	(2) Keşfin Bir Başka Hâkime Bırakılması ve İmkânsızlık Yaklaşımı İlişkisi	359
	(3) Fiili (Teknik – Fiziki) imkânsızlık Olarak Görülen Haller	360
	(4) Yasal İmkânsızlık Olarak Görülen Haller.....	362
vi.	Bilirkişi ve Keşif Yardımcıları İlişkisi.....	365

(1) Genel Olarak	365
(2) Bilirkişi ve Keşif Aracısının Tek Kişide Birleşmesi.....	367
(3) Keşif Yardımcısı için Uygulanabilecek Kurallar ve Bu Kuralların Amacını Aşacak Şekilde Kullanılmaması.....	369
vii. Keşif Yardımcılığının Türk Hukukundaki Bir Görünümü Olarak Anayasa Mahkemesi Raportör Hâkimlerinin Keşif Yapma Yetkisi Örneği	373
C. Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif.....	375
1. Yeni Nesil Keşif Malzemeleri Üzerinde Keşif ve Keşif İkameleri.....	375
a. Genel Olarak	375
b. Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif Kavramı ve Düşünce İçeriğinin Önemi	376
i. Genel Olarak	376
ii. (Belge Tanımı Bağlamında) Teknik Kayıtların Ele Alınması ve Keşif Deliliyle Bağlantısı	377
iii. Keşif İkamesi veya Keşif İkame Nesneleri.....	380
c. (Belge İncelemesi ve Keşif İncelemesi Arasındaki Sıkı İlişki Çerçevesinde) Elektronik Belgelerin (Keşif İkamelerinin) Keşif Malzemesi Varsının Değerlendirilmesi	383
i. Genel Olarak	383
ii. Belgenin Düşünce İçerikli Olup Olmamasının Keşif Bakımından Ortaya Çıkarabileceği (Teknik) Özellikler	385
iii. Gerçek Yeni Keşif Nesnesi Olarak Kabul Edilen Düşünce İçerikli Veriler	386
2. Düşünce İçerikli Olmayan Teknik Kayıtlar	389
a. Genel Olarak	389
b. Düşünce İçeriği Olmayan Veri ve Bu Verinin Algılanması	390
3. Klasik Keşif Malzemesinden Elde Edilen Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif	393
a. Genel Olarak	393

b.	Teknik Kayıtların İncelenmesinde İmkânsızlık ve Benzeri Yaklaşımlar ile Elektronik Veri Keşfi için Teknik Donanımın Gerekliliği	396
c.	Keşif Nesnelerinden Elde Edilen Kayıtlar Üzerinde Keşfin Öne Çıkan Özellikleri.....	399
d.	Keşif ve Belgeye Alternatif Olarak Bağımsız Nesneler Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımın Değerlendirilmesi	402
4.	Özel Olarak Görüntü, Ses vb. Verilerin Taşıyıcıları Üzerinde Keşfe İlişkin Bazı Durumlar	406
a.	Genel Olarak	406
b.	Sık Rastlanan Bir Uygulama Örneği Olarak Dashcam Keşfi	411
c.	Veri Taşıyıcıları Üzerinde Keşifte Bazı Özel Durumlar.....	414
i.	Genel Olarak	414
ii.	Manyetik, Optik veya Dijital Nesnelerin Keşfine Dair Bazı Özellikler	414
5.	Bir Elektronik Verinin Kopyası (Sureti) Üzerinde Keşif.....	418
a.	Genel Olarak	418
b.	Replikalar	421
D.	Analog Keşif Malzemeleri Üzerinde Keşif	426
1.	Genel Olarak	426
2.	Düşünce İçerikli Diğer Teknik Kayıtlar ve Analog Keşif İlişkisi.....	427
3.	Keşif Kurallarının Doğrudan Uygulanabilirliği	429
4.	Keşif Kuralları Bakımından Boşluk Olduğu Düşüncesi ve Kıyas Önerisi	431
E.	Elektronik Belgeler Bakımından Keşif Sırasında Temsili Uygulamanın Mümkün Olup Olmadığının İncelenmesi.....	434
F.	Elektronik Belgeler Bakımından Somutlaştırma Yüğü ve Keşif İlişkisi....	437
II.	ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞFİN İCRASINA İLİŞKİN BAZI DURUMLARIN İNCELENMESİ	446
A.	Genel Olarak	446
B.	Keşif Kararı.....	447

1.	Genel Olarak	447
2.	Elektronik Veri Üzerinde Keşif Kararına İlişkin Bazı Özellikler	448
3.	Delil Tespitinde Keşif Kararı	451
C.	Keşfe Hazırlık İşlemleri	454
D.	Keşfin Yeri	459
1.	Mahkeme Salonunda Yapılan Keşif	459
2.	Mahkeme Salonu Dışında Yapılan Keşif	461
E.	Keşif Gerçekleştirilirken Hazır Bulunabilecek Kişiler	464
F.	İstinabe Yolu ile Keşif	468
G.	Keşif Tutanağı	471
H.	Keşif Esnasında Ses ve Görüntü Kaydı Alınması	475
İ.	Elektronik Belgeler Bakımından İbraz ve Keşfe Katlanma Zorunluluğu	479
1.	Elektronik Belgeler Bakımından İbraz Mecburiyeti	479
2.	Elektronik Belgeler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu	486
a.	Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu	486
b.	Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Yükümlülüğü	491
İ.	Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği ve Keşif İlişkisi	496
III.	ELEKTRONİK KEŞİF (E-KEŞİF) VE DİJİTAL KEŞİF	504
A.	Genel Olarak	504
B.	Elektronik Keşif Kavramını Klasik Keşif Kavramından Ayıran Özellikler	507
C.	Elektronik Keşif ve Metadata (Yardımcı Veri) Keşfi	514
D.	Multidisipliner Bir Kurum Olarak Adli Bilişim ve Elektronik Keşif İlişkisi	519
1.	Genel Olarak	519
2.	Bilişim ve Teknoloji Hukuku ile Elektronik Keşif Kavramlarının Özel Hukukla İlişkisi	521
E.	Elektronik Belgelerde Delil Zinciri ve Delil Güvenliği Kavramları	526

F. Elektronik Keşif - Dijital Keşif Kavramlarının Kullanıldığı Başlıca Alanlar Olarak Rekabet Hukuku ve Ceza Hukuku Örnekleri	529
1. Rekabet Hukuku Bakımından Elektronik Keşif.....	529
a. Genel Olarak	529
b. Rekabet Kurumu Faaliyetlerinin ve Kurul Kararlarının Niteliği	530
i. Genel Olarak	530
ii. Rekabet Hukuku Soruşturmalarının “Quasi Judicial” (Yargı Benzeri) Niteliği	533
c. Rekabet Hukukunda Elektronik Yazışmalara El Konulması Yetkisi ve Bu Yetkinin Hukuki Niteliği.....	536
d. Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Özel Olarak Elektronik Deliller ve Dijital Keşif	539
e. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bakımından) Rekabet Kurumu Tarafından İncelenen Elektronik Yazışmaların Delil Değeri.....	543
2. Ceza Yargılaması Bakımından Elektronik Keşif	546
G. Belge Keşfi ve Adli Refleks Kavramları	557
SONUÇ ve DEĞERLENDİRME	562
KAYNAKÇA.....	581
ÖZGEÇMİŞ	677

KISALTMALAR

AB :	Avrupa Birliği
ABA :	American Bar Association (Amerikan Barolar Birliği)
ABD :	Ankara Barosu Dergisi
ABD :	Amerika Birleşik Devletleri
AcP :	Archiv für die civilistische Praxis
AHD :	Anayasa Hukuku Dergisi
AİHM :	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS :	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP :	Aktuelle Juristische Praxis
ALI :	American Law Institute
AöR :	Archiv des öffentlichen Rechts
AÜHFD :	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD :	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi
ARPA:	Advanced Research Project Agency
Art:	Artikel
Aşa. :	Aşağı
ATAD :	Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
ATM:	Automated Teller Machine
AvK :	Avukatlık Kanunu
AY :	T.C. Anayasası
AYD :	Anayasa Yargısı Dergisi
AYM :	Anayasa Mahkemesi
BATİDER :	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDSG.	Bundesdatenschutzgesetz

BGB :	Bürgerliches Gesetzbuch
Bkz. :	Bakınız
BVerfGG :	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
C. :	Cilt (Band/Volume)
CCBE :	Council of the Bars and Law Societies of the European Community
CCP :	Code de procédure civile
CD :	Ceza Dairesi
CEPEJ :	The European Commission for the Efficiency of Justice
CGK :	Ceza Genel Kurulu
CHD :	Ceza Hukuku Dergisi
C.J.Q. :	Civil Justice Quarterly
CMK :	Ceza Muhakemesi Kanunu
CPR :	Civil Procedure Rules
Çev. :	Çeviri
CD:	Compact Disc
DAJV :	Zeitschrift für Deutsches und Amerikanisches Recht
Der. :	Derleyen
DEÜHFD :	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dn. :	Dipnot
DNotZ :	Deutsche Notar-Zeitschrift
DuD:	Datenschutz und Datensicherung
DStR :	Deutsches Steuerrecht
EBYS:	Elektronik Belge Yönetim Sistemi
ECHR :	European Convention of Human Rights
EDI:	Electronic data interchange

Edt. :	Editör(ler) (Editor[s], Herausgegeben)
EFT:	Elektronik Fon Transferi
EMRK :	Europäische Menschenrechtskonvention
ERGV:	Elektronischer Rechtsverkehr Gesetz
EU :	European Union
EÜHFD :	Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
FamRZ :	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FRCP :	Federal Rules of Civil Procedure
FRE :	Federal Rules of Evidence
FormVAnpG:	Formvorschriftenanpassungsgesetz
GÜHFD :	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GVG :	Gerichtsverfassungsgesetz
HD :	Hukuk Dairesi
HGK :	Hukuk Genel Kurulu
HFSA :	Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi
HPD :	Hukukî Perspektifler Dergisi
HRA :	Human Rights Act
HMK :	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK :	Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
IAPL :	International Association of Procedural Law (Uluslararası Yargılama Hukuku Birliği)
ICDR :	International Center of Dispute Resolution
ICC :	International Chamber of Commerce (Uluslararası Ticaret Odası)
ILO :	International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü)

ItCPC :	Codice di Procedura Civile (İtalyan Medenî Yargılama Kanunu)
İBD :	İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFM :	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İzBD :	İzmir Barosu Dergisi
JKomG:	Justizkommunikationsgesetz
JR :	Juristische Rundschau
JuS :	Juristische Schulung
JZ :	Juristenzeitung
Kap. :	Kapitel
KEP:	Kayıtlı Elektronik Posta
KHP :	Kamu Hukukçuları Platformu
KTK :	Karayolları Trafik Kanunu
KTY :	Karayolları Trafik Yönetmeliği
LCIA :	London Court of International Arbitration
L.J. :	Law Journal
L.R. :	Law Review
MİHBİR :	Türk Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Birliği
MİHDER :	Legal Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi
MIT PRESS:	Massachusetts Institute of Technology
MOBESE:	Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu
MS-DOS:	MicroSoft Disk Operating System
MÜHF-HAD :	Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
N. :	Numara/Number/Nummer
NFT:	Non-Fungable Token
NJW :	Neue Juristische Wochenschrift .

NJW-RR :	Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungsreport
NStZ:	Neue Zeitschrift für Strafrecht
ÖstBV :	Österreichische Bundesverfassung
ÖstZPO :	Österreichische Zivilprozessordnung
PAdES:	PDF Advanced Electronic Signature
PDF:	Portable Document Format
RdNr:	Randnummer
RG :	Resmî Gazete
RKHK :	Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
Rz. :	Randziffer
s. :	sayfa (pp.)
S. :	Sayı (No/Issue/Heft)
SBE :	Sosyal Bilimler Enstitüsü
SchBV :	Schweizerische Bundesverfassung
SchZPO :	Schweizerische Zivilprozessordnung
SEGBİS:	Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi
SJZ :	Schweizerische Juristen Zeitung
SDÜHFD :	Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SÜHFD :	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
SSD:	Solid State Disk
SVHR:	Schweizer Verband der Richter in Handelssachen
TAAD:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB :	Türkiye Barolar Birliği
TBBD :	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK :	Türk Borçlar Kanunu
TBMM :	Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK :	Türk Ceza Kanunu
TMK :	Türk Medenî Kanunu
TTK :	Türk Ticaret Kanunu
OTT:	Over-the-top (medya servisleri)
UK :	United Kingdom
UNCITRAL:	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT :	International Institute for the Unification of Private Law
Univ. :	Üniversite/Univarsität/University
UYAP :	Ulusal Yargı Ağı Projesi
v. :	versus (karşılaştırınız)
vd. :	ve devamı
VR:	Virtual Reality (sanal gerçeklik)
Y. :	Yıl
YD :	Yargıtay Dergisi
YKD :	Yargıtay Kararları Dergisi
Yuk. :	Yukarı
YÜHFD :	Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZBJV:	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZertES:	Bundesgesetz über die elektronische Signatur
ZPO :	Die deutsche Zivilprozessordnung
ZZP :	Zeitschrift für Zivilprozess
ZZPInt :	Zeitschrift für Zivilprozess International

RÉSUMÉ

Toutes sortes d'éléments du litige qui nécessitent la perception sensorielle du juge et qui sont susceptibles d'être prouvés peuvent faire l'objet d'une communication préalable. Sur la base de cette idée, la question de l'examen des données électroniques par le juge en tant que matériel de découverte constitue le sujet principal de cette étude.

Dans cette étude, on s'est tout d'abord efforcé de classer les pièces de la procédure de divulgation. À cette fin, la nécessité d'inclure une diversification non limitée des données électroniques est apparue. En particulier dans le domaine du droit procédural civil, le fait que le nombre de travaux qui évaluent les données électroniques en termes de classification et d'examen direct par le juge soit assez faible a été l'une des raisons qui nous ont encouragés à mener une étude dans ce domaine. Deuxièmement, le fait que les données électroniques soient explicitement et spécifiquement réglementées en tant qu'objet de preuve par découverte, en particulier dans le code de procédure civile allemand, nous a permis de découvrir que les propositions de solution à de nombreuses questions controversées importantes dans le cadre de cette étude ont déjà été examinées ou présentées dans le droit allemand. Outre le droit allemand, cette étude a tenté d'aborder la place de la preuve par découverte en droit comparé, notamment en droit suisse, et en particulier la question de l'examen des documents électroniques dans le cadre de la découverte. Les similitudes du droit suisse avec le droit turc, notamment en ce qui concerne la définition du document dans la loi et notre systématisation du droit procédural civil en général, nous ont permis de bénéficier du droit suisse dans de nombreux domaines.

En fournissant des explications sur les lois de divers pays en matière de réglementation sur les documents électroniques et la preuve de découverte, les approches qui constituent la base de la découverte sur les documents électroniques sont compilées. Ces approches se concentrent sur l'utilisation généralisée des données électroniques dans les procédures civiles au fil du temps et comprennent des

évaluations détaillées sur la manière dont les données électroniques peuvent être examinées par le juge de la manière la plus efficace et la plus fiable. En même temps, il est possible de voir ici les idées qui sous-tendent les approches qui associent découverte et documents électroniques. Après tout, il n'est pas très courant qu'un produit ou une institution se développe spontanément à moins qu'un besoin ne se fasse sentir. Alors que le domaine couvert par les documents électroniques dans la procédure s'élargit, la méthode la plus raisonnable pour l'examen efficace des documents électroniques par le tribunal est en cours de discussion par les juristes. Ces approches mettent l'accent sur la nécessité d'établir la relation entre les données électroniques et la découverte dans les procédures civiles comme dans le droit pénal. Dans ce contexte, cette étude inclut des approches qui soutiennent la nouvelle génération de matériaux de découverte tels que la nécessité physique, l'objectif d'atteindre la vérité/l'accès à la justice, l'utilisation d'outils objectifs, la directivité de l'informatique et la perception électronique du juge.

Tout comme un document à ordre, un document électronique a également divers constituants. En fonction de ces éléments, la nature du document électronique et la procédure d'examen peuvent évoluer. Pour cette raison, tout d'abord, les caractéristiques telles que le type de données électroniques, la manière dont elles sont enregistrées et la manière dont elles sont classées en termes d'éléments techniques sont considérées comme importantes dans cette étude.

Tout comme les documents traditionnels sont généralement matérialisés sur papier, mais sont enregistrés dans "l'environnement physique de stockage de la documentation" avec des méthodes de classement traditionnelles et archivés dans des salles d'archives ; Les documents électroniques s'incarnent également en occupant un espace virtuel dans « l'environnement électronique », qui est son environnement naturel, et sont enregistrés et stockés dans la plateforme électronique, qui est aussi son propre environnement. En règle générale, deux types de supports électroniques sont acceptés. Ce sont des médias électroniques en ligne et hors ligne. Il convient de noter qu'il est devenu extrêmement rare de trouver un milieu électronique qui n'est pas en ligne, surtout aujourd'hui, où des concepts tels que "l'internet des objets" sont

largement discutés et utilisés. Aujourd'hui, les transactions électroniques, notamment du fait qu'elles font l'objet de litiges juridiques, s'effectuent principalement dans des environnements électroniques en ligne.

Conformément à cette thèse, bien que seules des explications générales soient données, une tentative a été faite pour fournir des connaissances de base suffisantes dont un juge peut avoir besoin d'être conscient, en particulier en termes d'examen préalable. L'objectif de cette thèse est de classer et de comprendre les données électroniques, qui sont de possibles matériaux de découverte. Pour cette raison, certains concepts ne sont expliqués qu'en termes généraux, mais des discussions approfondies ne sont pas fournies afin de ne pas détourner l'attention du contenu principal. Un point essentiel à connaître dans le cadre de la découverte est que lorsque la découverte est effectuée sur un document électronique, que l'environnement physique de la découverte soit la salle d'audience ou non, l'environnement du document électronique lui-même doit être l'un des éléments ci-dessus -ceux mentionnés. Autrement dit, en un sens, la perception du juge se transforme en une perception électronique et la donnée électronique est examinée dans son environnement d'origine. L'examen de découverte le plus sain qui puisse être effectué sur un document électronique est l'examen des données dans l'environnement électronique auquel il appartient. Cet environnement électronique sera n'importe lequel des environnements électroniques discutés dans cette recherche; en ligne, hors ligne, réseau public ou cloud computing. Le juge devrait au moins avoir une connaissance de base de la différence ou du lien entre ces médias électroniques et devrait être en mesure d'examiner directement un document électronique dans son propre environnement, tant qu'il s'agit d'un document qui se prête à un examen préalable. L'importance de l'approche de la « perception électronique du juge » ressort à nouveau à cet égard.

Par conséquent, d'un point de vue traditionnel, deux titres principaux sont mis en avant en ce qui concerne les documents de divulgation : Le matériel de divulgation traditionnel (classique) et le matériel de divulgation non-traditionnel (nouvelle génération-non-classique). Dans cette étude, au-delà des documents traditionnels,

l'accent est mis sur la manière dont les "documents électroniques", qui sont des documents non traditionnels -nouveaux- et donc des documents de litige, seront perçus par le juge lors de la communication des pièces et comment ils trouveront leur place dans le dossier de l'affaire.

Un autre objectif de cette étude est d'aborder de manière cohérente la question de la preuve par la preuve dans une perspective innovante. Le statut de la preuve par découverte face à l'électronisation, les limites de l'objet de la découverte et les principes qui introduiront l'activité de découverte électronique dans le droit de la procédure civile sont les domaines dans lesquels cette étude a été approfondie. L'objectif est d'associer une preuve importante telle que la divulgation avec des données électroniques de la manière la plus efficace et la plus contributive possible. Ainsi, les praticiens juridiques peuvent utiliser cette thèse comme une feuille de route non-prescriptive, permettant la mise en application de la loi dans l'ère digitale plus efficacement et plus justement.

ABSTRACT

Each and every kind of proceeding materials that are in need of the judge's sensible perception and that are favourable to proof may constitute the subject matter of legal discovery or judicial inspection. Based on this idea, the issue of the examination of electronic documents by the judge as a discovery material or judicial view material constitutes the main concern of this dissertation.

In this research, primarily an effort has been made to categorise the discovery materials. For this purpose, the necessity to include a non-limited diversification of electronic data has emerged. Especially in the field of civil procedural law, the fact that the number of works that evaluate electronic data in terms of their classification and direct examination by the judge is quite low has been one of the reasons that encouraged us to conduct a study in this field. Secondly, the fact that electronic data is explicitly and specifically regulated as the subject of discovery evidence in the German Code of Civil Procedure has brought along an adventure that reveals that suggestions for the solution of many important controversial issues as they have already been considered or presented in German Law as well. In addition to the German Law, this study has tried to address the place of discovery evidence in comparative law, especially in Swiss Law, and especially the issue of examination of electronic documents in connection with discovery. The similarities between the Swiss Law and Turkish Law, especially in terms of the definition of the document in the Law and our systematisation of civil procedural law in general, have enabled us to benefit from the Swiss Law on many legal aspects.

By providing explanations on the laws of various countries in terms of regulations on electronic documents and discovery evidence, the approaches that form the basis for discovery on electronic documents are compiled. These approaches focus

on the widespread use of electronic data in civil proceedings over time and include detailed evaluations on how electronic data can be examined by the judge in the most effective and reliable way. At the same time, it is possible to see here the ideas underlying the approaches that bring together discovery and electronic documents. After all, it is not very common for a product or an institution to develop spontaneously unless a need arises. As the area covered by electronic documents in the proceedings expands, the most reasonable method for the effective examination of electronic documents by the court is being discussed by jurists. These approaches focus on the need to establish the relationship between electronic data and discovery in civil proceedings as in criminal law. In this context, this study includes approaches that support the new generation of discovery materials such as physical necessity, the goal of reaching the truth/access to justice, the use of objective tools, the directness of informatics and the electronic perception of the judge.

Just like a promissory document, an electronic document also has various constituents. According to these elements, the nature of the electronic document and the examination procedure may change. For this reason, first of all, the characteristics such as the type of electronic data, how it is recorded and how it is classified in terms of its technical elements are considered to be important in this study.

Just as traditional documents are generally embodied on paper, but are recorded in the "physical documentation storage environment" with traditional filing methods and archived in archive rooms; electronic documents are also embodied by occupying a virtual space in the "electronic environment", which is its natural environment, and are recorded and stored in the electronic platform, which is also its own environment. As a rule, two types of electronic media are accepted. These are online and offline electronic media. It should be noted that it has become extremely rare to come across an electronic milieu that is not online, especially today, when concepts such as the "internet of things" are widely discussed and used. Today, electronic transactions, especially in terms of being the subject of legal disputes, are mostly carried out in online electronic environments.

In accordance with this dissertation, although only general explanations are given, an attempt has been made to provide sufficient background knowledge that a judge may need to be aware of, especially in terms of electronic discovery examination. The aim of this thesis is to classify and understand electronic data, which are possible discovery materials. For this reason, some concepts are explained only in general terms, but deep discussions are not provided in order not to distract from the main content. An essential point to be known in connection with discovery is that when discovery is carried out on an electronic document, regardless of whether the physical environment of the discovery is the courtroom or not, the environment of the electronic document itself must be one of the above-mentioned ones. In other words, in a sense, the judge's perception is transformed into an electronic perception and the electronic data is examined in its original environment. The healthiest discovery examination that can be carried out on an electronic document is the examination of the data in the electronic environment to which it belongs. This electronic environment will be any of the electronic environments discussed in this research; online, offline, public network or cloud computing. The judge should at least have the basic awareness of the difference or connection between these electronic media and should be able to directly examine an electronic document in its own environment, as long as it is a document that is suitable for discovery examination. The significance of the "electronic perception of the judge" approach emerges once again in this respect.

As a result, from a traditional point of view, two main titles come to the fore in terms of discovery materials: Traditional (classical) discovery materials and non-traditional (new generation-non-classical) discovery materials. In this research, beyond the traditional discovery materials, how "electronic documents", which are non-traditional -new- discovery and therefore litigation materials, will reach the perception of the judge through discovery and how they will find their place in the case file will be scrutinised.

Another aim of this dissertation is to address discovery evidence from an innovative perspective in a coherent manner. The status of discovery evidence in the face of electronicisation, the limits of the subject of discovery, and the principles that

will bring electronic discovery activity into civil procedure law are the areas where this study has deepened. It is aimed to combine an important evidence such as discovery with electronic data in the most effective and contributive way possible. Thus, law practitioners can use this thesis as a non-prescriptive roadmap, enabling them to approach the digital era in a more efficient and just way.



ÖZET

Hâkimin duyusal algısına muhtaç olan ve ispata elverişli her türlü dava malzemesi keşfin konusunu teşkil edebilir. İşte temelde bu düşünceden yola çıkılarak, bir keşif malzemesi olarak elektronik verilerin hâkim tarafından incelenmesi meselesi bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle keşif malzemelerini sınıflandırmaya dair bir gayret gösterilmiştir. Bunun için de öncelik olarak elektronik verilere dair sınırlı olmayan bir çeşitlendirmeye yer verme gerekliliği ortaya çıkmıştır. Özellikle medenî usûl hukuku alanında elektronik verilerin sınıflandırılmaları ve hâkim tarafından doğrudan incelenmeleri bakımından değerlendirmelerde bulunan eser sayısının oldukça az olması, bu alanda bir çalışma yapma cesareti veren sebeplerden biri olmuştur. İkinci olarak, özellikle Alman Medenî Usûl Kanununda elektronik verilerin keşif delilinin konusu olarak açıkça ve özel olarak düzenlenmiş olması, bu çalışmanın genelinde pek çok önemli tartışmalı konunun çözümüne ilişkin önerilerin halihazırda Alman Hukukunda düşünülmüş ya da sunulmuş olmasına dair bir keşif serüvenini de beraberinde getirmiştir. Ayrıca bu çalışmada, Alman Hukukunun yanında; İsviçre Hukuku başta olmak üzere mukayeseli hukukta keşif delilinin yeriyle özellikle elektronik belgelerin incelenmesi meselesi keşifle bağlantılı olarak ele alınmaya çalışılmıştır. İsviçre Hukukunda da özellikle belgenin Kanundaki tanımı ve genel olarak medenî usûl hukuku sistematigi bakımından Türk Hukukuyla benzerlikler taşıması, pek çok konuda İsviçre Hukukundan da faydalanılmasına imkân sağlamıştır.

Elektronik belgeler ve keşif deliline ilişkin düzenlemeler açısından muhtelif ülkelerin hukuklarıyla ilgili açıklamalara yer verildikten sonra, elektronik belgeler üzerinde keşfe temel oluşturan yaklaşımlar bir araya getirilmiştir. Bu yaklaşımlar zaman içinde elektronik verilerin hukuk yargılamasındaki yaygın kullanımına

odaklanarak, elektronik verilerin nasıl en etkili ve güvenilir şekilde hâkim tarafından bizzat incelenebileceğine yönelik detaylı değerlendirmeler içerir. Aynı zamanda keşif ve elektronik belgeleri bir araya getiren yaklaşımların tabanındaki düşünceleri burada görmek mümkündür. Neticede bir ihtiyaç doğmadıkça bir ürünün ya da kurumun kendiliğinden gelişmesi çok rastlanır bir durum değildir. Elektronik belgelerin yargılamada kapladığı alan genişledikçe mahkemece etkili bir şekilde incelenmesi için en makul yöntem hukukçular tarafından tartışılmaktadır. Bu yaklaşımlar, elektronik veri ve keşif ilişkisinin ceza hukukunda olduğu gibi hukuk yargılamasında da kurulması ihtiyacına odaklanmaktadır. Bu bağlamda bu çalışmada; fiziksel gereklilik, gerçeğe ulaşma ve adalete erişme gayesi, nesnel araçların kullanımı, bilişimin doğrudanlığı ve hâkimin elektronik algısı gibi yeni nesil keşif malzemelerini destekleyen yaklaşımlara yer verilmiştir.

Tıpkı senette olduğu gibi, elektronik belgenin de unsurları vardır. Bu unsurlara göre elektronik belgenin de niteliği ve inceleme usûlü değişebilmektedir. Bu nedenle öncelikle bir elektronik verinin çeşidinin ne olduğu, ne şekilde kayıt altına alındığı ve teknik unsurları bakımından nasıl bir sınıflandırmaya tabi olduğu gibi özellikler önem arz etmektedir. Bu özellikler ve hâkimin takdir yetkisi bir araya gelmek suretiyle, mahkemeye sunulan elektronik malzemenin keşfe elverişli olup olmadığını belirlerler.

Nasıl ki klasik belgeler genel itibariyle kâğıt üzerinde cisim bulmakla birlikte, geleneksel dosyalama yöntemleriyle “fiziki dosyalama ortamı”nda kayıt altında tutulmakta ve arşiv odalarında arşivlenmekteyse; elektronik belgelerin de kendi doğal ortamı olan “elektronik ortam”da sanal bir alan kaplamak suretiyle cisim bulması ve yine kendi ortamı olan elektronik ortamda kayıt altına alınıp saklanması sözkonusudur. Elektronik ortamın temel olarak iki çeşit olduğu kabul edilmektedir. Bunlar çevrimiçi ve çevrimiçi olmayan elektronik ortamdır. Özellikle “nesnelerin interneti” gibi kavramların çokça tartışılmakta ve kullanılmakta olduğu günümüzde çevrimiçi olmayan bir elektronik ortama denk gelmenin son derece nadir hale gelmeye başladığını da belirtmek gerekir. Bugün için elektronik işlemler, özellikle hukuki uyuşmazlıklara konu olmak bakımından, büyük bir çoğunlukla çevrimiçi elektronik ortamlarda gerçekleştirilen işlemlerdendir.

Bu çalışmada yalnız genel açıklamalara yer verilmekle birlikte, özellikle elektronik keşif incelemesi bakımından bir hâkimin vakıf olması icap edebilecek ölçüde genel bilgiye yer verilmeye çalışılmıştır. Bu tezde amaçlanan, muhtemel keşif malzemesi olan elektronik verilerin tasnifi ve anlaşılmasıdır. O nedenle bazı kavramlar yalnız genel hatlarıyla açıklanmış, ancak konudan uzaklaşmamak adına derin tartışmalara girilmemiştir. Keşifle bağlantılı olarak bilinmesi gereken önemli bir husus, elektronik belge üzerinde keşif gerçekleştirildiğinde, keşfin fiziki ortamının mahkeme salonu olup olmaması önemli olmaksızın, elektronik belgenin kendi ortamı bu yukarıda sayılanlardan biri olmak durumundadır. Yani bir bakıma hâkimin algısının bir elektronik algıya dönüşmesi ve hâkimin elektronik veriyi kendi orijinal ortamında incelemesi sözkonusudur.

Bir elektronik belge üzerinde gerçekleştirilebilecek en sağlıklı keşif incelemesi verinin ait olduğu elektronik ortamda incelenmesidir. Bu elektronik ortam da işte bu araştırmada ele alınan; çevrimiçi, çevrimdışı, genel ağ ya da bulut bilişim adı verilen elektronik ortamlardan herhangi biri olacaktır. Hâkim en azından bu elektronik ortamlar arasındaki farkı ya da bağlantıyı bilebilmeli ve bir elektronik belgeyi, keşif incelemesine elverişli bir belge olduğu sürece kendi ortamında doğrudan inceleyebilmelidir. “Hâkimin elektronik algısı” yaklaşımının önemi burada bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Neticede geleneksel bir bakış açısıyla keşif malzemeleri bakımından iki temel başlık öne çıkmaktadır: Geleneksel (klasik) keşif malzemeleri ve geleneksel olmayan (yeni nesil-klasik olmayan) keşif malzemeleri. İşte bu çalışmada geleneksel keşif malzemelerinden öte, geleneksel olmayan keşif ve dolayısıyla dava malzemeleri olan “elektronik belgelerin”, özel olarak keşif yoluyla hâkimin algısına nasıl kavuşacağı ve dava dosyasında yerini nasıl bulacağı mercek altına alınmaktadır.

Bu çalışmanın bir diğer amacı, keşif delilinin, yenilikçi bir perspektiften tutarlı bir şekilde ele alınmasıdır. Keşif delilinin ve bu kapsamda hâkimin elektronikleşme

karşısındaki durumu, keşif konusunun sınırları ve elektronik keşif faaliyetini medenî usûl hukukuna kazandıracak esasların ortaya konulması bu çalışmanın derinleştiği alanlar olmuştur. Keşif gibi önemli bir delilin, elektronik verilerle mümkün olan en etkin ve en sorunsuz şekilde bir araya getirilmesi hedeflenmiştir. Neticede hukuk uygulayıcılarının bu tezi sınırlayıcı olmayan bir yol haritası olarak kullanabilmesi; böylelikle dijital çağa daha verimli ve adil bir şekilde yaklaşabilmeleri için küçük de olsa bir katkı sağlayabilmek amaçlanmıştır.



GİRİŞ

Keşif delili Hukuk Muhakemeleri Kanununda sayılan delillerden biridir. Keşif delili düzenlenirken, keşfin konusunun neler olabileceği konusunda da açıklamalara yer verilmiştir. Ancak burada anılanlar sınırlı sayıda değildir. Hâkimin duyusal algısına muhtaç olan ve ispata elverişli her türlü dava malzemesi keşfin konusunu teşkil edebilecektir. İşte temel olarak bu düşünceden yola çıkılarak, bir keşif malzemesi olarak elektronik verilerin hâkim tarafından incelenmesi meselesi bu çalışmanın ana konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmada öncelikle keşif malzemeleri kategorize edilmektedir. Bu bağlamda iki temel başlık öne çıkmaktadır: Geleneksel (klasik) keşif malzemeleri ve geleneksel olmayan keşif malzemeleri. Geleneksel keşif malzemeleri özellikle 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundan alışık olunan taşınmaz keşfi başta olmak üzere, keşif delili dendiğinde ilk akla gelenlerdir. Ancak bu çalışmada geleneksel keşif malzemelerinden ziyade, geleneksel olmayan keşif malzemeleri olan “elektronik belgelerin”, özel olarak keşif yoluyla hâkimin algısına nasıl kavuşacağı mercek altına alınmaktadır.

Çalışmanın bir diğer amacı, medenî yargılama hukukunda önemli bir yeri olan keşif delilinin, yenilikçi bir perspektiften ele alınmasıdır. Keşif delilinin elektronikleşme karşısındaki durumu, keşif konusunun sınırları ve belge ayrımının ortaya konulması bu çalışmada incelenen diğer alanlardır. Ayrıca, keşif ve bilirkişi delilleri arasındaki zaman zaman iç içe geçen bağ bu çalışmanın bir diğer özellik arz eden konusu olacaktır.

Bu çalışmada Alman ve İsviçre hukukları başta olmak üzere, mukayeseli hukukta keşif delilinin yeri ile özellikle elektronik belgelerin incelenmesi meselesi keşifle bağlantılı olarak incelenmeye çalışılmıştır. Özellikle Alman Medenî Usûl

Kanununda elektronik verilerin keşif delilinin konusu olarak açıkça ve özel olarak düzenlenmiş olması, pek çok tartışmalı konunun çözümüne ilişkin Alman hukukundan örnekler sunmayı mümkün kılmıştır. İsviçre hukukunda da özellikle belgenin Kanundaki tanımı ve İsviçre hukukunun genel olarak Türk medenî usûl hukukuyla taşıdığı benzerlikler, pek çok konuda İsviçre hukukundan da faydalanılmasına imkân sağlamıştır.

Çalışmanın birinci bölümünde keşfe ilişkin genel açıklamalara ve keşif deliliyle elektronik belgeler arasındaki ilişkiye genel itibarıyla yer verilmiştir. Keşif kavramı, keşfin dar ve geniş anlamda sınıflandırılmış olması nedeniyle, öncelikle bu ayırım dikkate alınarak incelenmiş, ardından keşfin hukuki niteliği ele alınmıştır. Keşfin hem delil aracı hem de bilgi aracı olarak incelenmesinden sonra, neticede bir “araç” olduğu ortaya konmuştur. Kural olarak her aracın bir amaca hizmet ettiği kabul edilir. Keşif incelemesinin de bir “araç” olduğu ortaya konduktan sonra, keşfin amacı irdelenmiştir.

Keşif delilinin hukuki niteliği, amacı ve medenî usûl hukukuna hâkim olan bazı ilkelerle ilişkisini ortaya koyduktan sonra, keşif delilinin karakteristik özellikleri ayrıntılı bir şekilde incelenmiştir. Hâkimin duysal algısı (*sinnliche Wahrnehmung*) keşif için olmazsa olmaz bir karakteristik unsur olarak kabul edilmektedir. Özellikle Alman hukukunda keşif delilinde duysal algının özellikleri detaylı bir şekilde incelenmekte ve tartışılmaktadır. Bu bağlamda öne çıkan temel duysal olarak görme, duyma, dokunma, koku ve tat alma duysaları keşfe ilişkin örneklerle birlikte incelenmiştir. Bu temel duysalara ek olarak insanın geliştirebileceği diğer temel duysalar da olabileceği, bunların da bu beş temel duyuya eklenebileceği; böylece insanın algılarının bilinenin de ötesine geçebileceğine ilişkin birtakım tartışmalara da bu bölümde yer vermeye çalışılmıştır. Neticede hâkimin her türlü duysal algısı keşif delilinin en önemli karakteristik özelliğidir ve hâkim keşif konusunu ne kadar iyi bir biçimde algılasa, keşif incelemesinin sonucunun yargılamaya olan katkısı da bir o kadar değerli olur.

Keşfin karakteristik özelliklerinin temelde üç çeşit olduğu kabul edilmektedir. Bunlar hâkimin duyuşsal algısı, bu algının doğrudan doğruya olması ve keşfin bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesidir. Keşfin konusu ise yine ilk bölümde fakat ayrı bir başlık altında incelenmiştir. Keşif malzemeleri keşfin konusunu oluşturan geniş bir bütünü ifade eder. Başlangıçta yapılan dar ve geniş anlamda keşif ayrımı esasında keşfin konusu nazara alınarak doktrinde tespit edilmiş bir ayrımdır. Keşif malzemeleri temelde klasik keşif malzemeleri ve klasik olmayan keşif malzemeleri olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bu ayrımda yeni bir tür olarak ortaya çıkan ve bu çalışmanın da konusunu oluşturan elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesi meselesi keşif malzemelerine bir üçüncü başlığın daha eklenmesine neden olmuştur. Böylece keşif malzemeleri daha geniş bir bütünü ifade eder hale gelmiştir.

Geleneksel olmayan keşif malzemeleri olarak adlandırılan elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesi, yeni nesil bir keşif malzemesinin yeni nesil bir keşif incelemesinin konusu olması anlamına gelmektedir. Bu nedenle elektronik veri üzerinde keşif; geleneksel bir kurumun hiç de geleneksel olmayan bir malzemeyle buluşturulması demektir. Bu nedenle ortaya çözümlenmesi gereken pek çok sorun çıkmaktadır. Geleneksel olmayan bir keşif malzemesi olarak elektronik belgelerin hâkim tarafından keşif yoluyla incelenmesini genel itibariyle ele alırken, karşılaştırmalı hukuktaki keşif uygulamalarına da yer verilmiştir. Çeşitli ülkelerde keşif delilinin yeri ve özellikleri bu bölüm altında ele alınmış ve bu mukayeseden yola çıkılarak keşif ve elektronik belge ilişkisini kurmanın çeşitli ülkelerde mümkün olup olmadığı, eğer mümkünse nasıl bir uygulamanın sözkonusu olduğu bu bölüm altında genel itibariyle ele alınmaya çalışılmıştır.

Elektronik belgeler ve keşif deliline ilişkin düzenlemeler açısından muhtelif ülkelerin hukuklarıyla ilgili açıklamalara yer verildikten sonra, son olarak elektronik belgeler üzerinde keşfe temel oluşturan yaklaşımlar bir araya getirilmiştir. Bu yaklaşımlar zaman içinde elektronik verilerin hukuk yargılamasındaki yaygın kullanımına odaklanarak, elektronik verilerin nasıl en etkili ve güvenilir şekilde hâkim tarafından bizzat incelenebileceğine yönelik detaylı değerlendirmeler içerir. Aynı

zamanda keşif ve elektronik belgeleri bir araya getiren yaklaşımların tabanındaki düşünceleri burada görmek mümkündür.

Çalışmanın ikinci bölümünde ise yeni nesil keşif malzemeleri olduğu ilk bölümde ortaya konmuş olan elektronik verilerin detaylı bir incelemesi yapılmaktadır. Bu inceleme elektronik verilerin çeşitlendirilmesi, elektronik verilerin oluşturulduğu ve kayıt altında tutulduğu elektronik ortam kavramının açıklanması gibi teknik ve genel kavramlara odaklanmaktadır.

Burada bir üst kavram olarak elektronik ortam, bilgi taşıyıcı ve dijital veri kavramları ele alınmaktadır. Elektronik belgelerin anlaşılabilirliği için, öncelikle doğru bir şekilde sınıflandırılması çok önemlidir. Tıpkı senette olduğu gibi, elektronik belgenin de unsurları vardır. Bu unsurlara göre elektronik belgenin de niteliği ve inceleme usûlü değişebilmektedir. Bu nedenle öncelikle bir elektronik verinin çeşidinin ne olduğu ne şekilde kayıt altına alındığı ve teknik unsurları bakımından nasıl bir sınıflandırmaya tabi olduğu gibi özellikler önem arz etmektedir.

Nasıl ki klasik belgeler genel itibariyle kâğıt üzerinde cisim bulmakla birlikte, geleneksel dosyalama yöntemleriyle “fiziki dosyalama ortamı”nda kayıt altında tutulmakta ve arşiv odalarında arşivlenmekteyse; elektronik belgelerin de kendi doğal ortamı olan “elektronik ortam”da sanal bir alan kaplamak suretiyle cisim bulması ve yine kendi ortamı olan elektronik ortamda kayıt altına alınıp saklanması söz konusudur. Elektronik ortamın kural olarak iki çeşit olduğu kabul edilmektedir. Bunlar çevrimiçi ve çevrimiçi olmayan elektronik ortamdır. Özellikle “nesnelerin interneti” gibi kavramların çokça tartışılmakta ve kullanılmakta olduğu günümüzde çevrimiçi olmayan bir elektronik ortama denk gelmenin son derece nadir hale gelmeye başladığını da belirtmek gerekir. Bugün için elektronik işlemler, özellikle hukuki uyumsuzluklara konu olmak bakımından, büyük bir çoğunlukla çevrimiçi elektronik ortamlarda gerçekleştirilen işlemlerdendir.

Çevrimiçi elektronik ortam da kendi içinde iki ana alt başlığa ayrılmaktadır. Bunlar genel ağ yani internet ortamı ve nispeten daha yeni kabul edilen bulut bilişim ortamıdır. Özellikle bulut bilişim ortamı son derece yenilikçi bir elektronik veri depolama ortamıdır ve çokça tartışılmaktadır. Burada yalnız genel açıklamalara yer verilmekle birlikte, özellikle keşif incelemesi bakımından bir hâkimin vâkıf olması icap edebilecek ölçüde genel bilgiye yer verilmeye çalışılmıştır. Bu bölümde amaçlanan, muhtemel keşif malzemesi olan elektronik verilerin tasnifi ve anlaşılmasıdır. O nedenle bazı kavramlar yalnız genel hatlarıyla açıklanmış, ancak konudan uzaklaşmamak adına derin tartışmalara girilmemiştir.

Elektronik verinin bir bakıma doğup büyüdüğü yer olarak kabul edilen elektronik ortam genel hatlarıyla incelendikten sonra elektronik belgeler bakımından önemli bir kavram olan “veri taşıyıcıları” da bu başlık altında incelenmiştir. Veri taşıyıcıları genel itibariyle elektronik belgeleri üreten, taşıyan, değiştiren ya da silen bilgi taşıyıcılarının genel adıdır. Bugün için bu bilgi taşıyıcılarının pek çok çeşidi bulunmaktadır. Bu bölümde delil kaynağı olabilecek belli başlı elektronik bilgi taşıyıcıları örnekleme şeklinde ve sınırlı olmayacak bir biçimde sayılmıştır. Bilgi taşıyıcılarına örnek olarak, başta bilgisayarlar olmak üzere; sabit disk, harici disk, hafıza kartı, cd, disket, kamera aygıtları, fotoğraf makineleri, yazıcılar, fotokopi makineleri, faks makineleri, mobil telefonlar, oyun konsolları, akıllı televizyonlar, giyilebilir teknolojiyi temsil eden akıllı saat, akıllı yüzük gibi aygıtlar öne çıkmaktadır. Bu sayılanlar, çalışmanın kapsamı dahilinde keşifle ilgili olarak taranan mahkeme kararlarında öne çıkan aygıtlardır.

Elektronik verilerin keşfe elverişlilik bakımından ne şekilde değerlendirilmesi gerektiği ayrı bir inceleme konusunu oluşturmaktadır. Temel olarak elektronik veriler keşfe elverişlilik bakımından, üç ana başlık altında sınıflandırılmaktadır. Bunlar; elektronik verinin çeşidine göre yapılan ayrımlar, verinin düşünce içerikli olup olmamasına göre yapılan ayrımlar ve verinin kayıt altına alınma şekline göre yapılan ayrımlardır.

Elektronik ortam ve elektronik veriye ilişkin genel açıklamalar ortaya konduktan ve bu kavramların keşifle hem elverişlilik hem de keşif konusu olmak bakımından temel bağlantısı kurulduktan sonra, elektronik belge kavramı ayrıca ele alınmıştır. Elektronik veri elektronik belgeyi de kapsamına alan daha geniş bir kavram olarak ifade edilebilir. Tıpkı Türk hukukunda belge kavramının senet kavramını da içine alan daha geniş bir terim olarak kullanılması gibi, elektronik veri de tüm elektronik belgeleri bünyesinde barındıran geniş bir ifadedir. Bu halde denilebilir ki her elektronik belge bir elektronik veri çeşidini ifade eder, ancak her elektronik veri bir elektronik belge değildir.

Elektronik belgenin en önemli unsuru şüphesiz elektronik imzadır. Bu nedenle elektronik imzanın tanımı, çeşitleri ve mevzuattaki yeri de ispat faaliyetinde önem arz eder. Elektronik imza, imzanın çeşidine göre, bir elektronik belge ile ispat faaliyetinde hâkimi bağlayan bir unsurdur.

Elektronik belgede imza unsurunun önemi ortaya konduktan ve genel hatlarıyla elektronik imzanın çeşitleri ele alındıktan sonra çalışmada elektronik belgenin mahkemelerde en çok karşılaşılan çeşitlerine yer verilmiştir. Genellikle mahkeme dosyalarında en çok karşılaşılan elektronik belge çeşitleri başta olmak üzere çeşitli örneklerle ve açıklamalarla, bir hukuk yargılamasında hangi çeşit elektronik belgelerin hâkimin doğrudan algısına muhtaç olabileceğine ilişkin sınırlı sayıda olmayan bir örnekleme yoluna gidilmiştir. Bu örneklerin çoğaltılması mümkündür. Ayrıca kısa bir zaman içinde yeni elektronik belge çeşitlerinin de kullanılır hale gelmesine bağlı olarak, hâkimlerin önüne burada hiç anılmamış yeni belgelerin gelmesi de muhtemeldir.

Bu bağlamda öne çıkan elektronik belge çeşitlerinden elektronik senet kavramı başta olmak üzere, resmi elektronik belgeler ve özel elektronik belgeler ele alınmıştır. Elektronik belgelerin uyuşmazlıklarda ve mahkeme kararlarında hâkim tarafından en

çok karşılaşılan örneklerinden olan bankaların tuttuğu elektronik kayıtlar ve ayrıca ticari kayıtlar da incelenmiştir.

Elektronik belgelerin bir türü olarak elektronik sözleşmeler de bu bölümde tanımlanmıştır. Elektronik sözleşmeler, son yıllarda özellikle akıllı sözleşmelerle bağlantılı olarak çok fazla tartışılmakta ve pek çok çalışmaya konu olmaktadır. Akıllı sözleşmelerle birlikte *blockchain* teknolojisi ve bu teknolojinin hukuki işlemlerde kullanılmasına ilişkin özellikler de bu bölümde kısaca ele alınmıştır. Özellikle bu tür sözleşmeler bakımından hâkimin ne şekilde bu yeni nesil keşif malzemelerini takdir edeceği bu bölümde ele alınmaya çalışılmıştır.

Çalışmada keşif delilinin temel özellikleri ve elektronik belgenin unsurları açıklandıktan sonra şu iki önemli husus ile iki kurumun birbiriyle bağlantısı ortaya konmaya çalışılmıştır. Bunlardan ilki keşif malzemelerinin değerlendirmesi yapılırken geleneksel olmayan bir keşif malzemesi olarak elektronik belgelerin tespit edilmesidir. İkincisi ise bir keşif malzemesi olduğu tespit edilen elektronik belgelerin kapsamı ve çeşitlerinin belirlenmesidir. Elektronik belgelerin bazı çeşitlerinin bu çalışmada örnekler üzerinden anılmaya gayret edilmesinin sebebi nelerin elektronik belge olduğunun tam olarak bilinmemesidir. Bu nedenle elektronik belgelerin çeşitleri ve başlıca kullanım alanları ortaya konmuştur. Bununla beraber bir diğer sınıflandırma olarak tüm bu sayılan elektronik veri çeşitleri için bir de keşfe elverişlilik bakımından bir değerlendirme yapılmıştır. Tüm bu açıklamalar, elektronik belgeler üzerinde keşfin nasıl icra edileceğine ilişkin nispeten yeni başlayan tartışmalara etraflı bir bakış açısı getirebilmek amacı taşır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise sırayla, elektronik belgeler üzerinde keşifte hâkimin yardım alması, elektronik veri keşfinin keşif malzemelerinin niteliğine göre tespit edilen türleri ve elektronik belge üzerinde keşfin icrasına ilişkin bazı özellikler ele alınmıştır. Bu bağlamda, hâkimin keşifte yardım alması meselesi bu yardımın niteliğine göre değişen ihtimallere göre incelenmiştir. Buna göre, bu çalışmada elektronik belgeler üzerinde keşifte yardımın temelde iki türlü olabileceği tespit edilmektedir: Fiziki keşif yardımcılarının kullanımı ve keşfe yardımcı kişilerin

desteği. Bu kapsamda, keşif yardımcısı kavramı, bilirkişi ve keşif yardımcısı ilişkisi, tarafın keşif yardımcılığı ve uzman görüşü için başvurulacak kişilerin elektronik veri üzerindeki keşifte yardımcı gibi meseleler ele alınmıştır.

Yine çalışmanın üçüncü bölümünde, elektronik verinin çeşidine göre, teknik kayıtlar üzerinde keşif, keşif ikame nesneleri ve analog keşif malzemeleri üzerinde keşif gibi yeni keşif türleri incelenmiştir. Ayrıca, elektronik belgeler üzerinde keşfin icrasına ilişkin ortaya çıkabilecek bazı özellikler de bu bölümde mercek altına alınmaktadır. Örneğin, elektronik belgeler bakımından keşif sırasında temsili uygulamanın mümkün olup olmadığı, elektronik belge üzerinde keşif esnasında hazır bulunabilecek kişiler ile keşfin yeri gibi hususlarda yargı kararlarından ve mukayeseli hukuktan örneklerle çeşitli değerlendirmelere yer verilmiştir. Son olarak adli bilişim ve elektronik keşif uygulamaları ile adli refleks kavramları ve bunların medenî usûl hukukunda uygulanmasına ilişkin öneriler sunulmuştur.

Sonuç olarak teknik imkânların azami ölçüde yargılamaya uyum sağlar hale getirilmesi anlayışı, yargıda inovasyon hedefine yaklaşmayı sağladığı gibi, temelde adalete erişimi kolaylaştıran bir anlayış olarak karşımıza çıkar. Bu nedenle böyle bir yaklaşım, bünyesinde kamunun üstün yararına hitap eden bir nitelik de barındırmaktadır. Diğer yandan, usûl hukukunun temel kurumlarının yer yer şekli kuralları üstün görebilen anlayışı, bu maceracı görüşlerin bir bakıma manzarasını kapatmakta, fazla uzağa bakmalarına engel olabilmektedir. İşte tüm bu tartışmalar ışığında, usûl hukukunun sağlamlığı su götürmeyen köklü kurumlarının, mümkün olduğu ölçüde teknik imkânlarla bir araya getirilmesi; geleneksel olanın bilgeliği ile modern olanın akılcılığının birlikte yenilikçi bir bakış açısıyla ele alınması bu çalışmanın amaçları arasında yer almaktadır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KEŞİF KURUMUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR VE KEŞFİN ELEKTRONİK BELGELERLE İLİŞKİSİ

I. KEŞİF KAVRAMI

A. Genel Olarak

İspat en genel tanımıyla, vakıaların iddia edildiği şekilde gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda hâkimde kanaat oluşturma faaliyetine verilen isimdir¹. İspat faaliyetiyle hâkimde olayın oluş biçimine ilişkin bir inanış oluşturma, bir ikna çabası sözkonusudur. İşte tarafların kendi menfaatlerini mahkemece görünür kılmak için giriştikleri bu ikna çabası genel anlamda “ispat faaliyetini” ifade eder. İspat faaliyetini yerine getirmek için kullanılan araçlar ise delillerdir. Keşif de ispat araçlarından bir tanesidir.

¹ Hakan Pekcanitez/ Oğuz Atalay/ Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı**, Onuncu Bası, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2022, s. 333; Haluk Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Ankara, 1999, s. 9; Murat Atalı/ İbrahim Ermenek/ Ersin Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 465; Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz/Sema Taşpınar Ayvaz/Emel Hanağası, **Medenî Usûl Hukuku**, Sekizinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 423; Oğuz Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, On Beşinci Bası, 2017, s. 1585; Serdar Nart, “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, **DEÜHFD**, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232, s. 208; İlhan E. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul, 1975, s. 527; M. Kamil Yıldırım, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 1990, 35 vd.; Oğuz Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, İzmir, 2001, s. 5; Evren Kılıçoğlu, **Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 4 vd.

Keşif, tarafların talebi üzerine ya da mahkemece re'sen gerçekleştirilir. Buna göre keşif, kişiler veya çekişmeli vakıayı anlamaya yarayacak şeyler üzerinde bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilen gözlem, tespit veya incelemeye verilen isimdir².

Keşif, kelime anlamı bakımından “ortaya çıkarma, meydana çıkarma”, “var olduğu bilinmeyen bir şeyin ortaya çıkarılması”, “gizli olan bir şey hakkında geniş bilgi edinme”, “bir şeyin olacağını önceden anlama, sezme, tahmin”, “bir olay veya durumun oluş nedenlerini anlayabilmek için yerinde inceleme yapma” anlamlarına gelmektedir³. Görüldüğü gibi, dilimizde keşif kelimesinin birden fazla karşılığı vardır. Türk Dil Kurumunun keşif kelimesinin karşılığı olarak kabul ettiği birkaç tanım içinden, hukuki bir terim olarak keşif kavramını anlatan ise “bir olay veya durumun oluş nedenlerini anlayabilmek için yerinde inceleme yapma”dır.

Dilimizde keşif kelimesinin birden fazla karşılığı olduğu gibi, aslında hukukumuzda keşif adıyla anılan birden fazla kurum vardır. Örneğin eser sözleşmelerinde keşif bedeli, yapıya harcanacak giderin hesaplanması anlamına gelir

² Mustafa Reşit Belgesay, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt II, İstanbul, 1939, s. 278 vd.; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 651; İsmail Hakkı Karafâkih, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Ankara, 1952, s. 231; Necip Bilge/Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, Üçüncü Bası, Ankara, 1959, s. 550 vd.; Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, Yedinci Bası, Ankara, 1960, s. 315; Necmettin Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, İstanbul, 1969, s. 200; Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, Yedinci Bası, İstanbul, 2000, s. 761; Atalay, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, s. 1949; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt III, İstanbul, 2001, s. 2825 vd.; Yavuz Alangoya/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren Yıldırım, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, Sekizinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011, s. 370; Ali Cem Budak/Varol Karaaslan, **Medenî Usûl Hukuku**, Altıncı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 267, 271; Meral Sungurtekin Özkan, **Türk Medenî Yargılama Hukuku**, İzmir, 2013, s. 297; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 513; Abdurrahim Karşı, **Medenî Muhakeme Hukuku**, Beşinci Bası, İstanbul, 2020, s. 578; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 540; Şanal Görgün/Levent Börü/Bariş Toraman/Mehmet Kodakoğlu, **Medenî Usûl Hukuku**, On Birinci Baskı, Ankara, 2022, s. 560 vd.; Timuçin Muşul, **Medenî Usul Hukuku**, Üçüncü Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 235; İbrahim Aşık, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019; s. 19; Süha Tanrıver, **Medenî Usûl Hukuku**, Cilt I, Dördüncü Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2021, s. 1007; İlhan Postacıoğlu/Sümer Altay, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, Yedinci Bası, İstanbul, 2015, s. 752; Zeynep Albayrak Açı, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 24. Muşul, keşfe ilişkin tipik bir örnek olarak, kira tespit davasında hâkimin, rayiç kira bedelini sağlıklı ve isabetli bir şekilde tespit edebilmek adına, yerinde inceleme yapmasını göstermiştir. Bu yönde bkz. Muşul, **Usûl**, s. 424. Atalay, keşif konusuna örnek olarak taşınmazın metrekaresini ya da yakındaki fabrikanın çıkardığı gürültü veya kokuyu örnek göstermiştir. Bu yönde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1950.

³ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://sozluk.gov.tr/?kelime=KEŞİF> , (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.06.2023).

ve bu çalışmada incelenen keşif kavramından tamamen farklıdır⁴. Bu çalışmanın konusu olan keşif ile hâkim, keşif malzemesi olan kişi veya nesne üzerinde, mahkeme salonunda veya mahkeme salonu dışında beş duyusuyla gözlem yaparak bilgi edinir⁵.

⁴ Keşif kavramının hukuk literatüründe yeri olan bir diğer karşılığı için bkz. İlker Hasan Duman, **İnşaat Davalarında İspat**, Dördüncü Baskı, Seçkin.Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 22 vd; Mahmut Coşkun, **İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar**, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 24 vd.; İpek Betül Aydemir Toprak, **Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi**, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, s. 30 vd.; Evrim Kerman, **Contrat De Sous-Traitance Du Point De Vue Du Droit Turc Et Suisse**, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2018, s. 240 vd.; Peter Gauch, **Der Werkvertrag**, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 2011, Rn. 900 ;Tuba Birinci Uzun, “Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 89; Cem Baygın, Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1999, s. 41; Andreas Fink, **Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen**, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2005, s. 56. Ayrıca, Birleşmiş Milletler’in 1967 tarihli Ay ve Diğer Gök Cisimleri Dahil, Uzayın Keşif ve Kullanılmasında Devletlerin Faaliyetlerini Yöneten İlkeler Hakkında Antlaşması keşfi bir delil olmanın ötesinde bir araştırma faaliyeti olarak uluslararası düzeyde kabul etmiştir. Bu faaliyet özünde tıpkı delil olan keşifteki gibi, bir araştırma, algılama ve bilgi edinme faaliyetini ifade eder. 1967 tarihli bu Antlaşmanın 3. maddesinde uzayın keşfine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, Antlaşmaya taraf devletlerin ay ve diğer gök cisimleri dahil olmak üzere, uzayın keşif ve kullanılmasına ilişkin faaliyetleri, milletlerarası barış ve güvenliğin korunması ve milletlerarası iş birliği ve anlayışın teşviki amacıyla Birleşmiş Milletler Antlaşması da dahil olmak üzere devletler hukukuna uygun şekilde yürütülmesi gerektiği kabul edilmiştir. Böylece denilebilir ki keşif, delil niteliğinin dışında bir de uzay hukuku bakımından ayrı ve özel bir niteliğe de sahiptir. Görüldüğü gibi, keşif kavramı, çeşitli hukuk dallarında başta delil olma özelliği gelmek üzere başkaca hukuki nitelikleri bünyesinde taşıma vasfını haizdir. Bu yönde bkz. UNGA-A/RES/1962(XVIII), A/PV.1280.(13.11.1963), “Declaration of Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Uses of Outer Space”. s. 15, [https://undocs.org/en/A/RES/1962\(XVIII\)](https://undocs.org/en/A/RES/1962(XVIII)), (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.03.2023). Bu anlaşma hakkında ayrıca bkz. Tuğrul Çakır, “Uzay Hukuku Bağlamında “İnsanlık” ve Uluslararası Hukuk Kişiliği Meselesi”, **SÜHFD.**, C. 30, S. 1, 2022, s. 371-398, s. 372 vd. Bu anlaşmanın temeli olarak yine Birleşmiş Milletlerin 1963 tarihli ve 1962 tarihli "Devletlerin Uzayın Keşfi ve Kullanımına Yönelik Faaliyetlerini Düzenleyen Hukuki İlkeler Bildirgesi" kabul edilmektedir. Türkiye açısından bu anlaşma 23 Ekim 1967 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz. RG, T. 01.06.1968, S. 12913, (resmigazete.gov.tr), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 25.03.2023). A. Şahin/B. Bebitova, “Uzay Madenciliğine İlişkin Zorluklar ve Potansiyel Çözüm Önerileri”. **Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, 1(10), 2022, s 171-188, s. 173 vd.; M. S. D. Kuzu, “Uzay Faaliyetlerine İlişkin Uluslararası Hukukun Kaynakları ve Birleşmiş Milletlerin Rolü”, **Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Ekim 2018, Sayfa: 101-133 (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 25.03.2023); P. J. Blount, “Renovating Space: The Future of International Space Law”, **Denver Journal of International Law and Policy**, Vol. 40, No.1, 2011-2012, s. 515-532, s. 520 vd.

⁵ Dheden C. Zotsang, **Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZStV-Zürcher Studien zum Verfahrensrecht**, Band/Nr. 178, Schultess Juristische Medien AG, 2015, s. 1-26, s. 9. Hukuki bir terim olarak, keşfin karşılığı; hâkimin uyumsuzluk konusu şey hakkında bütün duyu organlarıyla bilgi edinmesidir. S. Bağdatlı, **Hukuk Sözlüğü**, İstanbul, 2002, s. 384; Ejder Yılmaz, **Hukuk Sözlüğü**, Ankara, 2002, s. 673. Anglo-Sakson hukukunda keşif kavramı için “viewing” teriminin kullanıldığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Ege, **Keşif**, s. 2; Fatih Yurtbaşı, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015, s. 15 vd.; J. Law/E. Martin, **Dictionary of Law**, Oxford, 2013, s. 579. Türk, Alman ve İsviçre literatüründeki keşif deliline karşılık olarak örneğin Alman Medenî Usûl Kanunu ve İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun resmî İngilizce çevirilerinde “*inspection*” veya “*judicial inspection*” terimleri kullanılmaktadır. Bu yönde İsviçre için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/en>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.03.2023); Almanya için bkz. <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/en/index.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.03.2023).

Keşif, mahkemenin kendiliğinden delil araştırması yapabileceği istisnai hallerden biri olarak ifade edilmektedir⁶. Keşif ile hâkim, uyuşmazlık konusu şeyle doğrudan kendi duyularıyla temas kurarak gözlem ve tespitte bulunmaktadır⁷. Keşif, inceleme konusuna göre geniş anlamda keşif ve dar anlamda keşif olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu ayrım, doktrinde keşif kavramını daha iyi tanımlamak adına yapılmıştır. Bu noktada delilleri sınıflandırma çabasına tarihsel bir bakış açısıyla yaklaşmak faydalı olacaktır. Zira ispat araçlarına ilişkin yapılan tüm ayrımlar tarihsel sebeplere dayanmaktadır ve bu sebepler bugün gelinen yeri daha iyi anlamaya yardımcı olur.

Roma Hukukuna bakıldığında delillerin sınıflandırılmadığı bilinmektedir. Yalnız sistem dışı yargılamada delillerin türü ve değeri tespit edilmiştir⁸. Buna göre keşif de mahkemeye sunulan bir şeyin incelenmesi sonucunda elde edilen delili ifade eder⁹. Roma Hukukunda retorik gelenekte, deliller *artificiales* ve *inartificiales* deliller olarak ikiye ayrılmaktadır. Bunlar teknik ve teknik olmayan deliller olarak ifade edilmektedir¹⁰. Teknik deliller, tümevarım ve tümdengelim dayanan ve hâkimin kanaatini uyandırmaya yönelik deliller iken; teknik olmayan deliller ise bugün de delil türleri arasında yer alan yemin, tanık ve belge gibi delilleri ifade etmektedir¹¹. Buna

⁶ Muşul, **Usûl**, s. 424.

⁷ Moritz Nissen, **Das Recht auf Beweis im Zivilprozess**, Mohr Siebeck, 2019, s. 761; Thomas Zerres, **Bürgerliches Recht**, 5. A., Springer, 2005, s. 396; Wilhelm Endemann, **Die Beweislehre des Zivilprozesses**, Scientia Verlag, Aalen, 1973, s. 82 vd.; Klaus Geppert, “Der Augenscheinsbeweis“, **JURA**, 1996, s. 307-313, s. 309; Hans-Jürgen Ahrens, **Der Beweis im Zivilprozess**, Köln, 2015, Kap. 22, Rz. 6.

⁸ Bu yönde ayrıntılı bilgi için Bkz. Seda Kaynak, “Cognitio Extra Ordinem’den Günümüze Delil ve İspat Yükü”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, Cilt: 2, 2015, s. 1021-1066, s. 1041; Özcan Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, On Beşinci Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2012, s. 318; Şahin Akıncı, **Roma Hukuku Dersleri**, On Yedinci Baskı, Sayram Yayınları, Konya, 2022, s. 356 vd.

⁹ Meral Sungurtekin Özkan/Gökçe Türkoğlu Özdemir, **Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları**, Ankara, 2008, s. 111; Aşık, **Keşif**, s. 23.

¹⁰ Bahar Öcal, “Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri”, **AÜHFD**, Sayı 60 (3) 2011, s. 523-570, s. 565 vd.

¹¹ Öcal, **Roma Medenî Usûl**, s. 566; T. Ackermann, **Gerichtlichen Augenschein im Zivilprozess**, München 1877, s. 8. Bir yazılı belgenin ispat gücünün kaldırılabilmesi için en az beş tanık gerektiği yönünde bkz. Karadeniz Çelebican, **Roma Hukuku**, s. 318. Tarihsel gelişimi ve teknik olmayan deliller değerlendirmesinde diğerlerinden farklı bir yerde durması bakımından yemin delili için ayrıca bkz. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 637 vd.; Sabri Şakir Ansay, “Yemin”, **Adliye Ceridesi**, 1940, s. 255-294, s. 256 vd; Ejder Yılmaz, **Medenî Usûl Hukukunda Yemin**, Üçüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, s. 34 vd.

göre keşif delili bu ayrıma dahil etmek istenirse, teknik delillerden olduğunu söylemek mümkündür¹².

Osmanlı döneminde ise Usûl-ü Muhakemat-ı Hukukiye Kanunu'na atıf yapan Usûl-i Muhakeme-i Şer'iyye kararnamesi ile keşif, yazı incelemesi, bilirkişinin tayini gibi hususlarda düzenlemeler yapıldığını görmek mümkündür¹³. Böylece günümüz yargılama sisteminde yer alan düzenlemelerin benzerleri gibi düşünülebilecek bazı usûli kurumlar ve düzenlemeler kabul edilmiş; bu kurumlar gelişerek ve genişleyerek günümüze kadar ulaşmıştır¹⁴.

Keşif delilini daha iyi anlamak için, dar – geniş anlamda keşif kavramlarının ve bu bağlamda kanuni düzenlemeler ışığında keşif malzemelerinin nasıl değişiklik gösterebileceğinin ana hatlarıyla incelenmesi faydalı olacaktır.

B. Dar Anlamda ve Geniş Anlamda Keşif Kavramı

1. Dar Anlamda Keşif Kavramı

Dar anlamda keşif kavramı keşif konusu olabilecek şeylerin sınırlı olması anlamına gelir. Dar anlamda keşif ile geleneksel keşif malzemesi arasında sınırlı bir paralellik olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuki kavramları açıklarken, çoğunlukla kavramları daha anlaşılır kılmak ve öne çıkan özelliklerini vurgulamak için çeşitli sınıflandırmalar yapılır. Bu, bir kurumu hem daha iyi kavramaya yardımcı olan

¹² F. Korkmaz, "Roma Usûl Hukukunda Sistem Dışı Yargılamanın Özellikleri ve Günümüz Usûl Hukuku ile Benzerlikleri", **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2019, s. 11-29, s. 14 vd; G. Türkoğlu Özdemir, "Roma Medenî Usûl Hukukunda Formula Yargılaması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 7, 2005, s. 167-212, s. 170 vd.

¹³ Mücahit Tanverdi, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991, s. 11.

¹⁴ Tanverdi, **Bilirkişilik**, s. 11.

hem de o kavramı daha iyi öğrenmeye yarayan bir anlatım metodudur. Doktrinde pek çok hukuki kavramın dar ve geniş olarak ikiye ayrılarak incelendiği görülmektedir.¹⁵ Keşif delili de bunlardan biridir. Keşif kavramı, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu yürürlükte iken, yalnız taşınmazlar bakımından sözkonusu idi. Kanun, keşif delilini yalnız taşınmazlar üzerinde yapılan inceleme olarak düzenlemişti. Dar anlamda keşif kavramı da kural olarak keşif incelemesinin yalnız taşınmazlar üzerinde yapılabilmesini ifade etmektedir.¹⁶

Kanunda keşfin dar ya da geniş olarak nitelendirilmesine dair herhangi bir açık ayırım yer almasa da keşif delili doktrinde bu şekilde incelenmektedir. Dar ve geniş anlamda keşif ayrımı, keşif delilinin konusuna göre yapılan bir sınıflandırmayı ifade eder. Bu bakış açısıyla dar anlamda keşif yalnızca taşınmaz keşfini ifade ederken, taşınmaz dışında kalan her türlü keşif malzemesi geniş anlamda keşif kavramına dahil edilir.

Dar anlamda keşif kavramı, keşif delilinin özüne uygun ve yalın bir keşif anlayışını ifade eder. Ancak günümüzde yeni nesil keşif malzemelerinden ve buna bağlı olarak “yeni nesil keşif kavramı”ndan söz edilir hale gelmiştir. Bu nedenle dar anlamda keşif kavramı kapsam olarak genişletilemediğinden bu tartışmaların dışında kalır. Bu bakımdan dar anlamda keşif kavramının ve bu keşfin konusu olabilecek malzemelerin bu tartışmalardan etkilenmeyen bir yerde durduğunu söylemek yanlış

¹⁵ Örneğin, dar anlamda delil ve geniş anlamda delil kavramı için bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1731; dar anlamda istinaf ve geniş anlamda istinaf kavramı için bkz. Nur Bolayır, "İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2018/134, 2018, s. 293-312, s. 294 vd.; Halûk Konuralp, "İstinafta Kamu Düzeni Kavramı", **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı**, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 133-148, s. 135 vd.; dar anlamda belge ve geniş anlamda belge kavramları için bkz. H. Özden Özkaya-Ferendeci, "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri", **DEÜHFD, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, C. 16, 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 813-830, s. 814 vd.; dar anlamda ispat yükü ve geniş anlamda ispat yükü kavramları için bkz. Barış Toraman, "Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit Ve Değerlendirmeler", **DEÜHFD, Özel Sayı: Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan**, C. 16, 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 1483- 1523, s. 1485 vd.

¹⁶ Suzan Bayraktaroğlu, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997, s. 10; Serdar Kale/Salih Keser, "Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sistemi", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan), Cilt 21, Sayı 2, Yıl 2015, s. 701-725, s. 706; Aşık, **Keşif**, s. 23; Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2828.

olmaz. Asıl tartışmalar ve yenilikçi anlayış, diğer keşif malzemelerinden ve onların giderek genişleyen yapısından ileri gelmektedir.

2. Geniş Anlamda Keşif Kavramı

Geniş anlamda keşif kavramı, geleneksel olmayan keşif malzemelerinin tamamının dahil edilebileceği oldukça kapsamlı bir inceleme alanını ifade eder. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunundaki dar anlamda keşif anlayışının dışında kalan her türlü keşif malzemesi “geniş anlamda keşif kavramı” kapsamındadır. Dar ve geniş anlamda keşif kavramı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminden gelen bir ayrımdır. Buna göre taşınmaz dışındaki malzemelerin keşfi, “özel hüküm sebepleri” olarak nitelendirilmekte ve bu da geniş anlamda keşif kavramını karşılamaktaydı¹⁷.

Dava malzemesiyle hâkimin usûlüne uygun ve doğrudan temas kurması esastır. Hâkimin dava malzemesiyle arada hiçbir engel olmaksızın buluşabildiği yegâne delil keşif delilidir. Bu anlamda keşfe elverişli olan her türlü dava malzemesi keşfin konusunu oluşturabilir ve bu malzemeler hâkimin doğrudan inceleme yoluyla kanaatini oluşturmasına imkân verir.

Keşif, yapısı ve tarihsel gelişimine bakıldığında tam ispata yaklaştıracı her türlü dava malzemesi üzerinde yapılabilir olduğu görülür. Buradan yola çıkılarak HUMK döneminde “özel hüküm sebepleri” kapsamında geniş anlamda keşifle bağdaştırılan her türlü taşınır keşfi m. 397 hükmüyle ilişkilendirilmiştir. Fakat, HUMK m. 397’ye

¹⁷ Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2827; Selçuk Öztekin, “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 2008, s. 179-189, s. 185; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1949; Mustafa Göksu, “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, **Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, Haziran 2011, s. 53-65, s. 57; Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706; Metin Düzgün, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1992, s. 189.

yalnız geniş anlamda keşif olarak bakılmasının doğru olmayacağı da ifade edilmiştir.¹⁸. Buna göre HUMK m. 397'nin asıl konuluş amacı (*ratio legis*) katı delil sisteminin kabul edilmemiş olmasının bir göstergesi olmasıdır. Böylece Kanunun kabul ettiği sistemde delillerin sınırlı sayıda olmadığı,¹⁹ kanunda ismen sayılmayan delillerin de ispat faaliyetinde yeri olabileceği kabul edilmiştir.²⁰.

Sonuç olarak denilebilir ki keşif kavramının dar ve geniş anlamda keşif şeklinde adlandırılması, 1086 sayılı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun keşif delilini ele alma şeklinden kaynaklanan bir ayrımdır. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununda böyle bir ikili ayrıma kaynaklık edecek bir keşif düzenlemesine yer verilmemiştir. Dolayısıyla, keşfin konusunun yalnız taşınmazlar değil, her türlü taşınır eşya ve hatta elektronik veriler olduğu söylenebilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda, HUMK'daki 367. maddeyi karşılamak üzere 192. madde bulunmaktadır. HMK m. 192'nin mülga HUMK m. 367'deki gibi geniş anlamda keşif kavramıyla özdeşleştirilmesine artık gerek kalmadığı, böylece mehz Kanundakine daha yakın ve daha isabetli şekilde düzenlenmiş olduğu belirtilmektedir.²¹.

¹⁸ Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706.

¹⁹ Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706.

²⁰ Burada HUMK m. 367 İsviçre'den Türk hukukuna uyarlanırken, maddenin mehz Kanundaki halinden daha farklı bir şekilde yazılmış olduğu, bunun da maddenin anlamını değiştirdiği ve zorlaştırdığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706. Konuralp'in bu hususu şöyle açıkladığına işaret edilmektedir: "Nöşatel Medenî Usûl Kanununun (CPCN) 309. maddesine karşılık gelen Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 367. maddesi, CPCN m. 309'dan farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Nöşatel Medenî Usûl Kanununun 309. maddesinde hâkimin kendiliğinden veya tarafların talebi üzerine kanun tarafından öngörülmemiş delillere de başvurabileceği düzenlenmiştir." Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 367. maddesi ise "Hususi esbabı hüküm" başlığı ile şu şekilde kaleme alınmıştır: "Tahkikat hâkimi, senetsiz ispatı caiz olan davalarda re'sen veya talep üzerine bu kanunda gösterilmemiş olan diğer hüküm sebeplerinin istima ve tetkikine da karar verebilir ve bu husus hakkında iki tarafı istima ettikten sonra tebeyyün edecek hale göre iktiza eden tedbirleri ittihaz eder." Bu yönde bkz. Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 36, 37. Buna göre HUMK m. 367'nin biraz daha farklı bir biçimde kaleme alınmış olmasının, maddenin esas işlevinin anlaşılmasını zorlaştırmış olduğu dile getirilmiştir. Bkz. Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706, dn. 42.

²¹ Göksu, **Senetle İspat**, s. 57; Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 36; Taylan Özgür Kiraz, **6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012, s. 70; Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 709.

Bu nedenle bugün için dar ve geniş anlamda keşif ayrımının yapılması için bir neden kalmadığı görülmektedir. Bugün keşif delili bakımından yapılan ayrım, klasik keşif malzemeleri ve klasik olmayan keşif malzemeleri çevresinde toplanmaktadır. Dar ve geniş keşif malzemelerinin tamamını elektronik belgeler hariç olmak üzere klasik keşif malzemelerinden saymak mümkündür. Geri kalan tüm yeni nesil keşif objelerini ise klasik olmayan keşif malzemeleri olarak nitelemek gerekir. Hemen belirtilmelidir ki, bu sayım sınırlı sayıda değildir. Keşif malzemelerine zaman içinde yenilerinin eklenmesi ve kapsamının genişlemesi de olası görünmektedir.

II. KEŞFİN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI ve KONUSU

A. Keşfin Hukuki Niteliği

1. Keşfin Delil Niteliği

Bir vakıanın ispatı için başvurulana, hâkimin mahkeme dışında gerçekleşmiş olayları yargılamaya aktarmak için algılamasına yarayan araçlara delil denir²². Medenî yargılama hukukunda deliller, kesin deliller ve takdiri deliller şeklinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Keşif delili, bu ayrım bakımından takdiri deliller arasındadır.

Keşif takdiri delillerden olmakla birlikte, Yargıtay kararları incelendiğinde, hâkimin keşif deliline başvurmaksızın karar vermesi nedeniyle bozma kararları

²² Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt II, s. 1966; Nart, **Senetle İspat**, s. 208; Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, Yıl 18, S. 70, s. 7-8; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 484; Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1731; Berkin, **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, s. 169; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 527; Baki Kuru/Burak Aydın, **Medenî Usul Hukuku El Kitabı**, İkinci Baskı, C. I-II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 616.

verildiği de görülmektedir²³. Keşfin, takdiri delil olması hâkimin hem keşif sonucunu serbestçe değerlendirebilmesi hem de keşif deliline başvurup başvuramayacağı takdir edebilmesi anlamına gelmelidir. Bu nedenle hâkim, ispat faaliyetinin seyrine göre, keşif yapmadan da hüküm verebilmelidir.

Deliller bakımından bir ayrım, benimsenen sistemin serbest veya katı delil sistemi olması bakımındandır²⁴. Türk Hukukunda her ne kadar deliller kanunda sayılmış olsa da bunun sınırlı sayıda olmadığı ve bu nedenle katı delil sisteminin benimsenmediği görülmektedir²⁵. Öğretide, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun kabulünden önceki dönemde, yeni delil türlerinin kabulü bakımından, serbest delil sistemine geçilmesinin kolaylık sağlayacağı ifade edilmiştir²⁶. Bu bağlamda öteden beri hukukumuzda delil türleri bakımından bir serbestinin önerildiğini söylemek mümkündür.

Bu düşünceler, kanuni ispat kurallarının hakikati arayan hâkimi sınırladığı düşüncesinden yola çıkmaktadır²⁷. Bu nedenle, yeni delil araçlarının mümkün olduğunca kabul edilmesi ve hâkimin modern bir delili sırf kanun tarafından öngörülmediği için reddetmemesi gereği ifade edilmiştir²⁸. Ayrıca bu bakış açısıyla taraflarca gösterilen bir delilin hiç incelemeye alınmaması hukuki dinlenilme hakkının da ihlali anlamına gelecektir²⁹.

²³ Yargıtay 8. HD, E. 2017/16287, K. 2017/16816, T. 13.12.2017; Yargıtay 16. HD, E. 2015/20776, K. 2018/171, T. 25.01.2018, (legalbank.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.06.2023). Yalnız hukuk yargısında değil, idari yargıda da keşif delili bakımından durum benzerdir. Danıştay kararlarında, uyuşmazlığın çözümünde keşif yoluna başvurulması gerekirken, keşif yapılmaksızın karar verilmesi, eksik inceleme gerekçesiyle bozma sebebi olmaktadır. Bu yönde bkz. Serkan Çınarlı, “İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili”, *KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2018, s. 17 vd.

²⁴ Kale/Keser, *Delil Sistemi* s. 704; Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1733. Ayrıca bkz. Hakan Albayrak, *Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat*, Ankara, Yetkin Basımevi, 2013, s. 110.

²⁵ Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1733.

²⁶ Sema Taşpınar, (Ejder Yılmaz, Önsöz), *Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara, 2001, s. 8. Bu noktada HUMK döneminde de özel hüküm sebepleri olarak başkaca nesnelerin inceleme konusu yapılabildiğini, hatta taşınmaz dışındaki keşif malzemelerinin bu yolla incelenebildiğini ifade etmek gerekir. Bu yönde bkz. Atalay, *Pekcanitez Usûl*, s. 1947.

²⁷ Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 207.

²⁸ Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 208.

²⁹ Pekcanitez, *Hukuki Dinlenilme*, s. 777-778.

Özetle keşif, bir kavram olarak hukuk bilimi bakımından birden fazla karşılığı olsa da yargılama hukuku bakımından “delil” niteliğindedir. Bu niteliği gereği, bizzat Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça deliller arasında düzenlenmiştir. Ayrıca keşif, yalnız medenî usûl hukuku bakımından değil, ceza usûl hukuku bakımından da “delil” niteliğini haizdir.

Esasında tüm yargılama usûllerinde “keşif” ya da benzeri bir delile ihtiyaç duyulur.³⁰ Çünkü yargılamayı yürütenin ya da duruma göre soruşturmacının sözkonusu olayı araştırırken bizzat vakıaların oluş biçimi bakımından kendi duyularıyla bir tecrübe edinme ihtiyacı baş gösterir. Geçmişte gerçekleşmiş bir olayı anlamaya çalışmanın en etkili yollarından biri, o olayı temsil eden bir takım eşya, olay ve kişilerin görme ya da duyma gibi doğrudan araçlarla gözlemlenmesidir. Bu nedenle keşif hemen hemen tüm yargı ve yargı benzeri süreçlerde yeri olan bir delil çeşididir.

2. Keşfin Hukuki İşlem Niteliği

Keşif incelemesi, delil niteliğini haiz olmakla birlikte, bir hukuki kavram olarak daha geniş anlamda hukuki işlem niteliği de taşımaktadır. Keşif incelemesi delil olarak kategorize edilse de edilmese de karakteristik olarak hâkimin bilgi edinmesi için bir vasıttır. Bu özelliğiyle eğer kanunda sayılmasa idi bile, usûlî anlamda hukuki işlem olma özelliğini koruyor olurdu. Bir diğer deyişle keşif incelemesi kategorik olarak delil niteliğine sahip olmasa da hâkim tarafından yerine getirilen bir mahkeme usûl işlemi olarak yine de bir değere sahiptir.³¹ Özellikle Kanunda açıkça

³⁰ Örneğin idari yargıda keşif deliline ilişkin için bkz. Mustafa Yılmaz, “Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği”, **Cevdet Yavuz’a Armağan**, 2016, s. 3435-3486, s. 3437 vd. Ayrıca bkz. Bernd H. Schulte, “(In-) Kompetenzen des Verwaltungsrichters bei der örtlichen Augenscheinseinnahme“, **NJW**, 1988, s. 1006-1011, s. 1009 vd.

³¹ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 335 vd.; Efe Direnisa, “Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katlanma Zorunluluğu”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 18, Sayı 2, Temmuz 2019, s. 269.

düzenlenmeyen elektronik keşif işlemi, örneğin keşif delilinin prosedürlerini yerine getirmeden yapılırsa ve keşif delili olarak kabul edilemese de hem bir bilgi aracı olması hem mahkeme usûl işlemi olması sebebiyle yine de hukuki işlem niteliğine sahip olurdu³².

Keşif, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 288 ve devamı maddelerinde özel olarak düzenlenmiş bir delil çeşididir. Türk medenî usûl hukukunda kanuni delil sisteminin benimsenmesinin bir sonucu olarak, deliller buna göre sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Bu sınıflandırma, daha önce de değinildiği gibi, delilleri kesin deliller ve takdiri deliller olarak iki sınıfa ayırmayı gerektirir³³. Bu ayrıma göre, keşif delili takdiri deliller arasında yer almaktadır. Burada temel olarak iki soru sorulabilir: bunlardan ilki; keşfin hukuki işlem niteliğini taşıması nedeniyle acaba kanunda sayılan deliller arasında olmasaydı ispat faaliyetinde yerinin ne olacağı sorusudur. İkinci soru ise, keşfin elektronik usûlde gerçekleşmesi durumunda, elektronik keşif faaliyeti keşfin Kanunda sayılan şekli özelliklerini tam olarak karşılamıyorsa, acaba bunu Kanundaki keşif delili olarak anmak mümkün olmayacak ve fakat yine de başkaca bir hukuki niteliğe sahip kabul edilerek dava dosyasına dahil edilecek midir? Bu soruların cevabının araştırılması gerekir.

Öncelikle keşfin açıkça takdiri delil sayılmaması ihtimalinde, yargılamaya nasıl ve hangi nitelikte dahil olacağı tartışılabilir. Zira, hâkimin duyusal algısı son derece önemlidir ve davanın aydınlatılması bakımından hâkimin ispata yaklaşımcı kanaat oluşturmak için her türlü dava malzemesiyle doğrudan temas etmesi gerekir. Bu temasın en önemli aracı ise keşiftir. Bu halde keşif, bir delil olarak kabul edilmiş olmasa idi dahi, yine de hâkimin bir kanaat aracı olması vesilesiyle dava dosyasına girmesi icap edecektir. Bu halde iki ihtimalle karşılaşılabilir. Keşif delil olarak kabul edilmiş olmasa bile, eğer uygulanan yargılama usûlünde kanunda düzenlenmemiş

³² Örneğin, bilgi amaçlı keşif, kısa keşif ve tele-keşif kavramları için aşağıda bkz. III. Bölüm, I, B, 3, b, iv ve II, G.

³³ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 568. Kanuni delil sisteminin, ispat hakkını ve hakim delilleri serbestçe değerlendirilmesi ilkesini sınırlayan bir kurum olarak değerlendirilmesi hakkında bkz. Pınar Çiftçi, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınları, Ankara, 2018, s. 465, 466.

delillerle de ispata mücadele ediliyorsa, yani serbest delil sistemi kabul edilmişse, keşif incelemesi bir hukuki işlem olmasının yanında, bir delil olarak da dava dosyasındaki yerini alabilecektir.

İkinci ihtimal ise yargılama usûlünde katı delil sisteminin kabul edilmiş olmasıdır. Katı delil sisteminde ispat faaliyetinin, yalnız kanunda sayılmış delillerle yürütülebileceği kabul edilmektedir.³⁴ Kanunda sayılmamış delillerle ispat mümkün değildir. Bu ihtimalde, keşif delili kanunda sayılan delillerden değilse, sadece hukuki işlem niteliğine sahip olur ve dava dosyasına durumun özelliğine göre bu niteliğiyle dahil olabilir.

Ayrıca, keşfin hukuki işlem niteliğiyle “bilgi amaçlı keşif” kavramı arasındaki ilişkiden de söz etmek gerekir³⁵. Alman Hukukunda keşif incelemesinin kural olarak iki çeşidinin bulunduğu vurgulanır.³⁶ Bunlar; bilgi elde etme amaçlı keşif incelemesi ve delil elde etme amaçlı keşif incelemesidir. Bu ayrıma göre hem keşif incelemesinin konusu hem de keşif deliliyle elde edilmesi amaçlanan bilgi ihtiyacı farklılık gösterir. Bu ayrım keşfin delil niteliği ile hukuki işlem niteliği arasındaki farka vurgu yapan bir ayrımdır.

Son olarak, keşfin elektronik usûlde ya da elektronik malzeme üzerinde klasik usûlde yapılması ihtimallerinde; kanundaki özellikleri tam olarak karşılamayan bir inceleme sözkonusu ise, bu halde de bilgi amaçlı keşif incelemesinden söz edilebilir. Bilgi amaçlı keşif ve delil amaçlı keşif ayrımından yola çıkılarak, kanunda özellikle elektronik bilgi araçları üzerinde keşif yapılmasına ilişkin özel bir düzenleme yapılması keşfin bilgi sağlama karakterinden yararlanmak için faydalı olabilir. Bu

³⁴ Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 704; Albayrak, **Yaklaşık İspat**, s. 110; Kuru/Aydın, **Medenî Usul Hukuku**, s. 617 vd.; Huber, **Anderungen der ZPO**, (beck-online.de). Katı delil sistemi ile hakim in delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi ve ispat hakkı arasındaki ilişki bakımından bkz. Çiftçi, **İspat Hakkı**, s. 467.

³⁵ Aşık, **Keşif**, s. 21. Paola Wullschleger, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2.A., 2015, s. 398, Rn. 2; Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8.

³⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 176; **Münchener Kommentar**, § 144 Rn. 1; Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 144 Rn. 1; Hans-Joachim Musielak/Wolfgang Voit, **Zivilprozessordnung**, 20. Auflage, 2023, § 144 Rn. 1.

bağlamda, “kısa keşif” adı verilen ve örneğin yalnız elektronik belgelerin doğrulanması gibi basit ve hızlı keşif işlemlerini kapsayan bir keşif usûlünün benimsenmesi önerilebilmektedir³⁷.

B. Keşfin Amacı ve Keşfin Konusu

Keşfin amacı çekişmeli olan ve ispatına muhtaç olunan vakıaların aydınlatılmasıdır. Her delilde olduğu gibi, keşif de hâkimin uyuşmazlığı adil bir çözüme ulaştırma amacına hizmet eder³⁸. Dolayısıyla, aslında keşfin geniş anlamda amacı, medenî usûl hukukunun amacıyla aynı yöndedir.

Bu bağlamda keşfin amacına hizmet eden keşif araçlarına kısaca değinmek faydalı olur. Keşfin amacına ulaşması bakımından esas alınan önemli bir ayrım vardır: O da keşfin amacına hizmet eden iki önemli kavramın birbirinden ayırt edilmesidir. Bunlar keşif konusu ve keşif nesnesidir³⁹. Bu iki kavram çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılsa da esasında birbirlerinden farklıdır.

Keşif nesnesi, Türk Hukukunda aynı zamanda keşif malzemesi ya da genel anlamda keşfin konusu olarak adlandırılır. Alman Hukukunda ise, özellikle keşfin konusu (*Augenscheinsthema*) ve keşif nesnesinin (*Augencheinsobjekt*) aynı olmadığı; bunların birbirinden özenle ayrılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁰. Bu ayrımın yapılması keşfin amacını doğru bir şekilde ortaya koymak bakımından önemlidir.

³⁷ Bu yönde ayrıca aşağıda bkz. III. bölüm, III, G.

³⁸ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 246 vd.

³⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 176. Ayrıca bkz. Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 3; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2.

⁴⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 176.

Bunlara keşfin soyut ve somut konuları da demek mümkündür. Keşif konusu, keşfin daha çok soyut olarak yöneldiği olgudan çıkacak sonuca işaret etmektedir. Somut anlamda keşfin konusunu ise nesneler oluşturur. Bu çerçevede, eğer her ikisi de keşfin konusu olarak nitelendirilecekse, bu halde birinin soyut diğerrinin somut anlamda keşfin konusunu oluşturduğunu hatırlamak iki kavram arasındaki farkı ortaya koymaya yardımcı olur.

Keşif incelemesi yapılması gerektiğinde, keşfin konusu, taraflarca iddia edilen, üzerinde çekişme bulunan ve henüz tespit edilmemiş vakıa ya da vakıalardır⁴¹. Bu vakıaların tespiti için yapılan inceleme ise somut olarak eşya, insan ya da elektronik belge gibi bir “şey” üzerinde gerçekleştirilir. İşte bu halde soyut keşif konusu vakıa iken, somut keşif konusu ise bizzat incelenecek nesnenin kendisidir.

Bu ayrımın önemi, Alman Hukukunda özellikle Alman Medenî Usûl Kanununun 358. maddesi uyarınca delillerin toplanmasına ilişkin bir karar (*Beweisbeschluss*) verilmesinde ayrıca vurgulanmıştır⁴². Çünkü, Alman Medenî Usûl Kanunu madde 359 fıkra 1 ve 2'ye göre, keşfin konusunun ve dar anlamda keşif aracının belirlenmesi gerekir⁴³. Yani keşif deliliyle ilgili olarak keşif incelemesinin hangi tema üzerinden ve fiziki olarak neyin üzerinde yapılacağı tespit edilmelidir⁴⁴.

Özetle, keşfin konusu kanıtlanacak veya hakkında bilgi edinilecek vakıanın kendisi iken, keşfin nesnesi bu vakıanın kanıtlanmasını veya bu vakıa hakkında bilgi edinilmesini sağlayacak araçlardır. Böylece bu iki aracın yardımıyla keşfin amacına ulaşılır. Örneğin, uyuşmazlığın konusu bir arabanın rengi ise bu halde arabanın rengi keşif incelemesinin konusudur. Arabanın kendisi ise keşfin nesnesidir⁴⁵. Bunun gibi, bir kişinin vücudundaki yara izinin boyutu ihtilaf konusuysa ve bu vakıanın ispat edilmesi gerekiyorsa, yara izinin boyutu keşif incelemesinin konusunu oluşturur.

⁴¹ Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 540.

⁴² Drehsen, **Augenschein**, s. 176; dn. 31.

⁴³ Bu yönde bkz. OLG Hamm, NJW-RR 2003, 1006, s. 1006.

⁴⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 176. Ayrıca bkz. OLG Celle NJW-RR 2005, 755, s. 756; W/S-Ahrens § 371 Rn. 6; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 3 vd.

⁴⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 176.

Kişinin bedeni ise keşif incelemesinin nesnesini oluşturur⁴⁶. Zira, yara izinin görsel olarak hâkim tarafından algılanarak incelenmesi gerekecektir. Burada yara, doğal olarak kişinin vücudunda yer alan bir izden ibaret olduğundan, insan vücudundan ayrılıp incelenmesi sözkonusu olamaz. Bu nedenle böyle bir incelemede, insan vücudu keşfin nesnesidir. Keşfin konusu olan vakıa ise, davanın içeriğine ve uyumsuzluğun konusuna bağlı olarak yaranın boyutu, derinliği, vücutta bulunduğu yer gibi her türlü olgu olabilir.

Sonuç olarak keşfin amacı, keşfin konusu ve keşfin maddi olarak inceleme konusunu teşkil eden nesneler birbirinden ayrılmalıdır. Ancak, bu kavramlar bir araya gelerek keşfin genel amacı olan ispat arayışına ve adalete erişim gayesine hizmet ederler⁴⁷. Adalete erişim gayesine, özel hukuk yargılamasında genel itibariyle hukuk davaları aracılığıyla erişilebilmekte olduğu belirtilir⁴⁸. Dolayısıyla hukuk davalarının amacı ile keşfin amacı bir bakıma örtüşerek, birlikte subjektif hakların tesisini sağlarlar⁴⁹.

⁴⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 176. Ayrıca bkz. Musielak/Voit, **ZPO** §371 Rn. 3; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2. Başkaca örnekler için bkz. Zerres, **Bürgerliches Recht**, s. 396.

⁴⁷ Bu yönde bkz. Yıldırım, **İlkeler**, s. 75. Ayrıca bkz. Yılmaz/Umar, **İspat Yükü**, s. 19 vd.; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 43 vd.

⁴⁸ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁴⁹ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

III. KEŞİF DELİLİNİN KARAKTERİSTİK ÖZELLİKLERİ

A. Hâkimin Duyusal Algısı

1. Genel Olarak

Hâkimin duyusal algısı keşif delilinin en önemli unsurunu oluşturur. Bu duyusal algının doğrudan doğruya olması ne kadar önemliyse, yargılama esnasında gerçekleşmiş olması da bir o kadar önemlidir.⁵⁰ Hâkim, keşif nesnesi üzerindeki keşif faaliyetini, yargılama devam ederken mümkünse duruşma salonunda gerçekleştirebileceği gibi, keşif malzemesinin bulunduğu yere giderek orada da gerçekleştirebilir. Her iki durumda da hâkim, keşif faaliyetini yargılama devam ederken yerine getirmiş olur.

Bir keşif malzemesinin duyusal olarak algılanabilirliği o malzemenin özgünlüğünü ve gerçekliğini içerir.⁵¹ Bu bağlamda keşif malzemesi ne ölçüde duyularla algılanabilir ise o ölçüde keşif konusu olmaya uygundur.⁵² Bu nedenle, keşif incelemesi sırasında yalnız hâkimin duyularıyla algılanabilecek nesnelerin keşif malzemesi olacağı değerlendirilmektedir.⁵³

⁵⁰ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 651.

⁵¹ Özgünlük, belgenin özniteliklerinin üretildikten sonra işlem gördüğü ve dosyalanıp arşivlendiği dönem içerisinde değişmemesi olarak tanımlanmaktadır. Bu yönde bkz. Özhan Sağlık, **Elektronik Belge Yönetimi Uygulamalarındaki Koşullar Işığında E-İmzalı Belgelerin Delil Değerinin Arşivsel Güvenilirlik Açısından İncelenmesi**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021, s. 60. Ayrıca bkz. Rogers, **Virtual Authenticity**, s. 26.

⁵² Daniela Fröhlich, **Die Beweisvereitelung im Zivilprozess**, Dissertation Doctor iuris, der Juristischen Fakultät der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Hammelburg, 2008, s. 33; Hans-Jürgen Ahrens, “Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel”, **zum Urkunden und Augenscheinsbeweis der ZPO - Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag**, München, 2002, s. 1-14, s. 3 vd.; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 308 vd.

⁵³ Fröhlich, **Die Beweis**, s. 33; Ahrens, **Elektronische Dokumente**, s. 3; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 309; Schilken, **Zivilprozessrecht**, s. 279 Rn. 513; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **Zivilprozessrecht**, s. 808.

Hâkimin duyuları, hâkimin beşerî yönlerinin yargılamadaki yeri düşünüldüğünde, sahip olduğu insani özelliklerden en çok öne çıkanıdır. Bu özelliklerden bir diğeri ise yalnız insana özgü olduğu söylenebilen vicdani kanaat oluşturma yeteneğidir. Bu iki özellik şu an için örneğin son dönemde çokça tartışılan, yapay zekâ sahibi bir robot hâkime öğretilmeyecek insana has özelliklerdir. Bu bakımdan tam olarak taklit edilemezler.

Günümüzde pek çok bilimsel çalışma ciddi düzeyde özellikle yapay zekâ ve meslekler üzerinde yoğunlaşmıştır⁵⁴. Bu bağlamda, yargıdaki insan faktörünün önemli bir görünümü olarak keşif delilini göstermek mümkündür. Çünkü, keşfi diğer delil çeşitlerinden ayıran en önemli özelliğinin hâkimin insani yönünü vurgulayan duyusal algısı olduğu söylenebilir. Bu henüz insan faktörü olmadan tam olarak sağlanabilen bir özellik değildir. Ancak bu hususta çeşitli bilimsel çalışmalar yapılmakta olduğunu da belirtmek gerekir. Özellikle yapay zekanın insan gibi duyu geliştirmesi, algılaması, aktarması ve algıladığı şeyi anlamlandırması noktasında araştırmalar yürütülmektedir⁵⁵.

Sonuç olarak hâkimin duyusal algısı bugün itibariyle yargılamanın vazgeçilmez bir unsurudur. Bu bakımdan geleneksel olarak öne çıkan beş temel duyunun varlığı genel itibariyle kabul edilir. Bunlar keşif incelemesinin dayandığı gözlemin ya da bir diğer deyişle muayenenin kaynağıdır. Buna göre hâkimin keşfe en temel anlamda kaynaklık eden duyuları: görme, duyma, koklama, tatma ve dokunma duyularıdır.

⁵⁴ Hans Steege, “Künstliche Intelligenz und Mobilität”, **SVR**, 2021, s. 2 vd. Ayrıca bkz. Artificial Intelligence Index Report, 2021, (aiindex.stanford.edu), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁵⁵ Bu yönde RLL Enstitüsü robotik çalışmalarına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. paikslab.com (çevrimiçi, erişim tarihi: 05.05.2023). Bu yönde bkz. aşağıda birinci bölüm, III, A, 1, c. Ayrıca hâkimin elektronik algısı için bkz. I. bölüm, V, C, 3, e.

a. Görme

Görme duyusu, bir şeyin algılanmasında ilk akla gelen algı çeşididir. Zihinsel aktiviteleri en çok harekete geçiren duyu görme duyusudur. Bu anlamda diğerleriyle kıyaslandığında, bir şey hakkında bilgi edinme ihtiyacını karşılamak gerektiğinde, görme duyusunun sağladığı bilgi akışının adeta rakipsiz olduğu söylenebilir. Keşif delili bakımından da en çok adı geçen inceleme çeşidi görsel incelemedir. Hatta keşif için Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında göz kelimesini dahi içinde barındıran şekilde *augen* (göz)- *schein* terimi kullanılmaktadır.⁵⁶

Burada görme duyusunun önemini vurgulamak için Alman hukukunda tartışılmış ayırsı bir örneğe yer vermenin faydalı olacağı düşünülmektedir. Buna göre, Alman hukukunda hâkimin duyusal algısıyla ilgili olarak, hâkimin fiziksel bir engeli bulunması hali değerlendirilmiştir. Esasında buradan itibaren yer verilen örnekler, görme duyusunun keşif bakımından teşkil ettiği önemi özel olarak ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir. Buna göre, bir hâkimin fiziksel engeli, örneğin görme engelinin bulunması, yargıçlık mesleğini yerine getirmesinde problemlere yol açabilir.⁵⁷ Ancak bir hâkimin işitme ya da görme engelli olması kural olarak onun mesleğini icra etmesinin doğrudan bir engeli olmamalıdır.⁵⁸ Gözleri görmeyen bir hâkim, görsel algı eksikliği nedeniyle çoğunlukla görsel incelemeye dayanmakta olan keşif incelemesini yerine getirmekte özellikle zorluk yaşayabilecektir. Bu konuyla ilgili olarak şöyle bir değerlendirme yapılmaktadır: Bir hâkim fiziksel bir rahatsızlık nedeniyle belirli duyuları algılayamayacak halde olsa bile, yine de yargılamayı idare edebilir. Çünkü hâkimin yargılama faaliyetini yerine getirirken, her durumda tüm duyularını aynı anda kullanması gerekmebilir.⁵⁹ Hâkim, o algısına ihtiyaç

⁵⁶ Benzer bir hususa dikkat çeken *Aşık*'ın açıklamaları için bkz. Aşık, **Keşif**, s. 17, dn. 3. Ayrıca bu yönde bkz. Gerd Motzke, "Der Zeugenbeweis und der Sachverständigenbeweis", **DS**, 2014, s. 142-147, s. 143; Paola Wullschlegler, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. A., 2015, s. 398, Rn. 1; Drehsen, **Augenschein**, s. 7; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 2 vd.; Zimmerman, **ZPO**, 371 Rn. 2; Rosenber/Schwarb/Heinz, **ZPO**, s. 668; Ackermann, **Gerichtlichen Augenschein**, s. 2; Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, s. 1032. Ayrıca bkz. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, **ZPO**, s. 1079. Avusturya Hukuku için bkz. Rechberger/Simotta, **ZPO**, s. 369.

⁵⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

⁵⁸ Zimmermann, **ZPO**, 371, Rn. 2; Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, s. 1032.

⁵⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

duymadan da yargılamayı yürütebilir. Bu halde hâkimin özel olarak o duyusal algıdan yoksun olması, her zaman doğrudan bir sorun teşkil etmez.

Örneğin gözleri belirli bir oranda ya da tamamen görmeyen hâkim, önüne gelen uyuşmazlıkta keşif malzemesi üzerinde kokuya ilişkin bir araştırmaya ihtiyaç duyabilir.⁶⁰ Bu halde hâkim görme engelli olsa da burnuna gelen kokuları zorlanmadan alabilir ve böylece kokunun varlığına ve kaynağına dair güvenilir bir izlenim elde edebilir. Hatta çalışmayan ya da az çalışan görme duyusu nedeniyle diğer duyuları daha fazla geliştirmiş dahi olabilir. Bu halde hâkimin uyuşmazlık konusu vakıaları aydınlatmak amacıyla gerekliyse keşif malzemesi üzerinde koklama yoluyla keşif incelemesini bir aksama olmadan gereği gibi yerine getirmesi mümkün olacaktır.

Ancak hâkimin keşif incelemesi için ihtiyaç duyduğu duyusal algısı, fiziksel engel nedeniyle hâkim için mümkün olmayan bir duyusal algıysa bir ayırım yapmak gerekecektir. Bu halde hâkimin doğrudan o keşif nesnesini algılaması kural olarak fiziksel engeli nedeniyle mümkün olamayacaktır. Görme engelli bir hâkimin bir fotoğraf üzerinde yapacağı keşif incelemesi görsel inceleme yapılmasını gerektiren keşfe tipik bir örnektir.⁶¹

Bu halde iki çözümden söz edilir.⁶² Bunlar aşağıda “keşif yardımcıları” başlığı altında ayrıntılı olarak ele alınacaktır.⁶³ Ancak, burada kısaca söz etmek gerekirse; çözüm hâkimin duyusal algısının yokluğunun ya da eksikliğinin telafi edilmesine odaklanılmasındadır. Birinci metot, mekanik veya teknik yardımlarla⁶⁴ bu incelemenin gerçekleştirilmesidir. İkinci yardımcı metot ise, başka bir kişinin duyusal algısıyla⁶⁵ incelemenin yerine getirilmesidir. Örneğin bir kişinin yüzündeki yara izinin

⁶⁰ Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

⁶¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

⁶² Drehsen, **Augenschein**, s. 414; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2.

⁶³ Keşif yardımcıları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm I, B, 3.

⁶⁴ S/J-Berger § 371 Rn. 12, 13, 14; W/S-Ahrens § 371 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 2 vd.; Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

⁶⁵ Burada sözü edilen kişi, ileride ilgili bölümde inceleneceği gibi bir keşif yardımcısı olabilirken, eğer mahkeme heyet halinde görev yapıyorsa heyette bulunan diğer hâkimler de olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm I, B, 3. Ayrıca Bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 415; Zöllner, **ZPO**, § 371 Rn. 8;

gözlemlenmesi amacıyla keşif kararı verilmişse, hâkim fiziksel engeli nedeniyle o yarayı görememesi durumunda, kişinin yüzünde ortaya çıkan şekil bozukluğunu tespit etmek için görme yerine, dokunma duyusunu kullanabilir ve yara izine dokunabilir. Bu yöntemin olayın özelliğine göre, keşifle ortaya konmak istenen vakıa bakımından yeterli kabul edilebilecek bir ikame olduğu belirtilmektedir^{66, 67}.

Bu örnek Alman hukukunda tartışılmakla birlikte, Türk hukukunda görme engelli bir hâkimin mesleğe kabule ilişkin henüz başlangıçta bir “engel”le karşılaşması muhtemeldir. Hâkimler ve Savcılar Kanununun 8. maddesinin birinci fıkrasının g bendinde *“Hâkimlik ve savcılık görevlerini sürekli olarak yurdun her yerinde yapmasına engel olabilecek vücut ve akıl hastalığı veya engelliliği, alışılmışın dışında çevrenin yadırgayacağı şekilde konuşma ve organlarının hareketini kontrol zorluğu çekmek gibi engeli bulunmamak”* hükmü yer almaktadır. Bu hükmün, engelli bireylerin hâkimlik mesleğine kabulünün doğrudan bir engeli olarak kabul edilmesinin; hâkimlik mesleğinin engelli bireylere tümüyle kapatılması veya mesleğe girişin zorlaştırılması sonucunu doğurduğu ve BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmenin 27. maddesinin ihlali niteliğinde olduğu düşünülmektedir. Bu doğrudan kabulün bir yandan da Avrupa İnsan Hakları ve Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin Ek 12. Protokolünde kabul edilen “Ayrımcılığın Genel Olarak Yasaklanması” ilkesine de aykırılık teşkil edeceği belirtilmektedir⁶⁸. Burada hem

Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2; P/G-Trautwein s. 371 Rn. 2.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 372 Rn. 4; Hans-Eugen Schulze, MDR 1995, 670, 671.

⁶⁶ Musielak/Voit, § 371 Rn. 4; Hans-Eugen Schulze; “Zur Mitwirkung blinder Richter”, **MDR**, 1988, s. 736-743, s. 741 vd.; Schulze MDR 1995, 670, s. 671. Ayrıca bkz. BGHZ 38, 347, 349 – BGH NJW 1963, 1010, s. 1011; OLG Frankfurt am Main MDR 1954, 368, s. 368; Drehsen, **Augenschein**, s. 415.

⁶⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 415. Ayrıca bkz. Zöller, **ZPO**, § 371 Rn. 8.

⁶⁸ Sabit Kılıç, “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme Perspektifinden Hâkimlik Mesleği Ve Engelli Hâkimler Üzerine Düşünceler”, **Eşit Erişilebilir Engelsiz Hayat Dergisi**, Sayı 67, 2019, <https://eeeh.engelsizerisim.com/yazi/79/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.08.2022). Yazar, bu konuda farkındalık oluşmasına yardımcı olabilecek yaklaşımını şu şekilde ifade etmektedir: “700 sayılı Dahiliye Memurları Kanunu’nda kaymakamlık mesleğine giriş için öngörülen sağlık şartı ile 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu’nun hâkim ve savcılık mesleğine giriş için belirlediği sağlık şartıdır. Ülkemizin de imzaladığı “BM Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”nin “Çalışma ve İstihdam” başlıklı 27 nci maddesi engelli bireylerin çalışma hakkına ilişkin yaşadıkları sorunların tümünü gözeterek, ayrıntılı bir düzenleme öngörmüştür. Bu sorunlardan ilki, engelli bireylerin istihdamının, engelli olmayan bireylerin istihdamından ayrı düşünülmesi ve düzenlenmesidir. 27 nci madde iş piyasası ve çalışma ortamının ‘açık, bütünleştirici ve erişilebilir’ olması gerektiğinin altını çizmiştir. İş piyasasının açık olmasından anlaşılması gereken, “engelli bireylerin yapabilecekleri işler” veya “yapamayacakları işler” şeklinde düzenlenen ve bazı çalışma alanlarını, bireyin niteliklerini

Alman hukukunda hem Türk hukukunda ifade edilen görüş ve öneriler son derece isabetlidir. Hâkimlik mesleğinin engelli bireylere doğrudan tamamen kapatılması doğru değildir. Bu nedenle bu çalışmada da yeri geldikçe, engelli bir hâkimin keşif incelemesini, engeli olmayan hâkimler gibi yerine getirebilmesinin nasıl mümkün olabileceğine ilişkin pozitif örneklere yer verilecektir.

değerlendirmeksizin kendisine doğrudan kapatan düzenlemelerin olmamasıdır. Başka bir ifade ile, hiçbir iş veya mesleğin, kategorik olarak engelli bireylere kapatılmaması gerekir. Sözleşmede engelli bireylerin hayatlarını “serbestçe seçtikleri bir işle kazanmaları”nın güvence altına alınmasına yapılan vurgu da bu yönde anlaşılmalıdır. Hâkimlik ve benzeri meslek dalları söz konusu olduğunda, geleneksel düşüncenin bir tezahürü sonucu akla ilk olarak engelli bir hâkimin neleri yapamayacağı gelir. Oysa, burada değerlendirilmesi gereken; bireyin, işin aslî unsurlarını yerine getirip getiremeyeceği hususudur. Eğer birey, makul düzenlemelerin sağlanması halinde muhakeme etme ve karar verme gibi işin aslî unsurlarını yerine getirebiliyorsa, bireyin mesleğe girişi, sırf ve başkaca bir değerlendirme yapılmaksızın örneğin görme engelli olmasına veya tekerlekli sandalyeyle hareket ediyor olmasına dayanılarak engellenmemelidir. Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme’nin amacı göz önünde bulundurulduğunda, bireylerin söz konusu mesleklerin bazı fonksiyonlarını yerine getirmelerinin mümkün olmaması, mesleği yerine getiremeyecekleri şeklinde yorumlanmamalı, bireyin “yapabilir” kılınması için gerekli tedbirler alınarak, bireyler önündeki engeller kaldırılmalıdır(2). Bu tedbirler engelli hâkimin yer değiştirme ve tayin anlamında diğerlerinden farklı değerlendirilerek bağımsız harekete elverişli olan ulaşım ve erişilebilirlik anlamında nispeten gelişmiş ve güvenlik sorunu olmayan yerlerde görevlendirilmesi, görme engelliler için halihazırda kullanılmakta olan ekran okuyucu yazılımlar ve tarayıcı benzeri donanımlar vasıtasıyla bilgisayarından dosyalarını tek başına inceleyebilmesini sağlayacak teknolojik alt yapının kurulması, UYAP vb. sistemlerde halihazırda yaşandığı bilinen erişilebilirlik sorunlarının ortadan kaldırılması (Bu husus avukat ve bu portali kullanan diğer görme engelli vatandaşlar için de faydalı olacaktır) lüzumu halinde yardımcı personel görevlendirilmesi (Kalem personelinin bu amaçla faydalanılabilir), engelli hâkime keşif gerektiren dosya tevdi edilmemesi gibi tedbirlerdir. Bu doğrultuda düşünüldüğünde, aslında bireyin “engelli hâkim” olarak değil; “özel gereksinimli” olarak algılanması gerektiği açıktır. Sonuçta bireyin mesleği yapmasını zorlaştıran hususlar, bireyin sağlık durumuyla doğrudan ilişkili olmayıp; bu sağlık durumunun ortaya çıkardığı çeşitli fiziksel ve sosyal bariyerlerden kaynaklanmaktadır. Bu kapsamda engelli bireyin, hâkimlik mesleğini icra ederken ihtiyaç duyacağı düzenlemelerin “özel gereksinim” olarak değerlendirilmesinin daha doğru bir yaklaşım olacağı açıktır. Bu doğrultuda Türk yargısının yapısı göz önünde bulundurulduğunda engelli bir hâkimin günümüzde Bakanlık, Danıştay ve Yargıtay gibi yüksek yargı organlarında tetkik hâkimi olarak çalışabileceği; heyet halinde çalışan mahkemelerde görev yapabileceği, halihazırda UYAP erişilebilirliği dışında hiçbir ilave düzenlemeye ihtiyaç duyulmaksızın ise idari yargıda mesleği icra edebileceği değerlendirilmektedir. Nitekim Kıta Avrupası hukukunu benimseyen Avusturya, İsviçre, İspanya gibi ülkelerin yanı sıra Pakistan (Bkz: Yusuf Salem) gibi ülkelerde dahi bu doğrultuda göreve başlatılan görme veya fiziksel engelli hâkimlerin bulunduğu bilinmektedir. Yine İngiltere’de görme engelli Sir John Anthony Wall ise 1991 yılında yüksek mahkemeye atanmış; kendisine evrak işlerinde yardımcı olması için bir kâtip görevlendirilmiştir. Ancak günümüzde gelişen teknolojinin, görme engelli bir hâkime, dosyalarını bilgisayarında tek başına inceleyebilme imkânı sağladığından böyle bir görevlendirme yapılmasına da gerek duyulmayacağı düşünülmektedir. Bu doğrultuda açıklanan hususlar nazara alınarak, hazırlanmakta olan “Yargı Reformu Strateji Belgesi”ne 2802 sayılı Kanun’un ilgili hükmünü değiştirecek ve bu hükmü “olması gereken”e yaklaştıracak bir eklemenin yapılması gerekli görülmektedir.” Bu yönde bkz. Kılıç, a.g.e. Ayrıca aynı yönde bkz. Aşık, Keşif, s. 42.

b. Duyma

Duyma duyusu hâkimin keşifle bağlantılı olarak en çok başvurabileceği duyularından biridir. Görme ve duyma duyuları, bir nesnenin incelenmesinin tanımı olan, bir şeyi algılama eyleminin en önemli araçlarıdır. Özellikle bir bilgi taşıyıcı üzerinde yapılan keşifte, genellikle görme ve bunun yanında duyma duyuları yardımıyla yapılan inceleme, hâkimin kanaatini oluşturmada önemli bir bilginin dava dosyasına girmesine aracı olur.

Yukarıda görme duysal algısı açıklanırken verilen örnek burada da dile getirilmektedir. Buradaki örnekte, işitsel algı eksikliği nedeniyle işitme engelli bir yargıcın bu halde nasıl keşif yapabileceği sorusu değerlendirilmekte ve benzer yardımcı araçlarla çözüme ulaşılmaktadır⁶⁹.

Keşif delili bakımından özellikle elektronik verilerin incelenmesinde, duyma algısının ayrı bir yeri vardır. Örneğin ispat faaliyetinde delil olarak dayanılmış olan bir ses kaydının hâkim tarafından dinlenmesi, tipik bir elektronik veri üzerinde keşif örneği teşkil eder. İşitme duyusu, bir kanaate ulaşmak için pek çok bakımdan mühim olmakla birlikte, özellikle bir elektronik kaydın incelenmesinde, görme duyusuyla da desteklenebildiği takdirde çok daha güvenilir sonuçlar ortaya çıkar. Yani görme ve duyma duyusunun bir arada işletilebildiği keşif faaliyeti daha iyi bilgi elde edilmesi anlamına gelebilir. Böylece, keşfin ispat faaliyetine katkısı da bu ölçüde daha fazla olabilir. Ancak, tek başına işitme duyusu da keşif malzemesinin niteliğine göre hâkimin keşfi için yeterlidir. Sonuç olarak önemli olan keşif malzemesinin hâkim tarafından doğrudan algılanabilmesidir.

⁶⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 414.

c. Dokunma

Dokunma duyusu temel duyulardan biri olarak geleneksel keşif incelemelerinde hâkime yardımı olabilecek önemli bir duyu çeşididir. Dokunma duyusu genel anlamda haptik algı olarak da adlandırılır⁷⁰. Dokunma duyusunun özellikle yüzey yapılarının incelenmesinde önemli olduğu vurgulanmaktadır⁷¹. Bir inşaat malzemesinin yüzey yapısı veya bir zemin materyalindeki aşınma hakkında hâkimin bizzat dokunarak inceleme yapması gerekebilir. Örneğin, kesim ya da montaj hatası nedeniyle yüzeyinde keskin bitişler bulunan bir yapının, o yapıyı kullanan insanlara zarar verme riski taşıyıp taşımadığının araştırılması gibi. Böyle bir incelemeyi gerçekleştirebilmenin tek yolu keşiftir. Ayrıca dokunma duyusuna dahil edilebilecek hissetme algısı; titreşimleri, şokları, sıcaklıkları veya hava akımlarını algılamak için de kullanılabilir⁷². Sonuç olarak bunların hepsi hâkimin duyuşsal algısını ifade eder.

Ancak, elektronik verilerin hâkim tarafından keşif yoluyla incelenmesi bakımından dokunma duyusunun nasıl bir yeri olabileceği tartışılabilir. Zira, dokunma duyusunun elektronik ortamda yer alan bir veriyi doğrudan insan algısına taşıması teknik olarak mümkün görünmemektedir. Dokunmak ya da hissetmek için somut bir nesneye ihtiyaç vardır. Ancak, bilindiği gibi elektronik veriler yalnız sanal ortamda alan kapladığından, örneğin dosya boyutlarının veya ağırlığının dokunma yoluyla anlaşılması gibi bir husus sözkonusu olamaz. Bunun ancak sanal ortamdaki verilerle anlaşılabilmesi mümkündür.

Sanal ortamda bulunan bir varlığın dokunma yoluyla algılanmasına ilişkin bir çalışma, Lozan'da bulunan Lozan Teknik Üniversitesi bünyesinde Robotik

⁷⁰ Heinrich Andreas Müller, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2.A., Dike Verlag AG, 2016, s. 1470, prg. 3.

⁷¹ Müller, **ZPO Kommentar**, s. 1470, prg. 3.

⁷² Müller, **ZPO Kommentar**, s. 1470, prg. 3; Caroline Meller-Hannich, "Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision", **Annales XLVIII**, N. 65, 2016, s. 151-169. s. 159, 160.

Enstitüsünde yürütülmektedir.⁷³ Burada geliştirilmekte olan bir projede insanın beş duyusundan biri olan dokunma duyusunu bilgisayar destekli olarak algılayabilen bir yazılım ve robot eldiven geliştirilmiştir.⁷⁴ Böylece proje kapsamında geliştirilen özel eldiven vasıtasıyla, bilgisayara tanıtılmış bir nesneyi algılamak mümkün hale gelebilmektedir. Böylece dokunma duyusunun robotik yardımıyla sağlanabilmesi hedeflenmektedir.⁷⁵ Bu çalışma hâkimin duyuşsal algılamasının dokunma duyusu kapsamında da elektronik ortama taşınması bakımından örnek bir uygulama teşkil edebilecektir.

d. Koku ve Tat Alma

Keşif delili, her türlü duyuşsal algıyla elde edilebilir. Dolayısıyla, görme ve duyma kadar yaygın olmasa da koku ve tat duyusu da hâkime keşifte yardımcı olur. Bu nedenledir ki, keşfin her türlü insani algıyla gerçekleştirilebileceğinden bahisle bir algı ispatı olduğundan söz edilir.⁷⁶ Ayrıca, hâkimin duyuşsal algısının tamamen biyolojik bir süreç olduğu vurgulanmaktadır.⁷⁷ Bunun anlamı da yine algının ön planda olmasıdır.

Görme ya da işitme duyularına göre daha az rastlanır ihtimaller olsa da bir kişinin tat ya da koku duyularını da geçici bir süreyle ya da kalıcı olarak kaybetmesi mümkündür.⁷⁸ Bu hallerde keşif delili bakımından önemli bir unsur olan duyuşsal

⁷³ <https://www.paikslab.com/rrl-projects/the-non-glove-haptic-glove>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.12.2022)

⁷⁴ <https://www.paikslab.com/rrl-projects/the-non-glove-haptic-glove>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.12.2022).

⁷⁵ Proje hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Z. Zhyakpov/ F. Giraud/ M. Hosseini/ S. Demirtas/ D. Türkmen, “The Non-Glove Haptic Glove: A soft robotic haptic interface for VR”, V2, 2022. <https://www.paikslab.com/rrl-projects>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.12.2022).

⁷⁶ Zimmermann, **ZPO**, 371, Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 5 vd.; Aşık, **Keşif**, s. 38.

⁷⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 413.

⁷⁸ Buna benzer örnekler özellikle geçici tat ve koku duyusu kaybı bakımından Covid-19 salgını sonrasında bu virüse yakalanmış kişilerce dile getirilen şikâyetler arasında yer almıştır. Bu konuda yapılan bazı klinik araştırmalar nadir de olsa bazı kişilerde koku ve tat duyusunun kaybına ilişkin virüs kaynaklı hasarların kalıcı ya da uzun süreli etkisinin olabileceğine işaret etmektedir. Bu yönde bkz. Ulaş Serkan Topaloğlu/Esma Eren/Alı Saz/Onur Tatar/Mustafa Öner Küçük/Abdullah Gür, “COVID-19 Tanılı Olgulardaki Koku ve Tat Kaybının Tedavisinde Homeopati Bir Umut Olabilir mi? - Could Homeopathy Be a Hope in the Treatment of Smell and Taste Loss in Patients with COVID-19?”,

algının nasıl yerine getirileceği sorunu ortaya çıkabilecektir⁷⁹. Bu tartışmalar özellikle Alman hukukunda yapılmakta ve keşif incelemesinde bizzat duyuşal ve biyolojik algılamanın ne kadar önemli olduğunu gösteren ihtimaller üzerinden çözümlenmektedir. Özellikle biyolojik algılamaya ilişkin bu tartışmalar, bugün için büyük ölçüde elektronik belgeler üzerinde keşfin kapsamı dışında kaldığından burada incelenmeyecektir.

Koku ve tat duyuları, dokunma duyusunda olduğu gibi, elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesi bakımından soru işaretlerine neden olmaktadır. Bu nedenle genel itibarıyla dar ya da geniş her türlü keşif malzemesinde, bu duyulardan faydalanılarak keşif incelemesi gerçekleştirilmesi mümkünken, yeni nesil keşif malzemeleri bakımından durum farklılaşmaktadır. Örneğin, bir taşınmaz üzerinde keşif yapılırken, hâkimin araştıracağı vakıa kokuya dair olabilmektedir. Benzer şekilde, bir yemek şirketinin tedarik ettiği gıda ürünlerinin hâkim tarafından tadına bakılmak suretiyle incelenmesi tipik bir keşif örneğidir. Ancak elektronik veriler bakımından durum farklıdır. Zira bir elektronik verinin kokusu ya da tadı olduğundan söz etmek, en azından bugün için pek olası görünmemektedir. Öngörülemeyen yeni bir veri çeşidinin ortaya çıkmasına bağlı olarak, bazı temsili örnekler bulunabilse bile bunların ne sıklıkla bir hâkimin önüne gelebileceği değerlendirildiğinde, bunun son derece istisnai olacağı söylenebilir. Sonuç olarak, temel duyular keşif delilinde her türlü malzemenin algılanmasına hizmet ederken, elektronik veriler bakımından şu an için en çok öne çıkan iki duyu görme ve duymadır. Burada ilginç bir örnek olarak, bütün duyulara hitap etmek üzere tasarlanan, dört ya da beş boyutlu kabul edilen video deneyimleri gösterilebilir. Bu tür içeriklerin yaygınlaşmasıyla birlikte, koku ve tat gibi duyuların da elektronik malzemeler üzerinde kullanılması daha rastlanır hale gelecektir.

(<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/1228353>); H. Yasan/ M. E. Sivrice, “Taste And Smell Disorders in Covid-19 Patients” **Med J SDU**, 2021, Özel Sayı 1, s. 153-156, s. 154 vd.; F. C. Eravci /N. Poyraz/ C. Korkmaz/ H. Alper/M. Orhan/M. A. Dundar/ P. D. Yilmaz/ H. Arbag, “The Relationship Between Pneumonia Severity and The Presence of Anosmia and Ageusia in Hospitalized Patients with Covid-19”, **Selcuk Med J**, 2021, Sayı 37(4), s. 339-344, s. 340 vd.

⁷⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 414; Schulze, **Zur Mitwirkung blinder Richter**, s. 741 vd.; BK-ZPO-Bach § 372 Rn. 4; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 4.

2. Yargılama Esnasında Duyusal Algılama

Hâkimin duyusal algısı keşif faaliyetinin temel unsurlarından olmakla birlikte, bu algının yargılama içinde gerçekleşmesi de aranmaktadır. Bunun anlamı, hâkimin tesadüfen yargılama dışında elde etmiş olduğu bir gözlemin doğrudan yargılamaya dahil edilememesidir. Bu bağlamda ele alınması gereken bir husus şudur: Acaba hâkimin dava konusu şey hakkında duyusal algılaması yargılama esnasında değil de dava dışında gerçekleşirse ne olacaktır. Neticede yargılama esnasında olmasa da hâkimin bir duyusal algılaması söz konusudur. Bu halde elde edilen bilginin hâkim tarafından davanın çözümünde kullanılmasının mümkün olup olmadığını irdelemek gerekir. Mümkün olduğu kabul edildiği takdirde ise, bu duyusal algılamanın keşif niteliğinde olup olmayacağı tartışmalıdır⁸⁰. Bu tartışmalar, keşif delilinin karakterinin anlaşılmasına ve inceleme konularının olumlu anlamda genişlemesine katkı sağlamaktadır. Bu hususta doktrindeki yaklaşım, hâkimin kendi duyusal algılamasını tarafsız olarak değerlendiremeyeceği yönündedir⁸¹. *Yeşilova*, hâkimin dava dışında edindiği bir bilgiyle keşif neticesinde elde edeceği bilgi ve gözlem arasında çok ciddi bir fark bulunduğunu ifade etmektedir⁸². Hâkimin, dava dışında elde etmiş olduğu özel bilgisi varsa, bu bilgiyi hüküm kurarken kullanması “tehlike” oluşturur. Böyle bir bilginin kullanılması, ancak diğer delillerle desteklenerek ve makul derecede temellendirilerek mümkün olabilmelidir⁸³. Aksi halde yargılama faaliyetini sakatlayan bir durum ortaya çıkar.

Hâkimin dava dışında elde ettiği bir bilgi, gözlem ya da yaptığı incelemeye dayanarak hüküm kurması, bir vakıanın bilgilenme ve açıklanarak çürütülme süreçlerine tabi olamadan değerlendirilmiş olması riskini ortaya çıkarır⁸⁴. Böylece,

⁸⁰ Murat Atalı, "Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsî) Bilgisini Kullanması," **Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Halûk Konuralp Anısına Armağan**, Ankara, Yetkin Basım Yayım ve Dağıtım, 2009, s.139-161, s. 153.

⁸¹ Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93; Atalı, **Vakıalar Hakkında**, s. 153.

⁸² Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93.

⁸³ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 252-253.

⁸⁴ Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93; Atalı, **Vakıalar Hakkında**, s. 155, 156; Murat Ertanhan, **Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık**, Ankara, 2005, s. 61; Yavuz Alangoya, **Medenî Usûl**

hâkimin yargılama dışında edindiği şahsi bilgi, taraflar arasındaki dengeyi bozma tehlikesini de beraberinde getirir.⁸⁵

Yukarıda açıklanan nedenlerle, hâkimin duyusal algılamasının yargılama esnasında elde edilmiş olması önemlidir. Aksi halde, hâkimin şahsi bilgisiyle hüküm kurması riski ortaya çıkar. Hâkimin dava dışında edindiği şahsi bilgi de özünde bir duyusal algılamadır. Ancak bunun keşif olarak değerlendirilmesi ve keşif yerine geçeceğinin kabul edilmesi mümkün olmamalıdır.

B. Hâkimin Duyusal Algısının Doğrudan Doğruya Olması

Hâkimin duyusal algısının doğrudan doğruya olması keşif malzemesi üzerinde incelemesini gerçekleştirirken hâkimin o nesneye dair algısının dolaysızlığını ifade eder. Burada hem keşfin karakteristik özelliğini hem de medenî usûl hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biri olan doğrudanlık ilkesini bünyesinde bir arada barındıran bir karakter ortaya çıkar. Duyusal algının varlığı kadar, bu duyusal algının keşif malzemesiyle nasıl ve ne yakınlıkta bir ilişki kurduğu da önemlidir.

Alman hukukunda bu özellik, bilhassa yeni nesil keşif malzemeleri bakımından dikkatle vurgulanmaktadır. Doğrudan doğrualık ya da diğer adıyla dolaysız olma hali (*unmittelbarkeit*), keşif delilinin en çok sınanan ve sınırları esnetilen özelliği olarak anılmaktadır.⁸⁶ Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı üzere, bazı hallerde hâkimin duyusal algısının doğrudan doğruya olması, gereken şekilde gerçekleşmemektedir.

Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 130. Ayrıca bkz. Thomas / Putzo; **ZPO Zivilprozessordnung Kommentar**, 38. A., München, 2017, s. 651.

⁸⁵ Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 651.

⁸⁶ Bu yönde bkz. Barbara Völzmann-Stickelbrock, „Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente im Zivilprozess“, **ZZP**, S. 118, 2005, s. 359-384, s. 361 vd.; Nissen, **Beweis**, s. 763.

Bunun sebebi hâkimin duyuşsal algısının önünde bir takım fiziksel engeller bulunması olabileceği gibi, teknik zorunluluklardan da kaynaklanabilmektedir.⁸⁷.

Tüm bu durumlarda öncelikle mümkün olan araçlarla hâkimin keşif objesini doğrudan doğruya algılaması sağlanmalı; bu mümkün değilse, olması gerekene en yakın olacak şekilde keşif delilinin temel karakterinden fazla ödün vermeden sınırlı ve kontrollü bir dolaylılıkla keşif incelemesi yerine getirilmelidir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, zaman zaman çeşitli sebeplerle doğrudan doğruya olma özelliği sınansa da duyuşsal algının temelinde yine hâkimin kendisinin bulunması ve uzaklaşmanın sınırlı olarak gerçekleşmesidir. Aksi halde keşif incelemesi karakterini kaybetmiş olur. Bu halde de gerçek bir keşif incelemesinin varlığından söz edilemez.

C. Keşfin Bizzat Hâkim Tarafından Gerçekleştirilmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 288. maddesine göre keşif, mutlaka hâkim tarafından gerçekleştirilir. Ancak hâkim gerekli gördüğü halde, bilirkişi yardımına başvurabilir. Hâkimin bilirkişi yardımına başvurması, keşfin bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesinin bir istisnası anlamına gelmez. Keşif yine bizzat hâkimce yapılır. Yalnızca hâkim, keşif incelemesini gerçekleştirirken bilirkişiden yardım almış olur.⁸⁸.

Aşağıda detaylı olarak inceleneceği gibi, keşif delili bakımından kimin aktör olduğu noktasında bazı problemler hususlar ortaya çıkmaktadır.⁸⁹. Özellikle keşfin konusunun ne olduğu bu anlamda önem taşır. Keşfin konusuna göre bazı hallerde

⁸⁷ Bu yönde bkz. aşağıda üçüncü bölüm, I, 3, b, v.

⁸⁸ Bahattin Aras, “Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği Düzenlemeler”, **Legal Hukuk Dergisi**, Mayıs 2008, s. 1613-1652, s. 1615 vd.; Ramazan Arslan, “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”, **YD**, Ocak-Ekim 1989, s. 156-183, s. 157 vd.; Ramazan Arslan, “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir 2000, s. 157 vd.; Çetin Aşçıoğlu, **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik**, Ankara, 2010, s. 157 vd. Ayrıca bkz. III. bölüm, I, B.

⁸⁹ Bu yönde bkz. III. bölüm I, B, 2, b.

hâkim teknik bilgi gerektirmesi nedeniyle keşif esnasında bir uzman yardımına başvurabilmektedir. Ancak bu, keşfin tamamen yardımcı kişiye bırakılacağı anlamına gelmez. Keşif incelemesi, bizzat hâkim tarafından icra edilmesi halinde kategorik anlamda keşif olarak nitelendirilir. Aksi halde bu inceleme yargılamaya katkı sağlasa bile keşif delili niteliğinde olamayabilir. Söz konusu inceleme, başka bir isimle, örneğin uzman görüşü, bilirkişi raporu ya da bir belge olarak dava dosyasına dahil olabilir. Bu halde de yine o inceleme sonucu, hâkim tarafından görülüp takdir edilinceye kadar hüküm ifade etmeyecektir. Tüm bu açıklamalar ışığında denilebilir ki keşif delilinin, konusunun ne olduğundan bağımsız olarak, bizzat mahkeme tarafından icra edilmesi gerekir.

IV. KEŞFİN MEDENÎ USÛL HUKUKUNA HAKİM OLAN İLKELERLE İLİŞKİSİ

A. Keşif Kavramının Usûl Ekonomisi İlkesiyle İlişkisi

Usûl ekonomisi ilkesi yargılamaya hâkim olan temel ilkelerden biridir. Hukuk Muhakemeleri Kanununda da temel ilkeler arasında sayılmıştır. Hâkim, yargılamanın makul süre içinde ve düzenli bir biçimde yürütülmesini ve gereksiz gider yapılmamasını sağlamakla yükümlüdür (HMK m. 30). Usûl ekonomisi ilkesi yargılamanın, mümkün olan en kısa süre içinde, en az emek harcanarak ve mümkün olan en cüz'i giderle yürütülmesi ve sona erdirilmesi amacına hizmet etmektedir.⁹⁰. Ayrıca usûl ekonomisi adil yargılanma hakkının en önemli görünümülerinden biridir (AİHS m. 6). Keşif delili bakımından da usûl ekonomisi önemli ve yol gösterici bir ilkedir. Örneğin keşfin bir yargılama içinde bir kez yapılması usûl ekonomisi ilkesinin

⁹⁰ Tanrıver, **Bilirkişilik**, s. 379; Ejder Yılmaz, “Usûl Ekonomisi”, **AÜHFD**, 2008/1, s. 243-274, s. 251; Cumhuriyet Rüzgaresen, **Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 40; İbrahim Çetin, “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medenî Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi”, **Sayıştay Dergisi**, S. 78, 2010, s. 81 vd.

gereğidir. İkinci kez keşif yapılmasına mahal vermemek adına, keşfin hâkim tarafından eksiksiz yapılması gerekir⁹¹. Şu halde denilebilir ki bir yargılamada dava konusu şey üzerinde bir kez keşif yapılması esastır.

Usûl ekonomisi ilkesinin etkilerini Hukuk Muhakemeleri Kanununun çeşitli hükümlerinde görmek mümkündür. Özellikle delillerin toplanması ve incelenmesinde zaman ve giderler konusunda gerekenden fazla yüke neden olunmaması, hem taraflardan hem de hâkimden beklenir. Ancak bu hususta asıl ödev yargılamayı sevk ve idare eden hâkimindir.

Medenî usûl hukukunun çeşitli kurumları ile keşif delili arasında, usûl ekonomisinin etkisiyle şekillenen bir ilişki söz konusudur. Örneğin dava konusunun devri halinde, dava devredilmeden önce yapılmış keşif geçerliliğini korur⁹². Keşif işleminin dava konusunun devrinden sonra da geçerliliğini koruması ve tekrarlanmaması usûl ekonomisi ilkesine hizmet eder. Ancak, doğrudanlık ilkesi bakımından da hassas olunması gerektiğini anımsamak gerekir. Usûl ekonomisi ilkesi keşif delilinin tekrarlanmasını kural olarak arzu etmez. Ancak bazı hallerde bu tekrar kaçınılmaz olabilmektedir. Keşif incelemesi konusunda Yargıtay'ın yaklaşımının son derece hassas olduğu, keşfe oldukça önem verdiği, keşif incelemesinde herhangi bir usûlî eksiklik ya da maddi inceleme bakımından belirsizlik varsa genellikle keşfin yeniden yapılması yönünde bozma kararları vermekte olduğu görülmektedir⁹³. Bu nedenle, keşif incelemesinin hâkimin duyusal algısını net bir şekilde yansıtması, hâkimin neleri gözlemlediğini keşif tutanağına etkili şekilde aktarması önemlidir. Aksi halde keşfin tekrarlanması gerekmekte, bu da usûl ekonomisi ilkesini zedelemektedir. Aslında bu ihtimalde yalnız usûl ekonomisi değil, kararın gecikmesi bakımından da sorun ortaya çıkmaktadır. Bunun neticesinde de adalete erişim ilkesi olumsuz etkilenmektedir.

⁹¹ Pekcanıtez, **Geciken Adalet**, Cilt I, s. 129; Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 252.

⁹² Levent Börü, **Dava Konusunun Devri**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012, s. 58; Yılmaz, **Usûl Ekonomisi**, s. 252.

⁹³ Yargıtay 1. HD, E. 2015/404, K. 2017/3171, T. 5.06.2017; Yargıtay 8. HD, E. 2017/16287, K. 2017/16816, T. 13.12.2017, Yargıtay 16. HD, E. 2015/20776, K. 2018/171, T. 25.01.2018, (legalbank.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.03.2023).

Yargıtay'ın keşifle ilgili bir kararında⁹⁴ konuya dair iki husus dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki yerel mahkemenin birden fazla bilirkişinin incelemesine ayrı ayrı başvurmuş olması; ancak, bunun yine de Yargıtay tarafından doğru sonuca ulaşmak için yeterli görülmemesidir. İkinci husus ise, Yargıtay'ın kararında doğru sonuca varılabilmesi için yerinde keşif yapılması gerekliliğini vurgulaması ve bu gerekçeyle bozma kararı vermiş olmasıdır. Yani başlangıçta yerinde keşif yapılmamış olması ya da yapılmışsa bile çelişkili veya çekişmeli hususların gereği gibi aydınlatılmamış olması esasında işlemlerin tekrarlanmasına neden olmuştur. Bu durum da şüphesiz usûl ekonomisi ilkesine aykırı bir sonuç ortaya çıkarır. Kararda dikkat çeken bir başka husus inceleme için başvuru alan kişi sayısının oldukça fazla olmasıdır. Yargıtay, daha önceki bilirkişi incelemelerine ek olarak, mahallinde yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişilerle (birden fazla yerel bilirkişi) aynı yönteme göre tespit edilecek -yeni- bir fen bilirkişisi ve üç kişilik ziraat mühendisinden oluşacak uzman bilirkişiler kurulu huzuruyla yeniden keşif yapılmasına karar vermiştir.⁹⁵ Görüldüğü üzere, çoğu zaman yeniden keşif incelemesi yapılması, yeni bilirkişi görevlendirilmesi anlamına gelmektedir. Bu örnekte hâkimle birlikte keşif incelemesine katılmak üzere en az altı bilirkişinin görevlendirilmesine karar verilmiştir. Uyuşmazlığın özelliğine göre hâkimin birden fazla alanda, birden fazla bilirkişiye başvurması kendi takdirinde olsa da her bir yardımcı kişi görevlendirmesinin yargılama giderlerini artıran bir etken olduğunu da unutmamak gerekir.

⁹⁴ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi kararında, daha önce aynı dosyada bozma kararı veren Yargıtay 16. Hukuk Dairesi'nin değerlendirmesine şu şekilde yer vermiştir: *“Dosyada daha önce ziraat alanında uzman bir kişiden alınmış bir bilirkişi raporu bulunduğu, ayrıca fen bilirkişisi raporunun taşınmaz üzerinde tarımsal faaliyet yapılmadığı tespiti bulunduğu, ayrıca jeodezi ve fotogrametri mühendisi tarafından dosyaya sunulan -bir başka- bilirkişi raporunda da 1972 yılında çekilmiş olan hava fotoğrafında taşınmazın çekişmeli bölümlerinin 20 yılı aşkın zamandan beri imar-ihya edilmiş olduğunun tespit edildiğini belirtmiştir. Burada yüksek mahkeme, ziraat bilirkişi raporu ile jeodezi ve fotogrametri mühendisi raporu arasında zilyetlik süresi ve taşınmazın niteliği yönünden belirtilen hususlarda çelişki bulunduğu, hal böyle olunca; doğru sonuca varılabilmesi için mahallinde keşif yapılması gerektiğini belirtilerek bozma kararı vermiştir.”* Bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2021/4568, K. 2022/4122, T. 25.05.2022 (legalbank.com), (çevrimiçi, erişim tarihi:08.02.2023).

⁹⁵ Yargıtay 1. HD, E. 2021/4568, K. 2022/4122, T. 25.05.2022. Ayrıca bkz. Hayrettin Genya, “Hukuk Davalarında Mahallinde Tapu Uygulaması Nasıl Yapılır?”, **AD**, 1964, Sayı 3-4, s. 251 vd.; Zekai Özdil, “Yetersiz Keşif ve Soruşturmalar Adaleti Geciktiriyor”, **AD**, 1975, Sayı 1-2, s. 68 vd.; Şahin Kurt, “Yargıtay'ın İçtihatları Işığında Hukuk Davalarında Keşif”, **AD**, 1984/1, s. 50 vd.

Bu halde ideal olan, hâkimin keşif incelemesini yargılamada yalnız bir kez, usûlüne uygun olarak, eğer hâkim uygun görüyorsa bilirkişi ya da tanıkla birlikte, keşiften beklenen faydayı azami düzeyde yerine getirecek şekilde icra etmesidir. Başlangıçta yerel mahkemece yapılan keşif incelemesinin beklenen bilgiyi sağlamaması halinde yeniden keşif incelemesi yapılması yargılama giderlerini kaçınılmaz olarak artıracaktır. Bu gibi durumlarda çoğunlukla usûl ekonomisi bakımından olumsuz bir netice ortaya çıkar.

B. Keşif Kavramının Doğrudanlık İlkesiyle İlişkisi

Doğrudanlık ilkesi yargılamanın yürütülmesi esnasında hâkimin ya da mahkemenin gerek dava malzemesiyle gerekse dava süjeleriyle doğrudan temas etmesini ifade eder. Yargılama, bir aracı olmaksızın, doğrudan davaya bakan mahkemenin hâkimi ya da hâkimleri tarafından yürütülmeli, deliller doğrudan hâkim ya da hâkimlerce değerlendirilmeli ve karar bu şekilde verilmelidir.⁹⁶ Doğrudanlık ilkesi medenî usûl hukukuna hâkim olan köklü ilkelerden biridir.

Doğrudanlık ilkesinin esasen ceza hukuku kaynaklı bir ilke olduğu, ancak modern hukuk sistemlerinde hem ceza yargısı hem medenî yargıda yeri bulunduğu ifade edilir⁹⁷. Temelde doğrudanlık ilkesi hâkimin bir aracı olmaksızın davanın esaslı aktörleri ve objeleriyle birebir buluşmasını hedefler. Yargılamaya bugünkü karakterini kazandıran diğer pek çok ilkede olduğu gibi doğrudanlık ilkesinin de ilk olarak Alman

⁹⁶ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, On Beşinci Bası, İstanbul, 2017, s. 836. Ayrıca bkz. Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, s. 128; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 90; Nesibe Kurt, "Medenî Yargılama Hukukunda Doğrudan Doğrualık İlkesi", **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara, 2008, s. 599; Alangoya, **İlkeler**, s. 5; Aziz Serkan Arslan, "Doğrudanlık İlkesi", **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 4, 2016, s. 133-144, s. 134; Albayrak Açı, **Keşif**, s. 29.

⁹⁷ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 134. Ceza hukukunda doğrudanlık ilkesinin görünümü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cumhur Şahin, **Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğrualığı**, Ankara, 2001, s. 134.

hukukunda dile getirildiği (*unmittelbarkeitsmaxim – der Grundsatz der Unmittelbarkeit*) belirtilmektedir⁹⁸. Doğrudanlık ilkesinin, iki temel görünümü olduğundan söz edilir. Bunlardan ilki, hâkimin delillerle yakın temas kurmasını ifade eden şekli doğrudanlıktır⁹⁹. Diğeri ise, hâkimin vakıayı aydınlatmaya en yakın delil vasıtasına başvurmasını ifade eden maddi doğrudanlıktır¹⁰⁰.

Keşif, bizzat hâkim tarafından yapılır. Keşfin bu karakteristik özelliği doğrudanlık ilkesi ile sıkı ilişki içindedir¹⁰¹. Keşfin bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesi basit bir örnekle, hâkimin zabıt katibine ya da bilirkişiye keşif görevi verememesi anlamına gelir. Bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmeyen bir inceleme keşif tanımını tam olarak karşılamayacağı gibi, doğrudanlık ilkesiyle de bağdaşmayacaktır.

Yukarıda da ifade edildiği gibi keşifte önemli olan, hâkimin keşif malzemesiyle araya bir vasıta sokulmaksızın doğrudanlık ilkesine uygun olarak buluşmasıdır¹⁰².

⁹⁸ Christian Möller, “Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens”, *JA*, 2010, s. 47-52, s. 51; Rudolf Cremer, *Mündlichkeit und Unmittelbarkeit im Zivilprozeß*, Lübed, 1929, s. 51 vd.; Theodor Paeffgen, *Das Prinzip der Unmittelbarkeit im Zivilprozeß*, Köln, 1935, s. 51 vd.; Ayrıca bu yönde bkz. Arslan, *Doğrudanlık*, s. 134.

⁹⁹ *Arslan*’a göre şekli doğrudanlık hakkında Hukuk Muhakemeleri Kanununun 197. maddesinde düzenlenen “delillerin incelenmesi ve istinabe” en önemli düzenlemedir. Bu yönde bkz. Arslan, *Doğrudanlık*, s. 137; Barbara Völzmann-Stickelbrock, “Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente im Zivilprozess“, *ZZP*, S. 118, 2005, s. 359-384, s. 371 vd. Şekli doğrudanlık doktrinde sübjektif anlamda doğrudanlık olarak da anılmaktadır. Bkz. Arslan, *Doğrudanlık*, s. 136.

¹⁰⁰ *Erdönmez*, keşif delilinin doğrudanlık ilkesinin uygulanması bakımından en önemli örnekler arasında olduğunu vurgular. Bu yönde bkz. Erdönmez, *Pekcanitez Usûl*, s. 838. Ayrıca bkz. Arslan, *Doğrudanlık*, s. 137. Şekli doğrudanlık yukarıda ifade edildiği gibi sübjektif anlamda doğrudanlık olarak da anıldığı gibi, maddi doğrudanlık için de doktrinde objektif anlamda doğrudanlık terimi kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Arslan, *Doğrudanlık*, s. 136. Ayrıca bkz. G. Varol Karaosmanoğlu, “Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7521 Sayılı Kanun’la Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 8, Sayı 1, Ocak 2022, s. 78; Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Tanığa Soru Kâğıdı Gönderilmesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 16, Özel Sayı 2014, s. 555-609 (Basım Yılı: 2015), s. 563; Arslan, *Doğrudanlık*, s. 135, 136; Seda Gayretli Aydın, “Medenî Yargılama Hukukunda Ses ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref Ertuş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2101-2126, s. 2119.

¹⁰¹ D. Willisegger, *Grundstruktur des Zivilprozesses Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren*, Schultess, 2012, s. 310; Nissen, *Beweis*, s. 763; Arslan, *Doğrudanlık*, s. 39.

¹⁰² Arslan, *Doğrudanlık*, s. 40; Nissen, *Beweis*, s. 762. Ayrıca yukarıda bkz. I. bölüm, III, B.

Doktrinde zamansal anlamda doğrudanlık kavramından söz edilmektedir.¹⁰³ Delilin zamansal anlamda doğrudanlığı yargılamanın belirli bir zaman dilimi içinde tamamlanmasını gerektirir. Yargılama uzadıkça, duruşmalar arasındaki süreler artar. Bunun sonucunda da unutmalar yaşanabilir ve dosyanın layığıyla takibi zorlaşır. Bu halde hâkim ancak tutanaklara bakarak yargılamanın önceki aşamalarını takip edebilecektir. Bu durum tutanakların önemini ortaya koymakla birlikte, hâkimin doğrudanlıktan ister istemez uzaklaşmasına neden olur. Çünkü, mahkeme tutanağına göre ve aslında delilleri dolaylı yoldan hatırlayarak hüküm kurmuş olacaktır.¹⁰⁴

Keşif delilinin karakteriyle doğrudanlık ilkesi arasında sıkı bir bağ olduğunu söylemek yanlış olmaz. Doğrudan doğruya olma, keşif delilinin karakteristik özelliklerinden biridir. Keşif doğrudan olmayı amaçlar, dolaylılığı ise kural olarak reddeder. Örneğin, bir vakıayı aydınlatmak için bir yerde “mekân keşfi”¹⁰⁵ yapılması doğrudanlığın bir gereğidir. Bu keşif şüphesiz ihtilaflı vakıanın ispatı bakımından önemli bilgilerin, hâkim tarafından bir tutanakla dava dosyasına dahil edilmesi anlamına gelir. Ancak, hâkimin bizzat olay yerine giderek keşif yapmak yerine, orada bulunduğu iddia edilen bir tanığı dinleyerek, onun beyanlarıyla olay yerini tasvir etmeye çalışması, doğrudanlığı zedeleyen bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu halde hâkimin bizzat keşif yapmak yerine, tanığın görgüsü ve bilgisine başvurması doğrudan bilgiyi dolaylı hale getirir. Bu nedenle, hâkim mümkün olduğunca keşif gibi doğrudan delillere başvurmalıdır.¹⁰⁶

¹⁰³ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 40, 46.

¹⁰⁴ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 47. *Arslan*, Alman Medenî Usûl Kanununda duruşma tutanağının, hüküm verici mahkeme için açıkça yalnız bir bellek yardımcısı olarak ifade edildiğini belirtmektedir (ZPO m. 160, f. 3). Ayrıca bkz. T. Kanz, “Die Zulässigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess”, **Ecolex (Verbraucherrechte – Richtlinie)**, Marz 2012, s. 189-276, s. 193 vd.

¹⁰⁵ Olay yeri keşfi ya da mahalde keşif de denilmektedir. Bu yönde bkz. II. bölüm, II, D.

¹⁰⁶ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 137. Ayrıca, keşif delili durumunda, istinaf mahkemesinin kendi delilini almadan ilk derece mahkemesi tarafından tutanağına geçirilen sonuca farklı bir anlam yükleyemeyeceğine hükmedilmiştir. Bu yönde bkz. Norbert Pantle, “Die Pflicht des Berufungsgerichts zur Wiederholung einer erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme”, **NJW**, 1987, s. 3160- 3165, s. 3163. Yargıtay bir kararında, benzer şekilde, bizzat keşif yapmadan, yargılamadan önce delil tespiti şeklinde sunulan bilirkişi raporuna dayanılarak verilen kararın bozulması yönünde karar vermiştir, bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2007/334, 2007/1184, T. 12.02.2007, (jurix.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.05.2023).

Benzer şekilde elektronik delil üzerinde yapılacak incelemede hâkimin bu belgeyi bizzat incelemek yerine doğrudan bilirkişiye başvurması, daha sonra bilirkişi raporu üzerinden o belgeyi incelemesi de doğrudan bir delilin dolaylı delile dönüştürülmesi anlamına gelir. Keşfin karakteristik özelliği ve doğrudanlık ilkesi birlikte düşünülerek, maddi gerçeğe en doğru şekilde ulaşmak, o elektronik delilin mümkün olduğunca hâkim tarafından doğrudan incelenmesiyle mümkün olur. Bu nedenle elektronik belgelerin hâkim tarafından keşif yoluyla bizzat incelenmesi uygulamasının yaygınlaşması, doğrudanlık ilkesiyle keşif kurumu arasındaki sıkı ilişkinin bir görünümüdür. Böylece, hâkim verinin içeriğine bizzat vakıf olma imkânı elde eder ve vicdani karar mekanizmasını doğrudan delillerle daha sağlıklı bir şekilde işletmiş olur.

Hâkim bu incelemeyi bizzat gerçekleştirmediğinde, orijinal delille hâkim arasına -gerekmediği halde- bir aracı sokulmuş olmakta ve bu durum yine doğrudanlık ilkesinin, özellikle maddi doğrudanlık yaklaşımı bakımından zedelenmesi anlamına gelmektedir¹⁰⁷. Keşif deliliyle doğrudanlık ilkesi arasındaki ilişki bakımından önem arz eden bir diğer husus, istinaf incelemesinde keşif deliline başvurulması ihtimalinde ortaya çıkabilecektir. Bilindiği gibi bölge adliye mahkemeleri her ilde bulunmamaktadır. Dolayısıyla, bir dava dosyası hakkında inceleme yapan bölge adliye mahkemesi esasa girerek bizzat keşif yapmaya karar verirse, doğrudanlık ilkesi bakımından dikkatli olunmalıdır. Zira, keşif yeri bölge adliye mahkemesinin bulunduğu ilde olmayabilir ve bu halde naip hâkim ya da istinabe yoluna başvurulması gerekebilir. Bu durumda *Arslan*, bir çözüm önerisi olarak istinabe edilen mahkeme hâkiminin (ya da görevlendirilen naip hâkimin) Hukuk Muhakemeleri Kanununun “*Kayıt ve Yayın Yasağı*” başlıklı 153. maddesinden yararlanabileceğini savunmuştur¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Yazar burada ayrıca istinabe kurumundan da söz etmektedir. İstinabeyi doğrudanlık ilkesinin bir istinası olarak sayan yazar, bu örnekte bir vakıa ispatı için sözkonusu dava malzemesi üzerinde örneğin doğrudan keşif yapmak yerine, keşif yerini görmüş bir tanığın dinlenmesi halinde, bir de bu dinleme istinabe suretiyle yapılmışsa, bu halde bir değil tam iki adet aracının araya girmiş olacağını, bunun da doğrudanlık ilkesinden daha da uzaklaşılması anlamına geleceğini ifade etmiştir. Bu yönde bkz. *Arslan, Doğrudanlık*, s. 137. Ayrıca bkz. Ertanhan, *Tanık*, s. 61.

¹⁰⁸ *Arslan, Doğrudanlık*, s. 138.

Söz konusu hüküm esasında bir yasağı düzenlemektedir. Ancak, bu yasağın muhatabı kural olarak mahkeme değil, yargılamaya dahil olan diğer kişilerdir. Hatta bu kişiler, duruşmaların aleniliği ilkesi gereği mahkeme salonunda duruşmayı izlemek/dinlemek/gözlem yapmak için bulunabilirler. Anılan hükümde mahkemece çekim yapılabileceği ve kayıt alınabileceği de kabul edilmiştir. Bu kabulde birlikte Kanun, bunun ancak “yargılamanın zorunlu kıldığı hallerde” yapılabileceğini vurgulamaktadır. Yani mahkemelere kural olarak çekim yapma ve yargılama faaliyetini kayıt altına alma imkânı verirken bunu zorunlu olma şartına bağlamıştır.

Günümüz koşullarında, günlük hayatta hemen hemen her an kayıt altındayken, maddi gerçeğin arandığı mahkeme salonlarında gerçekleşen her türlü yargılama faaliyeti de önemi gereği, yargılamanın selameti ve maddi gerçeğe ulaşma amacı bakımından kayıt altına alınabilir olmalıdır. Özellikle keşif delili bakımından bunun son derece önemli olduğu düşüncesiyle yazarın bu görüşü desteklenebilir görünmektedir.¹⁰⁹ Yukarıdaki açıklamalar ışığında, bu kayıtlarla birlikte dolaylılık devam ediyor olsa da dolaylılığın etkilerinin asgari düzeyde tutulmasına yardımcı bir yöntem olabileceği ifade edilmiştir.¹¹⁰ Bu düşüncenin keşfin yeni nesil malzemelerle ilişkisi açısından da faydalı bir yaklaşım olacağı söylenebilir. *Arslan*, bu önerisini bir başka noktaya taşıyarak, 153. maddede bir değişiklik yapılarak, yerel mahkemenin isticvap, tanık dinlenmesi ve bilirkişi, keşif incelemesi gibi faaliyetlerinin video kayıtları şeklinde elektronik ortama aktarılması ve bu kayıtların dava dosyasıyla birlikte üst mahkemeye gönderilmesi hususunda ek bir hüküm getirilmesini önermiştir. Böyle bir hükmün istinabeden daha fazla katkı sağlayacağı ve doğrudanlık ilkesinin ihlali riskinin bir miktar daha azalmış olacağını da ifade etmiştir.¹¹¹ Yazarın önerisi teknik imkânlardan yargılamada azami düzeyde faydalanmak bakımından olumludur. Ayrıca böyle bir hüküm ihdas edilmesi, özel olarak elektronik veriler

¹⁰⁹ Keşif esnasında ses ve görüntü kaydı alınması ve tele-keşif hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm II, H ve I, B, 3, b, iv.

¹¹⁰ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 141.

¹¹¹ Arslan, **Doğrudanlık**, s.141, 142. Ayrıca bkz. Nur Bolayır, “Fransız Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası”, **GSÜHFD**, 2020/2, s. 1175-1204, s. 1177 vd. Bugün Hukuk Muhakemeleri Kanununda daha etkin bir şekilde uygulanan çevrimiçi duruşma ve çevrimiçi duruşmada yapılabilecek işlemler bakımından bkz. Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2106 vd.; Varol Karaosmanoğlu, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 75 vd. Ayrıca aşağıda bkz. III. bölüm II, H.

üzerinde keşif faaliyetinin kanunda ayrıca düzenlenmesi düşüncesiyle de örtüşmektedir. Bu yönde bir hükmün, incelenecek keşif malzemesinin özelliğine göre, istinabeden daha fazla katkı sağlama ihtimali bulunmaktadır.

Özellikle üst mahkemede yapılacak inceleme bakımından, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 354. maddesinde düzenlenen istinaf yolunda tahkikat işlemlerine ilişkin hükme göz atmak gerekir. Buna göre, istinaf mahkemesi gerekli görürse doğrudan delil toplama yoluna gidebileceği için, bu aşamada yapılacak tahkikat işlemleri bakımından daha dikkatli olmak gerekir. Kanunun 153. maddesinde anılan gerekleri ihlal etmeden, üst mahkemeye dava dosyasıyla birlikte, keşif incelemesine ilişkin teknik kayıtların da gönderilmesi mümkün olabilmelidir. Bu halde üst mahkeme hâkimleriyle dava dosyasındaki deliller arasındaki dolaylılık ilişkisi doğrudanlığa biraz daha yaklaşmış olacaktır. Sonuç olarak doğrudanlık ilkesiyle keşif delili arasında sıkı bir ilişki olduğunu ifade etmek gerekir. Bazı hallerde zorunlu olarak doğrudanlık ilkesinden kontrollü bir şekilde uzaklaşılmasını gerektiren durumlar olsa da yardımcı araçlarla bu mesafe kapatılmaya çalışılır. Hâkimle keşif malzemesi arasında mümkün olduğu ölçüde doğrudan doğrualığın sağlanması düşüncesi her zaman ön planda olmalıdır¹¹².

¹¹² Drehsen, **Augenschein**, s. 415.

C. Keşif Kavramının Taraflarca Getirilme ve Re'sen Araştırma İlkeleriyle İlişkisi

1. Keşif Kavramı ve Taraflarca Getirilme İlkesi

Medenî yargılama hukukunda dava malzemesinin getirilmesi bakımından taraflarca getirilme ilkesi hâkimdir¹¹³. Esasında medenî yargılama hukukunda dava denildiğinde, davacı ve davalı olmak üzere birbirini karşılıklı olarak tamamlayan iki kutuplu bir sistem akla gelmektedir¹¹⁴. Bu durum iki taraf sistemi olarak isimlendirilmektedir¹¹⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 25. maddesinde taraflarca getirilme ilkesi açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre, Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Ayrıca hâkim, Kanunla belirtilen durumlar dışında kendiliğinden delil toplayamaz. Görüldüğü gibi taraflarca getirilme ilkesinin hem vakıa getirme hem de delil toplama olmak üzere iki aşamalı bir etkisi sözkonusudur¹¹⁶. Bir ispat aracının içerdiği ispata yarayan unsurların elde edilmesi, delil toplama faaliyeti anlamına gelir¹¹⁷. Bu bağlamda, keşif malzemesinin hâkim tarafından incelenmesi, bir delil toplama faaliyetidir. Benzer şekilde bilirkişinin dinlenmesi de delil toplama faaliyetidir.

¹¹³ Yıldırım, **İlkeler**, s. 22; Pekcanıtez/Atalay/Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 191; Kuru/Aydın, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 638. Taraflarca getirilme ilkesi, “*Verhandlungsgrundsatz*” ya da “*Beibringungsgrundsatz*” adıyla anılmakta ve ispat hukuku bakımından önemi sıklıkla vurgulanmaktadır. Bu yönde bkz. Olaf Muthorst, “Der Beweis im Zivilprozess”, **JuS**, 2014, s. 686-689. s. 686.

¹¹⁴ Hülya Taş Korkmaz, **Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 5; Kuru/Aydın, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 293.

¹¹⁵ Taş Korkmaz, **a.g.e.**, s. 6; Kuru/Aydın, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 293.

¹¹⁶ Yıldırım, **İlkeler**, s. 20.

¹¹⁷ Cengiz Topel Çelikoğlu, “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, **TBB Dergisi**, 2012 (100), s. 281-316, s. 285. Ayrıca bkz. Nur Bolayır, **Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2014, s. 118 vd.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda taraflarca getirilme ilkesiyle ilişkili çeşitli hükümler vardır. HMK m. 190 bu hükümlerden biridir ve taraflarca getirilme ilkesinin bir örneğini teşkil eder.¹¹⁸ Bir diğer hüküm ise HMK'nın 194. maddesidir.¹¹⁹ Bu hükme göre taraflar, dayandıkları vakıaları, ispata elverişli şekilde somutlaştırmalıdır. Hâkim, kanunda özel olarak belirtilen durumlar dışında kendiliğinden delil toplama faaliyetinde bulunamaz (HMK m. 25, f. 2). Kanunda taraflarca getirilme ilkesinin yansıması olan pek çok hüküm bulunmaktadır. Ancak, hâkimin bazı istisnai durumlarda kendiliğinden delil toplama faaliyetinde bulunması mümkündür. Taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada dahi hâkim, Kanunda özel olarak belirtilen durumlarda kendiliğinden delil toplama faaliyetinde bulunabilir. Bu hallerden bir tanesi de keşif delilidir.¹²⁰ Yani, hâkimin re'sen keşif deliline başvurabilmesi, taraflarca getirilme ilkesinin istisnalarından biridir.

Taraflarca getirilme ilkesi ile keşif gideri arasında da bir ilişki vardır. Şöyle ki, taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada, tarafların talebi üzerine keşif kararı verirken, mahkeme keşif giderini hangi tarafın, hangi süre içinde yatırması gerektiğini ara kararında bildirir.¹²¹ Taraf, ihtar edilen ve sonuçları anlatılan kesin süre içinde keşif giderini mahkeme veznesine depo etmezse, keşif talebinden vazgeçmiş sayılır (HMK m. 324, f. 2).¹²² Bu sonucun doğması için mahkemenin usûlüne uygun keşif kararı vermesi ve kesin süreye uyulmamasının sonuçlarına ilişkin ihtarını açıkça bildirmiş olması gerekir.

Keşif talep eden taraf keşif giderini mahkeme veznesine depo etmez ve keşif gideri diğer tarafça da karşılanmazsa, mahkeme keşif deliline dayanılmasından

¹¹⁸ Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3095.

¹¹⁹ Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3095.

¹²⁰ Çelikoğlu, Kıta Avrupası sisteminde, hâkimin delille doğrudan teması anlayışının hâkim olmasının, delil toplama faaliyetinin aslında bir mahkeme fonksiyonu olduğunu açıkça gösterdiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Çelikoğlu, **Bilgi ve Delil Toplama**, s. 286. Ayrıca bu yönde bkz. Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 108; Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 2385.

¹²¹ Süha Tanrıver, "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler", **TBBD**, 2012, S. 99, s. 21 vd., s. 24-25.

¹²² Bu yönde bkz. HGK, E. 2017/12-1141, K. 2017/641, T. 10.10.2017 (jurix.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.05.2023).

vazgeçildiğine karar verir. Bu durumda, keşif gideri yatırılmadığından davanın reddine karar verilmez¹²³. Bu halde taraflardan varsa başkaca delillerini ibraz etmeleri istenir. Fakat elde edilen diğer delillerle de iddia ispat edilemezse, keşif talep eden taraf iddiasını ispat edememiş olacaktır.

Bu noktada taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda, keşif giderini hangi tarafın yatıracağına da kısaca değinmek gerekir. Keşif gideri, doktrinde ifade edildiği üzere, ispat yükü kendisine düşen tarafça ödenmelidir¹²⁴. Hâkim keşif kararında, hangi tarafın keşif giderini ödeyeceğini mutlaka belirtmelidir¹²⁵.

Burada keşif deliline ilişkin başkaca bir özellik daha bulunmaktadır. O da keşif giderinin tarafça karşılanmasına ilişkindir. Medenî usûl hukuku sistemimizde bir delile dayanan taraf o delil için gerekli giderleri de karşılamak durumundadır. Davacı davasını açarken gerekli giderleri yatırır, ancak dava sonucunda haklı çıkarsa vekâlet ücreti de dahil olmak üzere peşinen katlanmak zorunda kaldığı tüm giderleri davalıdan tahsil etmek imkânına kavuşur. Yani mahkeme davacı lehine karar verdiğinde, davalıyı yargılama giderlerini ödemeye de mahkûm eder. Keşif delili bakımından ise diğer delillerden farklı olarak, keşif giderinin hazineden karşılanması ihtimali de sözkonusudur. Bu ihtimal istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Öyle ki bu özellik, yalnız keşif ve bilirkişi delilleri bakımından kabul edilmiştir. Bu durumun sebebini ise, hâkimin keşfe re'sen başvurulabilmesi oluşturmaktadır. Bu halde, eğer taraflardan biri keşif deliline başvurulmasını talep etmez ve hâkim yine de davanın aydınlatılması için keşif deliline başvurulması gerektiği sonucuna ulaşırsa, keşfe karar verebilecektir. Ancak bu halde keşif taraflardan herhangi biri tarafından talep edilmediğinden, taraflar keşif giderini karşılamadığında, keşif gideri daha sonra haksız çıkan tarafa yükletilmek üzere hazine tarafından karşılanacaktır¹²⁶. İşte burada keşif

¹²³ Yargıtay 5. HD, E. 1997/9045, K. 1997/10620, T. 26.06.1997, (kazanci.com). Ayrıca bkz. HGK, E. 2017/12-1141, K. 2017/641, T. 10.10.2017; Yargıtay 20. HD, E. 2001/6399, K. 2001/7630, T. 16.10.2001, (jurix.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.05.2023).

¹²⁴ Orhan Yılmaz, **Hukukta Keşif**, Kayseri, 1955, s. 86; Tanrıver, **Revizyon**, s. 24-25.

¹²⁵ Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 272; Umar/Yılmaz, **İsbat Yükü**, s. 5 vd. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 20. HD, E. 2001/5707, K. 2001/6214, T. 17.09.2001, (jurix.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.05.2023).

¹²⁶ Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2847; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 540; Karslı,

deliline özgü olarak taraflarca getirilme ilkesinin istisnai bir görünümü olduğu sonucuna varılır. Özetle keşif delili bakımından, taraflarca getirilme ilkesinden zaman zaman re’sen araştırma ilkesine doğru bir kayma yaşandığı söylenebilir. Özellikle keşif delilinin hâkim tarafından re’sen başvurulabilen bir delil olması ve koşulları oluştuğunda keşif giderinin dahi hazinece karşılanabiliyor olması bunun en önemli örnekleridir.¹²⁷

Taraflarca getirilme ilkesinin özellikle yeni nesil keşif malzemelerinin incelenmesi bakımından ayrı önemi vardır. Yeni nesil keşif malzemelerinde, keşifte hâkimin yardım alması hususu ayrıca ön plana çıkmaktadır. Bu yardım, çoğunlukla nesnel araçların yardımı olmakla birlikte kimi zaman keşif yardımcısı olarak adlandırılan kişilerin yardımını da kapsar. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacağı gibi, bazı durumlarda taraflar da hâkimin yardım aldığı kişi ve araçlar arasında sayılmaktadır. Bu nedenle taraflarca getirilmesi ilkesiyle özellikle yeni keşif delili arasında ayrı bir bağ bulunduğunu söylemek mümkündür.

2. Keşif Kavramı ve Re’sen Araştırma İlkesi

Re’sen araştırma ilkesi, uygulandığı davada hâkimin her türlü delile kendiliğinden başvurmasına imkân verir. Hatta hâkim tarafların ileri sürmediği bir vakıayı dahi kendiliğinden araştırmaya girişebilir. Bunun için o vakıanın taraflarca mahkemeye getirilmiş olması dahi aranmaz.¹²⁸

Medenî Usûl Hukuku, s. 469; Seda Özmumcu, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – XII HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler 18-19 Ekim 2014**, Isparta, Cilt 4, Sayı 2, Yıl 2014, s. 145-171, s. 149, 151.

¹²⁷ Kurt, **Hukuk Davalarında Keşif**, s. 48 vd.; Mustafa Serdar Özbek, **Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016, s. 48 vd.

¹²⁸ Burada hâkimin taraflar arasında çekişmeli dahi olmayan bir vakıanın araştırmasına kendiliğinden girişebileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Özmumcu, **Re’sen Araştırma İlkesi**, s. 149; Aşık, **Keşif**, s. 52. Ayrıca bkz. Fatih Tahiroğlu, **Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 38 vd.

Türk hukukunda hâkimin re'sen keşfe başvurusu mümkündür. Medenî yargılama hukuku bakımından, taraflarca getirilme ilkesinin yargılamaya hâkim olduğu düşünüldüğünde, hâkimin re'sen delile başvurusunun istisnai olduğu söylenebilir. Çünkü, çoğunlukla özel hukuk ilişkilerinin çözüme bağlandığı medenî yargı faaliyetinde asıl olan, tarafların delilleri hâkimin önüne getirmesi ve ellerinde olmayan delillerin toplanmasını mahkemeden talep etmeleridir.

Hâkimin re'sen keşfe başvurma imkânı olması, bu delilin karakteristik özelliğiyle bağlantılıdır. Doğrudan dava malzemesiyle temas etmek hâkimin uyuşmazlığın çözümüne ulaşmasında çok önemlidir. Bu nedenle taraflar talep etmese dahi, re'sen keşif kararı verebilmektedir. Bu durum, keşif kavramı ve re'sen araştırma ilkesi arasındaki bağlantının açık bir görünümüdür. Alman hukukunda ve İsviçre hukukunda da benzer şekilde hâkimin re'sen keşfe başvurabileceği hüküm altına alınmıştır.¹²⁹ Medenî usûl hukukunda taraflarca getirilme ilkesi hâkim gibi gözüксе de keşif delilinin düzenlenme biçimi ve karakteristik özellikleri re'sen araştırma ilkesiyle de bağdaşır nitelikte bir tarihsel gelişim göstermiştir.¹³⁰

Re'sen araştırma ilkesi ile keşif delili ve soybağının tespitine ilişkin davalar arasında da dikkate değer bir bağ sözkonusudur. Babalık davalarında¹³¹ re'sen

¹²⁹ İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 181. maddesinin ilk fıkrasında, tarafın talebi üzerine veya *re'sen (ex officio)*, mahkemenin gerçekleri kendisi görmek veya davanın daha iyi anlaşılması için bir inceleme yapabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca 153. madde de re'sen delil toplamaya ilişkindir. Alman Medenî Usûl Kanununda ise 284. maddede mahkemenin delilleri uygun gördüğü şekilde alabileceği düzenlenmiştir. Kanunların tam metinleri için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_284.html; <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.08.2023).

¹³⁰ Christian Peter Hille, "Zulässigkeit und Grenzen der Anordnung einer Begutachtung von Amts wegen", **DS**, 2015, s. 181-187, s. 182.; Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 144, kn. 14; Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 5; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 16, 17; Roger Groner, **Beweisrecht - Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht**, Bern, 2011, s. 122; Hans Lilie, "Augenscheinseinnahme und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung", **NStZ**, 1993, s. 121-125, s. 122. Örneğin, Alman Medenî Usûl Kanununun 144. maddesinin ilk paragrafının en azından ilk bakışta taraflarca getirilme ilkesiyle çelişen bir görünümde olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Hille, **Begutachtung von Amts wegen**, s. 182.

¹³¹ Babalık davası ve soybağının tespiti davaları özellikle insan bedeni üzerinde keşif incelemesi tartışmaları bağlamında ele alındığından bu çalışmada özel olarak incelenmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Zeynep Albayrak, "Medenî Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme", **TAAD**, Yıl 9, Sayı 33, Ocak 2018, s. 721-751, s. 722 vd.; Rainer Frank, "Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung", **FamRZ**, 1995, s. 975-981, s. 977 vd.; Hikmet Bilgin, **Medenî Usûl**

araştırma ilkesinin önemli bir unsur olduğu ve bu davalara kendine has bir nitelik kazandırdığını söylemek yanlış olmaz. Bu nitelik, adı geçen davanın kamu düzenini ilgilendiren vasıflar taşımasından ileri gelmektedir. Özellikle keşif delilinin önemli bir yer tuttuğu bu davalarda, keşif giderlerinin devlet tarafından karşılanmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasına rastalanabilmektedir¹³². Ayrıca keşfe ilişkin önemli bir konu başlığı olan keşfe katlanma yükümlülüğü de bu davalar bakımından çokça tartışılmaktadır¹³³.

Burada önemle ifade etmek gerekir ki keşif deliline re'sen başvurulabiliyor olması kural olarak hâkimin vakıaları re'sen araştıracağı anlamına gelmez. Keşif deliline başvurulacak vakıanın, halihazırda taraflarca iddia edilmiş olması yine de gereklidir. Hâkimin keşif deliline re'sen başvurabiliyor olması, yeni vakıaların getirileceği manâsını taşımamaktadır¹³⁴. Tarafların hâkimin önüne getirmiş oldukları dava malzemesi keşfin malzemesini belirler ve hâkim bu malzeme üzerinde re'sen keşfe başvurabilir. Keşif taraflarca getirilmemiş vakıaların soruşturulması için yapılacak bir inceleme değildir.

D. Keşif Kavramının Delillerin Hâkim Tarafından Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesiyle İlişkisi

Medenî usûl hukukunda genel itibariyle delillerin mahkeme tarafından serbestçe değerlendirilmesi esası hâkimdir¹³⁵. Hukuk Muhakemeleri Kanununda “İspat ve Deliller” başlığını taşıyan dördüncü kısmın birinci bölümü ispata ilişkin genel

Hukuku Açısından Babalık Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022, s. 317 vd.

¹³² Özümucu, **Re'sen Araştırma İlkesi**, s. 160.

¹³³ Özümucu, **Re'sen Araştırma İlkesi**, s. 160; Özümucu, bu hususların Yargıtay kararlarında sıklıkla dile getirildiğine işaret etmektedir. Bu yönde bkz. 18 HD, 21.02.2013, E. 2013/361, K. 2013/2293 (kazanci.com); (çevrimiçi, erişim tarihi: 03.01.2023).

¹³⁴ Kapoor, **Beweis**, 285; MüKo-ZPO/Wagner, **ZPO**, § 144, kn. 2. Ayrıca bkz. Albayrak Aç, **Keşif**, s. 31; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 120.

¹³⁵ A. Basım, “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2018, s. 159; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 207; Aşık, **Keşif**, s. 30; Ansay, **Hukuk Yargılama Usûlleri**, s. 104.

hükümleri düzenlemektedir. HMK m. 198 hâkimin delilleri değerlendirirken serbest olduğunu açıkça düzenlemiştir. Usûl hukuku sistemlerinde delile yaklaşım ve hâkimin deliller üzerindeki tasarrufu farklı şekillerde kurgulanmış olabilmektedir. Bu bağlamda delillerin değerlendirilmesi bakımından iki ana sistemle karşılaşılmaktadır. Bazı delillerin kesin olup hâkimi bağladığı kanuni delil sistemi ve her türlü delilin hâkimin serbest değerlendirmesine bırakıldığı serbest delil sistemi.

Genellikle Kanunda delil çeşitleri ve bunların özellikleri düzenlenirken, hâkimin o delille bağlı olduğu yönünde herhangi bir ifadeye yer verilmişse, kesin delilin varlığından söz edilebilir. Bir vakıa kesin delille ispat edilecek bir vakıaysa bu halde hâkimin bağlılığı sözkonusu olur; hâkim istisnalar olmadıkça o kesin delille bağlı kalır. Hâkim vakıanın o delilin temsil ettiği şekilde gerçekleşmiş olduğunu kabul etmek ve hükmünü buna göre kurmak durumunda kalır.¹³⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanununun sistemi incelendiğinde, tıpkı Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda olduğu gibi bazı delillerin kesin delil niteliğinde kabul edilmiş olduğu görülmektedir.¹³⁷ Kanunda belirli hukuki işlemler bakımından “kesin delille ispat mekanizması” vardır. Bu halde hâkimin o kesin delillerle bağlı olması sözkonusudur. Tüm bu açıklamalar ışığında, Türk hukukunda genel itibarıyla hâkimin delilleri serbestçe takdir etmesi ilkesi esas olmakla birlikte, görüldüğü gibi delillerin çeşidine ve getirilen vakıanın hukuki işlem niteliğine göre hâkimin takdir hakkının olmadığı haller de söz konusu olabilmektedir.

Keşif delili ise hâkimin takdir edebileceği deliller arasında kabul edilmiştir. Bu nedenle her ne kadar kanunda kesin deliller düzenlenmiş olsa da keşif delili bakımından yine de hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi geçerlidir.¹³⁸ Türk hukukundaki durum bu olmakla birlikte Alman hukukunda tam anlamıyla hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi esası kabul edilmiştir.

¹³⁶ Nart, **Senetle İspat**, s. 208; İbrahim Açan, “Delil”, **ABD**, 1975/4, s. 478-485, s. 479 vd.; Alangoya, **İlkeler**, s. 175 vd.

¹³⁷ Bu yönde bkz. Serdar Kale/Salih Keser, “Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sistemi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı 21.2, 2015, s. 701-726, s. 704 vd.

¹³⁸ Dörenisa, **Keşfe Katlanma**, s. 262. Ayrıca bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 726, N. 27, s. 671; Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2861, 2868.

Bu husus Alman Medenî Usûl Kanununun 286. maddesindeki düzenlemeden anlaşılmaktadır. Burada kural olarak hâkimin tüm delilleri bir bağlayıcılık sözkonusu olmadan değerlendirebileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.¹³⁹ Alman Medenî Usûl Kanununun 286. maddesinin ikinci fıkrasında ise ancak kanundan doğan istisnai durumlarda hâkimin delille bağlı olabileceği belirtilmiştir.¹⁴⁰ Buna göre, kanun hâkime tam bir takdir serbestisi tanırken, kanunun belirttiği ayırık durumların olabileceğine işaret edilmiştir. Bu ayırık durumun örneği, senet deliline bağlanmış bazı karineler dolayısıyla senet delilinin adeta fazladan güç kazanması ve bu karinelerle hâkimin takdir hakkının senedin kazandığı güç karşısında sınırlı hale gelmesidir.¹⁴¹

Sonuç olarak keşif delili takdiri delillerden olup, hâkimin keşif incelemesi neticesinde elde ettiği bilgiyi serbestçe takdir etme imkânı vardır. Hâkimin gerek duyduğunda keşfe kendiliğinden karar vermesi bunun bir görünümü olarak düşünülür.¹⁴² Ayrıca, hâkim gerekli görürse yargılamada birden fazla kez keşif incelemesi de yapabilir. Elbette bunu takdir ederken, usûl ekonomisi ve diğer ilkeleri göz ardı etmemek bakımından ihmalkâr davranmaması gerekir. Hâkim neticede keşif incelemesinden elde ettiği bilgileri ve kanaati gerekçelendirerek serbestçe takdir edecektir.

¹³⁹ Nart, **Senetle İspat**, s. 208, 209.

¹⁴⁰ Nart, **Senetle İspat**, s. 208.

¹⁴¹ Dieter Leipold, “Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess“, **Festschrift für Walter Gerhardt**, Köln 2004, s. 563-585, s. 570; Eberhard Schilken, “Gedanken zum Anwendungsbereich von Strengbeweis und Freibeweis im Zivilverfahrensrecht“, **Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhossler zum 70. Geburtstag Band II Zivilrecht**, Karlsruhe, 2004, s. 649-662, s. 655.

¹⁴² Aşık, **Keşif**, s. 29.

V. KEŞFİN KONUSU VE KEŞİF KONUSU OLARAK ELEKTRONİK BELGELER

A. Klasik Keşif Malzemeleri

Keşif uyuşmazlık konusu hakkında bilgi sahibi olmak için yapılır. Keşfin konusu ise uyuşmazlık hakkında bilgi sahibi olmaya yarayacak her türlü malzeme olabilir. Buna göre, taşınır ya da taşınmaz her türlü eşya keşfin konusu olabilir. İnsan vücudu üzerinde inceleme yapılması gerektiğinde, bu da bir keşif incelemesidir. Dolayısıyla insan bedeni de keşfin konusu haline gelir. Keşif konusuna bir örnek olarak, mezar açılması işlemi dahi gösterilmektedir¹⁴³. *Feth-i kabir* olarak adlandırılan bu işlem, esasında bir keşif işlemidir. Uyuşmazlık hakkında bilgi edinmek adına incelenmesi icap eden naaş, keşif malzemesi olmaktadır.

Keşif malzemeleri klasik ve klasik olmayan keşif malzemeleri olarak ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmektedir. Böylece geleneksel keşif malzemeleri ile yeni nesil keşif malzemelerini ayırt edici yönleri bakımından sınıflandırmak mümkün olmaktadır. Klasik keşif malzemelerinde yerleşik bir uygulama söz konusu iken, klasik olmayan keşif malzemeleri nispeten yenidir. Bu nedenle, hem mahkeme hem de taraflar, uyuşmazlığı aydınlatma gayesi taşıyan araçlardan hangilerinin keşif malzemesi olup, hangilerinin olmayacağını kestirmekte zorlanmaktadır. Yukarıda sayılanlar dışında, keşif konusu olarak kabul edilen bir diğer önemli malzeme elektronik belgelerdir.

Keşif, her zaman inceleyeceği ve gözlemleyeceği bir nesneyi gerektirir; ki buna keşif konusu (*Augenscheinsgegenstand*) ya da keşif nesnesi (*Augenscheinsobjekt*)

¹⁴³ Ege, **Keşif**, s. 12.

denir¹⁴⁴. Türk hukukunda ise keşif malzemesi deyimi de tercih edilmektedir¹⁴⁵. Keşif delilinde, keşfin nesnesinin iki önemli niteliğinden söz edilir. Keşif nesnesi ilk olarak, dar anlamda bir ispat aracıdır¹⁴⁶. İkinci olarak ise, bilgilendirici keşif incelemesi için bir bilgi aracıdır¹⁴⁷. Yani keşif nesnesi (*Augenscheinobjekt*), keşif incelemesinin hem konusunu hem de kaynağını oluşturur. Bir davada ispat faaliyetinde delil olarak dayanan bir nesne varsa, bunun üzerinde keşif yapılmadan, temsil ettiği vakıaların tam olarak anlaşılması neredeyse imkânsızdır¹⁴⁸. Keşif incelemesi neticesinde, o nesnede duysal olarak algılanacak bir özellik bulunmadığı görülürse, bunun da bir keşif incelemesiyle anlaşılması ve tespit edilmesi gerekir.

Keşfin konusu yalnızca nesneleri değil; insanları, hayvanları, durumları ve hatta süreçleri de içerebilir¹⁴⁹. Bu sebeple dava konusu bizzat keşfin malzemesi olabileceği gibi, davanın tarafları dahi bazen bizzat keşfin konusu olabilmektedir¹⁵⁰. Keşif malzemesi yukarıda da işaret edildiği gibi, taşınır veya taşınmaz olabilir¹⁵¹. Öte yandan, şirketler, şerefiye veya alacak hakları gibi soyut olmakla birlikte maddi değeri olan şeylerin keşif nesnesi olamayacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde fikri mülkiyet ve mülkiyet hakları gibi duyularla algılanamayan şeylerin de keşif konusu olamayacağı değerlendirilmiştir¹⁵².

Yalnızca sınırlandırılmadıkları, sahip olunamadıkları veya kontrol edilemedikleri için Alman Medenî Kanunu madde 90 anlamında maddi niteliği olmadığı kabul edilen şeylerin de duysal olarak algılanabilirlerse, keşif malzemesi olarak kabul edilebilecekleri ifade edilmektedir. *Drehse*n, bu konuda akan suları veya

¹⁴⁴ Drehse, **Augenschein**, s. 171; Aşık, **Keşif**, s. 38; Zöller, **ZPO**, §371 Rn. 7; Musielak/Voit, **ZPO**, § 415 Rn. 5.

¹⁴⁵ Aşık, **Keşif**, s. 34 vd.

¹⁴⁶ Drehse, **Augenschein**, s. 171.

¹⁴⁷ Drehse, **Augenschein**, s. 171; Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 7, 8.

¹⁴⁸ Drehse, **Augenschein**, s. 171.

¹⁴⁹ Drehse, **Augenschein**, s. 171.

¹⁵⁰ Alman Medenî Usûl Kanununun 3. maddesi bu çıkarıma dayanak oluşturur. Bu yönde bkz. Drehse, **Augenschein**, s. 171. Ayrıca bkz. Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 6.

¹⁵¹ Drehse, **Augenschein**, s. 172. Ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 144 paragraf 1; Musielak/Voit, **ZPO**, § 144 Rn. 1; R/S/G, **ZPO**, § 118 Rn.13.

¹⁵² Bu yönde bkz. Drehse, **Augenschein**, s. 172. Alman hukukundan daha fazla örnek için ve nesnelerin duysal algılanabilirliği üzerine değerlendirmeler için bkz. Fritzsche, **BK-BGB**, § 90 prg. 6; Stresemann, **BK-BGB**, 90 § Rn. 1; Wolf/Neuner § 25 Rn. 4.

kar tanelerini¹⁵³ örnek olarak göstermiştir. Bu örnekleri eşya hukuku bağlamında eşyanın doğasını ve çeşitlerini düşünerek çoğaltmak mümkündür.¹⁵⁴ Burada vurgulanmak istenen husus ise, keşif malzemesinin caiz olup olmamasının keşif nesnesinin eşya niteliğinden bağımsız olduğudur.

Keşif konusu olabilecek nesneler bakımından iki temel noktaya odaklanılmıştır. Bunlardan ilki, keşif malzemesinin bir duyuya hitap etmesidir. İkincisi ise, ispata elverişli olmasıdır. Bu iki özellik, o eşyanın geçmişte tanıklık ettiği bir olay olması; tanıklık ettiği olayı geçmişten bugüne taşıyabilecek izler barındırması anlamına gelir. Böyle bir malzeme söz konusu olduğunda hâkimin yapması gereken, o malzemeyi bizzat teftiş etmek, böylece geçmişteki olayın temsilini bugüne taşıyıp dava dosyasına dahil etmektir. Bu nedenle, keşif deliline bir nevi “eşyanın tanıklığı” olarak bakmak mümkündür. Çünkü keşfe konu eşya; keşif incelemesiyle görülerek, duyularak ve hatta bazen tadılarak hâkimce bizzat muayene edilmektedir.

Yukarıda keşfe ilişkin verilen örneklerle benzer olarak, her türlü canlı, örneğin hayvanlar ya da canlı olmayan bir hayvan ya da insan bedeni, ölen bir kişinin cenazesini temsil eden külleri, bir bedenden (insan ya da hayvan bedeni) ayrılmış vücut parçaları veya yine bir canlıdan elde edilen tüm bedensel maddeler, medenî hukuk anlamında eşya sayılıp sayılmadıklarına bakılmaksızın incelenir.¹⁵⁵ Çünkü, önemli olan hâkimin duyularıyla algılanabilir olma özelliğine sahip olmalarıdır. Doktrinde, aynı açıklamalar vücuda gevşek veya sıkı bir şekilde bağlanmış yapay vücut parçaları ve protezler için de geçerli kabul edilmektedir. Kaynak saç parçaları, protez dişler, protez organlar, meme implantı, çene implantı veya diş dolguları gibi¹⁵⁶.

¹⁵³ Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 144 Rn. 1.

¹⁵⁴ Örneğin; su eşya niteliğinde olmadığından özel mülkiyete konu olamasa da keşfin konusunu oluşturabilir. Detaylı bilgi için bkz: Jale G. Akipek, **Türk Eşya Hukuku, Ayni Haklar, İkinci Kitap, Mülkiyet**, İkinci Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1973, s. 185 vd.

¹⁵⁵ Fritzsche, **BK-BGB**, §90 Rn. 30, 32, § 90a Rn. 1 vd.; Stresemann, **BGB**, § 90 Rn. 26, 29, 34; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 5; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 308.

¹⁵⁶ Palandt-Ellenberger, **BGB**, §90 Rn. 3.

Yukarıda sayılan örneklere kalp pilini de eklemek mümkündür. Ancak, kalp pili gibi bir canlının vücuduna kalıcı olarak yerleştirilen nesnelerde bir sorun ortaya çıkmaktadır. Burada sorun, keşfin karakteristik özelliği olan doğrudanlık noktasında ortaya çıkar. Çünkü, kural olarak vücuda müdahale edilmeden vücut içinde bulunan bu nesne üzerinde tam duyuşsal algı mümkün görünmemektedir. Bu tür keşif incelemesinde insan vücuduna ve bunun bütünlüğüne karşı ciddi bir müdahalede bulunmadan yalnızca dışarıdan yapılacak bir gözlemle sonuca ulaşamadığı sürece, kişinin katlanması gereken zorluk bakımından hak ihlaline yol açma riski yüksektir.¹⁵⁷

Yukarıdaki örnekteki gibi sorunlar, keşif nesnesi her ne olursa olsun, onun özüne dokunacak müdahaleleri mümkün olan en alt seviyeye indirecek şekilde, keşfe yardımcı araçların kullanılmasıyla hafifletilmeye çalışılmaktadır.¹⁵⁸ Bu yardım araçları aşağıda da söz edileceği gibi çok çeşitli olabilmektedir.¹⁵⁹ Bazen keşif yardımcısı kişiler bu rolü üstlenirken, bazen keşif esnasında kullanılan yardımcı yazılım ve programlar ile keşfe katlanma zorunluluğu gibi hukuki kurumlar; keşif nesnesinin en uygun şekilde incelenip hukukun üstünlüğü ilkesine uygun olarak dava dosyasına alınmasına hizmet eder. Yukarıdaki kalp pili örneğinden devam etmek gerekirse, hâkim vücuda gömülü halde bulunan bu nesneyi doğrudan göremese de örneğin kalp pilinin varlığını kesine yakın olarak gösteren elektronik cihazlardan yardım alarak, kanaatini oluşturmaya çalışacaktır. Bir diğer ihtimal hâkimin kalp pili hususunda uzman olan bir kalp cerrahından keşif konusunda yardım almasıdır. İşte tüm bunlar hâkimin keşif incelemesini yardım alarak gerçekleştirmesinin birer örneğini teşkil eder.¹⁶⁰

Keşif incelemelerine örnek olarak; kazaya karışan bir aracın kaza sonrası ne durumda olduğunun incelenmesi, aracın nereden darbe aldığının ve darbenin etkisinin görülmesi, bir virajın görüş mesafesi ve sürüş güvenliği bakımından yetersiz ya da

¹⁵⁷ Frische, **BK-BGB**, §90 Rn. 31; Stresemann, **BGB**, § 90 Rn. 28, 32.

¹⁵⁸ Stürner/Stadler, **JZ** 1985, 1101, s. 1103; Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342.

¹⁵⁹ Aşağıda bkz. III. bölüm I, B, 3.

¹⁶⁰ Eberhard Schmidhauser, “Zeuge, Sachverständiger und Augenscheinsgehilfe“, **ZZP**, V. 72, 1959, s. 365-402, s. 367 vd.; Albert Zender, “Rechtshilfe bei Zwangsmaßnahmen zur Blutentnahme?“, **NJW**, 1991, s. 2947-2948, s. 2951.

tehlikeli olduğunun gözlemlenmesi, bir telesiyenin emniyet çubuğundaki yay basıncının iş güvenliği bakımından oluşturduğu riskin gözlemlenmesi gibi çok çeşitli uygulamadan örnekler sayılabilmektedir.¹⁶¹

Klasik keşif nesneleri söz konusu olduğunda, hem mahkeme tarafından gerçekleştirilecek duyuşsal algının karakterinin hem de duyuşsal algının doğrudanlığının tam olarak karşılandığı ifade edilir. Yani keşfin karakterine en uygun keşif incelemesi, klasik keşif malzemeleri üzerinde yapılanlardır. Klasik keşif objelerinin son derece güçlü bir “zihinsel kavrayış” sunduğu belirtilir.¹⁶² Klasik keşif nesnelerinin, keşif ikamesi nesneler ve yeni nesil keşif nesnelerinin ortaya çıkmasına kadar tek keşif malzemesi türü olduğu ifade edilmektedir.¹⁶³ Bu nedenle de uzun yıllar keşfin malzemeleri olarak en büyük grubu oluşturmuşlardır. Kural olarak keşif denildiğinde, bunun “göze hitap eden nesne” olarak anlaşıldığı ve akla ilk gelen şeyin bir nesnenin gözle muayenesi olduğu belirtilir.¹⁶⁴ Hatta Alman, Avusturya ve İsviçre hukuklarında keşif deliline verilen isim de Almanca göz anlamına gelen “*Auge*” sözcüğünden türetilmiştir.¹⁶⁵ Ancak gözle muayene keşif bakımından en çok başvurulanan yöntem olsa da tek değildir. Duyusal olarak algılanabilir tüm şeyler, durumlar ve süreçler; yukarıda açıklanan örneklerde olduğu gibi, mahkemenin bunları doğrudan doğruya incelemesi halinde klasik keşif nesneleridir.¹⁶⁶ Yani keşfin konusu sadece somut olarak eşyalar değil, soyut olarak zihinsel muhakemeye muhtaç olan vakıaların ta kendisidir.¹⁶⁷

Burada klasik keşif malzemelerine ilişkin açıklamaları sonlandırırken, önemli bir hususa vurgu yapmak gerekir. Aslında son dönemde klasik ve klasik olmayan keşif malzemesi ayrımının iç içe geçmeye başladığı ifade edilmektedir.¹⁶⁸ Geleneksel

¹⁶¹ Alman Hukukundan örnekler için bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 173; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2. Ayrıca bkz. OLG Celle NJW-RR 2005, 755, s. 756; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 7.

¹⁶² Drehsen, **Augenschein**, s. 180.

¹⁶³ OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 241, s. 241; Reinhard Greger, “Kamera on Board – Zur Zulässigkeit des Video-Beweises im Verkehrsunfallprozess”, **NZV**, 2015, s. 114-118, s. 114 vd.

¹⁶⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 180.

¹⁶⁵ Bu karşılaştırmaya daha önce de işaret edilmişti. Bu yönde bkz. I. bölüm III, A, 1, a.

¹⁶⁶ OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 241, s. 241; Greger, **Video-Beweises**, s. 114.

¹⁶⁷ Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 535; Dörenisa, **Keşfe Katlanma**, s. 265.

¹⁶⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 172.

yöntemler ve ilkeler ağırlığını korumakla birlikte, duruşmaların dahi çevrimiçi ortamda yapılmasının bu denli yaygınlaşmış olması, tek başına bir dönüşümün göstergesidir. Özellikle klasik keşif objelerinden elde edilen kayıtlar üzerinde de keşif incelemesi yapılabildiği düşünüldüğünde; bir bakıma neyin gerçek keşif malzemesi, neyin gerçek olmayan keşif malzemesi olduğunu tespit etmek zorlaşmaktadır. Bu noktada şüphesiz ki ezberleri bozan keşif malzemesi elektronik belgelerdir. Çünkü elektronik belgeler tek yönlü değildir ve pek çok şeyi temsil edebilirler. Hem bilgi hem düşünce hem de nesne içerebilirler. Buna göre, elektronik ortamda saklanan veriler uygun bilgisayar programları kullanılarak duyularla kolaylıkla algılanabildiklerinden, keşif konusu olmaktadır.¹⁶⁹ Genel tanımları karşılamaması nedeniyle de bunlar “klasik olmayan keşif malzemeleri”ne dahil kabul edilirler. Hatta bugün için vurgulandığı gibi, elektronik belgeler klasik olmayan keşif malzemelerinin en önemli kesimini oluştururlar.

B. Klasik Olmayan Keşif Malzemeleri

Klasik olmayan keşif malzemelerinden bu çalışma için önem arz eden grup şüphesiz elektronik belgelerdir. Elektronik belgeler içinden ise ses ve görüntü kayıtları, klasik olmayan keşif malzemelerinin en tipik örneklerindendir. Örneğin, özel boşanma sebeplerinden zinaya dayanılarak açılmış bir boşanma davasında, davacı tarafın iddia ettiği vakıaları ispat edebilmek için, davalı eşin sevgilisiyle gittiği otelin lobisini gösteren bir güvenlik kamerasının kayıtlarını delil olarak gösterirse, hâkimin bu kayıtlar üzerinde bizzat yapacağı inceleme, bir keşif incelemesidir.¹⁷⁰ Bu halde otelin güvenlik kamerasının kaydettiği görüntüler birer elektronik belgedir. Yine klasik olmayan keşif malzemesine başvuru bir hal olarak, bilgisayarın bizzat kendisi üzerinde ya da bilgisayarda tutulan birtakım dosyalar üzerinde yapılan inceleme gösterilebilir.¹⁷¹

¹⁶⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 172.

¹⁷⁰ Ege, **Keşif**, s. 13; Göksu, **Elektronik Delil**, s. 176.

¹⁷¹ Ege, **Keşif**, s. 13; Göksu, **Elektronik Delil**, s. 176.

Esasında Hukuk Muhakemeleri Kanununun kabulünden önce dahi, klasik olmayan keşif malzemeleri arasında elektronik belgelerin de yer aldığının doktrinde kabul edildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Zira, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 367. maddesinde düzenlenen özel hüküm sebepleri, kanunda düzenlenmiş delil türleri dışında bir delille ispat söz konusu olduğunda başvurulabilecek bir delil çeşididir.¹⁷² Klasik olmayan keşif objelerinin de HUMK dönemindeki görünümü esasında 367. maddede düzenlenen özel hüküm sebepleridir. Bir diğer deyimle, özel hüküm sebepleri “geniş anlamda keşif” kavramına dahildir.

Keşfin konusu bakımından önemi vurgulanan bir diğer husus, ister klasik ister klasik olmayan keşif malzemesi olarak nitelendirilsin; keşif nesnesinin özgünlüğü ve orijinalliği (*Echt- und Unverfälschtheit des Augenscheinsobjekts*) meselesidir.¹⁷³ Buna göre, hem bilgi amaçlı keşif hem de kanıt elde etme amaçlı keşif incelemesi, yalnızca inceleme konusu nesnenin gerçek ve bozulmamış olması durumunda güvenilirdir. Bu gerçek ve orijinal olma durumu zamansal değişiklikleri de kapsar. Örneğin ispat edilmek istenen vakıanın gerçekleştiği zamanla keşif incelemesinin yapılacağı zaman arasında, teknik kayıtlar üzerinde keşif¹⁷⁴ söz konusu olduğunda ise teknik kaydın zamanıyla yine keşif incelemesinin yapılacağı zaman arasında insan müdahalesi olmaksızın meydana gelen değişiklikleri de içerir.¹⁷⁵ Özellikle bir elektronik kaydın zaman içinde bozulması, silinmesi gibi durumlar buna örnektir.

¹⁷²Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 765; Ayrıca Bkz. Göksu, **Senetle İspat**, s. 57; Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 36.

¹⁷³ Drehsen, **Augenschein**, s. 173. Özellikle elektronik belgeler bakımından orijinallik ve gerçeklik meselelerinin ayrı bir önemi vardır. Öneme binaen bu çalışmada bu kavramlar pek çok yerde vurgulanmıştır. Bu yönde özel olarak bkz. II. bölüm I, D. Elektronik belgelerde özgünlüğün, tanımlanabilirlik ve bütünlük olmak üzere iki adımda incelenmekte olduğu ifade edilmektedir. Tanımlamanın, belgenin türüne göre özelliklerini belirtmekte olduğu, böylece düzenleyen ya da belgeye etki eden kişiler, tarihler, içerik, arşivsel bağ, dosya kodu ve belgenin ekleri hakkında bilgi verdiği belirtilir. Özgünlüğün diğer bir adımının, belgenin tüm bileşenleriyle birlikte bozulmamış ve değiştirilmemiş olmasını ifade ettiği; taşıyıcı ortamın kırılabilirliği, teknolojik eskimeler ve sistemlerin standartlardan uzak bir şekilde geliştirilmesi, belgelerin bütünlüğünü oluşturan unsurlardan biri olan bit akışını olumsuz etkileyebileceği, bit akışının da elektronik belgelerin yazılım kodları aracılığıyla anlamlı bir şekilde görünür olmasını sağladığı ve bu nedenle önemli olduğu ifade edilir. Bu yönde bkz. Sağlık, **Elektronik Belge**, s. 60.

¹⁷⁴ Teknik kayıtlar üzerinde keşif, aşağıda ayrıca ele alınmıştır. Bu yönde bkz. III. bölüm I, C.

¹⁷⁵ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 20. Ayrıca bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 173.

Keşif malzemesinin başarılı bir keşif için gerçek ve orijinal olması gerekmesine rağmen; özellikle belgeler bakımından, sahteciliğe karşı belirli bir derecede güvensizlik, tek başına bir nesnenin keşif malzemesi olmasına engel değildir.¹⁷⁶ Keşif nesnesinin gerçekliği ya da orijinallliği bakımından bir tartışma varsa, ilk derece mahkemesinin öncelikle bu tartışmayı çözmesi gerekir.¹⁷⁷ Yani hâkim, keşif konusunun hem ihtilaflı vakıayı ispat etmeye yarayıp yaramadığını hem de gerçeği yansıtıp yansıtmadığını takdir edecektir. Bu çıkarımlar Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanununun delillerin toplanmasına ilişkin genel hükümleri düzenleyen 366. maddesi dayanak gösterilerek yapılmaktadır.¹⁷⁸

Bununla birlikte, bu açıklamalar aynı zamanda bilgi amacıyla incelenecek görsel bir nesne hakkında geçici bir anlaşmazlık olması durumunda da geçerlidir. Çünkü, bu durumda, gerçeklik veya orijinallik sorunu, hangi konuda ihtilaf bulunduğu, hangi bilgilerin artık bu belgeden anlaşılamadığı gibi hususların öncelikle incelemesini gerektirir. Bu da delil elde etme amacının önüne geçen bir keşif incelemesine sebebiyet vererek, özellikle bilgi elde etme amaçlı keşif incelemelerinde keşiften beklenen faydanın sağlanamamasına sebep olabilmektedir.¹⁷⁹

Bu tartışmaların aynı zamanda bilgi amaçlı keşifte incelenecek bir keşif nesnesi hakkındaki ihtilaflar için de geçerli olduğu ifade edilmektedir.¹⁸⁰ Zira, bu durumda özgünlük veya orijinallik sorunu artık sadece bilgi edinilmesi değil, hakkında delil toplanması gereken ihtilaflı bir olgu haline gelir. İşte bu nedenle sadece bilgi amaçlı keşfin uygulanmasının ötesine geçer.¹⁸¹ Delil amaçlı bir keşif söz konusu olduğunda, keşif nesnesinin gerçekliği ve özgünlüğüne ilişkin ispat yükü, davasını dayandırdığı vakıanın ispatı için o keşif nesnesine dayanan tarafa aittir.¹⁸²

¹⁷⁶ W/S-Ahrens, **ZPO**, § 371 Rn. 8; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 12; S/J-Berger, **ZPO**, § 371 Rn. 6.

¹⁷⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 173; W/S -Ahrens, **ZPO**, § 371 prg. 4, 53; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 20.

¹⁷⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 173; W/S -Ahrens, **ZPO**, § 371 paragraf 59; Zöller, **ZPO**, § 371 Rn. 7; HK-ZPO-Siebert § 361 Rn. 1.

¹⁷⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 173.

¹⁸⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 173; Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8.

¹⁸¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 173.

¹⁸² Drehsen, **Augenschein**, s. 173; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2; OLG Celle NJW-RR 2005, s. 755,

Görüldüğü üzere, klasik olmayan keşif malzemeleri, klasik keşif malzemelerine nazaran üzerinde tartışmaların daha fazla yoğunlaştığı bir alandır. Bunun temel sebepleri, klasik olmayan malzemelerin bu ayrım altında toplanması ve yeni nesil malzemelerin daha önce karşılaşılmamış uygulama örneklerini beraberinde getirmesidir. Özellikle elektronik belgelerin keşif malzemesi olarak kabul edilmesinden yola çıkan anlayışla, klasik olmayan keşif malzemelerinin büyük bir çoğunluğunu elektronik tabanlı verilerin oluşturduğunu söylemek mümkündür. Bunların sınırlı sayıda olmaması da bu konuda yorum yapmayı zorlaştırmaktadır. Aşağıda klasik olmayan keşif malzemelerinin özel ve önemli bir çeşidi olarak elektronik belgeler ve elektronik belgelerin keşif malzemesi olması meselesi ayrıca incelenecektir.

C. Klasik Olmayan Keşif Malzemesi Olarak Elektronik Belgelerin Hâkim Tarafından Keşif Yoluyla İncelenmesi

1. Genel Olarak

Hak arayan kişilerin ispat faaliyetini kolaylaştırmak, hukuk yargılamasının geleneksel evriminde öne çıkan amaçlardan biri olmuştur. Başta usûli engeller olmak üzere kişilerin sırf sosyal, ekonomik ya da fiziki engeller yüzünden, hak arama faaliyetlerinin başarısızlığa uğraması arzu edilmemektedir. Bu yaklaşım adalete erişim prensibinin bir sonucudur.¹⁸³ ve yeni dönemde yeni bir usûl anlayışı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bağlamda geleneksel temellerle ilkelere dayanarak yargılama yapan ve yüzyıllar içinde şekillenmiş olan geleneksel devlet mahkemelerinde, geleneksel olmayan araçlarla ispat faaliyeti yürütmenin kolay olmayacağını kabul etmek gerekir.

756; W/S-Ahrens § 371 Rn. 6; Ahrens, **Beweis**, Kap 22, Rn. 7; Ahrens FS Geimer 1, 4. Ayrıca bkz. Umar/Yılmaz, **İsbat Yükü**, s. 34 vd.; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 8 vd.

¹⁸³ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

Buradaki en önemli sorun, niteleme sorunudur. Geleneksel olmayan bir malzemeyle geleneksel yöntemi birleştirerek yine geleneksel usûlde bir hüküm elde edebilmek için, dava malzemesiyle yöntemi ortak bir paydada buluşturmak gerekecektir. Yargılamada bu görevi yapacak olan aktör şüphesiz ki hâkimdir.

İşte bu nedenle geleneksel olmayan bir dava malzemesi olarak elektronik belgelerin, önce çeşitlendirilmesi ve daha sonra ait olduğu sınıfa en uygun olacak şekilde, mümkün olduğu ölçüde bizzat hâkim tarafından -algılanarak- kanaat malzemesi haline getirilmesi gerekmektedir. Geleneksel bir bakış açısıyla, sırf elektronik ortamda bulunduğu için, davanın ispatında son derece önemli olan bilgilerin, doğrudan bilirkişi incelemesi konusu yapılarak dava dosyasına dahil edilmesi, bir doğrudan delilin gerekmediği halde dolaylı hale getirilmesi sonucunu doğuracaktır.

Bu nedenlerle, elektronik belgelerin hâkim tarafından bizzat duyu organlarıyla doğrudan incelenmesi gerektiği düşüncesi ortaya çıkmaktadır. Elektronik belgelerin, belge niteliğiyle birlikte, yeri geldiğinde yalnız belge olarak, yeri geldiğinde de geniş belge tanımından faydalanılarak geleneksel olmayan keşif malzemesi olarak ele alınması gerekir. Aşağıda özel olarak Alman ve İsviçre hukuklarında keşif delilinin düzenlenme usûlü ve elektronik belgeler ile keşif arasındaki ilişki genel hatlarıyla ele alınmaya çalışılacaktır.

2. Alman ve İsviçre Hukuklarında Keşif Deliline ve Elektronik Belgelerin Keşif Yoluyla İncelenmesine Genel Bir Bakış

a. Alman Hukukunda

i. Genel Olarak Keşif

Keşif, Alman Medenî Usûl Hukukunda 1903 tarihli CPO'dan¹⁸⁴ bu yana yer almaktadır¹⁸⁵. Uzun yıllardan beri delil sisteminin bir parçası olan keşif delilinin, aslında uygulamada çoğunlukla problemsiz bir alan olduğu belirtilmektedir¹⁸⁶. Bu nedenledir ki Alman Medenî Usûl Kanununun ilk yürürlük tarihinden bu yana yapılan akademik çalışmalara bakıldığında, bu çalışmalarda keşif delilinin kendine pek yer bulamadığı düşünülebilir. Ancak keşif yardımcısı, keşif yoluyla elektronik belge incelemesi ve keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin hususların uygulamada sorunlara yol açtığı, bu nedenle özel eserlerde ve yargı kararlarında bu sorunlara işaret edildiği fark edilebilecektir¹⁸⁷.

Özellikle bazı hallerde, mahallinde keşif yapmak yerine, mahkeme salonunda bir fotoğraf üzerinden ya da başkaca bir elektronik belge üzerinden keşif yapmak mümkündür¹⁸⁸. Alman hukukundaki bu kural, elektronik belgenin delil olarak hâkimle

¹⁸⁴ *Civilprozessordnung* (Alman İmparatorluk Medenî Usûl Kanunu) hakkında bkz. <https://dip.bundestag.de/suche?term=cpo&f.wahlperiode=20&rows=25>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

¹⁸⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁸⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁸⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 55. Bu problemlerin yalnız hukuk yargısını değil, aynı zamanda ceza yargısını da ciddi anlamda meşgul ettiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. **a.g.e.** Bu bağlamda öne çıkan problemlerli noktaların başında, keşif yardımcısı kavramı, kimde olduğu bilinmeyen ya da belirlenemeyen belgelerin incelenmesi sorunu ve tarafların keşfe katlanma yükümlülükleri gelmektedir. Bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁸⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 55; Huber, **Anderungen der ZPO**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

buluşması bakımından en ideal yolun keşif incelemesi olduğu düşüncesinden çıkmış ve son halini bu şekilde almıştır.

Alman hukukunda keşif delili kanunda ismen sayılan delillerdendir. Alman Medenî Usûl Kanunundan yola çıkılarak, bilgi amaçlı keşif ve delil elde etme amaçlı keşif olmak üzere iki ayrı keşif çeşidinin varlığından söz edilmektedir.¹⁸⁹ Alman hukukunda genel anlamda keşif delili Türk hukukundakine benzerdir. Özellikle klasik keşif malzemelerinin keşif yoluyla incelenmesinde keşif kararının hem taraf talebiyle hem hâkim tarafından kendiliğinden verilebilmesi, keşif tutanağı tutulmasına ilişkin hükümler ve keşif esnasında hazır bulunabilecek kişiler gibi hususlar bakımından Türk hukukuyla benzerlikler arz etmektedir. Türk hukukunda ve diğer pek çok hukuk yargılamasında olduğu gibi, keşif incelemesinin özü Alman hukukunda da “görsel algı”ya dayanmaktadır. Elbette diğer duyu organları dışlanmış değildir. Yalnızca hâkimin bir görsel nesneyi inceleme olgusu daha ön plandadır. Alman hukukunda asıl özellik, keşif delili bakımından elektronik belgelerin Alman Medenî Usûl Kanununda doğrudan bir keşif malzemesi olarak düzenlenmiş olmasındadır.

ii. Alman Medenî Usûl Kanununun Hükümlerine Göre Elektronik Belgeler Üzerinde Keşif

Alman Medenî Usûl Kanunundaki keşif hükümleri geçtiğimiz yıllar içinde çeşitli değişikliklere uğramıştır.¹⁹⁰ Bunun sonucunda özellikle elektronik belgelerin

¹⁸⁹ Meier, **ZPO**, s. 322; Spühler/Tenchio/Infanger, **ZPO**, s. 1014. Bu ayrım yalnız Alman hukukunda değil, İsviçre hukukunda da vurgulanmaktadır. Bu yönde bkz. Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8.

¹⁹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 55. Öncelikle Alman Medenî Usûl Kanununda “*Beweis durch Augenschein*” başlığını taşıyan 371. madde, B. V. 05.12.2005 BGBl. I s. 3202, 2006 I 431, 2007 I 1781 ile revize edilmiş; en son 19. madde ile değiştirilmiştir (G. V. 22.02.2023 BGBl. 2023 I No. 51). Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.buzer.de/371_ZPO.html (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.05.2023). Ayrıca bkz. Michael Huber, “Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz - Änderungen der ZPO”, **JuS**,

keşif yoluyla incelenmesine ilişkin yeni hükümler getirilmiştir. Bu çalışmada da mümkün olduğunca yeni bir keşif malzemesi olarak elektronik belgelerin nasıl inceleneceği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Alman hukukunda keşif delilini ve elektronik belgelerin keşif malzemesi olmasını izah edebilmek için kısaca delil sistemi üzerinde durmak gereklidir. Alman hukukunda deliller, tanık delili hariç olmak üzere hâkim tarafından re'sen toplanabilmektedir.¹⁹¹ Yani Türk hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da keşif re'sen başvurulabilen deliller arasındadır.¹⁹² Ayrıca Alman Medenî Usûl Kanununun 286. maddesine göre, hâkim tahkikat sonucunu ve mahkemeye ibraz edilen tüm delilleri serbestçe değerlendirerek iddia ve savunmaların haklı olup olmadığına karar verir.¹⁹³ Buna göre keşif delili serbestçe değerlendirildiği gibi, senet niteliğinde olan bir belge de hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecektir. İşte Alman ve Türk hukuk yargılamalarında ispat sistemlerini birbirinden ayıran önemli hususlardan biri budur. Ayrıca, Alman hukukunda belge kavramının Türk ve İsviçre hukuklarına göre dar kapsamlı olduğu söylenebilir. Dar anlamda belge kavramının dışında kalan her türlü bilgi taşıyıcısı keşif delilinin konusu olur.¹⁹⁴

2004, s. 873-878, s. 874, (beck-online.de).

¹⁹¹ Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3035; Schilken, Rdnr. 350, 356; H.J. Ahrens, in Wieczorek/Schütze, **ZPO Grosskommentar**, 3.A., 2009, § 284 ZPO Rdnr. 9.

¹⁹² R. Zöllner, **Zivilprozessordnung**, 33. A., Ottoschmidt, 2020, § 371, Rn. 1; Kern/Diehm, **ZPO**, Art. 371, Rn. 2; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371, Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, **Zivilprozessordnung**, § 371, Rn. 2, 4; Zimmerman, **Zivilprozessordnung**, § 371, Rn. 1; Stein/Jonas, **Kommentar zur Zivilprozessordnung**, § 371, Rn. 1; Saenger, **ZPO Handkommentar**, § 371, Rn. 1; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **Zivilprozessrecht**, s. 722; Jauernig/Hess, **Zivilprozessrecht**, s. 213; Vorwerk/Wolf, **ZPO**, § 371, Rn. 3; Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 371, Rn. 1.

¹⁹³ Nart, **Senetle İspat**, s. 208; Huber, **Anderungen der ZPO**, (beck-online.de).

¹⁹⁴ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 217, dn. 288; Sebastian Jungermann, "Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und die Bedeutung der 371 ZPO für elektronische Dokumente", **CR**, 2001, 868-871, s. 868; Alexander Roßnagel/Stefanie Fischer-Dieskau, "Elektronische Dokumente als Beweismittel – Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz", **NJW**, 2006, s. 806-808, s. 807; Daniel Adloff, **Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im Deutschen und Französischen Zivilprozess**, Mohr Siebeck, 2007, s. 200. Bu sebeple, delil tespiti aşamasında kural olarak belge delili kabul edilmese de keşif malzemesi olarak incelenen belgelerin varlığı sebebiyle, kısmen de olsa belge delilinin de delil tespitinde başvurulacak deliller arasında değerlendirildiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 217, dn. 288. Ayrıca bu yönde bkz. Christian Heinze/Gabriel Prado Ojea, "Der Beweis mit privaten elektronischen Dokumenten nach ZPO und eIDAS-VO", **CR**, 2018, (LSK 2018, 03800902), s. 37 vd.

Burada ifade etmek gerekir ki Alman medenî usûl hukukunda belge kavramı senedi de kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Bu durum, Türk hukukundakine benzemekle birlikte, Alman hukukunda belge ve senet terimleri arasındaki ayrım Türk hukukundaki kadar keskin değildir. Bunun sebebi ise, Alman Medenî Usûl Kanununda kesin delil – takdiri delil ayrımının ve senetle ispat kuralının bulunmamasıdır¹⁹⁵. Alman Medenî Usûl Kanununda belge kavramı “*Urkunde*” terimi ile ifade edilir. “*Urkunde*”, senedi de kapsamına alan geniş ve genel bir kavramdır. Bir düşünce içeriğine ilişkin beyan ya da bilgi ihtiva eden yazılı açıklamalar, “*Urkunde*” yani belgedir¹⁹⁶. Alman Medenî Usûl Kanununda “*Urkunde*” terimi, aynı zamanda bir delil çeşidini ifade eder. Alman Medenî Usûl Hukukunda katı delil sistemi kabul edilmiştir. Bunun anlamı, yalnız kanunda sayılan delil çeşitleriyle ispat faaliyetinin gerçekleştirilebilmesidir¹⁹⁷.

Bu halde, katı delil sisteminin bir sonucu olarak Alman Medenî Usûl Kanununda adı geçen sınırlı delillerden olan “*Urkunde*” için yazılılık unsuru da aranmaktadır. Dolayısıyla yazılılık unsuru taşımayan her türlü bilgi taşıyıcısı Alman Medenî Usûl Kanununa göre “belge” delili kapsamında değerlendirilemeyecek, ancak keşfin konusunu teşkil edebilecektir. Buna göre, Türk hukukunda ilk bakışta belge kavramına giren her türlü plan, çizim, kroki, fotoğraf, görüntü kaydı gibi veriler, Alman Medenî Usûl Kanununa göre birer keşif malzemesidir. Bu tür bilgi taşıyıcıları çoğunlukla elektronik ortamda yer alırlar. Bu nedenle, genel olarak elektronik belge

¹⁹⁵ Hilal Ünal Kaya, “Türk ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkânları”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 67 (4), 2018, s. 783-806, s. 786; Nart, **Senetle İspat**, s. 208; Hans-Jürgen Ahrens, “Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel”, **Zum Urkunden und Augenscheinsbeweis der ZPO. Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag**, München, 2002, s. 1-14, s. 3; Maritz Becker, “Die Pflicht zur Urkundenvorlage nach 142 Abs. 1 ZPO und das Weigerungsrecht der Parteien”, **MDR**, 2008, s. 1309-1315, s. 1309 vd. Nart Türk hukukunda senetle ispat zorunluluğunun, hâkimi maddî gerçeğe ulaşmada büyük oranda sınırlamakta olduğu görüşünü dile getirir. Bu yönde bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 208. Senetle ispat kuralının ortaya çıkış nedenleri hakkında bkz. Murat Yavaş, **Senetle İspat, Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları**, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020, s. 79 vd.

¹⁹⁶ Martin Schwab, **Zivilprozessrecht**, § 5 Rn. 257 G; Musielak/Voit, **ZPO**, § 415 Rn. 4; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 786.

¹⁹⁷ Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 704; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 87; Pekcanitez/Atalay/Özekes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 712; Albayrak, **Yaklaşık İspat**, s. 108.

olarak kabul edilirler. Dolayısıyla, Alman hukukunda elektronik belgeler çoğunlukla “belge” delili kapsamında değil, “keşif” delili kapsamında değerlendirilirler¹⁹⁸.

Bu açıklamalardan da görüldüğü üzere, Alman hukukunda keşif deliliyle elektronik belgelerin birlikte düşünülmesi ve değerlendirilmesi bir yorum ya da yaklaşımdan ziyade kanundan doğan bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Kanun, elektronik nitelik taşıyan doküman, veri ve belgelerin, gerek taraflarca ibraz edilerek gerekse kayıtların usûlüne uygun bir şekilde mahkemeye ulaştırılması şeklinde inceleneceğini düzenlemiştir.

b. İsviçre Hukukunda

İsviçre’de yeni Medenî Usûl Kanunu 1 Ocak 2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir¹⁹⁹. İsviçre’de her bir kantonda ayrı uygulamalar bulunması, medenî usûl hukuku uygulamaları bakımından karışıklığa yol açmıştır²⁰⁰. Başka sebepleri de bulunmakla birlikte, bu karışıklığı gidermenin yeni İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun kabulünde önemli rol oynadığı ifade edilmektedir²⁰¹. Böylece tüm Kanton usûl kanunları yürürlükten kaldırılmıştır ve ülkede uygulanacak tek bir usûl kanunu

¹⁹⁸ Musielak/Voit, **ZPO**, § 415 Rn. 3-5; Jan Kraayvanger/ Mark C. Hilgard, “Urkundenvorlegung im Zivilprozess – Annäherung an das amerikanische „discovery“ Verfahren?”, NJ, 2003, s. 572-575, s. 573; Winfried Steeger, **Die Zivilprozessuale Mitwirkungspflicht der Parteien beim Urkunden- und Augenscheinsbeweis**, Hamburg 1981, s. 99 vd.; Stein/Jonas/Leipold, vor § 415 Rdnr. 1; Zöllner/Geimer, § 415, Rdnr. 2; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 697; Nart, **Senetle İspat**, s. 211; Hermann Kaiser, “Der Beweis im Zivilprozess der Bundesrepublik Deutschland”, s.17-35, Der Beweis im Zivil -und Strafprozess, Zürich, 1996, s. 25; Schreiber, s. 37, 41-42; Rüssman, **ZPO**, Beweisrecht der ZPO, Alternativkommentar zur ZPO, Neuwied und Darmstadt, 1987, s. 1159.

¹⁹⁹Bu yönde ayrıntılı bilgi ve kanun metni için bkz. https://www.vischer.com/fileadmin/uploads/vischer/Documents/Activities/Brosch_CPC_EN_Web.pdf (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.07.2023); ayrıca bkz. <https://fedlex.data.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2010/262/20210101/en/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-2010-262-20210101-en-pdf-a.pdf> (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.07.2023).

²⁰⁰ B. Brandli, **Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess**, Bern, 2013, s. 196, prg. 422; F. Hasenböhler, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 2. A., Schulthess Juristische Medien AG, 2013, s. 1083 vd.; P. Higi, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2.A., Dike Verlag AG, 2016, s. 196; C. Leu, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2. A., Dike Verlag AG, 2016, s. 196.

²⁰¹ Isaak Meier, “Die neue schweizerische ZPO“, **ZZZ**, 28/2011, s. 249-256, s. 251 vd.; Weibel/ Walz, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3.A., 2016, s. 1289, Rn. 1.

kabul edilmiştir²⁰². Tesadüfî bir şekilde Türk hukukunda da yeni usûl kanunu olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu aynı yıl yürürlüğe girmiştir. Böylece iki ülkede de 2011 yılından itibaren medenî yargılama hukukunda yeni bir dönem eşzamanlı olarak başlamıştır²⁰³.

İsviçre medenî usûl hukukunda delil serbestisi esastır. Bununla birlikte ispat bakımından senet delilinin ön planda olduğu ifade edilmektedir²⁰⁴. Ancak, hâkim delilleri serbestçe takdir eder ve bir hükme varır²⁰⁵. İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda; tanık, senet, keşif, bilirkişi, uzman görüşü, soru yöneltme ve isticvap delilleri düzenlenmiştir. Keşif delili ise Türk hukukundakine benzer bir tanıma sahiptir²⁰⁶. İsviçre Medenî Usûl Kanunu belgeyi geniş bir kavram olarak ele alsa da aslında ironik bir şekilde keşif malzemesi olmaları bakımından onları sınırlandırmaktadır²⁰⁷. Belge (*Urkunde*) geçmiş bir şeye atıfta bulunurken, keşif

²⁰² Abdurrahman Kavasoglu/ Ömer Çon, “İsviçre Usûl Hukukuna Genel Bir Bakış”, **SDÜHFD**, Vol: 8, N.1, Yıl 2018, s. 49-58, s. 54. Medenî Usûl Kanunu dışındaki kanunlar yine kantonlara göre farklılaşabilmektedir. Bu farklılığa örnek olarak, mahkemelerin organizasyonu, yargılama giderleri ve avukatlık asgari ücret tarifesine hakkındaki kanunlar örnek verilmektedir. Bu yönde bkz. Kavasoglu/Çon, **İsviçre Usûl**, s. 54.

²⁰³ Yıldırım’a göre, İsviçre’de kantonal usûl kanunları için geleneksel bir unsur teşkil eden kanuni katalog, 1086 sayılı HUMK’da “iki tarafın hak ve vazifeleri” başlığı altında yer almış iken, buradaki ilkeler bu kez 6100 sayılı HMK’da “yargılamaya hâkim ilkeler” başlığı altında ve madde başlıklarıyla düzenlenmiştir (m. 24-33). Sadece doğruluk ödevi HMK da yeni bir madde olarak düzenlenmiştir (m. 29). Bu hale göre, HMK’daki ilkeler katalogu eksik kalmıştır, teksif ilkesi (m. 141), delillerin serbestçe değerlendirilmesi (m. 198), ispat hakkı (m. 189) ve doğrudanlık ilkesi ilkeler arasında sayılmamıştır. Bu yönde bkz. Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3029. Ayrıca bkz. Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 36, 37. Yıldırım’a göre İsviçre’de de eksiklik vardır. İsviçre’de de ilkelere dair katalog eksiktir, kantonal kanunlardan federal kanuna geçişte yaratıcı hükümler görülmemektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. KuKo ZPO-Oberhammer, (dn. 2) vor Art.52-58, Rdnr. 2, 3. Mahkemenin aktifliği anlamında davanın sevkî hakkındaki usûlî işlemler için bkz. Art.124 I ve II Rdnr. 3. İsviçre Medenî Usûl Kanununda yargılama ilkeleri sırasıyla: *Handeln nach Treu und Glauben* (Art. 52), *Rechtliches Gehör* (Art. 53), *Öffentlichkeit des Verfahrens* (Art. 54), *Verhandlungs-und Untersuchungsgrundsatz* (Art. 55), *Gerichtliche Fragepflicht* (Art. 56), *Rechtsanwendung von Amtes wegen* (Art. 57), *Dispositions-und Ofizialgrundsatz* (Art. 58) olarak işaret edilmektedir. Bu yönde bkz. Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3029.

²⁰⁴ Brandli, **Prozessökonomie im schweizerischen Recht**, s. 196, prg. 423. Ayrıca bkz. Kavasoglu/Çon, **İsviçre Usûl**, s. 54.

²⁰⁵ Mine Akkan, “Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmza”, **Eskişehir Barosu Dergisi**, Haziran 2006, S. 10, s. 31-40, s. 33 vd.; Kavasoglu/Çon, **İsviçre Usûl**, s. 55.

²⁰⁶ Alexander Brunner/ Dominik Gasser/ Ivo Schwander, **ZPO Kommentar**, 2. A., Dike Verlag, Art. 181, Rn. 3; Geier, **ZPO**, s. 382, Rn. 6; Paola Wullschlegler, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2. A., 2015, s. 398, Rn. 1; Gehri/Jent-Sorensen/Sarbach, **ZPO Kommentar**, Art. 181, N. 3; Hausheer/Walter, **Schweizerische Zivilprozessordnung**, Band II, Art. 181, N. 3; Sutter-somm/Hasenböhler/Leuenberger, **ZPO Kommentar**, Art. 181, N. 1, s. 1081, 1082; Meier, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, s. 322; Spühler/Tenchio/Infanger, **Basler Kommentar**, Art. 181, N. 1.

²⁰⁷ Geier, **ZPO**, s. 382, Rn. 5; Müller, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2. A., 2016, s. 1437.

mevcut olan bir şeye yöneliktir²⁰⁸. Bu nedenle özellikle İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunundaki delil sistematığına göre, elektronik belgelerin m. 177 uyarınca belge delili olarak değerlendirilmesi gerektiği, keşif malzemesi olmasının ilk bakışta ideal görünmediği ifade edilmiştir²⁰⁹.

İsviçre’de keşif ve elektronik belge arasındaki mesafeli ilişkiye karşın, elektronik süreçlerin ve belgelerin yargılamaya dahil edilmesine ilişkin pek çok çalışmanın yürütülmekte olduğu görülmektedir. Bu bakımdan çeşitli düzenlemeler ve yeniliklerde elektronikleşmeye adapte olma gayreti son yıllarda ön plana çıkmaktadır. Özellikle elektronik adli haberleşme ve yargıda elektronikleşme adına pek çok adım atılmaktadır²¹⁰. Örneğin İsviçre medenî usûl hukukunda tarafların ya da ilgililerin beyanlarını mahkemeye yazılı olarak ve bizzat sunmaları esas olmakla birlikte, elektronik imzalı şekilde sunmaları da mümkündür. Yani elektronik imzalı dilekçe ile ya da -imzalı- bir elektronik posta ile dosyaya beyan sunabilirler²¹¹. Elektronik posta ya da faks yoluyla verilen ve imzası bulunmayan dilekçeler ise verilmemiş sayılmaktadır²¹².

İsviçre Medenî Usûl Kanununun 153. maddesinin birinci fıkrasında hâkime delilleri re’sen araştırma yetkisi verilmektedir. İkinci fıkrada ise, davacının iddialarına cevaben, karşı tarafın herhangi bir savunmada bulunmaması halinde, hâkimin yine re’sen delil toplayabileceği düzenlenmektedir²¹³. İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nun

²⁰⁸ Müller, **ZPO**, s. 1437.

²⁰⁹ Müller, **ZPO**, s. 1437.

²¹⁰ Bu bağlamda önemli bir örnek olarak, İsviçre’de yargının dijitalleşmesi ve evrimi olarak kabul edilen Justitia 4.0 gösterilebilir. Bu yönde bkz. Justitia40.ch/de, (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023). Bu projeyle, tüm federal düzeylerde mahkeme ve savcılıkların 15.000’den fazla çalışanının yanı sıra yaklaşık 12.000 avukat ve personelin yargıda dijitalleşme süreçlerine dahil olmasının hedeflendiği belirtilmektedir. Projenin, bugün için uzun bir konsept aşamasından sonra gerçekleştirme aşamasının başında olduğu ve 2027 yılına kadar gerçekleşecek proje süreçlerinin planlanmış olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Justitia40.ch/de, (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

²¹¹ Kavasoglu/Çon, **İsviçre Usûl**, s. 55.

²¹² Kavasoglu/Çon, **İsviçre Usûl**, s. 54.

²¹³ E. B. Geier, **ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung**, 2.A., Orell Füssli Verlag AG, 2015, s. 382, Rn. 10. Ayrıca bkz. Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3036.

160. maddesi ise üçüncü kişilerin ve tarafların delilleri ikame etme ödevini düzenlemektedir.²¹⁴.

İsviçre medenî usûl hukuku için, elektronik verilerin (*Elektronische Dateien*) kanunen açıkça “belge” delili olarak nitelendirilmesi son derece yenidir. Bu nedenle, elektronik verilerin delil olarak sınıflandırılması sorunlara yol açabilmektedir. İsviçre hukukunda elektronik verilerin durumu açıklanırken Alman Medenî Usûl Kanunundaki madde 371a’ya gönderme yapılarak, oradakine benzer bir ruhun İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda da kabul edilmiş olduğu ifade edilmektedir.²¹⁵. Federal yasama organı, bu nedenle maddi hukuk alanında uzun zamandan beri var olan bir hususu şekli hukuk bakımından da kabul etmiştir. Nitelikli elektronik imzanın el yazılı imza yerine geçecek şekilde kabul edilmesiyle başlayan bir dizi yenilik yürürlüğe girmiştir.²¹⁶. Sonuç olarak, İsviçre hukukunda elektronik verilerin değeri ve delil olarak değerlendirilmesi noktasında öne çıkan kavramın “imza” olduğu görülmektedir.

İsviçre yargılama hukukunu ilgilendiren belli başlı elektronik ortam ve elektronik veri düzenlemeleri şu şekildedir: El yazılı imzanın yerine geçecek şekilde nitelikli elektronik imza (OR m. 14, 2), elektronik verilerin denetçi tarafından saklanması (OR m. 730c, 1), ticaret sicilinin bilişim teknolojilerinden yararlanılarak yönetilmesi ve tutulması (OR m. 929a), ticari belgelerin elektronik ortamda saklanması (OR m. 957 ve 963), elektronik yöntemlerle yasaklı temasın düzenlenmesi (ZGB m. 28b, 1 ve 2), medenî durumun elektronik ortamda belgelendirilmesi (ZGB m. 39 ve m. 48, 5), yine tapu sicilinin bilişim teknolojilerinden yararlanılarak tutulması (ZGB m. 942), tapu sicil daireleriyle yine elektronik yollarla iletişim (ZGB m. 949a, 2 ve 3), Ticari Marka Koruma Kanunu, Tasarım Kanunu ve Patent Kanunu uyarınca elektronik idari iletişim (MSchG m. 40, DesG m. 26a, PatG m. 65a).²¹⁷. Görüldüğü

²¹⁴ Christian Leu, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2.A., Dike Verlag AG, Zurich, 2016, s. 1106, prg. 32; Yıldırım, **Hâkimin Rolü**, s. 3035.

²¹⁵ Müller, **ZPO**, s. 1441; Leu, **ZPO Kommentar**, s. 1106, prg. 32.

²¹⁶ Müller, **ZPO**, s. 1442, Ab. 17-20. Ayrıca şekli hukuk kavramı için bkz. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 4 vd.

²¹⁷ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Müller, **ZPO**, s. 1442.

gibi İsviçre hukukunda elektronik verilerin günlük hayatta kullanılması ve yargılama hukukuna dahil edilmesi için pek çok adaptasyon düzenlemesi yer almaktadır. Bilişim teknolojilerinin medenî yargı ve medenî hukuk alanında mümkün olduğunca kullanılmaya çalışıldığı görülmektedir. Elektronik veriler bakımından ise imzalı ve imzasız olma yönünden bir ayırım yapılmaktadır. Elektronik veri, mahkemece delillerin serbestçe değerlendirilmesine tabi olan bir veridir.²¹⁸

Buna göre, bir elektronik verinin delil olarak değerlendirilmesinde, o elektronik verinin delil kaynağı olmaya uygun olup olmadığının öncelikle ispatı; yani o verinin belirli bir zaman dilimi içerisinde değişikliğe uğramadığına ilişkin bir doğrulama gerektiği ifade edilir.²¹⁹ Bunun anlamı, elektronik verinin orijinalliği de dahil olmak üzere, o verinin bir bütünlük oluşturduğunun tespit edilmesidir.²²⁰ Buradaki bütünlük kaygısı Alman hukukunda elektronik keşif malzemesinde aranan gerçeklik ve orijinallik kriterlerini akla getirmektedir.²²¹ İşte bu noktada Alman hukukundakine benzer şekilde, keşif delili ile elektronik verinin hâkimin duyuşsal algısı aracılığıyla buluşması sözkonusu olabilecektir.

İsviçre hukukundaki elektronik verinin doğrulanması ve bütünlüğün sağlanması düşüncesi, teknik bir çerçeveye dayanmaktadır. Bu düşüncenin teknik çerçevesi ise elektronik imzalara ilişkin esasları düzenleyen federal kanun olan ZertES’de²²² ve bu kanun ile ilgili olarak çıkartılmış yönetmelikte belirtilmiştir.²²³ İsviçre hukukunda elektronik veri teknik nedenlerden dolayı bazı hallerde tekrar değişebilen ve güncellenebilen standartları karşılayabiliyorsa, bir belge olarak “orijinal” kaliteye sahip kabul edilir.²²⁴ Bir diğer önemli kural ise şudur: Bir elektronik

²¹⁸ Müller, **ZPO**, s. 1422, prg. 17-20.

²¹⁹ Müller, **ZPO**, s. 1422, prg. 17-20.

²²⁰ Müller, **ZPO**, s. 1422, prg. 17-20.

²²¹ Bu yönde. Bkz. II. bölüm I, D.

²²² Ayrıntılı bilgi ve kanun metni için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/en/cc/internal-law/21#;https://www.fedlex.admin.ch/en/cc/internal-law/21#211>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2022).

²²³ Müller, **ZPO**, s. 1423. Kanun: (ZertES; SR 943.03) ve ilgili yönetmelik (VzertES; SR943.032) için bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/262/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2022).

²²⁴ Müller, **ZPO**, s. 1423.

dosyayı mahkemeye belge olarak sunan taraf ya da ilgili bu elektronik dosya için erişilebilir bir format kullanılmalıdır. Bu format, erişilebilir olmanın yanında, genel kabul görmüş de olmalıdır²²⁵. Taraf, dayandığı elektronik verileri erişilebilir ve mahkemece tanınan bir yöntemle sunamıyorsa, elektronik verinin içeriğini makul süre içinde mahkemece okunabilir hale getirmelidir. Delil ikame eden taraf kendisinden talep edilmesi üzerine, bu verilerin kopyalarını okunaklı bir şekilde mahkemeye sağlamak durumundadır²²⁶.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun açık ifadesine göre, “veri taşıyıcı” belge niteliğine sahip olmayıp, sadece “veri” ifadesinin belge olabileceği belirtilmektedir²²⁷. Bir veri, kalitesini kaybetmeden çok çeşitli veri taşıyıcılarına da kurulabilir ya da aktarılabilir. Bu bağlamda veri taşıyıcı kavramı, diğer hukuk yargılaması sistemlerinde keşifle bağlantılı olarak ön plana çıktığı gibi, İsviçre hukukunda da ön plana çıkmaktadır²²⁸. Veri taşıyıcısının içeriğindeki “belge”nin kalitesi, o verinin delil değerini de etkiler. Böylece hâkimin gözlemleri ve edindiği bilgiler yargılamanın ispat faaliyetine katkı sağlar. Buna göre, “veri” kavramı tıpkı Türk hukukundaki gibi kapsamlı bir anlama sahiptir ve keşifle de doğrudan ilişkilidir²²⁹.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 177. maddesi anlamında dijital belgeler, hem “gerçekten dijital”²³⁰ dosyalar hem de taranmış kâğıt belgelerdir²³¹. Tüm belgeler için olduğu gibi elektronik belgeler de İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 178. maddesi anlamında orijinallikleri tartışılmadığı sürece, gerçek olarak kabul edilir²³².

²²⁵ Müller, **ZPO**, s. 1423.

²²⁶ Müller, **ZPO**, s. 1423.

²²⁷ Müller, **ZPO**, s. 1423.

²²⁸ Veri taşıyıcı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. II. bölüm, I, B.

²²⁹ Müller, **ZPO**, s. 1423; Gasser/Rickli, Art. 181, Nr 1. Oberhammer/Domej/Haas, Art. 181, N. 1.

²³⁰ Orijinal adıyla “*genuin digitale*” olarak anılmaktadır. Bu yönde bkz. Müller, **ZPO**, s. 1423.

²³¹ Orijinal adıyla “*eingescannte Papierdokumente*” olarak anılmaktadır. Bu yönde bkz. Müller, **ZPO**, s. 1423.

²³² Müller, **ZPO**, s. 1423.

Son olarak keşif delilinin, nitelik itibariyle diğer delillerden ayrılan bir yönü, gerektiğinde keşif dışındaki delilleri de konu edinebilmesidir. Bu bağlamda başlı başına bir delil toplama ve değerlendirme aracı olarak gösterilmektedir²³³. Buna göre, İsviçre hukukunda keşfin delil olarak kabulünün yanında bir de yeri geldiğinde diğer ispat araçlarını incelemeye yarayan bir araç olduğunun kabul edildiği belirtilmiştir²³⁴. Bu yaklaşım, esasında doğrudan keşfin konusu olarak düzenlenmese bile, belge delilinin konusu olabilecek elektronik verilerin de araştırılan vakıaya göre keşif nesnesi olabilmesine bir örnektir.

Özetlemek gerekirse, İsviçre hukukundaki geniş belge tanımı, keşif deliliyle elektronik belge ilişkisini Türk hukukundakine benzer bir konuma getirmektedir. Bu benzerlik, Alman hukukundaki gibi elektronik belgeyi doğrudan keşif malzemesi haline getiren açık bir hüküm olmamasından kaynaklanır. İsviçre Medenî Usûl Kanununda keşif delili düzenlenmesine karşın, keşfe dair hükümlerde doğrudan elektronik belgelerle keşif ilişkisi kurulmamıştır. Ancak, açık hüküm olmayışı, elektronik belgelerin İsviçre hukukunda da keşif malzemesi olamayacağı anlamına gelmemektedir. Tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi geniş belge tanımından faydalanılarak, geleneksel olmayan bir keşif malzemesi olan elektronik belgelerle keşif bir araya gelebilmektedir.

²³³ Dörenisa, **Keşfe Katlanma**, s. 262.

²³⁴ Dörenisa, **Keşfe Katlanma**, s. 262. Ayrıca bkz. Weibel/Walz, **ZPO Kommentar**, Art. 181, Rn. 2.

3. Elektronik Belgeler Üzerinde Keşfe Temel Oluşturan Yaklaşımlar

a. Fiziksel Gerekliklik

Avrupa’da yargının hızlandırılmasına ilişkin çalışmalar yapılırken, en önemli başlıklardan biri elektronik belgeler olmaktadır. Aslında yalnız Avrupa’da değil tüm dünyada elektronik belgelere ilişkin bir reform eğilimi olduğu görülmektedir. Bu eğilim büyük ölçüde günlük hayatta yeri giderek artan elektronik ortam kullanımına ayak uydurma ihtiyacından kaynaklanmaktadır. Nitekim, doktrinde İspanya’da elektronik ortamda hayat bulan ses kaydı, video kaydı gibi elektronik belgelerin yeni deliller olarak mahkemece takdir edileceğinin düzenlendiği ifade edilmiştir²³⁵. Finlandiya’da tüm usûl işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilebildiği bir yargılama projesi üzerinde çalışmalar yapılmıştır²³⁶. Bir diğer örnek olarak, Alman hukukundaki yargıda reform çabaları ve bu bağlamda atılan elektronik yargı adımları gösterilmektedir²³⁷. Ayrıca günümüzde pek çok ülkede devlet tarafından tutulan kayıtlar artık elektronik ortamda tutulmaktadır. Örneğin tapu kayıtları ya da sosyal güvenlik kayıtları gibi²³⁸.

Görüldüğü gibi kamusal niteliği olan ya da olmayan tüm hukuki işlemler artık elektronik ortamlar üzerinden gerçekleştirilmeye başlanmıştır. Bunun sonucu olarak da hukuki işlemi ve hukuki ilişkiyi ispata yarayan her türlü verinin orijinalleri elektronik ortamda yer almaktadır. Bunun sonucu olarak da elektronik belgelerin uyumsuzluk ihtimalinde hâkim tarafından doğrudan incelenmesi bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.

²³⁵ Pekcanitez, *Avrupa*, s. 1623.

²³⁶ Pekcanitez, *Avrupa*, s. 1649.

²³⁷ Huber, *Anderungen der ZPO*, (beck-online.de); Rühl, *21st Century: The Reform*, s. 912 vd.

²³⁸ Avusturya’da tapu ve ticari sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulduğu; İsviçre ve Almanya’da da elektronik ticaret siciline ilişkin önemli gelişmelerin yolda olduğu ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Pekcanitez, *Avrupa*, s. 1649.

Elektronik belgelerin keşif yoluyla incelenmesi, bu belgelerin fiziki olarak elektronik ortamda bulunan malzemeler olmasından ileri gelmektedir. Bu nedenle bir fiziksel gereklilikten söz edilir. Bir diğer sebep, artık günümüzde pek çok verinin ve kaydın doğrudan elektronik ortamda yaratılması, yalnız elektronik ortamda saklanması ve belgede bir düzenleme yapılması gerektiğinde de bunun yine ancak elektronik ortamda yapılabilmesidir.

Ayrıca fiziki ortamda gerçekleştirilen hukuki işlemlere ilişkin belgelerin, daha güvenilir bir şekilde saklanması için, taranarak elektronik ortama aktarılmasına dair bir gelenek de oluşmaktadır. Bu gelenek, tüm dosyalama ve arşivleme alanlarında benimsenmekle birlikte, adli belge saklama ve kaydetme alışkanlıklarını da etkilemiştir. Bu da genel anlamda delil incelemesini ve özel olarak elektronik veri üzerinde keşif anlayışını besleyen fiziksel gereklilik nedenlerinden biridir. Örneğin, Federal İstatistik Ofisi'ne göre, Almanya'da yılda üretilen otuz beş milyar faturanın sadece bir kısmının taranması, altı milyar euro civarında olduğu belirtilen yıllık kâğıt işleme maliyetini, üç milyar euro civarına düşürmektedir.²³⁹

Bu bağlamda, elektronik kayıt tutmaya ve delil araçlarının elektronik ortamda incelenmesine giden yolda önemli bir adımın, kâğıt formundaki geleneksel postaların dijitalleştirilmesi olduğu ifade edilir.²⁴⁰ Böylece elektronik kayıt tutmanın avantajları vurgulanırken, mahkemelerde bir dosyaya zaman ve mekândan bağımsız olarak, aynı anda birden fazla çalışan tarafından elektronik olarak erişilebilmesi de iş akışlarını daha verimli ve hızlı hale getirmektedir.²⁴¹ Bunun sonucunda elektronik belgelerin ruhuna uygun olarak fiziksel gereklilik yerine getirilirken, kâğıt belgeler de elektronik

²³⁹ Alexander Roßnagel/Maxi Nebel, “Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente“, **NJW**, 2014, s. 886-891, s. 886 vd., (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022); Jenseits der Böll, “Wahnsinnsgrenze“, **Der Spiegel**, 39/2013, s. 42.

²⁴⁰ “Ersetzendes scannen” adı verilen bir işlemten söz eden yazarlar, bunun özellikle erişim ve maliyet kolaylıklarını vurgularlar. Bu yönde bkz. Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 886 vd., (beck-online.de), (çevrimiçi erişim tarihi: 21.05.2022).

²⁴¹ Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 886, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

ortamda saklanarak uygulamada birlik, kâğıt maliyetinden tasarruf ve erişimde kolaylık sağlanmış olur.²⁴²

Bir elektronik verinin doğduğu ve var edildiği fiziki ortam başından sonuna kadar elektronik ortamın kendisidir. Bu nedenle, o belgeye ilişkin bir inceleme yapılması gerektiğinde, o inceleme belgenin çıktısının alınması suretiyle bir kopya oluşturularak değil, hâkimin algısı belgenin fiziki ortamına aktarılarak yapılmalıdır. Çünkü belgenin orijinal hali en sağlıklı şekilde ancak o ortamda gözlemlenebilir. Bu nedenlerle elektronik belgeler bakımından incelemenin elektronik ortamda ve keşif yoluyla yapılması gerektiği ifade edilmektedir.²⁴³ Bu bağlamda, güncel gelişmeler ışığında bir davanın açılmasından dava dosyasının işlenmesine, kararın verilmesine ve tebliğine kadar tüm prosedürlerin elektronik ortamda gerçekleşmesi beklentisi yeni değildir.²⁴⁴ Bu beklentinin hayata geçebilmesi içinse fiziksel gerekliliklerin sağlanması önceliği sözkonusudur.

Bu fiziksel gerekliliğin yerine getirilmesiyle birlikte, zorunlu olmayan “medya kopukluğuna” yol açtığı ifade edilen; baskı, faks, tarama gibi elektronik belge replikalarının yerine, bilgisayarda oluşturulan belgeler, elektronik olarak imzalanmış ve şifrelenmiş bir şekilde mahkemeye iletilebilmelidir.²⁴⁵ Sonuç olarak belgenin orijinal anlamda fiziki yerinin elektronik ortam olması ve belgenin dijital ortama aktarılarak korunuyor olması, elektronik belge üzerinde keşif bakımından bunun bir fiziksel zorunluluk/gereklilik oluşturduğu düşüncesini pekiştirmektedir.²⁴⁶

²⁴² Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 886, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

²⁴³ Agnieszka Janczuk-Gorywoda, ”Public-Private Hybrid Governance for Electronic Payments in the European Union”, **German Law Journal**, Vol. 13, No. 12, 2012, s. 1438-1458, 1439 vd.

²⁴⁴ Susanne Hähnchen, “Elektronische Akten bei Gericht - Chancen und Hindernisse”, **NJW**, 2005, s. 2257-2259, s. 2257.

²⁴⁵ Hähnchen, **Elektronische Akten**, s. 2257.

²⁴⁶ Silke Jandt, „Beweissicherheit im elektronischen Rechtsverkehr – Folgen der europäischen Harmonisierung“, **NJW**, 2015, s. 1205-1211, 1206 vd.; Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 887, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

b. Gerçeğe Ulaşma ve Adalete Erişme Gayesi

Avrupa Birliği'nde 28 Mayıs 2001 tarih ve 2001/470/EC sayılı Konsey Kararı ile adli iş birliğini daha etkin hale getirmek amacıyla, Avrupa Adli Bilişim Altyapısı'nın kurulmasına karar verilmiştir.²⁴⁷ Bu karara göre, yıllar içinde üye devletler mevzuatlarında değişiklikler yaparak elektronik sisteme geçiş yapma gayreti içinde olmuşlardır. Üye devletlerden özellikle Almanya'da elektronik adli iletişime ilişkin önemli değişiklikler yapılmıştır.²⁴⁸ Bu değişikliklerin özünde elektronik belgelerin yargılama hukukunda daha çok yer almasının hukuki bir zemine oturtulması gayesinin olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Bunun gibi yargılama hukukunun amacına hizmet eden bir dizi yenilik halihazırda hukuk sistemlerine kazandırılmaya çalışılmaktadır. Hakkın yerine getirilmesine ve bunun en kolay şekilde yapılabilmesine olanak sağlayan, yenilikçi ve rehber niteliğinde düzenlemeler yapma yönünde bir eğilim vardır.

Hukuk davalarında taraflar arasındaki temel ihtilafın, çoğu zaman ancak vakıaların doğru anlaşılmasıyla çözümlenebileceği ifade edilmiştir.²⁴⁹ Tarafların farklı vakılara dayanan iddialarını, kendi duyusal algılarıyla değerlendirememiş olan hâkimin, buna rağmen bir yargıya varmak zorunda olması bir sorun olarak nitelendirilir. Hâkimin, davanın gerçek vakıalarına nasıl en iyi şekilde vakıf olabileceğinin açıklığa kavuşturulması gerekmektedir.²⁵⁰ Bu düşünce, medenî usûl

²⁴⁷ Kararın tam metni için bkz. (legaltech.ch), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022). Ayrıca bkz. Els De Busser, "EU-US Digital Data Exchange to Combat Financial Crime: Fast Is the New Slow", **German Law Journal** 19, no. 5, 2018, s. 1251–1267, s. 1253 vd.

²⁴⁸ R. Blechschmidt, "The German Basic Electronic Data Interchange Agreement versus the European Model EDI Agreement: Some Reflections on German Law", **3 EDI Law Review**, 1996, (HeinOnline); Hans Michael Malzer, "Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz", **DNotZ**, 2006, s. 9-32, s. 9 vd.

²⁴⁹ Peter Andreas Brand, "Grenzen Zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit, Disclosure- und Discovery-Elemente im deutschen Zivilverfahrensrecht", **NJW**, 2017, 3558, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

²⁵⁰ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

adaletin nasıl sağlanacağı ve medenî yargılamanın amacının gerçekte ne olduğu sorularına kadar uzanmaktadır.²⁵¹ Adalet erişim yaklaşımını da bu bakış açısıyla temellendirmek mümkündür.

Medenî usûl hukukunun amacına ilişkin araştırmalar incelendiğinde öne çıkan iki ayrım olduğu görülecektir. Bunlardan biri medenî usûl hukukunun sübjektif amacı, diğeri de objektif amacı olarak nitelendirilebilir.²⁵² Buradaki sübjektif ve objektif amaç ayrımı olması gereken hukuk bakımından arzu edileni ifade etmektedir. İdeal olan ve doğal hukuk bakımından ulaşılmaması gereken her iki amacın da yargılama sonunda temin edilmiş olmasıdır. Bu amaçların gerçekleşmesi yargıya güvenin gereğidir.²⁵³

Adalet erişim ve gerçeğe ulaşma amacı; ancak usûlüne uygun olarak yürütülen bir yargılama ile temin edilebilir. Örneğin bir davada hâkim gerekli usûlî adımları izlememiş olsa da tesadüfen sübjektif hakkın teslimine karar vermiş olabilir. Usûlü aykırılıklar olsa da münferit olarak o davada hâkimin kanaati talep edilen hakkı karşılamış olabilir. Bu halde maddi gerçeklikle mahkeme hükmü uyuşmuşsa dava eden davasında başarıya kavuşmuş olacaktır. Yani talep sonucu neyse hâkim ona

²⁵¹ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

²⁵² Sema Taşpınar, “Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu“, **Av. Dr. Faruk Erem Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, s. 759-787, s. 767 vd.; Ali Cem Budak, “Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 34 vd.

²⁵³ Sübjektif amaçtan söz edildiğinde esasında dava teorisine kadar derinleşen bir amaç karşımıza çıkar. Dava eden kişi hak iddia eden kişidir. Kişi, gerçek dünyada var olan hakkına dayanarak hakkın kendisine tanımış olduğu tasarruf yetkisini kullanmakta, bunu dava yoluyla ileri sürmektedir. Kişinin hukuk düzeninin kendisine tanıdığı sübjektif hakkını ileri sürerek başlatmış olduğu yargılama mekanizması artık iki amaca hizmet etmelidir. Bu amaçlardan biri kişiyi, yani artık yargılama mekanizmasını başlatmakla aldığı yeni isimle “taraf”ı, maddi hukuktan kaynaklanan hakkı ile buluşturmadır. İşte bu amaca sübjektif hakkın yerine getirilmesi ya da sübjektif hakka ulaşma amacı denilmektedir. Çoğunlukla kişi yani “taraf” bakımından yegâne hedef kendi bireysel hakkına ulaşmaktır. Toplum bakımından ise durum farklıdır. Yargılama yalnızca bireyin şahsi olarak hakkına kavuşmasını amaçlamaz. Yargılama hukukunun bundan daha ulvi başka bir amacı vardır. Bu da adalet erişimi ve gerçeğe ulaşmayı temin etmesidir. İşte bu amacın gerçekleşebilmesi için bütün bir sistemin uyum içinde çalışması ve her somut olayın özelliğine göre, her bir uyuşmazlıkta adaletin hiçbir ilke ve hukuk kuralından ödün vermeksizin yeniden sağlanması gerekir. Tek bir davada dahi hak kaybına yol açılsa; örneğin dava dosyasına usûlüne uygun olarak sunulmuş olan bir delil hâkim tarafından değerlendirilmeden karar verilirse, hukuk güvenliği zedelenmiş olur. Tek bir uyuşmazlıkta dahi adalet erişim sağlanamazsa, medenî usûl hukuku amacına ulaşamamış kabul edilmelidir. Bu yönde bkz. Taşpınar, **Amaç Sorunu**, s. 760 vd.; Budak, **Yargılamanın Amacı**, s. 34 vd.

hükmetmiş olabilir, böylece davacı talep sonucu sübjektif hakkını usûli hatalara rağmen elde etmiş kabul edilir. Ancak münferit olarak o davada tarafın lehine karar verilmiş olması, medenî usûl hukukunun amacının gerçekleştiği anlamına gelmez.

Tahkikat, medenî usûl hukukunun amacının gerçekleşmesini sağlamaya hizmet eden son derece mühim bir safhadır. Tahkikat olmadan hâkim bir hakkın teslimine kanaat edemez. Çünkü hukuki olaylara vakıf olamaz. Hâkim görmeli, duymalı, dinlemeli ve gerektiğinde soru sorup, cevap alabilmelidir. İspat faaliyetinin yargılamadaki kilit niteliğinde rolünü hakkıyla yerine getirebilmek ancak, hâkimin delillerle uygun yöntem ve usûlü izleyerek temas etmesiyle mümkün olacaktır.²⁵⁴. Dava malzemeleri çok çeşitli olabilmekle birlikte, önemli olan hâkimin hukuka uygun olarak elde edilmiş delil araçlarıyla, doğrudan, tarafsız, bağımsız ve usûlüne uygun yöntemlerle buluşmasıdır.²⁵⁵.

İşte bu delil araçlarından son yıllarda en çok tartışılanı şüphesiz ki elektronik belgelerdir. Çünkü geleneksel yöntemler ve süjeler bu delil araçlarını kullanarak nihayete ulaşmakta güçlükler yaşayabilmektedirler. Bunun sonucu olarak adalete erişim ve gerçeğe ulaşma gayesi zarar görebilmektedir. Tüm bu nedenlerle elektronik belgelerin keşif yoluyla incelenmesine temel olan bir yaklaşım olarak “adalete erişim” yaklaşımı ortaya çıkmaktadır.²⁵⁶.

²⁵⁴ Örneğin küçük bir ilçede bulunan bir mahkemede elektronik belgelerin incelenmesi için gerekli donanım bulunmadığı için hâkim elektronik belgeleri tahkik etmeden karar verirse; ancak aynı nitelikte bir elektronik belge İstanbul’daki mahkemede gerekli donanım bulunduğu hareketle gereği gibi incelenebiliyor ve karara etki edebiliyorsa, bu halde hukuk güvenliği yine zedelenmiş olur. Bu yönde bkz. Dünya Bankası ve Adalet Bakanlığı’nın 2012 tarihli Uluslararası Yargı Reformu Sempozyumu “Yargı Bütçesi ve Mahkeme Yönetimi” Oturumu s. 255 vd. <http://www.ankaratahkim.com/YARGI%20REFORMU%20SEMPOZYUMU.pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

²⁵⁵ Bolayır, Hâkimin Rolü, s. 139 vd.

²⁵⁶ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022). Ayrıca bkz. Şahin Ardiyok/Burak Aytekin/Barış Yüksel/Hakan Demirkan, “Dünyada ve Türkiye’de Rekabet Hukukunda Dijital Delillerin Kullanılması Süreci ve Türkiye Bakımından Değerlendirmeler (Use of Digital Evidence in Competition Law: Reflections Around the World and a New Era in Turkey)”, December 4, 2020, **Baseak CORE Papers**, N. 2, 2020, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3750551>, (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022).

Elektronik belgeler bakımından adalete erişim yaklaşımı, elektronik belgeye dayanan tarafın, salt dayandığı belge sisteme uyum sağlayamadığından hak kaybına uğramaması gerektiğini ifade eder²⁵⁷. Yani yalnız elektronik belgeye dayanıyor ve mahkeme bu belgeyle nasıl etkileşime geçeceğini bilemiyor diye, elinde başkaca bir ispat aracı bulunmayan tarafın adalete erişim hakkı elinden alınmamalıdır. Tüm bu nedenlerle medenî usûl hukukunun genel amacı olarak görülen adalete erişim ve gerçeğe ulaşma bakımından, elektronik belgelerin hâkim tarafından keşif usûlü ile incelenmesinin önemi son derece büyüktür.

c. Nesnel Araçların Kullanımı

Nesnel araçların kullanımı, mahkemelerde yalnız delillerin toplanması ve incelenmesi bakımından değil, her türlü dava işleminin gerçekleştirilmesi açısından önemlidir. Örneğin Alman hukukunda elektronik adli iletişim sistemini oluşturmak amacıyla Alman Medenî Usûl Kanununda birtakım düzenlemeler yapılmıştır. Elektronik belge kavramının ne kadar geniş ve çeşitli olabileceğini göstermesi açısından, elektronik adli iletişime ilişkin bu düzenlemeler önemlidir. Zira yargılama hukukunda yeri olan elektronik belgelerin büyük bir kısmı, elektronik adli iletişim sistemlerinde kayıtlı olan elektronik belgelerdir. Bu belgelere ulaşmak için elektronik ortama çeşitli nesnel araçlarla giriş yapmak gerekir.

Nesnel araçların kullanımı yaklaşımı, yıllar içinde nesnel araçlarla etkileşimdeki artıştan ortaya çıkmaktadır. Burada nesnel araçlarla etkileşimle ilgili olarak “sağlarlık prensibi”nden söz edilmektedir. Buna göre, artık birçoğu yapay

²⁵⁷ Metin Turan, **Türkiye’de Hukuksal Koşullar Çerçevesinde Elektronik Belge ve Finansal Bilgi Yönetimi Politikalarının Değerlendirilmesi: Türkiye Kalkınma Bankası Örneği**, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2015, s. 15 vd. Burada sözü edilen hak kaybını; tarafın ya da ilgilinin dayandığı belgenin elektronik özelliği nedeniyle geleneksel sistemin dışında kalması sonucunda ispat hakkının zarara uğraması şeklinde oluşacak hak kaybı ve yargılama neticesinde ulaşılması beklenen subjektif hakka ulaşamaması sonucunda oluşacak hak kaybı olarak iki türlü anlamak mümkündür.

olmak üzere nesneler, doğal ve yapay olmak üzere temelde iki tür olarak incelenmektedir. Bu bağlamda özellikle yapay nesnelerin varlığı her geçen gün artmaktadır. Yeni nesneler yeni teknoloji ve tasarımlarla birlikte ortaya çıkmakta ve bunlarla nasıl etkileşime geçilebileceği ayrı bir sorun olmaktadır. Bu nesnelerle insanın etkileşimin nasıl gerçekleşeceği konusu, temel birkaç ilkeye dayanmaktadır. Bu ilkelerden önemli bir tanesi de sağlarlık prensibidir.²⁵⁸ Hukuk dünyasında, özellikle ispat hukuku bakımından "algı" ve "kanaat"ın, gerçek hayatta görünürlüğü devam eden vakıaların (duyularla tecrübe edilebilen) ya da oluş şekli tasavvur edilen geçmiş vakıaların çemberini çizdiği ve böylece özellikle medenî hukukun ilgilendiği bir "olgusal dünya" tanımladığı belirtilmektedir.²⁵⁹ Sağlarlık ise algının nesnelerle buluşması neticesinde kanaatin oluşumunu açıklamaktadır.

Sağlarlık, bir fiziksel nesneyle bir insan arasındaki ilişkiyi kastetmektedir.²⁶⁰ Buna göre sağlarlık bir nesnenin özellikleriyle nesneyi kullanacak ya da algılayacak kişinin yetenekleri arasındaki ilişkidir. Bu ilişki o nesnenin nasıl kullanılacağını, yani kişinin o nesneyle nasıl iletişime geçeceğini belirleyen ilişkidir.²⁶¹ Bir sağlarlığın varlığı, o nesnenin nitelikleri ve nesneyle etkileşime giren sujenin yetenekleri tarafından belirlenir.²⁶² Bu düşünce aynı zamanda yargıda elektronikleşmede fiziksel gereklilik yaklaşımıyla da bağlantı içindedir. Örneğin, elektronik ortamda delil inceleme ya da algılamanın ön koşulu, her duruşma salonunda internet bağlantısı olan bir bilgisayarın bulunması olabilir. Bu halde bu tür teknik donanımın tüm mahkemelere sağlanıp sağlanamaması da bir gereklilik olarak ortaya çıkmaktadır.²⁶³

Sağlarlık düşüncesinin ve beraberinde gelen yaklaşımların, insan algısının anlaşılmasında önemli ilerlemeler sağlayan bir düşünceyi de ortaya attığı

²⁵⁸ Don A. Norman, **The Design of Everyday Things**, NY Basic Books, Newyork, 2002, s. 11.

²⁵⁹ Michael Bohrer, "Notarielle Form, Beurkundung und elektronischer Rechtsverkehr", **DNotZ**, 2008, s. 39-59, s. 39.

²⁶⁰ Norman, **Everyday Things**, s. 12; Georg Borges, **Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr**, 2. A., Nomos, 2007, s. 462 vd.

²⁶¹ Norman, **Everyday Things**, s. 12.

²⁶² Norman, **Everyday Things**, s. 12.

²⁶³ Huber, **Anderungen der ZPO**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022). Ayrıca bu yönde bkz. Rüssman, **Rechtsgeschäfte im Internet**, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022).

belirlenmektedir. *Gibson* metodu denen ve sağlarlık dűşűncesinin temelini oluşturan bu yaklaşım, genel olarak dűnyanın ipuşları barındırmakta olduğu ve insanların da bu ipuşlarını ancak “doğrudan algılama” yoluyla topladıklarını savunur²⁶⁴. Bunun karşısında ise bu doğrudanlığı reddederek beynin son olarak duyu organlarından gelen bilgiyi işlediği ve böylece tutarlı bir yorumla son algının oluştuduğu görüşű de ortaya atılmıştır. Ancak son tahlilde *Gibson* metodu ve sağlarlık yaklaşımı hâkim bir anlayış olarak kabul görmüşür²⁶⁵.

Sonuç olarak *Gibson*, tüm duyuların birlikte çalıştığına ve bir nesne üzerinde bilgi toplama olarak adlandırılan algılama işleminin tüm bu bilgilerin birleşmesi sonucu gerçekleştiğine işaret etmektedir²⁶⁶. Ayrıca *Gibson*’a göre duyusal donanımımız olan; görme, işitme, koku alma, dokunma, tatma, denge, devinduyumsal ivme ve beden pozisyonu duyu araçlarının tamamının topladığı birleşik bilgi, iç işlem ya da başkaca bir kavramaya ihtiyaç duyulmadan doğrudan algılarımızı belirlemektedir²⁶⁷.

Bu bağlamda algılanabilir sağlarlık, bir yönergeye veya yönlendirmeye gerek olmaksızın insanların nesneleri anlamalarına yardımcı olmaktadır. Bu yaklaşım la sağlarlığın göstergelerini veren bileşene ise “imleyenler” adı verilmektedir²⁶⁸. Örneđin bir elektronik ekrandan görűnen bir nesnenin algılanmasında o ekran aynı zamanda dokunmatik bir ekransa, burada hâkimin keşif incelemesinde bulunması gerektiğinde görsel olarak o ekranı algılaması sağlarlık dűşűncesine, ancak aynı zamanda dokunarak o ekranı yönetmesi ve kullanması ise imleme dűşűncesine işaret etmektedir²⁶⁹.

²⁶⁴ Norman, *Everyday Things*, s. 12. Ayrıntılı bilgi için J. J. Gibson, *The Ecological Approach to Visual Perception*, MA: Houghton Mifflin, Boston, 1979, s. 24 vd.

²⁶⁵ Norman, *Everyday Things*, s. 13.

²⁶⁶ Norman, *Everyday Things*, s. 13. Gibson, *Visual Perception*, s. 24 vd.

²⁶⁷ Norman, *Everyday Things*, s. 13. Duyusal algılama ve temel duyular hakkında ayrıca bkz. I. bölüm, I, 3, A, 1.

²⁶⁸ Norman, *Everyday Things*, s. 13, Gibson, *Visual Perception*, s. 24 vd.

²⁶⁹ Norman, *Everyday Things*, s. 14.

Burada konumuz bakımından iki önemli çıkarım bulunmaktadır. Bunlardan ilki hâkimin duyuşsal algısının ve nesnelerle etkileşiminin temelde nasıl gerçekleştiğinin açıklanmış olmasıdır. İkinci önemli çıkarım ise, hâkimin özellikle elektronik ortamda bulunan verileri algılamak için, nesnel araçları kullanmak durumunda olmasıdır. Yani hâkim, eğer keşif konusu elektronik veriye bunun için duyuşsal algısını önce nesnel araçlara, sonrasında da o nesnel aracın sağladığı imkânla asıl keşif nesnesine yöneltmektedir. Bunu da o nesnenin sağlamlık özelliği sayesinde yapabilmektedir. İşte bu nedenle bu kavramlar konunun anlaşılması bakımından ayrı bir önem arz etmektedir.

d. Bilişimin Doğrudanlığı (Bilişim Yargısı/Bilişim Hâkimliği – *Richter für Informatik*)

Bilişim hâkimliği kavramını açıklamaya çalışmadan önce, bilişim ve hukuk ilişkisini anlamaya çalışmak faydalı olacaktır. Zira bu iki kavram birbirinden uzak gibi görünse de bir araya geldiklerinde her iki disiplin bakımından da önemli ve pratik sonuçlar meydana getirirler. Bunların en belirgin olanı hukuk ve bilişim teknolojilerinin birleşmesiyle ortaya çıkan “adli bilişim” kavramıdır.²⁷⁰ Öyle ki, inceleme konusu yapılabilecek ve ispat aracı olabilecek elektronik belgelerin çeşitliliğine göre, adli bilişim kavramının kendi içinde pek çok alt dala ayrıldığını görmek mümkündür. Bu alt dallardan bazıları bilişim hâkimliği kavramına ilham

²⁷⁰ Bilişim kavramını ve daha başka pek çok teknik ve teknolojik terimi Türk Diline ilk kez çeviren ve kazandıran kişinin *Aydın Köksal* olduğu yönünde bkz. Şerafettin Ekici, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku**, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 20. Ayrıca bkz. Aydın Köksal, “Bilişim Devrimi, Küreselleşme ve Uygarlıklar Çatışması Ortamında Kimliğini Arayan Türkiye”, (turcademy.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023); Ahmet Çoban, **Bilişim Teknolojileri, Sosyal Yapı ve Eğitim**, Pegem Akademi Yayınları, Ankara, 2016, s. 29-32. Adli bilişim kavramı, keşif ile bağlantılı olarak önem arz eden yönleri bakımından ileride ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bu yönde bkz. III. bölüm, III, D. Ayrıca bkz. Murat Volkan Dülger, **Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku**, m. 68 vd.; Metin Turan, **Alman Bilişim Hukuku**, s. 23; Metin Turan, **Bilişim Hukuku**, s. 51; Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 28.

kaynağı olması bakımından medenî usûl hukuku araştırmaları yönünden de önem arz etmektedir.

Adli Bilişim bakımından çok çeşitli ve yeni sınıflandırmalar yapılıyor olsa da başlıca türleri şu şekilde sayılmaktadır: Bilgisayar Adli Bilişimi (Computer Forensic), Ağ Adli Bilişimi (Network Forensic), Mobil Adli Bilişimi (Cellphone Forensic), GPS Adli Bilişimi (GPS Forensic), Medya Araçları Adli Bilişimi (Media Device Forensic), Sosyal Ağ Adli Bilişimi (Social Network Forensic) ve Uzaktan Arama Yöntemleri (Remote Search/Remote Viewer Method)²⁷¹. Ayrıca burada önemle vurgulanan bir husus bilişim sistemlerinin ve teknolojilerinin sınırının ne olduğu ya da olabileceğinin kestirilebilir olmamasıdır. O nedenle kapsamına ilişkin sınırlayıcı bir sayım yapmak mümkün olmayabilir²⁷².

İsviçre ve Almanya’da da uzun yıllardan beridir elektronikleşmeye ilişkin bir çaba olduğu bilinmektedir. Örneğin atılan önemli adımlardan biri elektronik ticaret siciline ilişkin gelişmeler olmuştur²⁷³. Bu gelişmeler doğrudan yargıda dijitalleşme adımlarının bir parçası olarak değerlendirilmektedir. Çünkü örneğin ticaret sicili kayıtlarının incelenmesi gerektiğinde, mahkeme bu kayıtların elektronik ortamda incelenmesi yolunu benimseyerek hem zamandan hem de malzemeden tasarruf edebilecektir. Ayrıca bu yaklaşım, belgelerin kendi ortamında incelenmesi anlayışını desteklediğinden daha güvenilir bir ortam sağlar. Belgelerin orijinal olup olmadıklarına ilişkin tereddütler kolaylıkla giderilebileceğinden hem hız hem de masraftan tasarruf elde edilmiş olur.

Bu açıklamalar ışığında bilişimin doğrudanlığı yaklaşımı, esasında her şeyden önce bilişim toplumu ya da bilgi toplumu olarak ifade edilen yeni toplum anlayışına dayanmaktadır²⁷⁴. Bunun gerekçesi ise, başta elektronik ticaret olmak üzere, internet

²⁷¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm, III, C, D. Ayrıca bkz. Metin Turan, **Bilişim Hukuku**, s. 51; Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 28.

²⁷² Turan, **Bilişim Hukuku**, s. 54; Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 28.

²⁷³ Pekcanitez, **Avrupa**, s. 1655.

²⁷⁴ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 30.

kullanımının ve internet iletişiminin normalleşmesi, otomasyon ve yapay zekâ sistemlerinin günlük hayatın sıradan bir parçası haline gelmeye başlamasıdır.²⁷⁵ Böylece ticaret hukuku, borçlar hukuku, tüketici hukuku, fikri mülkiyet hukuku gibi alanlarda artık herhangi bir şekilde bilişim araçlarıyla temas etmeyen uyumsuzluk hemen hemen yok gibidir. Ayrıca bu yoğun temasla bağlantılı olarak sükûti korumak için veri hukuku ve bilişim etiği gibi dallar da gelişmiştir.²⁷⁶

İşte bu nedenlerledir ki elektronik ortamda hukuki işlemler yapmaya başlamış ve hatta bazı hallerde bu işlemleri yalnız bu ortamlarda yapmaya yönlendirilmiş ya da alışmış kişilerin, bu işlemlerinden ihtilaf doğduğunda, ispat araçları da doğal olarak elektronik ortamdadır. Bu kişilerin yargı hakkını kullanmaları karşısında, söz konusu işlemlerin bilişim ortamında gerçekleşmiş olması onların adalet arayışını olumsuz etkilememelidir. Yani bilişim ortamındaki dava malzemeleri de tıpkı klasik malzemeler gibi nitelikli bir şekilde hâkimler tarafından doğrudan incelenebilmelidir. İşte bu anlayış, bilişimin doğrudanlığı olarak ifade edilmektedir.

Bu yaklaşımı destekleyebilecek alt kavramlar olarak, bilişim hâkimliği (*Richter für Informatik*) veya bilişim mahkemeleri gibi yargıda dijitalleşmeye ilişkin yenilikçi kavramlardan söz edilmektedir. Bunlara ilişkin muhtelif ülkelerde çalışmalar yapılsa da henüz baştan sona bir model olarak benimsenecek ciddiyette olup olmadıkları tartışılabilir. Ancak yargıda dijitalleşme bakımından çok kapsamlı çalışmalar yapıldığı bilinmektedir.²⁷⁷ Bu çalışmalar çerçevesinde öne çıkan başlıklardan bir tanesi, bilişim alanında ihtisaslaşmış bir mahkeme modelinin

²⁷⁵ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 31; Aksu, **Yapay Zeka**, s. 10; Murat Volkan Dülger, **Kişisel Verilerin Korunması Hukuku**. Üçüncü Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020, s. 672, prg. 11.151, 11.152. Ayrıca bkz. Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023); Rüßman, **Rechtsgeschäfte im Internet**, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁷⁶ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 31; Gökhan Taneri, **Sosyal Medya Paylaşım Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 27; Mustafa Aksu, “Yapay Zeka ve Hukuk”, **Yapay Zeka ve Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 3.

²⁷⁷ H. Müller, **eJustice**, s. 609; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, 1205 vd.; Rolf Trittman/Mario Leitzen, “Haager Beweisübereinkommen und pre-trial discovery: Die zivilprozessuale Sachverhaltsermittlung unter Berücksichtigung der jeweiligen Zivilprozessrechtsreformen im Verhältnis zwischen den USA und Deutschland“, **IPRax**, 2003, s. 7-12, s. 8, 9.

önerilmesidir. Bir diğer öneri ise yine bilişim alanında donanım sahibi yargı mensuplarının yetiştirilmesidir. Böylece bilişim hâkimliği yaklaşımı temellendirilmektedir. Öyle ki yargıda elektronikleşme adına atılan adımlar kapsamında, örneğin dava dosyalarının elektronik olarak incelenmesinin bir sonucu olarak, artık hâkimlerin çalışma ortamının, kaçınılmaz olarak bilişim desteği gerektiren ve ekrandan yargı faaliyeti yürütülen bir ortama dönüşmekte olduğu ifade edilmektedir²⁷⁸.

e. Hâkimin Elektronik Algısı

Hâkimin elektronik algısı yaklaşımı, temelde hâkimin keşif incelemesinde ihtiyaç duyduğu duyularının bir nevi elektronik ortama taşınmasını ifade eder. Bugün için bilinmektedir ki yargılamanın elektronik ortama taşınması ya da en azından yargı faaliyetinin belirli kesitlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi adımları atılmış ve atılmaya devam edilmektedir. Esasında bunun bir yenilik olduğundan söz edilmemesi daha isabetlidir. Zira, yirmi yılı aşkın bir süredir yargıda elektronikleşmeye dair ciddi bir mesafe kat edilmiş olduğu görülmektedir. Pek çok hukuk sisteminde örneğin çevrimiçi mahkemeler başta olmak üzere yargıyı dijital platformlara taşımak için somut adımlar özellikle son birkaç yıl içinde atılmış ya da bu hususta ciddi öneri/girişimler sergilenmiştir ve sergilenmeye devam edilmektedir²⁷⁹.

Esasında hâkimin elektronik algısı yaklaşımı daha çok hâkimin delilleri değerlendirmesiyle ilişkilidir. Yargı faaliyetinin elektronik ortama taşınmasının kaçınılmaz bir sonucu olarak dava malzemelerinin de elektronik ortam bünyesinde hâkimin önüne yığılması sözkonusu olur. Bunun anlamı, o dava malzemeleri

²⁷⁸ H. Müller, *eJustice*, s. 609.

²⁷⁹ H. Müller, *eJustice*, s. 609; Richard Susskind, *Online Courts and Future of Justice*, Oxford University Press, 2019, s. 128; Meirong Guo, "Internet Court's Challenges and Future in China", *Computer Law and Security Review*, Band 40, 2021, s. 128.

elektronik veri iseler orijinal olarak elektronik ortamda yer almaları sonucu doğmasıdır. Dolayısıyla, çıktıların alınıp hâkimin önüne koyulması onların yalnızca birer kopyadan ibaret olmaları anlamına gelir. Ayrıca elektronik veriler bazen dinamik özellikte olabilmektedirler ve bir şekilde suretleri alındığında orijinal görsel içeriği yansıtmaları mümkün olmaz. Ayrıca, dünya genelinde bir akım olarak adlandırılabilen çevrimiçi mahkeme sistemlerine toplu bir yöneliş eğilimi bulunması da dava malzemelerinin çevrimiçi tahkikatı ve muayenesi ihtiyacını kuvvetlendirmektedir. İşte tüm bu nedenlerle elektronik dava malzemelerinin hâkimin fiziki ortamına aktarılmasındansa, hâkimin algısının elektronik ortama taşınması gerekir. Hâkimin elektronik algısı yaklaşımı işte bu düşünceden doğmaktadır.

Bu bağlamda yukarıda söz edildiği gibi önemli bir gelişme ülkelerin çevrimiçi mahkemeleri hayata geçirmek bakımından gösterdiği çabadır. Bu çabanın bir yandan geleneksel yargı sisteminin hantallığını bertaraf etmek ve onu daha etkin ve başarılı bir noktaya taşımak için gösterildiği ifade edilirken, diğer yandan toplumsal hayatta gerçekleşen teknolojik dönüşümün de bir yansıması olduğu belirtilmektedir.²⁸⁰ Yani, bu dönüşüm bir bakıma kaçınılmazdır. O yüzden ideal olana ulaşmak için mümkün olduğunca geleneksel enstrümanlar ile yeni araçlar birarada kullanılmalı ve özellikle, medenî usûl hukukunun temel ilkelerine zarar vermeden bir üst seviyeye taşınmak için adımlar atılmalıdır. Hâkimin elektronik algısı yaklaşımı da hâkimlerin delilleri takdir ederken, özellikle keşif gibi güçlü bir araca sahip olmalarının avantajını, elektronik imkânların sağladığı kolaylıkla birleştirmeleri önerisinden yola çıkmaktadır.²⁸¹

Örneğin bir kişinin günlük hayatında günlük işlerini internet üzerinden çözdüğü; yaşamsal ihtiyaçlarını internet üzerinde alışveriş yaparak giderdiği, çevrimiçi ortam üzerinden kamu kurumlarıyla olan işlemlerini halledebildiği, vergi ödeyebildiği, bankacılık işlemlerini yapabildiği, kültür ve sanat aktivitelerine katılabildiği, çevrimiçi olarak eğitim ve öğretime ulaşabildiği ve hatta çalışma hayatını dahi çevrimiçi ortam üzerinden yürütebildiği düşünüldüğünde; tüm bu faaliyetler

²⁸⁰ Barış Mıdık, “Türk Medenî Usûl Hukuku Bakımından Çevrimiçi Mahkemeler”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 694.

²⁸¹ H. Müller, **eJustice**, s. 609.

neticesinde bir hukuki uyuşmazlık ortaya çıktığında, adeta günlük yaşantısının bir devamı gibi, hak arama faaliyetini de çevrimiçi araçlarla yerine getirmesi olağan karşılanabilmelidir²⁸². Zira, tüm bu günlük faaliyetlerden doğan veri ve belgeler, işlemlerin kendisi gibi birer elektronik ortam sakini olacaktır. Haliyle elektronik ortamda gerçekleşen bir işlemde doğan uyuşmazlığın işlem tanıklarının da birer elektronik veri olması kaçınılmazdır²⁸³. Hukuki koruma talep eden kişinin, mahkemeden talep edeceği hukuki koruma kapsamında sunacağı bilgi ve belgelerin, en iyi ve katkısı en yüksek olacak şekilde incelenmesi de ayrıca önem arz eder. Tüm bu nedenlerle, hâkimin elektronik algısı yaklaşımı, temelde elektronik belgeler üzerinde keşfe temel oluşturan diğer tüm yaklaşımlarda az ya da çok görünür olduğu gibi, adalete erişim, hukuki dinlenilme hakkı ve hak arama özgürlüğüyle desteklenmektedir²⁸⁴.

²⁸² Susskind, **Online Courts**, s. 29 vd; Helmut Rüssman, “Rechtsgeschäfte im Internet: Rechtswirksamkeit und Beweis (nach deutschem Recht)”, **Mai 2001 Internetkongress in İzmir**, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 184, prg. 402.

Ayrıca bu yönde bkz. Mıdık, **Çevrimiçi Mahkemeler**, s. 694. Çevrimiçi mahkeme önerilerinin hukukumuzda da kabul edilmiş olan çevrimiçi duruşmadan farklı ve daha geniş bir kavram olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Çevrimiçi duruşma, devam eden bir yargılama sürecinin esasında duruşmaya dair oturumlarının bir veya birden fazlasının, o oturumda gerçekleştirilecek çeşitli mahkeme ve taraf usûl işlemleriyle birlikte, tarafların talebi veya hâkimin takdiriyle çevrimiçi ortamda gerçekleştirilmesini ifade eder. Bu yönde bkz. Klaus Bacher, “Der Elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, **NJW**, 2015, s. 2753-2758, s. 2754.

²⁸³ T. Pfeiffer, “Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Brüssel I-VO”, **6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Postdam**, s. 24-31, s. 26.

²⁸⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkı ile elektronik yargı araçlarını tartışan ve adil yargılanma hakkı ve dolayısıyla hukuki dinlenilme hakkı bağlamında bir aykırılık olmaması gerektiğini vurgulayan bir Avrupa Konseyi raporu bulunmaktadır. Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. www.assembly.coe.int, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023). Ayrıca bkz. Mıdık, **Çevrimiçi Mahkemeler**, s. 721.

İKİNCİ BÖLÜM

ELEKTRONİK ORTAM, DİJİTAL VERİ İLE ELEKTRONİK BELGE KAVRAMLARININ İNCELENMESİ VE KEŞFE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI

I. ÜST KAVRAM OLARAK ELEKTRONİK ORTAM, BİLGİ TAŞIYICI, ELEKTRONİK VERİ KAVRAMLARI VE BU KAVRAMLARIN KEŞFE ELVERİŞLİLİK BAKIMINDAN SINIFLANDIRILMASI

A. Elektronik Ortam Kavramı ve Elektronik Ortam Çeşitleri

1. Elektronik Ortam Kavramı

Elektronik ortam oldukça geniş ve kapsayıcı soyut bir ortamı ifade eder. Elektronik ortamın hukuk dünyası bakımından önemi, bu ortamda gerçekleştirilebilen hukuki işlemlerden ileri gelmektedir. Günümüzde özel hukuku ya da kamu hukukunu ilgilendiren pek çok işlem elektronik ortamda yapılmaktadır. Hatta bugün için özellikle Ticaret Kanunu gibi maddi hukuku düzenleyen Kanunlara bakıldığında doğrudan “elektronik ortam” kavramından söz eden ve bu ortamda yapılan işlemleri bizzat düzenleyen hükümlere yer verildiği görülebilmektedir.²⁸⁵ Böylece elektronik

²⁸⁵ Sercan Günay, “Yeni Elektronik Ticaret Kanunu”, *MHD*, Cilt 11, Sayı 124, Yıl 2015, s. 115-128, s. 117 vd.; Sıtkı Anlam Altay, “Ticari Defterlerin İspat Gücüne Özgü Hukuki Sorunlar”, *Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler Sempozyumu*, İstanbul, 25-26 Kasım 2011, s. 100-109, s. 100 vd.

ortam Türk hukukunda hem olan hem olması gereken hukuk bakımından daha çok yer kaplayan bir kavram haline gelmektedir.

Fiziki ortamda yapılabilen pek çok işlemin elektronik ortamda da yapılabilmesi ve tutarlı bir hukuki zemine oturtulabilmesi için sıklıkla düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin amacı, hukuki işlemleri sorunsuz bir biçimde elektronik ortama uyarlayabilmektir. Elektronik ortam üzerinden gerçekleştirilebilecek hukuk işlemlerin sayısının artması, işlem bilincini artırmış ve insanların elektronik işlem kabiliyeti kazanmasını sağlamıştır. Özellikle 2020 yılının başından itibaren, pek çok işlemin elektronik ortamda yapılmasının bir tercihten ziyade zarurete dönüşmüş olması da bu kazanımda etkili olmuştur.²⁸⁶

Elektronik ortamda var olan ve herhangi bir şekilde düşünce içeriği barındıran her türlü elektronik kayıt keşfin konusu olabilir. Bu nedenle elektronik ortam kavramı bilginin saklandığı sanal alemin bütünü ifade etmesi bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Öncelikle elektronik ortamın bir kavram olarak neyi ifade ettiğini ve neleri kapsamına aldığını anlamak, elektronik belgeyi tam olarak anlamaya da yardımcı olur. Çünkü elektronik belgeler ya da daha genel adıyla elektronik kayıtlar yalnızca bir elektronik ortama bağımlı olarak üretilebilen bilgi içerikli veri dosyalarıdır.²⁸⁷

²⁸⁶ 26 Mart 2020 tarih ve 31080 (mükerrer) sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 7226 sayılı ve 25 Mart 2020 kabul tarihli Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Covid-19 salgını sürecinde işleyen bazı süreleri düzenlemek, işlemleri kolaylaştırmak, hak kayıplarını önlemek ve bazı işlemleri elektronik ortamda yapılabilir hale getirmek üzere kabul edilen Kanunlardan biridir. 7226 sayılı Kanunla pek çok kanunda işlem kolaylığı sağlamak ya da süreleri düzenlemek amacıyla değişiklik yapılmıştır. Örneğin, 26 Haziran 1973 tarihli ve 1774 sayılı Kimlik Bildirme Kanununun 6. maddesine yeni bir fıkra eklenerek, elektronik ortamda bildirim yapılabilme imkânı getirilmiştir. Yine 7226 sayılı Kanunun 23. maddesi ile 5253 sayılı Kanuna “İşlemlerin Elektronik Ortamda Yapılabilmesi” başlığını taşıyan Ek madde 2 eklenerek, derneklerle ilgili her türlü kayıt ile iş ve işlemlerin elektronik ortamda da yapılabilmesi düzenlenmiştir. Bu yönde bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200326M1-1.htm> (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020). Ayrıca bkz. Sinan Sami Akkurt, “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 60, 2011, s. 19 vd.; T. Erdoğan, *Elektronik Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerlilik Şartları*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2022, 19 vd.

²⁸⁷ Billur Yaltı, E-İmza ve E-Belge: **Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I**, Vergi Sorunları, Nisan 2001, s. 151 vd., s. 131; Erturgut, **E-Belge ve E-İmza**, s. 66 vd.; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 2; F. Hasenböhler, **Das Beweisrecht der ZPO**, Bd. 1 Allgemeine Bestimmungen, Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte, s. 185, prg. 5.38, 5.39.

2. Elektronik Ortam Çeşitleri

a. Çevrimiçi Olmayan Elektronik Ortam

Elektronik ortam çeşitleri genel olarak ikiye ayrılarak sınıflandırılır. Bu ayırım, çevrimiçi olmayan (çevrimdışı) elektronik ortam ve çevrimiçi elektronik ortam şeklindedir. Çevrimiçi olmayan elektronik ortam internet bağlantısının bulunmadığı her türlü sayısal ekipmanda yaratılmış ortamdır. Örneğin kendi kendine internete bağlanmayan USB ve CD'ler çevrimiçi olmayan bir elektronik ortam sağlarlar. Uygulamada sıklıkla kullanılan bu veri taşıyıcıları birer çevrimiçi olmayan elektronik ortam örneğidir. İstasyonlarda bulunan ve herhangi bir ağa bağlı olmayan bilet otomatları, eğer bilgisayar tabanlı bir çalışma sistemiyle hizmet sunuyorsa ve fakat internete bağlı değilse, bunların sunduğu ortam da bir çevrimiçi olmayan elektronik ortamdır.

Yargılamanın pek çok alanında, hâkimlerin bir elektronik delilin sunulması halinde, delili incelemek üzere delili sunan taraftan, söz konusu elektronik veriyi bir USB bellek veya CD içine kaydederek kendilerine teslim etmesini istediği görülmektedir. Örneğin ceza muhakemesinde, özellikle soruşturmalarda işleyiş bu şekildedir. Bugün için bir savcılık makamına suç şikâyeti (veya ihbarı) ile müracaat ederek, bir suç duyurusunda bulunulduğunda eğer ifadede iddialar için dayanılan bir elektronik belge (örneğin bir fotoğraf) varsa bunun daha sonra incelenmek üzere bir USB bellek ya da CD içine ayrıca kaydedilerek, savcılığa teslim edilmesi istenmektedir.²⁸⁸

²⁸⁸ Örneğin soruşturma aşamasında Cumhuriyet Savcılığı Müracaat ve Suçüstü Önbürosunda durum bu şekildedir. Kovuşturmada da durum benzerdir. Ayrıca bkz. Ali Kemal Yıldız “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, *İÜHFİM*, C. IJCV, S. J., 2007, s. 127-174, s. 129 vd.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Hukuk yargılamasında da belgelerin sunulmasında benzer usûller uygulanmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 219. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, elektronik belgelerin belgenin çıktısı alınarak ve talep edildiğinde incelemeye elverişli şekilde elektronik ortama kaydedilerek mahkemeye ibraz edileceği düzenlenmiştir.

Bugün için elektronik ortam denildiğinde akla gelen öncelikle internete bağlanabilen ortamlar olmakla birlikte, elektronik ortam kavramının temel olarak karşılığı herhangi bir ağ ortamına ihtiyaç duymayan, veri depolama ihtiyacını karşılayan ve belirli bir kapasitesi olan ağ içi ve ağ dışı ortamlardır.²⁸⁹

b. Çevrimiçi Elektronik Ortam

Çevrimiçi ortamlar genel itibariyle bir ağ üzerinden gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde dolaşım ve etkileşim sağlayabilen ortamları ifade eder.²⁹⁰ Bu ortamlar veri gönderir ve alır. Fiziki olarak gözle görülür bir depolama alanına ya da aygıtına ihtiyaç duymayan bu ortam, mekândan bağımsız bir varlık kazanarak ağ erişiminin olduğu her yerden erişilebilir haldedir. Çevrimiçi elektronik ortamı geniş anlamda iki alt kategoriye ayırmak mümkündür. Bunlardan birincisi genel ağ – internet ortamı ve diğeri ise son dönemde adı sıkça duyulmakta olan bulut bilişim ortamıdır.

i. Genel Ağ – İnternet Ortamı

Yargıtay kararlarında internet, birden fazla haberleşme ağının bilgisayarlar aracılığıyla meydana getirdikleri iletişim ortamı olarak tanımlanmıştır.²⁹¹ Türk Dil

²⁸⁹ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁹⁰ Rüssman, **Rechtsgeschäfte im Internet**, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁹¹ Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas 2017/2224, Karar 2018/1753, Karar Tarihi 22.11.2018. Ayrıca bkz. Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 52; Rüssman, **Rechtsgeschäfte im Internet**,

kurumu interneti “genel ağ” olarak Türkçeleştirmektedir. Genel ağın tanımı ise bilgisayar ağlarının bağlantı kurmasıyla gerçekleşen, herhangi bir sınırı ya da yöneticisi olmayan uluslararası bir bilgi iletişim ağı olarak yapılmaktadır.²⁹²

Esasında bugün için internetin tanımını yapmak kolay değildir. Ancak, internetin sağladığı imkânlar sayesinde yapılabilecek işlemler ve bunların hukuk dünyasına yansımaları öne çıkan örnekler ele alınarak değerlendirilebilir. Bugün internet üzerinden yapılamayacak hukuki işlem çeşitleri son derece sınırlı sayıdadır. İnternet elektronik ortamda bir yerden başka bir yere teması sağlar. Bu temas saniyeler içinde gerçekleşir. Birbirlerini hiç görmeyen tarafları hukuken bağlayan işlemlerin yolculuğunda, genel ağ adeta bir transit yol işlevi görür. Tarihsel gelişimine bakıldığında ilk olarak Amerika Birleşik Devletleri’nde *ARPA “Advanced Research Project Agency”* adındaki dairenin ARPANET adında bir projesi olarak geliştirilmiş ve 1980 yılında sivil kullanıma sunulmuştur.²⁹³ Bu tarihten sonra ise bugün her internet kullanıcısına tanıdık gelen *world wide web* “www”ve *hyper text transfer protocol* “http” kavramları kullanıma girmiştir ve halen genel ağ kullanımının en temel araçları olarak yerlerini korumaktadırlar.²⁹⁴

İnternet ağına *world wide web* üzerinde erişebilmek için, web sayfalarında arama yapma yeteneğine sahip tarayıcıların kullanılması gerekmektedir. Bugün için dört versiyonu olduğu kabul edilen web teknolojilerinin de diğer tüm dijital araçlar gibi gelişmeye devam etmesi beklenmektedir. Buna göre web 1.0 ve web 2.0 şu ana kadar geride bıraktığımız ağ teknolojileriyle, web 3.0 güncel zamanımız itibariyle kullanmakta olduğumuz *web* ve *browse* teknolojisidir.²⁹⁵ *Semantic web* ya da diğer adıyla anlamsal ağ denilen bu internet çeşidi, kullanıcıya dair bilgileri toplayan,

(Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁹² Bu yönde bkz. tdk.gov.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁹³ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 54, 55; Dülger, *Bilişim*, s. 92; Ali Fuat Özbakır, *Sosyal Medya ve İnternette Hukuki Sorumluluk*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019, s. 31, 32; Mehmet Bedii Kaya, *Elektronik Ticaret Hukuku*, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 171 vd.

²⁹⁴ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 55; Rüssman, *Rechtsgeschäfte im Internet*, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

²⁹⁵ Nupur Choudhury, “World Wide Web and its Journey from Web 1.0 to Web 4.0”, *International Journal of Computer Science and Information Technologies*, Vol. 5, 6, 2014, s. 8096-8100, s. 8097 vd.

depolayan, kişiselleştiren, onun ihtiyacına uygun hale getiren ve yapay zekayla da desteklenen ağ dönemini temsil eder.²⁹⁶ Simbiyotik ağ dönemi olarak isimlendirilen web 4.0 ise kimi çevrelerce büyük bir heyecanla beklenen yeni dönemi ifade etmektedir.²⁹⁷ Burada artık insan ve elektronik etkileşiminin en yüksek seviyeye ulaşacağı bir süper sanal ortam sağlama beklentisi söz konusudur.

Türk hukukunda doğrudan internetle ilgili mevzuata bakıldığında 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda internete ilişkin düzenlemeler yer aldığı görülür. Ayrıca 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve 2813 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun Kuruluşuna İlişkin Kanundaki düzenlemeler ön plana çıkmaktadır.²⁹⁸ Ancak, bunlar doğrudan internet ortamının elektronik ortam olarak nasıl delil kaynağı olacağını ya da örneğin internet ortamında bir keşfin nasıl yapılacağını düzenlememektedir. Hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanununun hükümlerinin yardımıyla, bu hususta özel bir hüküm ihdas edilinceye kadar internet ortamı keşfinin nasıl gerçekleştirileceğini kendisi takdir etmelidir. Örneğin internete bağlanan her bilgisayarın bir IP numarası (Internet Protocol) bulunur.²⁹⁹ Çekişmeli olan vakıa örneğin tarafın kullandığı IP adresinden kaynaklanıyorsa ve bunun mahkemece tespit edilmesi gerekiyorsa, bu halde mahkeme ihtiyaç halinde bir yardımcı atayarak veya doğrudan mahkeme teşkilatı içinden alabileceği yardımla bu IP adresine dair bir araştırma gerçekleştirmeye karar verebilir. Bu araştırma, bir keşif incelemesi yoluyla yapılabilecektir.

Özetle internet yalnız bir çevrimiçi ortamı değil, son derece yenilikçi beklentilerin olduğu ağ teknolojisini ve daha fazlasını temsil eder.³⁰⁰ Bu nedenle,

²⁹⁶ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 58; Dülger, **Kişisel Veri**, s. 674, prg. 11.156; Ralf Huss, “Künstliche Intelligenz”, **Robotik and Big Data in der Medizin**, Berlin, 2019, s. 2 vd.

²⁹⁷ Dülger, **Bilişim**, s. 81 vd.; Bedii Kaya, **a.g.e.**, s. 13.

²⁹⁸ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 90.

²⁹⁹ Kaya, **Elektronik**, s. 172; Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 57.

³⁰⁰ Helmut Hoffmann, “Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2016”, **NJW**, 2017, s. 525-530, s. 526, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023); Rüssman, **Rechtsgeschäfte im Internet**, (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

genel ağ elektronik verilerin alışverişinde ve erişilmesinde en önemli elektronik ortamı ifade etmektedir.

ii. Bulut Bilişim Ortamı

Bulut kavramı özellikle son on yılda hem kullanımı hem de bilinirliği artan bir bilişim ortamını ifade etmektedir. Bulut (*cloud*) ya da bulut bilişim ortamı, kısaca bilgilerin depolandığı ve erişildiği bir çevrimiçi ortama karşılık gelen genel terimlerdir.

Elektronik ortamda kurulan ticari ilişkilerin teknolojik altyapısı çoğunlukla bulut bilişim teknolojileri üzerinden sağlanmaktadır.³⁰¹ Bulut bilişim teknolojileri, uzak konumlarda da olsa yerleşik veri merkezleri üzerinden bilişim ortamlarına erişimi mümkün kılan bir teknolojiyi temsil etmektedir.³⁰² Bu bilişim ortamı, her tür dosyanın sanal bir ofise yüklenmesi sonrasında bu dosyalara ne zaman/nereden istenirse erişilebilmesini sağlar.³⁰³ Ancak, tek işlevi bu değildir. Örneğin İsviçre finansal hizmetlerinde bulut kavramı, özellikle iş liderlerinin bulut stratejisiyle ilgilenmesi ile onu büyüme ve yenilik platformu olarak tanımaya başlamaları sebebiyle çok aktif olarak kullanılmaktadır.³⁰⁴

Ticari faaliyetler ve finansal hizmetlerde kullanılma potansiyeli olan bir teknoloji olması sebebiyle de tıpkı adli bilişim ve elektronik keşif faaliyetlerinin bir hizmet olarak ücret karşılığında sunulması gibi, bulut bilişimi de teknoloji şirketleri

³⁰¹ Mustafa Cemre Can, **Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s. 152.

³⁰² Can, **Bulut Bilişim**, s. 152.

³⁰³ K. Çelik, “Bulut Bilişimde Temel Konular”, **Uluslararası Batı Karadeniz Sosyal ve Beşerî Bilimler Dergisi**, Sayı 5(2), 2021, s. 237 vd.

³⁰⁴ Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023). İsviçre’de geniş belge tanımının dijitalleştirilmiş her türlü veriyi kapsamına aldığı yönünde bkz. Thomas Sutter-Somm/ Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger, **Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 2010. s. 1029, prg. 7.

tarafından geliştirilip kullanıcılara ücret ve üyelik karşılığında kullanılmaktadır. Dünyada ve özellikle İsviçre’de bu tür elektronik ortamların kullanımını profesyonel olarak sağlayan ve yönetimine destek veren büyük şirketler bulunmaktadır.³⁰⁵ Bu şirketler uluslararası hizmet vermektedir. Buna göre örneğin, bulut bilişim ortamına ilişkin bir hizmetten yararlanan gerçek ya da tüzel kişiler; bulut bilişimin sağladığı verinin güvenli saklanması özelliği başta olmak üzere, ölçeklenebilirlik ve self servis provizyon, daha hızlı ve esnek ürün geliştirme, uygulamaların modernizasyonu gibi alanlardaki katkıları da doğrudan bulut bilişim ortamı sağlayıcısından alabilmektedirler.³⁰⁶

Bu bağlamda 2022 yılında İsviçre’de bulut bilişim ortamlarının kullanımına ilişkin gerçekleştirilen bir IDC araştırmasında³⁰⁷, İsviçre şirketleri stratejik bir bulut sağlayıcı tercih etmeye başladıklarında bu şirketlerin organizasyonel olarak daha iyi durumda kalabildikleri ifade edilmiştir. Özellikle bu çalışmada, bulut bilişim ortamı kullanan şirketlerin; bilgi işlem, depolama, ağ hizmetleri, dijital güvenlik, gizlilik, dijital esneklik ve sürdürülebilirlik gibi kriterlere odaklanma eğiliminde olduğu not düşülmüştür.³⁰⁸ Bunun yanında bu ticari kuruluşların, ispat faaliyetlerinde bulut

³⁰⁵ Bu yönde bkz. pwc.ch; delliotte.ch (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023). Ayrıca bkz. Busser, **EU-US Digital Data**, s. 1253.

³⁰⁶ <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023); Can, **Bulut Bilişim**, s. 152.

³⁰⁷ IDC araştırmasının ayrıntıları için bkz. <https://digitalswitzerland.com/building-a-swiss-digital-trust-ecosystem/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023); Uluslararası şirketlerin uyması beklenen ilkeler bakımından ayrıca bkz. Christian Schliemann, “Procedural Rules for the Implementaiton of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises – a Public International Law Perspective”, **German Law Journal**, Vol. 13, No. 01, 2012, s. 51-85, s. 53. vd.

³⁰⁸ Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023). Ayrıca burada ifade etmek gerekir ki son yıllarda çevre ve iklim hukuku bakımından Avrupa’da dikkat çeken çalışmalar yapılmaktadır. Bu çalışmalar, bulut bilişim gibi ortamların yaygınlaşmasını desteklemekte, yargı faaliyetlerinde karbon ayak izinin azaltılması da bu hedeflerden birini oluşturmaktadır. Yani, bulut bilişim faaliyetlerinin desteklenmesinin bir sebebi de çevre hukuku bakımından çevre duyarlılığını karşılayan bir teknoloji olmasıdır. Çevre hukukuyla bağlantılı olarak, karbon ayak izi araştırması vb. açıklamalar için bu yönde bkz. K. Kumaş/A. Akyüz/M. Zaman/A. Güngör, “Sürdürülebilir Bir Çevre İçin Karbon Ayak izi Tespiti: MAKÜ Bucak Sağlık Yüksekokulu Örneği”, **El-Cezerî Fen ve Mühendislik Dergisi**, 2019, S. 6 (1), s. 108-117, s. 110 vd. İsviçre finansal hizmetlerinde genel buluta geçiş için, bugün İsviçre’de üç büyük hiper ölçekleyici olarak kabul edilmekte olan dev şirketler– *Azure*, *AWS* ve *GCP* – İsviçre kantonlarına ve veri merkezlerine önemli yatırımlar yaparak İsviçre ulusal sınırları içinde veri yerleşimi ve düşük gecikme sürelerini bulut bilişim ortamı kullanmak suretiyle sağlamıştır. Bkz. pwc.ch. Hiper ölçekleyiciler, 2022’de (GCP ve Azure) bulut bilişim alanında ücretleri ilk kez aniden artırdığı, benzer şekilde Google, altyapı ve depolamayla ilgili çeşitli bulut çekirdek hizmetlerinde önemli fiyat artışları başlattığı ve Microsoft’un da MS365 fiyatlarını artırdığı bilinmektedir. Bu fiyat artışlarının iki göstergeye işaret ettiği ifade edilmektedir. Bunlardan birincisi 2022 yılında genel olarak her sektörde

bilişim sistemlerini etkili kullanarak sağladıkları veri hâkimiyeti sayesinde, bir adli refleks geliştirdikleri; eğer vakıalar örgüsü kendilerini yeterince destekliyorsa, ispat faaliyetinde de başarıya ulaştıkları ifade edilir.³⁰⁹ Örneğin bu kuruluşların kullandıkları bulut bilişim sistemleri dosya formatı bakımından adli incelemeye uygun formatlarda tutulur ve hâkimin elektronik ortam keşfini daha sorunsuz hale getirmeye destek olur.

Bulut bilişim ortamlarının kullanımı giderek yaygınlaşırken, olumsuz bir özellik olarak ise güvenlik ve erişim gösterilmektedir. Buna göre, özellikle Amerika Birleşik Devletleri merkezli teknoloji şirketlerinin öncülük ettiği bir hizmet olarak görüldüğünden, diğer ülkelerdeki kullanıcılar potansiyel veri ihlalleri ve veri güvenliği bakımından zaman zaman endişe duymaktadırlar.³¹⁰

Burada son olarak söz etmek gerekir ki bulut bilişim teknolojilerinin sağladığı ortamlar, önümüzdeki yıllarda tüm kurum ve kuruluşların elektronik belge oluşturma ve depolama işlemlerinin büyük ölçüde gerçekleşeceği elektronik ortam olma potansiyeline sahiptir. Bu nedenle, bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda ve elektronik verilerin mahkemeye sunulması ve incelenmesi gerektiğinde, hâkimin algısının elektronik ortama taşınmasından başka bir çözüm bulmak kolay görünmemektedir. İşte bu nedenle bulut bilişim ortamlarının kullanımının yaygınlaşması, bilişim hâkimliği³¹¹ ve hâkimin elektronik algısı³¹² yaklaşımlarını da destekleyen somut

fiyat artışlarının yaşanmasıyla, ikinci sebep bulut bilişim teknolojisinin tıpkı internet gibi vazgeçilmez bir kaynak olma yolunda olması olarak gösterilmektedir. Talep ve ihtiyaç giderek artmakta, bu da servis sağlayıcılara hizmet bedelini artırma serbestisini vermektedir. Bu yönde bkz. pwc.ch. Ayrıca, İsviçre'deki genel bulut pazarının %22,5'lik bir YBBO ile büyüdüğü ve 2026'da 11 milyar ABD dolarını aşmasının beklendiği ifade edilmektedir. Örneğin Microsoft, büyük bir İsviçre bankasıyla finansal hizmetleri desteklemek ve elektronik veri faaliyetlerini bulut ortamına entegre etmek için milyarlarca dolarlık bir anlaşma imzalamıştır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

³⁰⁹ Adli refleks hakkında bkz. III. bölüm, III, G.

³¹⁰ Bu nedenle özellikle İsviçre'de büyük şirketler bu hizmeti sunmak üzerine altyapı çalışmaları yürütmektedir. Başta *Swisscom* olmak üzere, İsviçre bulut sağlayıcıları Amerika Birleşik Devletleri merkezli teknoloji sağlayıcılarına güvenilir bir alternatif olmaktadır. Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

³¹¹ Bilişim mahkemeleri ve bilişimin doğrudanlığı yaklaşımları için bkz. I. bölüm, V, C, 3, d.

³¹² Hâkimin elektronik algısı yaklaşımları için bkz. I bölüm, V, C, 3, e.

örnekler oluşturmaktadır.³¹³ Zira, bundan kısa bir süre sonra bulut bilişim ortamındaki bilgilerin ayrıca kâğıda dökülerek incelenmesinin bir güvenilirliği ve gereği kalmayacak gibi görünmektedir. Ayrıca yeri geldiğinde karmaşık uyuşmazlıklarda binlerce hatta onbinlerce sayfaya karşılık gelen elektronik dökümanın incelenmesi söz konusu olacağından, bunların her birinin kâğıt üzerine çıktı alınarak ve basılarak mahkemeye teslim edilmesi pratik olmayan neticeler doğurur. Bu örnekteki gibi, onbinlerce sayfalık kâğıt çıktının üretilmesi, olayın özelliğine göre medenî usûl hukukunun başta doğrudanlık ve usûl ekonomisi ilkeleri gelmek üzere temel esaslarına uymayabileceği gibi, çevre hukuku bakımından da desteklenmeyen bir sonuca yol açacaktır. Bu nedenle bulut bilişim ortamına erişim ve ortamın etkin kullanımı bakımından yargı organlarının da temel bir uygulamaya kavuşması gerekir.

Sonuç olarak bulut bilişim ortamının, özellikle ticari hayattaki kullanımından burada özellikle söz edilmesinin sebebi, her türlü veri ve dolayısıyla delil kaynağının bizatihi bu ortamlarda saklanmasıdır. Bunun bir sonucu olarak özellikle büyük ölçekli şirketler, henüz uyuşmazlık çıkmadan bulut bilişim teknolojilerinden yararlandıkları sistemleri sayesinde, elektronik belge depolama ve adli analiz faaliyetlerinde bulunarak, hangi belgelerle davalarını destekleyeceklerini önceden kurgulamaktadırlar.³¹⁴ Bunun anlamı taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı bir davada tarafın neyi getireceğinin henüz dava dahi ortada yokken, adeta bir senaryo şeklinde bilinir ve kurgulanabilir olmasıdır. Böylece, örneğin ne bir belge incelemesi ne de bir keşif incelemesi, elektronik ortamın bir avantajı olarak adli reflekse sahip olan o taraf için sürpriz teşkil etmektedir. Henüz dava açılmadan, delil araçlarının tarafı tahkikat sonucunda hangi neticeye götüreceği büyük ölçüde öngörülebilmektedir. Tüm bunların neticesinde, uyuşmazlıklarda incelenmesi söz konusu olacak her türlü veri ve kayıt, birer elektronik ortam incelemesi anlamına gelecek ve hâkimin bizzat vâkıf olması gereken bilgiler, çoğunlukla birer elektronik ortam üzerinde keşif malzemesi olarak ele alınacaktır.

³¹³ <https://www.pwc.ch/en/insights/fs/how-swiss-banks-and-insurers-can-leverage-the-cloud-for-value-creation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

³¹⁴ Bu hususla bağlantılı olarak elektronik keşif ve adli refleks kavramları aşağıda ayrıca ele alınmıştır. Bu yönde bkz. III. bölüm, III, B, D ve G.

B. Veri Taşıyıcı

1. Genel Olarak

Bilişim teknolojilerinde yaşanan yoğun ve sürekli gelişmeler, ticari, sosyal ve kültürel alanlarda da değişimi beraberinde getirmektedir. Sözleşmeler dijital ortamda kurulmakta, mal ya da hizmet alım satımı elektronik olarak gerçekleştirilmektedir. Fiziki ortamda bir kez bile bir araya gelmemiş kişiler arasında teknolojik imkânlarla elektronik ortamlarda ticari/sosyal ve dolasıyla hukuki ilişkiler kurulmaktadır. Dijital verilerin hayatın bu denli ayrılmaz bir parçası olduğu bir dönemde, veriler de klasik yöntemle kâğıt üzerine basılarak değil, dijital ortamlarda saklanmaya başlanmıştır. Bürolarda yer alan geleneksel evrak dolaplarının yerini elektronik veri taşıyıcıları almaktadır. Veri taşıyıcısını, elektronik verileri taşımaya elverişli olan taşınabilir ortamlar olarak tanımlamak mümkündür. Veri taşıyıcısını sınıflandırarak, bir alt kategori olarak “dijital veri taşıyıcısı” adıyla anmak da isabetsiz değildir. Ancak, veri taşıyıcısının genellikle dijital bir özelliği bulunacağından, aynı zamanda “dijital” olduğunun belirtilmesine gerek duyulmaz.

Fakat bu noktada ifade etmek gerekir ki, veri taşıyıcılarını genel olarak belgelerin cisim bulma özelliğini karşılayan bilgi taşıyıcılarından ayırt etmek gerekir. Genel anlamda bilgi taşıyıcıları fiziki ortamda bilgiyi taşımaya yarayan araçlardır.³¹⁵ Bunlar özellikle geleneksel ispat araçlarının izah edildiği kaynaklarda, bir bilginin üzerinde bir şekilde yazılmış, işaretlenmiş ya da kazanmış olduğu her türlü şeyi ifade eden taşıyıcılar olarak tanımlanır.³¹⁶ Bunların başında kâğıt gelmek üzere, papirüs,

³¹⁵ BK-ZPO-Bach, **ZPO**, § 371 Rn. 3.

³¹⁶ Alman Hukukunda “*auskunftsachen*” olarak ifade edilen kavram için bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 219. Veri taşıyıcısını sadece gözle görülebilen bir nesne olarak kabul etmekte olan bir anlayış da vardır. Bkz. Borges, **Verträge**, s. 462.

taş, kil, her türlü levha ve duvar gibi nesneler sayılabilmektedir³¹⁷. Esasında bunlar da birer veri (bilgi) taşıyıcısıdır. Ancak, bugün için veri ve veri taşıyıcı denildiğinde bir terim olarak anlaşılan ve yerleşmiş olan kavram, “dijital veri taşıyıcısı”dır.

Veri taşıyıcısının, bir araç olarak doğrudan düşünce açıklaması içermediği ve üzerinde kayıtlı olan verilerin ancak bir araç yardımıyla okunabildiği özellikle vurgulanmaktadır³¹⁸. Bu vurgunun önemi, ilerleyen bölümlerde veri taşıyıcısının keşfin konusu olduğu haller açıklanırken daha detaylı bir şekilde anlaşılabilecektir³¹⁹.

Dijital veri taşıyıcılarını temel olarak üç gruba ayırarak incelemek mümkündür. Bunlar; manyetik veri taşıyıcıları, optik veri taşıyıcıları ve elektronik veri taşıyıcılarıdır³²⁰. Manyetik veri taşıyıcılarına; manyetik bantlar, manyetik filmler, makaralar, manyetik teypler, plaklar ve manyetik disketler örnek olarak gösterilebilir³²¹. Bu veri taşıyıcılarının güvenlik unsuru bakımından en zayıf olan veri taşıyıcıları olduğu ifade edilmektedir³²². Optik veri taşıyıcılarına ise CD, DVD ve optik okuyucu olarak nitelendirilebilecek hafıza araçları örnek gösterilmektedir. Bunlara opto-elektronik veri taşıyıcıları da denilmektedir³²³.

Elektronik veri taşıyıcıları, yukarıda söz edildiği gibi daha çok dijital veri taşıyıcılarını ifade eder. Uygulamada en çok kullanılan veri taşıyıcıları bu çeşit veri taşıyıcılarıdır. Bunlar günümüzde taşınması kolay olduğundan en çok tercih edilenlerdendir. Bugün herkesin aşına olduğu ve en çok bilinen elektronik veri taşıyıcılarının başında, flaş bellek olarak adlandırılan ya da kısaca “USB” ya da “USB bellek” adıyla anılan veri taşıyıcıları gelmektedir³²⁴. Elektronik ortamda bulunan

³¹⁷ Sigrun Erber-Faller, “Perspektiven des elektronischen Rechtsverkehrs”, **MittBayNot**, 1995, s. 182-192, s. 182.; Drehsen, **Augenschein**, s. 56.

³¹⁸ Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

³¹⁹ Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B.

³²⁰ Frank A. Koch, **Internet-Recht**, R. Oldenbourg Verlag, München, 2002, s. 130.

³²¹ Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 73; Akcan, **Faks Metinleri**, s. 163.

³²² Mine Erturgut, **Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi**, Ankara, 2004, s. 37; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9.

³²³ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 37; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9; İpek Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, İstanbul, 2007, s. 92.

³²⁴ **Dästner**, NJW, 47/2001, s. 3470.

deliller mahkemeye sunulurken, bunların USB belleklere kaydedilerek teslim edilmesi istenmektedir. Benzer şekilde günümüzde USB bellek veri taşıyıcılarına göre daha az güncel bir araç olsa da CD'ler bakımından da aynı durum geçerlidir. Mahkemeler önlerine gelen dilekçelerde dayanan elektronik belgelerin dilekçenin ekinde bulunan bir USB bellek veya CD ile mahkemeye teslim edilmesi yönünde ara kararlar oluşturmaktadır.

Bu halde denilebilir ki veri taşıyıcıları birer delil kaynağıdır. Bu noktadan itibaren elektronik verilere ve onların keşif yoluyla incelenmesine ilişkin açıklamaların, delil kaynağı olması muhtemel olan elektronik veri taşıyıcıları üzerinde yoğunlaşması gerekir. Çünkü, bu veri taşıyıcıları çok çeşitli olabilmekte ve bazen çeşitlerine göre farklı şekillerde incelenmeyi ve değerlendirmeyi gerektirmektedirler.

2. Delil Kaynağı Olabilecek Başlıca Elektronik Bilgi Taşıyıcıları

a. Bilgisayar

Bilgisayar veri taşıyıcıları içinde en zengin içeriğe sahip olan ve en yaygın bilgi taşıyıcısıdır. Bir bilgisayar başlı başına her çeşit veri taşıyıcının, her türlü elektronik belgenin kaynağı olabilir. Zira, bilgisayar veriyi yalnızca taşımaz, aynı zamanda onu sağlar, sayar ve üretir.

HUMK döneminde bilgisayar ortamındaki belgelere ilişkin yapılan önemli bir tartışma, Kanunun eski olmasından dolayı yeni karşılaşılan elektronik belgelerin delil olarak nasıl inceleneceğine ilişkindi³²⁵. Buradaki tartışmalar, bilgisayar ortamındaki

³²⁵ Peer Philip Wagner, "Das elektronische Dokument im Zivilprozess", **JuS**, 2016, s. 29-33, s. 31; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1847 vd.

verilerin nasıl inceleneceğinin bilinmemesinden, tanımların henüz medenî usûl hukuku literatüründe yeterince tanınmamasından ve Kanunda konuya ilişkin açık bir hüküm olmamasından kaynaklanmaktaydı³²⁶.

Bu bağlamda özellikle elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı olup olamayacağı çokça tartışılmıştı. Bilgisayarda kayıtlı olan ya da yalnız bilgisayar ekranında görüntülenen elektronik belgelerin, çıktıları alındığında doğrudan yazılı belge olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmekteydi. Fakat her ne kadar bilgisayar belleğindeki bilgilerin yazılı delil başlangıcı niteliğini taşıyıp taşımadığı tartışmalı olsa da, bunları tamamen görmezden gelmenin de ispatsızlık riski doğuracağı vurgulanmıştır³²⁷. Ne de olsa hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta bilgisayar belleğindeki bilgileri diğer delillerle bir araya getirerek değerlendirecek ve bir kanaate ulaşacaktır. İşte bu sebeplerle henüz HUMK döneminde “elektronik belgeler” ve “bilgisayar verileri” Kanunun sistemi içerisinde yer bulamamışken, buradaki yazınlık unsurunun geniş yorumlanması gerektiği ve elektronik belgelerin de bu kapsamda değerlendirilmesinin uygun olacağı ifade edilmiştir³²⁸.

Neticede bilgisayar; tanımı, tarihi gelişimi, donanım (iç ve dış donanım) ve yazılım (işletim ve uygulama yazılımı) gibi bileşenleriyle insanlık tarihinde devrim niteliğinde bir buluşu, bir makineyi ifade eder³²⁹. Bilgisayar, mantıksal ya da aritmetik çok sayıda işlemden oluşan bir işi, programlandığı doğrultuda yapabilen, komut alıp aldığı komutu sonuçlandırmaya yarayan bir elektronik araçtır³³⁰. Tüm bu yeteneklerinden dolayıdır ki hukuk dünyasının da en kıymetli bilgi ve delil kaynaklarından biridir.

³²⁶ Wagner, **Elektronische Dokument**, s. 31.

³²⁷ Wagner, **Elektronische Dokument**, s. 31.

³²⁸ Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 765. Bilgisayar programının kaynak kodları bakımından söz konusu olabilecek incelemeler hakkında bkz. Emre Kıyak, “Bilgisayar Programının Kaynak Kodları Üzerinde Mahkemece İnceleme Yapılırken Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 9, Sayı 97, Eylül 2014, s. 56-61, s. 57 vd. (jurix.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

³²⁹ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 37 vd.

³³⁰ Türk Dil Kurumu sözlüğündeki bilgisayar tanımı için bkz. tdk.gov.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2023).

Moore Yasasına göre, bilgisayar işlemcilerinin gücü ortalama her iki yılda bir iki katına çıkmaktadır³³¹. Buna göre örneğin son yirmi beş yıl içinde bilgisayarların gücü ve işlem hacminin en az beş bin kat daha fazla olduğu belirtilmektedir³³². Bu oranda bilgisayar üzerinden yapılan işlemler ve elektronik veri alışverişi de artmıştır. Sonuç olarak, bugün için elektronik veri taşıyıcılarının delil kaynağı olmaları bakımından, en yetenekli veri taşıyıcılarının bilgisayarlar olduğunu söylemek yanlış olmaz. Bu sebeple mahkemenin her türlü delil incelemesinde bilgisayarların rolü bulunmaktadır. Diğer veri taşıyıcılarından farklı olarak, bilgisayarlar hem bir araç olarak gerçek vakıa araştırmasının incelenmesine imkân sağlamakta hem de bazı hallerde bizzat vakıa araştırmasının konusu olmaktadır. Her durumda elektronik veri keşfinde araç ya da amaç olmak suretiyle kilit bir rol oynamaktadırlar.

b. Sabit Disk, Harici Disk, Flaş Disk, Hafıza Kartı, CD ve Disket

Bu kategoride sayılan bilgi taşıyıcıları, aynı zamanda bilgiyi depolamak için kullanılan aygıtlardır. Adli bilişim incelemelerinde sıkça adı geçen “elektronik keşif” işlemlerinde en çok başvurulanan bilgi taşıyıcıları harici disk, sabit disk ve CD’lerdir³³³. Burada sayılanlar, mahkeme kararlarında da dosyadaki varlığına ve inceleme sonuçlarına yaygın olarak yer verilen elektronik taşıyıcılarıdır.

CD ve benzeri sistemle çalışan diskler, optik disklerdir. Sabit diskler ise mekanik disklerdir. SSD diskler için ise katı hâl diski ifadesi kullanılmaktadır³³⁴. Bu

³³¹ Moore Yasası hakkında detaylı bilgi için bkz: Macit Toksoy, “Moore Yasası, Teknolojik Tekillik ve Prekarya”, *Tesisat Mühendisliği*, S. 2019/172, 2019, s. 41-66, s. 44 vd.; Norman, *Everyday Things*, s. IV.

³³² Norman, *Everyday Things*, s. IV.

³³³ Murat Özbek, *Adli Bilişimde Delillerin Toplanması ve İncelenmesi*, Yayınlanmamış Lisans Tezi, 2013, s. 122,

³³⁴ Özbek, *Adli Bilişim*, s. 122.

kategoride yer alan veri taşıyıcıları mahkemeler tarafından en çok kullanılan veri taşıyıcılarıdır. Mahkemeler, elektronik delil incelemeleri gerektiğinde, bu incelemeyi kendilerine teslim edilen harici diskler, taşınabilir bellekler, hafıza kartları ya da CD'ler üzerinden yapmaktadır.

Bu sınıflandırmada sayılanlar arasından artık en az kullanılanın disketler olduğunu söylemek mümkündür. Disketler MS-DOS adı verilen daha az güncel ve nispeten eski bir manyetik bant teknolojisini kullanmaktadır. Bu nedenle de bellek kapasitesi oldukça düşüktür. Özellikle seksenli yılları yansıtan bir teknoloji aracı olarak bilgiyi taşımanın yenilikçi bir yolu olmuş olsa da doksanlı yıllardan itibaren MS-DOS disketler yerini CD'lere bırakmıştır. Yani disketler için bir bakıma CD'lerin atası denilebilir. İki veri taşıyıcı da aynı temel kayıt teknolojisini ve benzer materyalleri kullanırlar. CD'lerin kapasiteleri MS-DOS disketlere göre daha yüksektir. Bu nedenle daha çok veri depolama imkânı sağladıklarından zaman içinde onların yerini almışlardır. Ancak, bugün için CD'lerin de kullanımının eskisi kadar yaygın olmadığı, onların yerini de daha pratik yöntemlerin aldığı görülmektedir.

Bir CD diskinin okunabilmesi için kendi formatına uygun bir CD çalar ya da CD okuyucu özellikli bir cihaza ihtiyaç vardır. Bu CD okuma özelliği ise artık yeni üretilen bilgi taşıyıcılarında çoğunlukla bulunmamaktadır. Çünkü, CD yerine USB belleklerin bilgisayarlar tarafından okunması daha kolay ve pratik olduğundan onların yaygınlaşması, bilgisayarlarda CD okuyucu bölmelerin artık üretilmemesine sebep olmuştur. Özellikle taşınabilir ve hafif olmak üzere tasarlanan dizüstü bilgisayarlarda, hem fiziki alan kaplaması hem de cihazı ağırlaştırması nedeniyle, CD-ROM sürücüsü artık bilgisayarlara hiç konulmamaktadır. Bunun yerine bilgisayarlara, bir bilgisayarda fiziki olarak daha az yer kaplayan ve başka amaçlarla da kullanılması mümkün olan USB formatında veri okuma çıkışı konulmaktadır.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, USB bilgisayarda bulunan kablo bağlantı çıkış noktasına verilen isimdir. Zaman içinde yalnız bu bağlantı çıkış noktasıyla eşleşen taşınabilir veri taşıma bellek kutularının kullanımının yaygınlaşmasıyla birlikte veri

taşıyıcıları da bu isimle anılmaya başlamıştır. Bu tip veri taşıyıcıların yaygınlaşmasıyla daha az pratik olan CD'nin kullanımı oldukça seyrek hale gelmiştir.

c. Kamera Aygıtı ve Fotoğraf Makinesi

Kamera ve fotoğraf makineleri, elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından belki de en çok başvurulmuş keşif malzemeleri olan fotoğraf ve video kayıtlarını üreten araçlardır. Bu nedenle veri üreten ve taşıyan araçlar arasında yüksek öneme sahiptirler.

Bazı kamera aygıtları taşınabilir olurken, bazıları sabittir. Örneğin güvenlik kameraları ya da MOBESE kameraları sabit kamera örnekleridir. Benzer şekilde bankaların bankamatik gibi hızlı para çekme alanlarında (*ATM*) veya asansörlerde bulunan güvenlik amaçlı izleme kameraları da yine sabit kamera örnekleridir. Taşınabilir kamera aygıtları daha küçük ve hareket ettirilebilir olduklarından, veri üretme potansiyeli yüksektir. Kamera aygıtlarının mobil olması oldukça yaygındır. Hatta bugün için mahkemelerin önüne gelen uyuşmazlıklarda elektronik temelli delil olarak sunulan pek çok elektronik içerik mobil kameralarla üretilmiş ya da kaydedilmiş verilerdir.

Mobil kamera aygıtına video kaydı alabilen bir fotoğraf makinesi örnek olarak verilebilir. Benzer şekilde tipik bir kamera aygıtı, mobil bir cihaz olarak anı kaydetme özelliğini haizdir. Araç içi kameralar (*dashcam*) da kural olarak mobil kameralardır³³⁵. Ancak, diğerlerine göre karma özellik gösterdikleri söylenebilir. Çünkü, araç hareket ettiği sürece mobil özellik gösterse de araç içinde sabitlenmiştir. Yalnız o araç etrafında gerçekleşen vakıa bakımından elektronik veri üretmektedir. Bir diğer hareketli kamera aygıtı *drone* olarak tabir edilen ve havalanma özelliği olan aygıtlardır. Bunlar yeni dönemin havadan çekim ve ölçüm cihazlarıdır. Hâkimin keşif

³³⁵ Dashcam için ayrıca bkz. III. bölüm, I, C, 4, b.

incelemesinde çok önemli bir fiziki yardımcı araç örneği ve aynı zamanda veri taşıyıcıdır³³⁶.

Bağımsız bir aygıt olmasa da kamera aygıtı ve fotoğraf makinesi özelliği bulunan cep telefonu, bir diğer taşınabilir örnektir. Cep telefonları bugün için herkesin bireysel olarak üzerinde bulundurduğu bir mobil kamera aygıtıdır. Cep telefonu için bir mobil delil üretim aracı demek yanlış olmaz. Cep telefonları esasında bir faydalı model³³⁷ olarak kamera aygıtı ve diğer telefon özelliklerinin birleştirilmesiyle burada sayılan tüm aygıt özelliklerini kapsayan karma bir cihaz haline gelmiştir. Bugün için mahkemelerin incelediği pek çok elektronik veri cep telefonlarında üretilmekte ya da görüntülenmektedir. Bu nedenle, mobil telefonlar aşağıda kamera ve fotoğraf çekme özellikleri de ele anılarak ayrıca incelenecektir³³⁸.

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, elektronik belgeler üzerinde keşif incelemesi tipik olarak, görsel ve işitsel kayıtlar üzerinde yapılır. Bu kayıtlar da esasında video ve fotoğraf üretme özelliği bulunan aygıtlardan elde edilen kayıtlardır. Bu nedenle, örneğin bir arazinin, kamera aygıtı ile çekilmiş video kayıtlarının incelenmesi, tipik bir elektronik belge üzerinde keşif örneği oluşturur.

³³⁶ Drone, havadan çekim imkanıyla hâkimin örneğin bir arazi keşfine aracılık edebilir, böylece keşif elektronik özellikli bir keşfe dönüşür. Bu anlamda bir keşif yardımcısı araçtır. Aynı zamanda anlık görüntü aktarımı gerçekleştirerek tele-keşif imkânı da sağlar. Bu yönde aşağıda bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, iv.

³³⁷ P. Karaaslan, “Teknik Buluşlar ile Tasarım Koruması Arasında Sınır Çizgisi: Teknik İşlevin Tasarımı Şekillendirmesi”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 10, S. 2, 2019, s. 489-503, s. 493 vd.; İ. Güneş, “Patent ve Faydalı Modeller Bakımından Sınai Mülkiyet Kanunu’nun Yeniliği”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 16, Sayı 176, Nisan 2021, s. 769-774, s. 772 vd.

³³⁸ Bkz. II. bölüm, I, B, 2, e. Ayrıca bkz. H. Oğuz, “Elektronik Ortamda Kişisel Verilerin Korunması, Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Sayı 3, 2013, s. 11.

d. Yazıcı, Fotokopi Makinesi ve Faks Makinesi

Yazıcı ve fotokopi makineleri, benzer özellikler gösteren, temelde elektronik belgelerin çoğaltılmasına ya da kopyalanmasına yarayan cihazlardır. Bu makinelerin, çok fonksiyonlu olup pek çok elektronik veri çeşidini destekleyen modelleri de bulunmakla birlikte, onlara artık birer bilgisayar gibi bakılmaktadır. Fakat temel olarak bu makinelerin her birinin birer önemli özelliği ön plana çıkar. Yazıcı makineler, bilgisayar ortamında yani elektronik ortamda bulunan elektronik belgeyi fiziki bir varlığa kavuşturmaya yarar. Bilhassa bu çalışmada çokça tartışılan kopya ve suret kavramlarının ana kaynağı bu makinelerdir. Ayrıca, delil başlangıcı olarak kabul edilen imzasız çıktılar, bir elektronik belgenin orijinali olmayan sureti ya da kopyasına dair tartışmalar³³⁹, bu makinelerin varlık kazandırdığı kâğıt belgeler üzerinde yapılmaktadır.

Faks makinesi ise yazıcı ve fotokopi makinelerinden biraz daha farklıdır. Çünkü, bir telefon hattı üzerinden iletişim kurma yeteneğine sahip makinelerdir. Faks makineleri için yazılı telefon benzetmesi yapılmaktadır. Buna göre faks makineleri, faks metinlerini gönderen ve alan bir makine mantığını işletir. Faks makinesi, telefotokopi denilen bir sistemi kullanmaktadır³⁴⁰. Telefotokopi yöntemiyle³⁴¹, sabit telefon numarası gibi belirlenen bir faks numarası hedef adres olarak seçilmek suretiyle, bu hedef adrese anlık olarak metin gönderebilen makineye faks makinesi denilmektedir³⁴².

³³⁹ Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023); Ozan Tok, **Medenî Usûl Hukukunda Delil Başlangıcı**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016. Ayrıca bkz. Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 887, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

³⁴⁰ Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023); Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 76 vd.; Konuralp, **Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı**, Ankara, 2009. s. 53, 54-57.

³⁴¹ Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023). Ayrıca bu yönde bkz. Akcan, **Faks Metinleri**, s. 163; Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 72.

³⁴² Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023); Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 10; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 38; Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 72.

Faks makinelerinden alınıp gönderilebilen faks metinleri, dijital veriler arasında sayılmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun geniş belge tanımının içinde faks metinleri de yer almaktadır³⁴³. Faks metinleri uygulamada, ispat faaliyetinde sıkça başvurulmuş bilgi taşıyıcılarından olmuştur. Faks metninin kategorik olarak uyuşmazlık öncesi delillerden olduğu ifade edilmiştir³⁴⁴. Keşif konusu olmak bakımından yapılan belge ayırımında faks metinlerinin yazıllık unsurunu karşılayıp karşılamadığına dikkat çekilmektedir. Buna göre, yazıllık unsurunu taşımayan belgelerin, doğrudan keşfin konusunu oluşturacağı ifade edilmektedir³⁴⁵.

Hâkim bir faks metninin içeriğini duyuşsal algısıyla değerlendirecektir. Ancak yazılı bir metin faks cihazı ile alıcıya iletildiğinde, faks metninin belge olarak ibraz edilmesi ve incelenmesi gerektiği savunulmaktadır³⁴⁶. Bu yaklaşıma göre, uygulamada çokça tartışılmış olan faks metinleri bakımından bir ayırım yapmak gerektiği söylenebilir. Faks içeriği, bir metin ihtiva ediyorsa farklı, bir metin içermiyorsa farklı mı değerlendirilmelidir, bunu irdelemek gerekir³⁴⁷.

Faks metinleri bakımından tartışılan bir diğer husus ise, faks metni fotokopi niteliğinde kabul edildiği takdirde, bunun sonucunun ne olacağıdır. Doktrinde, faks metninin fotokopi niteliğinde olmasının, delil yokluğuna eşdeğer görülmemesi

³⁴³ Hâkimin, faks makineleri ve bu makinelerin kullanımı hakkında özel bir bilgisi varsa, bu halde hâkimin bilirkişiye başvurmadan inceleme yapmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir. Bir bilgisayarın da faks makinesi olarak kullanılması mümkündür. Böylece faks metni, bir bilgisayar kaydı haline gelmiş olur. Bu durumda eski kanun döneminde HUMK m. 367'nin ilgili hüküm olarak uygulanabileceği ifade edilmiştir. Buna göre, HUMK m. 367'ye bakıldığında, bilgisayar ortamında saklanan bilgilerin ve bunlardan alınan çıktıların kanunda öngörülmeş delillerden sayıldığı görülmektedir. Buradan yola çıkılarak, bir kayıt bilgisayar ekranında görünmüyorsa, delil de yok demektir. Bilgisayar üzerinden faks metni gönderilmesi ihtimalinde, faks numarası ve tarih – saat tespit edilebiliyorsa, bu durum söz konusu belgenin güvenilirliğini artıran bir husus olarak hâkim tarafından dikkate alınabilir. Bu yönde bkz. Konuralp, **İspat Kuralları**, 30 vd.

³⁴⁴ Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 31. Ayrıca faks metninin, gönderim raporu kaydettiği için, gönderme işlemini tamamlayıp tamamlamadığının tespiti mümkün olduğundan, güçlü delil (kuvvetli takdiri delil) olarak kabul edilebileceği görüşü için bkz. Akcan, **Faks Metinleri**, s.187.

³⁴⁵ Güray Erdönmez, **Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti**, İkinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014. s. 223; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 131.

³⁴⁶ Yurtbaşı, **Keşif**, s. 131.

³⁴⁷ Bu tartışmalar elektronik kayıtların düşünce içerikli olup olmamasına dair görüşlerle birlikte değerlendirilmektedir. Bu yönde bkz. II. bölüm, I, E, 2 ve III. bölüm, I, C, 1, b.

gerektiği ifade edilmiştir.³⁴⁸ Faks metni, fotokopi özelliğinde olsa da delil olarak mahkemeye sunulabilmelidir.

Ayrıca faks metinleriyle ispat faaliyetine girildiğinde, ispat yükü belirlenirken dürüstlük kuralının yol gösterici olacağı ifade edilmiştir. Buna göre dürüstlük kuralı, ispat yükünün hangi tarafa düşeceği belirlenirken önem arz eder.³⁴⁹ Faks metinlerine ilişkin yapılmış tartışmaların çoğunlukla bu belgelerin ispat değerine ve mahkemece nasıl bir usûl izlenerek inceleneceğine ilişkin olduğu görülmektedir. Doktrindeki bir görüşe göre, faks metinlerine kesin delillere yaklaşan bir özellik tanınabilmelidir. Zira, faksın gönderildiği numara ve gönderilme tarihi kesin olarak tespit edilebilmektedir.³⁵⁰ Esasında bu görüş, faksa elektronik imzanın güven işlevini yükleme önerisine benzetilebilir.

Faks cihazından elde edilebilen gönderim raporu, alıcı ve göndericiye ilişkin numara bilgilerini, gönderi tarih ve saatini, gönderinin başarıya ulaşp ulaşmadığını gösterir. İşte bu gönderim raporu da esasında bir elektronik belgenin ihtiva ettiği verinin verisi anlamına gelen üst veri kavramına benzerdir. Buna göre faks metinleri, metnin bilgisayar ortamında ya da el yazısıyla hazırlanmış olmasına, imza içerip içermemesine ve gönderim raporuna göre, hâkim tarafından incelenip değerlendirmeye tabi tutulmalıdır.³⁵¹

³⁴⁸ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s.53-54 ve s. 57; Akcan, **Faks Metinleri**, s.188; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 10.

³⁴⁹ İspat yükü bakımından dürüstlük kuralının yanında başkaca prensiplerin de önemine işaret edilir. Özellikle ispat faaliyetinde ceza yargısı ve medenî yargının farklarına işaret edilerek, özel hukuk yargısında prensiplerin nasıl değiştiği örneklendirilmiştir. Bu noktada tamamen iki taraflı olan ve masumiyet karinesi bulunmayan hukuk davalarında, örneğin tanık ve taraf beyanlarının başlangıçta gerçek dışı olduğunun varsayılması, ardından bu varsayımın çürütülmeye çalışılması önerilmiştir. Bu yanıtlama başarısız olursa, yani tanık ya da taraf beyanları gerçek dışı kalırsa, bu durum ispat yükünü taşıyan tarafın aleyhine olmalıdır. Bu yönde bkz. Daniel Schwander, “Befragungstechnik”, **Haftpflichtprozess 2013 Heuristics and Biases, Persönlichkeitsschutz, Regressprozess, Substanziierung, Parteibefragung und Gutachten**, Schulthess Juristische Medien AG 2013, s.170-210, s. 176. Ayrıca bkz. Arslan, **Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı**, Ankara 1989 s. 89-92, s. 90 vd; Umar/Yılmaz, **İspat Yükü**, s. 25 vd.

³⁵⁰ Akcan, **Faks Metinleri**, s. 188, 189; Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 99.

³⁵¹ Recep Akcan, **Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri**, Ankara, 1999, s. 245, 246, 253; Erber-Faller, **Elektronischen Rechtsverkehr**, s. 183.

Ayrıca genel anlamda tüm elektronik belgeler bakımından yapılan orijinal ve suret tartışmaları faks metinleri bakımından da geçerlidir. Doktrinde faks metinlerinin, asla asıl metin olmadığı, sadece asıl metnin bir kopyası olduğu kabul edilmektedir³⁵². Bu yaklaşıma göre, karşı tarafa iletilen faks metni, hiçbir zaman orijinal metin olarak kabul edilmemelidir. Bu durumda hâkimin gerçekleştireceği keşif incelemesi her halde bir suret üzerinde gerçekleştirilmiş olacaktır.

Şunu da ifade etmek gerekir ki, faks metinleriyle ilgili tartışmalar yıllar boyunca çok yoğun bir şekilde yapılmış olsa da bugün için artık faksın eskisi kadar yaygın kullanılan bir iletişim aracı olduğu söylenemez. Ancak, bu fiili durum faksın ve faks metinlerinin artık önemsiz olduğu anlamına gelmemektedir. Bu tartışmalar bugün elektronik belgelerin delil olarak incelenmesine dair yaklaşımların şekillenmesinde de temel teşkil etmektedir. Bu nedenle, faks cihazlarının ürettiği elektronik belgeler, yani faks metinleri hakkında doktrinde ileri sürülen görüşler halen önemini korumaktadır³⁵³. Özellikle keşif konusu olabilecek elektronik belgelerin çerçevesi çizilirken ve delil başlangıcı kurumuyla keşif ilişkisi ortaya konulurken, faks metinlerine ilişkin tespitler yol gösterici bir rol oynamaktadır.

e. Mobil Telefon

Mobil telefonları bir elektronik veri taşıyıcısı olarak ve aynı zamanda son derece yaygın bir elektronik veri üretici/saklayıcı kaynak olarak görmek mümkündür. Günümüzde taşınabilir telefonlar; akıllı ve akıllı olmayan telefonlar olarak ikiye

³⁵² Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023); Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 73; Akcan, **Faks Metinleri**, s. 163; Kuru, **Usûl Şerhi**, C. II, s. 1431; Riesenkauff, **NJW**, 46/2004, ss. 3296, 3297; Malzer, **DNotZ**, 2/ 1998, s. 107. Ayrıca faks metinleri bakımından bir tartışma, elektronik imza unsuru bakımından ortaya çıkmaktadır. Faks metinlerinin elektronik imza unsurunu taşımasının mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bu görüşe göre özellikle Alman Medenî Usûl Kanunu m. 130a anlamında elektronik imza unsurunu taşımayan faks metinlerinin farklı bir çözümle mahkemeye sunulması gerekmektedir. Bu nedenle faks metinlerinin, 130a maddesinde düzenlendiği gibi elektronik verileri taşımaya elverişli ortamlar vasıtasıyla belge olarak mahkemeye sunulabileceği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Dästner, **NJW**, 47/2001, s. 3470.

³⁵³ Özmen, **Telefaks Cihazları**, s. 73; Akcan, **Faks Metinleri**, s. 163, 187; Kuru, **Usûl Şerhi**, C. II, s. 1431. Ayrıca bkz. Riesenkauff, **NJW**, 46/2004, s. 3296, 3297; Malzer, **DnotZ**, 2/ 1998, s. 107.

ayrılmaktadır. Özellikle 2010'lu yıllardan itibaren mobil telefon kullanıcılarının büyük bir çoğunluğu "*smart phone*" kategorisindeki akıllı cihazları tercih etmektedir. Bu kadar yaygın akıllı telefon kullanımı kaçınılmaz olarak bireysel kullanım için tasarlanmış bu telefonlardaki veri üretimi, veri akışı ve veri taşıma işlemlerinin sayısını da artırmıştır. Bu durum ise son yıllarda hukuk yargılamasında tarafların dayandıkları elektronik belgelerin oldukça büyük bir kısmının mobil telefonlarda saklanan veriler olmasına yol açmıştır. Bugün için dava dosyalarında delil olarak sunulan pek çok elektronik veri akıllı telefon uygulamalarına dayanmaktadır. Bunların içinde en çok ön plana çıkan örnek bir elektronik çevrimiçi iletişim uygulaması olan "*whatsapp*" üzerinden yapılan yazışmalardır.³⁵⁴

Ayrıca, yine mobil telefonların bu kadar yaygınlaşmasıyla mahkeme dosyalarını adeta istila etmeye başlamış olan "*screenshot*" yani ekran görüntüsü hemen her dava dosyasında tarafların delil araçları arasında yer almaktadır. Ekran görüntüsü aslında akıllı telefonlarla ortaya çıkmış bir teknolojik imkân değildir. Bir bilgisayardan da benzer şekilde ekran görüntüleri almak mümkündür. Ancak, bundan yirmi yıl öncesine kadar bir bilgisayar ekranından "*screenshot*" alınabilmesi dahi, bir uzmana danışmayı gerektirebilecek ve sıradan bir kullanıcının kendi başına yapamayacağı bir işlem gibi görülebilmekteyken, bugün için sıradan bir akıllı telefon kullanıcısı genel kullanıcı bilgisiyle, kolaylıkla telefonunun ekranındaki görüntüyü anlık olarak kaydedebilmektedir. Çoğunlukla bu ekran kayıtlarının çıktıları, mahkemeye ispat faaliyeti kapsamında delil olarak sunulmaktadır. Bunların incelenmesi ise bir keşfin konusunu oluşturabilmektedir.

Ekran görüntüleri uygulamada çok sık kullanılan bir dayanak olsa da hâkim bakımından son derece temkinli yaklaşılması gereken bir elektronik belge örneğidir. Çünkü, dava dosyasına konulan ekran görüntüsünün çıktısı, yalnız o elektronik verinin bir kopyasından ibarettir. Gerçeklik ve orijinallik sağlaması bakımından da oldukça

³⁵⁴ Erhan Akbal/Şengül Doğan/ İbrahim Baloğlu, "Android İşletim Sisteminde Whatsapp Uygulamasının Adli Bilişim Açısından İncelenmesi", **Bilişim Teknolojileri Dergisi**, 11 / 2 (Nisan 2018), s. 147-156, s. 149 vd, <https://doi.org/10.17671/gazibtd.339802>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.07.2023).

zayıftır. Çünkü, ekran görüntüsünün çıktısı olarak mahkemeye sunulan belgenin, orijinal olup olmadığının bilinmesi mümkün değildir. Bunun gerçekten ekrandaki orijinal görüntüyü yansıtır yansıtmadığı, ancak o mobil telefondaki görüntüyle doğrudan yapılacak bir karşılaştırmayla anlaşılabilir. Bu nedenle, mobil telefondan alınan ekran kayıtlarında, hâkimlerin mümkün olduğunca telefon ekranından orijinal bilgiyi keşif yoluyla incelemesi daha sağlıklı bir bilgi edinme yöntemi olacaktır.

Mobil telefon, akıllı telefon kategorisinde bir cihaz olması halinde, bir bilgisayar kadar ve hatta bazen daha karmaşık ve iç içe geçmiş fonksiyonları bir arada sunabilmektedir. Bu fonksiyonlar ise telefonda kurulu olan işletim sistemi ve yazılıma göre belirlenir. Bugün iki çeşit sistem kitlesel yaygınlıkta kullanılmakta ve bilinmektedir. Bunlar *android* işletim sistemi³⁵⁵ ve *apple* markalı elektronik cihazlar için özel olarak geliştirmiş *Apple* Şirketinin *IOS* işletim sistemidir.³⁵⁶ Bu sistemler kullanıcıya çeşitli uygulamaları bireysel akıllı telefonuna yükleyebileceği ve kurabileceği kullanım alanları sunar. Bu uygulamalar çeşitli kategorilerde olabilmektedir ve her biri potansiyel birer elektronik veri üretimi aracıdır. Hatta kullanıcıyla sistem işleteni arasındaki hukuki ilişkiler, örneğin sanal uygulama mağazasından alışveriş yapma veya uygulamaları kurma/güncelleme işlemleri dahi bir elektronik kullanıcı sözleşmesi üzerinden yürütülmektedir.³⁵⁷ Tüm bu elektronik içeriklerle ilgili tarafların sunabileceği bütün deliller genellikle kaçınılmaz olarak birer elektronik belgedir.³⁵⁸ Çünkü, tüm işlemler elektronik ortamda gerçekleşmektedir. Örneğin yukarıda da söz edildiği gibi, bugün boşanma davalarının yaklaşık olarak

³⁵⁵ Akbal/Doğan/Baloğlu, **Whatsapp Uygulaması**, s. 149 vd.

³⁵⁶ Akbal/Doğan/Baloğlu, **Whatsapp Uygulaması**, s. 149 vd. Ayrıca bkz. Ali Rız Çam, **Adli Kolluk ve Bilişim**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 190.

³⁵⁷ Akbal/Doğan/Baloğlu, **Whatsapp Uygulaması**, s. 149 vd; Çam, **Bilişim**, s. 190.

³⁵⁸ Akbal/Doğan/Baloğlu, **Whatsapp Uygulaması**, s. 149 vd; Çam, **Bilişim**, s. 190.

yüzde altmışında sunulan delillerin mobil telefonlardan elde edilen elektronik veriler olduğu belirtilmektedir³⁵⁹. Bu oldukça dikkate değer bir istatistiktir³⁶⁰.

Avrupa'da mobil telefonların kullanımıyla bağlantılı olacak şekilde internet ayak izinin tek haneli oranda artması beklenirken, akıllı telefonların yaygınlığının 2022 yılı için yapılan bir araştırmada, yüzde ondan daha fazla artışla yüzde altmışlardan en az yetmişe çıkmasının beklendiği ifade edilmektedir³⁶¹.

Burada mobil telefonların yaygınlaşmasıyla ilgili olarak vurgulanan bir diğer husus sesli komut ya da sesle kontrol gibi özelliklerin yaygınlaşmasıdır. Buna bağlı olarak elektronik ortamda örneğin elektronik işaretler yerine kişinin yalnız sesini kullanarak işlem yapabilmesi mümkün olabilmektedir. Bu konuda tartışılan bir husus, mobil telefonlarla yaygınlaşan sesle komut özelliklerinin örneğin bir hukuki işlemde irade beyanı gerektiğinde nasıl uygulanacağıdır. Bu şekilde komut olarak sesle açıklanan bir irade beyanın bağlayıcılığının ve ispat değerinin ne olacağı da

³⁵⁹ Boşanma davaları bağlamında İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu m. 181 anlamında keşif incelemesi yapılmasının nadir olduğu ifade edilmektedir. Örneğin, konuttaki (örneğin hijyenik) koşulların boşanmada bir rol oynadığı veya mobilya ve ev eşyalarının tahsisinin tartışmalı olduğu durumlarda doğrudan mahalde keşif yapılmasının uygun olabileceği düşünülebilir. Hatta bu gibi durumlarda, mevcut koşulların tarafların müdahalesi olmadan mümkün olduğunca tespit edilebilmesi için mahkemenin re'sen (yani önceden bir delil emri çıkarmadan; ZPO 181. madde 1. fıkra) hareket etmesinin de haklı görülebileceği ifade edilmiştir. Ancak bu gibi durumlarda daha çok, mahkemeye belirli koşullara ilişkin görsel bir izlenim vermek için, "keşif nesneleri" olarak adlandırılan nesnelerin, özellikle de fotoğrafların sunulmasının daha yaygın olduğuna işaret edilmiştir. Bu yönde bkz. Andreas Oehler, "Sachverhaltsermittlung und Beweis im Scheidungsprozess", **Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme**, Schulthess Juristische Medien AG, 2013, s. 103.

³⁶⁰ Yargıtay 2. HD'nin 05.02.2014 tarih ve E. 2013/19577 K. 2014/1926 sayılı kararında da belirtildiği üzere "*Elektronik ortamdaki fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcılar, diğer delillerle desteklendikleri takdirde "delil" olarak hükme esas alınabilir.*" Bkz. (legalbank.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023).

³⁶¹ Dijital gelirdeki artışın, yüzde 19,7 oranında büyüyerek ve pazarın yüzde 43'ünü oluşturarak güçlü bir performans göstermeye devam ettiği, ücretli abonelik ses akışlarından elde edilen gelirler, toplam dijital gelirlerin yüzde 70'ini oluşturduğu, bölgenin en büyük pazarları olan Almanya, İngiltere ve Fransa'nın tümü akış gelirlerinde büyüme gördüğü, fiziksel gelirler yüzde 9,8 azaldığı ve Avrupa kurumlarının değer farkını yasal bir düzeltme gerektiren bir piyasa sapması olarak kabul ettiği yönünde bkz. pwc.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023). Bu bağlamda mobil teknolojilerin özellikle üst yaş grubu tarafından keşfedilmeye bir süre önce başlanmış olduğu ve bu keşfin artarak devam edeceği tahmin edilmektedir. Yine İsviçre'de yapılan bir araştırmada İsviçreli hanelerin yüzde 45'inden fazlasının yüksek hızlı internete sahip olduğu ve tüm İsviçre halkının yüzde seksendokuzunun çevrimiçi olarak aktif olduğu tespit edilmiştir. Bu aktif kullanımın büyük bir çoğunluğunun mobil telefonlar aracılığıyla olduğu bilinmektedir. Bkz. pwc.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023). Ayrıca bkz. Brandli, **Prozessökonomie**, s. 184, prg. 402.

önemlidir.³⁶² Burada bir tartışma, bunun bir elektronik imza niteliğinde olup olmadığı bakımındandır.³⁶³ Eğer bunu bir elektronik imza olarak kabul etmek mümkün olarsa bu halde ne tür bir imza olduğunu da tespit etmek gerekir. Bu halde elektronik imzanın varlığından söz edilebilirse, biyometrik imzanın özelliklerini gösteren bir hal söz konusu olabilir. Ancak bunun için mobil telefondaki yazılımın kullanıcının sesini tanıyor ve ses aracılığıyla kimlik tespitini yapabiliyor olması gerekir.³⁶⁴ Aksi halde kullanıcının bireysel cihazından bir başkası tarafından kendi ses komutuna benzetilen bir komutla herhangi bir hukuki işlem yapılması ihtimalinde, pek çok sorun ortaya çıkabilecektir. Bu konudaki temel problem kişinin sesini kullanıp kullanmadığı olacak ve bu ses üzerinde keşif yapılması gerekecektir.

Tüm bu tanıtılan mobil telefon özellikleri ve elektronik hukuki ilişkiler doğuran yazılımlar bakımından, en büyük sorun şüphesiz ispat faaliyetinde ortaya çıkar. İşte bu noktada tamamen elektronik belgelerden kaynaklanan bu uyuşmazlığa ilişkin bilgilerin hâkim tarafından keşfi gerekir.³⁶⁵ Örneğin, belgelerin kimin elinde bulunduğu, ne şekilde ve nerede keşif incelemesi yapılabileceği, yabancılik unsuru varsa bunun nasıl çözümlenebileceği, belgeyi kimin elinde bulundurduğuna göre değişen belge ibrazı ya da keşfe katlanma yükümlülükleri gibi pek çok tartışma ortaya çıkar. Bu nedenle, elektronik bilgi taşıyıcılarının ve elektronik belgelerin günlük hayatta yaygın kullanımda olduğu alanların öncelikli olarak tespit edilmesi gerekir.³⁶⁶

Örneğin işçi ve işveren arasındaki ihtilafta, iş yerindeki iş yeri nöbet çizelgesi delil gösterilmiş olabilir. Bu halde, genellikle iş yerindeki panoya asılmış listenin işçinin mobil telefonu ile çekilmiş fotoğrafı dosyaya konulur. Bu halde hâkim, eğer çekişme yoksa direkt olarak sureti alıp inceleyip okuyup dosyaya koyar ve delili serbestçe takdir eder. Ancak fotoğrafın orijinalliği bakımından bir muhalefet olursa, önce doğrudan mobil telefon üzerinde görselin orijinalini görmek üzere inceleme

³⁶² Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408. Ayrıca bkz. (pwc.ch), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023).

³⁶³ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁶⁴ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁶⁵ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁶⁶ <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semo-login/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/video-games.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023).

yapabilir.

Mobil telefonların veri taşıyıcı özelliğiyle bağlantılı dijital müzik platformlarından da kısaca söz etmek gerekir. Özellikle fikri mülkiyet hukuku alanında pek çok uyumsuzluk müzik eserleriyle ilgili olarak hâkimlerin önüne gelmekte ve bu eserlerin büyük bir çoğunluğuna dijital platformlar üzerinden erişilebilmektedir³⁶⁷. Bilindiği üzere günümüzde müzik eserlerini çalmak üzere geliştirilmiş pek çok mobil uygulama bulunmaktadır³⁶⁸. Kullanıcılar bu dijital platformlar üzerinden müzik albümlerini ve parçaları mobil telefonlarına indirerek ya da indirmeden bu uygulamalar üzerinden anlık olarak oynatmak suretiyle dinleyebilmektedir³⁶⁹. Bu bağlamda, ortaya çıkabilecek lisans sözleşmeleri, telif sorunları ve fikri haklarla ilgili diğer uyumsuzluklarda da mobil telefonlar birer elektronik veri ve dolayısıyla delil kaynağı olabilmektedir³⁷⁰.

f. Oyun Konsolu

Oyun konsolu, temel olarak video oyunu olarak tabir edilen dijital oyunları oynamaya yarayan bilgisayar benzeri işletim sistemine sahip bir cihazdır³⁷¹. Video oyunu ise, oyuncunun elektronik ortamdaki eylemlerinin bir sonuca bağlandığı, kullanıcı ara yüzleriyle etkileşimi içeren elektronik bir oyun olarak tanımlanmaktadır³⁷².

³⁶⁷ Ignacio Czeguhn, “Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess“, **JuS**, 2004, s. 124-126, s. 124. Selva Kaynak Koç/Mete Tevetoğlu, “Bilgisayar Oyunlarının Telif Hakkı Korumasından Yararlanması”, **Fikri ve Sınai Haklar Dergisi**, 2012, Sayı 8/30, s. 57 vd.; Emin Hamdi Uysal, “Second Life Örneği Üzerinden Oyuncuların Bilgisayar Oyunlarındaki Hak Sahipliği Sorununun İncelenmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 627-650, s. 631, 632.

³⁶⁸ Mobil uygulamalar da dahil olmak üzere eğlence ve müzik platformları aşağıda ele alınmıştır. Bu yönde bkz. III. bölüm, III, F, 3.

³⁶⁹ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁷⁰ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁷¹ Brandli, **Prozessökonomie**, s. 188, prg. 408.

³⁷² S. Sarpkaya, “Dijital Oyun/Video Oyunu Folkloru Üzerine Bir Yöntem Denemesi”, **Uluslararası Halkbilimi Araştırmaları Dergisi**, Sayı 4(6), 2021, s. 155 vd.

Oyun konsolları, bilgisayarlara bir alternatif olarak video oyunlarını oynatmak amacıyla tasarlanmış dijital oyun makineleridir.³⁷³ Video oyunlarını oynatmanın yanında, tıpkı bir bilgisayar gibi medya içeriklerini de oynatabilmektedirler. Ayrıca, hem oyunların çevrimiçi oynanması hem de diğer multimedya içeriklerinin sağlanması bakımından bu cihazlar çoğunlukla doğrudan internete bağlanacak şekilde tasarlanmaktadır. Bu nedenle oyun konsollarının da tıpkı bilgisayar, mobil telefon ve diğer iletişim sağlayan elektronik bilgi taşıyıcıları gibi çevrimiçi ortamlarda tarafları bir araya getirme ve hukuki işlemlere kaynak olma özelliği bulunmaktadır. Böylece, oyun konsollarının sunduğu elektronik platform olma özelliği, yalnız platform sağlayıcı ile tüketici arasında değil, tüketiciyle diğer tüketiciler arasında da hukuki ilişkiler kurulmasını sağlar. Örneğin oyun konsolunun kendi serverları üzerinden sunduğu elektronik iletişim kanalları vardır. Kullanıcılar bu kanallar üzerinden sözlü, yazılı ve hatta görüntülü iletişim kurabilirler.³⁷⁴ Dolayısıyla yalnız bu iletişim kanalları dahi tek başına önemli birer elektronik ispat aracı olabilirler.

Oyun endüstrisi, son yıllarda tıpkı müzik ve film endüstrisi gibi ayrı bir pazara dönüşmüştür. Bu nedenle, hem oyuncu olarak tabir edilen kişilerin sayısı artmış hem de buna bağlı ortaya çıkan hukuki uyuşmazlıklarda büyük bir artış ve çeşitlilik oluşmaya başlamıştır.³⁷⁵ Oyun konsollarına geliştirilen oyunlar kapsam ve kaliteleriyle bağlantılı olarak büyük kitlelere ulaşmış ve bunun bir sonucunda oyuncu (*gamer*) adı verilen bir meslek grubu ortaya çıkmıştır. Oyuncular ile oyun geliştirici şirketler arasında yeni nesil iş ilişkilerinin kurulduğunu söylemek mümkündür. Böylece, taraflardan birinin ediminin, yalnız elektronik ortamda gerçekleştirilebilecek bir eylem olan “oyun oynamak” olduğu bir sözleşme ilişkisi ortaya çıkmaktadır.³⁷⁶ Bu

<https://dergipark.org.tr/tr/pub/uhad/issue/62633/902469>), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023).

³⁷³ Emin Çelik, "Mobil Oyunların Fikri Mülkiyet Hukukunda Korunması", **Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 9 / 1, Ocak 2023, s. 139-152, s. 142 vd.

³⁷⁴ Çelik, **Mobil Oyun**, s. 142 vd.

³⁷⁵ Çelik, **Mobil Oyun**, s. 142 vd.

³⁷⁶ Oyun hukuku hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. U. KÖSE, “Çevrimiçi Bilgisayar Oyunlarına İlişkin Bazı Hukukî Problemlerin Türk Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi”, **INET-TR 2014**, s. 55-60, İzmir, 2014, s. 56 vd.

alışılmışın dışında hukuki ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık, şüphesiz elektronik ortamda keşif ve keşif benzeri incelemeleri gerektirir.

Buna göre, oyun konsolları elektronik bilgi taşıyıcılar arasında nispeten yeni ve fakat ekonomik anlamda son derece büyük meblağların konu edildiği hukuki ilişkilerin kurulduğu büyük bir endüstriyi temsil etmektedir. Bu kadar önem taşımasının başlıca iki nedeni vardır: Bunlardan bir tanesi geliştirilen her içeriğin ve cihazın evrensel olarak geniş kitlelere erişmesidir. Yani oldukça geniş bir kullanıcı kitlesi ve bu kullanıcıların kendi içinde sosyal toplulukları bulunmaktadır³⁷⁷. İkinci neden ise, oyun konsolu şirketlerinin çok ciddi gelir elde etmeleridir. Oyun piyasasında, video oyun yazılımı ve hizmetlerine yapılan tüketici harcamaları bir sınıf, bunun yanında oyun konsolu ve onun donanımlarına yapılan tüketici harcamaları ayrı bir sınıf olarak değerlendirilir. Ayrıca, video oyunları yoluyla reklamlardan elde edilen gelirler bunlara eklenmektedir³⁷⁸. Tüm bunların yanında özellikle spor içerikli video oyunlarının dahil olduğu e-Spor denilen elektronik spor oyunlarından elde edilen gelirler de bu piyasayla ilişkilidir³⁷⁹.

Dolayısıyla, oyun konsollarının birer bilgi taşıyıcı olarak bağlantılı olabileceği -elektronik spor- karşılaşmaları ve turnuvalar da dahil olmak üzere pek çok hukuki alan vardır³⁸⁰. Bu alanlarda ortaya çıkan uyuşmazlıklarda incelenmesi gereken ispat araçlarının hemen hepsi sadece elektronik ortamda bulunan verilerden oluşur. Bu nedenle, oyun konsolları elektronik veri üzerinde keşif incelemesinde önemli bir bilgi taşıyıcısıdır.

³⁷⁷ İsviçre’de yapılan bir araştırmaya göre, gençlerin yaklaşık olarak yüzde sekseninin video oyunları oynadığı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. swisstech.com/swissmediaoutlook/11/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

³⁷⁸ Swiss Entertainment & Media Outlook 2018-2022, bu yönde bkz. digitalswiss.ch/researchswiss/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

³⁷⁹ H. M. Doğu, "E- Spor ve E-Spor Hukuku’nda Sporcu Sözleşmeleri". **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 69, 2020, s. 443-453, s. 444 vd.

³⁸⁰ Doğu, **E-Spor**, s. 445 vd.; Małgorzata Tomecka, "Sport, including e-sport, in the light of various interpretations", **Journal of Sport Sciences Researches**, C. 2, S. 2, 2017, s. 21-29, s. 22 vd.; Jochen Fritzweiler/Bernhard Pfister/Thomas Summerer, **Praxishandbuch Sportrecht**, C.H. Beck Verlag, 3. Auflage, München, 2014, s. 22 vd.

Oyun konsollarında oynanabilen “geleneksel oyun”lar, aynı zamanda bilgisayarlarda da oynanabilmektedir. Bu konsollar, hem televizyon bağlantılı hem de taşınabilir cihazlar üzerinden oyun oynama imkânı sunabilmektedir. Burada hukuki uyumsuzluklar özellikle; fiziksel (disk tabanlı) oyun satışlarıyla ilgili olabileceği gibi çoğu zaman dijital mağazalarda satılan dijital oyun satışlarıyla (örneğin bilgisayar ortamları için *Steam*³⁸¹, *Good Old Games* ve *Origin* ile oyun konsolları için *PlayStation Store*³⁸², *Xbox Games Store* ve *Nintendo eShop*) ilgili de olabilmektedir. Bu satın alımlara ek olarak; dijital ortamda indirilebilir içeriklerin birer eklenti olarak satışıyla (*DLC* adı verilen paket içerikleri) ve abonelik hizmetleriyle ilgili olarak, oyun sağlayıcılar ile kullanıcılar arasında pek çok sorun ortaya çıkabilmektedir.³⁸³

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki son zamanlarda oyun hukuku adı altında şekillenmeye başlayan ve bu başlık altında kısaca anılan türe dahil edilen hukuki ilişkiler sınırlı değildir.³⁸⁴ Özellikle oyun konsolları bakımından, karşılıklı eylemlerin “dijital ortamda” oyun oynamak ve oyunu sağlamak olması ve oyun sağlayıcının her türlü veriyi kendi bünyesinde tutuyor olması, burada özellik arz eden durumlar ortaya çıkarır. Bir oyuna ilişkin elektronik veriler üç şekilde saklanabilir ve her üç saklama yöntemi de keşfe elverişlilik sağlar. Bunlardan ilki elektronik ortama ilişkin açıklamalardan da hatırlanacağı üzere³⁸⁵, oyun konsolunun kendi depolama alanında tutulan verilerdir. Bu verilerin tamamı elektronik ortamda üretilir ve cihazın kendi hafızasında saklanır³⁸⁶. Bunlar çevrimiçi ortama aktarılmaz, cihazın çevrimdışı ortamında depolanır ve o cihazın bulunduğu her yerden ağ ortamına ihtiyaç olmadan görüntülenebilir, değiştirilebilir ve silinebilir. Bunun için, cihazın ağa bağlanma

³⁸¹ Kyle Coogan, “Let’s Play: A Walkthrough of Quarter-century-old Copyright Precedent as Applied to Modern Video Games”, **Fordham Intellectual Property, Media, and Entertainment Law Journal**, Vol. 28, N. 2, s. 381-419, s. 382 vd. Steam için ayrıca bkz. steam.com/info, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

³⁸² Bu yönde bkz. playstation.com.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

³⁸³ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semo-login/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/video-games.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

³⁸⁴ Michael Kauert, “Recht und Gesetz im Computerspielen”, **Medienrecht (Praxishandbuch): Schutz von Medienprodukten**, 2. Band, 2. Auflage, De Gruyter, 2011, Berlin, s. 419-474, s. 421 vd.; Coogan, **Modern Video Games**, s. 383.

³⁸⁵ Elektronik ortam hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, I, A, 2.

³⁸⁶ Axel Metzger, “Urheberrechtsschutz von Computerspielen: Europäischer Gerichtshof Klärt Grundsatzfragen”, **Informatik Spektrum: Zum Gedenken an Dr. Dr. h.c. mult. Wilfried Brauer**, N. 37, 2014, s. 269-271, s. 269 vd.; Coogan, **Modern Video Games**, s. 384; Kauert, **Computerspielen**, s. 430.

özelliği olsa bile, bağlanmak gerekli değildir. Bu anlamda kontrol tamamen elektronik aygıtın kullanıcısındadır. Bu halde o konsoldaki veriler üzerinde bir keşif incelemesi gerektiğinde, keşif ancak bizzat o oyun konsolu üzerinde gerçekleştirebilecektir. Oyun konsolu sorunsuz bir şekilde taşınabiliyorsa, mahkeme salonuna getirilerek keşif mahkeme salonunda yapılabilir. Eğer cihaz bir sebepten sabit ise, keşif oyun konsolunun bulunduğu yerde bir elektronik ortam keşfi şeklinde icra edilebilecektir.

İkinci ihtimalde, kullanıcının elektronik verileri hem oyun konsolunda fiziki alan kaplayacak şekilde depolanmakta hem de sağlayıcının kullanıcı verileri için sunduğu çevrimiçi ortamlarda kayıt altına alınmaktadır.³⁸⁷ Bir uyumsuzluk söz konusu olduğunda ve bu veriler üzerinde hâkim tarafından inceleme yapılması gerektiğinde, bunlar hem sağlayıcının sunduğu çevrimiçi ortamda hem de kullanıcının bireysel konsolunda erişilebilir haldedirler. Hâkim bu incelemeyi kullanıcının konsolunda gerçekleştirebileceği gibi, gerekli olursa oyun sağlayıcının *server*ları üzerinde de gerçekleştirebilmelidir.³⁸⁸ Ancak, bu halde yerel olmama unsurunu ve verilerin bir yurtdışı merkezli *server*da depolanma ihtimalini gözden kaçırmamak gerekir.³⁸⁹ Somut olayın özelliğine göre, hâkimin bir karar vermesi gerekecektir.

Üçüncü ihtimalde ise, elektronik veriler yalnızca sağlayıcının ortamında kaydedilmektedir. Bu ihtimalde verilere ulaşmak ve verileri görüntülemek için gerekli inceleme, doğrudan sağlayıcının sunduğu bulut benzeri bilişim ortamına giriş yapılmak suretiyle gerçekleştirilmektedir.³⁹⁰ Bu ihtimalde de verilerin yerel olarak depolanmayabileceği gözden kaçırılmamalıdır. Hâkim bu ihtimalde de verinin niteliğini, kayıt altına alınma şeklini ve buna bağlı olarak keşfe elverişliliğini dikkate alarak, veriyi ispat faaliyetine en etkili katkıyı sağlayacak şekilde değerlendirmelidir.³⁹¹ Sonuç olarak denilebilir ki, bir oyun konsolu medya oynatıcısı

³⁸⁷ Coogan, *Modern Video Games*, s. 385; Kauert, *Computerspielen*, s. 430.

³⁸⁸ Coogan, *Modern Video Games*, s. 385; Kauert, *Computerspielen*, s. 430.

³⁸⁹ Coogan, *Modern Video Games*, s. 385; Kauert, *Computerspielen*, s. 430.

³⁹⁰ Coogan, *Modern Video Games*, s. 386; Kauert, *Computerspielen*, s. 430.

³⁹¹ Coogan, *Modern Video Games*, s. 386; Kauert, *Computerspielen*, s. 430. Oyun piyasasını ilgilendiren keşif faaliyetine dair bazı örnekler rekabet hukukunu da ilgilendirmektedir. Ancak rekabet hukukundaki keşif faaliyeti hukuk yargılamasındakinden farklılaşır. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır. Bu yönde bkz. III. Bölüm, III, F. Rekabet Kurumu adına yürüttüğü soruşturmalarda

teknik anlamda ne kadar akıllı ise, yani ne kadar çok fonksiyonlu ise, delil kaynağı ve dolayısıyla keşif malzemesi olmaya o kadar elverişlidir.

g. Akıllı Televizyon, Akıllı Saat vb. Cihazlar

Son olarak kullanımı yaygınlaşmakta olan akıllı cihazlardan kısaca söz etmek gerekir. Bu kapsamda akıllı ev aletlerinin tamamı; örneğin akıllı süpürgeler, akıllı ev sistemleri, akıllı kombi, akıllı termostat ve özel olarak akıllı televizyonlar ilk akla gelenlerdir. Bu cihazların diğer pek çok elektronik türevleri gibi sonsuz ve sınırsız versiyonlarının üretilmesi mümkündür. Doğal olarak her birinde hemen hemen ortak olan çalışma sistemini ve kullanılan teknolojileri en azından bir tüketici seviyesinde idrak etmek ve bunların her birinin son derece fonksiyonel olabileceğini bilmek, işlevlerini anlamak için yeterlidir. Bir elektronik cihaz ne kadar akıllı ve fonksiyonel ise, veri taşıyıcı olmak ve keşfe elverişli veri üretmek bakımından o kadar yetenekli kabul edilir³⁹². İspat faaliyetinde nasıl bir rol edinebileceklerine gelindiğinde ise, bunların her birini bilgisayarlarla kıyaslamak mümkündür. Bir bilgisayar ne yapabiliyorsa bu aletlerin büyük bir çoğunluğu aynısını yapabilmektedir. Çünkü, bunlar genellikle kendi kendine internete bağlanabilen ve veri alışverişi yapabilen aletlerdir. Bu noktada nesnelerin interneti adı verilen teknoloji de devreye girmektedir³⁹³. Özellikle medya oynatabilen elektronik cihazlar sesli ve görüntülü verileri hem oynatıp hem saklayabildikleri ve hem de üretebildikleri için ispat faaliyetinde kendilerine yer edinmektedirler³⁹⁴.

Rekabet Kurulu oyunları “tüketici elektroniği” olarak nitelendirmektedir. Bu yönde Rekabet Kurulunun Aral Oyun Konsol ve Aksesuar Tic. A.Ş. ve diğerleri hakkındaki bir kararı için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=2386aaf0-f39a-4ac0-9e6c-cb5a3fcf0789>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023).

³⁹² Hoffmann, *Internetrechts*, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, *Prozessökonomie*, s. 196, prg. 422 vd.

³⁹³ Hoffmann, *Internetrechts*, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, *Prozessökonomie*, s. 196, prg. 422 vd.

³⁹⁴ Hoffmann, *Internetrechts*, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023).

Burada son olarak giyilebilir teknolojiler olarak adlandırılan akıllı saat, akıllı yüzük vb. cihazlardan bahsetmek gerekir. Bunların diğerlerine göre öne çıkan özelliği, fazlaca kişiselleştirilmiş elektronik bilgi taşıyıcıları olmalarıdır.³⁹⁵ Örneğin akıllı saat teknolojisi öyle gelişmiştir ki kullanıcısının kalp atışını, nabzını, kanındaki oksijen seviyesini ölçebilmekte ve hatta kalp elektrografisini dahi çekebilmekte ve otomatik olarak bu verileri paylaşabilmektedir.³⁹⁶ Bu bağlamda özellikle sağlık verileri ön plana çıksa da, bunların yanında finansal veriler ve iletişim verileri de bu cihazlar tarafından işlenmekte ve kaydedilmektedir.³⁹⁷ Dolayısıyla, mobil telefon ve bilgisayarlar bakımından yapılan genel açıklamalar ve ispat bakımından karşılaşılabilecek özel durumlar, giyilebilir cihazlar için de söz konusudur. Burada bir özellik olarak üretilen, kaydedilen ve saklanan elektronik veriler çoğunlukla son derece bireysel özellikte verilerdir.³⁹⁸

C. Dijital Veri

1. Teknik Anlamda Dijital Veri Kavramı

Veri kavramı Elektronik İmza Kanununda tanımlanmıştır. 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 3/a maddesine göre veri; elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar olarak tanımlanmaktadır.³⁹⁹ Veri

³⁹⁵ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422 vd.

³⁹⁶ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Rüßman, **Moderne Technologien**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

³⁹⁷ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Rüßman, **Moderne Technologien**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

³⁹⁸ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

³⁹⁹ İlker Koç/ Hüseyin Çakır, “Denetim Süreçlerinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Korunması”, **International Journal of Human Sciences**, S. 12(2), s. 1092-1110, s. 1097, 1098.

bilginin ta kendisidir. Veri olmadan ne karar ne sonuç ne de yargı olabilir. Her şey veriyle yani bilgiyle başlar.

Teknik anlamda dijital veri kavramı ise üst kavramdır.⁴⁰⁰ Dijital veriler doğası gereği, kolayca değiştirebilen, teknik inceleme yapılmadıkça anlaşılamayacak şekilde hiçbir iz bırakmadan silinebilen ve hiçbir hukuki sebebi olmaksızın tamamen soyut bir şekilde var edilebilen sayısal verilerden oluşabilir.⁴⁰¹ Bu nedenle, güvenilirliği sorgulanmakta ve özellikle ispat faaliyetinde hâkimler bu verilere karşı mesafeli durmaktadırlar. Bu mesafeli duruşa ve dijital verilerin güvenilirliğinin sorgulanmasına sebebiyet veren gerekçeler esasında makuldür. Çünkü, yargılama kuralları bu zamana kadar gerçeği ortaya çıkarmak adına çoğu görselliğe dayanan, fiziki delil anlayışına öncelik veren bir delil yaklaşımı üzerine kurulmuştur. Bu nedenle, hâkimlerin dijital verilere temkinli yaklaşması anlaşılır bir durumdur. Ancak dijital verilerde güven unsurunu sağlamanın bazı yolları vardır. Genellikle çeşitli alt başlıklara ayrılarak incelenen dijital veri pek çok sınıflandırmaya tabi tutulmaktadır. Dijital veriyi bu ayrımlar arasında, kuvvetli hale getiren unsurların başında ise imza gelir.

Burada dijital verinin incelenmesi, toplanması, muhafaza altına alınması, birleştirilmesi, analiz edilmesi ve ispatı arzulanan vakıa bakımından bir sonuca ulaşılabilmesi için, delil bütünlüğü denilen kavramın öneminden söz edilmektedir.⁴⁰²

Delil bütünlüğü özellikle adli bilişim alanında gerçekleştirilen elektronik keşif işlemlerinde kullanılan bir kavramdır. Bu kavram özellikle incelenen elektronik verinin adli makam tarafından bütünlüğü gözetilerek incelenmesini ifade eder. Bütünlük, o dijital verinin güvenliğini temin etmenin etkili bir yoludur.⁴⁰³ Delil bütünlüğü kavramının elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından çok önemli

⁴⁰⁰ Koç/Çakır, **Dijital Deliller**, s. 1098.

⁴⁰¹ Hayrettin Çatalkaya/Muhammed Karaman/Erdal Koca, “Elektronik Kopyanın (Adli İmaj) Alınmasında Açık Kaynak Uygulamalarının Güvenilirliği”, **Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi**, Cilt 1, No 2, 2015, s. 15-19, s. 15.

⁴⁰² Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15.

⁴⁰³ Delil bütünlüğü ve delil güvenliği hakkında bkz. III. bölüm, III, E. Yine bu yönde bkz. Y. Başlar, “Elektronik Delilin Toplanması Ve Muhafazası”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2020, s. 79 vd.

olduğu belirtilmektedir.⁴⁰⁴ Bu nedenle, elektronik veriler bakımından delil bütünlüğünün medenî usûl hukuku literatürüne kazandırılmasının hem kavramsal zenginlik bakımından hem de elektronik belgelerin doğasının medenî usûl hukukunun ispat anlayışına uyumunu kolaylaştırmak için faydalı olabileceği düşünülmektedir.⁴⁰⁵

Alman hukukunda da elektronik olarak saklanan verilerin genel adının teknik anlamda dijital veri olduğu ifade edilmektedir.⁴⁰⁶ Buna göre, elektronik belgelerin, Şekilde Uyum Kanunu (FormVAnpG)⁴⁰⁷'nin düzenlemeleri olmaksızın da *prima facie* nesnelere⁴⁰⁸ ait olup olmadığı sorusuna cevap verebilmek için, ilk adımda elektronik olarak depolanan veri tanımına bakmakta fayda olduğu belirtilmiştir.⁴⁰⁹

Burada Alman hukukunda veri teriminin oldukça göreceli olduğu, farklı Kanunlarda farklı şekilde anlaşıldığı ve çoğunlukla bu Kanunlar çerçevesinde tartışmalar olduğu dile getirilmektedir.⁴¹⁰ Örneğin BDSG'nin aksine⁴¹¹, dijital

⁴⁰⁴ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

⁴⁰⁵ Hukuki kesinlik ve adil yargılama gerekliliğinin, delillerin nasıl, ne zaman ve hangi araçlarla elde edileceğine ilişkin kanunda açık bir ifade bulunmasını gerektirdiği ifade edilmiştir. Bu görüş, delillerin kanunda ismen sayılmasını eleştiren düşünce karşısında dile getirilmiş olsa da buradan yola çıkılarak dijital verilerin keşif konusu olmasına ilişkin açık bir düzenlemeye hukuki kesinlik bakımından ihtiyaç olduğundan söz edilebilir. Bu yönde bkz. Ivo Schwander, “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil vom 11. September 2015, BGer 4A_178/2015 = BGE 141 III 433”, **Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und Zwangsvollstreckungsrecht**, Dike Verlag AG, s. 226-228, s. 227, prg. 2.5.1.

⁴⁰⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁴⁰⁷ Kanunun tam adı “Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr” dir ancak kısaca FormVAnpG olarak anılmaktadır. Bkz. **BGBI 2001 I, S. 1542**.

⁴⁰⁸ *Prima facie beweis* ya da *Anscheinsbeweis*, bir vakıanın çoğunlukla hayat tecrübelerine göre aksinin muhtemel olduğu iddia edilmediği sürece gerçek kabul edilmesini ifade eder. Bu kurumun, Alman hukukuna fiili karineye dayanan bir temyiz kararıyla girdiği yönünde bkz. Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 124. Ayrıca bkz. Ahmet Başözen, **Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 18 vd.; Atalay, **Emare İspatı**, s. 7; Leyla Keser Berber, **İlk Görünüş İspatı**, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/L.Keser-13.pdf>, s. 232 vd.

⁴⁰⁹ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Michael Knopp “Digitalfotos als Beweismittel”, **ZRP**, 2008, s. 156-159, s. 156; Roßnagel/Fischer-Dieskau, **Elektronische Dokumente**, s. 806; Alexander Roßnagel/Andreas Pfitzmann, “Der Beweiswert von E-Mail”, **NJW**, 2003, s. 1209-1214, s. 1210; Roßnagel/Wilke, **Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente**, s. 2148; Astrid Stadler, “Der ZivilProzess und neue formen der Informationstechnik”, **ZZP**, 4/2002, s. 413 vd., s. 430; Wilke/Jandt/Löwe/Roßnagel, **CR** 2008, 607, 609. Ayrıca bkz. Meller-Hannich Rn. 363; Müller-Teckhof **MMR** 2014, 95, 99.

⁴¹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁴¹¹ **Bundesdatenschutzgesetz** (Federal Veri Koruma Kanunu) hakkında bkz. Federal Data Protection Act

verilerde daha ziyade elektronik depolamaya odaklanılmaktadır. Buna göre dijital veriler; elektronik, elektrik ve teknikten oluşmaktadır. Bu nedenle, elektronik belgeler için genel anlamda teknik veri kavramının kullanılması gerektiği ifade edilmektedir⁴¹². Buna göre veriler teknik anlamda bilinen ya da varsayılan işlemci işlemleri temelinde, bilgiyi temsil eden işaretlerden ya da sürekli işlev yapılarından oluşmaktadır⁴¹³. Burada sözü edilen yapılar fiziki değil sayısal yapılardır.

Teknik veri kavramı, Alman ceza hukukunda da Alman Ceza Kanununun 202a maddesindeki veri kavramı için bir referans noktası olarak kullanılmaktadır⁴¹⁴, Alman Ceza Kanununun 202a (2) maddesindeki ifadede de anlaşılacağı üzere, teknik veri kavramı sadece dijital olarak değil, örneğin manyetik veya optik olarak depolanan verileri de kapsamaktadır⁴¹⁵.

Buradaki açıklamalar esasında genel anlamda tüm dijital veri çeşitlerini kapsayan genel veri kavramına ilişkindir. Bunlar, ilk bakışta son derece teknik görünse de bu bölümde açıklanmaya çalışılan tüm kavramların birbiriyle derin bir bağlantı içinde olduğunu söylemek gerekir. O nedenle, teknik de olsa bazı üst kavramların anlaşılması ispat aracı olabilecek elektronik belgelerin kapsamının belirlenmesi bakımından önem arz etmektedir. Ayrıca, keşfe elverişlilik bakımından yapılan sınıflandırmalar da bir dijital verinin niteliğinin tespit edilmesine göre belirlenir⁴¹⁶. Bunun için, bilişim temelli kavramlar hakkında en azından genel bir bilgiye sahip olmak gerekmektedir. Bu nedenle, teknik görünse de bu bölümde yapılan açıklamalar konunun anlaşılması bakımından önemlidir. Ancak, yine de hukuk bilimi bakımından

of 30 June 2017 (Federal Law Gazette I s. 2097). Kanun son olarak 23 Haziran 2021'de (madde 10) değişikliğe uğramıştır. Bkz. (Federal Law Gazette I, p. 1858; 2022 I p. 1045), <https://dejure.org/gesetze/BDSG>; https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/index.html, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023).

⁴¹² *Drehse*, bu teknik terimlerin DIN 44300'deki formülasyondan kaynaklanmakta olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. *Drehse*, **Augenschein**, s. 190. DIN 44300, Bölüm 2, No. 2.1.13. Alman Standartizasyon Enstitüsü'nün güncel standartları için bkz. <https://www.beuth.de/en/draft-standard/din-44300-a2/2595294>; <https://www.din.de/en/meta/search/66900!search?query=44300&submit>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.07.2023).

⁴¹³ Schelinski Bölüm 1 Rn. 11 ile dn. 17. Ayrıntılı bilgi için bkz. *Drehse*, **Augenschein**, s. 190.

⁴¹⁴ K/N/P-Kargl § 202a StGB Rn. 4; *Drehse*, **Augenschein**, s. 190.

⁴¹⁵ Kilian/Heussen-Cornelius, Bölüm 10, Rn. 8 ff.; *Drehse*, **Augenschein**, s. 190.

⁴¹⁶ K/N/P-Kargl § 202a StGB Rn. 4; *Drehse*, **Augenschein**, s. 190. Keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırmalar için bkz. II. bölüm, I, E.

teknik ve anlaşılması güç olabilen bu kavramlar, büyük ölçüde bilgi teknolojilerinin konusuna girdiğinden, burada yalnızca kısaca yer verilmiştir.

2. Yapılandırılmamış Veri

Yapılandırılmamış veri; iletişim verileri, kullanıcı dosyaları ve üstveri olarak üç ana başlığa ayrılarak incelenmiştir⁴¹⁷. Bu veri çeşitleri, özellikle adli bilişim ve elektronik keşif incelemeleri kapsamında delil elde etme amacıyla bilgisayarda ilk olarak araştırılan verilerdir⁴¹⁸. Örneğin bilgi sayan aygıtların tümünden erişilebilen elektronik posta kayıtları, her türlü iletişim platformu üzerinden gerçekleştirilen yazışmalar, bilgisayar kullanıcısının kaydettiği ve üzerinde çalıştığı tüm dosyalar bu kapsamdadır⁴¹⁹. Bu dosyalar, çoğunlukla bilişim ortamında yapılacak adli incelemelerde en çok başvurulanan elektronik veriler arasındadır.

Yapılandırılmamış veriler, özellikle Ceza Hukuku alanında vakıaların aydınlatılmasında temel bilgi kaynaklarındandır. Hukuk yargılamasında süreçler ve işleyiş farklı olsa da teknik anlamda yapılandırılmamış veriler ceza yargılamasında olduğu gibi, medenî yargıda da yaygındır⁴²⁰. Yapılandırılmamış veri bakımından, bu

⁴¹⁷ Jim Harris, “Bridging the Divide Between Unstructured and Structured Data,” **Berkeley School of Information**, <https://ischoolonline.berkeley.edu/blog/structured-unstructured-data> (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.03.2023); O. Ç. İlker/Hüseyin Çakır, “Denetim Süreçlerinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Korunması”, **International Journal of Human Sciences**, S. 12(2), 2015, s. 1092-1110, s. 1087 vd.; Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

⁴¹⁸ Muharrem Özen/Gürkan Özocak, “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2015/1, s. 43-77, s. 50, 51.

⁴¹⁹ Henning Baars/H-G. Kemper, “Management Support With Structured And Unstructured Data—An Integrated Business Intelligence Framework,” **Information Systems Management** 2, N. 25, 2008, s. 132.

⁴²⁰ Verilerin bir elektronik araştırma faaliyetinin konusu olması bakımından ceza yargısı ve medenî yargıdaki ilkesel farklılıklara vurgu yapılmaktadır. Bu ilkesel farklılıklar, özellikle elektronik verilerin çeşitlendirilmesi ve araştırılması bakımından, medenî yargıda hâkimlerin daha çekingen olmasını da açıklar niteliktedir. Örneğin hukuk dünyasında etkisi olan eylemi gerçekleştiren kişi, bir bütün olarak sosyal düzeni bozmuş olsa da (bu etki *erga omnes* etki olarak adlandırılmaktadır), subjektif bir hakkın ihlali veya ileri sürülmesi yalnızca bu hukuki ilişkiye dahil olan hukuki özneleri etkiler. Medenî yargıda bu subjektif olmanın doğası gereği, temel bir etkiye sahip cezai bir yaptırım söz konusu değildir. Bu nedenle, subjektif haklara ilişkin karara dayanak olan vakıaların tespitini de özerk bir şekilde yapılandırmak ve bir ölçüde tarafların eline vermek uygun veya en azından haklı görünmektedir.

verilerin ispat aracı olarak incelenmesi aşamasında çeşitli bilimsel tekniklerin kullanıldığı belirtilmektedir.⁴²¹ Bu teknikler doğru bir şekilde uygulandığında incelenen elektronik veri son derece güvenilir bir bilgi kaynağına dönüşmektedir.

a. İletişim Verileri

İletişim verileri pek çok alt kategorisi olan bir veri türüdür.⁴²² İletişim araçlarının her geçen gün çoğalması sebebiyle sınırlı sayıda olmayabilirler ve yeni alt başlıklar eklenmesi mümkündür. Bu anlamda dinamik bir alan olduğunu söylemek yanlış olmaz.

İletişim verileri arasında sayılabilen başlıca kaynaklar şunlardır: (1) E-Posta, (2) Arşivler, (3) Sesli Notlar, (4) Yedekler, (5) Sohbet Kayıtları, (6) Sosyal Medya İçerikleri, (7) Mobil Cihazların İçeriğindeki Diğer Veriler, (8) Faks Metinleri, 9) Diğer Cihazların İçeriğindeki Diğer Veriler.⁴²³

Böylece haklarına ulaşp ulaşmamaları da büyük ölçüde kendi usûlî çabalarına bağlıdır. Bu açıklamalarla yazar, medenî yargıda taraflarca getirilme ilkesinin ceza yargısından farklılaşmadaki rolünü vurgulamıştır. Bu yönde bkz. Daniel Schwander, “Ein vergleichender Streifzug durch das zivil- und strafprozessuale Beweisrecht”, **Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm**, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 573-599, s. 575. Yazar ayrıca, bu bakımdan hukuk davalarında ceza davalarıyla kıyaslandığında maddi gerçeğin tespiti daha az önemli bir işlevi veya daha az kamu yararına yönelik bir işlevi olduğuna dair görüşünü de dile getirir. Bkz. Schwander, **Beweisrecht**, s. 575.

⁴²¹ Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15.

⁴²² Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 34 vd.

⁴²³ Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

b. Kullanıcı Dosyaları

Kullanıcı dosyaları bir bilgisayar ortamında, oturum sahibinin tüm oturum yönetimi boyunca oluşturduğu dosyaların tamamıdır. Buna elektronik ortamda bırakılan ayak izi de denebilir⁴²⁴. Kullanıcı dosyaları bakımından literatürde şu alt ayrımlar yapılmaktadır: (1) Sunucu Bilgisayar, (2) İçerik Yönetimi, (3) Terminaller, (4) Silinen Dosyalar, (5) Yedekler⁴²⁵.

c. Üst Veri

Üst veri dijital dünyanın önemli terimlerinden biridir. Üst veri özellikle teknik elektronik keşif incelemelerinde önem arz eden bir veri türüdür. Literatürde öne çıkan üst veri başlıkları şu şekildedir: (1) İnternet Geçmişi, (2) Belge Geçmişi, (3) Yazdırma Geçmişi, (4) Silme Trend Analizi, (5) Belge Aidiyetleri⁴²⁶.

Üst veri kavramı elektronik belge yönetim sistemlerinde de kullanılan bir kavramdır. Elektronik bilgi ve belge yönetim/erişim sistemlerinin amacı, kullanıcının aradığı bir belge varsa buna sistem üzerinden en pratik şekilde ulaşabilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Buna göre, üst veri elemanları adı verilen araçlar, hem tarama yapılan belgelerin bulunmasına hem de kaynak keşfi yapılmasına yardımcı olur⁴²⁷. Belgenin türü ve kapsamına göre, belgeye erişimi sağlayan üst veri elemanları tanımlanır. Bu üst veri elemanları belgenin tanımlanmasını ve o belgeye ulaşılmasını kolaylaştırır⁴²⁸.

⁴²⁴ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 34 vd.

⁴²⁵ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 34 vd.

⁴²⁶ Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

⁴²⁷ Alır, **Üst Veri**, s. 86.

⁴²⁸ Alır, **Üst Veri**, s. 86.

Özellikle kurumlar arasındaki elektronik veri alışverişinde standart üst veri şemalarının kullanılması önemlidir.⁴²⁹ Kurumlar standart üst veri şemalarını kullanarak belirli ortak tanımlamalar oluşturabilmektedirler. Böylece, üst veri şemalarının içermekte olduğu üst veri elemanlarının yardımıyla belgelerde yeknesaklık sağlanmaktadır. Özellikle belgelerin kimlik üst veri, yapısal üst veri, saklama üst veri gibi özellikleri bir araya getirilmiş olmakta ve bu suretle, belgelerin tüm kurumlar bakımından ortak bir temel yapıda olması sağlanmaktadır.⁴³⁰

3. Yapısal Veri (İşlem Verileri)

Yapısal veri bilgisayar ortamında işlenen işlem verilerini ifade eder. Bunlar literatürde şu şekilde sayılmaktadır: a. Defterler, b. Nakit Kasa, c. Eski Sistemler, d. CRM Verisi, e. Güvenlik Bilgileri, f. Yedekler⁴³¹.

Elektronik belgeler söz konusu olduğunda verilerin elektronik olarak depolanması gerekliliği ön plana çıkar⁴³². Çünkü, bir dijital veri başka bir ortamda barınamaz. Elektronik belgelere ilişkin işlemsel veri kavramı açıklanırken, verilerin elektronik olduğu; ancak, bilinen veya varsayılan anlaşmalar⁴³³ temelinde bilgi oluşturan işaretlerden veya sürekli işlevlerden oluşan başka türlü teknik (örneğin manyetik veya optik) varlıklardan olmadıkları ifade edilmektedir⁴³⁴.

Ancak, yine Alman hukukunda Alman Ceza Kanununun 202a maddesinin 2. fıkrasında söz edildiği gibi, elektronik belgelerdeki verilerin, bir veri taşıyıcısında

⁴²⁹ Alır, **Üst Veri**, s. 89.

⁴³⁰ Alır, **Üst Veri**, s. 89.

⁴³¹ Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

⁴³² Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9; Alır, **Üst Veri**, s. 89.

⁴³³ Burada anlaşmalardan kasıt, *smart contracts* teriminde olduğu gibi verilerin elektronik ortamda işlem yapma kabiliyetidir. Yoksa Borçlar Kanunu anlamında sözleşmeler değildir. Bkz. Çağlayan Aksoy, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 89 vd.

⁴³⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

somutlaştırılması gerekir⁴³⁵. Bu somutlaştırma teknik yardımıyla veya teknik yardım olmadan yapılabilir. Özellikle bu yapısal veri çeşidinin diğer verilere nazaran, teknik yardım olmadan doğrudan okunamayan veriler olabileceğinin altı çizilmektedir⁴³⁶.

D. Elektronik Veriler Açısından Orijinal ve Suret Kavramlarının Önemi

Bir veri taşıyıcısında kayıtlı veriler orijinal, bunların yazdırılmasıyla elde edilen çıktılar ise ancak birer surettir⁴³⁷. Bu nedenle, elektronik belgeler bakımından orijinal ve suret kavramlarının ayrı bir önemi vardır. Çünkü, bir elektronik belgenin orijinali daima elektronik ortama muhtaçtır.

Bu halde bir elektronik belgenin fiziki ortama aktarılması denildiğinde akla ilk gelen ihtimal, o belgenin yazıcı araçlar vasıtasıyla çıktısının alınmasıdır⁴³⁸. Bir veri taşıyıcısında kayıtlı olan verilerin birden fazla çıktısının alınması da mümkündür. Bu halde, o çıktılardan hiçbiri aslında orijinal belge olamaz. Bu nedenle, çıktılar delil olarak sunulduğunda “dolaylı ispat faaliyeti”nden söz edilebileceğine işaret edilir⁴³⁹.

Suret ya da kopya denildiğinde akla gelen bir diğer örnek ise “fotokopi” örneğidir. Doktrinde, fotokopinin hâkimin dava dosyasının genel içeriğinden edindiği kanaatle uyum içinde olması durumunda, tanık deliliyle desteklenmeden dahi kullanılabilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴⁰. Fotokopi geleneksel belge gibi elektronik belgeyle doğrudan bağlantı içinde değildir. Çünkü, fotokopi de orijinal

⁴³⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 190; K/N/P-Kargl, **StGB**, § 202a Rn. 4.

⁴³⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 190. Hâkimin teknik yardım gerektiren keşif incelemesi için bkz. III. bölüm, I, A, 3, b ve B.

⁴³⁷ Johann Bizer/Volker Hammer, “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel”, **DuD**, 11/1993, s. 622. Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 67; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

⁴³⁸ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Bizer/Hammer, **Elektronisch signierte Dokumente**, s.622-623; Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

⁴³⁹ Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 7,8; Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 73; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

⁴⁴⁰ Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 216.

belgenin sureti anlamına gelir. Yani fotokopi bir belgenin adeta fotoğrafının çekilmesi suretiyle çoğaltılmasıdır. Bu halde fiziki olarak elde bulundurulmuş orijinal belgenin fotokopi makinesi yardımıyla fotoğrafı çekildiğinde, ortaya çıkan surete fotokopi denilmektedir.⁴⁴¹ Böylece, orijinal belgenin bir sureti üretilmiş olmaktadır.

Ancak, elektronik belgeler bakımından durum biraz farklıdır. Çünkü, elektronik belgenin orijinali elektronik ortamda bulunmaktadır. Elektronik ortamda bulunan bir elektronik belgenin fotokopisi çekilemez. Öncelikle o belgenin bir çıktısının alınması, yani *tab* edilmesi gerekir. Bu da hem terim olarak hem de yapılacak işlem bakımından fotokopi olarak nitelendirilemez. Bu işlemin adı *print* etme, yazdırma, *tab* etme ya da genel anlamda fiziki ortama aktarma olarak anılmaktadır.⁴⁴²

Elektronik belge bakımından gerçekleştirilen bu fiziki ortamda var etme işlemi, o belgenin bir suretinin gerçek dünyada gözle görülüp aynı zamanda cismen yer kaplayan bir hale getirilmesi anlamına gelir. İşte elde edilen bu suret, zaten orijinal olma özelliğini elektronik ortamdan fizik ortama taşıyamamış bir kopyadan başka bir şey değildir. Örneğin elektronik belgenin kendisi bazı dinamik özellikler gösteriyorsa o suretin bu özellikleri fizik ortama taşınması imkânsızdır.⁴⁴³ Bu nedenle; elektronik belgeden alınan çıktının elektronik belgenin tüm özelliklerini taşıması beklenemez. O yalnızca orijinal belgenin bir temsili, bir suretidir. Dolayısıyla zaten orijinal belgenin bir temsili olan elektronik belgenin çıktısının bir de fotokopisinin çekilmesi ihtimalinde, elektronik belgenin iki kez kopyalanması gibi bir durum ortaya çıkmaktadır.

⁴⁴¹ Ayrıca bkz. Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 888, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022); Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de). Zoller'e göre, fotokopi, bir belgenin, basılı bir sayfanın veya bir resmin fotoğrafik olarak üretilmiş bir kopyasıdır. Tele(faks) kopya ise göndericide kalan bir orijinalin kamuya açık telefon şebekesiyle bağlantılı olarak yapılan bir telekopisidir. Bu yönde bkz. Zoller, **Telekopie**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

⁴⁴² Yazdırma eyleminin tersi olarak kabul edilen tarama işlemi ve taranmış belgenin delil aracı olması bakımından bkz. Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 887, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022).

⁴⁴³ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim Tarihi: 21.05.2022); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422.

HUMK döneminde, hem belge kavramı bu kadar geniş düşünülmediği hem de delil başlangıcı kavramında “yazılılık” unsuru ön planda olduğu için, elektronik veriler bakımından ispat bir problem olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu dönemde, bilgisayar ortamında saklanan bilgiler, HUMK m. 367 hükmü gereğince kanunda öngörülme-yen delillerden sayılmış, buradan hareketle bir kayıt, bilgisayar ekranında görünmüyorsa, esasında ortada bir delilin de varlığından söz edilemeyeceği belirtilmiştir.⁴⁴⁴

Bu görüşe göre, bilgisayar ortamından alınan çıktı doğrudan doğruya delil olarak kabul edilemez. Yazıcıda yazdırılarak cisim kazandırılan belge, orijinal değildir. Dolayısıyla, mahkemeye sunulan bu belge, asıl yani “orijinal” belge olarak kabul edilemez. Çünkü, yazıcıdan alınan çıktı, aslı elektronik ortamda kayıtlı olan belgenin kendisi değil, bir anlamda suretidir.⁴⁴⁵ HUMK döneminde kanunda düzenlenmemiş olan bu tür belgeler, takdiri delillerdendir. Bu belgeler, örneğin kesin delille ispatı gerektiren bir davada ancak bir delil sözleşmesiyle geçerli delil olarak kabul edilebilirler. Fakat, bu halde de yine hâkim tarafından takdir edilirler.⁴⁴⁶

Alman Medenî Usûl Kanununda elektronik belgelerin çıktılarının alınma usûlü 298. maddede düzenlenmiştir.⁴⁴⁷ Alman Medenî Usûl Kanununun dosyaların çıktıları başlıklı 298. maddesinin sonradan değişikliğe uğraması sebebiyle iki versiyonuna da aşağıda yer verilmiştir:

Alman Medenî Usûl Kanununun “*dosyalar için basılı suretler*” başlığını taşıyan 298. maddesinin çıktı ve surete ilişkin önceki hali şu şekildedir:

“(1) Dosyalara eklenmek üzere bir elektronik belgenin (bölüm 130a ve bölüm 130b) çıktısı hazırlanabilir.

⁴⁴⁴ Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 73.

⁴⁴⁵ Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 73; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 67; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, Neubearbeitete Auflage, München, 2017, § 371, Rdnr. 6, § 415, Rd nr.7.

⁴⁴⁶ Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 74.

⁴⁴⁷ Henning von Sponeck, “Beweiswert von Computerausdrucken”, **CR**, 1991, s. 269-273, s. 271.

(2) Basılı suret şöyle bir not içermelidir:

1. Belgede yapılan bütünlük kontrolünün sonucuna ilişkin,
2. İmza doğrulamasının imzanın sahibi olarak kimi belirlediğine ilişkin,
3. İmzanın belgeye eklendiği zamanın imza doğrulamasıyla tespit edildiği zamana ilişkin.

(3) Elektronik belge en azından dava sonuçlanıncaya kadar res judicata olarak saklanmalıdır. “

298. maddenin “dosyaların çıktıları” başlıklı yeni hali ise şu şekildedir:

“(1) Dosyaların kâğıt ortamında tutulması halinde, dosyalar için elektronik belgenin çıktısı alınır.

Bu yapılamıyorsa ya da hazırlık dilekçelerinin ekleri söz konusu olduğunda ancak gereğinden fazla bir çabayla yapılabiliyorsa, çıktı alınmayabilir. Bu durumda veriler kalıcı olarak saklanır; saklama yeri dosyaya kaydedilir.

(2) Elektronik belge güvenli bir iletim aracıyla sunulmuşsa, bu durum dosyaya kaydedilir.

(3) Elektronik belge nitelikli elektronik imza ile sağlanmışsa ve güvenli bir iletim aracıyla sunulmamışsa, çıktı şu yönde bir not içerir:

1. Belgenin bütünlük kontrolünün sonucunun ne gösterdiği,
 2. İmza doğrulamasının imza sahibinin kim olduğunu gösterdiği,
 3. İmza doğrulamasının imzanın uygulanması için hangi zamanı gösterdiği.
- (4) Gönderilen bir elektronik belge altı ay sonra silinebilir.”

Görüldüğü üzere maddenin ilk ve ikinci versiyonu arasında önemli farklılıklar vardır. Bu farklar zaman içinde elektronik belgelerin rastlanma sıklığına göre değişen

ihtiyaçlardan kaynaklanmıştır⁴⁴⁸. Tüm bu açıklamalar karşısında elektronik belgenin çıktısı, belge bütünlüğü testi sonucunu, imza sahibinin kim olduğunu ve imzanın atıldığı zaman bilgisini doğrular kayıtları içermelidir⁴⁴⁹.

Alman Medenî Usûl Kanunu madde 298'in üçüncü fıkrasında ise elektronik belgenin ne zamana kadar saklanması gerektiği hüküm altında alınmıştır. Buna göre, maddenin değişiklikten önceki halinde elektronik belge, davanın kesinleşmesine kadar saklanmak zorundaydı⁴⁵⁰. Alman Medenî Usûl Kanunu 298. madde "*res judicata*" terimini kullanarak elektronik belgenin kesin hüküm verilinceye kadar saklanmasına işaret etmekte iken, 298. maddede değişiklik yapılmıştır. Buna göre artık elektronik belgelerin yalnız altı ay saklanması yeterli olacaktır. Burada elektronik belgenin saklanmasından neyin kast edildiği tam olarak anlaşılmamaktadır. Buna göre, elektronik belgenin çıktısının saklanmasından mı, yoksa elektronik belgenin elektronik ortamda kayıtlı olan aslının saklanmasından mı söz edildiğine dair bir açıklık yoktur.

Elektronik belgeler bakımından orijinal ve suret kavramlarının önemi burada da kendini göstermektedir. Zira bir elektronik belgenin kâğıt üzerine çıktısı alınarak dış dünyaya aktarılması durumunda, artık o çıktı üzerindeki bilgilerin gerçekliği şüpheli hale gelmektedir. Bu şüphe kullanıcının ya da diğer bir deyişle düzenleyenin kimliğinin tespiti bakımından da geçerli bir şüphedir. Elektronik belgenin orijinal haliyle çıktısı karşılaştırıldığında, dikkatli bir göze dahi ilk bakışta tamamen aynı görünecektir. Ancak örneğin bir metin içerisindeki tek bir sayının ya da noktalama işaretinin dahi değiştirilmiş olması o belgeyi orijinalinden tamamen ayırır ve onu bir başka belgeye dönüştürür. İşte bu nedendir ki saklanması gereken "orijinal elektronik belge" olmalıdır. Yani elektronik belgenin elektronik ortamda kaydedilmiş

⁴⁴⁸ Sponeck, *Computerausdrucken*, s. 271.

⁴⁴⁹ Sponeck, *Computerausdrucken*, s. 271.

⁴⁵⁰ Scherf/Schmieszek/Viefhues, *ZPO*, s. 36. Alman Medenî Usûl Kanununun 298. Maddesinin üçüncü fıkrasının ifadesine göre, elektronik belge yasal olarak bağlayıcılığının son bulmasına kadar saklanmalıdır. Burada yasal bağlayıcılıktan neyin kastedildiği doktrinde tartışılmıştır. Kabul edilen düşünce, davanın kesinleşmesine kadar saklanması gerektiğidir. Bu yönde bkz. Scherf/Schmieszek/Viefhues, *ZPO*, s. 36.

olan “asıl” halinin saklanması gerekir⁴⁵¹. Böylece herhangi bir gerçeğe aykırılık iddiası ile karşılaşıldığında gerekli doğrulamanın yapılması mümkün olacaktır⁴⁵².

Bu çalışmada sıkça anılacak olan Alman Medenî Usûl Kanununun 130a ve 130b maddelerinde ise elektronik belgedeki imza unsuruna işaret edilerek, elektronik belgelerin taşınması gereken imzanın, özel bir imza olduğuna vurgu yapılmaktadır⁴⁵³. Elektronik belgelerin Kanunda sözü edildiği gibi nitelikli sertifikayla oluşturulmuş olması, kabul görmesinin önemli bir şartıdır. Böylece, o elektronik belge, imzanın bir belgeye kazandırdığı özellikleri karşılama kabiliyetine erişir. Bu kabiliyetten kasıt esasında klasik imzadan da bildiğimiz imzanın temel işlevleridir. Elektronik belgeler bakımından, orijinal ve suret kavramlarına önem kazandıran bir unsur imzadır. Çünkü belgenin çıktısı alındığında elektronik imzayı tespit etmek ve doğrulamak kolay olmaz.

Bilindiği üzere imzadan beklenen; her şeyden önce imza sahibinin kimliğinin tartışmaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesidir⁴⁵⁴. Nitelikli elektronik sertifikaya dayanan imza, kimlik tespiti bakımından bu tartışmanın en az rastlanabileceği imza

⁴⁵¹ Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 36.

⁴⁵² Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 36.

⁴⁵³ Özel imzadan kastedilen Avrupa Birliği Direktifi doğrultusunda niteliği ortaya konmuş olan bir imzadır. Bu yönde bkz. Till Schemmann, “Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in 371a Abs. 1 S. 2 ZPO“, **ZZP**, S. 118, 2005, s. 161-183, s. 164 vd.

⁴⁵⁴ İmza bakımından tartışmanın olması da mümkündür. Örneğin sahtelik iddiası ve imza inkarı halinde imzanın kimlik tespiti işlevi bakımından aksama ortaya çıkmış olur. İmza sahibinin ya da imza sahibi olduğu iddia edilen kişinin sözü geçen imzanın kendisine ait olmadığını savunması çokça rastlanır bir haldir. Bu halde ilk akla gelen Hukuk Muhakemeleri Kanununun 209. maddesindeki sahtelik iddiası ve bu yönde yapılacak incelemedir. İmzanın kimlik tespiti işlevine atfedilen önem, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki bu düzenlemede de öne çıkmaktadır. 209. maddede sahteliği iddia edilen senedin, bu iddia sonuçlanıncaya kadar hiçbir işleme esas alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. Maddenin nasıl uygulanacağı konusunda doktrinde ve yargı kararlarında görüş ayrılıkları bulunmaktadır. Ancak dikkatle incelendiğinde, kanun koyucunun iradesinin adı geçen belgeye ilişkin sahtelik iddiası çözümleninceye kadar o belgenin adeta bekleme pozisyonuna alınmasına benzer bir muamele görmesi olduğu görülebilmektedir. Yani Kanun Koyucu burada imzanın kimlik işlevine son derece büyük bir önem arz etmiş, kimlik tespiti işlevi gereği gibi yerine getirilinceye kadar o belgenin herhangi bir işleme esas alınmamasını düzenlemiştir. Bu yönde Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1791 vd. Ayrıca Yargıtay bir kararında belgenin bilgi taşıma yönünü kanundaki gibi şu şekilde vurgulamıştır: “*Bilindiği üzere uyumsuzluk konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre belgedir (HMK m.199).*” Yargıtay 13. HD., 16/9/2019, E.2016/28448, K.2019/8367 bkz. <http://kazanci.com.tr/gunluk/13hd-2016-28448.htm> (Erişim Tarihi: 28/03/2023).

çeşitlerindendir. Çünkü, bu imza çeşidinde belgeye kuvvetli bir kimlik tespiti işlevi de yüklenmiştir. Öyle ki imza sahibi dijital ortamda öyle tedbirlerle korunmuş olur ki, imza sahibi arzu etse dahi imzanın teknolojik karakteri kimlik hususunda gerçeğin çarpıtılmasına izin vermez. Her adım zaman damgalı ve öz değerli bir şekilde kayıt altındadır.⁴⁵⁵

Yukarıda izah edildiği gibi elektronik belgenin teknik olarak Alman Medenî Usûl Kanunundaki gibi nitelikli sertifikaya dayanan imzayla imzalanmış hali, imzanın kimlik tespiti işlevini yerine getirmektedir. Ancak, orijinal bir elektronik belgenin elektronik imzayla kazanmış olduğu işlev, yalnız isabetli bir kimlik tespitinden ibaret değildir. Kimlik tespitinin yanında, belgenin içeriğinin bütünlüğü ve metnin orijinal olup olmadığı da elektronik imzanın bir işlevidir. Elektronik belgenin elektronik ortam yolculuğunda her adımı takip edilebilir olduğundan, beşerî bir incelemeyle fark etmenin zor olacağı çok küçük bir oynama ya da farklılık dahi o belgenin yeni bir elektronik belgeye dönüşmesine yol açabilir. Zaman damgası, öz değeri ve açık anahtar gibi kavramlar elektronik belgeler bakımından önemlidir. Çünkü, elektronik belgenin sanal yolculuğunda müdahaleyle karşılaşp karşılaşmadığını ancak bu dijital iz sürme araçlarıyla anlamak mümkün olmaktadır. Bu araçlar genel olarak öyle iyi çalışırlar ki adeta o belgenin orijinalliğini garanti ederler. Ancak, burada önemli olan husus, bu işlevlerin yalnız elektronik belgenin orijinal versiyonu bakımından garanti altında olduğudur.

İşte tüm bu sebeplerle elektronik belgeler bakımından orijinal ve suret kavramlarının ayrı bir önemi ve anlamı vardır. Çünkü, bir elektronik belgenin sureti alındığında artık o elektronik belgenin güvenlik işlevi ve kimlik tespiti işlevinin bir garantisi kalmamaktadır.⁴⁵⁶

⁴⁵⁵ Zaman damgası ve öz değer kavramları için bkz II. bölüm, II, C, 1, e, ii ve iii.

⁴⁵⁶ Susanne Haehnchen/Jan Hockenholz, **Praxisprobleme der elektronischen Signatur**, JurPc Web-Dokument, S. 39/2008, 2008, Abs. 3; Roßnagel/Paul, NZBau, 2/2007, s. 77; Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 119; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9; Stefanie Fischer-Dieskau, “Der Referentenentwurf zum Justizkommunikationsgesetz aus Sicht des Signaturrechts”, **MMR**, V. 11, 2003, s. 702 vd., s. 703.

Orijinal belge elektronik belgenin imzayla ve diğer teknik niteliklerle kazandığı özellikleri ihtiva etmekle birlikte, elektronik belgeyi cismi ortama aktarmak adına elde edilen çıktısı, bu özellikleri taşıyamaz. Bu yönüyle elektronik belgenin orijinali ve çıktısı farklı belgelerdir. Elektronik belgenin sureti bakımından, orijinal elektronik belgedeki şekliyle işlevlerinin çıktıya aktarılması mümkün olmasa da çıktının alındığı an itibariyle, belgeye ilişkin bilgilerin kayıt olarak not düşülmesi ve çıktının o şekilde saklanması gerekir.⁴⁵⁷ Bu kayıtlar o elektronik belgenin karakteristik özelliklerini gösteren kayıtlardır.

Öyle ki belgenin üzerinde oynama yapılmadığını ve düzenlenmesine ilişkin çok çeşitli detayları içeren bu kayıtlar, belge elektronik ortamda kaldığı sürece adeta ikinci bir imza gibi belgenin orijinalliğini teyit eder. Dolayısıyla, bir elektronik belgenin çıktısı alındığında, artık orijinal belgenin kendisi değil, gerçek dünyada cisim bulmuş bir kopyasından söz etmek gerekir. Bu halde ortaya şöyle bir sorun çıkmaktadır: Çıktısı alınan elektronik belgenin hâkim tarafından incelenmesi gerektiğinde, çıktı üzerinden yapılan inceleme esasında belgenin orijinali üzerinde yapılan bir inceleme olamayacaktır. Halbuki doğrudanlık ilkesi gereğince hâkimin belgeyle doğrudan temas etmesi beklenir. Bu, keşif delili bakımından önemli bir gerekliliktir.

Ayrıca bir belgenin incelenmesi icap ettiğinde bunun orijinal belge üzerinde gerçekleştirilmesi esastır. Bu durumda bir elektronik belgenin orijinali yerine çıktısı dava dosyasına girdiğinde bunun en güvenilir şekilde nasıl incelenebileceği sorusunun cevabı önemlidir. Çünkü, günümüzde mahkemeye sunulan elektronik veri temelli belgelerin büyük çoğunluğunun çıktıları alınmakta ve dilekçelere eklenmektedir.⁴⁵⁸

Orijinali elektronik ortamda bulunan bir belgenin mahkemeye sunulması meselesi, ilk başta basit ve sorunsuzmuş gibi görünebilmektedir. Fakat, dava dosyasına sunulan elektronik belgenin çıktısının o belgenin yalnızca bir kopyasından ibaret

⁴⁵⁷ Fischer-Dieskau, **Signaturrechts**, s. 703.

⁴⁵⁸ Fischer-Dieskau, **Signaturrechts**, s. 703.

olduğu düşünülduğünde, bu durum önemli bir sorunu beraberinde getirmektedir. Çünkü elektronik belgenin orijinal hali düzenlenmiş olduğu elektronik ortamda bulunur ve orada kalmaya devam eder.

Elektronik belgenin kayıtlı olduğu elektronik ortamdan faydalanılarak yazıcıdan çıktısının alınması, onun yalnız gerçek dünyada bir kopyasının üretildiği anlamına gelir. Bu durum bir ressamın tablosunun yalnız bir orijinal versiyonu olmasına ve bunun dışında çizilen ya da baskısı alınan tüm versiyonlarının yalnızca orijinalin bir kopyası olmasına benzetilebilir. Bu halde aşılamayan bir sorunla yüzleşmek gerekir. Orijinal elektronik belgenin suretinin güvenilirliği ve geçerliliği nasıl temin edilebilecektir? Aynı şekilde hâkimin elektronik belge üzerinde yapacağı (keşif) incelemesinin usûlüne uygun gerçekleştirilebilmesi için mutlaka orijinal belge üzerinde yapılması gerekliliği nasıl aşılabilecektir? İşte tüm bu sorular son derece teknik görünmekle birlikte, elektronik belge inceleme usûllerinin belirlenmesinde önemli katkıları vardır. Uygulamada çok sık karşılaşılan elektronik belgelerin çıktılarının mahkeme dosyasına sunulması alışkanlığının aslında ilkeler bağlamında ne kadar uygun olduğu da tartışılmaktadır.⁴⁵⁹

Bilinmektedir ki aslanan her zaman hâkimin dava malzemesiyle mümkün olduğunca doğrudan temas etmesidir. Elektronik belgenin çıktısı bakımından bu esası yerine getirmek için bazı öneriler ileri sürülmektedir. Bunlardan ilki, elektronik ortamda kayıtlı olan orijinal elektronik belgedeki işlevleri listeleyen sayısal kayıtların çıktıya şerh edilmesidir.⁴⁶⁰ Böylece elektronik belgenin orijinalinin tüm özelliklerini gösteren kayıtlar çıktıya işlenmiş olacak ve ihtiyaç duyulduğunda kontrol edilebilecektir. Bu şekilde elektronik belgenin çıktısının orijinali ile birebir olup olmadığı kontrol edilebilecektir.

Burada uygunluk kontrolünün ancak gerek görüldüğünde yapılması önerilmektedir. Uygulama bakımından pratik görünse de bu çözüm esasında belgenin

⁴⁵⁹ Erturgut, **E-Belge ve E-İmza**, s. 69 vd. Orijinal ve suret tartışmaları için bkz. II. bölüm, I, D.

⁴⁶⁰ Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 35-36.

güvenliği ve güvenilirliği bakımından bir boşluğa yol açabilecektir. Çünkü, bu elektronik belgenin çıktısının, aslına uygunluğunun bir karine olarak kabul edilmesi anlamına gelir⁴⁶¹.

Bu noktada belge güvenliğini korumak açısından, özel hukukun yargı enstrümanlarını kullanmakta geniş serbestiye sahip olan tarafların rolü devreye girmektedir. Taraflar herhangi bir şaibe sezilen durumlarda bunu önlemek için kendi aleyhlerine olacak bir belge güvenliği sorununa elbette karşı çıkacaklardır. Burada önerilen sistem bu yönüyle taraflarca getirilme ile tasarruf ilkelerinden ve özel hukuk yargısının genel karakterinden destek almaktadır⁴⁶².

Burada ifade etmek gerekir ki, orijinal belgeyi suret haline getirirken yapılan işleme “transfer” işlemi ya da “aktarma” işlemi denilmektedir⁴⁶³. Bu aktarma işleminin bir kurala dayanılarak yapılması önemlidir. Alman Medenî Usûl Kanununun 298. maddesiyle birlikte, 253. maddesine de bu noktada göz atmak yol gösterici olabilir. Çünkü, 298. maddede elektronik belgenin çıktısının alınması düzenlenmiş olsa da bunun nasıl olması gerektiğine ilişkin detaylı düzenlemeler yer almamaktadır. Bu halde Alman Medenî Usûl Kanununun 253. maddesinin beşinci fıkrasına getirilen değişiklik önemlidir. Buna göre, dava dilekçesiyle tarafın diğer başvuru ve beyanları (ekleriyle birlikte), tebligat veya iletişim için gerekli sayıda nüsha eklenerek yazılı olarak mahkemeye sunulur. Başvurunun elektronik ortamda yapılması halinde ise suretlerin eklenmesi gerekli değildir. Burada bir bakıma kolaylık sayılacak şekilde, elektronik ortamdaki dilekçe sunumunda, bunların suretlerinin ayrıca sunulması gibi bir zorunluluk aranmamaktadır⁴⁶⁴. Ayrıca anılan maddeye dayanılarak elektronik belgenin kopyası oluşturulurken, aktarma verilerinin hazırlanmasında insan eline

⁴⁶¹ Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 35-36

⁴⁶² Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 35-36; Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Ayrıca bkz. Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Ankara, 2011, s. 35 vd.

⁴⁶³ Transfer ya da aktarma işlemleri bakımından bkz. Birincioğlu/Özkara, “Adli Belge İncelemelerinde Bilinmeyenler, Örneklerle Yazı ve İmza Analizi İle Islak İmza Kavramı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2010, s. 403-433, s. 408 vd.

⁴⁶⁴ Viefhues, **NJW**, 15/2005, s. 1016, s. 51.

ihtiyaç duymayan bir sistemin yardımına başvurmanın faydalı olacağı dile getirilmiştir⁴⁶⁵.

Burada son olarak Alman Medenî Usûl Kanununun 416 ve 416a maddelerine göz atmak gerekir. Bu hükümlerle yeni keşif nesnesinin, yani elektronik belgenin çıktısına atıfta bulunmaktadır⁴⁶⁶. Öncelikle burada, yalnızca metin, grafik, video veya diğer dosyalarda elektronik olarak depolanan bir belgenin ekran görüntüsünün çıktısının kastedildiği ifade edilmektedir⁴⁶⁷. Bunun karşısında içeriği yalnızca mekanik veya elektriksel bir işlemle oluşturulan bir çıktının bu kapsamın dışında kaldığı vurgulanmaktadır⁴⁶⁸. Bunun anlamı, örneğin verilerin depolandığı dosyanın kaynak metni çıktısının, yazılı karakterlerden oluşan bir görselin ekran görüntüsü çıktısının ya da bilgisayar faksı durumunda bir alındı raporunun çıktısı gibi içeriği yalnızca mekanik veya elektriksel bir işlemle oluşturulan çıktıların kapsam dışı kabul edilmesidir⁴⁶⁹. Bu sayılanlar ilk bakışta teknik terimler olarak görülse de bunların her biri ispat faaliyeti kapsamında mahkemenin önüne gelen elektronik belge çeşitleridir. Burada tüm bu açıklamalar ışığında sonuç olarak vurgulanabilecek esas nokta, teknik özelliklerle birbirinden ayrılan ancak temelde her biri elektronik veri olan bu veri çeşitlerinin, belirli kriterlere göre sınıflandırılması ve bunların tamamının (resmi elektronik belgeler de dahil olmak üzere) “yeni nesil keşif nesneleri” olarak değerlendirilebilir olmasıdır^{470, 471}.

⁴⁶⁵ Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1016, s. 51. Burada, insansız sistemi önerilirken, usûl ekonomisi ilkesine dayandırılmıştır. Ayrıca böyle bir sistem kabul edilse dahi, olası bir hata ya da hak kaybı meydana geldiğinde, kimlerin sorumlu olacağının mutlaka belirlenmesi gerektiği de vurgulanmaktadır. Bu yönde bkz. Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1016. Burada keşif yardımcılarının rolü devreye girebilmektedir. Keşif yardımcılar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. III. bölüm, I, B, 3. Ayrıca bkz. Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023); Brandli, **Prozessökonomie**, s. 196, prg. 422; Drehsen, **Augenschein**, s. 235.

⁴⁶⁶ Nissen, **Beweis**, s. 760; Bacher, **Elektronische Rechtsverkehr**, s. 2759; Drehsen, **Augenschein**, s. 235. Ayrıca bu yönde bkz. BK-ZPO-Bach § 371b Rn. 6; S/J-Berger § 371b Rn. 4; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371b Rn. 4 ile fn. 3; HK-ZPO-Siebert § 371b Rn. 2.

⁴⁶⁷ Konuya ilişkin esasların vurgulandığı *BT-Drucks* davasında federal mahkemenin gerekçesi için bkz. 17/12634, S. 34 ve 818/12 S. 47; Ayrıca federal hükümetin açıklayıcı notu için bkz. <https://dserver.bundestag.de/btd/17/126/1712634.pdf> (çevrimiçi, erişim tarihi 28/03/2023).

⁴⁶⁸ P/G-Trautwein § 371b Rn. 1.

⁴⁶⁹ Lampe NJW 1970, 1097, s. 1100; Riesenkampff, s. 154.

⁴⁷⁰ Lampe NJW 1970, s. 1097; Riesenkampff, s. 154; Drehsen, **Augenschein**, s. 235.

⁴⁷¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 235.

E. Keşfe Elverişlilik Bakımından Elektronik Verilerin Sınıflandırılması ve Değerlendirilmesi

1. Verinin Çeşidine ve İspat Gücüne Göre Yapılan Ayrımlar

a. Genel Olarak

Elektronik veriler kayıt altına alınmalarına, içeriğindeki açıklamalara, bir imza ihtiva edip etmemelerine veya kayıt altına alındıkları ortama göre sınıflandırılırlar. Bu sınıflandırma neticesinde elektronik verilerin keşfe elverişli olup olmadığı ayrı ayrı her bir veri çeşidi bakımından değerlendirilebilir. Elektronik verinin keşfe elverişliliğin tespit edilmesi aynı zamanda keşif esnasında bir yardımcıya ihtiyaç duyulup duyulmadığını takdir etmek açısından da önem arz etmektedir.

b. İspat Gücüne Göre Yapılan Ayrımlar

Bir belgenin ispat gücünü belirlemek için ispat faaliyetinin yürütüldüğü yargılama sisteminin delilleri nasıl sınıflandırdığına bakmak gerekir. Eğer Türk hukukunda olduğu gibi belge ve senet ayrımı benimsenmişse, içerdiği kuvvetli unsurlar bir belgenin kesin delil sayılmasını ve hâkimi bağlayan nitelik arz etmesini sağlar. Böyle bir belgeyi ispat gücü sınıflandırmasında en üst noktaya yerleştirmek gerekir. Bunun altında ise bu belgenin dışında kalanlar, güven unsurunu sağlama yeteneğine göre değişen seviyelerde konumlandırılabilir.

Geniş anlamda belge kavramının içinde, elektronik verilerin ispat gücü hâkimin onları takdir etmekteki serbestisiyle ölçülür. Çoğunlukla kabul edilen, elektronik verilerin ispat gücünün zayıf olmasıdır. Son dönemde ise bu anlayışın

özellikle elektronik imzaya ilişkin düzenlemelerin artmasıyla değişmeye başladığı görülmektedir. Örneğin bir elektronik veri taşıdığı elektronik imzanın niteliğine ve çeşitli güven unsurlarına göre artık daha fazla ispat gücüne sahiptir. Buna göre öncelikle denilebilir ki elektronik verilerin ispat gücü bakımından yapılan ayrımlarda imzanın işlevi ön plandadır.

Avrupa Parlamentosu'nun 1 Temmuz 2016 tarihli Konsey Tüzüğü'nün, 910/2014 sayılı Direktifinin getirdiği ispat kurallarıyla bağlantılı olarak bir tartışma ortaya çıkmıştır. Alman Medenî Usûl Kanununun özellikle elektronik belgeler üzerinde keşfe ilişkin § 371a ve § 371b maddelerinin kesin kapsamı da dikkate alındığında, ortaya nasıl bir tablo çıkacağı tartışılmaktadır⁴⁷². Bu kapsamda 23 Temmuz 2014 tarihli “İç Pazarda Elektronik İşlemlere Yönelik Elektronik Tanımlama ve Hizmet Sunumu Direktifi” ve “1999/93/ EC Direktifi”nin yürürlükten kaldırılması da dikkate alınarak, bu problemler üzerinde durulması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁷³. Diğer sorunların ise Alman Medenî Usûl Kanunu madde 371 paragraf 2, cümle 2 ve madde 144 paragraf 3'deki belirsiz referanslardan kaynaklanmakta olduğuna; özellikle madde 422 ve madde 423 uyarınca ibraz yükümlülüğüne ilişkin bir mahkeme kararına gerek olup olmadığı ya da ne zaman gerek olduğuna açıklık getirilmesi gerektiğine işaret edilmektedir⁴⁷⁴.

Bu sorunlu alanların çözümünde sadece keşif delilinden değil, aynı zamanda az fark edilen bilgi keşfinden de söz edilmektedir⁴⁷⁵. Özellikle Alman Medenî Usûl

⁴⁷² Drehsen, **Augenschein**, s. 57.

⁴⁷³ Drehsen, **Augenschein**, s. 57.

⁴⁷⁴ Drehsen, **Augenschein** s. 57; R. Zöller, **ZPO**, § 371, Rn. 1a. Bu tartışmalar büyük ölçüde belgelerin ibrazı mecburiyeti ve keşfe katlanma yükümlülüğünü ilgilendirmektedir. Bu yönde bkz. Christoph Basler/Klaus Meßerschmidt, “Zumutbarkeit von Beweiserhebungen und Wohnungsbetroffenheit im Zivilprozess“, **NJW**, 2014, s. 3329-3334, s. 3330 (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 05.06.2023). Ayrıca bkz. Erdönmez, **Belge İbrazı**, s. 525 vd. Ayrıca bkz. III. bölüm, III, İ, 1 ve 2. Bu tartışmalar ışığında, Alman Medenî Usûl Kanununun 144. maddesinin bir ve üçüncü fıkralarında 01.01.2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere değişiklikler yapılmıştır. Bu yönde bkz. madde 2 G. V. 12.12.2019 BGBl. I s. 2633; <https://www.buzer.de/gesetz/7030/al82766-0.html> (çevrimiçi, erişim tarihi: 05.06.2023).

⁴⁷⁵ Bilgi keşfi iki anlamda kullanılabilir. Usûl hukuku anlamında bilgi keşfinden kastedilen delil elde etme amacının yanında yalnız bilgi elde etmek amacıyla da keşif yapılabilmesidir. Diğer yünden, bilgi keşfi elektronik keşif kapsamında veri madenciliğini de kapsamına alabilecek geniş bir veri araştırmasını ifade eder. Bilgi keşfi hakkında bkz. Abdulkadir Özdemir/Fulya Yalçın Aslay/Handan Çam, “Veri Tabanında Bilgi Keşfi Süreci: Gümüşhane Devlet Hastanesi Uygulaması”, **SÜ İİBF Sosyal**

Kanununun hangi hükümlerinin sadece keşif delili için ve hangilerinin aynı zamanda bilgi keşfi için uygulanabileceğinin tespit edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁷⁶ Buna göre tüm bu sorunlara etkili ve homojen bir çözüm bulabilmek için, öncelikle Alman Medenî Usûl Kanununun temelinde barındırdığı düşünülen dogmatik yapının anlaşılması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Alman doktrininde medenî usûl hukukunun dogmatizminin anlaşılmaya çalışılması önerisinin yanında, bunun tam olarak anlaşılmasının pek mümkün olmayabileceği de eleştirel bir yaklaşım olarak, vurgulanmaktadır.⁴⁷⁷

Bu noktada Alman hukukundaki ispat kuralları bakımından önemli bir yeri olan şekli ve maddi ispat kuvveti kavramlarından söz etmek gerekir. Alman hukukunda ispat araçlarından özellikle senetler bakımından şekli ve maddi ispat gücünden bahsedilir. Buna göre şekli ispat gücü, senedin ihtiva ettiği düşünce içeriğinin senetteki irade açıklamasının sahibi olandan ileri geldiğini ifade eder.⁴⁷⁸

Şekli ve maddi ispat kuvveti ayrımı temelini Alman Medenî Usûl Kanunundan almaktadır. Şekli ispat kuvveti senedin ya da genel itibariyle belgenin; düşünce içeriğini ve bu düşünce içeriğindeki iradenin kimden hâsıl olduğunu ispat etme yeteneğidir.⁴⁷⁹ Alman Medenî Usûl Kanununda 415 ve 416. maddelerde düzenlenmiştir. Buna göre, m. 415 resmî belgeler bakımından, m. 416 ise resmî olmayan (adi) belgeler bakımından açıklamalar içermektedir.⁴⁸⁰ Örneğin resmi senetler bakımından şekli ispat kuvvetinin tam olduğu ifade edilir.⁴⁸¹ Resmi senetlerin

ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi, s. 347- 365, s. 348; Abdulkadir Özdemir/Sıbkat Kaçtıoğlu, “Veri Tabanlarında Bilgi Keşfine Bakış ve Bir Uygulama, **Ekev Akademi Dergisi**, S. 32, 2007, s. 309-320, s. 311 vd.

⁴⁷⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 57; Roßnagel/Fischer-Dieskau, **Elektronische Dokumente**, s. 808.

⁴⁷⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 57; Alexander Roßnagel, “Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste“, **NJF**, 2014, s. 3686-3692, s. 3687; Eberhard Schmidhauser, “Zeuge, Sachverständiger und Augenscheinsgehilfe“, **ZZP**, V. 72, 1959, s. 365-402, s. 366.

⁴⁷⁸ Nissen, **Beweis**, s. 759, 760.

⁴⁷⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s.700; Nissen, **Beweis**, s. 760.

⁴⁸⁰ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s.700; Nissen, **Beweis**, s. 760.

⁴⁸¹ Nissen, **Beweis**, s. 760; Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415, RdNr.4; Musielak, **ZPO**, § 415 Rdnr. 23-24; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 700. Ayrıca bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 221; O. Tok/H. Koltas, “Senetle İspat Kuralının Tesis Ediliş Amacı Bakımından Bazı Vakıaların İspatına İlişkin Değerlendirmeler”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, S. 22(3), s. 2675 – 2701, s. 2677 vd.

niteliğindeki resmiyet bir güven sağladığından, bu sonuca varılması doğaldır. Ancak resmî belge de olsa gerçekliği hakkında bir şüphe bulunmaması şartı aranır. Bir şüphe bulunması halinde, artık şekli ispat kuvvetinin tam olmasından bahsedilemez⁴⁸².

Bu açıklamaların bu çalışmanın konusu bakımından önemi hâkimin takdir yetkisi üzerindeki etkisidir. Zira, belgenin şekli ispat kuvvetinin tam olduğunun kabul edilmesi halinde, artık hâkimin bir takdir hakkı olmadığı ya da varsa bile sınırlandığı kabul edilir⁴⁸³. Hâlbuki Alman Hukuku bakımından hâkimin kural olarak delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin uygulandığı bilinmektedir. Bu bakımdan şekli ve maddi ispat kuvvetine ilişkin belgelere tanınan ispat kuvvetinin duruma göre önemli bir istisna teşkil edebileceğini gözden kaçırmamak gerekir⁴⁸⁴.

Şekli ispat kuvvetinden sonra, Alman hukuku bakımından maddi ispat kuvveti de önemli bir kavramdır⁴⁸⁵. Şekli ispat kuvvetine göre daha karmaşık ve anlaşılması daha zordur. Bir belgenin maddi ispat kuvveti, adı geçen belgenin içeriğinde hangi vakıanın ya da vakıaların anlaşılabilirdiği ve bunlardan hangilerinin ispatın konusunu oluşturduğuna bakılarak belirlenir. Örneğin belgede yer alan bir irade açıklaması ispat konusu ediliyorsa, bu halde belgenin düzenleme amacına uygun bir ispat faaliyetinden söz edilir. Bu ispat faaliyetinde, senet metninde yer alan irade açıklaması, mahkemede doğrudan ispat için dayanan bir vakıayı temsil gücüne sahipse, bu halde o belgenin maddi anlamda ispat kuvveti vardır⁴⁸⁶. Yani belgenin içeriğinde bulunan, örneğin düzenleyenin irade açıklamasının yöneldiği hukuki işlem ispat edilmek isteniyorsa, bu halde o belge maddi ispat kuvvetini haiz kabul edilir.

⁴⁸² Nissen, **Beweis**, s. 760

⁴⁸³ Nart, **Senetle İspat**, s. 220. Nart da burada Alman Medenî Usûl Kanununun 286. Maddesinde düzenlenmiş olan hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesine önemli bir istisna olduğunu dile getirmektedir. Ancak yazar bu sınırlamanın, Türk Hukukundaki gibi bir bağlayıcılık olarak algılanmaması gerektiğini, bunun Türk Hukukundaki gibi bir kesinlik oluşturmadığını ve her türlü delille ispatlanabilirliğinin sürdüğünü belirtmektedir. Burada her türlü delille ispatlama faaliyetinin, bir karşı ispat değil, aksini ispat faaliyeti olacağı düşünülmektedir. Bu yönde bkz. Nissen, **Beweis**, s. 770. Ayrıca bkz. Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 6.

⁴⁸⁴ Nissen, **Beweis**, s. 770; Nart, **Senetle İspat**, s. 220.

⁴⁸⁵ Joachim Münch, "Die „neue“ ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren (Teil I)", **DStR**, 2002, s. 85-89, s. 86.

⁴⁸⁶ Musielak/Voit, **ZPO**, § 415, Rdnr. 23; Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 7, 8. Nart, **Senetle İspat**, s. 222.

Fakat, belgenin içeriğinde doğrudan yer alan bir vakıa yerine, başkaca bir vakıa ispat edilmek isteniyorsa senet içeriğinin hâkim bakımından ancak emare niteliği taşımasından bahsedilir⁴⁸⁷. Bu halde o belgenin içeriği maddi ispat kuvvetine sahip değildir ve hâkimin takdir hakkını sınırlayan bir durum söz konusu değildir⁴⁸⁸.

Özetle elektronik verilerin maddi ve şekli ispat gücü kriterlerine göre sınıflandırılması sayesinde, bu verilerin değeri ve incelenme esasları bakımından sonuç çıkarmak mümkün olmaktadır. Verilerin şekli ve maddi ispat gücüne göre ayrılması, hâkimin bu verilerin çekişmesiz hale getirdiği vakıaları takdir etme ve serbestçe değerlendirme yetkisiyle örtüşmektedir⁴⁸⁹. Örneğin verinin nitelikli sertifikaya dayanan bir güvenli elektronik imzayla imzalanmış olması ispat gücünü etkileyen bir unsurdur. Bu belge üzerinde bir keşif incelemesi yapılsa dahi, belgenin ispat gücü diğer keşif nesnelere göre farklı olur. Türk hukukunda özel hüküm olduğundan elektronik senet ve diğer elektronik veriler ayrımını da gözden kaçırmamak gerekir. Sonuç olarak, belgeye ispat gücü bakımından tanınmış olan özellikler, belgenin ihtiva ettiği elektronik verinin keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılmasına referans teşkil etmektedir⁴⁹⁰.

c. Verinin Çeşidine Göre Yapılan Ayrımlar

Aşağıda incelenecek olan yeni nesil keşif malzemelerinin ortak özellikleriyle bağlantı kurulurken; klasik keşif malzemeleri, keşif ikame malzemeleri ve yeni keşif

⁴⁸⁷ Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 9. Ayrıca maddi ispat kuvvetinden belgenin düşünce içeriğinin gerçekliğini anlamak gerektiği görüşü de mevcuttur. Bu yönde bkz. Bruns, s. 301-302. Ayrıca bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 222.

⁴⁸⁸ Nart, **Senetle İspat**, s. 223; Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 11.

⁴⁸⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

⁴⁹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

malzemeleri arasında ayırım yapılmaktadır⁴⁹¹. Bu ayırlardan keşif ikamesi malzemeler ve yeni nesil keşif malzemeleri, elektronik verileri ifade etmektedir⁴⁹².

"Elektronik veri" terimi, çok çeşitli keşif nesnelerini içeren geniş bir terimi ifade eder. Aynı zamanda dinamik bir kavram olduğundan, içeriğinin sürekli olarak genişlemesi ve henüz tanımlanmamış yeni bir veri türünün bu kapsama dahil edilmesi mümkündür⁴⁹³. Bu genişleme çoğunlukla uygulamada yeni bir örneğe rastlanması sonucunda gerçekleşmektedir⁴⁹⁴.

Ancak, keşif nesnelerinin kendilerine uygulanan kurallara göre ayırma tabi tutulması, daha spesifik keşif nesnelerinden sürekli olarak uzaklaşma ve uyum sağlayamama riskini beraberinde getirmektedir. Çünkü, elektronik belgelerin doğası temel usûl kurallarıyla her zaman uyum sağlayamaz. Bu nedenle, amaç önce elektronik verilerin doğası ile gidiş yönünü anlamak ve buna göre daha esnek yeni keşif kuralları getirmek olabilir. Bu bağlamda şu an için keşif ve elektronik veriler açısından, mevcut hükümlerin bir bakıma kıyasen elektronik verilere uygulanması önerilmektedir⁴⁹⁵. Burada dikkatli olmak gerekir, çünkü böyle bir çaba yüzyıllardır uygulanmakta olan temel usûl hukuku kurumlarının tanınmaz hale gelmesine yol açmamalı ve bu kurumların temellerini sarsmamalıdır.

⁴⁹¹ Ayrıntılı bilgi için bkz III. bölüm, I, C ve D.

⁴⁹² Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

⁴⁹³ Örneğin son yıllarda tartışılmakta olan NFT (*Nonfungable Token*) örneği için bkz.: N. Tekelioğlu, "Eşya Kavramını Yeniden Düşünmek: NFT'lerin Eşya Niteliği ve Eşya Hukuku Bakımından Geleceği Üzerine Bir İnceleme", **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, S. 30 (3) , 2022, s. 1301 vd. Ayrıca bkz. Kardelen Filorinalı, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT'ler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 7 vd.

⁴⁹⁴ Keşif nesneleri Alman hukukunda kendilerine uygulanan kurallar uyarınca bölünmüş olsa bile, örneğin Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 371a ve 371b maddeleri yalnızca belirli elektronik belgelere uygulanabilir olduğundan, elektronik belge kavramı şimdilik birkaç tür keşif nesnesini doğrudan kapsamakta, dolayısıyla bunlar ile diğer elektronik belgeler arasında bir ayırım yapılması gerekmektedir. Zaman içinde ortaya çıkan yeni bir veri çeşidine ilişkin örnekler ortaya çıkarsa, keşif hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağı her bir örnek için değerlendirilmelidir. Bkz. Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Zöller, **Zivilprozessordnung**, § 371a, Rn. 3.

⁴⁹⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 179; M. Müller, **Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland**, Nürnberg, 2015, s. 179; Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 125, 126.

Buna ek olarak, keşfin nesnelerinin, yani keşif malzemesi olabilecek şeylerin kendilerine uygulanan kurallar dikkate alınarak sınıflandırılması, bu kuralların neden ve sonuçlarının çarpıtılması tehlikesini taşır⁴⁹⁶. Bir keşif kuralı, ancak incelenecek şey bir keşif nesnesi ise uygulanabileceğinden, böyle bir tartışma sadece hangi keşif nesnelerinin hangi kurallara tabi olduğunu gösterebilir. Ancak bu şeyin neden bir keşif nesnesi olduğunu gerekçelendiremez. Bu bakış açısıyla yukarıda açıklandığı gibi ilk olarak şunu tespit etmek gerekmektedir: Keşfin karakteristik özelliklerine cevap veren her türlü şey keşfin konusu olabilir, yeter ki hâkim tarafından bizzat algılanabilir bir yönü olsun ve incelenmesi davanın aydınlatılmasına katkıda bulunsun. Bunun yanında, Alman Medenî Usûl Kanununun 371. maddesinin birinci fıkrasında elektronik belgeler ile diğer inceleme nesneleri arasında ayırım yapılmaktadır. Alman Medenî Usûl Kanununun 371a ve 371b maddeleri yeni keşif nesneleri (EV)⁴⁹⁷ için özel kurallar öngörmektedir⁴⁹⁸.

Tüm bu ayrımlarda elektronik belgelerin genel itibariyle birer keşif nesnesi olduğu hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, elektronik verinin çeşidine göre farklı inceleme usûlleri ya da öncelikli olarak başka delil araçlarının konusu olma ihtimali vardır. Bu ihtimal o elektronik verinin hangi delil çeşidi bakımından daha etkili ve elverişli şekilde incelenebilir olduğuna bakılarak tespit edilmelidir. Elektronik verinin içeriğindeki bilgiler ispat faaliyetine en iyi ne şekilde katkı sağlayabilecekse o yöntemle incelenmesi gerekir. Bu nedenle, özellikle verinin çeşidine göre yapılan ayrımlarda iki önemli husus ön plana çıkar. Bunlar; elektronik verinin hukuki niteliği ve imza unsurudur⁴⁹⁹. Öncelikle bu iki kritere bakılarak bir elektronik verinin keşfe elverişli olup olmadığı tespit edilir. Burada bu iki kritere ek olarak, gözetilmesi gereken bir diğer husus ise hâkimin algılayabileceği ve ispat faaliyetine katkı sağlayacak bilginin, bu elektronik veri üzerindeki keşiften elde edilmeye elverişli olmasıdır. Yani elektronik verinin keşfe elverişliliği için verinin teknik türü yanında, içeriğine bakılması gerekir⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

⁴⁹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 179; Zöller, **Zivilprozessordnung**, § 371a, Rn. 3.

⁴⁹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 179; Zöller, **Zivilprozessordnung**, § 371a, Rn. 3.

⁴⁹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 179; Zöller, **Zivilprozessordnung**, § 371a, Rn. 3.

⁵⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

Bu bağlamda, elektronik veri bir düşünce içeriğini taşıyıp taşıyamamasına göre keşfe elverişlilik bakımından ayrıca değerlendirilmelidir. Burada da elektronik verinin hukuki nitelendirmesinin yapılması önemlidir. İmza unsuru çoğunlukla hukuki nitelendirme ve o elektronik verinin ispat gücü bakımından önemli bir unsurdur.

Eğer bir ispat aracı dar anlamda kanuni düzenlemeler tarafından bilinen başka bir bilgi veya ispat aracına⁵⁰¹ karşılık geliyorsa, örneğin bir veri “senet” niteliğindeyse, keşfe ilişkin kurallar bu ispat aracı için geçerli olmayabilir⁵⁰². Burada her elektronik verinin çeşidine göre, öncelikle bu verinin özel olarak kanuni düzenlemelerde bir yeri olup olmadığına bakılmalı; kanuni düzenlemelerde herhangi bir karşılığı yoksa buna göre bir değerlendirme yapılmalıdır.

İspat aracı olabilecek nesneler bakımından yapılan bir başka ayrıma göre, hâkimin bir dava hakkında kanaat oluşturmaya için önüne yığılan malzemeler iki amaçla incelenebilir. İnceleme, bazen bilgi amaçlı iken bazen delil elde etme amaçlıdır⁵⁰³. Buradaki ayrım hâkimin bir tarafı yalnız bilgi elde etmek amacıyla dinlemesi ya da delil etme amacıyla tarafı isticvap etmesine benzetilebilir⁵⁰⁴. Bunların ilkinde hâkim yalnız vakıalar hakkında bilgi edinmeyi amaçlarken, diğerinde amaç ikrar elde etmektir.

Bu bağlamda, hâkimin davayı aydınlatmada dar ve geniş anlamda bilgi ve ispat arayışından söz edilmektedir⁵⁰⁵. Burada önem arz eden bir diğer nokta, bilgi aracı olan malzemelerin muayenesinde, delil elde etme amacı olmadığından incelemeye keşif

⁵⁰¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

⁵⁰² Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

⁵⁰³ Martin Schöpflin, “Die Parteianhörung als Beweismittel”, **NJW**, 1996, s. 2134-2138, s. 2135 (beck-online.de); Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8. Ayrıca bkz. Adloff, **a.g.e.**, s. 8; Hans-Jürgen Ahrens, “Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel”. **Zum Urkunden und Augenscheinsbeweis der ZPO. Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag**, München, 2002, s. 1-14, s. 3 vd.

⁵⁰⁴ Schöpflin, **Parteianhörung**, (beck-online.de).

⁵⁰⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

delili adı verilmese bile, keşfe ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıdır.⁵⁰⁶ Bu nedenle, aşağıda da açıklanacağı gibi bu tip bilgi elde etme araçlarına “analog keşif nesneleri” ya da “analog keşif malzemeleri” adı verilmektedir.⁵⁰⁷

Son olarak, elektronik verinin özelliği ve kıyas yoluyla kendilerine uygulanacak keşif kurallarının kapsamı bakımından bir diğer sınıflandırma ölçütü verinin düşünce içerikli olup olmamasıdır. Aşağıda düşünce içerikli olup olmamaya göre elektronik verilerin keşfe elverişliliği ayrıca ele alınmaktadır.⁵⁰⁸

2. Verinin Düşünce İçerikli Olup Olmamasına Göre Yapılan Ayrımlar

Elektronik verilerin keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılmasında verinin teknik özellikleri kadar, içeriği de önem arz eder. Elektronik verinin içeriğinde düşünce barındırması, o verinin hukuki bir fiile ya da işleme tanıklık etmesi

⁵⁰⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 179. Buradaki kıyas düşüncesi aşağıda da ayrıca izah edileceği gibi, ispat zorluklarını aşmanın bir yolu olarak görülebilir. Örneğin son dönemde ispat ölçüsüne ilişkin, ölçünün düşürülmesi ve yaklaşık ispat benzeri kavramlar tartışılmaktadır. Tarafların yardım yükümlülüğü bu kolaylaştırma görünümünden biridir. Ayrıca, keşfe katılma zorunluluğu da ispata erişme çabasına ve yine bir ispat kolaylığı sağlama faaliyetine örnektir. İspat ölçüsü bakımından ispat standardını %0’dan %100’e kadar bir yüzde ölçeğinde ifade etmenin, son yıllarda literatürde popülerlik kazanmış olduğu, tam ispat için en az %90 veya hatta %95’lik bir kanaatten bahsedilmekte olduğu ifade edilir. Buradaki sorunun ise bu tür “kesinlik sınırında” bir kanaate pratikte çoğu zaman ulaşılamaması olduğu belirtilmektedir. Yargıcın (tam olarak) ikna olmasını engelleyen sadece soyut epistemolojik kaygılar değil, basitçe kanıtların eksikliği veya güvenilmezliğidir. Başka bir deyişle kanıtlama zorluklarıdır. Eğer yargı tam kanaate varmak için standart ispat ölçüsünde katı bir şekilde ısrar edecek olursa, bu birçok durumda maddi hukuk tarafından verilen bir talep hakkının uygulanamayacağı bir sonuca yol açacaktır. Medenî usûl hukukunun temel amaçlarından olan, tarafların menfaatine olacak şekilde maddi hukukun uygulanması, böylece oldukça zor hale gelecektir. Bu nedenle, hukuk yargılamalarının kanunu uygulamak yerine onu engellemeye hizmet etmesini önlemek amacıyla standart ispat ölçüsüne çok sayıda istisna geliştirilmiştir. Keşif bakımından yapılan geniş malzeme yorumunu ve yeni nesil keşif malzemelerinin keşif konusuna dahil edilmesini de ispat faaliyetini taraflar lehine amaca ulaştırma çabası olarak görmek gerekir. Bu yönde bkz. Mark Schweizer, “Beweiserleichterungen bei Beweisschwierigkeiten im schweizerischen Recht”, **Haftpflichtprozess 2016 Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht**, Schultess Juristische Medien, 2016, s. 121-151, s. 122. Ayrıca bkz. Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 39 vd.

⁵⁰⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 179. Analog keşif malzemeleri için bkz. III. bölüm, I, D.

⁵⁰⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 179.

bakımından önemlidir. Sonuç olarak keşfe elverişlilik için yapılan ayrımların yanında, elektronik verinin ne zaman “elektronik belge” olarak ve ne zaman yalnızca teknik anlamda “elektronik veri” olarak nitelendirilebileceği de önemlidir. Zira, her elektronik veri elektronik belge olma özelliği gösteremeyebilir. Bu ayrımı yaparken etkili olan unsurlardan biri de verinin düşünce içeriğidir.

Elektronik belgeler delil olarak değerlendirilirken, elektronik belgeyi ibraz edenin o belgeye yüklemiş olduğu anlam ve içerik önem arz eder. Kural olarak elektronik belgeyi ibraz edenin iddiası, belgenin bir düşünce içeriği barındırdığı ve bu içeriğin vakıasını desteklediği yönündedir.⁵⁰⁹

Hâkimin belgenin bu düşünce içeriğini haiz olup olmadığını inceleyebilmesi gerekir. Bu inceleme için ise belgenin hâkimin kanaatini oluşturmaya elverişli olacak şekilde incelemeye hazır bulundurulması gereklidir. İşte tüm bunlar elektronik belgenin içeriğine göre sınıflandırılmasına ve keşfe elverişli olup olmadığının tartışılmasına temel oluşturmaktadır.⁵¹⁰ Zira, bir belgenin incelenmesi tamamen onun düşünce içeriğine yönelmişse, yazılılık unsurunun ön plana çıkmasıyla bağlantılı olarak, keşfe elverişlilikten ziyade belge incelemesine elverişlilikten söz edilebilmektedir.⁵¹¹

Hâkim dava dosyasına usûlüne göre sunulmuş olan delilleri değerlendirerek bir yargıya ulaşmaya çalışır. Elektronik belgeler bakımından ise hem belge içeriğine vakıf olmak hem de belgenin sanallığından kaynaklanan engelleri aşmak gerekir. Hâkim elektronik belgeyi incelerken, belgede imza varsa imza içeriğini ayrı, bir düşünce içeriği varsa düşünce içeriğini ayrı inceler ve değerlendirir.⁵¹² Burada geleneksel belge anlayışına göre elektronik belgeler bakımından ortaya çıkan temel sorun, hâkimin elektronik belgenin düşünce içeriğinin vakıanın gerçekliğini destekleyip desteklemediğini incelemeyen önce, yani bir nevi belgenin esasına geçmeden önce, o

⁵⁰⁹ Zimmermann, **ZPO**, 371, Rn. 2.

⁵¹⁰ Zimmermann, **ZPO**, 371, Rn. 2.

⁵¹¹ Aşık, **Keşif**, s. 39. Ayrıca bkz. Zimmermann, **ZPO**, 371, Rn. 2.

⁵¹² Aşık, **Keşif**, s. 39.

elektronik belgenin gerçeklik ve güvenilirlik meselesini çözme zorunluluğudur. Yani bir ön şart gibi, elektronik belgenin düşünce içeriğini tahkik etmeksizin, hâkim öncelikle elektronik belgeyi bir güven testine tabi tutmalıdır. Doktrinde bu hususta iki önemli usûli kuruma da atıf yapılmaktadır.⁵¹³ Bunlardan ilki, hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesidir. Diğer ise, taraflarca getirilme ilkesidir. Tarafların, vakıalara dayanak gösterilen bir elektronik belgeye karşı ileri süreceği ya da sürmeyeceği iddialar ve savunmalar önem arz eder. Hâkimin elektronik belgenin gerçekliğini araştırma yoluna gidip gitmemesi bazı durumlarda kendiliğinden bazı durumlarda ise diğer tarafın iradesi doğrultusunda gerçekleşebilir.⁵¹⁴

Teknolojinin bugünkü durumuna göre, genel itibariyle elektronik belgeleri manipüle etme olanaklarının son derece yüksek olduğu bilinmektedir. Ayrıca, günümüz itibariyle elektronik ortamlardaki sayısız teknik kayıt türü nedeniyle, bunların ancak bilinen belli başlı türleri üzerinden örneklerle hukuki çıkarımlar yapılabilmektedir.

Örneğin, doktrinde 1950'lerde çok popüler şekilde tartışılan teyp kaydı veya 1990'lardan 2000'lerin başlarına kadar büyük bir coşkuyla bir devrim gibi ele alınan elektronik postalar gibi, elektronik belge türlerini tek tek ele almanın, bugünün bakış açısıyla uygun olmadığı ifade edilmektedir.⁵¹⁵ Bu nedenle elektronik verileri teker teker bilinen isimleri üzerinden açıklamaya çalışmak yerine, bunları belirli kriterleri esas alarak sınıflandırmanın ve bu şekilde elektronik ile ispat hukukunun bağdaştığı önemli noktaları incelemenin daha isabetli olacağı vurgulanmaktadır.⁵¹⁶ Bu yaklaşımla, hem burada tartışılan klasik keşif malzemelerinden elde edilen teknik kayıtlar için hem analog keşif malzemeleri için hem de teyp kaydı ve elektronik posta iletisi gibi örneklerde düşünülmesi daha muhtemel olan "düşünce içerikli" teknik kayıtlar için bu açıklamalar geçerlidir.

⁵¹³ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 75.

⁵¹⁴ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 75. Tarafın yardımı ve keşifte taraf yardımcılığı yaklaşımları için bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, iii, (3).

⁵¹⁵ Christian Berger, "Beweisführung mit Elektronischen Dokumenten", **NJW**, 2005, s. 1016-1020, s. 1016.

⁵¹⁶ Berger, **Beweisführung**, s. 1016, 1017.

Bu nedenle, münferit elektronik veri türleri, yalnızca kanuni düzenlemeler bu verilerin incelenmesine ilişkin özel bir usûl öngörmediği ya da öngördükleri usûlün keşifle bağdaşır bir yönü bulunduğu ölçüde ele alınacaktır. Bu durum özellikle elektronik belgeler için geçerli olmakla birlikte, diğer teknik kayıt türleri için de geçerlidir.⁵¹⁷ Elektronik veri bakımından türüne göre özel bir hüküm bulunmuyorsa, düşünce içerikli olup olmasına göre yapılan ayrımlar dikkate alınarak, keşfe elverişlilik bakımından değerlendirme yapmak gerekir.

Bu noktada ifade etmek gerekir ki elektronik verinin türüne göre farklı uygulamalar söz konusudur. Bu durum teknik olarak “veri türüne göre farklılaştırma” olarak isimlendirilebilir.⁵¹⁸ Bu sınıflandırma çabasının amacı, delillerin incelenmesinde belirlilik ve öngörülebilirlik sağlanmasına yardım etmektir.

Keşif incelemesinin karakteristik özellikleriyle ilgili olarak, çeşitli veriler arasında ayırım yapmak da faydalı olacaktır: Buna göre, herhangi bir düşünce içeriği barındırmayan bir elektronik veri söz konusu ise, mahkemenin bu verinin düşünce içermeyen içeriğini sadece duyuşsal olarak algılaması gerekir.⁵¹⁹ Yani bir elektronik verinin düşünce içeriğine sahip olup olmaması, onun incelenmesinde hâkimin duyuşsal algısının neye yöneleceğini tespit etmede belirleyici bir unsurdur. Buna göre de o verinin keşfe elverişli olup olmadığı anlaşılır.

Bu durum özellikle grafik, ses ve video dosyaları için geçerli olabilir. Örneğin bir resmin verilerinin grafik dosyasına veya bir sesin verilerinin video dosyasına yerleştirilmiş olması gibi.⁵²⁰ Ancak bu, elektronik veri olarak kayıt altına alınmış

⁵¹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 186; Stefan Ernst, “Beweisprobleme bei E-Mail und anderen Online-Willenserklärungen”, **MDR**, 2003, s. 1091-1094, s. 1091 vd.; Ayrıca bkz. Kyrill Makoski, “Über den (Un)Sinn von E-Mail-Disclaimern”, **K&R**, 2007, s. 246-250, s. 248; Peter Mankowski, “Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?”, **NJW**, 2002, s. 2822-2828, s. 2822; Roßnagel/Pfitzmann, **a.g.e.**, 1209 vd.

⁵¹⁸ Roßnagel/Pfitzmann, **a.g.e.**, s. 1209 vd.

⁵¹⁹ Roßnagel/Pfitzmann, **a.g.e.**, s. 1209 vd.

⁵²⁰ Margarethe Bergman/Sirgfried Streitz, “Beweisführung durch EDV-gestützte Dokumentation“, **CR**, 1994, s. 77-83, s. 78.

metin dosyalarında da mümkündür. Yani metin dosyasındaki veriler geleneksel anlamda metinle değil, metin karakterlerinden oluşan sayısal imgeler olarak kaydedilmiş olur.⁵²¹

Öte yandan, düşünce içeriği barındıran bir elektronik veri varsa, mahkeme bunu sadece duysal olarak algılamakla kalmamalı, aynı zamanda zihinsel olarak da anlamalıdır.⁵²² Bu durum genellikle metin dosyaları için geçerlidir. Ancak, grafik, ses ve video dosyaları için de gündeme gelebilir.⁵²³ Örneğin bir kişinin elektronik ortamdaki yazılı irade beyanını içeren veriler bir metin dosyasına değil de, grafik dosyasına resim olarak yerleştirilmişse veya bir kişinin irade beyanına ilişkin elektronik veriler ses dosyasına aktarılmışsa, düşünce içeriğinin bir başka elektronik veri formatında görünmesi söz konusudur. Hâkimin bunları ispata konu etmek için yalnız algılaması yetmez, zihinsel olarak bir hukuki sebebe ve sonuca da bağlaması gerekir.

Elektronik posta iletilerinin, mesajlaşma iletilerinin, sohbet içeriklerinin ve hatta web sitelerinin verilerinin depolandığı dosyalar da genellikle bir başka büyük dosyada saklandığı için.⁵²⁴ formatı değişmiş olsa da ihtiva ettiği bilgi ulaşılabilir haldedir. Bu elektronik veriler genel itibariyle düşünce içerikli verilerdir.⁵²⁵ Bu aynı zamanda “konteyner dosyaları” olarak adlandırılan dosyalar için de geçerlidir. Konteyner dosyaları, farklı formatlarda ve türlerde elektronik verinin, işlem görme sıralarına göre bir arada depolandığı yere verilen isimdir.⁵²⁶ Konteyner dosyalar daha çok elektronik haberleşme iletilerine ait veriler için geçerlidir.

Burada ayrıca ifade etmek gerekir ki, internet kendi başına bir elektronik belge değildir, bu nedenle "internette bulunabilecek bilgiler" ifadesi bir veriyi keşif

⁵²¹ Bergman/Streitz, **EDV-gestützte Dokumentation**, s. 78.

⁵²² Bergman/Streitz, **EDV-gestützte Dokumentation**, s. 78. Bu konu yukarıda sağlarlık prensibiyle bağlantılı olarak ele alınmıştı. Bu yönde bkz. I. bölüm, V, C, 3, c.

⁵²³ Bergman/Streitz, **EDV-gestützte Dokumentation**, s. 78.

⁵²⁴ Bu yönde ayrıntılı bilgi ve veri kavramı için bkz. II. bölüm, I, B, 1 ve C, 1.

⁵²⁵ Christopher Weldt, “Die E-Mail im Zivilprozess”, **JA**, 2017, s. 618 vd.

⁵²⁶ Weldt, **E-Mail im Zivilprozess**, s. 618 vd. Ayrıca bkz. II. bölüm, I, C, 1, 2 ve 3.

malzemesi olarak işaret etmek için yeterli değildir.⁵²⁷ Sonuç olarak elektronik verilerin genel sınıflandırmasında düşünce içerikli olup olmamasına göre yapılan ayrımlar iki bakımdan önemlidir. İlk olarak, o elektronik verinin keşfe elverişliliği elektronik verinin içeriğindeki düşünce açıklamasının mevcut olup olmadığına göre farklılık gösterir. İkinci olarak, elektronik verinin düşünce içeriğine göre, hem ispat bakımından değeri hem de iddia ve savunma vasıtası olarak öne sürülen vakıaları desteklemekteki yeteneği ortaya konmuş olur. Düşünce içerikli veri ve düşünce içerikli olmayan veri kavramlarından neyin anlaşılması gerektiği hususu, yeri geldikçe verilen elektronik belge örnekleriyle birlikte aşağıda ayrıca ele alınacaktır.⁵²⁸

3. Verinin Kayıt Altına Alınma Şekline Göre Yapılan Ayrımlar

Elektronik verinin kayıt altına alınma şekli onun bulunduğu ortamı ve türünü etkileyen bir unsurdur. Verinin kayıt altına alınma şekline göre hem saklanması hem incelenmesi hem de keşif malzemesi olması bakımından farklılıklar ortaya çıkar. Doktrinde elektronik verinin kayıt altına alınması ve bu kaydın saklanması iki farklı işlem olduğu belirtilmektedir.⁵²⁹ Örneğin elektronik verinin ilk kez düzenlendiği ortam ile kayıt altında tutulduğu ortam birbirinden farklı olabilir. Ayrıca, elektronik verilerin kayıt altına alınma şekli bakımından ayırım yaparken, bunu aynı zamanda elektronik verinin kayıt altında tutulduğu yer olarak da anlamak gerekir. Yer ile kastedilen ise fiziki olarak binalarda bulunan arşiv odaları yerine, elektronik veri kaynakları/sunucuları yani *-server-* olarak adlandırılan büyük veri sağlayıcılarıdır.

⁵²⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 193; OLG Köln NJW-RR 2005, s. 353; Becker, **Elektronische Dokumente**, s. 11; Ayrıca bkz. Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

⁵²⁸ Web siteleri için ayrıca bkz. BK-ZPO-Bach § 371 Rn. 3. E-postalar için bkz. Makoski, **a.g.e.**, s. 248.

⁵²⁹ Jens-Hinrich Binder, "Pflichten zur Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen im deutschen Zivilprozess am Beispiel der Unternehmensdokumentation", **ZZP**, S. 122, 2009, s. 187-225, s. 188.

Çünkü, günümüzde veriler bu *server*lar bünyesinde fiziki varlıktan bağımsız olarak kaydedilmekte ve saklanmaktadır.

Elektronik verinin kayıt altına alınma şeklinden anlaşılması gereken bir diğer özellik, o verinin kaydedildiği dosya formatıdır. Her elektronik veri, bilgisayar ortamında kayıt altına alınması ve sonrasında tekrardan görüntülenebilmesini sağlayan bir dosya formatına sahip olmak zorundadır.⁵³⁰ Bu formata göre, o elektronik verinin hangi cihazla, hangi şekilde görüntülenebileceği, üzerinde yeniden yazma yapıp yapılamayacağı gibi özellikler tespit edilir. Bu nedenle, elektronik verinin kayıt altına alındığı dosya formatı da keşfe elverişlilik bakımından önem arz eder.

Bugün özellikle resmî kurumların kurum içi ve kurum dışı işlem verileri, elektronik ortamlarda hem düzenlenmeye hem de saklanmaya başlanmıştır. Bunun önemli örneklerini adli elektronik belgeler ve elektronik belge yönetim sistemlerindeki belgeler oluşturmaktadır.⁵³¹ Kendine has bir elektronik ortamda ve kendi formatında kayıt altına alınan bu belgelerden her biri uygun araçlarla görüntülenebildiğinde, keşfe elverişli elektronik veri teşkil eder.

Elektronik verilerde yer alan bilgiler genellikle ikili biçimde, yani yalnızca sıfır ve bir rakamıyla belirtilen ikili sayısal kodlarla saklanır.⁵³² Bunlar, ancak verilerin saklandığı ilgili dosyalara uygun donanım ve yazılımla çözüldükten sonra mahkemenin duysal algısına erişilebilir hale getirilebilir.⁵³³ İşte elektronik verilerin kayıt altında tutuldukları ortamın çeşidine göre, bu verilerin çözülmesi, görüntülenmesi ve incelenmeye hazır hale getirilmesi pratik hale getirilmeye çalışılır.⁵³⁴

⁵³⁰ Binder, **Unternehmensdokumentation**, s. 188.

⁵³¹ Susanne Hähnchen, “Elektronische Akten bei Gericht – Chancen und Hindernisse”, NJW, 2005, s. 2257-2259, s. 2257; Binder, **Unternehmensdokumentation**, s. 188.

⁵³² Kilian/Heussen 26-Scheffler Bölüm 10 StGB Rn. 14; Jungermann, **Bedeutung der 371 ZPO**, s. 870. Ayrıca bkz. 126 S/J-Berger §371 Rn. 29.

⁵³³ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁵³⁴ Hähnchen, **Elektronische Akten bei Gericht**, s. 2257.

Şunu da ifade etmek gerekir ki ilk bakışta, bu teknik detaylar elektronik belgelerin keşif nesneleri olarak değil, yalnız uzmanlar tarafından incelenecek nesneler olarak sınıflandırılmasına neden olabilmektedir.⁵³⁵ Ancak, bu sonuca doğrudan varmak doğru değildir. Eğer elektronik verinin içeriğinde hâkimin duyusal algısıyla gözlemleyebileceği nitelikte bilgiler yer alıyorsa, bu durumda her zaman hâkimin o bilgiyi algılamak için özel bir uzmana muhtaciyet duyacağını söylemek doğru olmaz.

Elektronik verilerin sadece özel uzmanlığa sahip kişiler tarafından algılanabilecek özel ya da teknik -en az bir- özelliğe sahip olmaları halinde, uzman desteğiyle görüntülenebilir oldukları ifade edilmektedir.⁵³⁶ Bu durum, yalnızca özel uzmanlığa sahip kişilerin, ilgili donanım ve yazılımların yardımıyla elektronik verilerin içerdikleri bilgileri okunabilir hale getirmeleri gerektiğinde söz konusu olacaktır.⁵³⁷ Bu amaçla, verilerin depolandığı dosyaların formatları ve ilgili dosya formatı için gerekli bilgisayar programları daha ayrıntılı olarak ele alınmalı ve buna göre bir elektronik verinin delil amaçlı incelenmesinde ne tür bir teknik yardıma ihtiyaç duyulacağı önceden bilinebilir olmalıdır.⁵³⁸

Öncelik, bir elektronik verinin kayıt altına alınma şekline ve yerine göre, hâkimin yalnız mahkemenin organizasyonuyla, veriyi mümkün olduğunca bizzat keşif yoluyla incelemesidir.⁵³⁹ Bunun için, mahkeme bünyesinde verinin kayıt altına alındığı ortamın türüne ve erişilebilirliğine göre, uygun sistem ve yazılımlar

⁵³⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 190; Helmut Rüssmann, “Moderne Technologien im Zivilverfahren”, **53 Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae**, 2012, s. 418, 419.

⁵³⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁵³⁷ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 63. Ayrıca bkz. Musielak/Voit, **ZPO**, §371 Rn. 13; Jungermann, **Beweiswert**, s. 68; Stadler, **Informationstechnik**, 431. Fritsche, **ZPO**, § 130a Rn. 4; Zöller, **ZPO**, §130a Rn. 1, 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 130a Rn. 1; S/J-Kem 130a Rn. 9; Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 130a Rn. 1, 3.

⁵³⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁵³⁹ W/S-Ahrens § 371 Rn. 50; Musielak/Voit, **ZPO**, §371 Rn. 13; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 63; Becht/Lennartz prg. 802.

kurulmalıdır. Özellikle adli elektronik veriler bakımından bunun öncelikle sağlanabilmesi gerekir.

Elektronik verinin kayıt altına alındığı dosya formatı bakımından, o formatın yaygın bir format olması verinin daha rahat görüntülenebilmesini sağlar. Ancak bu durum, daha az yaygın dosya formatlarına sahip dosyalardaki verilerin keşif nesneleri olarak kullanılamayacağı anlamına gelmemelidir.⁵⁴⁰

Alman Hukukunda keşfe elverişlilik tartışmalarında örnek gösterilen durum, Alman Medenî Usûl Kanunu 130a maddesinin bir kısıtlama olarak görülmesinden kaynaklanmaktadır. Gerçekten, Alman Medenî Usûl Kanunu madde 130a, sadece elektronik belgelerin aktarılmasına atıfta bulunurken, aynı zamanda elektronik belgelerin sunulmasına atıfta bulunmamaktadır. Buna göre doktrinde, Alman Medenî Usûl Kanununun § 130a maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde⁵⁴¹ atıfta bulunulan yazılı başvurular, beyanlar ve ifadelerin; elektronik belgelerin kullanılmasını isteğe bağlı bir ikame olarak işaret ettiği belirtilmektedir.⁵⁴² Oysa burada genellikle zaten bilgi keşfi ve delil keşfi malzemesi olarak var olan elektronik belgelerin daha dar anlamda kullanılması söz konusudur.⁵⁴³ Bu bağlamda örneğin tarafların genellikle elektronik verinin düzenlendiği ortam ve dosya formatı üzerinde pek bir etkisi olmadığı vurgulanmaktadır.⁵⁴⁴

Bununla birlikte, elektronik belgelerin Alman Medenî Usûl Kanunu madde 130a anlamında bilgi keşfi veya delil keşfi aracı olarak kullanılması, mahkemede bunların okunması için kurulan düzenekleri kuvvetlendirmek suretiyle gerçekleştirilebilmelidir. Mahkemede bunları okumak için yaratılan olanakların, yani

⁵⁴⁰ W/S-Ahrens § 371 Rn. 50; Musielak/Voit, **ZPO**, §371 Rn. 13; Drehsen, **Augenschein**, s. 190.

⁵⁴¹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 63; Becht/Lennartz, prg. 802.

⁵⁴² Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 63; Becht/Lennartz, prg. 802.

⁵⁴³ Bacher, **Elektronische Rechtsverkehr**, s. 2758.

⁵⁴⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 192.

mevcut donanım ve yazılımın güçlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁵⁴⁵ Aynı yaklaşım Türk hukuku bakımından da dikkate değerdir.

Bu nedenle elektronik belgeler, verilerin elektronik olarak depolandığı dosyaların formatına ve ilgili dosya formatı için gerekli bilgisayar programlarına bakılmaksızın, doğrudan bilirkişiler tarafından incelenecek nesneler olarak kategorize edilmemelidir. Bunların makul keşif nesneleri olup olmadıkları, son tahlilde keşif delilinin karakteristik özellikleriyle nasıl bir ilişki içinde olduklarına bakılarak tespit edilmelidir.⁵⁴⁶

Sonuç olarak keşfe elverişlilik bakımından verinin kayıt altına alınmasına göre yapılan ayrımlarda iki teknik özellik ön plandadır. Bunlardan ilki, verinin dosya formatına dair özellikleri ve buna bağlı olarak ne şekilde oynatılabileceğidir. İkinci özellik ise, verinin kayıt altına alındığı ortamın çeşididir. Bu tartışma bizi yeni nesil keşif malzemeleri bakımından son derece önemli bir teknik alan olan elektronik ortam kavramına bir kez daha götürmektedir.⁵⁴⁷

Yukarıda da ifade edildiği gibi elektronik ortamda kayıtlı bulunan bilgilerin genel adı elektronik veri olmakla birlikte, her elektronik veriyi elektronik belge olarak nitelendirmek mümkün değildir. Keşfe elverişlilik bakımından yapılan ayrımlarda ise özellikle bir verinin düşünce içeriğine sahip olmasının bir sonucu olarak o verinin elektronik belge olarak nitelendirilmesi imkânı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada, elektronik belge kavramı bakımından da imza unsuru kendini göstermektedir. İmzanın varlığına ve niteliğine göre hem belgenin ispat gücü hem hukuk niteliği hem de buna bağlı olarak keşif konusu olmasına ilişkin kurallar değişmektedir.

⁵⁴⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 192.

⁵⁴⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 193.

⁵⁴⁷ Elektronik ortam hakkındaki açıklamalar için bkz. II. bölüm, I, A.

II. ELEKTRONİK BELGE KAVRAMI VE ELEKTRONİK BELGEDE İMZA UNSURU İLE KEŞFİN İLİŞKİSİ

A. Belge Kavramı

1. Belgenin Tanımı

Belge, direkt olarak bir bilgiyi, bir irade beyanını ya da bir düşüncüyü içinde barındırır ve bunu dış dünyaya sunar. Bu nedenledir ki hemen her hukuk sisteminde belge, ispat faaliyetinde yararlanılabilecek belki de en önemli araçtır.⁵⁴⁸ Belge, içeriğinde bulunan yazılar, sayılar, görseller ve işaretler ile adeta konuşabilen ve içeriğini birden fazla kez görülebilmek üzere saklayabilen bir bilgi muhteviyatıdır. Ayrıca, bilgiyi yalnızca ihtiva etmekle kalmaz, bunu korur ve gösterir. Kural olarak belgenin kalıcı olması; yani yalnız anlık olarak değil, tekrar tekrar okunabilir ya da gözlemlenebilir olması ona bugün ispat hukukundaki değerini de kazandıran bir unsur olmuştur. Örneğin bir belge bir kez incelendiğinde kural olarak tükenmemektedir. Uygun koşullarda saklandığında kalıcıdır ve bu özellik ona güven bahşetmektedir.

Belge, dilimizde oldukça geniş bir karşılığı bulunan bir kavramdır. Belge, kelime anlamı olarak, doküman, vesika ya da evrak olarak ifade edilmektedir.⁵⁴⁹ Belge kelime anlamı itibarıyla, “*Bir gerçeğe tanıklık eden yazı, fotoğraf, resim, film vb., vesika, doküman*” anlamına gelmektedir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁸ Czeguhn, *Beweiswert und Beweiskraft*, s. 124; Ünal Kaya, *Belgeye Ulaşabilme İmkânları*, s. 788; Brandli, *Prozessökonomie*, s. 196, prg. 422.

⁵⁴⁹ Evren Koç, *Medenî Usûl Hukukunda Belge Kavramı*, s. 13 vd.

⁵⁵⁰ <https://sozluk.gov.tr> (çevrimiçi: erişim tarihi: 12.11.2022); Koç, *Belge Kavramı*, s. 13.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda belge, senedi de kapsayacak şekilde, bir üst kavram olarak düzenlenmiştir.⁵⁵¹ Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddesi belgeyi şu şekilde tanımlar: “*Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir*”. Buna göre, kanunda uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli olan her türlü bilgi taşıyıcısı belge kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre belge tanımını karşılamak için yazılılık bir şart değildir.

İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda belgenin tanımı 177. maddede yapılmıştır.⁵⁵² Buna göre, belge ispata elverişli olan ve gerçeği kanıtlamaya yarayan her çeşit yazılı metinler, çizimler, planlar, fotoğraflar, filmler, ses kayıtları ve buna benzer elektronik verileri ifade etmektedir. Görüldüğü gibi, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunundaki belge tanımıyla Türk Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki belge tanımı son derece benzerdir. Bunun tesadüfi olmadığını belirtmek gerekir. Belge tanımının bu derece geniş tutulmasının ve sınırlı sayıda olmamasına özen gösteren bir terminoloji kullanılmasının bir amacı vardır. Bu amaç özellikle belgenin elektronik belgeyi de kapsamına alan geniş bir kümeyi ifade etmesinden ileri gelmektedir.

Senet ise genel itibariyle bir düşünce açıklaması içeren, düzenleyicisini irade açıklamasına göre sorumluluk altına sokma özelliğini taşıyan, imzayla birlikte anlam kazanan ve yazılı bir formda cisim bulan özel bir belge çeşididir.⁵⁵³ Bu tanım özellikle imza unsuru nedeniyle Türk hukukundaki senet kavramını ifade eder. Örneğin Alman hukukundaki senet anlayışında, daha önce de bahsedildiği gibi imza olmazsa olmaz

⁵⁵¹ Özkaya-Ferendeci, **Belge Terimi**, s. 822.

⁵⁵² İsviçre ZPO m. 177'nin “Begriff” başlıklı orijinal metni şu şekildedir: “*Art. 177 Begriff: Als Urkunden gelten Dokumente wie Schriftstücke, Zeichnungen, Pläne, Fotos, Filme, Tonaufzeichnungen, elektronische Dateien und dergleichen, die geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen.*” Bu yönde bkz. Brunner/Gasser/Schwander, **ZPO Kommentar**, Art. 177, Rn. 1 vd. Bu maddedeki belge tanımı HMK m. 199'daki belge tanımıyla tamamen örtüşür. Bu yönde bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1738.

⁵⁵³ Nart, **Senetle İspat**, s. 209; Yavaş, **Senetle İspat**, s. 148; Musielak/Voit, **ZPO**, § 415 Rdnr. 5; Rudolf, **Zivilprozessrecht**, s. 301-302; Schilken, **Zivilprozessrecht**, s. 309.

bir unsur değildir⁵⁵⁴. Alman ve Türk hukukundaki bu ayrımın yeri geldikçe tekrar anılmasının bir sebebi vardır. Özellikle elektronik belge, imza unsuru ve keşif arasındaki üçlü ilişkide elektronik belgelerin neden keşif malzemesi olması gerektiğinin savunulduğunu anlamak için Alman hukukundaki belge ve keşif delili ilişkisini kurmak gerekmektedir. Zira, bu ayrım elektronik belgeler üzerinde keşif konusunu temellendirmektedir.

2. Elektronik Belgenin Tanımı

Elektronik belgeler, metin, grafik, ses, video veya diğer çeşitli formlardaki elektronik olarak depolanan verilerdir⁵⁵⁵. Belge kavramının evriminin anahtar kelimesi dijitalleşme olmuştur. Elektronik belge, bilgisayar ortamında elektronik araçlarla oluşturulmuş veya elektronik olmayan araçlarla oluşturulduktan sonra bilgisayar ortamına aktarılmakla sayısal hale getirilmiş her türlü içerik bütünüdür. Oluşturduğu görsel ya da işitsel veri topluluğunu ifade eder.

Bir elektronik veri, usûlüne uygun bir şekilde elektronik imza ile imzalanmışsa elektronik imzalı belge olur ve hukuken kendisine bağlanan sonuçlar değişir. Ancak bir elektronik belge, usûlüne uygun olarak elektronik imza ile imzalanmamışsa, o belgenin çıktısı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddesi kapsamında yine geniş anlamda bir belge sayılabilecektir⁵⁵⁶. Bunun sonucu olarak, çıktı, HMK m. 217 vd. hükümler uyarınca belgelerin ibrazına tabi olacaktır⁵⁵⁷. Böylece, elektronik belgenin tanımını yaparken dikkat edilmesi gereken öncelikli unsur, belgenin taşıdığı elektronik imzaya göre niteliğinin değişebilecek olmasıdır⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ Nart, **Senetle İspat**, s. 211; Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Schreiber, **Die Urkunde**, s. 19; Zöllner/Geimer, **Zivilprozeßordnung**, § 415, RdNr.2; Musielak, **ZPO**, § 415 Rdnr. 5.

⁵⁵⁵ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Drehsen, **Augenschein**, s. 189.

⁵⁵⁶ Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

⁵⁵⁷ Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

⁵⁵⁸ Elektronik imza hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, II, C. Elektronik belgeler bakımından imza unsurunun önemi hakkında bkz. II. bölüm, II, B, 1, b.

Elektronik belge; manyetik ya da optik bir ortamda depolanan, elektronik ortamlar vasıtasıyla oluşturulan, iletilen, saklanan, beyan veya olgulara tanıklık eden ve bunları aktaran, resim-tablo-yazı gibi görselleri içerebilen, farklı formatlarda kaydedilebilen ve görüntülenebilen, bilgisayar belgeleri olarak tanımlanmaktadır.⁵⁵⁹

Elektronik belgelerin delil sistemindeki yeri tartışma konusudur. Örneğin elektronik senetlerin, el yazılı senetle delil değeri bakımından hiçbir zaman eşit olamayacağı savunulmuş olsa da bu görüşte olanlar artık azınlıkta kalmıştır. Alman Hukukunda 18 Temmuz 2001 tarihinde Şekilde Uyum Kanunu “*FormVAnpG*” kabul edilmiş ve bu Kanun 1 Ağustos 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁵⁶⁰ Şekilde Uyum Kanunu (*FormVAnpG*) ile Alman Medenî Usûl Kanununa 130a maddesi eklenmiştir. 1 Nisan 2005 tarihinde ise Alman ZPO § 130a maddesine Adli İletişim Kanununun “*JusKomG*” 6. maddesi ile bir cümle eklenmiştir.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Erturgut, **E-Belge ve E-İmza**, s. 66; Nedret Seçkin, “Dış Ticarete Elektronikleşme: E-Belge ve E-İmza”, (lexpera.blog.com.tr), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁵⁵⁹ Alır, **Üst Veri**, s. 8; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023); Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023); Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 2; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 66.

⁵⁶⁰ Şekilde Uyum Kanununa mahkeme kararlarında elektronik belgelerle bağlantılı olarak sık sık atıf yapılmaktadır. Örneğin, Federal İş Mahkemesinin bir kararında: “ZPO § 130 No. 6 Alt. 2, *FormVAnpG* tarafından getirilmiş olup, bundan önce, avukatın veya tarafın imzası, her zaman etkili bir savunma için ön koşul olmuştur. Yasama organının görüşüne göre, şekil özgürlüğü ilkesi Medeni Kanun’da 100 yıldır uygulanmakta olup, formları temel olarak “kağıt” ortamına sabitlenmiş bireysel zorunlu resmi gerçekler tarafından kesintiye uğramıştır. Bunlar: yazılı şekil, noter tasdikli ve kamu sertifikasyonlu belge sunma gerekleridir. Ancak, bu şekli gereklilikler artık modern yasal işlemlerdeki gelişmeleri yeterince yansıtmamaktadır (BT-Drs. 14/4987 s. 1). Yüksek Federal Mahkemeler Ortak Senatosu (5 Nisan 2000 tarihli karar, dosya no.: GemS-OGB 1/98) içtihatları ışığında, faks söz konusu olduğunda, faksın doğrudan mahkeme tarafından alınmasına veya bir ulak tarafından teslim edilmesine bakılmaksızın, fakstaki imzanın çoğaltılması yeterli olmalıdır (Bundestag basılı kağıt Kararı, 14/4987 s. 23 f.)” Karar için bkz. Tarih: 01/17/2023, Sayı: 3 AZR 159/22, ECLI:DE:BAG:2023:170123.U.3AZR159.22.0, <https://www.bundesarbeitsgericht.de/entscheidung/3-azr-159-22/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

⁵⁶¹ Alman Medenî Usûl Kanununun 130 ve 130a maddelerinden yukarıda söz edilmişti. Bkz. II. bölüm, I. D. Alman Medenî Usûl Kanunu m. 130a’nın son hali şu şekildedir: “*Dava taraflarının ön hazırlık ve davanın inşası için gerekli dilekçeleri ve beyanları; bundan başka üçüncü kişilerin malumatları, beyanları ve bilirkişi raporlarının yazılı şekli öngörmesi halinde, bu belgelerin mahkemenin tetkik edebilmesine elverişli olması şartıyla, elektronik belge yazılı şekil şartını yerine getirir. Sorumlu kişinin bu belgeyi, imza kanununun öngördüğü biçimde, nitelikli elektronik imzası ile imzalaması gerekir. Mahkemenin bu belgeyi tetkik edebilmesi mümkün değilse, sorumlu kişinin derhal gerekli teknik koşulları sağlaması gerektiği bildirilir.*(1) Federal hükümet ve eyalet hükümetleri, kendi alanlarında, mahkemelere hangi andan itibaren elektronik belge sunulabileceğini ve mahkemenin belgeyi tetkiki (ayrıntılı incelemesi) için uygun olan belge formatını (biçim) belirler. Eyalet hükümetleri bu konudaki yetkilerini, eyalet adli idaresine devredebilir. Elektronik biçime izin verilmesi bazı mahkemeler ve

Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesi, elektronik belgelere ilişkin önemli bir maddedir. Bu madde aslında yargı makamları ile yargı faaliyetine katılan kişiler arasındaki adli iletişimin elektronik versiyonunu düzenlemektedir. Şekilde Uyum Kanunu (*FormVAnpG*) ile getirilen yeniliklerin, elektronik işlemlerin yargılama faaliyetinde yer alabilmesinde önemli bir rol oynadığı ifade edilmektedir.⁵⁶² Alman Medenî Usûl Kanununun § 130a maddesinin Almanya’da elektronik adli iletişim ve elektronik belge kavramlarını ortaya koyan temel madde olduğu vurgulanmakla birlikte, Alman Medenî Kanununun § 126a maddesi ile de paralellik içinde olduğu ifade edilmiştir.⁵⁶³ Bunun sonucu olarak da elektronik şeklin, yalnızca medenî hukuku ilgilendiren sözleşmelerle sınırlı kalmayıp, yargılama işlemleri bakımından da kullanılmasına imkân tanındığı belirtilmektedir.⁵⁶⁴

Alman hukukunda elektronik belgeler yalnız kanunda sayılan “belge biçimleri” ile sınırlıdır.⁵⁶⁵ Yani, sınırlı sayıda belge biçimi bu kapsamda elektronik belge olarak kabul edilecektir. Bu bağlamda yargılama esnasında kullanılabilecek elektronik belgelerin, çoğunlukla, duruşma tutanakları ve mahkeme kararları olduğu vurgulanmaktadır.⁵⁶⁶ Alman ZPO § 130a’daki elektronik belge anlayışına elektronik postalar da dahil kabul edilmektedir. Ancak, telefaks ve bilgisayar fakslarının elektronik belge olarak kabulünün § 130a’ya göre mümkün olmadığı ifade

davalar için sınırlandırılabilir.(2) Elektronik belgenin, mahkemenin belirlenmiş bir donanımına kabul edilerek kaydedildiği anda ibraz edilmiş sayılır(3).” Alman kanun koyucunun § 130a ile elektronik belgelerin adli iletişimde kullanılması için gerekli yasal zemini oluşturmuş olsa da, uygulamada ortaya çıkacak teknik sorunların ya da eksikliklerin uygulamacılar tarafından geri bildirilmesini hedeflediği ve bu nedenle eyaletlere çeşitli düzenlemeler yapma yetkisi verdiği yönünde bkz. Onur, Oğlakçıoğlu, “Medenî Usûl Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim “UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi” Aydın, 2008, <https://oglakcioglu.av.tr/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021). Ayrıca bu yönde bkz. Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 3a.

⁵⁶² Dästner, **NJW**, 2001, S. 47, s. 3470.

⁵⁶³ Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 1; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁵⁶⁴ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁵⁶⁵ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁵⁶⁶ Bkz. Freiheit/Hensen/Krasen-Becker/Weitzmann/Wolf, **ZPO**, s. 248. Ayrıca Almanya’daki elektronik yargı alanında yapılan yeniliklere ışık tutan ve 2007 tarihli “Elektronik Adalet” konferansına dair açıklamalara yer veren bir çalışma için bkz. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

edilmektedir⁵⁶⁷. Ayrıca, elektronik belgelere ilişkin olarak, belge saklama gibi işlemler bakımından § 130a ile gerekli yasal zeminin oluşturulduğu belirtilmektedir⁵⁶⁸.

B. Elektronik İmza ve Elektronik İmzalı Belge Kavramları

1. Geleneksel İmza ve Elektronik İmza Kavramları

a. Geleneksel İmza Kavramı ve İmzanın İşlevi

i. Geleneksel İmza Kavramı

İmza bir kavram olarak kökeni neredeyse yazının tarihi kadar eski bir hukuki kurumu ifade eder⁵⁶⁹. Hukuki işlemler bakımından imzanın önemi büyüktür. Hemen

⁵⁶⁷ Astrid Stadler, “Der Zivilprozess und neue Formen der Informationstechnik”, **ZZP**, 4/2002, s. 417; Telefaks kullanımında yazılı veriler, her ne kadar dijital olarak gönderilse de “*elektronik irade beyanı*” olarak değerlendirilemezler. Aynı durum gönderilecek metni kağıt ortamında oluşturulmuş bilgisayar faksları için de geçerlidir. Bkz. Koch, **Internet-Recht**, s. 130. Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin bir kararında kanun koyucunun § 130a maddesi ile telefaks ve bilgisayar fakslarının kullanımını öngörmediği belirtilmiştir. Karar için bkz. (25.4.2006 – IV ZB 20/05), <http://lexetius.Com/2006,1212.>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2022).

⁵⁶⁷ Federal Yüksek Mahkeme, Federal İdare Mahkemesi, Federal Vergi Mahkemesi, Federal Patent Mahkemesi, Federal Sosyal Güvenlik Mahkemesi ve Federal İş Mahkemesi dışında ayrıca; Baden Württemberg, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen ve Rheinland-Pfalz eyaletlerinde, mahkemelerin kabul edebileceği elektronik belge formatlarının yönetmelikle düzenlendiği ve her eyalet için ayrı yönetmelik çıkarılmakta olduğu yönünde bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/Teilliste_A.html, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.04.2023); Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 9-18. Bu yönde bkz. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁵⁶⁸ Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 3a; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁵⁶⁹ Leyla Keser Berber, “İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, **TBB Dergisi**, Cilt 12, Sayı 2, Mayıs 2000, s. 503-556; Ayşe Ece Acar, **Medenî Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013, s. 5 vd.; Burcu Erbayraktar, **Güvenli Elektronik İmza**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 5 vd.

her hukuk sisteminde yeri olan imza kavramı, bir hukuki işlemde irade unsurunu destekleyen en önemli işarettir.

İmzanın işlevi açıklanırken değinileceği gibi, imza bir hukuki işlemin yazılı ortamda yapılması halinde, o hukuki işlemde irade beyanında bulunan kişinin kimliğini belli etmeye yarar. İmza ile o kişi, kendine özgü bir işaretle o yazıyı sahiplenmiş olur. Böylece imzanın varlık amacı olarak imzanın işlevleri ortaya çıkmaktadır. Yazılılık, kimlik tespiti, gerçeklik ve güvenlik unsurları imzanın başlıca işlevleri olarak sayılmaktadır.⁵⁷⁰ Bunlar geleneksel imza kavramının karakteristik özellikleri haline dönüşmüştür. Bir belge üzerindeki imza inkâr edilmediği sürece, o imza kimi işaret ediyorsa belge de onun elinden çıkmış sayılır. Hukuki işlemin çeşidine ve irade beyanının içeriğine göre, o belge imzanın sahibi olan kişiyi bağlayıcı özellik taşır.

İmza, bir hukuki işlemde kişinin kim olduğunu gösteren, hüviyet belirten ve sahibine özgü ayırt edicilik unsuru taşıyan bir işarettir.⁵⁷¹ Aşağıda imzayı hukuki anlamda işlevsel hale getiren imzanın unsurları ele alınacaktır. Böylece imzanın işlevlerinden yola çıkılarak elektronik özellik taşıyan imzaların anılan işlevleri hangi ölçüde yerine getirebileceğini de tartışmak mümkün olacaktır. İmzanın işlevi, hem geleneksel hem elektronik imza bakımından ispat hukukuna dair değerlendirmeler yapmak bakımından önem taşır. İmzanın işaretlediği belgenin keşif yoluyla mı yoksa başkaca bir şekilde mi inceleneceği bu değerlendirmeler sonucunda tespit edilebilir.

⁵⁷⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 29, 30; Erbayraktar, **Elektronik İmza**, s. 116 vd.

⁵⁷¹ Nart, **Senetle İspat**, s. 219; Mustafa Serdar Özbek/Mehmet Ertan Yardım, "Elektronik Noterlik İşlemleri", **Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi**, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2016, s. 3-118. s. 13; Stein/Jonas/Leipold, s. 434; Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 125.

ii. İmzanın İşlevi

Yazının özel bir görünümü diyebileceğimiz imzanın hukuki işlemlerde bu denli bir öneme sahip olmasının sebebi, işleme kattığı değerden kaynaklanmaktadır. Bu değer ise imzanın işlevi olarak ifade edilir⁵⁷². İmzanın işlevleri, bir diğer deyişle imzanın fonksiyonları çeşitli prensiplerle açıklanmaktadır.

UNCITRAL Elektronik Ticaret Model Kanunu yazı ve imzaya ilişkin temel yaklaşım olan fonksiyonel eşitlik prensibine ilişkin açıklamaları ilk içeren metinlerdendir⁵⁷³. Buna göre yazının işlevleri; okunabilirlik, değiştirilmezlik, doğrulanabilirlik ve resmî kurumlar tarafından kabul edilebilirlik olarak sayılabilir.

İmzanın işlevleri bakımından genel itibariyle fonksiyonel eşitlik yaklaşımına uygun olacak şekilde sınıflandırma yapılmaktadır⁵⁷⁴. Buna göre imzanın işlevleri: bağlayıcılık işlevi (*Abschlussfunktion*), kimlik tespiti işlevi (*Identitätsfunktion*), gerçeklik işlevi (*Echtheitsfunktion*), imza sahibini işlem hakkında uyarma işlevi (*Warnfunktion*), devamlılık işlevi (*Perpetuierungsfunktion*) ve ispat işlevidir (*Beweisfunktion*)⁵⁷⁵. Aşağıda imzanın özellikle bir elektronik belgenin inceleme usûlünü ve delil değerini etkileyen işlevleri örnekler verilerek incelenecektir.

⁵⁷² Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 13.

⁵⁷³ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 13; Jandt, **Signaturzeugung**, s. 7 vd.

⁵⁷⁴ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 13; Frank Peter Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur im Zivilprozess in Deutschland und Österreich**, Hannover, 2003, s. 4 vd.; Jandt, **Signaturzeugung**, s. 7 vd.

⁵⁷⁵ Ernst Becht, “Der Beweis der Echtheit einer Urkunde im Urkundenprozeß”, **NJW**, 1991, s. 1993-1996, s. 1993; Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 13; Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17.

b. Elektronik İmza Kavramı ve Elektronik İmzanın İşlevi

i. Elektronik İmza Kavramı

Geleneksel imza yüzyıllardır her türlü hukuki işlemi garanti altına alan bir kavram olarak oldukça sağlam bir yere sahiptir. Bugün ise geleneksel imza kavramının yanında dijital araçlar yardımıyla atılabilen imzayla da bir belgenin imzalanması mümkündür. İmza denilince akla gelen klasik imza, zaman içinde teknoloji karşısında tabiri caizse eski moda bir yöntem olarak kalmaya başlamıştır. Bu nedenle imza kavramında değişim ihtiyacı doğmuştur. İşte elektronik imza kavramı, bu değişim ihtiyacının sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Sonuç olarak geleneksel yazılı belgelerdeki - kişi bakımından güven - unsurunu, elektronik belgeler bakımından da sağlamak için geliştirilen kurumun adı “elektronik imza”dır⁵⁷⁶.

UNCITRAL Elektronik İmza Kanun Model Taslağında elektronik imzanın tanımı yapılmıştır. Buna göre: *“Elektronik imza, bir veri mesajına eklenen veya mantıksal olarak bu mesajın parçası olan, imza atanın kimliğini belirleyen ve veri mesajının içeriğini onaylama iradesi ile uygulanan elektronik formdaki veridir.”* Avrupa Konseyi 1999/93 sayılı Direktifinde ise elektronik imza şu şekilde tanımlanmıştır: *“Elektronik imza, bir veri mesajında bulunan veya ona eklenen ya da mesaj ile mantıksal bir bağlantısı kurulabilen, imza sahibinin kimliğini tanıtan ve imza sahibinin veri mesajının içeriğini onayladığını gösteren elektronik şekildeki imzadır.”*

Elektronik imza özellikle elektronik sözleşmeler alanında önem arz ettiği için, elektronik sözleşmelerle neredeyse özdeş biçimde kullanılmaktadır⁵⁷⁷. Elektronik

⁵⁷⁶ Schulze/ Baumgartner, **ZPO**, s. 39.

⁵⁷⁷ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 155; Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, prg. 1 – 71. Ayrıca elektronik sözleşmeler hakkında bkz. III. bölüm, III, E.

imza kavramı, elektronik ortamda vuku bulan her türlü imzanın genel adıdır. Bu bağlamda denebilir ki, elektronik imza kavramı bir üst kavramdır⁵⁷⁸. Hukukumuzda Elektronik İmza, 5070 sayılı ve 15 Ocak 2004 tarihli Elektronik İmza Kanunu ile düzenleme altına alınmıştır. Elektronik İmza Kanununun 2. maddesine göre, elektronik imzanın hukukî yapısı, elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının faaliyetleri ve her alanda elektronik imzanın kullanımına ilişkin işlemler bu kanunun kapsamına girmektedir.

Elektronik İmza Kanunu, elektronik imzanın tanımını yaparken, Avrupa Birliği Direktifindeki tanımı esas almıştır. Ayrıca, Birleşmiş Milletler Elektronik Ticarete İlişkin Model Kanundaki düzenlemelerden de faydalanılmıştır.⁵⁷⁹ Böylece, elektronikleşme alanında Avrupa Birliği standartlarına uygun hareket etme iradesi ortaya konulmuş olmaktadır. Aynı zamanda elektronik imza bakımından uluslararası alanda aynı standartta bir tanım kabul edilerek, uyum sorununun da önüne geçilmek istenmiştir. Elektronik İmza Kanununun 3. maddesinin b bendine göre elektronik imza: *“başka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veriyi”* ifade eder.

Doktrinde gerek Avrupa Birliği Direktifinde gerekse Elektronik İmza Kanununda tercih edilen elektronik imza tanımıyla ilgili olarak bir noktaya dikkat çekilmektedir. Böyle bir kavramın tanımı yapılırken, bu kavramın hızlı değişen ve güncellenen elektronik kavramlara uyum sağlayacak şekilde tanımlanmış olması gerekir. Zira, teknoloji ile iç içe olan kavramların hukuk metinlerine işlenmesinde karşılaşılan en önemli problem, ilerleyen teknolojik imkânlar karşısında tanımların işlevsiz kalması riskidir. Bu nedenle, Avrupa Birliği Direktifinde ve Türk Elektronik İmza Kanununda tercih edilen tanımda, bir yardımcı teknolojik araçtan söz edilmemesi tesadüf değildir. Elektronik imzanın tanımı yapılırken, yalnız işlevsel olacak şekilde elektronik imzanın geniş bir tanımı yapılmış, teknolojik altyapısına ilişkin bir açıklama tanıma dahil edilmemiştir. Bunun sebebi, hükmün ileride geliştirilebilecek yeni

⁵⁷⁸ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 156. Ayrıca bkz. Belgin, **a.g.e.**, s. 38.

⁵⁷⁹ Belgin, **a.g.e.**, s. 38.

teknolojiler karşısında yetersiz kalmasının önüne geçmektir. Bu durum, “*tanımda teknolojik tarafsızlık*” adı verilen bir kavramla izah edilebilmektedir.⁵⁸⁰

Özetle denilebilir ki elektronik imza kavramı da tıpkı geleneksel imzada olduğu gibi, sağladığı işlevlerle belgeye bir imzayla işaretlenmiş olmanın hukuki sonuçlarını sağlamaktadır. Bu nedenle, tıpkı geleneksel el yazılı imzadaki gibi, elektronik imzanın da belgeye bir unsur olarak elektronik imza işlevi kattığı söylenebilir.

ii. Elektronik İmzanın İşlevi

Elektronik imza, tıpkı geleneksel imza gibi bağlı olduğu elektronik belgeye birtakım işlevler sağlar. Ancak, elektronik imzanın kural olarak geleneksel imzanın tüm fonksiyonlarını sağlamasını beklemek doğru değildir. Elektronik verinin yapısal farklılıkları nedeniyle, geleneksel yazıyla hazırlanmış bir belgeden muhakkak ki ayrılan yönleri vardır. Kaldı ki, elektronik belgenin bir kâğıt belgenin tüm işlevlerini yerine getirmesinin gerekli de olmadığı belirtilmektedir.⁵⁸¹ Örneğin elektronik imzanın, elle atılan imzanın sağladığı uyarı işlevini tam olarak karşılayamadığı ifade edilmiştir.⁵⁸²

Burada elektronik imzaya ilişkin fonksiyonel eşitlik yaklaşımından söz etmek gerekir. Yukarıda da sözü edilen fonksiyonel eşitlik yaklaşımının temel çıkış noktası, geleneksel yöntemlerle hazırlanan ve el yazısıyla imzalanan bir belgenin hukuki olarak

⁵⁸⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 68. Ayrıca bkz. Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1206, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.05.2022).

⁵⁸¹ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 14.

⁵⁸² Jandt, **Signaturzeugung**, s. 7; Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 14.

sunmakta olduğu amaç ve işlevlerin, elektronik ortamda da temin edilmesini sağlamaktır.⁵⁸³.

Fonksiyonel eşitlik prensibinin benimsenmesinin temel amacının, elektronik imzanın güven işlevini vurgulamak ve böylece kullanımını yaygınlaştırmak olduğu belirtilmektedir.⁵⁸⁴. Hukukumuzda Elektronik İmza Kanunu ile yukarıda sözü edilen fonksiyonel eşitlik prensibi kabul edilmiştir. Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrası ile elektronik imzanın el yazısıyla imza ile aynı hukuki sonuçları doğuracağı hüküm altına alınmıştır.

Benzer şekilde Borçlar Kanununun 15. maddesinde imzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılmasının zorunlu olduğu belirtildikten sonra, hükmün devamında güvenli elektronik imzanın el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 205. maddesinin ikinci fıkrasında da imzanın ispat kıymetine ilişkin olarak, usûlüne göre güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu düzenlenmiştir. Borçlar Kanununun ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun birbirine paralel olan bu iki hükmünün yanında, noterlik işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasına ilişkin düzenlemeyle elektronik imzanın kullanımının yaygınlaştırılmasının hedeflendiği ifade edilmektedir.⁵⁸⁵. Doktrinde elektronik imzanın işlevleri bakımından, geleneksel imzayı tam anlamıyla karşılamayacağı görüşü kabul görmekle birlikte, bazı durumlarda elektronik ortamda imzalanan belgelerin daha güvenli ve hızlı olma özelliklerini sağlayabileceği vurgulanmaktadır.⁵⁸⁶.

Elektronik imzanın güvenlik işlevi bakımından vurgulanan bir hususu burada dile getirmek uygun olacaktır. Kural olarak geleneksel imzayla imzalanmış bir

⁵⁸³ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 14.

⁵⁸⁴ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 15; Alper Bulur, a.g.e., s. 99; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 29.

⁵⁸⁵ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁵⁸⁶ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 15.

belgede, imzayla belge adeta kapatılmış olur. Yani geleneksel imza belgedeki konumu itibariyle belgenin genellikle sonunda, belge içeriğini oluşturan metnin sona erdiği yerin altında yer alır. Böylece iki işlevi birden yerine getirmiş olur. Bunlardan ilki belgenin sonuçlandırılması, ikincisi ise imza sahibinin adı ve soyadıyla birlikte belgeyi kaplayarak sahibinin kimliğinin doğrulanmasıdır.⁵⁸⁷ Ancak, elektronik imzanın bu işlevlerden ne ilkini ne de ikincisini tam olarak karşıladığını söylemek pek mümkün olmaz.⁵⁸⁸ Çünkü, elektronik imzada imza sahibinin imza iradesi tespit edilebilse de fiziki olarak o belgeyi sonlandıran bir imza varlık kazanmamaktadır.⁵⁸⁹

İşte bu nedenlerle, elektronik imzanın işlevini geleneksel imzanın işlevine mümkün olduğunca yaklaştırabilmek için elektronik imzaya, geleneksel imzada bulunmayan bazı ilave unsurlar getirilmiştir. Bu ilave tedbirlerle birlikte, elektronik imzanın geleneksel imza karşısında daha az güvenilir bir imza çeşidi olduğu yönündeki genel algı da kırılmak istenmiştir. Bu ilave unsurlar, özellikle geleneksel imzanın güvenlik işlevini karşılamaya yöneliktir. Buna örnek olarak Alman İmza Kanunundaki elektronik imzaya “isim ekleme” kuralı gösterilmektedir.⁵⁹⁰

Günümüzde hemen hemen bütün mahkeme kararlarında artık el yazılı imza yerine, elektronik imzanın kullanıldığı görülmektedir.⁵⁹¹ Mahkeme kararlarında en altta yer alacak şekilde, Elektronik imza Kanununa yapılan bir atıfla “*bu belge elektronik imza ile imzalanmıştır*” açıklamasını görmek mümkündür. Bu durum, fiziki ortamda gerçekleştirilen bir yargılama işleminin neticesinde düzenlenen tutanakların orijinal versiyonlarının dahi aslında elektronik belge olarak düzenlenmiş olduğunu göstermektedir. Buna göre, bugün için Türk Hukukunda verilen mahkeme kararlarının tamamının karar tutanakları, esasında elektronik imzayla imzalanmış adli elektronik belgeler olarak düzenlenmektedir.

⁵⁸⁷Musielak, **ZPO**, § 130b, Rn. 1.

⁵⁸⁸ Roßnagel/Paul, **NZBau**, 2/2007, s. 75.

⁵⁸⁹ Fischer-Dieskau, **Signaturrechts**, s. 702. Ayrıca bkz. Musielak, **ZPO**, § 130b, Rn. 1.

⁵⁹⁰ Fischer-Dieskau, **Signaturrechts**, s. 701. Ayrıca bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3458-3459.

⁵⁹¹ Bu yönde bkz. İstanbul 15. Asliye Ticaret Mahkemesi, Esas No: 2020/745, Karar No: 2023/114, Karar Tarihi: 01.02.2023; Adana Bölge Adliye Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi, Esas No: 2023/220, Karar No: 2023/96, Karar Tarihi: 01.02.2023 (kanunum.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.07.2023).

Sonuç olarak yukarıda sözü edilen örnekler ve elektronik imzanın fonksiyonlarına dair açıklamalar, ispat hukuku bakımından tek bir noktaya işaret etmektedir. Bu da elektronik imzanın işlevine bağlı olarak -elektronik imzalı belge- adında bir yeni belge çeşidinin ve elektronik imzalı belge kavramının ortaya çıkmış olmasıdır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, elektronik belge ve elektronik imzalı belgenin her zaman aynı anlama gelmediğidir. Bu fark aşağıda kısaca ele alınmaya çalışılacaktır. Burada iki önemli husus ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, bu belgelerin hâkimin önüne nasıl sunulacağı; ikincisi ise, hâkimin bu belgeyi nasıl inceleyeceğidir. Bu soruların cevabını verebilmek için elektronik imzalı belge kavramının, genel anlamda elektronik belgelerden farkını ortaya koymak gerekmektedir.

2. Elektronik İmzalı Belge Kavramı

Elektronik imzalı belge kavramı, bir elektronik belgenin usûl olarak elektronik bir yöntem kullanılarak imzalanmış olmasını ifade eder. Buna “elektronik usûlde imzalanmış belge” de denilmektedir.⁵⁹² Aşağıda izah edileceği gibi, elektronik imzanın çeşidine göre, elektronik imzalı belgenin kıymeti ve niteliği değişecektir.

Bilinen tüm elektronik imza çeşitlerinden herhangi biri kullanılarak oluşturulan bir elektronik belge, elektronik imzalı belge adını taşıyabilir. Ancak, her elektronik belgeye, elektronik imzalı belge demek doğru değildir. Bazı elektronik belgeler basit, gelişmiş ya da güvenli hiçbir imza taşımayabilirler; bu halde bunlara elektronik imzalı belge denemez. Ancak, herhangi bir dijital imza ile işaretlenmiş her türlü elektronik belge, güvenilirliği sorgulanabilir olsa da elektronik imzalı belge olarak nitelendirilebilecektir. Buradaki ayrımın önemi imzanın niteliğine göre hukuk sistemlerinde belgeye tanınan “sahibini bağlayıcı olma” özelliğinden

⁵⁹² Bizer/Hammer, DuD 1993, s. 619; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71.

kaynaklanmaktadır. Bu nedenle, elektronik belgedeki imzanın çeşidini tespit etmek öncelikli olmalıdır.

Türk medenî usûl hukukunda kanuni delil sistemi kabul edilmiştir.⁵⁹³ Bunun anlamı, kural olarak belirli miktar ve değeri aşan hukuki işlemlerin yalnız kesin delillerle ispat edilmesidir. Buna göre, bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ya da itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki değeri Kanunda belirlenen miktarı aştığı takdirde.⁵⁹⁴ kesin delille ispatlanmalıdır.

Hukukumuzda benimsenen kanuni delil sistemi, senetle ispat kuralı olarak da ifade edilir. Buna bağlı olarak senede karşı senetle ispat kuralı da devreye girmektedir.⁵⁹⁵ Burada belirtmek gerekir ki ne HUMK'un mehazı olan Nöşatel Kantonu Usûl Kanununda ne de belirli oranda esinlenen Alman hukukunda kanuni delil sistemi benimsenmiştir. Kanuni delil sistemi Fransız hukukundan alınmak suretiyle sistemimize intikal eden bir kurumdur.⁵⁹⁶ Elektronik belgenin niteliğine göre, ispat alanındaki yeri de değişir. Özellikle kanuni delil sisteminin uygulandığı bir yargılama sisteminde, elektronik belgenin kesin delil mi yoksa takdiri delil mi olduğu, ispat faaliyetinde taraflar bakımından hayati derecede yüksek bir öneme sahiptir.

⁵⁹³ Bu yönde bkz. Yıldırım, **İlkeler**, s. 107 vd; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 568.

⁵⁹⁴ Hazine ve Maliye Bakanlığı, 24.11.2022 tarihli Resmi Gazete'de 2022 yılı için yeniden değerlendirme oranını % 122,93 olarak hesap etmiştir. Buna göre, HMK. m. 200 ve 201 gereğince senetle ispat zorunluluğuna ve senede karşı tanıkla ispat yasağına ilişkin parasal sınır 2023 yılı için 14.800,-TL olarak belirlenmiştir. (<https://www.resmigazete.gov.tr/24.11.2022>), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.07.2023).

⁵⁹⁵ Postacıoğlu, **Şahadetle İspat**, s. 39 vd.; Nart, **Senetle İspat**, s. 229; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 568. Senede karşı senetle ispat zorunluluğu HMK'nın 201. maddesinde düzenlenmiştir. Senede karşı tanıkla ispat yasağı başlığını taşıyan 201. maddeye göre, senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemler ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamaz. Göksu, HMK'daki bu hükmün, HUMK'daki 290. Madde esas alınarak kaleme alınmış olduğunu, ancak aradaki tek farkın “*defi olarak ileri sürülen*” ifadesinin yerini akan, “*ileri sürülen*” ifadesi olduğunu işaret etmekte ve bu değişikliğin esasında hükmün uygulamasında bir farklılık oluşturmayacağını vurgulamaktadır. Bkz. Göksu, **Senetle İspat**, s. 57.

⁵⁹⁶ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 568.

Bu nedenledir ki elektronik imzalı belgenin taşıdığı imzanın çeşidinin tespit edilmesi gereklidir. Belge üzerindeki imza kontrol edildikten sonra, imzanın niteliğine göre belgenin kesin delil mi yoksa takdiri delil mi olduğunu anlamak mümkün olur. Bu halde imzanın niteliğinin tespitinden sonra sonuç negatif ya da pozitif olabilir.⁵⁹⁷ Negatiften kasıt, elektronik imzalı belgenin senet hükmünde sayılmayıp kesin delil olamamasıdır. Bu netice belgeyi ibraz eden ve bu belgenin içeriğindeki vakıanın sonucundan kendi lehine hak çıkaran tarafı memnun etmeyecek bir neticedir. Bu nedenledir ki, burada “negatif netice” ifadesi kullanılmıştır.⁵⁹⁸ Pozitif olmaktan kasıt ise imzanın güvenli elektronik imza niteliğinde olması ve bunun sonucunda da o elektronik belgenin senet hükmünde kabul edilerek, kesin delil olarak dikkate alınmasıdır. Bu netice, belgeye dayanan taraf bakımından olumlu bir gelişme olacağından, pozitif netice olarak anılmaktadır.⁵⁹⁹

Burada karşılaşılan sorular özetle şunlardır: Örneğin ağ üzerinden yazılı olarak düzenlenen ve elektronik olarak imzalanan bir belge, senet kabul edilecek midir? Senet kabul edilmediği varsayımında, ne tür bir belge olarak kabul edilecektir? Bunun sonucunda acaba hâkim bu elektronik veriyi nasıl inceleyecek ve neye göre takdir edecektir? Tüm bu soruların cevabını vermek için mercek altına alınması gereken özellik, imzanın çeşididir. Elektronik imzalı belgenin senet niteliğini haiz olup olmadığını anlamak için elektronik imzanın çeşidini belirlemek ve bu imzanın Kanunda düzenlenen özellikleri karşılayıp karşılamadığını tespit etmek gerekir. Bu nedenle elektronik imzanın çeşitleri aşağıda ele alınmıştır.

⁵⁹⁷ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

⁵⁹⁸ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76; Göksu, **Senetle İspat**, s. 57.

⁵⁹⁹ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

C. Elektronik İmza Çeşitleri

1. Güvenli Olmayan (Basit) Elektronik İmza

a. Genel Olarak

Elektronik imza denildiğinde akla ilk gelen, elektronik imzanın en yalın hali olan basit elektronik imzadır. Esasında elektronik imzaya “basit” denilmesinin sebebi, gelişmiş çeşitlerinden farklı olarak güvenlik açısından son derece korumasız olmasıdır. Doktrinde basit elektronik imzaya güvenli olmayan elektronik imza da denilmektedir. Basit elektronik imza, hizmet sağlayıcı tarafından doğrulanmamış, nitelikli sertifikaya dayanmayan bir imza çeşididir⁶⁰⁰. Bu nedenle ispat işlevi bakımından nispeten daha savunmasızdır. Avrupa Birliği Direktifinde, elektronik imzanın yalnız nitelikli bir sertifikaya dayanmamış olmasının ya da güvenli imza oluşturma aracıyla oluşturulmamış olmasının, imzanın bulunduğu belgenin tek başına delil olarak kullanılmasını engellemeyeceği hüküm altına alınmıştır⁶⁰¹.

Doktrinde basit elektronik imzanın çeşitleri, bilgisayar ekranına elle atılan imza, biyometrik imza, el yazısıyla atılan imzanın görüntüsünün nakledilmesi yöntemiyle elektronik belgelere eklenmesi ve genel olarak dijital imza olarak sayılmaktadır⁶⁰². Ancak, bunun sınırlı bir sayma olmadığını gözden kaçırmamak gerekir. Elektronik imzanın henüz sınıflandırılmamış çeşitlerinin bulunması ya da burada yer verilenden daha dar ya da geniş başka sınıflandırmaların yapılması da olasıdır.

⁶⁰⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

⁶⁰¹ Direktifin 5. maddesi bu konuyu düzenlemektedir, Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 69; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1211, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁶⁰² Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 69; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

Örneğin kural olarak elektronik postalarda bulunan imzanın basit elektronik imza olduğu söylenebilir. Buna göre gönderen kişinin kimliği belli ölçüde bilinebilir olsa da, kişinin kimliğine ilişkin güvenilir bir kontrol mekanizması mevcut değildir. Bu nedenle, elektronik posta iletilerinin özel olarak güvenli elektronik imzayla imzalanmış olmadıkları sürece, güven ve kimlik tespiti bakımından eksik kaldıkları kabul edilmektedir⁶⁰³. Buna bir örnek olarak çeşitli sosyal medya platformlarının başlatmış olduğu doğrulanmış hesap uygulamasından da söz etmek gerekir. Örneğin *Instagram* uygulaması üzerinden bir kullanıcının hesabını yönetirken başvurabileceği bir özellik, hesabında kimlik doğrulama özelliğini aktif ederek, o hesabın sahibinin bizzat kendisi olduğunu hesabı görüntüleyen herkesçe bilinir hale getirmesidir. Bu geliştirmeye, özellikle tanınmış kişiler kamuya açık olarak kullandıkları hesaplarına takipçiler bakımından güvenilirlik kazandırmak için başvururlar. Burada bir örnek olarak elektronik imza mekanizmasının kullanılmış olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle imzanın kimlik tespiti ve güvenlik işlevlerini sağlayacak şekilde bir koruma hedeflenmektedir. Buradaki kimlik doğrulama işlemi o hesap bakımından bir elektronik imza oluşturma eylemi olarak görülmektedir.

Sonuç olarak bu imza örneklerini çoğaltmak mümkündür. Kanunun nitelikli imza olarak tanımladığı imzanın niteliğini sağlamadığı sürece, diğer tüm elektronik imza çeşitleri, fiilen güvenli olarak görülseler de güvenli elektronik imza tanımının dışında kalacaklardır. Aşağıda güvenli olmayan elektronik imzaya ilişkin bazı örnekler üzerinden imza çeşitlerine yer verilecektir.

⁶⁰³ Erturgut, **Elektronik İmza**, s 38; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9.

b. Elle Atılan İmzanın Bilgisayar Ortamında Taranmasıyla Oluşturulan Elektronik İmza

Bu imza çeşidi, geleneksel olarak kâğıt üzerine elle atılan bir imzalı belgenin, tarayıcıda taranarak elektronik ortama aktarılması suretiyle oluşturulan imza çeşididir. Burada adeta elektronik belgenin orijinal ortamından koparılarak bir suretinin alınmasına benzer şekilde, fakat bu defa onun tersine geleneksel imzanın dijital ortama aktarılması sözkonusudur.⁶⁰⁴ Bu yöntem özellikle fiziki olarak bir araya gelmenin pek mümkün olmadığı hallerde, birden fazla tarafın imzalaması gereken belgelerde kullanılan bir yöntemdir. Ayrıca, fiziki olarak düzenlenen her türlü belge taranarak elektronik ortama aktarıldığında, eğer belgede elle atılmış bir imza bulunuyorsa, imzanın artık bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.

Burada anılan imza esasında teknik anlamda bir elektronik imza çeşidi değildir. Zira, Kanunda kendisine bağlanan bir sonuç bulunmamaktadır. Örneğin güvenli elektronik imzada olduğu gibi elle atılan imzanın belirli sonuçlarını doğuracağına ilişkin bir kabul söz konusu değildir. Ancak, uygulamada sıklıkla uygulanan bu yöntem, imza sahibi tarafından bir itirazla karşılaşılmadığı sürece çoğu zaman sorunsuz kabul edilmektedir. Özetle bunu basit bir elektronik imza çeşidi olarak kabul etmek mümkündür.⁶⁰⁵ Ancak, son derece yaygın olsa da güvensiz olduğunu unutmamak gerekir. Tıpkı adi senetlerdeki imza gibi, ikrar edilmesi halinde hüküm ifade eder. İnkârı halindeyse geleneksel imzanın sağladığı imkânları, imzanın sahibinden sadır olduğunu ispat etmek isteyen kişiye sağlayabilecek güçte bir imza değildir. Neticede başlangıçta geleneksel bir imza olsa da sonradan dijital ve güvensiz

⁶⁰⁴ Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 886 vd. (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

⁶⁰⁵ Matthias Armgardt/Adrian Spalka, “Der Anscheinsbeweis gemäß § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO vor dem Hintergrund der bestehenden Sicherheitslücken bei digitalen Signaturen”, **Kommunikation und Recht Zeitschrift**, 2007, Heft 1, 26-32, Rn. 13, 14.

bir imzaya dönüşmüş olmaktadır. Bu yönden buna gerçek imzanın bir sureti de denilebilir.

c. Doğrudan Bilgisayar Ekranına Elle Atılabilen Elektronik İmza

Doğrudan bilgisayar ekranına elle atılan imza da bir elektronik imza çeşididir. Burada el yazılı imzanın anlık olarak bir kâğıda değil de doğrudan bilgisayar ekranına atılması sözkonusudur. Bu imza çeşidi son zamanlarda, dokunmatik ekran özellikli taşınabilir cihazların yaygınlaşmasıyla sık rastlanır hale gelmiştir. Bu tip imzanın örneklerine özellikle mobil işlemlerin yaygın olarak yapıldığı alanlarda rastlanmaktadır. Örneğin bir posta gönderisinin veya kargo paketinin imza karşılığı teslim edilmesi esnasında, kargo görevlisinin özel taşınabilir dokunma algılama özellikli cihazına alıcının elle imza atması bu imza çeşidine bir örnektir. Benzer şekilde siparişlerin ve teslimat işlemlerinin imza karşılığında yapılması gerektiğinde bu imza çeşidine başvurulmaktadır. Pratik, hızlı ve doğrudan sisteme aktarılabilir olması bu imzanın olumlu yönleridir.

Burada bir özellik, bu yöntemle ekrana atılan imzanın, diğer elektronik imza çeşitlerinden farklı olarak gerçekten de kişinin el yazılı imzasının şeklinde olmasıdır. Yani burada esasında kişinin el yazılı imzasının anlık olarak elektronik ortama aktarılması sözkonusudur.⁶⁰⁶ Kişi de bu aktarma işlemine anlık olarak tanıklık etmektedir.

⁶⁰⁶ Silke Jandt, “Die Mitwirkung Dritter bei der Signaturzeugung – Das Tarbenaufmerkmal der “allgemeinen Kontrolle” und seine Auswirkungen auf die Rechtsfolgevorschriften”, **Kommunikation und Recht Zeitschrift**, 2009, Heft 9, 548-555, s. 6,7.

Burada ortaya çıkabilecek bir sorun, genellikle kişilerin imzasının alındığı ekranın yalnız imzanın çizilebilmesi için tasarlanmış boş ve geniş bir ekran olması, kişinin neyin altına ya da üstüne imza attığını tam olarak bilememesidir. Örneğin kişinin ekrana bıraktığı el mahsulü imzanın dijital ortamda bir başka belgeye monte edilmesi mümkün olabilir. İmza dijital ortamda bulunduğundan kolaylıkla bir başka dosyaya kopyalanabilir, formatı değiştirilebilir veya birden fazla belgeye taşınabilir.

Benzer şekilde, her ne kadar ekrana atılan imza kişinin el ürünü olsa da bu imza çeşidinin bir diğer sorunu, doğrudan ekrana atıldığı için hiçbir zaman geleneksel el yazılı imzanın işlevine sahip olamamasıdır. Kişinin el ürünü olduğu açıkça gözlemlenebilse ve birebir kişinin el yazılı orijinal imzasıyla karşılaştırıldığında aynı görüntüde olduğu görülebilse bile, bu imza geleneksel imzanın işlevini tam olarak karşılayamayacaktır. İşte bu nedenle de bu imza çeşidi uygulamada çokça kullanılsa da güvensiz bir elektronik imza çeşididir.

d. Biyometrik İmza

Biyometrik imza, imza sahibinin biyolojik özelliklerinden yola çıkılarak elde edilen imza çeşididir. Kişilerin biyolojik özelliklerinin ölçülmesi tekniğine dayanmaktadır⁶⁰⁷. Bu teknik, kişilerin biyolojik özelliklerinden belirli bir ya da birkaçını ölçüt olarak alır. Öncelikle bu veriyi kendi veritabanına kaydeder. Daha sonra veritabanına kaydettiği kişiye ait bu biyolojik veriyi bir kimlik tespit aracı olarak kullanır. Biyometrik imzanın kullanılacağı anda, veritabanında kayıtlı olan veriyi geri çağırarak karşılaştırma yapar. Karşılaştırma sonucunda doğrulama sağlanabiliyorsa, biyometrik imza başarıyla kullanılmış olur.

⁶⁰⁷ Perrit JR, Henry H., **a.g.e.**, s. 397; Gemignani, Michael C., **a.g.e.**, s. 96; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 175; Jandt, **Signaturzeugung**, s. 6.

Biyometrik imzada, elle herhangi bir yazı yazılması ya da geleneksel anlamda imza atılması sözkonusu değildir. Ancak yine de kişinin fiziki varlığının önemi vardır. Çünkü biyometrik imzada, kişinin fiziksel özelliklerinden yola çıkılarak tanınması sağlanır. Elle atılan geleneksel imzada, nasıl el yazısına göre imza karakter kazanıyorsa, biyometrik imzada da fiziksel özellikler kayıt altına alınarak tamamen kişiye özel bir imza oluşturulmaktadır. İnsanlar arasındaki fiziksel farklılıklar ve asla tam olarak birbiriyle aynı olamayan bedensel özellikler böylesi bir imza çeşidinin var olmasına imkân vermiştir.

Tamamen kişiye özel olup, tesadüfi olarak bir başkasıyla eşleşmesi imkânsız olarak kabul edilen fiziksel özelliklerimiz vardır. Bunlara örnek olarak; parmak izi, el geometrisi, retina, iris, ses, yüz hatları, yürüyüş, duruş, boy ölçüsü ve DNA yapısı sayılabilir.⁶⁰⁸ Biyometrik imzanın bir örneği olarak, bir binaya giriş yaparken parmak okuma sisteminden yararlanılması gösterilebilir. Bu tipik bir biyometrik imza örneğidir. Benzer şekilde hassas güvenlik kriterlerinin uygulanmakta olduğu bir banka kasasına giriş yaparken, kişiye özel olarak retina taraması yapılıyorsa, bu bir biyometrik imza uygulamasıdır.⁶⁰⁹ Yine bugün için mobil telefonlarda ve bilgisayarlarda, telefonun ya da bilgisayarın kişisel parolası yerine geçmek üzere kullanılan parmak izi tanıma ve yüz tanıma özellikleri buna örnektir. Bunlar günlük hayatta yaygın olarak kullanılmakta olan basit biyometrik imza çeşitleridir.

⁶⁰⁸ Yaltı Soydan, **a.g.e.**, s. 131; Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 214; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 176.

⁶⁰⁹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 175.

e. Diijital (Sayısal) İmza

i. Genel Olarak

Dijital imza, sayısal teknolojiye dayalı bir imza çeşididir. Bu sebep dijital imzaya “*sayısal imza*” da denilmektedir. Çoğunlukla düşülen yanılgı dijital imza ile elektronik imzanın eş anlamlı olarak kullanılmasıdır.⁶¹⁰ Ancak, elektronik imza ile dijital imza aynı şey değildir. Elektronik imza kavramı, dijital imzayı da kapsamına alan daha geniş bir kavramdır. Dijital imza ise elektronik imzanın bir çeşididir.⁶¹¹

Dijital imza, geleneksel imzanın dijital bir versiyonudur. Ancak bunun anlamı, kişinin el yazısı ile attığı imzanın elektronik ortama taranarak aktarılması değildir. Aşağıda daha detaylı anlatılacağı üzere dijital imza matematiksel bir sisteme dayanan sayısal bir imza metodudur. Dijital imza, aslında elektronik ortamda oluşturulan bir belgenin belirli bir şifreleme yöntemiyle işaretlenmesidir. Dijital imzanın çalışma sistemi bu şifreleme esasına dayanmaktadır.⁶¹² Bir elektronik belgenin dijital imzayla imzalanmasının teknik anlamı, o belgeye sayısal bir değer eklenmiş olmasıdır.⁶¹³

Dijital imzanın oluşturulması en basit anlatımla elektronik belgenin özel bir anahtarla şifrelenmesi anlamına gelir.⁶¹⁴ Böylece o belge, belgeyi hazırlayan kişinin kimliğini gösterir şekilde şifrelenmiş olur. Dijital imzanın iki işlevi vardır. Bunlardan ilki, elektronik belgeyi hazırlayanın kimliğinin tespit edilebilmesidir. İkincisi ise

⁶¹⁰ Bu yönde bkz. Yaltı Soydan, Billur, “E-İmza ve E-Belge: Kağıtsız Ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk -I”, **Vergi Sorunları Dergisi**, Nisan 2001, Sayı 151, s. 129; <http://www.bilisimsurasi.org.tr/hukuk> “Türkiye Bilişim Şurası Hukuk Çalışma Grubu Raporu, 10-12 Mayıs 2002, Ankara, s. 83; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 157.

⁶¹¹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 157.

⁶¹² Şenocak, **a.g.e.**, s. 99; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 158.

⁶¹³ Ian Lloyd, “Legal Barriers to Electronic Contracts: Formal Requirements and Digital Signatures”, **Law and the Internet: Regulating Cyberspace**, Oxford, 1997, s. 139.

⁶¹⁴ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 157.

elektronik belgenin karşı tarafa ulaşınca kadar yol aldığı elektronik ortamda, herhangi bir değişikliğe uğrayıp uğramadığının takip edilebilmesidir.

Dijital imzanın teknik anlamını kavrayabilmek için kısaca anahtar sisteminden bahsetmek gerekir. Zira, bu “*anahtar güvenliği*” sistemi günümüzde elektronik ortamda gerçekleştirilen hemen her işlemde kullanılan bir kavramdır. Örneğin günümüzde yaygın olarak kullanılmakta olan “*WhatsApp*”, uygulamasında benzer bir anahtar güvenliği kullanılmaktadır. Telefon rehberindeki herhangi bir kişiyle bir yazışma başlatmak için o kişinin adıyla bir mesaj penceresi açıldığında, “*bu sohbetteki mesajlar ve aramalar uçtan uca şifreleme ile korunmaktadır*” uyarısı ile karşılaşılır. Bu “*anahtar güvenliği*” sisteminin tipik bir örneğidir. Bu yazışma başlatıldığında, göndericinin cihazı ile alıcının cihazı arasında bir şifreleme koridoru oluşur ve bu koridorun iki ucunda yalnız bu kullanıcıların “*dijital anahtar*”ları ile açabileceği iki adet kapı bulunmaktadır. Böylece bu yazışmanın hem takip edilememesi hem de gönderenin ve alıcının kimliğinin teyit edilmesi sağlanmış olur.

İşte dijital imzada sözü edilen şifreleme yöntemi de buna benzer bir anahtar güvenliği yöntemidir. İçeriği şifrelemek ve bu şifreyi çözebilmek için sayısal verilerden oluşan bir formül oluşturulur. Sayısal verilerin iki uçtan eşleşmesi ile verilerin şifresi çözülmüş ve böylece o elektronik belgenin kimliği ve orijinallliği teyit edilmiş olur. Diğer bir deyişle, dijital imza elektronik ortamda gönderilen verinin göndericisinin kimliğini ve metnin içeriğinin başka kişilere kapalı bir şekilde iletildiğini teyit etmektedir⁶¹⁵.

Dijital imzanın çalışma sistemi yukarıda da ifade edildiği gibi, bir anahtar sistemine bağlıdır. Gönderici elektronik veriyi bir elektronik anahtarla kilitler. Bu elektronik verinin muhatabı olan kişinin, kilitli olan veriyi açabilmek için, anahtar sisteminde veriyi kendisi için okunabilir hale getirecek bir anahtara ihtiyacı vardır.

⁶¹⁵ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 159.

Dijital imzada dijital imza sahibinin, yani göndericinin elektronik veriyi şifrelemekte kullandığı özel anahtar dışında bir de “açık anahtar” denilen bir anahtar çeşidi vardır⁶¹⁶. Bu dijital imza sahibinin özel anahtarından farklı ve herkese açık ikinci bir anahtardır⁶¹⁷. Bu ikinci anahtarın işlevi, elektronik belgenin özel anahtarla damgalanıp damgalanmadığını tespit etmektir⁶¹⁸.

Dijital imzalı belgeler 1 Ağustos 1997 tarihini taşıyan Alman Dijital İmza Kanununa göre senet sayılmamıştır⁶¹⁹. Bununla birlikte dijital imza taşıyan belgeler, keşif malzemesi olmaya açık olduğundan, doktrinde kanunda bu konularda senede ilişkin hükümlerin uygulanmasını gerektiren bir boşluk bulunmadığı da ifade edilmiştir⁶²⁰. Bu değerlendirmenin Alman hukukundaki dijital imzaya ilişkin reform hareketinden de önce yapıldığını hatırlatmak gerekir. Öyle ki, gelişen hukukî kurumlar içinde böyle bir ihtiyaç olmadığı da dile getirilmiştir⁶²¹.

Yukarıda sözü edilen Dijital İmza Kanunundan sonra, 21 Mayıs 2001 tarihli Dijital İmza Kanununda da dijital imzalı belgelere senet niteliğinin verilmemiş olması, bu nitelikteki belgelerin keşifle bağlantısını kuvvetlendiren bir gelişme olarak kabul edilmektedir⁶²². Bu bağlamda, dijital imzalı belgelerin keşifle bağlantısını kuvvetlendiren iki önemli kurum devreye girmektedir. Bunlardan ilki, keşif kurumu, diğeri ise ilk görünüş ispatı⁶²³ kurumudur⁶²⁴.

⁶¹⁶ Açık anahtar ya da orijinal adı ile *public key* ve *public key cryptography* kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. <https://bilgisayarkavramlari.com/2008/03/19/acik-anahtarli-sifreleme-public-key-cryptography/> Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 158.

⁶¹⁷ Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 159.

⁶¹⁸ Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, s. 159.

⁶¹⁹ Nart, *Senetle İspat*, s. 211; Musielak, *ZPO*, § 415 Rdnr. 4-5; Schreiber, *a.g.e.*, s. 41-42.

⁶²⁰ Nart, *Senetle İspat*, s. 211; Musielak, *ZPO*, § 415 Rdnr. 4-5; Schreiber, *a.g.e.*, s. 41-42.

⁶²¹ Bu yönde ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için Bkz. Nart, *Senetle İspat*, s. 211; Musielak, *ZPO*, § 415 RdNr. 4-5; Schreiber, s.41-42; Rühl, *21st Century: The Reform*, s. 912 vd.

⁶²² Nart, *Senetle İspat*, s. 211; Musielak, *ZPO*, § 415 Rdnr. 4-5; Schreiber, *a.g.e.*, s. 41-42; Rühl, *21st Century: The Reform*, s. 912 vd.

⁶²³ Armgardt/Spalka, *Anscheinsbeweis gemäß § 371a*, Rn. 2 vd.; Schemmann, Till; Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in 371a Abs. 1 S. 2 ZPO“, *ZZP* 118, 2005, s. 161-183.

⁶²⁴ Nart, *Senetle İspat*, s. 211; Musielak, *ZPO*, § 415 Rdnr. 4-5. İlk görünüş ispatı Alman Medenî Usûl Kanununda 292a maddesinde düzenlenmiştir. İlk görünüş ispatı kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için Başözen, *a.g.e.*, s. 18 vd.; Yıldırım, *Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 124; Rühl, *21st Century: The Reform*, s. 912 vd. Keşif, ispata elverişli ve uyumsuzlukla ilgili olguların mahkeme tarafından doğrudan

Nart'ın özetle işaret ettiği gibi, tüm bu gelişmelerin ışığında 2005 tarihinde Alman Medenî Usûl Kanununa eklenen 371a maddesiyle elektronik belgelerin ispat faaliyetindeki kaderi belirlenmiştir.⁶²⁵ Buna göre, elektronik belge bakımından imza unsurunun, imzanın çeşidine göre güvenilir olup olmadığının tespiti ilk aşamayı oluşturur. İkinci aşama ise elektronik belgelere, uygun olduğu ölçüde adi senetlere ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanmasıdır. Üçüncü aşamaysa, ilk iki aşama dışında kalan tüm elektronik belgelerin keşif kapsamında kabul edilmesidir. Bu üç aşamalı yaklaşım Türk Hukuku bakımından da keşif delilinin elektronik belgelerle bir araya gelebileceği alanları belirlemek bakımından faydalıdır.

ii. Öz Değer

Öz değer kavramı, bir elektronik belgenin, kısaltılmış halini bir diğer deyişle özünü ifade eder. Özellikle boyutu büyük olan metin dosyalarının yukarıda ifade edilen anahtar sistemiyle kilitlenmesi ve bu kilidin açılması uzun işlem süreleri gerektirebilmektedir. İşte öz değer kavramı, boyutu büyük de olsa o elektronik belgenin kısa halini kayıt altına alan bir sistemi ifade eder.⁶²⁶ Bu kavram sayesinde, bir elektronik belgenin göndericisinden alıcısına ulaşana kadar, herhangi bir müdahaleye maruz kalıp kalmadığı tespit edilebilmektedir.⁶²⁷ Bunun anlamı o elektronik belgenin orijinal içeriğini korumuş olmasıdır. Böylece, dijital imza güvenliğinin sağlanması desteklenmiş olur.

algılanması yoluyla gerçekleşir. Bu algının mutlaka görme duyusu aracılığıyla olması gerekmez, daha ziyade diğer duyuşsal algılar da keşif delilinin bir parçasıdır ve kişilerin, nesnelerin doğası veya olayların seyri ile ilgili olabilir. Keşif delilinin özelliği, burada hâkimin olgusal yargıyı kendisinin oluşturması; tanık ifadeleri ve belgelerin ise kendisine bir düşünce içeriği aktarmasıdır. Bu yönde bkz. Susanne Klein, “Die Beweiskraft elektronischer Verträge Zur Entwicklung der zivilprozessrechtlichen Vorschriften über die Beweiskraft elektronischer Dokumente”, *JurPC*, Web-Dok. 198/2007, Abs. 1 – 71, s. 8.

⁶²⁵ Nart, *Senetle İspat*, s. 211. Ayrıca bkz. Huber, *Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil*, (beck-online.de); Stein/Jonas/Leipold, vor § 415 RdNr.1b; Zöller/Geimer, § 415, Rdnr. 2.

⁶²⁶ Kaiser, *a.g.e.*, s.25.

⁶²⁷ Kaiser, *a.g.e.*, s.25.

Bir elektronik belgenin öz değerinin alınması, o belge metninin mevcut halini olduğu gibi gösteren bir fotoğrafının çekilmesi gibidir. Böylece orijinal belgede herhangi bir değişiklik yapılması halinde, bu tek bir kelime ve hatta harf bile olsa bu tespit edilebilir hale gelir. Çünkü orijinal metin üzerinde ufacık bir işaretle de olsa değişiklik yapılırsa, öz değeri değişir. Böylece, o elektronik belge üzerinde değişiklik yapıldığı ortaya çıkar.

Öz değer kavramının dijital imza ile birlikte kullanılması halinde, elektronik belge içeriğindeki metinde değişiklik, ekleme veya çıkarma yapma gibi müdahalelerin gerçekleşme riskinin tamamen ortadan kaldırılabileceği ifade edilmektedir.⁶²⁸ Bir elektronik belge metninin öz değeri hesaplandığında, metinde değişiklik olmadığı sürece, hep aynı öz değerinin elde edildiği görülecektir. Doktrinde, öz değeri hesaplanmış ve dijital imza ile imzalanmış bir metnin, geleneksel imza ile elle imzalanmış bir belge kadar ve hatta bazı hallerde ondan bile daha güvenilir olduğu ifade edilmiştir.⁶²⁹

Öz değer, son derece teknik gibi görünse de mahkemelerin ispat faaliyeti kapsamında bir dijital imzayı keşif yoluyla incelemesi gerektiğinde başvurabileceği bir özelliktir. Belgenin ve dijital imzanın güvenilirlik ve orijinallik özelliklerini destekleyen bir unsurdur.⁶³⁰ Bu nedenle, hâkimlerin doğrudan hukuki bilgisiyle çözümleyeceği alanın dışında kalan teknik bir bilgi gibi gözüke de, esasında dijital imzanın bir unsuru olarak ispat faaliyetinin de bir parçası haline gelmiştir. Öz değer ve zaman damgası gibi teknik kavramlar, bu zamana kadar hukuk biliminin alanına dahil değilmiş gibi görünse de, esasında bu tür teknik terimlerin zaman içinde geleneksel imzanın unsurları gibi, elektronik imzaların bir unsuru olarak daha çok mahkeme dosyasında yer bulacağı tahmin edilmektedir. Bu nedenle, öz değer en azından tanımının ve işlevinin imzanın hukuki sonucuna değer biçecek olacak hâkim tarafından biliniyor olması, hâkimin ispat faaliyetindeki rolünü güçlendirmeye yarar.

⁶²⁸ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 160; Henry H. Jr. Perrot, **a.g.e.**, s. 393.

⁶²⁹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 162.

⁶³⁰ Erbayraktar, **Elektronik İmza**, s. 101 vd.; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 93 vd.

Mahkemenin elektronik ortama ilişkin terimlere hâkimiyeti, yargılamaya olan hâkimiyetine de katkı sağlar.

iii. Zaman Damgası

Zaman damgası, tıpkı öz değeri gibi elektronik belgelerde güven unsurunu sağlayan kavramlardan biridir.⁶³¹ Zaman damgasının işlevi bir elektronik belgenin tarihinin tam olarak tespit edilmesidir. Zaman damgası kavramı, “*time stamp*” ya da “*zaman kaşesi*” isimleri ile de anılmaktadır.⁶³² Öz değer kavramı elektronik belgenin kimden sadır olduğunu ve orijinalliğini tespit etme işlevine sahipken, zaman damgası kavramı da elektronik belgenin düzenleme tarihini ve saatini (saniyesine ve hatta salisesine varıncaya kadar) şaşmayacak şekilde tespit etmeye yarar.⁶³³ Zaman damgası 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda da tanımı yapılan bir kavramdır. Elektronik İmza Kanununun 3. maddesinin h bendinde zaman damgası kavramı şu şekilde tanımlanmıştır: “*Zaman damgası: bir elektronik verinin, üretildiği, değiştirildiği, gönderildiği, alındığı ve/veya kaydedildiği zamanın tespit edilmesi amacıyla, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı tarafından elektronik imzayla doğrulanan kaydı, ifade eder.*”

Zaman damgası günü, saati ve hatta saniyesine kadar zamanı kesin ve net bir şekilde kaydeden bir işarettir. Öyle ki bu kayıt, söz konusu elektronik belgenin oluşturulduğu yer ile ulaştığı yer arasında saat farkı bulunması halinde de karışıklığa yol açmayacak şekilde yapılmış olmalıdır. Örneğin farklı saat dilimlerinde yer alan ülkeler arasında bir elektronik belge alışverişi gerçekleştirilebilir. Bu halde de zaman

⁶³¹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 163; Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 151; Keser Berber, **İmzalıyorum**, s. 525;

⁶³² Zaman damgası, Dış Ticaret Müsteşarlığınca hazırlanmış olan “Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağında da “*nitelikli zaman damgası*” olarak anılmıştır.

⁶³³ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 164.

damgası karışıklığa yol açmayacak şekilde belgenin tarihini ve saatini kesin şekilde gösterir.⁶³⁴

Böylece, zaman damgası sayesinde belgenin düzenlenme tarihi bakımından herhangi bir tereddüte yer bırakılmayacak şekilde tespit yapılabilmektedir. Zaman damgası için biraz abartılı bir ifadeyle, zaman tasdikinde bulunan bir dijital ortam noteri benzetmesi yapılabilir. Yani zaman damgası o belgenin oluşturulma zamanını, tam olarak belgeyle bütünleşecek şekilde o belgeye mühürlemektedir.⁶³⁵ Hatta daha sonra o elektronik belgede yapılan bir işlem de benzer şekilde bir zaman damgası ile kayıt altına alınmış olur. Bu halde denilebilir ki öz değer gibi, zaman damgası da bir elektronik belgenin orijinallik ve gerçeklik özelliklerini tespit etmeye yarayan teknik bir kayıttır.

iv. Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı

Zaman damgası kavramıyla birlikte elektronik imzanın önemli bir unsurunun hizmet sağlayıcılar olduğu görülmektedir. Elektronik İmza Kanunu zaman damgasının tanımını yaparken, zaman kaydının elektronik sertifika hizmet sağlayıcı tarafından doğrulanmasından söz eder. Bu nedenle, zaman damgası, elektronik sertifika ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı birbirini tamamlayan kavramlardır. Bunlar için bir nevi dijital imzanın unsurları demek yanlış olmaz. Yani teknik anlamda dijital imzadan bahsedebilmek için, bir zaman damgasına ve bu zaman damgasını sağlayabilecek bir elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına ihtiyaç vardır.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı kavramını açıklamadan önce, “elektronik sertifika”dan söz etmek gerekir. Elektronik İmza Kanununun 3.

⁶³⁴ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 165; Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 152; Jörg S, Von Florian /Arter, Oliver, “Digitale Signaturen: Die Public Key Infrastruktur Nach Der Neuen Zertifizierungsdiensteverordnung”, **ZBJV**, 136 (2000), s. 476.

⁶³⁵ Erbayraktar, **Elektronik İmza**, s. 101 vd.; Erturgut. **Elektronik İmza**, s. 93 vd.

maddesinin 1 bendinde elektronik sertifika şu şekilde tanımlanmıştır: “*Elektronik sertifika: imza sahibinin imza doğrulama verisini ve kimlik bilgilerini birbirine bağlayan elektronik kaydı, ... ifade eder.*”

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun 8. maddesinde ise elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının tanımı yapılmıştır. Buna göre: “*Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik sertifika, zaman damgası ve elektronik imzalarla ilgili hizmetleri sağlayan kamu kurum ve kuruluşları ile gerçek veya özel hukuk tüzel kişileridir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, Kuruma yapacağı bildirimden iki ay sonra faaliyete geçer*”⁶³⁶.

Görüldüğü gibi elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı gerçek kişi veya özel hukuk tüzel kişisi olabileceği gibi, kamu kurum ve kuruluşu da olabilmektedir. Aslında yukarıda izah edilen öz değeri ve zaman damgası gibi dijital imza unsurları, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının varlığıyla hukuken başkaca bir anlam ve değer kazanmaktadır. Yani dijital imzanın unsurlarına atfedilen, bağlayıcı olma ya da güvenilir olma gibi sonuçların, burada açıklanacak olan elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının bir marifeti olduğu ifade edilmektedir⁶³⁷. Daha doğru bir deyişle, anılan işlevlerin dijital imzaya kazandırılması, onun hem hukuki niteliğinin hem de delil aracı olarak elde edeceği kabiliyetlerin değişmesine sebep olabilmektedir. O yüzden, bu bölümde açıklanan teknik hususlar ispat hukuku bakımından ayrı bir önemi haizdir.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının yükümlülükleri Elektronik İmza Kanununda 10. maddede düzenlenmiştir. Buna göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının, hizmetin gerektirdiği nitelikte personel istihdam etmek ve nitelikli sertifika verdiği kişilerin kimlik bilgilerini uzaktan güvenilir biçimde tespit etmek gibi yükümlülükleri vardır. Yine, sertifikanın kullanımına ilişkin özellikler ve

⁶³⁶ Kanunda elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının faaliyetine ilişkin bildirimin yapılacak “kurum” Telekomünikasyon Kurumu olarak işaret edilmektedir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200324-7.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶³⁷ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 167

uyuşmazlıkların çözüm yollarıyla ilgili şartlar hakkında talep eden kişiyi bilgilendirmek ve hizmetlerine ilişkin kayıtları Yönetmelikte⁶³⁸ belirlenen süreyle saklamak, hizmet sağlayıcının yükümlölükleri arasında sayılmıştır.

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik imza sahibi olmak isteyen kişilere bu imzayı bir hizmet olarak sağlar⁶³⁹. Bu hizmeti sağlarken de yukarıda bahsedilen ve Elektronik İmza Kanununda düzenlenen yükümlölüklerine uygun hareket etmelidir. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı, elektronik imza kullanmak için kendisine başvuran kişinin öncelikle kimlik tespitini gerçekleştirir. Bunun sonucunda o kişiye yukarıda sözü edilen “anahtar sistemi”nde bir anahtar tahsis edilir. Bu açık anahtarla birlikte bir de “özel anahtar” tanımlanır. Böylece, o kişinin işlemi özel anahtarla şifrlenerek oluşturulurken, işlemin muhatabı tarafından da “açık anahtar” ile şifresi çözölerek okunabilir hale gelir. Özetle, elektronik imza sertifikası almak isteyen kişiye, bir çift şifre hazırlanmış olur⁶⁴⁰.

İşte elektronik sertifika hizmet sağlayıcısının amacı bu şifreleme ve şifreyi çözme işlemleri için gerekli hizmeti sağlamaktır. Kişiler bunu kendiliğinden gerçekleştiremez. Bunun için elektronik bir sertifika sunucusuna ve bir sanal platforma ihtiyaç vardır. Ayrıca bu platformun güvenilir bir platform olması gereklidir. İşte Elektronik İmza Kanunu, elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına belirli faaliyet kriterleri ve yükümlölükler getirerek, güvenlik unsurunu sağlamayı amaçlar⁶⁴¹.

Yukarıda açıklanmaya çalışılan imza sistemi, genel olarak elektronik sertifika için geçerlidir. Güvenlik unsurunun önemi sebebiyle bir de Avrupa Birliği Direktifi ışığında “*nitelikli elektronik sertifika*” kavramı geliştirilmiştir⁶⁴². Elektronik İmza

⁶³⁸Yönetmelik hakkında bkz. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200324-7.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2022).

⁶³⁹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 167.

⁶⁴⁰ Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, s. 36; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 167; Fadıl Mustafa Yıldırım, “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, **AÜEHFD**, C.VIII, Y. 2004, S. 3-4, s. 257- 283, s. 257. Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 1.

⁶⁴¹ Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, s. 36.

⁶⁴² Özdilek, **İnternet ve Hukuk**, s. 36.

Kanununda da 9. maddede yer verilen bu kavram, elektronik sertifikaya eklenen ilave unsurlarla kavramı geliştirmektedir.

Kanunun getirdiği unsurlar ve kriterlere ek olarak, daha detaylı düzenlemeler, Kanuna dayanılarak çıkarılan yönetmelik ve tebliğlerle getirilmektedir. Örneğin, Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumunun, “Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ”i 24 Mart 2020 tarihinde yayımlamıştır. 6 Ocak 2005 tarihli ve 25692 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmış olan “Elektronik İmza ile İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğ”in 4. maddesinin birinci fıkrası, 6. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin i alt bendi, c bendi ve ikinci fıkrası değiştirilmiş, bir de aynı tebliğe geçici 5. madde eklenmiştir.

Buna göre Tebliğ’in 4. maddesinin birinci fıkrasında uluslararası imza standartlarında adı geçen çeşitli terimlere yer verilerek bunlar bakımından hem yerel uygulamalarda hem de dünya standartlarına uygunluk bakımından paralellik sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁴³

⁶⁴³ Tebliğ için bkz. resmigazete.gov.tr. Örneğin, *BS (British Standards)* İngiliz Standartlarını, *CEN (Comité Européen de Normalisation)* Avrupa Standardizasyon Komitesini, *CWA (CEN Workshop Agreement)* CEN Çalıştay Kararını, *DSA (Digital Signature Algorithm)* Sayısal İmza Algoritmasını, *DSA Elliptical Curve*: Sayısal İmza Algoritması Eliptik Eğrisini, *EAL (Evaluation Assurance Level)*: Değerlendirme Garanti Düzeyini, *ETSI (European Telecommunications Standards Institute)*: Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsünü, *ETSI SR (ETSI Special Report)*: ETSI Özel Raporunu, *ETSI TS (ETSI Technical Specification)*: ETSI Teknik Özelliklerini, *FIPS PUB (Federal Information Processing Standards Publications)*: Federal Bilgi İşleme Standartları Yayınlarını, *IETF RFC (Internet Engineering Task Force Request for Comments)*: İnternet Mühendisliği Görev Grubu Yorum Talebini ifade etmektedir. Yine aynı tebliğe göre ayrıca *ISO/IEC (International Organisation for Standardisation/International Electrotechnical Committee)*: Uluslararası Standardizasyon Teşkilatı/Uluslararası Elektroteknik Komitesini, *ITU (International Telecommunication Union)*: Uluslararası Telekomünikasyon Birliğini, *RIPEMD (RACE Integrity Primitives Evaluation Message Digest)*: RACE Bütünlük Asli Mesaj Değerlendirme Özetini, *RSA: Rivest-Shamir-Adleman*’ı, *SHA (Secure Hash Algorithm)*: Güvenli Özet Algoritmasını, *PSS (Probabilistic Signature Scheme)*: Olasılıklı İmza Şemasını terimlerinin karşılıklarına yer verilerek bunların literatürdeki standart uygulama ve adlandırması sağlanmak istenmiştir. Bu terimlerin en azından karşılıklarının bilinmesi elektronik imzaya ilişkin işleyişin anlaşılması bakımından önemlidir. Bu yönde bkz. Yusuf Uzunay/Kemal Bıçakçı, “A3D3M: Açık Anahtar Altyapısı Destekli Dijital Delilleri Doğrulama Modeli”, http://www.emo.org.tr/ekler/4843973f9b66701_ek.pdf, (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

Tebliğin 6. maddesinin birinci fıkrasının b bendinin i alt bendi, c bendinde de değişiklik yapılmıştır. Burada elektronik imzaya ve elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına gerekli standartları sağlamak üzere ihtiyaç duyulan çeşitli algoritma ve parametreler düzenlenmiştir.⁶⁴⁴ Burada dikkat çeken husus, kullanılan terimlerin de belirli aralıklarla güncellenmesi yanında, bu Tebliğde yer alan algoritma ve parametrelerin aslında süreli kabul edilmiş olmasıdır. Bu tebliğ ile geçerlilikleri belirli sürelerle gözden geçirilmekte ve bu süre içinde de eğer teknik gelişmelerin gerisinde kalan bir uygulama varsa onların da güncellenmesi sağlanmaktadır.

Yine bu tebliğe eklenen geçici beşinci maddeyle elektronik sertifika hizmet sağlayıcılara getirilen düzenleyici nitelikteki yükümlülükler dikkat çekicidir. Buna göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları, kendi imza oluşturma ve doğrulama verilerine ilişkin olarak belirlenen şarta Tebliğin ilgili hükmünün yürürlüğe girdiği tarihten itibaren bir yıl içinde uyum sağlamalıdır.⁶⁴⁵

Tüm bu bilgiler ışığında denilebilir ki elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının sunacağı hizmetin standart olması için, devlet gözetiminde bu tür teknik düzenlemelerle bir çerçeve oluşturulmaktadır. Böylece özellikle bu çalışma bakımından ispat hukuku nazarında çok önemli bir değeri olan elektronik imzanın güvenliğinin sağlanması mümkün olabilmektedir. Zira elektronik imzanın güvenliği, hukuki işlem güvenliği anlamına geldiğinden bir kamu yararı da sözkonusudur.

⁶⁴⁴ Örneğin, imzalamalarda yukarıda anılan teknik terimlerden olan RSA-PSS kullanılmak şartıyla RSA için en az 4096 bit kullanılması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Özetleme algoritması olarak ise SHA2-256, SHA2-384, SHA2-512, SHA3-256, SHA3-384 veya SHA3-512 algoritmalarının kullanılmasına ilişkin bir güncellemeye de yer verilmiştir. Bu düzenlemeler büyük ölçüde elektronik imzayı sağlayan elektronik sertifika hizmet sağlayıcısına yönelik uygulama için yol gösterici değerleri ifade etmektedir. Belirtmek gerekir ki burada anılan 2005 tarihli Tebliğ’de 2020 yılında yapılan değişikliklerden sonra, 6. maddenin ikinci fıkrasında anılan tarih (31.12.2022), daha sonra 28 Aralık 2022 tarihli ve 32057 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan yeni bir “Elektronik İmza İle İlgili Süreçlere ve Teknik Kriterlere İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ” ile burada belirtilen algoritma ve parametrelerin 31/12/2025 tarihine kadar geçerli olduğu yönünde yeniden değiştirilmiştir. <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200324-7.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶⁴⁵ <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2020/03/20200324-7.html> (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının verdiği hizmetin standart olması imzanın geçerliliğini doğrudan etkileyen bir unsurdur⁶⁴⁶. Özellik gösteren hususlar çoğunlukla bu şekilde tebliğlerle çerçeve içine alınmakta ve yeknesaklık sağlanmaktadır. Bunun önemi elektronik sertifika hizmet sağlayıcılarının temin ettiği güven unsuru sayesinde elektronik imzanın el yazılı imza ile aynı değeri ifade etmesi amacından kaynaklanır. Ayrıca, yukarıda da değinildiği gibi, imza güvenliği işlem güvenliği anlamına geldiğinden yalnız imza sahibinin değil, genel anlamda hukukun güvenliğinin de sağlanması sözkonusudur.

2. Gelişmiş Elektronik İmza

Avrupa Birliği 1999/93 sayılı Direktifinde “gelişmiş elektronik imza” adıyla anılan bir imza çeşidi esas alınmaktadır. Almanca adı “*Forgeschrittene Elektronische Signatur*” olan ve Türkçeye “gelişmiş elektronik imza” ya da “ileri elektronik imza” olarak çevrilmiş bir imza çeşididir⁶⁴⁷. Avrupa Birliği Direktifinin 2. maddesinde, gelişmiş elektronik imzanın tanımı yapılmıştır. Buna göre; özel olarak imza sahibine atfedilebilen, imza sahibinin özel olarak kontrolünde tuttuğu anahtar araçlarıyla oluşturulmuş, üzerinde değişiklik yapılmasına karşı korumalı olan ve böyle bir değişiklik yapıldığında bunun derhal tespitine imkân veren bir imza çeşididir⁶⁴⁸.

Gelişmiş elektronik imza için, imzalayanın kimliğinin tespitine imkân veren ve bunun yanında imzalanan verinin korunması işlevini de sağlayan bir imza tanımı yapılmaktadır⁶⁴⁹. Ancak, aşağıda da görüleceği üzere gelişmiş elektronik imza da

⁶⁴⁶ Mine Erturgut, "Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısı", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 6, 2004, s. 97-130, s. 98 vd.

⁶⁴⁷ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 168; Şenocak, **a.g.e.**, s. 109; Bilgili, **a.g.e.**, s. 994; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023); Erturgut, **E-Belge ve E-İmza**, s. 66.

⁶⁴⁸ 1999 tarihli Direktif ve onunla birlikte 2014 tarihli Direktif için bkz. Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1206, (beck-online.de).

⁶⁴⁹ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 69.

aslında basit olmayan bir elektronik imzayı, yani bir güvenli elektronik imzayı ifade eder.

Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın Avrupa Birliği Direktifine uygun olarak hazırladığı “Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağı”nda da gelişmiş elektronik imza şu şekilde tanımlanmıştır: “*Gelişmiş elektronik imza, münhasıran imzalayana bağlı olan, imzalayanı belirlemeye imkân veren, sadece imzalayanın kontrolü altında bulundurabileceği araçlar kullanılarak üretilen ve elektronik verinin üzerindeki herhangi bir değişikliğin fark edilmesini mümkün kılan elektronik imzayı ifade eder*”⁶⁵⁰.

5070 sayılı Elektronik İmza Kanununda ise “gelişmiş elektronik imza” adında bir imza çeşidi düzenlenmemiştir. Kanunu incelendiğinde, Avrupa Birliği Direktifinde “gelişmiş elektronik imza” olarak tanımlı yapılan imza çeşidinin, Elektronik İmza Kanununda “güvenli elektronik imza” olarak düzenlendiği görülmektedir. Buna göre, yukarıda anılan Direktifin ikinci maddesindeki “gelişmiş elektronik imza” tanımı, Elektronik İmza Kanununun dördüncü maddesinde “güvenli elektronik imza”nın tanımı olarak yer almaktadır.⁶⁵¹

Yukarıda izah edildiği üzere Türk Hukukundaki elektronik imza düzenlemelerine de adapte edilmiş olan 1999 tarihli Avrupa Birliği Direktifi, yine Avrupa Birliği'nce yürürlüğe sokulan yeni bir direktifle güncellenmiştir. Elektronik Kimlik, Doğrulama ve Güven Hizmetleri Yönetmeliği “*eIDAS – Electronic Identification, Authentication and Trust Services Regulation*” elektronik kimlik ve güven hizmetlerine ilişkin bir dizi standart getiren bir Avrupa Birliği direktifidir. Bu direktif ile Avrupa dijital tek pazarında ve ayrıca Avrupa sınırları dışındaki pazarlarda hizmetlerin ve işlemlerin kolaylaştırılması ve güvenin sağlanması amaçlanmıştır.⁶⁵²

⁶⁵⁰ “Elektronik Veri, Elektronik Sözleşme ve Elektronik İmza Kanunu Tasarısı Taslağı” için bkz. adalet.gov.tr/tasari/taslaklar/arşiv/112, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2021).

⁶⁵¹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 173; Ertrugut, **Elektronik İmza**, s. 70.

⁶⁵² Turner, Dawn. “[Understanding eIDAS](#)”. **Cryptomathic**, 12 April 2016, (cryptomathic.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.04.2023).

; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1206, (beck-online.de).

Kısa adıyla eIDAS olarak alınan bu yönetmelik, 23 Temmuz 2014 tarihinde yayımlanmıştır. Elektronik kimlikle ilgili güncellenmiş önemli içerikler barındıran eIDAS Yönetmeliği, diğer adıyla Avrupa Birliği 2014/910 Direktifi, 13 Aralık 1999 tarihinden beri yürürlükte olan 1999/93/EC Direktifini yürürlükten kaldırmıştır.

eIDAS Yönetmeliği, 17 Eylül 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da Yönetmeliğin 52. maddesinde anılan bazı maddeler hariç olmak üzere aslında 1 Temmuz 2016 tarihinde tam anlamıyla yürürlük kazanmıştır⁶⁵³. Bu Yönetmeliğin getirdiği başlıca özellik, Avrupa Birliği üyesi devletlerin bünyesindeki tüm kuruluşlara⁶⁵⁴, bu yönetmeliğe uygun olarak diğer üye devletlerin elektronik kimliklerini tanıma zorunluluğu getirilmiş olmasıdır. Bu özellik, devletleri dijitalleşmeye ve elektronik kimlik tanımaya zorlaması bakımından son derece dikkat çekicidir⁶⁵⁵. Elektronik kimliklendirme ve tanıma işlemlerinin tamamlanması için devletlere 29 Eylül 2018 tarihine kadar zaman verilmiştir⁶⁵⁶. Böylece eIDAS, elektronik kimlik ve güven hizmetlerini, Avrupa Birliği'nin iç pazarındaki elektronik işlemler için denetlemeyi ve düzenlemeyi amaçlamıştır. Bunun bir sonucu olarak da elektronik imza ve özellikle tanımını 1999/93 Direktifinden alan gelişmiş elektronik imza kavramı yenilenmiş olmaktadır.

Böylece “gelişmiş elektronik imza” kavramı esasında adını Avrupa Birliğinin 1999 tarihli Direktifinden almakla, sonradan güncellenmiştir. Ancak, Türk hukukunda kanuni düzenlemeler yapılırken, 1999 Direktifi dikkate alınmış olsa da başlangıçta kavram olarak gelişmiş elektronik imza değil, güvenli elektronik imza kavramı tercih edilmiştir. Farklı isimlerle anılsalar da bu imza çeşitleri özünde aynı teknolojiye

⁶⁵³ “[Regulation \(EU\) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC](#)”. EUR-Lex. The European Parliament and the Council of the European Union. Retrieved 18 March 2016; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1205, 1208, (beck-online.de).

⁶⁵⁴ Burada sözü edilen kuruluşların, kamusal olarak dijital hizmetler sunmakta olan kuruluşlar olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Procedure 2021/0136/COD on EUR-Lex, Procedure 2021/0136(COD) on the EIL, (uer-lex), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.02.2023).

⁶⁵⁵ Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014, (eu-lex.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶⁵⁶ Turner, Dawn M. “eIDAS from Directive to Regulation – Legal Aspects”. **Cryptomathic**, 18 March 2016.

dayanmaktadır. Yasal dayanakları ise sonradan yürürlükten kaldırılmış olsa bile hala Türk hukukunda kendisine bağlı düzenlemeler yürürlükte olan 1999 tarihli Avrupa Direktifi ve onun yerine kabul edilen eIDAS Yönetmeliğidir.

Tüm bu açıklamalar ışığında, Türk hukukunda Kanunda güvenli elektronik imza adıyla tanımı yapılan imza çeşidi aslen tanımını 1999 Direktifinden aldığından, aşağıda güvenli elektronik imzaya ilişkin açıklamalar yapılırken -yürürlükten kalkmış olsa da- 1999 Direktifi referans gösterilmeye devam edilecek; ayrıca yeri geldikçe yenilikler ve özellikler bakımından eIDAS Yönetmeliği de anılacaktır.

3. Güvenli Elektronik İmza

a. Güvenli Elektronik İmzanın İspat Hukuku Açısından Önemi

Güvenli elektronik imza kavramı, Avrupa Birliği 1999/93/CE Direktifinde tanımlanmıştır. Bu tanım, Avrupa Birliği üyesi ülkelerin güvenli elektronik imzaya ilişkin düzenlemelerini etkilemiş ve temel oluşturmuştur. Türk hukukunda da Elektronik İmza Kanununda güvenli elektronik imzanın tanımı yapılırken anılan Direktiften ve Almanya, Avusturya gibi üye ülkelerin düzenlemelerinden yararlanılmıştır⁶⁵⁷.

5070 sayılı ve 15 Ocak 2004 kabul tarihli Elektronik İmza Kanununda güvenli elektronik imzanın tanımı açıkça yapılmaktadır. Elektronik İmza Kanununun “güvenli elektronik imza” başlığını taşıyan 4. maddesi şu şekildedir:

“a) Münhasıran imza sahibine bağlı olan,

⁶⁵⁷ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3455; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

b) Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan,

c) Nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan,

d) İmzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan,

elektronik imzadır.”

Görüldüğü üzere güvenlik elektronik imza hukukumuzda açıkça tanımlanmış bir imza çeşididir. Tanımda öne çıkan iki önemli özellik vardır. Bunlar, güvenli elektronik imzanın tespit sağlama işlevleridir. Bu tespit; kimlik tespiti ve güvenilirlik unsurunun tespitini odağına alır.

Almanya’da da 1999 tarihli Avrupa Birliği Direktifine dayanılarak 2001 tarihli Federal Elektronik İmza Kanunu kabul edilmiştir. Bu Kanun hem Türk hukukundaki imza düzenlemeleri yapılırken yararlanılmış olması hem de elektronik imzaya ilişkin teknik ayrıntılara dair katalog tanımlar içermesi nedeniyle dikkati hak eder. Alman Federal Elektronik İmza Kanunu (*Bundesgesetz über Elektronische Signaturen*) üç temel elektronik imza çeşidini düzenlemiştir. Bunların tamamı Kanunun 2. maddesinde sayılmakla birlikte; basit elektronik imza, gelişmiş elektronik imza ve güvenli elektronik imza olarak anılmaktadır⁶⁵⁸. Güvenli elektronik imza şu şekilde tanımlanmaktadır: “Güvenli elektronik imzayı oluşturabilmeye elverişli bir araçla oluşturulmuş ve nitelikli bir sertifikaya bağlanmış olan elektronik imza çeşidi, güvenli elektronik imzadır”⁶⁵⁹.

⁶⁵⁸ Bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3455; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023); Ertugut, **E-Belge ve E-İmza**, s. 66.

⁶⁵⁹ Alman Federal Elektronik İmza Kanununun ilgili hükmü şu şekildedir: “*Qualifizierte elektronische Signatur: eine fortgeschrittene elektronische Signatur, die auf einem qualifizierten Zertifikat beruht und von einer sicheren Signaturerstellungseinheit erstellt wird.*” Ayrıca bkz. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3455, dn. 76.

Borçlar Kanununun 15. maddesinde güvenli elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı düzenlenmiştir. Bunun anlamı, güvenli elektronik imza tanımını tam olarak karşılayan bir elektronik imzanın, el yazısıyla atılmış bir imzadan maddi hukukta doğacak hukuki sonuçları bakımından bir farkının bulunmamasıdır. Böylece güvenli elektronik imza ile el yazılı imza aynı değerde kabul edilmiş olmaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanununda güvenli elektronik imzaya ilişkin 205. maddenin ikinci fıkrasında, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu hüküm altına alınmıştır. Alman Federal Elektronik İmza Kanununda da benzer şekilde güvenli elektronik imzanın elle atılan imzaya ilişkin hukuki işlevleri karşıladığına ilişkin bir hükme yer verilmiştir⁶⁶⁰. Böylece, elektronik imzanın güvenli elektronik imza olarak adlandırılmasının önemi bu hükümle vurgulanmış olmaktadır. Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki paralel hükümlerin bir benzeri olarak, Alman hukukunda da Alman Medenî Kanununun 886. maddesine bir gönderme ile elektronik imzanın hukuki işlemlerdeki imza değerine atıf yapılmakta olduğuna dikkat çekilmiştir⁶⁶¹.

Tüm bu açıklamalar ışığında güvenli elektronik imzayı ispat hukuku açısından özel kılan, nitelikli olmasının hukuki neticeye bağlanmış olmasıdır. Türk hukuku bakımından bunun anlamı güvenli elektronik imzalı belgenin bir kesin delil kabul edilmesidir. Ancak, öyle olmasa dahi sağladığı kuvvetli kimlik tespiti işlevi sebebiyle, güvenli elektronik imza taşıyan belge yine de değerli bir belge olarak kabul edilmektedir.

⁶⁶⁰ Bu hüküm Alman Federal Elektronik İmza Kanununun 4. maddesinde yer alır. Bu yönde bkz. bundesgezets.de/SigG/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶⁶¹ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 3456, dn. 77.

b. Güvenli Elektronik İmzanın Hâkim Tarafından Re'sen İncelenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanununun güvenli elektronik imzanın delil değerini düzenleyen 205. maddesinin ikinci fıkrasının yanında, aynı maddenin üçüncü fıkrasında da güvenli elektronik imzanın nasıl inceleneceğine ilişkin bir hüküm yer almaktadır. Bu hükme göre, hâkim mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığını re'sen inceler.

Almanya'da Federal Elektronik İmza Kanunu kabul edilmeden önce de elektronik imzalı belgelerin, zaten keşif ve bilirkişi delilinin konusu olarak mahkeme tarafından tahkik edildiği ifade edilmiştir⁶⁶². Burada ifade edilmek istenen görüş, Kanunun kabulünden önce de katı delil sistemi karşısında, elektronik imzalı belgelerin caiz birer delil olarak zaten keşif ya da bilirkişi delilinin konusu olarak ispat faaliyetinde kendine yer bulduğu noktasındadır. Bu nedenle de bu Kanundan önce elektronik belgelerin incelenmesi bakımından aslında böyle bir değişikliğe ihtiyaç olmadığı dile getirilmiştir⁶⁶³. Doktrindeki bu görüşe göre, Alman Medenî Usûl Kanununda bu hususta bir değişiklik gerekli değildir⁶⁶⁴.

Yukarıda da yeri geldikçe değinildiği gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Elektronik İmza Kanununun yanında, güvenli elektronik imzaya ilişkin bir diğer düzenleme ise, Borçlar Kanununda 15. maddede yer almaktadır. Bu noktada bu hükmün Borçlar Kanununda yer alması bir usûl hukuku kurumunu düzenliyor olması bakımından eleştirilmiştir. Bunun ispat kuvvetine ilişkin bir hüküm olduğu ve maddi hukuka ilişkin bir düzenlemede yer almaması gerektiği, bunun sistematik olarak doğru olmadığı hususunda görüşler dile getirilmiştir⁶⁶⁵.

⁶⁶² Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1205, 1208, (beck-online.de).

⁶⁶³ Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1205, 1208, (beck-online.de).

⁶⁶⁴ Erturgut, *Elektronik İmza*, s. 141; Jungermann, s. 71; Yılmaz, *a.g.e.*, s. 3459, dn. 91. Ayrıca bkz. Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1205, 1208, (beck-online.de).

⁶⁶⁵ Albayrak, *Elektronik Belge*, s. 11; Aksoy, Sanem: *Borçlar Hukukunda Güvenli Elektronik İmza, HPD*, Aralık 2005, s.254. Ayrıca bkz. Yıldırım/Pürselim, *a.g.e.*, s.1110; Leyla Keser Berber, *Elektronik*

Sonuç olarak tüm bu düzenlemeler ışığında, güvenli elektronik imza bugün için geleneksel imzaya yasal olarak eş bir imza çeşididir⁶⁶⁶. Bu imza çeşidine göre elektronik belgenin ispat değeri değişir. Bu nedenle, bir elektronik belge üzerindeki imza unsuru hukuken ne kadar önemliyse, imzanın nitelik olarak hangi elektronik imza çeşidine dahil olduğu da bir o kadar önem arz eder⁶⁶⁷. Elektronik imzanın niteliğine göre hâkim tarafından incelenme usûlü ve delil olma özelliği de farklılık gösterir. Elektronik belgelerin keşif konusu olması bakımından, işte bu nedenlerle güvenli elektronik imzanın temellerinin ve özelliklerinin bilinmesi gerekir. Böylece hâkim belgenin taşıdığı imzaya ve bu imzanın niteliğine göre, belgenin hangi delil aracına elverişli olduğuna karar verebilecektir.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki, elektronik imza bakımından özellikle Avrupa Birliği bünyesinde yapılan çalışmalar ve getirilen düzenlemeler olumlu karşılanmakla birlikte, bunların her ülkenin iç hukuk kurallarının kendi arasındaki ahengini bozacak etkileri olabileceği vurgulanmaktadır. Bunun bir görünümü de hâkimin takdir yetkisi ve yargılamanın temel ilkeleri üzerindeki etkidir. Bu vesileyle, her yasal modernizasyon girişiminin, bir konuyu tamamen yeni baştan düzenlemeye çalışmaması gerektiği, özellikle yalnız uygulamadan bilinen düzenleme eksikliklerini gidermek üzerine yoğunlaşılması tavsiye edilmektedir⁶⁶⁸. Böylece, özellikle medenî yargılama gibi köklü ilkelere sahip ve hâkimin kanaatini belgelerle oluşturma alışkanlığının ön planda olduğu bir alanda, genel konseptte entegre edilmiş düzenlemeler yoluyla ve hâkimlerin takdir yetkisini sınırlandırmadan ihtiyaçların karşılanması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁶⁹. Neticede, özellikle Avrupa modernizasyon projelerinin öngördüğü kurallar benimsenirken, her zaman uyum hedeflenen ülkeye özgü düzenlemelerle uygun bir denge kurulmaya çalışılmalıdır⁶⁷⁰.

İmzanın Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, (leylakeser.org), ([cevrimiçi, 29.12.2022](#)).

⁶⁶⁶ Jungermann, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁶⁷ Jungermann, **a.g.e.**, s. 71.

⁶⁶⁸ Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁶⁹ Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁷⁰ Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1205, (beck-online.de).

c. eIDAS Yönetmeliği Kapsamında Güvenli Elektronik İmzanın Elektronik Güvenlik ve Kimliklendirmeye İlgili Öne Çıkan Özellikleri

Yukarıda sözü edilen 1999 Direktifi ve daha sonra onun yerine kabul edilen eIDAS Yönetmeliği güvenli elektronik imzanın tanımı ve kullanım alanlarını yönlendiren önemli düzenlemelerdir. İmzanın “güvenli” olmasının sağlanabilmesi ve güvenli elektronik imzanın tanım olarak uluslararası düzeyde bir standarda kavuşmasında bu düzenlemelerin rolü büyüktür. Aslında yalnız anılan direktifler değil, Avrupa Birliği’nin dijitalleşme alanında son dönemde yayımlamış olduğu pek çok düzenleme bu alanda yol gösterici olmaktadır. Özellikle elektronik imza ve elektronik kimliklendirme bakımından, eIDAS Yönetmeliğiyle birlikte örneğin posta yoluyla bir veriyi fiziken göndermek ya da kâğıda dökülmüş bir veriyi bir yere teslim etmek için şahsen gitmek yerine, artık yalnızca “tıklama” teknolojisi ile işlemler gerçekleştirilebilmektedir.⁶⁷¹ Öyle ki bu işlemler yalnız aynı ilçe, şehir ve hatta ülke bakımından değil, sınırlar ötesi, ülkeler hatta kıtalar arası dahi gerçekleştirilebilmektedir.

İşte eIDAS Yönetmeliği ile, elektronik imzanın, nitelikli sertifikanın, elektronik mührün, zaman damgasının, öz değer ve buna benzer diğer elektronik güvenlik araçlarının standart hale gelmesi amaçlanmıştır. Böylece, bu güvenlik araçlarıyla, elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemlerin, fiziki ortamda kâğıt üzerinde gerçekleştirilen hukuki işlemlerle aynı statüye sahip elektronik işlemler olmasına olanak sağlayan standartlar sağlanmış olmaktadır.⁶⁷² Bu nedenle eIDAS

⁶⁷¹ Turner, Dawn. “Understanding eIDAS”, (cryptomatic.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1206, (beck-online.de).

⁶⁷² [eIDAS in force, applies and exceptions on Europa.eu](#); “A Big Step Toward the European Digital Single Market”, **Inside Magazine**, 27 March 2019, (europa.eu), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020);

Yönetmeliği, Avrupa Birliği üye devletlerini, Avrupa Birliği içinde elektronik imza sistemi oluşturma hedefine ulaşmalarına izin verecek kanuni düzenlemeleri hazırlamak ve kabul etmekle sorumlu kılmıştır. Böylece 1 Temmuz 2016 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere Avrupa genelinde eIDAS Yönetmeliği Kanun değerinde doğrudan üye ülkeleri bağlar hale gelmiştir⁶⁷³. eIDAS Yönetmeliğinin, Avrupa Komisyonu’nun Avrupa’nın dijital gündemine odaklanmasının bir sonucu olduğu ifade edilmiştir⁶⁷⁴. Hedef ise terimsel olarak ilgi çekici olan “dijital büyüme” ve “dijital büyümeyi teşvik etme” dir.⁶⁷⁵. Ancak, bunu yaparken Avrupa Birliğinin teknoloji kullanımına ilişkin diğer düzenlemelerinin kapsamından çıkılmamalıdır. Yenilikler bir bütünlük içinde uygulanmalıdır.

eIDAS esasında elektronik imza kavramına tabiri caizse aşamalı ya da kümülatif denebilecek bir bakış açısıyla yaklaşmaktadır. Bu nedenle, elektronik imzayı özelliklerine göre tanımlama çabasıyla birlikte, bu özelliklere sahip olmayan imzayı da dışlamamaya gayret eder. Bu nedenledir ki, gelişmiş, güvenli ya da elektronik imza olmayan alelade elektronik imzanın, sırf basit olduğu için mahkemede kabul edilemez olduğu anlamını çıkarmamak gerektiği (*legal effect of admissibility in court*) ifade edilmektedir.⁶⁷⁶. Yani eIDAS’a göre, yönetmelikte tanımlanan niteliklere sahip olmadığı için bir basit elektronik imzanın mahkemede kabul görmeyeceğini söylemek doğru olmaz.

Basit elektronik imzanın değeri ve hâkimce değerlendirilebilir olduğu kabul edilmekle birlikte asıl mesele, nitelikli elektronik imzaya el yazılı imzayla birebir aynı

Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁷³ “Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC”, (europa.eu); Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1208, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶⁷⁴ Ayrıca bkz. European Commission, “eIDAS-Node integration package”, (europa.eu), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.07.2020).

⁶⁷⁵ Buna göre, eIDAS kapsamında Avrupa Birliğinin dijitalleşmeye ilişkin diğer regülasyonlarıyla bağlantıyı kaybetmeden, kurum ve kuruluşların daha yüksek düzeyde elektronik güvenlik ve elektronik inovasyon geliştirme ve kullanmaya teşvik edilmesi ve hatta zorlanması söz konusudur. Bu yönde bkz. “Understanding eIDAS – All you ever wanted to know about the new EU Electronic Signature Regulation”, **Legal Technology**, 1 March 2016, (beck-online.de).

⁶⁷⁶ Rogers, **Virtual Authenticity**, s. 26; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1208, (beck-online.de).

değerin kazandırılmak istendiği gerçeğidir. Buna göre, eIDAS'ın elektronik imza, elektronik güvenlik ve kimliklendirme ile ilgili öne çıkan odak noktaları olarak şunlar gösterilmektedir: *Birlikte çalışılabilirlik (Interoperability)*; bunun anlamı eIDAS kurallarını kabul eden devletlerin, diğer devletlerin elektronik kimliklerini (*elektronik Identification - eID*) tanınması gerekliliğidir. Bu adeta bir ilk adımdır. Böylece devletler elektronik kimliklerin güvenlik ve özgünlük özelliklerini sağlayacak ortak bir çerçeve oluşturmuş olurlar. Bunun sonucu olarak da ülkeler arası mesafe unsuru ya da yabancılık unsuru sorun olmaksızın işlem yapmak daha pratik bir hale gelir. Aynı zamanda yeknesaklık sağlanmış olur. Elektronik imzanın güvenli olmasına bağlanacak sonuçları elde etmek kolaylaşır.⁶⁷⁷

Şeffaflık (Transparency); eIDAS Yönetmeliği, merkezi imza çerçevesi içinde güvenilir hizmetler listesini açık ve erişilebilir tutmayı ve bunları devletlerin kullanımına sunmayı sağlar. Böylece kullanıcıların en iyi araçlar ve teknolojiye ulaşma imkânları sağlanır. Şeffaflık da elektronik imzanın güvence altına alınmasına hizmet eder.⁶⁷⁸

Yukarıda sözü edilen iki önemli odak noktası olan birlikte çalışılabilirlik ve şeffaflık kriterleri yanında, eIDAS ayrıca elektronik ortamdaki işlemler bakımından, başlıca elektronik eylemler için uygun ortam sağlamayı amaçlamıştır.⁶⁷⁹ Bunlardan en önemlisi ise “gelişmiş elektronik imza”dır. Buna göre, en basit ifadeyle elektronik imza, belirli koşulları sağlıyorsa gelişmiş imza olarak kabul edilecektir.⁶⁸⁰ İkinci olarak, elektronik imzayı yaratmak için gerekli veri akışının kontrolü yalnızca imza sahibinin hâkimiyetinde olmalıdır. Üçüncü olarak, elektronik imzayı oluşturan elektronik verilerin, elektronik yolculukları esnasında müdahaleye uğrayıp uğramadıkları, daha doğru bir ifadeyle imza sahibinin rızası dışında değiştirilip

⁶⁷⁷ Rogers, *Virtual Authenticity*, s. 26; Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁷⁸ Commission Recommendation (EU) 2021/946 of 3 June 2021 on a common Union Toolbox for a coordinated approach towards a European Digital Identity Framework on EUR-Lex, (eur-lex.com).

⁶⁷⁹ Klein, S., “Die Beweiskraft elektronischer Verträge zur Entwicklung der zivilprozessrechtlichen Vorschriften über die Beweiskraft elektronischer Dokumente“, *JurPC*, (Web-Dok.) 198/2007, Abs. 1 – 71.

⁶⁸⁰ Klein, *a.g.e.*, s. 34.

değiştirilmediklerinin belirlenebilmesi gereklidir.⁶⁸¹ Bunu tespit edecek teknolojinin standart olarak tüm imza sahipleri bakımından uygulanabilir olması sağlanmalıdır. Aksi halde, imza geçersiz olarak işaretlenmelidir. Geçersiz imza ile imzalanmış veri de iki riskle karşı karşıya kalır. Bunlardan ilki, o belgenin geçerliliğini yitirmesidir. Diğer risk ise ispat faaliyetindeki değerini kaybetmesidir. Dördüncü olarak, bu teknolojiye imza sahibinin kimliğini şüpheye yer vermeden doğrulayan bir elektronik kanıt sunabilen “elektronik imza sertifikası” “*a certificate for electronic signature*” bulunmaktadır.⁶⁸² Beşinci olarak, gelişmiş elektronik imzalar (*Advanced electronic signatures*), teknik olarak *ETSI*⁶⁸³ tarafından belirtilen dijital imzalar için *XAdES*, *PadES*, *CadES* veya *AsiC* temel profil (ilişkili imza konteynerleri) standardı izlenerek uygulanabilmektedirler.⁶⁸⁴

Yukarıda sayılanların dışında eIDAS Yönetmeliğinde ayrıca nitelikli elektronik imza (*Qualified electronic signature*), elektronik imza için nitelikli dijital sertifika (*Qualified digital certificate for electronic signature*), güven hizmeti (*trust service*) gibi terimlerin de tanımları ve standart oluşturacak şekilde esasları düzenlenmektedir.⁶⁸⁵

Buna göre, nitelikli elektronik imza, elektronik imza için nitelikli bir sertifikaya dayanan bir elektronik imza oluşturma aygıtı tarafından yaratılmış gelişmiş elektronik imzayı ifade eder.⁶⁸⁶ Bu tanımla gelişmiş elektronik imza ile nitelikli elektronik imza kavramlarının arasındaki ince fark da ortaya konulmuş olmaktadır.⁶⁸⁷

⁶⁸¹ Klein, a.g.e., s.34.

⁶⁸² Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁸³ Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1208, (beck-online.de).

⁶⁸⁴ Regulation (EU) No 910/2014 of the European Parliament and of the Council of 23 July 2014; The European Union, “Regulations, Directives and other acts”. (europa.eu).

⁶⁸⁵ Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1205, 1208, (beck-online.de).

⁶⁸⁶ Van Zijp, Jacques. “Is the EU ready for eIDAS?”. Secure Identity Alliance. Archived from the original on 22 November 2016. Retrieved 18 March 2016; J.A., Ashiq. “The eIDAS Agenda: Innovation, Interoperability and Transparency”. Cryptomathic. Retrieved 18 March 2016.

⁶⁸⁷ Jandt, *Folgen der europäischen Harmonisierung*, s. 1208, (beck-online.de).

Nitelikli dijital sertifika, nitelikli bir elektronik imzanın gerçekliğini doğrulayan ve nitelikli bir güven hizmet sağlayıcısı tarafından verilmiş sertifikayı ifade eder⁶⁸⁸. Güven hizmeti ise; zaman damgası, elektronik mühür ve imza gibi doğrulama araçlarını kontrol eden ve doğruluğunu onaylayan hizmeti ifade eder⁶⁸⁹.

Burada elektronik imza ile eşdeğer özelliklere sahip elektronik mühür kavramını anmak gerekir. Elektronik mühür (*electronic seals - legal entities' version of signatures*), imzanın tüzel kişiler bakımından elektronik versiyonu olarak tanımlanmaktadır⁶⁹⁰.

Güvenli elektronik imzanın sağladığı güven unsurunun önemi sebebiyle tabiri caizse bir oyun değiştiren olduğu ifade edilmektedir⁶⁹¹. Bu özellik hem uluslararası hem de ulusal düzenlemelerle bir elektronik imzanın, güvenli elektronik imza olma şartlarını taşıdığının tespit edilmesiyle kazandığı bir niteliktir. Yani doğrudan düzenlenmiş ve kategorize edilmiş bir imza çeşididir. Bunun sonucu olarak dünya çapında geçerli olan standartların ve düzenlemelerin yeknesak şekilde uygulanması, yalnız ispat faaliyetinde kolaylık sağlamakla kalmamakta; genel olarak özel hukuk ilişkilerinin ve belge alışverişindeki güvenliğin sağlanmasını temin etmektedir.

⁶⁸⁸ Turner, Dawn M. “eIDAS from Directive to Regulation – Legal Aspects”. Cryptomathic. Retrieved 18 March 2016; “Towards principles and guidance for eID interoperability on online platforms” (PDF). Europa.eu. European Commission. Archived (PDF) from the original on 24 June 2019. Retrieved 29 August 2021.

⁶⁸⁹ Bender, Jens. “eIDAS Regulation: EID – Opportunities and Risks” (PDF). Bunde.de. Fraunhofer-Gesellschaft. Retrieved 18 March 2016; Turner, Dawn M. “The Difference Between an Electronic Signature and a Digital Signature”. Cryptomathic. Retrieved 21 April 2016.

⁶⁹⁰ “A Digital Agenda For Europe”. Eur-Lex. The European Commission. Retrieved 18 March 2016; “Regulation (Eu) No 910/2014 Of The European Parliament And Of The Council of 23 July 2014 on electronic identification and trust services for electronic transactions in the internal market and repealing Directive 1999/93/EC”. – The text of the eIDAS EU regulation.

⁶⁹¹ Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s, 1208, (beck-online.de).

4. Sertifikaya Dayanan Elektronik İmza

Elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı yukarıda ayrı bir başlık altında kısaca incelenmişti. Burada bir elektronik imzanın, sertifikaya dayanması halinde kazanacağı özellikler ve önem arz eden bazı yönleri kısaca incelenecektir. Burada tartışılan husus, bir ülkeden sağlanan sertifikaya dayanmakta olan elektronik imzanın, bir başka ülke bakımından bağlayıcı olup olmadığı olmuştur.⁶⁹² Bu hususta Almanya örneği verilerek, ikili bir ayırım yapılmak suretiyle bir çözüm yolu bulunabileceği dile getirilmiştir.⁶⁹³ Buna göre, örneğin Alman hukukunda benzer bir durumla karşılaşıldığında öncelikle sözkonusu yabancı ülkenin Avrupa Birliğine üye bir devlet olup olmadığına dikkat edildiği, üye bir devlet değilse de Avrupa Birliğinin konuya ilişkin yeknesaklık getiren çeşitli düzenlemelerini kabul eden bir ülke olup olmadığına bakıldığı ifade edilmiştir.⁶⁹⁴ Sözkonusu sertifika sağlayıcının sunduğu sertifikalar güvenlik unsuru bakımından ancak bu halde eşdeğer kabul edilebilecektir. Eğer sertifikanın verilmiş olduğu ülke Avrupa Birliği ülkelerinden değilse ve bir yeknesaklık da tespit edilemiyorsa, bu halde bir bakıma karşılıklılık esasının arandığını söylemek mümkündür.⁶⁹⁵ Bu durumda sözkonusu sertifikaya dayanan imzanın, o ülkenin sertifikaya dayanan imzasıyla eşdeğer tutulabilmesi için, o ülkeyle karşılıklı anlaşma yapılmış olması beklenmektedir. Böylece iki ülkenin sertifika sağlama koşullarının ve imza değerinin eşdeğer olduğu kabul edilmiş olur.

Ayrıca, Avrupa hukukundan kaynaklanan elektronik imza düzenlemelerine ve sertifikaya dayanan imza çeşidine ilişkin olarak, Alman Medenî Usûl Kanununun elektronik belgeler üzerinde keşfi düzenleyen 371a ve 371b maddelerinin uygulama alanını sınırlandıran düzenlemeler olmadığı belirtilmektedir. Buna göre, elektronik verilerin çıktıları alınarak veya ekranda yazılı karakterlerle görüntülenerek

⁶⁹² Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 749.

⁶⁹³ Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 749. Pekcanitez, burada elektronik imzaya ilişkin yapılacak düzenlemeler bakımından temkinli olunması gerektiğini hatırlatarak, yine Almanya örneği üzerinden, Almanya’da dijital imzanın kabul edilmesinden sonra bir süre beklendiğini, uygulamanın bir süreliğine takip edilmesinden sonra elektronik belgelerin delil gücü hakkında düzenleme yapıldığını, (ZPO m. 292a, 299a, 371a) bunun için bilinçli olarak bir süre beklendiğini ifade etmiştir. Bu yönde bkz. **a.g.e.**

⁶⁹⁴ Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 749.

⁶⁹⁵ Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 749.

okunabilmeleri mümkün olduğu gibi; elektronik ortamda orijinal dosya formatlarında saklanan orijinal halleri üzerinden de keşif mümkündür. Sonuç olarak, eIDAS Yönetmeliğinin elektronik imzayı geniş bir şekilde düzenlemesi, onları keşif nesneleri olmaları bakımından sınırlamak için bir neden olarak görülmemelidir.⁶⁹⁶ Yukarıda sırasıyla ele alınmış olan; keşfin karakteristik özellikleri ve keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırma ölçütlerine göre, elektronik imzalı belgeler keşfin konusunu teşkil ederler.

⁶⁹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 205; Jandt, **Folgen der europäischen Harmonisierung**, s. 1205, 1208; Roßnagel, **Elektronische Transaktionen**, s. 3691. *Drehsen*'e göre, 5. maddenin 1. ve 2. paragrafında, Avrupa Konseyi'nin yukarıda da sözü edilen elektronik imzalar için bir Topluluk çerçevesine ilişkin 13 Aralık 1999 tarihli 1999/93/EC sayılı Direktifi (1999/93/EC sayılı Direktif) nitelikli elektronik imzaların genel olarak mahkeme önünde ispat faaliyetlerinde delil olarak kabul edilmesini gerektirmektedir. Alman Medenî Usûl Kanunu §§ 371a, 371b'de yer alan elektronik belgelerin ispat gücüne ilişkin hükümleri, 1999/93/AT sayılı Direktifin bu asgari kapsamının ötesine geçmekte ve bu nedenle, bu asgari kapsamının ihlal edilmemesi için, Alman ZPO §§ 371a ve 371b'nin yorumlanmasına ilişkin 1999/93/AT sayılı Direktiften kaynaklanabilecek herhangi bir kısıtlamanın söz konusu olmadığı aşırı bir uygulamayı temsil ettiği ifade edilmektedir. Bunun anlamı adı geçen düzenlemeler sebebiyle ispat sınırlarının nitelikli elektronik imzalı belgeler lehine zorlanıyor olması, ancak bunların yine de izin verilebilir ölçülerde olduğudur. Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 23 Temmuz 2014 tarihli ve 910/2014 sayılı Tüzüğü'nün (AB) elektronik kimlik belirleme ve 2014 tarihli ve 1999/93/AT sayılı Direktifi (910/2014 sayılı Tüzük) yürürlükten kaldıran "İç Pazardaki Elektronik İşlemlere Yönelik Elektronik Kimlik ve Güven Hizmetlerine İlişkin Tüzük" de verilerin çıktı alınarak veya ekranda yazılı karakterlerle görüntülenerek okunabilecek dosya formatlarında saklandığı elektronik belgelere yönelik herhangi bir kısıtlama içermemektedir. Hatta bir görüşe göre, Alman Medenî Usûl Kanununun 371a ve 371b maddelerinde düzenlenmiş olan keşif hükümleri, 910/2014 sayılı Tüzükten etkilenmemiştir. Burada hatırlatmak gerekir ki tıpkı Türk Elektronik İmza Kanunundaki gibi, 910/2014 sayılı Tüzük'ün 25. maddesinin 2. paragrafı, nitelikli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı hukuki etkiye sahip olduğunu belirtmektedir. Yani nitelikli sertifika hizmet sağlayıcı tarafından sağlanmış olmak koşuluyla, bu nitelikte bir elektronik imza el mahsulü bir imza kadar yasal etkiye ve güce sahiptir. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 205.

III. KEŞFİN KONUSU OLABİLECEK BAŞLICA ELEKTRONİK BELGE ÇEŞİTLERİ

A. Genel Olarak

Elektronik belge geniş bir belgeler yelpazesini ifade etmekle birlikte, bu belgeler özelliklerine göre ayrılmaktadır. Belgenin gün geçtikçe daha geniş bir kavram olarak algılanmasına neden olan faktör, elektronik belge tanımının giderek genişlemesinden başka bir şey değildir. Elektronik belgenin çeşitlerini ortaya koymayı hedefleyen çalışmalara bakıldığında⁶⁹⁷, her yıl en az yeni bir elektronik belge türünün literatüre dahil edildiğine rastlanır⁶⁹⁸. Belirli kriterler üzerinden elektronik belgeleri çeşitlendirmek mümkün ise de elektronik belgeler, temelde aynı olan bazı orijin özellikler taşırlar ve ortak sayısal mantığa sahiptirler.

Yukarıda belge kavramı genel olarak ele alınırken, birer belge çeşidi olarak elektronik belge ve elektronik imzalı belge kavramlarının tanımlarına da yer verilmişti⁶⁹⁹. Bu başlık altında elektronik belgenin tanımlanmasından ziyade, mahkeme kararlarında en çok rastlanan türleri üzerinden bir örneklendirme yoluna gidilecektir. Aşağıda keşfin konusunu teşkil edebilecek belli başlı elektronik belge çeşitlerine örnekler üzerinden değinilmeye çalışılmıştır. Ancak konunun dinamik karakterinden ötürü bunun sınırlı bir sayma ya da çeşitlendirme olmadığını belirtmek gerekir. Burada yalnızca hem uygulamayı meşgul etme sıklığı hem de yargılama istatistiklerinde en çok adı geçenler dikkate alınarak, genel bir sınıflandırma yoluna gidilmiştir.

⁶⁹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 205, Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 3 vd.

⁶⁹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 205; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 3 vd.

⁶⁹⁹ Belge kavramı, elektronik belge kavramı ve ayrıca elektronik imzalı belge kavramlarına ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. II. bölüm, II.

B. Elektronik Senet

1. Genel Olarak

Elektronik senet, elektronik belge çeşitleri içinde yeni bir türü oluşturmaktadır. Geleneksel yöntemlerle oluşturulan ve kâğıt üzerinde cisim bulan adi ve resmi senet kavramlarının yanında bir üçüncü tür olarak elektronik senetleri de eklemek gerekip gerekmediğine ilişkin farklı düşünceler mevcuttur.⁷⁰⁰

Senet, Türk delil sistemi bakımından belge kavramının içinde önemli ispat gücüne sahip bir kategoriye temsil eder. Her senet bir belge iken, her belge için senet demek doğru değildir. Bir belgenin senet niteliğini kazanabilmesi için taşıması gereken belirli şartlar vardır. Burada senet niteliğini kazanmak derken, “kazanmak” sözcüğünün seçilmesi tesadüf değildir. Zira bir belge senet niteliğini elde ettiğinde, ispat hukuku bakımından son derece ayrıcalıklı bir değer “kazanmış” olur. Bu değer, kesin delil olma özelliğidir.⁷⁰¹

Bir belgenin senet kabul edilebilmesi için taşıması gereken şartlar, yazılı olması, düzenleyeni borç altına sokan bir irade beyanı içermesi ve imza şartı olarak sayılmaktadır.⁷⁰² Bu çalışmada şimdiye kadar yapılan tüm açıklamalarda elektronik imzanın varlığının elektronik belgeye nasıl değer kattığı sık sık vurgulanmıştı. İşte imzanın değerinin kendini doğrudan gösterdiği elektronik belge çeşitlerinin başında senetler gelmektedir. Güvenli elektronik imzalı bir belgenin, senedin unsurları ve

⁷⁰⁰ Yıldırım/Pürselim, **a.g.e.**, s. 1112; Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 17.

⁷⁰¹ Kesin delil olma özelliğinin, bir elektronik verinin keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılmasında da rolü vardır. Bu bağlamda elektronik verilerin ispat gücüne göre keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, I, E, b.

⁷⁰² Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 786; Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1773 vd.; Yavuz Alangoya, “Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan**, Ankara, 2004, s. 521-531, s. 523 vd.

kendisine bağlanan hukuki sonuç bakımından senet hükmünde sayılması halinde, o elektronik belge, aynı zamanda bir elektronik senet olarak adlandırılabilir.⁷⁰³

Elektronik senet kavramını da kendi içinde elektronik adi senet ve elektronik resmi senet olarak ayırmak mümkündür.⁷⁰⁴ Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin birinci fıkrasında, güvenli elektronik imzanın elle atılan imza ile aynı sonucu doğuracağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak güvenli elektronik imza ile imzalanmış bir elektronik senet, imza unsuru bakımından el yazısı ile imzalanmış senetle aynı hukuki niteliği haizdir.

Elektronik İmza Kanununun 5. maddesinin ikinci fıkrasında ise kanunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemlerin ve teminat sözleşmelerinin (banka teminat mektupları dışındaki), güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmiştir. Bu hüküm esasında resmi şekil öngörülen işlemler bakımından elektronik ortam yolunu kapatmış görünmektedir.⁷⁰⁵ Zira, imza olmaksızın senedin unsurlarından biri eksik kalır. Bununla birlikte, Elektronik İmza Kanununun 2004 yılında kabul edildiği de göz önüne alınmalıdır. 2004 yılından sonra, teknolojik imkânların gelişmesine paralel olarak çeşitli kanunlarda elektronik hukuki işlemlere kolaylık sağlayacak düzenlemeler de yapılmıştır.⁷⁰⁶

Senedin unsurlarından olan yazılılık, senedin muhakkak bir kâğıt üzerine yazılmış olması olarak anlaşılmamalıdır. Senedin dış aleme yansıyacak şekilde varlık kazanmasının, yani kâğıt ya da başka herhangi bir cisim üzerine yazılmış olmasının da yeterli olacağı vurgulanmaktadır.⁷⁰⁷ Nitekim, Borçlar Kanununun 14. maddesinin

⁷⁰³ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷⁰⁴ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷⁰⁵ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16. Ayrıca bkz. Davut Gürses, **Hukuki Açıdan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 69.

⁷⁰⁶ Ertan/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷⁰⁷ Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1773; Nart, **Senetle İspat**, s. 213 vd.; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 786.

ikinci fıkrasına göre, Kanunda aksi öngörülmedikçe, güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer.⁷⁰⁸

Elektronik senetler bakımından önemli bir yenilik ise 1512 sayılı 18.01.1972 tarihli Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesidir. Noterlik Kanununun 198/A maddesiyle birlikte, elektronik resmi senet düzenlenmesi mümkün hale gelmiştir.⁷⁰⁹ Bu noterlik işlemlerini ve elektronik senet tanımını ilgilendiren önemli bir düzenlemedir. Çünkü, bu düzenlemeyle elektronik senet tanımının genişlediğini söylemek mümkündür.

Burada belirtmek gerekir ki, Hukuk Muhakemeleri Kanununda resmi elektronik senede ilişkin bir hüküm yer almamaktadır. Ancak, Noterlik Kanunundaki hüküm, noterler tarafından gerçekleştirilebilecek elektronik işlemler bakımından önemli bir yenilik olarak görülmektedir.⁷¹⁰ Elbette burada da işlem güvenliği bakımından elektronik imza yine ön plana çıkmaktadır.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 205. maddesinin ikinci fıkrasında, elektronik verilerin, usûlüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulduklarında senet hükmünde olacağı düzenlenmiştir.⁷¹¹ Doktrinde, Hukuk Muhakemeleri Kanununun ifadesinden yola çıkılarak, adi senet hükmünde güvenli elektronik imzalı belge olabildiğine göre, resmi senet hükmünde güvenli elektronik imzalı belge de olabileceği dile getirilmektedir.⁷¹² Kaldı ki Noterlik Kanununda yapılan düzenleme de bu düşünceyi destekler niteliktedir.

⁷⁰⁸ Tamer Sosyal, “Teknik ve Hukuki Açıdan Elektronik İmza”, **Legal Hukuk Dergisi**, Mart 2006, s. 697-733, s. 707 vd.

⁷⁰⁹ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷¹⁰ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷¹¹ HMK m. 205, f. 2 hükmünde, açıkça elektronik senede imkân tanınmakla birlikte, madde gerekçesinde de elektronik senetlerin niçin doğrudan adi senet olarak kabul edilmediğine ilişkin açıklama getirilmiştir. Gerekçede adi senetlerin inkarı ile elektronik belgelerin inkarı halinde uygulanacak usûlün ayrı maddelerde düzenlenmiş olduğu vurgulanmıştır. Bu yönde bkz. Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷¹² Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 17; Acar, **a.g.e.**, s. 167.

Elektronik senetlerden söz ederken, ticari hayatta çokça kullanılan kambiyo senetlerinden de kısaca bahsetmek gerekir. Kambiyo senetleri Türk Ticaret Kanununda düzenlenmekte olup, örneğin poliçenin unsurları bakımından 671. maddenin h bendinde düzenleyenin imzasını içerir bir senet olması gerektiği açıkça düzenlenmiştir. Ayrıca 672. maddede, 671. maddedeki unsurları içermeyen bir senedin poliçe sayılmayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Benzer hükümler, bono bakımından m. 776 ve 777’de, çek bakımından ise 780 ve 781’de düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu hükümlerden yola çıkılarak, Türk Ticaret Kanununda bu hususta özel bir düzenleme yapılmadığı sürece, kambiyo senetlerinin elektronik imzayla düzenlenemeyeceği ve haliyle elektronik senet olarak tanzim edilmesinin mümkün olmadığı sonucuna varmak gerekir.

Ancak çek bakımından şöyle bir durum söz konusudur: Türk Ticaret Kanununun 780. maddesinin birinci fıkrasına 15 Temmuz 2016 tarihinde 6728 sayılı Kanunun 70. maddesiyle eklenen h bendinde çekin karekodu içereceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre karekodu da çekin unsurlarından biri haline gelmiştir. Yine 780. maddenin ikinci fıkrasında, çek alacaklılarının ellerinde bulunan çek ile, çek hesabı sahibine ve bu çeki düzenleyenlere ilişkin verilere (karekod aracılığıyla) erişim sağlayabileceği hüküm altına alınmıştır.

Böylece bu karekod ile; çek hesabı sahibinin adı, soyadı veya ticaret unvanı; çek hesabı sahibinin tacir olması hâlinde, ticaret siciline tescil edilen yetkililerinin adı, soyadı veya ticaret unvanı; çek hesabı sahibinin, çek hesabı bulunan toplam banka sayısı; çek hesabı sahibine ait bankalara ibraz edilmemiş çek adedi ve tutarı; düzenlenerek bankalara teslim edilen çeklerin adedi ve tutarı; son beş yıl içerisinde ibrazında ödenen çeklerin adedi ve tutarı; son beş yılda “karşılıksızdır” işlemi gören ve halen ödenmemiş veya sonradan ödenmiş çeklerin adedi ve tutarları gibi bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilir. Burada ayrıca çek hesabı sahibi hakkında çek hesabı açma yasağı bulunup bulunmadığı, her bir çek yaprağı ile ilgili olarak tedbir kaydı olup olmadığı ya da çek hesabı sahibi tacirse, iflasına karar verilip verilmediği gibi kritik bilgilerin de çek hesabı sahibi ya da cirantanın rızası dahi aranmaksızın üçüncü kişilerin erişimine sunulacağı düzenlenmiştir (TTK, m. 780, 1, h). Yani tüm

bu bilgilere ulaşabilmek için çeki elinde bulundurmak ve karekodunu okuyabilecek özellikte bir elektronik cihaza sahip olmak yeterlidir.

Bu verilere ulaşılmasını sağlayacak karekod okutma ve bilgi paylaşım sistemi 5411 sayılı Kanunun Ek 1. madde hükmü uyarınca kurulan Türkiye Bankalar Birliği Risk Merkezi tarafından oluşturulur. Risk Merkezi sistemdeki verileri, 5411 sayılı Kanunun Ek 1. maddesinin on birinci fıkrası uyarınca bilgi alışverişini gerçekleştirdiği şirketle paylaşmaya yetkilidir. Bu yetki kullanıldığı takdirde sistem bilgilerin paylaşıldığı şirket nezdinde kurulabilir. Karekoda ilişkin tüm bu hususlar ve nasıl uygulanacağına ilişkin ayrıntılar Gümrük ve Ticaret Bakanlığının ve Hazine Müsteşarlığının çıkardığı tebliğlerle belirlenmektedir. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki bu karekodu çekin unsurları arasında düzenlenmiş olsa da TTK'nın 781. maddesinde karekodun bulunmamasının senedin çek olarak geçerliliğini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Yani karekodu çekin unsurlarından olmakla birlikte, yokluğu çekin çek vasfını etkileyen bir unsur değildir. Fakat karekodun çek üzerindeki varlığı çeke ayrı bir bilgi taşıyıcı olma özelliği kazandırmaktadır. Bunun çeki bir elektronik belge haline getirdiği söylenemese de örneğin karekodun içeriğiyle ilgili inceleme yapılması gerektiğinde, bunun bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesi takdir edilirse; bu halde çek vasıtasıyla bir elektronik veri üzerinde keşif incelemesinden söz edilebilecektir.

Tüm bu açıklamalar ışığında denilmektedir ki Ticaret Kanunundaki hüküm değişmediği sürece kambyo senetlerinin elektronik usûlle imzalanması ve tedavüle kavuşması mümkün olamaz⁷¹³. Buna göre, kambyo senetlerinin mevcut düzenlemeye göre birer elektronik senet olarak tedavül kabiliyeti olamayacağını kabul etmek gerekir. Özellikle İcra ve İflâs Hukukunda kambyo senetleri bakımından özel olarak düzenlenmiş bir takip yolu bulunduğu düşünüldüğünde, kambyo senetlerinin Türk Hukukundaki ve genel olarak ticaret hayatındaki önemli yeri daha iyi anlaşılabilir.

⁷¹³ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71.

Kambiyo senetlerinin -alameti farikası olarak- anılan en önemli özelliğinin, tedavül kabiliyetini haiz olması olduğu ifade edilir. Buna göre imza, kambiyo senedinin bu özelliğini destekleyen şekli yönüyle öne çıkan bir unsurdur. Bu sebeple, kanunda açık bir hüküm olmadıkça kambiyo senedinin elektronik imzayla düzenlenebileceği sonucuna yorum yoluyla ulaşmanın doğru olmayacağı ifade edilmektedir.⁷¹⁴

Sonuç olarak elektronik sözleşmelerin bir türü olarak görülebilecek elektronik senetlerin diğer elektronik belge çeşitlerine göre daha sınırlı bir kabul gördüğünü söylemek mümkündür. Özellikle Türk hukukunda senede atfedilen özel ispat değeri sebebiyle, bir elektronik belgenin senet olarak kabulünde de sıkı şartların korunmaya çalışıldığı görülmektedir. Burada yukarıda ayrıntılarıyla ele alınmış olan güvenli elektronik imzanın varlığı, elektronik belgeye senet değerini doğrudan kazandıran bir unsurdur. Bu bağlamda bir imzaya güvenli elektronik imza özelliğini sağlayan ve mevzuat gereği taşınması gereken güven özelliği ile hizmet sağlayıcı gibi unsurların araştırılması gerekmektedir. Tüm bunlar bir elektronik belgenin senet niteliğinde olduğu iddia edildiğinde, çeşitli ihtimallere göre hâkimin imzanın niteliğini tespit etmesine ihtiyaç doğurabilecek bir vakıanın mahkemenin önüne getirilmesi anlamına gelir.

Özellikle bir taraf elektronik senetteki imzayı inkâr ettiğinde ya da imzanın niteliğinin mevzuattaki unsurları taşımadığı savunmasını ileri sürdüğünde, bunlar elektronik ortamda gerçekleştirilecek bir keşif incelemesini gerektirebilecek muhalefetlerdir. Yalnız keşif değil, bu bağlamda hâkimin araştırmanın gerektirdiği başka delil araçlarına da başvurması mümkündür. Bu nedenle, bir elektronik belgenin senet niteliğinde kabul edilmesine ilişkin olarak hangi özelliklerin mahkeme tarafından çözümlenmesi gerekeceği önemlidir. Bu bağlamda aşağıda kısaca senette

⁷¹⁴ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71.

bulunması gereken özellikler karşısında, elektronik belgelerin durumuna ilişkin değerlendirmelere yer verilmiştir.

2. Senette Bulunması Gereken Özellikler Bakımından Elektronik Belgelerin Değerlendirilmesi ve Bu Özelliklerin Keşif Yoluyla İncelemesi

a. Cisim Bulma Özelliği

Senette bulunması gereken özellikler, bir belgenin senet niteliğine kavuşmasını sağlayan unsurlardır. Bir belgenin senet olarak görülebilmesi için taşıması gereken başlıca özellikler; cisim bulma, yazılı olma, bir irade açıklaması içermesi ve son olarak imzalanmış olmasıdır⁷¹⁵. Tüm bu unsurlar içinde en önemlisinin imza olduğunu söylemek yanlış olmaz.

Elektronik imzalı belgelerin senet niteliğinde sayılacağı Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak, bu hükme rağmen doktrinde elektronik belgelerin senet hükmünde sayılması için yalnızca güvenli elektronik imza ile imzalanmış olmasının da her zaman yeterli görülemeyeceği ifade edilmektedir⁷¹⁶. İmzaya ek olarak ve imzayla birlikte geleneksel senedin taşıdığı diğer bazı unsurları da haiz olması gerektiği ifade edilmektedir⁷¹⁷. Elbette bu özellik elektronik senedin kendi karakterine uygun düştüğü ölçüde beklenmelidir. Bu bağlamda elektronik imzalı belgelerin unsurları bakımından senede benzetilmesi gerektiği görüşü vardır⁷¹⁸. Bu

⁷¹⁵ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 189 vd. Senedin taşıması gereken özellikler olarak, cisim bulma, yazılılık, irade açıklaması ve imzanın yanında, delil elverişliliği ve senedin orijinalliği gibi özellikler de zikredilmektedir. Bu yönde yine bkz. Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13.

⁷¹⁶ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13.

⁷¹⁷ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13.

⁷¹⁸ Özbek/Yardım, **a.g.e.**, s. 17.

yaklaşım, son olarak Noterlik Kanununa eklenen 198/A maddesiyle de desteklenmektedir.

Elektronik belgeler bakımından cisim bulma yönünün eksik olduğu genel olarak kabul edilen bir husustur. Bunun gerekçesi olarak elektronik verilerin geçici olduğu ve doğrudan kendiliğinden algılanabilir olmadığı ileri sürülmüştür.⁷¹⁹ Bu görüşe göre, bir elektronik belge bilgisayar ekranında ya da teknik yardımcı araçlarla ancak okunabilir hale gelebilmektedir. Bu da elektronik belgelerin, senet olarak anılabilmesi için ihtiva etmesi gereken irade açıklamasının ya da düşünce içeriğinin cisim bulmasına bir engeldir. Cisim bulma yardımcı araçlarla sağlanabilse de bu sürekli değildir. Bu nedenle de senet kavramının tipik özelliği olan cisim bulma unsuru kesintisiz olarak karşılanamamış olur.

Buna karşın bir diğer yaklaşım ise elektronik belgelerin klasik bir kâğıt belge ile doğrudan kıyas edilmesinin doğurabileceği yanlış sonuçlara işaret eden bir yaklaşımdır. Bu görüş, elektronik belgeler bakımından cisim bulma unsuru tam olarak karşılanmıyor gibi görünse de cisim bulma özelliğinin senet bakımından işlevine yoğunlaşılması gerektiğini ifade etmektedir.⁷²⁰

Buna göre cisim bulma özelliğinin geleneksel kâğıt üzerindeki senetlerdeki işlevi, senedin değiştirilmemesini ve her zaman algılanabilir olmasını ifade eder. Bu değiştirilmeme ve zamandan bağımsız olarak algılanabilme özelliği senedin süreklilik özelliğini sağlar. Böylece senedin güvenilirliği temin edilmiş olur. Cisim bulmanın bu işlevleri düşünüldüğünde, elektronik belgelerin kendi bulundukları ortama göre değerlendirmeleri gerekir. Doğası gereği farklı bir şekilde cisim buluyor olsa da elektronik belgelerin, elektronik ortamda cisim bularak bu özellikleri karşılaması yine de mümkün olabilir. Bu nedenle, elektronik belgeler bakımından cisim bulma özelliğinin hiçbir türlü karşılanamayacağını söylemek doğru olmaz.

⁷¹⁹ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13; Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 503.

⁷²⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 201.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki, hâkim önüne gelen elektronik belgenin senet olup olmadığına ilişkin bir ihtilaf karşısında araştırmaya girişirse, bu halde, yapacağı incelemeyi senedin kendi ortamı olan elektronik ortamda gerçekleştirmelidir. Bu halde hâkimin elektronik algısı yaklaşımına göre hareket etmek, senedin cisim bulma özelliğini göz ardı etmek değil, bu özelliği kendi ortamında görmek anlamına gelir⁷²¹. Yani senedin elektronik olma özelliğinden ileri gelen doğası gereği, kendi cismî varlığı, bizzat o elektronik ortamda bulunmasının sonucunu doğurmaktadır.

Hâkim gerçeklik ve orijinallik araştırmasını senedi kendi fizik dünyasına taşımaktan ziyade, bizzat senedin ortamına algısını taşıyarak bunu gerçekleştirebilecektir. Senedin dış dünyada cisim kazanmasından çok, hâkimin senedin ortamı olan elektronik ortama nüfuz etmesi gerekecektir. İşte bu nedenledir ki senedin dış dünyada cisim bulmaması doğrudan senet niteliğine zeval getiren bir hal olarak düşünülmemelidir⁷²². Ayrıca, hâkimin elektronik belge üzerinde keşif incelemesini senedin bulunduğu elektronik ortamda gerçekleştirmesi senedin cisim bulmasıyla ilgili eksiklik olarak görülebilecek halleri de büyük ölçüde ortadan kaldıran bir çözümdür.

b. Yazılı Olma Özelliği

Senedin yazılılık unsuru senedin düşünce içeriğinin herhangi bir şekilde yazılı hale getirilmesini ifade eder. Yazılılık unsuru senedin kalıcılığı sağlayan unsurdur⁷²³. Diğer başlıca işlevlerden olan cisim bulma işleviyle iç içe geçmiş vaziyettedir ve bu iki temel unsur birbirini tamamlamaktadır.

⁷²¹ Hâkimin elektronik algısı yaklaşımı için bkz. I. bölüm, I, V, C, 3, e.

⁷²² Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71

⁷²³ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71

Senedin yazıllık işlevini, senedin işlem elverişliliği denilen bir diğer unsurla da bağdaştırmak mümkündür. Bu unsur özellikle kambiyo senetlerinin tedavül kabiliyeti izah edilirken başvuru bir unsurdur. Senedin işlem elverişliliği, senedin kalıcılığını ve el değiştirme kabiliyetini ifade eder.⁷²⁴ Yazıllıkla birebir bağlantı içinde olan bu alt işlevler, senedin güçlü bir irade açıklaması haline gelmesini ve bağlayıcı olmasını sağlar. İşlem elverişliliği özelliği izah edilirken, onun da iki alt işlevi olduğundan söz edilmektedir. Bunlardan ilki, senedin ibraz edilebilir olma özelliği kazanmasıdır. İkinci alt işlevi ise, yazıllık unsuru sayesinde senedin bir zaman sınırı olmaksızın sahibine tasarruf imkânı sağlamasıdır.⁷²⁵

Elektronik belgelerin özellikleri bağlamında geleneksel belgeyle farkını ortaya koyan bir unsur olarak belki de en çok konuşulan husus yazıllık unsurudur.⁷²⁶ Bu unsur hem yazının gerçekliğinin araştırılması hem de düşünce içeriğinin incelenmesi bakımından önem arz eder. İspat hukuku bakımından ayrıcalık tanınmış senetlerin, özellikle sahte olup olmadıklarının incelenmesi aslında imza unsuru yanında yazıllık unsurunun da muayenesini gerektiren bir süreci ifade eder. İşte bu noktada, kanunda özel olarak düzenlenmiş bir kesin delil türü olan senedin, bir şekilde içeriğindeki yazı unsuruna ilişkin bir ihtilaf varsa ve bu senet aynı zamanda elektronik olma özelliği taşıyorsa; işte bu halde bir elektronik keşif sözkonusu olur. Burada elektronik senette yazıllık unsurunun sağlanamayacağı düşünülmekte ise de bu bakış açısı elektronik senedin düşünce içeriğini göz ardı etmektedir. Elektronik senetteki yazıllık unsuru kendine has bir yazıllık olarak düşünülmelidir. Elektronik senette geleneksel senetteki gibi cisim bulma ve yazıllık unsurları iç içe geçmemiştir. Elektronik senet de düşünce, metin ve yazı içerir; ancak bu içerik dijital işaretlerle yazılı hale getirilir. Bu dijital işaretler yeri geldiğinde keşif yoluyla incelenebilir.

⁷²⁴ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 71. Senedin işlem elverişliliği, Alman Hukukunda orijinal adıyla “*verkehrsfähigkeit*” olarak anılmaktadır.

⁷²⁵ Ertutgut, **Elektronik İmza**, s. 71. Senedin ibraz edilebilir olma özelliğine, Alman Hukukundaki orijinal adıyla “*Vorlagefähigkeit*” denilmektedir. Tasarruf imkanı sağlaması ise “*jederzeitige Verfügbarkeit*” olarak ifade edilmektedir.

⁷²⁶ Göksu, **Senetle İspat**, s. 57; Uyar, Talih; “Elektronik Posta Verilerinin “Yazılı Delil” ya da “Delil Başlangıcı” Olarak Senedin “Teminat Senedi” Olup Olmadığının İspatındaki Rolü”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 12, Sayı 125, Ocak 2017, s. 90-92.

Özetle bir elektronik belge usûlüne göre güvenli elektronik imzayla imzalanmışsa ve senet olmanın burada sözü edilen diğer unsurlarını da karşılıyorsa, artık ispat hukuku bakımından senet hükmündedir. Bunun anlamı artık o belgenin senede ilişkin hükümlere tabi olmasıdır. Ancak, bu durum örneğin senetteki gerçekliğin, yazının okunup okunamadığının, bir sahtelik söz konusu olup olmadığının muayene edilmesi gereken hallerde keşif deliline başvurulmasına engel değildir.⁷²⁷ Özetle senet hükmünde bir elektronik belge yeri geldiğinde hâkimin bizzat duyu organlarıyla yapacağı incelemeyi gerektirebilir ve böylece keşfin konusu olması mümkündür.

c. İrade Açıklaması

Senedin bir irade beyanı içermesi senedin taşınması gereken özellikler arasında sayılmaktadır. Bu irade beyanının kural olarak beyan eden tarafı borç altına sokan bir irade açıklaması olması esastır.

Kural olarak senette yalnız irade beyanının bulunması yeterli görülmemektedir. Bir belgenin ispatı gereken vakıa hakkında tam ve kesin bilgi ihtiva etmesinin de gerektiği ifade edilmektedir. Eğer senet olması niyetiyle düzenlenmiş bir belge, ispat edilmek istenen vakıayı tam ve kesin olarak aydınlatmaya yetecek bilgileri içermiyorsa, bu halde senet olarak kabul edilemeyeceği; ancak, koşullarını sağlıyorsa delil başlangıcı olabileceği belirtilmiştir.⁷²⁸ Buna göre, irade beyanı senedin esaslı bir unsuru olmakla birlikte, bu irade açıklamasının aynı zamanda aleyhine kullanılacağı kişiyi borç altına sokan vakıa hakkında tam ve kesin bir bilgiyi yansıtması gerekmektedir.

⁷²⁷ Aşık, **Keşif**, s. 44.

⁷²⁸ Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 502.

Örneğin elektronik senette bulunması gereken irade beyanının işaret ettiği hukuki ilişkinin tespit edilmesi için, irade açıklamasının varlığının tam ve doğru olarak elektronik ortamda görüntülenmesi gerekiyorsa, hâkimin bir keşif incelemesi yapması mümkündür.⁷²⁹ Bir senetteki irade açıklamasının varlığı, kişinin borç altına girme iradesini yansıtsa bile tek başına (imzalanmış olsa bile) senet olmaya yeterli olmayacaktır. Bu halde senedin, doğrudan doğruya senedin ihtiva ettiği iddia edilen hukuki işlemin varlığını da göstermesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷³⁰ Bu halde irade açıklamasının varlığı, şekli ve bir bütün olarak belgedeki senet olmak için gerekli unsuru karşılayıp karşılamadığının yanında, eğer ayrıca araştırılmasına ihtiyaç varsa hukuki işlemin varlığını da doğrudan yansıtıp yansıtmadığı keşif incelemesinin konusunu oluşturabilecektir.

d. İmza Özelliği

Elektronik senedin “elektronik” senet olarak anılmasının farklı nedenleri olabilir. Bunlardan biri, elektronik belgenin bütünüyle elektronik ortamda düzenlenmesi ve yine elektronik ortamda imzalanmış olmasıdır. Bir diğer ihtimal, belgenin fiziki ortamda hazırlanması, daha sonra bir şekilde elektronik ortama aktarılması ve elektronik ortamda imzalanmış olmasıdır. Üçüncü ihtimal ise, elektronik ortamda düzenlenmiş ve elektronik ortamda bulunan bir belgenin bir şekilde fiziki ortama aktarılması, burada imza altına alınması ve daha sonra yeniden kendi vatani olan elektronik ortama aktarılmasıdır. Son ihtimal ise, hem elektronik belgenin metin içeriğinin hem de imzanın tamamen geleneksel yöntemle gerçek dünyada fiziki olarak bir kâğıt üzerinde cisim bulması ve tamamlandıktan sonra bir tarayıcı cihaz ile taramak suretiyle elektronik ortama aktarılmasıdır.⁷³¹ Örneğin,

⁷²⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 182; Becker, **Elektronische Dokumente**, s. 11.

⁷³⁰ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 46. Ayrıca burada senedin kesin delil niteliğiyle bağlı olarak hukuki işlemi doğrudan doğruya göstermenin kesin delillerin tabiatında olduğu ifade edilmiştir. Bkz. Postacıoğlu, s. 612; Atalay, **Delil Kavramı Üzerine**, s. 130; Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 30.

⁷³¹ Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 889. (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi:

Alman hukukunda mahkemeye kâğıt ortamında ulaştırılan belgelerin, taranarak elektronik ortama aktarılması halinde, yedek haline dönüşmüş olan kâğıt belgelerin hem imza hem metin bakımından ispat hukuku uyarınca durumu ayrıca tartışma konusu yapılmıştır.⁷³² Burada elde edilen çıkarımlar yine orijinal ve suret kavramlarına temas etmektedir.⁷³³

Yukarıda sayılan bu ihtimaller sonucunda oluşan belgeler, elektronik ortam ile temas ettiğinden her birine elektronik belge demek mümkündür. Ancak bu sayılanların her birine, Hukuk Muhakemeleri Kanununda anıldığı şekilde senet hükmündedir demek doğru olmaz. Çünkü, Kanun bir elektronik belgenin senet hükmünde sayılabilesini imzanın niteliğine bağlı kılmaktadır. Bu da güvenli elektronik imza, bir diğer adıyla nitelikli elektronik imzadır. Sonuç olarak bu imzanın Kanunun elektronik belgeyi senet hükmünde sayması için gerekli gördüğü niteliği haiz olması şarttır. Aksi halde senet olarak muamele görmesi ihtimali kalmaz. Ancak, geniş anlamda elektronik belge olabilir (HMK m. 199).

Bu noktada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 209. maddesinde düzenlenen adi senetlerde sahtelik iddiasından da kısaca imza açısından söz etmek gerekir. Burada akla gelen soru şudur: Bir elektronik imza bakımından sahtelik iddiası nasıl ileri sürülebilir ya da böyle bir iddia ne şekilde incelenebilir. Bir elektronik belge üzerindeki imzanın inkâr edilmesi pekâlâ mümkündür. Eğer bir elektronik belge üzerindeki imza inkâr edilirse, bu halde o imza bakımından sahtelik iddiası ileri sürülmüş olur. Tıpkı geleneksel olarak adi senetlerde sahtelik iddiası nasıl bir incelemeye tabi tutuluyorsa, elektronik belgeler bakımından da benzer şekilde inceleme yapılması gerekir. Tabi bu halde elektronik belgenin ya da niteliğine göre elektronik senedin kendi karakterine uygun bir inceleme yapılmalıdır.

21.05.2022).

⁷³² Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 889, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

⁷³³ Bu yönde bkz. II. bölüm, I, D.

Mahkemeye ibraz edilen bir elektronik belgenin sahteliği aynı yargılama içinde ya da ayrıca bir uyuşmazlık konusu edilmek suretiyle ileri sürülebilir.⁷³⁴ Bu noktada denilmektedir ki elektronik imzalı senetlerin geleneksel adi senetlerden sahtelik iddiasına konu olması bakımından bir farkı yoktur.⁷³⁵ Tıpkı adi senetler gibi elektronik senetteki imzanın da sahteliği ileri sürülebilir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 209. maddesinde sahtelik iddiası üzerine izlenecek usûl ve bu iddianın sonuçları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Kanunun güvenli elektronik imzayla usûlüne göre imzalanmış bir belgeyi senet hükmünde saymasının bir sonucu olarak, senet hükmünde olan elektronik belge sahtelik incelemesine de konu olabilecektir. Özellikle Kanunun gösterdiği sıra ve usûl izlenirken, elektronik imza bakımından keşif incelemesi bir bilgi edinme aracı olarak ön plana çıkar.

Elektronik senetteki imza incelenirken, kanunun belirlediği sıraya uymak gerektiği ifade edilmektedir.⁷³⁶ Buna göre, önce tarafa yazı yazdırılması ve hâkimin kanaat edinmesi⁷³⁷, bu mümkün olmazsa bu halde bilirkişi incelemesine başvurulması gerekir.⁷³⁸ Burada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 209. maddesi dikkate alınarak açıklanan hususların esasında adi senetlerle ilgili olduğu belirtmek gerekir. Acaba

⁷³⁴ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

⁷³⁵ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76; Belgin, **a.g.e.**, s. 38. 2004 yılında 5070 sayılı Elektronik İmza Kanununun kabulüyle birlikte Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa getirilen 295A maddesini burada anmak gerekir. Zira Elektronik İmza Kanununun 23. maddesiyle Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununa işlenen bu düzenleme esasında hukukumuzda bir ilk olarak nitelendirilebilir. 295A maddesinin ikinci fıkrasında güvenli elektronik imzayla oluşturulan elektronik verinin inkârı durumunda nasıl bir inceleme yapılması gerektiği hususu, yine Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 308. maddesine atıf yapılarak hükme bağlanmıştır. Buna göre, bir taraf kendisi aleyhine ileri sürülen bir güvenli elektronik imzalı belgeyi inkâr ederse, bu halde Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun 308. maddesinin kıyas yoluyla uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu yönde bkz. Albayrak, s. 11. Burada bu düzenlemeyle dolaylı olarak elektronik senet kavramının düzenlenmiş olduğu ancak “elektronik. senet” ifadesinin bir terim olarak kanuna koyulmadığı, ancak tıpkı senet kavramı gibi elektronik senet kavramının da uygulamada ortaya çıkmasının beklendiği yönünde bkz. Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 11.

⁷³⁶ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 77.

⁷³⁷ İstiktap usûlü olarak anılan bu uygulama hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1794 vd.

⁷³⁸ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 77.

elektronik belgeler bakımından nasıl farklı özellikler ortaya çıkabilir, bunu ayrıca tartışmak gerekir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda yukarıda sözü edilen 209. maddenin devamında, güvenli elektronik imzalı belge hakkında ayrı bir hüküm olarak 210. madde yer almaktadır. Güvenli elektronik imzalı belgenin inkârı başlığını taşıyan bu hükümde, özel olarak güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkârı düzenlenmiştir. Buna göre, güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş bir elektronik verinin inkârı hâlinde, hâkim tarafından veriyi inkâr eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamamışsa, bilirkişi incelemesine başvurulur.⁷³⁹.

Görüldüğü gibi, HMK’da güvenli elektronik imzanın inkârına ilişkin özel bir hüküm tahsis edilmiştir. Ancak bu hüküm yalnız imzanın güvenli elektronik imza niteliğini taşıması hâlinde uygulama alanı bulabilecek bir hüküm olarak düzenlenmiştir. İmzanın türünün önemi burada bir kez daha kendini gösterir. Bu halde elektronik imzanın çeşidine göre bir ayırım yapılması, belgenin metin içeriği ya da sadece imzası inkâr ediliyorsa ayrı bir çözüm; yalnız imza inkar ediliyorsa da imzanın niteliğine göre ayrı bir çözüm yoluna gidilmesi gerekir. Her durumda hâkimin, imzanın niteliği, özellikleri ve diğer önemli ayrıntıları ortaya koymak üzere, her türlü gözlem ve bilgi ihtiyacını karşılamak üzere, keşif incelemesi yapması mümkündür.

C. Resmi Elektronik Belge

Hukuk Muhakemeleri Kanununda adi senedin elektronik ortamda düzenlenmesine açıkça imkân tanınmıştır. Buna ilave olarak, Hukuk Muhakemeleri

⁷³⁹ Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1795. Elektronik belge üzerinde keşif incelemesinde hâkimin bilirkişi yardımına başvurması hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. III. bölüm, I, B, 2.

Kanununun elektronik ortamda resmi senet düzenlenmesini de mümkün kıldığı ifade edilmektedir.⁷⁴⁰

Hukuk Muhakemeleri Kanununda resmi elektronik belge ya da bir diğer adıyla -elektronik resmi senet- açıkça hüküm altına alınmamıştır. Ancak, yukarıda ifade edildiği üzere, elektronik ortamda resmî belge düzenlenmesine engel bir hüküm Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almamaktadır. Alman hukukunda Türk hukukundaki adi senet – resmi senet ayrımına benzer şekilde, özel ve resmî belge ayrımı yapılmaktadır. Buna göre, belge özel hukuk kişisi tarafından düzenlenmişse özel belge (*Privaturkunde*) adını alır. Belgeyi düzenleyen bir özel hukuk kişisi değil de bir resmi makam ise bu halde de resmî belge (*amtliche Urkunde*) olarak anılır.⁷⁴¹

Her ne kadar Alman Hukukunda Türk Hukukundakinden farklı olarak, senede ayrı bir delil değeri yükleyen düzenlemeler bulunmasa da imzalı özel ya da resmî belgelerin ayrı bir ispat gücüne sahip olacağı yine de kabul görmüştür.⁷⁴² Bunu Alman Medenî Usûl Kanununun 415 ve 416. maddelerinden anlamak mümkündür. Öyle ki özel ya da resmî belgelerin, düzenleyen kişiden sadır olmak bakımından, düşünce içeriğini ispatlar nitelikte olduğu kabul edilmektedir.⁷⁴³ Fakat, bu ispat kuvvetinin aslında şekli bir (*formel*) ispat kuvveti olduğu ifade edilmektedir.⁷⁴⁴ İspat kuvvetinin, “*formel*” yani şekli olmasından kasıt, o belgenin maddi içeriği bakımından yine de hâkimin takdirine bağlı olmasıdır.⁷⁴⁵

⁷⁴⁰ Göksu/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 16.

⁷⁴¹ Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 787. Yazar, İmzalanmış veya resmi olarak düzenlenmiş bir belgenin geçersiz (sahte) olduğu iddia edilirse bu hususun Alman Medenî Usûl Kanunun 437 ila 440. paragraflarına göre öncelikle çözümleneceğine işaret etmektedir. Detaylı bilgi için bkz: Nart, **Senetle İspat**, s. 223 vd.; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 788.

⁷⁴² Nissen, **Beweis**, s. 760; Musielak/Voit, **ZPO**, § 415 Rn. 7; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 788.

⁷⁴³ Nissen, **Beweis**, s. 760; Heinze/Ojea, **ZPO und eIDAS-VO**, s. 37 vd.; Göertz, Susann; Der Beweis der Kausalität bei Aufklärungspflichtverletzungen, Berlin 2012.; Münchener Kommentar zur ZPO, 5. Auflage 2016, § 415 Rn. 26.

⁷⁴⁴ Nissen, **Beweis**, s. 760; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 787; Münchener Kommentar, § 415 Rn. 26. Belgelerin şekli ve maddi ispat kuvvetine ilişkin açıklamalara yukarıda yer verilmişti. Bu yönde bkz. II. bölüm, I, E, 1.

⁷⁴⁵ Nissen, **Beweis**, s. 760; Musielak/Voit, **ZPO**, § 415, 416 Rn. 4, 10; Münchener Kommentar, §§ 415, 416 Rn. 27, 9.

Resmi elektronik belgeler bakımından Alman hukukunda yapılan ayrımlar ve Kanunda yer alan ayrıntılı düzenlemeler dikkat çekicidir. Alman Medenî Usûl Kanunu madde 415, 417 ve 418’de farklı özellikte olan ve fakat her biri resmî belge niteliğini haiz belge çeşitleri düzenlenmiştir. Bunların ortak özelliği bir resmi kişi veya makamca tanzim edilmiş olmalarıdır. Resmi niteliklerinden dolayı da Alman Hukukuna özgü olarak özel bir ispat gücüne sahiptirler. Ayrıca, Alman Medenî Usûl Kanununun 437. maddesi uyarınca, m. 415, 417 ve 418’de düzenlenen bu resmi senetler bakımından bir ”gerçeklik karinesi” sözkonusudur.⁷⁴⁶

Buna göre Alman Medenî Usûl Kanununun 415. maddesi, bir irade açıklaması ihtiva eden resmî belgeleri düzenler. 417. maddede, resmi bir karar bildirimi, ihtarı ya da talimatı gibi içeriklere sahip resmî belgeler hüküm altına alınmıştır. 418. maddedeysen bunların dışında kalan diğer içeriklere sahip resmî belgeler düzenlenmiştir.⁷⁴⁷ Bu bağlamda Alman Medenî Usûl Hukukunda ispat faaliyetinde yer alabilecek resmî belgeler bakımından detaylı hükümler bulunduğu söylenebilir. Bu durum, resmî belgeler ispat faaliyetinin konusu edildiğinde, resmi belgenin ispat gücü yüksek olacağından, hâkimlerin karar vermesini kolaylaştıracak bir unsur olarak görülmektedir. Kanaatin dayanağı olacak belgeye tanıklık eden bir başka resmi makamın varlığı, hâkimin vicdani kanaat oluşturmadaki yükünün en azından bir kısmını bu makama yüklemesi anlamına gelir.

Bu noktada resmi senetler kadar resmi makam kavramı da ön plana çıkmaktadır. Resmi makamın ya da kişinin kim ya da kimler olabileceği, kimlerin bu belgeleri düzenlemeye yetkili olduğunun tespit edilmesi de önem arz eder. Resmi kişi

⁷⁴⁶ Nart, **Senetle İspat**, s. 215. Nart, Alman Medenî Usûl Kanununun 415. Maddesini şu şekilde çevirmiştir: *§ 415 Açıklama içeren Resmî senetlerin ispat gücü: (1) Resmî bir makam tarafından kendi yetki bölgeleri içinde kalmak şartıyla veya resmî senet düzenleme yetkisiyle donatılan kimse tarafından, kendi yetki alanında kalmak şartıyla, belirli şekilde düzenlenen senetler (resmî senetler), bu resmî makamlar veya kişiler önünde verilen beyanlar doğrultusunda, belirlenen 225sulde düzenlenmişlerse, bu senetler tam bir ispat gücü sağlarlar. (2) Belgenin bu şekilde usûlüne uygun olarak düzenlenmediğinin ispatı mümkündür.* Maddenin orijinal metni ve değerlendirmeler için bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/_415.html (online). Ayrıca bkz. Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 18 vd. Ayrıca bkz. Hans Michael Malzer, “Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz”, **DnotZ**, 2006, s. 9-32, s. 9 vd.

⁷⁴⁷ Nart, **Senetle İspat**, s. 215; Stein/Jonas/Leipold, § 415, Rdnr.1,2.

ve makamlara örnek olarak; başta mahkemeler olmak üzere; noterler, icra memurları, belediye memurları, kolluk görevlileri, tapu müdürlükleri, vergi daireleri ve konsolosluk makamı⁷⁴⁸ verilmektedir⁷⁴⁹. Bunların yanında; federal ve eyalet düzeyinde yetkili makamlar, ayrıca kamu hukuk kaynaklı dernekler, kendisine resmî bazı görevler verilmiş kanunî meslek kuruluşları resmî makam olarak öngörülmektedir⁷⁵⁰. Ek olarak tüm mahkemeler teşkilatı, devlet demiryolları, posta idaresi, dini makamlar ve üniversitelerin de resmi makamlara dahil olduğu ifade edilir⁷⁵¹.

Yukarıda sayılan makamların yanında Alman Medenî Usûl Kanununun 415. maddesinden yola çıkılarak yabancı makamların durumu da değerlendirilmiştir. Bu bağlamda yabancı resmi makamların düzenlediği belgeler de Alman Hukuku anlamında resmi senet olarak kabul edilmektedir⁷⁵². Yabancı makamın resmiyet unsuru kendi idari teşkilatından ve kendi hukukundan yola çıkılarak tespit edilir. Bu makamların tipik örneği olarak usûlüne uygun hizmet vermekte olan ve egemenliği tanınan bir ülke elçiliği ve konsolosluğu verilir⁷⁵³.

Bu halde resmi elektronik belgeler bakımından denilebilir ki elektronik belgeye güven unsurunu sağlayan imzanın yanına, resmi elektronik belgelerde ikinci bir unsur olarak resmî belgeyi düzenlemeye yetkili olan makam da eklenmektedir. Yani özel elektronik belgeler bakımından belgeyi kimin düzenlediği doğrudan bir önem arz etmezken, resmi elektronik belgeye bu niteliği kazandıran, belgeyi hazırlayan makamın bizzat kendisidir. Resmi elektronik belgeye resmiyeti kazandıran “makam

⁷⁴⁸ Konsolosluk makamı olarak, yalnız Alman Konsolosluğunun medenî usûl hukuku anlamında resmî belge düzenlemeye yetkili resmi makam olarak sayıldığı yönünde Alman Konsolosluk Kanununun 15. Maddesinin dördüncü fıkrası dayanak gösterilmektedir. Bu yönde bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 216.

⁷⁴⁹ Nart, **Senetle İspat**, s. 216; Stein/Jonas/Leipold, § 415, Rdnr. 3. Nart, burada kamu güvenine mazhar şahıslardan da (*mit öffentlichen Glauben versehene Person*) söz etmektedir. Bu kişilerin başında noterler ve mahkeme kalemindeki memurlar gelmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 216.

⁷⁵⁰ Nart, **Senetle İspat**, s. 216.

⁷⁵¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 415, Rdnr. 4- 5; Zöller/Geimer, § 415, Rdnr. 5; Nart, **Senetle İspat**, s. 216.

⁷⁵² Gerçeklik karinesinin bu resmi belgeler bakımından geçerli olmadığı yönünde bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 217.

⁷⁵³ Stein/Jonas/Leipold, § 415, Rdnr. 11; Nart, **Senetle İspat**, s. 218.

unsuru” diğer unsurların yanında resmî belgeye özgü bir ilave unsur olarak kabul edilir. Böylece belgenin resmi niteliği ispat faaliyetinde de belgeden lehine hak çıkaran tarafa ciddi bir avantaj sağlar. Örneğin bir belgedeki makam unsuru tartışma konusu yapılır ve bu hususta bir yargılama başlatılırsa, hâkim sözkonusu resmi elektronik belgedeki makam unsurunu araştırmak üzere keşif yoluna gidebilir.

Burada ayrıca resmi elektronik belge düzenlemeye yetkili makam olarak ilk akla gelen noterlik makamından da kısaca söz etmek gerekir. Bilindiği gibi 2018 yılında Noterlik Kanununda yapılan bir değişiklikle noterlere elektronik ortamda işlem yapma yetkisi verilmiştir. Böylece resmi elektronik belge denince akla ilk olarak m. 198A gereği düzenlenebilecek noter senetleri gelmektedir. Ancak bunlardan başka örneğin güvenli elektronik imzayla imzalanmış mahkeme kararları da tipik birer resmi elektronik belge olarak kabul edilirler.⁷⁵⁴ Buna göre adli elektronik belgeler de birer resmi elektronik belge olma özelliği gösterirler. Örneğin elektronik ortamda düzenlenen bir keşif tutanağı resmi bir elektronik belgedir.⁷⁵⁵ Yine, mahkemenin düzenlediği bir tensip tutanağı ya da duruşma tutanağı birer resmi elektronik belge örneğidir. Ayrıca, resmi elektronik tebligatlar, elektronik ödeme emri, elektronik vize gibi belgeler de birer resmi elektronik belge örneğidir. Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür.

⁷⁵⁴ Özbek/Yardım, **Elektronik Noterlik**, s. 10 vd.; Mustafa Serdar Özbek, "Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri", **Cevdet Yavuz'a Armağan**, 2016, s. 2213-2282, s. 2215 vd.

⁷⁵⁵ Roßnagel, **Elektronische Transaktionen**, s. 3690; Roßnagel/Nebel, **Gescannter Dokumente**, s. 886 vd., (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

D. Özel Elektronik Belge

1. Genel Olarak

Özel elektronik belge için denilebilir ki resmi nitelik taşımayan elektronik belgelerin tamamı özel elektronik belge niteliğindedir. Bu nedenle özel elektronik belge kavramının kapsamının son derece geniş olduğu kabul edilmektedir. Bu belgeler hem düşünce içerikli hem düşünce içerikli olmayan pek çok belge türünü bünyesinde barındırır. Ayrıca yukarıda başkaca ayrımlarla izah edilen diğer belge türleriyle de kesişen pek çok yönü bulunduğundan aslında onların da çoğunu kapsar. Özel elektronik belge olarak akla ilk gelecek örnekler; elektronik senetler, elektronik sözleşmeler, elektronik posta iletileri ve benzeri elektronik yazışmalar, ses ve görüntü kayıtları⁷⁵⁶, bankaların dijital ortamda tuttuğu kayıtlar, elektronik ortamda tutulan ticari kayıtlar gibi elektronik belgelerdir. Bunlar mahkeme dosyalarında en çok rastlanan özel elektronik belge çeşitleridir. Aşağıda hem uygulamada sıkça rastlanan örneklerden olması hem de diğer elektronik belgelerden ayrılan bazı yönleri olması dolayısıyla bankaların tuttuğu elektronik kayıtlar ve elektronik ortamda tutulan ticari kayıtlar ayrıca ele alınacaktır.

Alman Hukuku bakımından resmi senet kriterlerini taşımayan her türlü belge özel elektronik belge niteliğindedir. Buna göre, resmi senet olması niyetiyle düzenlenmiş ancak herhangi bir şekilde resmi senet olarak kabulü mümkün olmamış belgeler de bu kapsamdadırlar. Örneğin bir önceki bölümde örnek olarak sayılan resmî belge düzenlemeye yetkili⁷⁵⁷ bir makam tarafından tanzim edilmemiş bir belge yine

⁷⁵⁶ Ses ve görüntü kayıtlarının resmi kayıt niteliğinde olup olamayacağı hususu tartışılabilir. Örneğin resmi makamlarca otoyollara, caddelere, kavşaklara ve diğer kamusal alanlara güvenlik amaçlı yerleştirilen kameraların kayıtları birer resmi elektronik belge olarak kabul edilebilir. Ancak neticede resmî belge denildiğinde imzalı ya da mühürlü ve hatta antetli kağıda yazılmış geleneksel belgeler anlaşılmaktadır. Bu nedenle genel algının aksine, örneğin bir ses ve görüntü kaydı yoluyla yapılan keşif faaliyetinin kaydı, resmi elektronik belge olarak kabul edilebilir mi, bunların ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu yönde bkz. Wagner, **Elektronische Dokument**, s. 29 vd.

⁷⁵⁷ Nart, **Senetle İspat**, s. 218; Nissen, **Beweis**, s. 759, 760; Stein/Jonas/Leipold, § 416, Rdnr. 1; Musielak, **ZPO**, § 416, Rdnr. 2. Bu yönde ayrıca bkz. II. bölüm, III, C.

belge olarak geçerlidir. Ancak resmî belge özelliğini taşıyamaz. Bu halde resmî belge olamasa da bir özel elektronik belge olarak ispat faaliyetinde örneğin keşif incelemesine konu olabilecektir.

2. Bankaların Tuttuğu Elektronik Kayıtlar

Bankaların tuttuğu elektronik kayıtlar bilgisayar ortamında kayıtlı bulunan dava malzemeleri bakımından son derece yaygın bir örnektir. Bir veri taşıyıcısında kayıtlı elektronik veriler olarak, hem çevrimiçi hem de çevrimdışı erişilebilen, kendine özgü bir yazılım altyapısı kullanılarak depolanan ve işlenen özel kayıtlardır.⁷⁵⁸

Bilgisayar ortamında tutulmakta olan banka kayıtlarının HUMK döneminde m. 376 gereğince özel hüküm sebeplerine dayanılarak incelenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁵⁹ Bu tespitin günümüzde geçerli olan “yeni” ve “geniş” keşif anlayışına uyarlanmış halinin halen değerini koruduğunu ifade etmek gerekir. Buna göre bankaların tuttuğu elektronik kayıtlar kural olarak geniş anlamda elektronik belgelerdir ve keşif delilinin konusunu oluştururlar.

Bankacılık Kanunu m. 42’ye 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”*⁷⁶⁰.

⁷⁵⁸ Michael Bütter/Kathrin Aigner, “Ausschluss des Urkundenprozesses für Banken und Versicherung? Zur Urkunden- und Beweisqualität von Reproduktionen mikroverfilmter Dokumente im Rahmen des Urkundenprozesses“, *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2005, s. 1729-1739, s. 1729 vd.

⁷⁵⁹ Pekcanitez, *Elektronik Ticaret*, C.1, s. 766; Konuralp, *İspat Kuralları*, s. 37; Davut Gürses, *Hukuki Açidan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 12.

⁷⁶⁰ Cemal Erdoğan, “Avrupa Birliği’nde Elektronik Ödeme Sistemlerindeki Gelişmeler“, *Bankacılar*

Bir belgenin orijinal bir belge olarak anılabilmesi için, o belgenin ilk üretildiği haliyle mevcut olması gerekir⁷⁶¹. Aksi halde o belgeden türetilmiş suretlerden ya da belgenin farklı versiyonlarından söz edilir, ancak bunların hiçbirisi asıl belge değildir. İşte elektronik belgeler bakımından da bir “asıl” belgeden söz etmek pek kolay değildir. Çünkü, belge elektronik bilgi taşıyıcıları vasıtasıyla bir aktarım ve dolaşım halinde olabilir. Ayrıca, eğer ulusal ya da uluslararası düzeyde kitlesel olarak dijital hizmetler sunan bir kuruluşun elektronik ortamlarında üretilen bir belgeyse, bu halde o belgenin orijinal versiyonunun nerede bulunduğunu tespit etmek zordur. İşte bankalar da bu kuruluşlardandır. Bu halde ilk üretilmiş versiyonunun kim tarafından hangi elektronik ortamda hangi veri taşıyıcısına kaydedilmiş olduğu tamamen meçhul olabilmektedir. Bu nedenle, bazı hallerde bir elektronik belgenin orijinal halini bulmak ve kayıtlı olduğu yere ulaşmak neredeyse imkânsızdır⁷⁶².

İşte bu hal kötüniyetli uygulamalar için elektronik ortamların adeta bir oyun alanı haline gelmesini önlemek için özellikle bankacılık alanında özel tedbirlerin ve düzenlemelerin yapılmasını gerektirmektedir. Bankacılık faaliyetlerine ilişkin elektronik belgelerin kayıt usûlü ve saklanması, bankaların ticari hayatın en önemli finansal aktörü olmasından dolayı ayrı bir öneme sahiptir. Özellikle son yıllarda dijital bankacılık ya da internet bankacılığı adıyla anılmakta olan uygulamaların yaygınlaşması sonucunda bankaların işlem kayıtlarının büyük bir çoğunluğunun dijital kayıtlar olarak tutulduğu görülmektedir⁷⁶³. Bunun anlamı, banka ile banka müşterisi gerçek ya da tüzel kişiler arasında bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda bu kayıtların birer elektronik belge olarak mahkemenin önüne gelmesidir. Mahkeme bu halde doğrudan bankaların tuttuğu elektronik kayıtlar üzerinde inceleme gerçekleştirebilecektir.

Dergisi, Sayı 48, 2004, s. 80-92, s. 82 vd.

⁷⁶¹ Çiçek, **a.g.e.**, s. 208.

⁷⁶² Interpares, 2008, (beck-online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁶³ Bankaların Muhasebe Uygulamalarına ve Belgelerin Saklanması İlişkin Usûl ve Esaslar Hakkında Yönetmelik için (2006) RG No. bkz. mevzuat.gov.tr. Ayrıca bkz. Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

İşte yukarıda sözü edilen bu riskli durumların önüne geçmek için, bankaların elektronik ortamda tuttuğu kayıtları konu eden pek çok düzenleme getirilmektedir. Örneğin; Bilgi Alışverişi, Takas ve Mahsuplaşma Kuruluşlarında Bilgi Sistemleri Yönetiminde Esas Alınacak İlkeler ile İş Süreçleri ve Bilgi Sistemlerinin Denetimine İlişkin Tebliğ⁷⁶⁴, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemlerinde Kullanılan Bilgi Sistemleri Hakkında Tebliğ⁷⁶⁵, Ödeme ve Menkul Kıymet Mutabakat Sistemleri, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Kanun⁷⁶⁶, Ödeme Hizmetleri ve Elektronik Para İhracı ile Ödeme Kuruluşları ve Elektronik Para Kuruluşları Hakkında Yönetmelik⁷⁶⁷ bunlardan bazılarıdır.

Bankaların elektronik ortamda tuttuğu belgelerin bütünlük, tutarlılık, güvenilirlik, doğruluk ve hesap verilebilirlik koşullarını içermesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁶⁸ Ayrıca, 1 Temmuz 2020 tarihinde yürürlüğe giren “Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik”te yer alan *“bilgi sistemlerine ilişkin işlemlerin doğruluğu ve güvenilirliği asgari olarak, yapılmak istenen işleme ait anahtar öneme sahip bilgilerin işlemin başlangıcından tamamlanışına kadar doğruluğunu yitirmemesini ve yapılmak istenen işlemin kendinden beklenen sonucu yerine getirmesini; tamlığı ise asgari olarak bütün işlemlerin hata üretmeden gerçekleşmesini ve mükerrer olamamasını gerektirir”* hükmünün, belgelerin aidiyet zinciri denilen bir belge güvenliği aracına hizmet etmek üzere getirildiği düşünülmektedir.⁷⁶⁹

⁷⁶⁴ Ayrıca bkz. Topaloğlu, Mustafa, “Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek“, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 12, Sayı 130, Haziran 2017, s. 70-80.

⁷⁶⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. mevzuat.gov.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁶⁶ Bu yönde bkz. Davut Gürses, **Hukuki Açıdan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 69.

⁷⁶⁷ Gürses, **a.g.e.**, s. 69.

⁷⁶⁸ Gürses, **a.g.e.**, s. 69; Topaloğlu, **a.g.e.**, s. 68.

⁷⁶⁹ Bankaların Bilgi Sistemleri ve Elektronik Bankacılık Hizmetleri Hakkında Yönetmelik, 2020, bu yönde bkz. resmigazete.gov.tr., (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Özhan Sağlık, Niyazi Çiçek, “Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değerinin Korunmasında Mevzuatta Öngörülen Delil Özelliklerinin İncelenmesi”, **Bilgi Yönetimi Dergisi**, Cilt 3, Sayı 2, Yıl 2020, s. 120 – 142 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

Burada bankaların elektronik ortamda tuttuğu kayıtlarla delil sözleşmelerinin yakın ilişki içinde olduğu da belirtilmektedir⁷⁷⁰. Örnek olarak, bir bankayla gerçekleştirilen herhangi bir işleme ilişkin elektronik kayıtların, uyumsuzluk halinde delil olarak kabulüne ilişkin gerçekleştirilen bir delil sözleşmesi olması ihtimalinde, tam olarak neyin delil sayılmakta olduğu tartışılmıştır. *Konuralp*, burada delil olarak kararlaştırılan bilginin, bilgisayar ortamında yani elektronik ortamda tutulan verinin yalnızca kendisi olduğuna işaret etmektedir. Örneğin o verinin çıktısı alındığında aslında o çıktı delil sözleşmesinde kararlaştırılan delilin kendisi olmamakta yalnızca bir sureti olmaktadır⁷⁷¹.

Burada şöyle bir ayırım yapılmaktadır: Delil sözleşmesinde belirlilik esası gereği, hangi delil üzerinde anlaşmaya varılmış olduğunun açıkça yazılmış olması gereklidir. Ancak, elektronik belgeler bakımından durum biraz daha karmaşık olabilmektedir. Elektronik ortamda tutulan o kayıt, çıktı haline getirildiğinde aslında dava dosyasına sunulan yalnız bir suretten ibaret olmakta, dolayısıyla delil sözleşmesinin gereğini karşılamamaktadır. *Konuralp*, HUMK dönemindeki dar anlamda keşif düzenlemesi karşısında, bu halde kanunda düzenlenmemiş bir delil sözkonusu olacağından, bunun ancak özel hüküm sebepleri kapsamında değerlendirilebilir bir delil olduğu sonucuna varmaktadır. Günümüzün yeni keşif anlayışında da benzer bir sonuca varmak mümkündür. Bu örnekte olduğu gibi, elektronik ortamda bankalar tarafından tutulan kayıtların orijinal versiyonları ya da yerine göre teknik kayıtları keşif delilinin konusunu oluştururlar.

Burada uygulamada çok sık rastlanan bir örnek olarak teminat mektuplarından da kısaca söz etmek gerekir⁷⁷². 2017/7 sayılı "Bütünleşik Kamu Mali Yönetim Bilişim

⁷⁷⁰ Taşpınar, Sema, **Delil Sözleşmeleri**, Ankara, 2001; s. 34 vd; Arslan, Ramazan; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler", **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, Ocak 2013, s. 67-71. Ayrıca bkz. Olivia Pelli, "Beweisverträge im Zivilprozess", **SSZR – Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht**, Band/Nr. 14, Dike Verlag AG, 2012, s. 2 vd.

⁷⁷¹ Pekcanıtez, **Elektronik Ticaret**, C. 1, s. 766; Konuralp, **İspat Kuralları**, s.37; Davut Gürses, **Hukuki Açidan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 69. Elektronik belgeler bakımından suret kavramının önemi için bkz. II. Bölüm, I, D.

⁷⁷² Vahit Doğan, "Banka Teminat Mektupları Hakkında Mto'nun Birörnek Kuralları", **Prof. Dr. Tuğrul Arat'a Armağan**, Ankara 2012, s. 385-404, s. 386 vd.; Nami Barlas, **Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları**, **Kazancı Hukuk Yayınları**, İstanbul, 1987, s. 7 vd.

Sistemi Politika Belgesi ve Eylem Planı" isimli bir Genelgeyle, genel itibariyle kamu kurumları tarafından kamu mali yönetimine ilişkin her türlü elektronik altyapının, mümkün olduğunca modernleştirilmesi ve bilişim sistemlerinin altyapılara entegre edilmesi amacı vurgulanmıştır⁷⁷³.

Bu genelge kapsamında, bankalar tarafından düzenlenen teminat mektuplarının, usûlüne uygun bir şekilde elektronik ortamda elektronik imzayla imzalanması ve elektronik teminat mektuplarının bu şekilde düzenlenmesi kabul edilmiştir. Elektronik teminat mektupları BİLGE⁷⁷⁴ adı verilen sistem üzerinden “Elektronik Teminat” adı verilen bir modülden yapılacak işlemlerle düzenlenecektir⁷⁷⁵. Öyle ki örneğin gümrük idareleri tarafından kabul edilecek elektronik teminat mektupları bakımından özellikle “Elektronik Teminat Mektubu Uygulama Kılavuzu” hazırlanmıştır⁷⁷⁶. Elektronik teminat mektubu koşullarını sağlamak üzere bazı entegrasyon ve sertifika süreçlerinin gerekli olduğu vurgulanmaktadır⁷⁷⁷.

Bankacılık faaliyetleri tüm dünya tarafından dikkatle izlenmekte olan İsviçre hukukunda da elektronik bankacılık faaliyetleri ve e-belge üretimi bakımından,

⁷⁷³ Uyar, Talih; „Elektronik Posta Verilerinin „Yazılı Delil“ ya da „Delil Başlangıcı“ Olarak Senedin „Teminat Senedi“ Olup Olmadığının İspatındaki Rolü“, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 12, Sayı 125, Ocak 2017, s. 90-92. Ayrıca bkz. <https://www.dogrueer.com.tr/elektronik-teminat-mektubu-uygulamasi-blg-82>; Davut Gürses, **Hukuki Açidan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 69.

⁷⁷⁴ BİLGE sistemi ve diğer elektronik teminat mektubu içerikleri hakkında ve ilgili hususlarda ayrıntılı bilgi için bkz. Egemen Atay, **Kambiyo Senetlerinde Teminat Kaydı (Teminat Senetleri)**, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 34 vd.; Adnan Gerçek, **Türk Mali Hukukunda Teminat Kurumu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 34 vd. Ayrıca elektronik teminat işlemlerine ilişkin kılavuz bilgiler için bkz. <https://ortaanadolu.ticaret.gov.tr/data/5de0a7a513b876a980bde69a/e-teminat%20uygulama%20k%C4%B1lavuzu.pdf>; <https://www.vakifbank.com.tr/elektronik-teminat-mektubu-platformu.aspx?pageID=2717>; <https://www.teb.com.tr/upload/haberler/elektronik-teminat-mektubu-bilgilendirme-formu.pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁷⁵ <https://www.dogrueer.com.tr/elektronik-teminat-mektubu-uygulamasi-blg-82>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Elektronik teminat modülü, BİLGE sistemi üzerinden 21 Şubat 2019 tarihinde aktif hale getirilmiştir.

⁷⁷⁶ <https://www.dogrueer.com.tr/elektronik-teminat-mektubu-uygulamasi-blg-82>; <https://www.teb.com.tr/upload/haberler/elektronik-teminat-mektubu-bilgilendirme-formu.pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁷⁷ <https://www.dogrueer.com.tr/elektronik-teminat-mektubu-uygulamasi-blg-82>; <https://www.teb.com.tr/upload/haberler/elektronik-teminat-mektubu-bilgilendirme-formu.pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

uluslararası topluma uyum sağlamak için düzenleyici değişiklikler yapıldığı görülmektedir⁷⁷⁸. 19 Haziran 2015'te parlamento, FinfraG (*Finanzmarktinfrastukturgesetz*) olarak da bilinen FMIA'yı yasalaştırmıştır⁷⁷⁹. 1 Ocak 2016 tarihinden itibaren geçerli olan bu yeni Kanunla, Avrupa Birliği⁷⁸⁰ ve Amerika Birleşik Devletleri⁷⁸¹ ile benzer kurallar getirilmiştir⁷⁸².

Sonuç olarak denilmektedir ki finans sektöründe para akışında güvenlik ve hız ayrı bir önem arz ettiğinden, dikkat edilirse bu alanda hukuki düzenlemeler diğer alanlara göre daha süratli ve daha sık yapılmaktadır. Elektronik belgeler bakımından da dikkatle incelendiğinde en detaylı düzenleme ve güncellemelerin finans sektörünü ilgilendiren hususlarda yapılmakta olduğu görülür. Bu nedenle, bu alandaki gelişmelerin takip edilmesi, esasında dijitalleşme alanında uygulamanın nereye doğru yol aldığını görmek açısından bir fikir verebilmektedir. Finans kuruluşları hem kullanım kolaylığı bakımından hem de sıkı yasal hükümlere uyum sağlamak bakımından, elektronik hizmetlere ilişkin kullanıcıya sundukları uygulamaları her zaman en güncel ve kullanışlı şekilde tutarlar. Bu anlamda bankalar ya da genel anlamda finans kuruluşları bu tür teknolojilerin uygulanmasında öncü konumdadırlar. Örneğin bir kamu kurumuna göre, bir finans kuruluşunun dijitalleşme alanında bir teknik altyapıyı kendi öz imkânlarıyla kurması ve maliyetler yüksek olsa dahi buna bütçe ayırması daha kolay olmaktadır. Çünkü, bu sektörde hız her şeyden önemlidir. Bu sebeptir ki bugün için finans kuruluşlarıyla gerçekleştirilen işlemler mevzuatın izin verdiği ölçüde elektronik ortamlarda yapılmaktadır. Bunun sonucu olarak da başta elektronik dekont, elektronik ödeme kaydı belgeleri, elektronik hesap cüzdanı ve elektronik teminat mektupları gibi elektronik belgeler gelmek üzere, bir uyuşmazlık

⁷⁷⁸ Brandli, *Prozessökonomie im schweizerischen Recht*, s.196, prg. 422; Furrer, A.; Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht, Stämpfli Verlag AG 2016. Galli, A.; Rechtsprechungs Panorama Zivilprozessrecht, Aktuelle Juristische Praxis, 2016.

⁷⁷⁹ İsviçre Finansal Piyasa Altyapı Yasası (FMIA) hakkında bkz. <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/211>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁸⁰ Avrupa Pazar Altyapı Yönetmeliği, EMIR için bkz. eur-lex.eu/regulations/234324, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Ayrıca bkz. Busser, Els De, "EU-US Digital Data Exchange to Combat Financial Crime: Fast is the New Slow", *German Law Journal*, Vol. 19, No. 5, 2018, s. 1251–1267, s. 1254 vd.

⁷⁸¹ Dodd-Frank Yasası; Busser, Els De, "EU-US Digital Data Exchange to Combat Financial Crime: Fast is the New Slow", *German Law Journal*, Vol. 19, No. 5, 2018, s. 1251–1267, s. 1254 vd.

⁷⁸² <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/derivatives-trading-how-the-fmia-will-impact-entities-outside-of-the-financial-services-sector.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

olduğunda hâkim tarafından incelenecek pek çok elektronik kayıt dava dosyalarına sunulmaktadır. İşte elektronik ortamda tutulan bu kayıtların her biri, hâkimin elektronik keşif incelemesine konu olmaktadır.

3. Elektronik Ortamda Tutulan Ticari Kayıtlar

Türk Ticaret Kanununda ticari defterlere ilişkin hükümlere bakıldığında, bunların elektronik ortamda tutulmasına ilişkin bir zorunluluk olmadığı görülmektedir. Ancak bugün için tüm kayıtların elektronik ortamda tutulmadığı bir ticaret şirketine rastlamak mümkün değildir. Dolayısıyla resmi onaylı ticari defterler geleneksel usûlle tutulmaya devam edilse bile, iş ilişkilerini gösteren tüm gerçek kayıtlar elektronik ortamda tutulmaktadır.

Türk Ticaret Kanununun defter tutma yükümlülüğünü düzenleyen 64. maddesine göre, her tacir, ticari defterleri tutmak ve defterlerinde, ticari işlemleriyle ticari işletmesinin iktisadi ve mali durumunu, borç ve alacak ilişkilerini ve her hesap dönemi içinde elde edilen neticeleri açıkça görülebilir bir şekilde ortaya koymak zorundadır. Defterlerin, üçüncü kişi uzmanlara, makul bir süre içinde yapacakları incelemede işletmenin faaliyetleri ve finansal durumu hakkında fikir verebilecek şekilde tutulması gerekmektedir. 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 yükümlü tutulmuştur.

Ticari defterlerin elektronik ortamda tutulması hâlinde bu defterlerin açılışlarında ve yevmiye defteri ile yönetim kurulu karar defterinin kapanışında noter veya ticaret sicili müdürlüğü onayı aranmaz. Fiziki ortamda veya elektronik ortamda tutulan ticari defterlerin nasıl tutulacağı, defterlere kayıt zamanı, onay yenileme ile

açılış ve kapanış onaylarının şekli ve esasları Gümrük ve Ticaret Bakanlığı ile Maliye Bakanlığınca müştereken çıkarılan tebliğle belirlenir.

Kurumların elektronik ortamda hazırladığı diğer önemli belge türleri e-defter ve beratlardır. Bu belgelerin bütünlüğü ve gerçekliği, e-imza ve mali mühür ile sağlanmaktadır. Ayrıca, e-defter ve beratlar, eksiksiz, okunabilir, anlaşılabilir ve kâğıt çıktısı alınabilir olmalıdır. Bu belgelerin Türkiye’de muhafaza edilmesi zorunludur.⁷⁸³ 509 sıra nolu Genel Tebliğ, e-defter ve e- fatura kullanımında özel entegratör kullanımını mümkün kılmakta fakat bu durumda, entegratörün donanım ve yazılımının Türkiye’de bulunması zorunluluğunu getirmektedir.⁷⁸⁴ Bununla birlikte, yazılım uyumluluk onayı kılavuzunda, *eXtensible Business Reporting Language (XBRL)* dili kullanılması gerekli kılınmış ve dosya boyutları, yapı gibi unsurlarla ilgili teknik zorunluluklar belirtilmiştir. E-defterlerin *XBRL Global Ledger (Küresel Defter)* taksonomisine göre oluşturulması gerekmektedir.⁷⁸⁵

Ticari kayıtlar; geniş anlamda iş verileri olarak da adlandırılır ve bir ticari işletmenin başarısı ve hatta hayatta kalması için çok önemlidir. İşin yönetimi ve kontrolü, ürün ve hizmetlerin geliştirilmesi, risklerin ve fırsatların belirlenmesi ve ürün garantileri gibi konularla ilgili muhasebe ve raporlama gerekliliklerini ve diğer yasal gereklilikleri karşılamak için kullanılan araçların tümü geniş anlamda iş verilerini ifade eder.⁷⁸⁶ Ticari işletmelerin kendi tuttukları dürüst, orijinal ve bozulmamış kayıtlar, bir hukuki uyumsuzluk sözkonusu olduğunda kendi lehlerine sonuç elde edebilme imkânı bulmalarını sağlar. Hukuk Muhakemeleri Kanununun ticari defterlerde ibrazı düzenleyen 222. maddesi tacirin defter tutmadaki dürüstlüğüne lehe sonuç bağlayan bir hüküm örneğidir. Dolayısıyla, bugün için aslında meselenin sadece arşivleme değil, genel olarak bilgileri işleme ve onlardan yararlanma olduğu kabul

⁷⁸³ Ö. Sağlık – N. Çiçek, “Bilgi Yönetimi”, Hakemli Makaleler S. 3: 2 (2020), 120 – 142. (1 Sıra No’lu Elektronik Defter Tebliği, 2011).

⁷⁸⁴ 509 Sıra No’lu 2019 tarihli VUK Genel Tebliği hakkında bkz. gib.gov.tr/tebliğler/509/pdf, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Sağlık/Çiçek, **Bilgi Yönetimi**, s. 120 – 142.

⁷⁸⁵ Sağlık – N. Çiçek Hakemli Makaleler Bilgi Yönetimi 3: 2 (2020), 120 – 142.

⁷⁸⁶ Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

edilmektedir.⁷⁸⁷ Bu kabul, yalnız ticari başarıyı değil aynı zamanda usûl hukuku bağlamında bir ispat başarısını da getirebilmektedir.

Tacirler, kayıtlarını elektronik ortamda tutarak, bilgilerin gerçek zamanlı olarak mevcut olduğundan emin olmak için, bu süreçleri otomatikleştirmek ve bunları elektronik işleme, dosyalama ve depolama sistemleriyle değiştirmek eğilimindedirler. Bu durum aynı zamanda ilgili bilgilerin kâğıt biçiminden çıkarak dijitalleştirilmesi anlamına gelir.⁷⁸⁸ Son yıllarda dijitalleşen sadece bilgi değil, tüm iş süreçleri, iletişim kanalları ve dış paydaşlarla bilgi alışverişi gibi baştan sona tüm süreçlerdir. Örneğin artık tedarikçilerden faturaların ve makbuzların elektronik olarak (e-fatura) temin edilmesi ve hatta resmî belgelerin dahi genel olarak elektronik olarak düzenlenmesi söz konusudur.

Buna göre, resmi zorunluluklar kapsamında tutulan kayıtlar, ticari defterler de dahil olmak üzere, tüm düzenleyici ve finansal raporlama gerekliliklerine uygunluk artık elektronik biçimde de sağlanmalıdır.⁷⁸⁹ Ancak tamamen elektronikleşme halinde ise şirketlerin doğrudan kendi kayıtları üzerindeki hâkimiyetleri bir parça zorlaşır. Çünkü profesyonel anlamda kayıtlarını iyi bir şekilde tutmak isterlerse, genellikle bu alanda hizmet veren özel kuruluşlardan yardım almaktadırlar. Bu yardım da onların kendi kayıtları üzerindeki hâkimiyetlerini zayıflatmaktadır. Bir bakıma daha şeffaf olmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle örneğin, bir kaydı doğrulamak, işlemek, arşivlemek veya silmek istediklerinde, bu geleneksel ticari kayıtlarda olduğu gibi kolay olmaz. Örneğin elektronik ortamda tutulan ticari defterden anlaşılması gereken bir vakıanın ispatına girildiğinde, bu ispatın geçerliliği yalnızca elektronik olarak doğrulanabileceğinden, artık onun fiziksel biçimde saklanması teknik olarak mümkün olmadığı, orijinal versiyonların yalnız elektronik ortamda bulunduğu kabul edilir. Örneğin, elektronik faturaların çıktıları alındığı anda artık geçerliliğini yitirdiği

⁷⁸⁷ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁸⁸ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁸⁹ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

ifade edilir. Buradan, daha doğru bir ifadeyle orijinalliğini koruyamayacağı ve yalnız bir kopya olacağı için, doğrulamaya muhtaç olduğu anlaşılmalıdır. İşte bu noktada eğer hâkim gerekli görürse, ticari kayıtlar üzerinde elektronik ortamda keşif incelemesi gerçekleştirebilir.

Örneğin, İsviçre Muhasebe Yönetmeliği (*Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher, GeBüV*), zorunlu saklamaya tabi kayıtların ve verilerin bütünlüğünü, okunabilirliğini ve izlenebilirliğini gösterebilme gerekliliğini düzenlemektedir. Buna göre yasal saklama süresi boyunca bilgilerin orijinal durumunda, yani tam ve doğru durumda kaldığından ve ihtiyaç olduğunda ulaşılabilir olduğundan emin olunmalıdır. Bu noktada modern ve verimli bir bilgi – belge yönetiminin özellikle ticari şirketler bakımından adeta bir zorunluluk gibi düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁷⁹⁰ Böylece belgelerin tutarlı bir şekilde saklanmamasından doğabilecek sorunlar bertaraf edilebilir. Belgelerin düzenli tutulmaması, dahili incelemeler olarak da adlandırılan elektronik keşif incelemeleri başta olmak üzere, ispat faaliyetinde olumsuz sonuçlara yol açmaktadır.

Sonuç olarak, ticari kayıtların usûlüne uygun tutulması bir tacirin en temel yükümlülüklerinden biri olmakla birlikte, eğer yerine getirilmezse çoğu finansal zarara yol açan yaptırımlar olmak üzere pek çok olumsuz sonuca neden olmaktadır. Bunlardan başlıcaları; para cezaları, tedarikçi faturalarında girdi vergisini (KDV) mahsup etme hakkının kaybedilmesi, müşteri faturalarındaki indirimli KDV oranlarının iptali, bir tacir için önemli bir unsur olan itibarın zarar görmesi ve lisansların ve pazar erişiminin kaybı olarak sayılabilir. Ancak tüm bunların yanında bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda ve ispat faaliyetine girildiğinde eğer ticari kayıtlar gereği gibi tutulmamışsa bu halde karşılaşılmaması muhtemel ispat zorlukları ve ispat başarısızlığı nedeniyle bir yargılamada aleyhe sonuç alma riski oldukça büyük bir kayba yol açabilir. Bu nedenle bugün için elektronik ortamda tutulan ticari defterler

⁷⁹⁰ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

ve kayıtlar, olası bir ispat faaliyetine uygun olacak şekilde gerektiğinde delil gösterilmeye hazır bir formatta tutulabilmektedir.

Günümüzde iş bilgilerini ele almak için uygun bir yaklaşım, elektronik sistemlerin yardımıyla belgeleri ve kayıtları aktif bir şekilde tutmak, veri kaynaklarından yararlanmak ve bu bilgileri veri yakalama ile depolamadan silmeye kadar uyumlu bir şekilde yönetmektir. Buna akıllı bilgi ve belge yönetimi denilmektedir. Akıllı bilgi yönetimi, yalnızca arşivlemeden daha fazlasını içermektedir.⁷⁹¹ Böyle bir sistem kullanımının, sisteme eklenecek bir “elektronik belge üzerinde keşif” modülü ile doğrudan mahkemeler tarafından güvenli bir şekilde keşif ya da bilirkişi incelemesine uygun hale getirilmesi mümkündür. Böylece örneğin ticaret mahkemelerinin önlerine gelen ticari dava ve işlerde, elektronik ticari kayıtların delil olarak incelenmesi ve değerlendirilmesinde, UYAP ile entegre edilerek çalışabilecek bir elektronik belge üzerinde keşif sistemiyle elektronik ortam hâkimiyeti sağlanabilir.⁷⁹²

İsviçre'de ticari bilgilerin yönetimi ve arşivlenmesi, öncelikle ticari muhasebeye ilişkin İsviçre Borçlar Kanunu hükümleri (CO madde 957-963) ve hesaplar yönetmeliği (*Verordnung über die Führung und Aufbewahrung der Geschäftsbücher, GeBüV*) tarafından yönetilmektedir. Bu temel çerçeveye ek olarak, hukukun diğer alanlarında çeşitli özel hükümler bulunmaktadır. Örneğin, FDF'nin Elektronik Veriler ve Bilgiler Yönetmeliği (OEIDI) elektronik faturaların iletimini düzenler.⁷⁹³ Federal Veri Koruma Yasası (FADP), verilerin İsviçre dışındaki

⁷⁹¹ Gülten Alır; **E-Türkiye Uygulamaları: Elektronik Belge Yönetimi ve Üst Veri**, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi ve Belge Yönetimi Anabilim Dalı Doktora Tezi, Ankara, 2008, s. 8 vd.

⁷⁹² Ticaret mahkemelerinde, bugün için uygulanan özel bir ticari yargılama usulü olmadığı gibi, inceledikleri delil araçları bakımından da ticari deliller gibi bir ayrım söz konusu değildir. Bu yönde bkz. Nesibe Kurt Konca, “Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, **Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü**, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Birliği XVII. Antalya Toplantısı, Emsal Matbaa Tanıtım, 2021, Ankara, s. 19-26, s. 24, 25.

⁷⁹³ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

sunucularda arşivlenmesi ve dış kaynak hizmetleriyle çalışılması söz konusu olduğunda özellikle önem arz eder.⁷⁹⁴

Bu bağlamda elektronik bilgi yönetişimini sadece ekstra iş ve masraf olarak değil, değer katmanın bir yolu olarak görmek gerektiği vurgulanmaktadır. Bu kayıtların düzenli ve belirli bir standarda sahip olacak şekilde tutulması belge güvenlik zincirini oluşturacak, bu da mahkemelerdeki ispat faaliyetleri de dahil olmak üzere her türlü bilgi ve belge incelemesini daha kolay ve güvenilir hale getirebilecektir. Bu bağlamda özellikle sermaye şirketleri bakımından elektronik ticari kayıtların belirli bir standart üzerinden tutulması ve mahkemelerce doğrudan erişimine olanak sağlayacak bir sistemin kurulması önerilmektedir.⁷⁹⁵ İşte bu sistem yukarıda ifade edildiği gibi elektronik belgeler üzerinde keşif incelemesini düzenleyen bir sistem olarak işler hale getirilebilir.

E. Elektronik Sözleşmeler

1. Genel Olarak

Elektronik sözleşme, elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla hayatımızda giderek daha fazla yer alması kaçınılmaz olan bir sözleşme çeşididir. Yalnız elektronik ticaret değil, hukukun hemen her alanında elektronik sözleşmelerin kullanım örneklerine rastlamak mümkündür. Elektronik sözleşmeler genel olarak elektronik araçlar vasıtasıyla yapılan sözleşmeler olarak tanımlanmaktadır.⁷⁹⁶ Yani elektronik

⁷⁹⁴ F. Stanischewski, “Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, **IMPULSE - Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft**, Band/Nr. 7, 2015, s. 26 vd. Ayrıca Avrupa Birliği ve Almanya’daki bazı örnekler için bkz. Anne-Marie Zell, “Data Protection in the Federal Republic of Germany and the European Union: An Unequal Playing Field”, **German Law Journal**, Vol.15, No. 3, 2014, s. 461-494, s. 464, 467, 468.

⁷⁹⁵ <https://www.pwc.ch/en/insights/disclose/23/handling-business-information-its-well-worth-a-rethink.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

⁷⁹⁶ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 181; Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 54; Gamze Turan, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti”, **TBB Dergisi**,

sözleşmeler, kurulmasında ve karşılıklı edimlerin ifasında internet ya da intranet gibi elektronik araçların kullanıldığı sözleşmelerdir.⁷⁹⁷ Bunun anlamı eğer sözleşme bilgisayar ortamında yapılıyorsa, adeta bir seçeneği işaretlemek ve gönder butonuna basmak suretiyle hukuki olarak bağlayıcı bir işlem yapılması ve çoğunlukla işlem yapan kişinin kendini bir borç altına sokmasıdır. Buna “*clickwrap agreement*” adı verilmektedir.⁷⁹⁸ Genel olarak dijital sözleşmeler olarak da anılan bu sözleşmelerin, esasında soğuk savaş zamanlarından beri uygulanmakta olduğu ve bugün için yeni nesil elektronik sözleşmeler olarak anılan kendi kendini yürütüp yönetebilen akıllı sözleşmelere kadar uzanan pek çok çeşidinin bulunduğu ifade edilmektedir.⁷⁹⁹

Borçlar Kanununun sözleşmenin kurulmasında irade açıklamasını düzenleyen 1. maddesi şu şekildedir: “*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur. İrade açıklaması, açık veya örtülü olabilir.*” Görüldüğü üzere, sözleşmenin kurulması için kural olarak tarafların iradelerinin karşılıklı olması ve örtüşüyor olması yeterlidir. Bu halde sözleşmenin kurulması için gerekli olan bu irade açıklamalarının, elektronik ortamda da yapılabilmesine bir engel yoktur. Zira önemli olan sözleşme kurmaya yönelik iradenin açıklanması ve karşılıklı olarak tarafların iradelerinin birbirine uygun olmasıdır.⁸⁰⁰ İkinci fıkrada açıkça düzenlenmiş olduğu üzere, irade açıklamalarının örtülü olması dahi mümkündür.

Sözleşmelerin şekli bakımından ise hukukumuzda tam bir serbesti sözkonusudur. Sözleşmelerin şekli Borçlar Kanunumuzun 12. maddesinde genel kural başlığı altında şu şekilde düzenlenmiştir: “*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi*

Sayı 77, 2008, s. 54 vd.; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşme**, s. 50; Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71.

⁷⁹⁷ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşme**, s. 50; Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71.

⁷⁹⁸ Yıldırım, **a.g.e.**, s. 54; O’Shields, **a.g.e.**, s. 187. Ayrıca bkz. Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71.

⁷⁹⁹ De Filippi/Wright, **Blockchain and the Law**, Cambridge, 2018, s.74; Craig S. Wright, **Electronic Contracting in an Insecure Word**, 2008, s. 10; Rolf H. Weber, **Digital Contracts**, Digital Revolutions, 2016, s. 165; Ali Nizamettin Yıldırım, **Türk Borçlar Hukuku Bakımından Akıllı Sözleşmeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023, s. 19, 20.

⁸⁰⁰ Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71; Hacı Kara, **Türk Ticaret Kanununa Göre Düzenlenebilecek Elektronik Belgeler**, s. 78; İsmet Kahraman Arslan, “Elektronik Ticaret Sözleşmelerine Uygulanacak Hukuk”, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 19, S. 38, 2020/2, s. 13-31, s. 15 vd.; Turan, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 87-119.

öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir. Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

Buna göre, bir sözleşmenin elektronik ortamda kurulmuş olması sözleşmenin geçerliliğini doğrudan sorgulamaya neden olacak bir durum ortaya çıkarmaz. Bu hal ancak ikinci fıkradaki gibi, Kanunda sözleşmeler için özel olarak bir şekil öngörülmüşse bir geçerlilik sorunu olabilir. Bir sözleşmenin salt elektronik ortamda kurulmuş olması ve başkaca bir yazınlık unsuru taşımayan olması o sözleşmenin geçerliliğini sakatlayan bir unsur olmayacaktır. Kaldı ki iradeler karşılıklı olarak uyuştuktan sonra (BK m. 1), Borçlar Kanununun 12. maddesinin yukarıda da anılan ikinci fıkrasındaki gibi, Kanunda söz konusu sözleşme için özel bir şekil öngörülmüş olmadıkça sözleşmenin elektronik ortamda kurulmasına bir engel yoktur.

Sözleşmelerin genel itibariyle sözlü ve yazılı olarak kurulabilmesi “sözlü şekil” ve “yazılı şekil” olmak üzere iki temel ayrımla adlandırıldığında, bir üçüncü tür olarak “elektronik şekil”den söz etmek mümkündür. Bu halde herhangi bir şekilde elektronik ortamda kurulan sözleşmeleri “elektronik şekil” ile kurulmuş sözleşmeler olarak anmak olası görünmektedir. Bunlar ne tam olarak yazılı ne de tam olarak sözlü şekilde kurulmuş sözleşmeler olarak adlandırılabilir. Hatta aşağıda ele alınacağı üzere elektronik sözleşmeler bakımından yazılı şekil şartının sağlanmış sayılıp sayılmayacağı noktasında tartışmalar yapılmaktadır.

“Elektronik şekil” henüz Borçlar Kanununda bir sözleşme şekli ya da çeşidi olarak düzenlenmiş bir kavram ya da kurum değildir. Bu nedenle de yukarıda sözü edildiği gibi, elektronik sözleşmeler bakımından tartışılan noktalardan biri, elektronik sözleşmenin yazılı şekilde hazırlanmış bir sözleşme olarak kabul edilip edilemeyeceğidir.⁸⁰¹ Burada gözden kaçırılmaması gereken bir husus olarak, elektronik sözleşmelerin esasen yeni bir tür olmadığı, elektronik ortamda kurulsalar

⁸⁰¹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 152; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 54; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9.

bile temelde sözleşmeler hukukunu ilgilendiren tüm hususları kendi doğalarına uyacak şekilde temsil etmeye devam edecekleri hatırlatılmaktadır⁸⁰².

Bir sözleşmedeki yazılılık unsurunun anlamı, irade beyanlarının bir metin haline getirilmesi ve taraflarca imzalanmasıdır⁸⁰³. *Sağlam*'a göre, irade beyanları internet ortamında iletilindiğinde beyan sahibi fiil, işlem ve beyan iradesine sahipse internet ortamında iletilen bu irade beyanı, geçerli bir irade beyanı olacaktır⁸⁰⁴. Fakat burada sorun, elektronik ortamda iletilen irade beyanının metin haline getirildiğinde “yazılılık unsuru” bakımından durumunun ne olacağıdır⁸⁰⁵. Metin, yazılı şeklin ana unsurlarından kabul edilmektedir. Elektronik sözleşmeler bakımından elektronik ortamda hazırlanan sözleşme metninin, yine elektronik ortamda metnin içeriğinin tasdiki anlamına gelecek şekilde taraflarca imzalanması sözkonusu olur⁸⁰⁶. *Sağlam*, elektronik ortamda sözleşmenin imzalanması ile ancak yazılılık şeklinin gerçekleştirilebileceğini ifade etmektedir. Buna göre, BK m. 14 anlamında bir imza ancak kişinin eli ürünü olan yazı ile atılabilir. Bir elektronik sözleşme metninin bizim geleneksel olarak, imzadan anladığımız şekilde el yazısı ile imzalanması ise fiilen imkânsızdır⁸⁰⁷. Benzer şekilde *Özdemir Kocasakal*, Borçlar Kanununda öngörülen yazılı şekil şartının elektronik ortamda gerçekleşmesinin mümkün olmadığını ifade etmektedir⁸⁰⁸.

Bu nedenlerle, sadece Türk hukukunda değil, dünyada elektronik sözleşmeleri anlamlı hale getirecek ve imza unsurunu tamamlayacak düzenlemelere ihtiyaç

⁸⁰² Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 85; Ilaria Pretelli, Improving Social Cohesion through Connecting Factors in the Conflict of Laws of the Platform Economy, Conflict of Laws in the maze of digital Platforms, s. 17-52, Schultess, Zürich, s. 37; Reggie O'Shields, “Smart Contracts: Legal Agreements and Blockchain”, 21 North Carolina Banking Institute, Vol. 21, Issue 1, 2017, s. 187; Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 54; Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71.

⁸⁰³ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 152; Staudenmayer, Dirk: “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht – Verträge über digitale Inhalte”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 35, 2019, s. 2497.

⁸⁰⁴ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 153.

⁸⁰⁵ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 153; Rosenkranz, Frank: “Spezifische Vorschriften zu Verträgen über die Bereitstellung digitaler Produkte im BGB”, **Zeitschrift für Urheber und Medienrecht**, Heft 3, 2021, s. 195.

⁸⁰⁶ Klein, **Die Beweiskraft elektronischer Verträge**, Abs. 1 – 71; Saadet Arıkan, “Modern İletişim Araçları ve Özel Hukuk”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000**, Ankara, s. 311; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 153.

⁸⁰⁷ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 153.

⁸⁰⁸ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 54.

duyulmuştur. Elektronik imza kavramının hukuk dünyasına kazandırılması da temelde bu ihtiyaçtan kaynaklanmaktadır⁸⁰⁹. Bilhassa internet üzerinden kurulan sözleşmelerde, elektronik sözleşmelerin unsurları bakımından daha güçlü kılınmasının gerekliliği ifade edilmekte, bilhassa imzanın güven fonksiyonunu artırmanın önemi vurgulanmaktadır⁸¹⁰.

Elektronik sözleşmeler, doktrinde kabaca elektronik posta ile kurulan sözleşmeler, web sayfaları üzerinden kurulan sözleşmeler ve EDI olarak ayrılmaktadır⁸¹¹. Ancak bugün için genişleyen uygulama alanı nedeniyle bu ayrımı yeni çeşitlerin de eklenebilmesi olasıdır. Örneğin, yukarıda söz edildiği gibi⁸¹², bilgisayarındaki verileri yedeklemek için bulut depolama hizmeti sunan uygulamalardan faydalanan bir kullanıcının, sisteme üye olurken bir tür bulut bilişim sözleşmesine taraf olmak suretiyle, esasında bulut bilişim tabanlı bir elektronik sözleşmeye taraf olmuş olduğu ifade edilir⁸¹³. Yukarıda sözü edilen mobil telefonların sunmuş olduğu uygulamalarda da çoğunlukla başlangıçta bir sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Bu sözleşmeler esasında birer elektronik sözleşme olmakla birlikte, temelde birer bulut bilişim sözleşmesi olarak kabul edilmektedirler⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 140; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 54. Ayrıntılı bilgi için bkz. II. bölüm, II, A ve B.

⁸¹⁰ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 180; Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 55; Şenocak, **Dijital İmza**, s. 125.

⁸¹¹ EDI (*electronic data interchange*) kavramı ve Alman Hukukunda bu yönde ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Rolf **Blechtschmidt**, “The German Basic Electronic Data Interchange Agreement versus the European Model EDI Agreement: Some Reflections on German Law”, **The EDI Law Review** 3, 1996, s. 107-124, s. 107 vd.; Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 90 vd., sonuç; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9; Akkurt, Sinan Sami; “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 60, Sayı 1, Mart 2011, s. 19-46; Bayram, Aziz Erman; Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Cilt 28, Sayı 119, Temmuz 2015, s. 331-366.

⁸¹² Bulut Bilişim Ortamı ve ilgili açıklamalar için bkz. II. bölüm, I, A, 2, b, ii. Ayrıca bkz. Seda Öktem Çevik, “Elektronik Haberleşme Sektörü Bağlamında Akdedilen Mobil Telefon Abonelik Sözleşmelerinin Değerlendirilmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 157-168, s. 160 vd. Osman Açıkgöz, “Elektronik Haberleşme Sektöründe Arabağlantı Sözleşmesi”, **Uluslararası Bilişim ve Teknoloji Hukuku Sempozyumu Tebliğler Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s. 169-180, s. 170 vd.

⁸¹³ Can, **a.g.e.**, s. 25 vd.

⁸¹⁴ Can, **a.g.e.**, s. 25 vd.

Elektronik sözleşmelerin kural olarak hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerden olduğu ifade edilmektedir⁸¹⁵. Ancak doktrinde, elektronik ortamda yapılan icabın yöneltmesinde kullanılan araçlara göre her iki türde de sözleşme kurulabileceğine yönelik (hazırlar arasında ve hazır olmayanlar arasında) görüş de mevcuttur⁸¹⁶. Buna göre, elektronik ortamda yapılan bir icabı hazırlar arası ya da hazır olmayanlar arası olarak nitelendirmek yerine, muhatabın öğrenme imkânına göre bir ayırım yapmak daha uygun olacaktır⁸¹⁷.

Burada elektronik sözleşmelerle bağlantılı olarak, elektronik ticari ilişkilerden doğan ya da bunlarla ilgili diğer belgelerin de anılması gerekir. Bunların başında faturalar gelir. Fatura, Türk Ticaret Kanununda m. 21, f. 1’de, Vergi Usûl Kanununda 229. maddede düzenlenmektedir. Faturalar elektronik ortamda düzenlenebilmektedir ve ticari uyuşmazlıkların çoğunda ticari ilişki elektronik ortamda kurulmuş olmasa bile, faturalar vergi mevzuatı gereği elektronik ortamda düzenlenmekte ve gönderilebilmektedir. Bu nedenle mahkeme dosyalarını ispat faaliyetinde çok fazla meşgul eden faturaların incelenmesi de yerine göre keşif konusu olabilir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, faturaların muhasebe karakteri sebebiyle hâkimin hukuki bilgisi dışında kalan unsurlar içerebilecek olmasıdır.

Buna göre, bir elektronik sözleşmenin kurulması, unsurları, şekli, koşulları ya da sona ermesine ilişkin bir uyuşmazlıkta sözleşmenin kendisi bizzat keşfin konusu olabileceği gibi, sözleşmeden doğan uyuşmazlıkla bağlantılı başkaca elektronik belgelerin de bu elektronik sözleşmenin varlığına, yokluğuna ya da koşullarına ilişkin olarak keşif konusu edilmesi mümkündür.

⁸¹⁵ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 181. Sağlam, elektronik sözleşmelerin katılmalı (iltihaki) sözleşmeler olduğunu da ifade etmektedir. Buna göre, elektronik sözleşmeler katılmalı sözleşmelerdir, zira taraflardan biri çoğunlukla sözleşme şartlarını belirlerken, diğeri bir değişiklik yapma imkânı olmaksızın bu şartları kabul etmektedir. Ayrıca elektronik sözleşmelerin mesafeli satım sözleşmesi olduğu yönünde bkz. Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 183.

⁸¹⁶ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 53.

⁸¹⁷ Özdemir Kocasakal, **Elektronik Sözleşmeler**, s. 53.

2. Elektronik Sözleşmelerin Bir Türü Olarak Akıllı Sözleşmeler

Akıllı sözleşme, tarafların karşılıklı olarak belirledikleri edimlerin ve bu edimlerin adımlarını içeren prosedürlerin bir elektronik temel üzerinde tanımlanmış olduğu kod parçalarını içeren bir sözleşme türünü ifade etmektedir.⁸¹⁸ Son dönemde üzerinde çok fazla konuşulduğu üzere akıllı sözleşme kavramını ilk ortaya atan kişi olarak bilinen *Szabo*, 1996 tarihinde akıllı sözleşmeyi bir konsept olarak ilk kez adlandırdığı bir makale yayımlamış ve bu tarihten sonra elektronik sözleşmelerin önemli bir çeşidi olarak akıllı sözleşmeler ve buna bağlı teknolojiler hem hukuk hem de hukuk dışı alanlarda çok fazla söz edilir olmuştur.⁸¹⁹

Görüldüğü üzere akıllı sözleşmeler denildiğinde, bunları bir çeşit elektronik sözleşme olarak kabul etmekle birlikte, alışılmış sözleşme anlayışından uzaklaşan teknolojik bir zemin üzerinde yükselmekte olan yeni nesil otonom sözleşmeler anlaşılmaktadır. Esasında burada akıllı sözleşmedeki sözleşme tam olarak borçlar hukuku anlamında bilinen sözleşmeler gibi değil, daha çok işlem ya da adım anlamındadır. Yani her akıllı sözleşme, borçlar hukuku anlamında bir sözleşmeyi ifade etmez. Hatta bu yaklaşımla bağlantılı olarak, akıllı sözleşmelerin, sözleşme yerine bir ifa aşaması ya da ifa aracı; kodlama dilinde yazılmış birtakım programlar bütünü olarak anılmasının daha doğru olacağı da ifade edilmiştir.⁸²⁰ Bu nedenle adı akıllı

⁸¹⁸ Nick Szabo, *Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets*, 1996, s. 96 vd.; Ayrıca bkz. Morgan N. Temte, “Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts”, *Wyoming Law Review* 19, No. 1, 2019, s. 96; Yıldırım, *Akıllı Sözleşmeler*, s. 55; Michele Finck, “Smart Contracts as a Form of Solely Automated Processing under the GDPR”, *International Data Privacy Law*, C.9, S. 2, 2019, s. 90 vd.

⁸¹⁹ Andreas Furrer, *The Embedding of Smart Contracts into Swiss Private Law*, 2018, s. 4 vd.; Gülce Erek, “Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Hukuki Niteliği”, *Yapay Zeka ve Hukuk*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2023, s. 397-420.

⁸²⁰ Burada, *Ethereum*’u kuran kişi olarak bilinen *Vitalik Buterin*’in 2018 yılında *Twitter* platformu üzerinden akıllı sözleşme kavramını kullandığına dair pişmanlığını dile getirmiş olması hatırlatılmakta

sözleşme olarak yaygınlaşmış olsa da teknik anlamda bir sözleşme olmayabilirler. Fakat, yine de hukuki problemlerin kaynağı olabilecek bazı özellikler taşır ve bu nedenle de bir elektronik keşif faaliyetinin kapsamında bulunması son derece olası bir elektronik işlemler bütününe ifade ederler.

Akıllı sözleşme blokzincir olmadan da var olabilen bir işlem çeşididir.⁸²¹ Yani belirli koşul ya da eylemler gerçekleştiğinde, karşı eylem ya da karşı koşulların gerçekleşmesi şeklinde çalışan akıllı sözleşmeler, esasında kendisine öğretilmiş hüküm ve şartlar çerçevesindeki adımları yerine getirmek üzere programlanmıştır. Bu nedenle, akıllı olarak anılmaktadır ve bunu özel olarak blokzincir teknolojisiyle gerçekleştirmesi gerekmez. Geleneksel bilgisayar mantığı bir akıllı sözleşmenin varlığı için çoğu zaman yeterlidir. Örneğin, dijital platformlarla gerçekleştirilen sözleşmelerde⁸²², tarihle sınırlandırılmış bazı akıllı sözleşme tiplerinin uygulanmakta olduğu; tarafların önceden kabul ettiği tarihlerde ödeme gerçekleştiğinde üyeliğin otomatik olarak belirlenen yeni süre için yenilenmesi ya da ödeme alınamadığında üyeliğin otomatik olarak askıya alındığı durum tam olarak böyledir.

Hatta burada anmak gerekir ki akıllı sözleşmeler denildiğinde *Szabo*'nun tanımlamasının da ötesinde, adeta akıllı sözleşmenin atası olarak kabul edilen satış otomatları örneği verilmekte ve bu hususta hemen hemen tüm yazarlar fikir birliği içinde bulunmaktadır.⁸²³ İşte bu kadar temel ve böylesi basit bir mantık bugün insan aklının yardımıyla çok daha gelişmiş bir kriptografik sözleşme çeşidine dönüşmektedir. Bu çalışmanın konusu itibarıyla önemli olan ise bu sözleşme çeşidinden kaynaklanan bir uyuşmazlıkla ilgili ispat faaliyeti yerine getirilirken hâkimin insan faktörünün dışlandığı işlem trafiğini nasıl gözlemleyebileceğidir. İşlemlerin yapıldıkları ortamlar ve dayandıkları bilgisayar teknolojileri karmaşılaştıkça yargılama faaliyetindeki anlaşılabilirliği de o kadar zorlaşmaktadır.

ve buradaki hem akıllı hem de sözleşme terimlerinin ayrı ayrı yanıltıcı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Kolvart/Poola/Rull, s. 135; Kun, s. 144; Cuccuru, s. 185; Mahir Kubilay Dağlı, "Akıllı Sözleşmeler ve Sermaye Piyasalarına Etkisi", 2021, s. 41 vd; Meyer, s. 19; Yıldırım, s. 101, 102.

⁸²¹ Yıldırım, s. 56. Ayrıca bkz. Paolo Bertoli, **Smart (Legal) Contracts: Forum and Applicable Law Issues, Blockchain, Law and Governance**, Springer Nature Switzerland AG, 2021, s. 184.

⁸²² Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 56.

⁸²³ Szabo, 1996, s. 96 vd.; Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 61.

İşte bu nedenle hâkim, önüne gelen böyle bir uyumsuzlukta en azından yeni nesil kavramları anlamlandıracak kadar temel bilgiye sahip olabilmelidir. Örneğin bir elektronik ortam keşfi gerekecekse hâkim, teknik yardıma ihtiyaç duysa bile yardımcıdan tam olarak ne isteyeceğini bilecek durumda olabilmesi için bu sözleşmelerin mantığını ve kullanılan terimleri en azından tanıyor olmalıdır.

Görüldüğü üzere, akıllı sözleşme kavramının ilk ortaya çıkışı ve tarihçesi bugün için özdeşleşmekte olduğu blokzincir ve ethereum gibi kavramlardan daha eskidir⁸²⁴. Aşağıda akıllı sözleşmeler bağlamında ön plana çıkan blokzincir teknolojisi ve bağlantılı kavramlar yalnızca genel hatlarıyla ve ispat hukuku bağlantısı vurgulanmak üzere kısaca ele alınacaktır.

3. Blockchain Teknolojisine Dayanan Sözleşme ve İşlemler

Dağıtık defter ya da dağıtılmış defter teknolojileri, bireylerin ve tüm toplumların etkileşim kurma ve iş yapma şeklini değiştirme gücüne sahip yeni bir teknoloji olarak görülmektedir⁸²⁵. Bugün için bu alanda servis sağlama hizmeti veren pek çok teknoloji şirketi bulunmaktadır. Bunlar, blockchain uzmanları olarak isimlendirdikleri kişilerden oluşan ekipler kurarak, çeşitli blockchain ağlarına ilişkin derin teknik bilgileri, halka açık blockchain ağlarında analiz edilebilecek işlem modellerini ve işlem akışlarını yorumlama konusundaki bilgi birikimini bir araya getirerek bir hizmet olarak sunmaktadırlar⁸²⁶.

⁸²⁴ Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 55; Temte, s. 95.

⁸²⁵ Pınar Çağlayan Aksoy, **Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 18 vd.; Gülden Mehmed, “Blokzincir Teknolojisi Çerçevesinde Akıllı Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, **Yapay Zeka ve Hukuk**, 2023, s. 423-468, s. 424 vd.

⁸²⁶ Buchwald, s. 1384 vd.; Chaplin, s. 2021; Yıldırım, **Akıllı Sözleşmeler**, s 255.

Örneğin uluslararası alanda faaliyet gösteren PwC⁸²⁷, dağıtık defter teknolojisi kapsamında bu zamana kadar halka açık tutulmuş olan tüm defterlerin kopyalarını tutmak suretiyle, halka açık blok zincirlerini sorgulamak için bir araç ve hizmet paketi olan *Blockchain Facts*'i geliştirmiştir⁸²⁸. Böylece, bu sözleşmelerden kaynaklı; hukuki ilişkilerde ortaya çıkabilecek risklerin tahminleri, aykırı değer tespiti, ispat için gerekli ve geçerli elektronik belgelerin hazır tutulması ve buna bağlı olarak olası bir yargılamada ispat model analizi için aktörler ve ilgili işlem modelleri arasındaki ilişkileri gerçek zamanlı olarak anlamak üzerine modeller geliştirmektedir⁸²⁹. Böylece bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda ispat faaliyetinin sonucunda başarıya ulaşma ihtimalini en baştan eldeki belge ve kayıtlar üzerinden hesaplayarak müşterilerine kuvvetli bir tahmin olarak sunabilmesi mümkün olabilmektedir⁸³⁰.

PwC'nin *Blockchain Facts*'i evrensel bir halka açık blockchain analitik platformudur⁸³¹. Desteklenen her blok zincirinin bir kopyasını tutar ve her yeni blokla birlikte en son işlemleri merkezi bir veri ambarına ekler. Özel uygulamalar, soyut bir API kullanarak analiz görevlerini gerçekleştirmek için veri ambarını sorgulayabilir. Bu bağlamda özel işlem izleyicileri, davranış analizörleri, kümeleme algoritmaları ve aykırı değer algılama modülleri geliştirilmekte ve sürdürülmektedir⁸³².

Bugün için yaygınlaşmakta olan başlıca blokzincir tabanlı sözleşme uygulama örnekleri olarak, lisans sözleşmeleri, kredi sözleşmeleri, çeşitli üyelik sözleşmeleri ve sigorta sözleşmeleri gösterilmektedir⁸³³. Bunlardan özellikle lisans sözleşmelerinin ön planda olduğu; örneğin sanat, müzik ve film endüstrilerinde kullanıldığı bilinmektedir. Örneğin, blockchain teknolojisinin, kayıtlı müzik pazarını bozma potansiyeline sahip olduğu ifade edilmektedir⁸³⁴. Ayrıca örneğin blockchain bakımından öne çıkan ülke

⁸²⁷ Pwc.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2022).

⁸²⁸ Blockchain facts hakkında bkz. PwC'nin bu hizmeti adli refleks kavramını desteklemektedir. Bu yönde bkz. III. bölüm, III, G.

⁸²⁹ Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, s. 255.

⁸³⁰ Pwc.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2022).

⁸³¹ Pwc.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2022).

⁸³² <https://www.pwc.ch/en/services/consulting/forensic-services/blockchain-forensics.html>

⁸³³ Francesco Di Ciommo, Smart Contract and Non-Law, Law and Economics Yearly Review, Volume 7, Part 2, 2018, s. 305; Yıldırım, s. 59; Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, s. 20 vd.

⁸³⁴ Di Ciommo, *Smart Contract*, s. 305; Çağlayan Aksoy, *Akıllı Sözleşmeler*, s. 20 vd.

konumunda olan İsviçre’de bu teknolojiyle bağlantılı olarak, adem-i merkeziyetçilik ve bölgeselleşmenin küresel eğilimler olarak ortaya çıktığı belirtilmektedir.⁸³⁵

Günümüzde tüketiciler, özellikle küresel içeriklerin toplam kullanılabilirliğiyle birlikte giderek daha fazla kişiselleştirilmiş hizmet ve içerik beklemektedir. Buna bağlı olarak sağlayıcılar, en kapsamlı içeriği mikro hedefli, kişiye özel bir tarzda sunmaya yönelik çalışmalar yürütmektedir.⁸³⁶ Böylece kişiye özel akıllı özellik gösteren bu araçların, her biri kişiye özel olarak farklılaşabilmektedir. Örneğin bu kişiselleştirmenin tespiti dava konusu edildiğinde, ispat araçlarının akıllı sözleşme mantığına sahip oluşu; bunların incelenmesi ve mahkeme işlemine esas alınması faaliyetinin de akıllı bir zeminde yapılmasını gerektirir. Bu noktada tamamen elektronik ortama ve teknolojik hukuki işlemlere yönelmiş akıllı bir keşif faaliyetinden dahi söz edilebilir.⁸³⁷

Bu yeni modellerin başarısının ve yaygınlaşmasının, kısmen kripto para birimlerinin kabulüne, blok zinciri ve dolayısıyla akıllı sözleşmeler gibi teknolojilerin güvenilirliğine bağlı olacağı ifade edilmektedir.⁸³⁸ Bu gelişmeler, veri bilimi ve makine öğrenimindeki ilerlemelerle birleştirilmiştir. Büyük veri analizi algoritmaları aracılığıyla daha da yüksek derecede kişiselleştirme elde edilebilmektedir.⁸³⁹ *Pwc*’ye benzer olarak *Sagewise*, doğrudan akıllı sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları kendi ortamında çözmeye odaklanan bir alt yapı kurmuştur. Buna benzer bir başka örnek olarak akıllı sözleşmeden kaynaklanan bir tahkim sürecinin blokzincir teknolojisi üzerinden yürütülmesine imkân veren SAMBA isimli bir program gösterilmektedir.⁸⁴⁰ Görüldüğü üzere burada teknolojinin yardımıyla, bir dava malzemesi olarak hâkimin önüne geldiğinde, her şeyden önce kod bilmediğinden hâkimce anlaşılması zor olacak

⁸³⁵ Di Ciommo, **Smart Contract**, s. 305.

⁸³⁶ Di Ciommo, **Smart Contract**, s. 305.

⁸³⁷ Di Ciommo, **Smart Contract**, s. 305. Ayrıca bkz. pwc.ch/smartdiscovery/info/hyhhfş13ş/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2022).

⁸³⁸ Di Ciommo, **Smart Contract**, s. 305; Çağlayan Aksoy, **Akıllı Sözleşmeler**, s. 20 vd.

⁸³⁹ *Pwc.ch*, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2022); Deniz Baytemür Köksal, “Kripto Varlık Piyasalarına İlişkin AB Tüzük Teklifi”, **Bilişim ve Teknoloji Yıllığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 326-350, 328 vd.

⁸⁴⁰ Chaplin, s. 2021; Yıldırım, s. 255.

bu sistemin, kendine özgü bir tahkim çevresi içinde çözülmesi çabası vardır⁸⁴¹.

Son olarak kısaca NFT olarak adlandırılan “*Non-Fungable Token*” ya da Türkçe adıyla “değiştirilemez belirteçler” olarak isimlendirilen yeni bir teknoloji de blokzincir temelli yeni bir elektronik belge örneği olarak anılmaktadır⁸⁴². Özellikle NFT’lerin fikri mülkiyet hukuku bağlamında eser niteliğinde olup olmadığı ya da bir eseri NFT’leştirmenin olası hukuki sonuçları, eser sahibinin bu elektronikleşme karşısındaki durumu ve ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklar da ele alınmaktadır⁸⁴³. Doğal olarak bu hususlarda bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, hâkimler NFT’ler bakımından, orijinal elektronik veri üzerinde inceleme yapmak isterlerse bunu yapabilecekleri yegâne ortam blokzincir teknolojisiyle desteklenen elektronik ortam olacaktır. Ayrıca bu bağlamda NFT ile bağlantılı olarak, yapay zeka ve üretken sanat (*Generative Art*) açısından da eser sahipliği ve NFT malikinin hakları gibi konular ayrıca ele alınmaktadır⁸⁴⁴. Gelişmekte olan alanlar olduğundan, bu hususlarda mahkemelerin önüne gelmiş uyuşmazlık örnekleri bulmak kolay olmamaktadır. Ancak tipik birer orijinal ortam incelemesinin konusu olabilecek niteliktedirler. Bu nedenle de keşif incelemesinin konusu olmak bakımından ilginç birer yeni nesil keşif malzemelesi oldukları söylenebilir.

F. Üzerinde Keşif Yapılabilecek Elektronik Belgelerin Başlıca Kullanım Alanları

1. Elektronik Ödeme Sistemleri, Elektronik Ticaret ve

⁸⁴¹ Smart Arbitration adıyla anılan bu tahkim yapısı için bkz. Chaplin, 2021; Yıldırım, s. 255; Öztekin, s. 44; Buchwald, s. 1386 vd; Kaal/Calcaterra, s. 145; Schmit/Rule, s. 117 vd. SAMBA hakkında bkz. Chaplin, s. 2021; Yıldırım, s. 255. Ayrıca OpenBazaar platformu için bkz. Schmitz/Rule, s. 117; Yıldırım, s. 255. Ayrıca delillerin toplanması bakımından bkz. Christine Möhler, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2.A., Orell Füssli Verlag AG, 2015, s. 438, prg. 4.

⁸⁴² Kardelen Filorinalı, **Fikir ve Sanat Eserleri Hukuku Açısından NFT’ler**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 11 vd.

⁸⁴³ Kardelen Filorinalı, **a.g.e.**, s. 11 vd.

⁸⁴⁴ Kardelen Filorinalı, **a.g.e.**, s. 11 vd.; Dülger, **Kişisel Veri**, s. 672, prg. 11.151 vd.

Bunlara İlişkin Elektronik Kayıtlar

Elektronik ticaret, elektronik belgelerin başlıca kullanım alanlarından biridir. Elektronik ticaretin yaygınlaşmasıyla birlikte, elektronik ödeme sistemleri de geliştirilmiştir. Elektronik ödeme sistemleri, internet ödeme sistemleri olarak da anılmaktadır. Elektronik ödeme sistemlerindeki anonim olma özelliği sistemin sağladığı kolaylıklardan biri olmakla birlikte, birtakım sorunları da beraberinde getirmektedir.⁸⁴⁵ Özellikle bir uyuşmazlık ortaya çıktığında mahkemece incelenecek tüm belgelerin elektronik ortamda tutulan kayıtlar olarak sunulması gerekecektir.

Elektronik ödeme sistemlerinde başlıca araçlar; kredi kartı⁸⁴⁶, elektronik fon transferi (EFT)⁸⁴⁷, elektronik çek⁸⁴⁸ ve elektronik para⁸⁴⁹ gibi araçlardır. Tüm bu

⁸⁴⁵ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Topaloğlu, **Ödeme Sistemleri** (Jurix); Davut Gürses, Hukuki Açından Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 12.

⁸⁴⁶ Kart sahibi, elektronik ortamda ödeme yapmak için, kart bilgilerini ve üç haneli güvenlik kodunu elektronik ortamda bildirir. Bu bilgiler, bankanın sistemine ulaştırılır. Banka tarafından, kart bilgilerinin doğruluğu kontrol edildikten sonra, sözkonusu bilgiler “switch” sistemine iletilir. Switch sistemi bankadan gelen “işlem onayı” ya da “işlem reddi” cevabını elektronik ödemenin alıcısının sistemine gönderir. Sadeleştirilmiş bir anlatımla elektronik ortamda kredi kartı ile ödeme bu şekilde gerçekleşmiş olur. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Topaloğlu, **Ödeme Sistemleri**, (Jurix).

⁸⁴⁷ Elektronik fon transferi, dünyada ilk kez 1987 yılında, ülkemizde ise 1992 yılında kullanılmıştır. 2000 yılında yeni nesil EFT sistemi faaliyete geçirilmiş, 2013 yılında da halen kullanılmakta olduğumuz üçüncü jenerasyon Elektronik Fon Transferi sistemi kullanılmaya başlanmıştır. Bu sistemin temel mantığı, kullanıcının hesabının bulunduğu bankaya bir üçüncü kişiye elektronik ortamda ödeme yapması için, yine elektronik ortamda talimat vermesidir. Bu yönde bkz. Smith, **age**, s. 227; Wright/Win, **age**, s. 4; Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 110; Topaloğlu, **Ödeme Sistemleri**, (Jurix); Ertugut, **Elektronik İmza**, s. 68; Marvin, Vesper-Graske, “Say On Pay” In Germany: The Regulatory Framework And Empirical Evidence”, **German Law Journal**, Vol. 14, No. 07, 2013, s. 749-795, s. 792; Davut Gürses, Hukuki Açından Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 69; s. Burcu Yüksel, **Uluslararası Elektronik Fon Transferine Uygulanacak Hukuk**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, 19 vd.

⁸⁴⁸ Türk Ticaret Kanununun 1526. maddesinde, çekin, elektronik imza ile düzenlenemeyeceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla bu hüküm, el yazılı imza ile imzalanmamış ve elektronik ortamda hazırlanmış bir “elektronik çek”in teknik anlamda “çek” olmasına engel oluşturmaktadır. Ticaret Bakanlığı, elektronik çek ve bono uygulamasına geçebilmek adına “Elektronik Çek ve Bono Kanunu Taslağı” hazırlamıştır. Taslağın kabul edilip kanunlaşması halinde, teknik anlamda elektronik çek düzenlemek de mümkün hale gelecektir. Buna göre, Elektronik Çek ve Bono Sistemi adı altında (ÇEBSİS) bir sistem kurulması öngörülmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Topaloğlu, **Ödeme Sistemleri** (Jurix); Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 111; Karabıyık, **age**, s.89; Bozkurt Yüksel, **a.g.e.**, s. 182.

⁸⁴⁹ Elektronik para sistemleri her geçen gün gelişmekte ve yeni modeller oluşturulmaktadır. Akıllı para da denilen elektronik para sistemleri içinde, son yıllarda adı sıkça duyulmakta olan “blockchain” teknolojisi de yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Yüksel, s. 113 vd; Topaloğlu, **Ödeme Sistemleri (jurix)**; Wright/Winn, **a.g.e.**, s. 17; Keser Berber, **Dijital İmza**, s. 56; Schnider/Perry, **a.g.e.**, s. 223.

kavramlar başlı başına ayrı bir inceleme konusu olabilecek genişliktedir. Elektronik para kavramı son yıllarda özellikle kripto paralar bakımından çokça tartışılır olmuştur. *Bitcoin*, "kripto para" olarak adlandırılan para türünün ilk ve en tanınmış örneğidir.⁸⁵⁰ Kripto para, bir merkezî otoritenin yönetim ve denetimine tâbi olmayan, kriptografik sistemler ile güvenliği sağlanan ve adeta ulusu olmadan kullanılan para birimleri olarak tanımlanmaktadır.⁸⁵¹

Elektronik ticarete ilişkin 6563 sayılı Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanunun ikinci maddesinin birinci fıkrasının a bendinde bir tanım yapılmıştır. Buna göre, tarafların fiziki olarak karşı karşıya gelmeden, elektronik ortamda gerçekleştirdiği her türlü ticari veya iktisadi faaliyet elektronik ticareti ifade eder.

Elektronik ticaret, çeşitli biçimlerde yapılabilmektedir. Hala gelişen bir kurum olduğundan yeni ayrımların da ortaya çıkması mümkündür. Ancak günümüzde başlıca elektronik ticaret biçimleri olarak, mal satışı, tanıtım ve reklam faaliyetleri, bilgi temini, hizmet temini ve dijital ürün temini sayılmaktadır.⁸⁵² Ayrıca, daha geniş anlamda elektronik fon işlemleri, ticari kayıtların tutulması, hisse alışverişi ve borsa işlemleri, gümrükleme gibi işlemlerin de elektronik ticaret kapsamında yapılabilen işlemler olduğu belirtilmektedir.⁸⁵³ Bu sayılanlar arasında ise elektronik ticaretin en tipik uygulama alanının dijital ürün temini olduğu ifade edilmektedir.⁸⁵⁴

Bu bağlamda son yıllarda yeni çerçeve kavramlar olarak çokça duyduğumuz dijital ürün ve dijital içeriklerle ilgili olarak 2019/770 sayılı Avrupa Konseyi Direktifinin yönlendirmeleri bu kavramların yeknesak olarak yaygınlaşmasında etkili

⁸⁵⁰ Asuman Yılmaz, **Kripto Para Birimi Bitcoin (Türk Sermaye Piyasası Hukuku Açısından)**, Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, 2023, s. 21; Baytemür Köksal, **a.g.e.**, s. 328 vd.

⁸⁵¹ Asuman Yılmaz, **Kripto Para Birimi Bitcoin**, s. 21; Baytemür Köksal, **a.g.e.**, s. 328 vd.

⁸⁵² Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, sonuç; Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 151; Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de).

⁸⁵³ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 152; Yüksel, **Elektronik Fon**, s. 20 vd.

⁸⁵⁴ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Sağlam, **a.g.e.**

olmaktadır. Örneğin, tüketiciye dijital olarak sunulan bir kitap, bir müzik albümü veya video oyunları bu kapsamdadır⁸⁵⁵. Ancak, yukarıda anılan *Bitcoin* ve benzeri kripto para birimlerinin dijital ürün olarak kabul edilemeyeceği ifade edilmektedir⁸⁵⁶. Bu noktada Alman Medenî Kanununa kısa bir süre önce eklenmiş olan “dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler” (*Verträge über digitale Produkte*)den söz etmek faydalı olabilir⁸⁵⁷. Zira 25 Haziran 2021 tarihinde kabul edilen değişiklik, yalnızca tüketici sözleşmeleri bakımından; tedarik yöntemleri, ayıptan sorumluluk ve dijital ürünlerde meydana gelen bozulmaları özel olarak hüküm altına alan yeni bir bölüm ihdas etmektedir⁸⁵⁸.

Elektronik ticaretle ilgili olarak, Türk Hukukunda ise ilk olarak İhracatı Geliştirme Merkezi 1995 yılında bir pilot proje başlatmıştır. Bu projenin Türk hukukunda elektronik ticarete yönelik ilk çalışma olduğu ifade edilmektedir⁸⁵⁹. 1998 yılında ise Elektronik Ticaret Koordinasyon Kurulu kurulmuştur⁸⁶⁰. Yapılan bir araştırmada Türkiye’de özel olarak dış ticarete kullanılan elektronik belgelerin başlıcalarının gümrük belgeleri, karayolu taşıma belgeleri ve havayolu taşıma belgeleri olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca Türkiye’de ticaret hayatında kullanımı en yaygın olan geleneksel belge çeşitleri listelenmiştir. Ticaret hayatında dolaşımı en yaygın olan belgelerin başlıcaları, faturalar başta olmak üzere, irsaliye belgeleri, sigorta belgeleri, finans belgeleri, uygunluk belgeleri, dolaşım belgeleri, izin ve yetkinlik belgeleridir⁸⁶¹.

⁸⁵⁵ Dijital içeriklerle ilgili ayrıca bkz. II. bölüm, III, F, 3, a ve b.

⁸⁵⁶ Shulze, **Nomos Kommentar**, § 327, Rn. 7; Tekelioğlu, **Dijital Ürün**, s. 292.

⁸⁵⁷ Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 292.

⁸⁵⁸ Dijital ürünlere ilişkin yeni düzenlemelerin, 1 Ocak 2022 tarihinden itibaren imzalanan ya da daha önce imzalanmakla birlikte, dijital ürünlerin bu tarihte kullanıma sunulduğu sözleşmeler bakımından uygulanabileceği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Tekelioğlu, **a.g.e.**, s. 292. Ayrıca bkz. Sebastian Pech, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen – Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil I)”, **Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Praxis im Immaterialgüter und Wettbewerbsrecht**, Heft 18, 2021, s. 509; Paul T. Schrader, “Verträge über digitale Produkte: lediglich rechtlicher Vorteil für den Minderjähriger”, **Juristische Arbeitsblätter**, Heft 3, 2021, s. 177; Christiane Wendehorst, “Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte”, **Neue Juristische Wochenschrift**, Heft 40, 2021, s. 2913; Hendrik Schöttle, “Software als digitale Produkt – Was bringen die gesetzlichen Neuregelungen?”, **MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung**, Heft 9, 2021, s. 683.

⁸⁵⁹ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, sonuç.

⁸⁶⁰ Sağlam, **Elektronik Sözleşmeler**, sonuç.

⁸⁶¹ Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023); Davut Gürses, **Hukuki Açıdan Dijital Bankacılık ve Servis Modeli Bankacılığı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2022, s. 72.

Elektronik ticarete ve elektronik ticarete bağılı ödeme sistemlerinde elektronik belgelerin kullanımı, geleneksel kâğıt belgeyle yapılan işlemlerdeki iş süreçlerinin de farklılaşmasına neden olmuştur.⁸⁶² Geleneksel yöntemlerle ve belgelerle gerçekleştirilen ticaret işlemlerinde seneler boyunca geliştirilen teamüller ve alışkanlıklar, çoğunlukla insan iş gücü ön planda olacak şekilde “kişisel iş becerileri” yoluyla yapılmaktadır. Ancak elektronik belgelerin ön planda olduğu bir ticaret sisteminde, elektronik belgelerin oluşturma araçlarına hâkim olmak yeterli olacaktır.

Çoğu zaman programlar belge oluşturmak üzere kodlanmış yazılımlardan oluşur ve insan gücü geri planda kalmaktadır. Yalnız o programı kullanmayı bilmek yeterlidir. Bu bağlamda sistem çoğu zaman format dışına çıkmayı ve hata yapmayı zorlaştıracak şekilde tasarlanmıştır. Böylece insan hatasından kaynaklanabilecek, örneğin basit hesap hataları gibi aksaklıklara daha az rastlanabilecektir. İşlem akışları, adım adım belge oluşturma safhaları ve her bir safhada belgenin kontrol edilmesini sağlayan onay mekanizmalarının hata oranını büyük ölçüde minimum seviyeye indirmekte olduğu ifade edilmektedir.⁸⁶³ Bu nedenle, elektronik belge kullanımının daha da yaygınlaşacak olduğunu öngörmek hiç de zor değildir. Zira hata riskleri ve hataya dayalı olarak maliyetlerin yükselmesi ve zaman kaybı yaşanması riskleri büyük ölçüde bertaraf edilebilmektedir. Bilindiği üzere ticaret hayatında en önemli iki değer, zaman ve paradır.

Esasında elektronik belge kavramının elektronik ticaret bakımından farklı bir anlamı ve kullanımı bulunmaktadır. Yalnız hukuk literatüründe değil, özellikle ekonomi ve ticaretle ilgili uygulamada ve akademik çalışmalarda elektronik belge kavramının çokça kullanıldığı görülmektedir. Ancak burada özellikle elektronik ticaretle ilgili elektronik belgelerin genel olarak “e-belge” adıyla anılmakta olduğu görülmektedir. E-belge esasında elektronik belge olmakla birlikte kendi başına başka

⁸⁶² E. M. Civelek/ M. Çemberci/ N. Uca, E-UCP and Electronic Commerce Investments: e-Signature and Paperless Foreign Trade. Eurasian Academy of Sciences Eurasian Business and Economics Journal, 2015, s. 60-70, s. 61 vd.; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁶³ Civelek/Çemberci/Uca, **a.g.e.**, s. 61 vd.; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

bir terime dönüşmüştür. *E-belge*, elektronik ticarete, gümrük faaliyetlerinde ve hatta vergi mevzuatında yer alan tüm belgelerin elektronik versiyonlarına verilen genel bir isim olarak bilinmektedir.⁸⁶⁴

E-Belgenin sağladığı başlıca faydalar e-belge kullanımının yaygınlaşmasına da vesile olmuştur. Maliyetlerin düşmesi, fiziki arşiv ihtiyacının ortadan kalkmasının sağladığı kolaylıklar, işlem sürelerinin kısalması, belge formatında tekdüzeliğin sağlanması, ekonomik faaliyetlerin kayıt altına alınmasının kolaylaşması ve böylece kayıt dışı ekonominin önüne geçilmesi, sahteciliğin zorlaşması, ödeme yöntemlerinde tekdüzeliğin ve güvenli ödemenin sağlanması, dil ve bölge farklılıklarının yaratacağı zorlukların bertaraf edilebilmesi e-belge kullanımının getirdiği faydaların başlıcaları olarak sayılmaktadır.⁸⁶⁵

Bu bağlamda elektronik ortamda e-belge formatında gerçekleştirilen tüm bu işlemler hukuki işlemlerdir. Dolayısıyla bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda sözü edilen tüm bu e-belgelerin kendilerine özgü bir ispat faaliyetinin konusu olması gerekecektir. Özellikle uluslararası ticaret ortamı başta olmak üzere, iç ticarete de aynı şekilde geçerli olarak kullanılabilen tüm bu e-belgelerin, uyuşmazlığı çözüme kavuşturması beklenen hâkim tarafından doğrudan incelenmesi gerekecektir. Özellikle e-belge formatında yapılan satım sözleşmeleri, elektronik ödeme onayları ve e-faturalar, sözkonusu elektronik ticarete konu olan ve alım-satımı gerçekleştirilen ürünlere dair elektronik sigorta poliçeleri, elektronik taşıma belgeleri ve taşımaya ilişkin diğer elektronik belgeler, elektronik irsaliyeler gibi e-belge örnekleri uygulamayı en çok meşgul eden e-belge görünüm şekilleridir. Bir uyuşmazlık olduğunda tüm bunlar hâkimin önüne yığılır ve hâkimce incelenmesi beklenir.⁸⁶⁶

⁸⁶⁴ Sağlık, **Elektronik Belge**, s. 10.

⁸⁶⁵ A. Özalp, **Dış Ticarete Yeni Ödeme Yöntemi BPO'nun Kullanılması**, İstanbul, Türkmen Kitabevi, 2014, s. 24 vd.; E. M. Civelek/ E. G. Sözer, E. G., **İnternet Ticareti: Yeni EkoSosyal Sistem ve Ticaret Noktaları**, İstanbul, Beta Basım, 2003, s. 23 vd.; Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁶⁶ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); Seçkin, **E-Belge**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

Burada büyük ölçüde vergi hukukunu ilgilendiren ve kullanımı çok yaygın olan bazı elektronik belge örneklerinden de kısaca söz etmek gerekir. Vergi Usûl Kanununa dayanılarak çıkarılan tebliğlerde elektronik belgelerle ilgili çeşitli hükümler getirilmiştir⁸⁶⁷. 509 nolu Genel Tebliğ’de, elektronik ortamda oluşturulacak belgelerin üzerinde mali mühür ya da nitelikli elektronik sertifika taşımaya, belge üzerinde doğrulamaya, görüntülemeye imkân veren genel bir tanınırlığa sahip olan bir formata sahip olması gerektiği belirtilmiştir⁸⁶⁸.

Bununla birlikte, belgelerde üç haneli birim kodu ve on üç haneli sıra numarasından oluşan belge numarası kullanılması gerektiği vurgulanmaktadır⁸⁶⁹. On üç haneli sıra numarasının ilk dört karakteri, yılı temsil ederken dokuz karakterli numara, her yıl bir rakamından başlayarak kullanılır⁸⁷⁰. Aynı belge numarası, birden fazla kullanılmamaktadır. Yine aynı tebliğe göre, e-arşiv uygulamasını kendi sistemi üzerinden kullananlar, belgelere ait elektronik kayıtların bozulması, silinmesi, zarar görmesi, işlem görememesi halleri ile olağanüstü durumların meydana gelmesi halinde, durumu Başkanlığa on beş gün içinde bildirerek bu kayıtları nasıl tamamlayacağına ilişkin ayrıntılı bir plan sunmak zorundadır⁸⁷¹.

509 nolu Genel Tebliğ’de e-fatura mükellefi olmayan kuruluşlara e-fatura format ve standartları kullanılarak ve faturanın basılabilir görüntüsü eklenerek faturaların elektronik ortamda gönderilebileceği belirtilmiştir⁸⁷². Bu format ve standartlar, Elektronik Arşiv Kılavuzu ve E-Fatura Entegrasyon Kılavuzunda

⁸⁶⁷ Özhan Sağlık/ Niyazi Çiçek, “Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değerinin Korunmasında Mevzuatta Öngörülen Delil Özelliklerinin İncelenmesi”, (çevrimiçi), (Erişim Tarihi: 25.03.2023), <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Fatma Tektüfekçi, “E-Dönüşüm Sürecinde E-Muhasebe Uygulamaları: Türkiye Örneği”, **Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi**, Cilt XII, Sayı I, 2017, s. 79-88, s. 80.

⁸⁶⁸ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, s. 80, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁶⁹ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, s. 80, 81, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁰ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, s. 80, 81, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷¹ 509 Sıra No’lu 2019 Tarihli Vergi Usûl Kanunu Genel Tebliği hakkında bkz. mevzuat.gov.tr.

⁸⁷² 509 No’lu 2019 Tarihli Vergi Usûl Kanunu Genel Tebliği hakkında bkz. mevzuat.gov.tr.

açıklanmaktadır. Bununla birlikte, e- arşiv raporlarının ise XADES-A standardı adı verilen bir format kullanılarak e-arşiv uygulaması üzerinden Gelir İdaresi Başkanlığına (GİB)'e gönderilmesi gerekmektedir.⁸⁷³ E-arşiv uygulamasını kendi sistemlerinde kullanmak isteyen kurumlar, ISO 27001, ISO 22301 ve ISO 2000 Standartları'na sahip olmalıdır.⁸⁷⁴

Oluşturulacak e-faturalar, Universal Business Language (UBL) – Türkçe olarak eXtended Markup Language (XML) dilinde, Unicode Transformation Format-8 (UTF-8) formatında, Standart Business Document Header formatındaki bir zarfta ve XML Schema Definition (XSD)'a uygun olarak üretilmelidir.⁸⁷⁵ UBL dilindeki faturalar, mali mühür ile onaylanmalıdır. Burada ilginç sayılabilecek bir ayrıntı, ayrıca, e-belgeler için bir risk planı oluşturulması gerekliliğidir.⁸⁷⁶

Burada bu teknik ayrıntılara yer verilmesinin sebebi, bu kadar detaylı şekilde tebliğlerde düzenlenmiş elektronik belge ve format açıklamalarının genel olarak elektronik belgelerin kullanıldığı her alanda hâkim olan teknik terimler olmasıdır. Bir hâkimin önüne gelen belgelerin büyük bir çoğunluğu esasında burada anılan formatlardan birinde okunmakta ve görüntülenmektedir. Bu nedenle bir mahkemenin elektronik belge çeşitleri ve formatları bakımından en azından genel anlamda bilgiye sahip olması beklenir. Neticede bir ihtilaf söz konusu olduğunda, örneğin burada söz edildiği gibi vergi ve finans kayıtlarıyla ilgili ya da benzer belge formatlarının kullanıldığı bir kurum ya da şirketle ilgili özel hukuka dair bir uyuşmazlık ortaya çıktığında, burada sayılan formatlardaki elektronik belgeler delil olarak hâkinin önüne yığılacaktır.

⁸⁷³ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, E-Dönüşüm, s. 81, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁴ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, E-Dönüşüm, s. 81, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁵ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, E-Dönüşüm, s. 81, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁶ (GİB, 2018b).

Örneğin e-faturasını kendi bilgi işlem sistemlerinde oluşturmak isteyen kurumlar, *Portable Document Format (PDF)* kullanıyorsa faturayı *PDF Advanced Electronic Signature (PADES)* standardını kullanarak mali mühür/nitelikli e-imza ile imzalamalıdır.⁸⁷⁷ Fatura ekine, XML yapısındaki UBL-TR ve XSD eklenmelidir.⁸⁷⁸ E-fatura kullanım kılavuzunda mali mühür, verinin bütünlüğü, içeriği ve düzenleyenini gösteren ve koruma altına alan nitelikli elektronik sertifika alt yapısını ifade etmektedir.⁸⁷⁹ Mali mühür kullanımının, e-imza ile benzerlik gösterdiği ifade edilmektedir.⁸⁸⁰

Son olarak örneğin, elektronik bilet ve elektronik yolcu listesinde mali mühür ya da e-imzanın *XML Advanced Signature - Basic Electronic Signature (XADES- Bes)* ile havayolu ve etkinliklerde kullanılacak e-biletlerin ise *XADES-Archival (XADES-A)* ile imzalanması gerekmektedir.⁸⁸¹ Tüm bu teknik bilgiler ilk bakışta hukuk alanının dışında gibi görünse de esasında bunların her biri elektronik belgeyi tamamlayan ve formatını belirleyen unsurlar olarak yargılamayı da yakından ilgilendirmektedir.

Burada sayılan elektronik belgelerin her biri, durumun özelliğine göre hâkimin bilgi ya da delil elde etme amacıyla gerçekleştireceği keşif incelemesinin konusu olabilirler. Bu belgelerin, özellikle kamusal nitelikte olanlarının bulunduğu platformlar, elektronik sistemler olarak belgeyi belirli bir formatta oluşturur ve kaydederler; böylece bir belirlilik ve güvenilirlik standardı sözkonusu olur. Bu halde hâkimin mahkeme işlemlerinde kullandığı UYAP sisteminde erişimine sunulacak bir

⁸⁷⁷ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, (online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁸ Tüm bu bilgiler ve formatlar Gelir İdaresi Başkanlığının düzenlemelerinde anılmaktadır. Bu yönde bkz. gib.gov.tr/info, Ayrıca bu yönde bkz. Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, (online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁷⁹ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, (online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁸⁰ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>; Tektüfekçi, **E-Dönüşüm**, (online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁸¹ Sağlık/Çiçek, <https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

eklentiyle, doğrudan delil incelemesi amacıyla e-belgelerin bulunduğu platformlara erişebilmesi gerekir. Yukarıda sözü edilen elektronik belgeler üzerinde keşif modülü bu tür e-belge ortamlarına da doğrudan ağ üzerinden delil inceleme amacıyla bağlanabilmelidir. Örneğin, taraflar dayandıkları elektronik belgelerin, elektronik ortamdaki bağlantılarını mahkemeye sunarak, mahkemeyle bir nevi elektronik belgelerin sanal koordinatlarını paylaşmış olurlar. Böylece hâkimin doğrudan erişim yetkisi bulunan elektronik belge üzerinde keşif sistemiyle yalnız bu bağlantıyı kullanarak tarafların işaret ettiği bu belgeleri orijinal halleriyle görüntüleyip inceleme imkânı sözkonusu olur. Mahkeme, dilerse bu platform üzerinde erişebildiği belgeleri uzman yardımıyla da inceleyebilir; elektronik dava dosyasına doğrudan aktarımlarını sağlayabilir. Bu sayede hâkim, fiziki olarak dava dosyasına sunulan elektronik belge suretleri yerine orijinal elektronik belgelerin kendi ortamında dinamik bir şekilde incelemesini gerçekleştirebilmiş olur. Elektronik belge, doğrudan kendi ortamında görüldüğünden orijinal olmama bakımından bir tereddüt doğma ihtimali düşüktür. Böylece, örneğin sahtelik vb. itirazlarla da yargılamanın uzaması sakıncaları bir ölçüde bertaraf edilebilir. Neticede böyle bir yöntemle, özellikle elektronik belge incelemesi bakımından tereddütlerin kaynağı olan kolayca manipüle edilebilme riski mümkün olduğunca önlenabilir.

2. İnternet, Elektronik Posta ve Diğer Elektronik Haberleşme Araçları

a. Genel Olarak

Bu başlık altında incelenen elektronik veri türlerinin ortak özelliği elektronik yolculuk yaparak karşı tarafa ulaşan veriler olmasıdır. Özellikle elektronik posta gönderilerinin elektronik belgelerin önemli görünüm şekillerinden biri olduğunu söylemek yanlış olmaz. Elektronik postanın günlük hayatın bir parçası haline gelmesi yeni değildir. Uzun yıllardır hayatımızda olan elektronik posta, elektronik haberleşme kolaylığını yaygın hale getiren hızlı, ücretsiz ve ağ üzerinden kimlik oluşturmak

suretiyle herkese açık bulunan bir iletişim aracıdır. Hatta elektronik postaların yerini tutabilecek pek çok anlık mesajlaşma seçeneğinin de günümüzde kullanıldığı ve elektronik postaya göre çok daha yeni ve gelişmiş olduğunu söylemek gerekir. Ancak yine de artık “eski yeni” olarak tabir edilebilecek bir alışkanlık haline gelen ve hemen herkesin kullanmaya alışık olduğu elektronik postalar, geçmiş zamanın “mektupla haberleşme” geleneğinin bugünkü görünümüdür. Gün geçtikçe “elektronik mektup” göndermenin de gelenekselleşen bir yöntem haline geldiğini, kimilerine göre bugün için artık demode bir haberleşme aracı olarak tanımlandığını belirtmek gerekir. Zira, diğer yeni iletişim yöntemlerine göre önemli bir eksikliği vardır, o da muhatabın hazır olup olmadığının bilinemiyor olmasıdır.

Yine de özellikle kurumsal iletişimde ve ticaret hayatında tartışmasız en çok kullanılan iletişim aracı elektronik postalardır. Bu nedenle pek çok hukuki uyumsuzluk, dava haline gelip ispata ihtiyaç duyulduğunda mahkemeye sunulan “elektronik belgelerin” büyük bir çoğunluğunu “elektronik postalar” oluşturmaktadır. Elektronik postanın bu kadar çok tercih edilmesinin sebeplerinin başında, şüphesiz internet vasıtasıyla elektronik posta kutuları arasında gerçekleştirdiği yolculuğun masrafsız ve hızlı olması özellikleri vardır.⁸⁸².

Elektronik postanın teknik özelliklerinden kısaca söz etmek gerekirse, yukarıda da değinildiği gibi öncelikle bir internet ağına erişim gerekmektedir. Çünkü elektronik postanın yolculuğu klasik bir mektubun yolculuğunda olduğu gibi, posta ofisi tarafından değil, internet ağı tarafından karşı tarafa aktarılacaktır. Bu aktarımı sağlamak için bir protokol geliştirilmiştir. Buna evrensel adıyla “*Simple Mail Transfer Protocol*”, Türkçe adıyla ise Basit Posta Transfer Protokolü denir.⁸⁸³.

Basit Posta Transfer Protokolü, cihazların birbirlerini internet ortamında bulması ve eşleşmesi yöntemiyle, birbirleriyle veri alışverişi yapmalarını mümkün

⁸⁸² Klaus Bacher, Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht, **MDR**, 12/2002, s. 669; Englisch, **a.g.e.**, s. 13. Ayrıca Bkz. Zarife Şenocak, “Dijital İmza ve Dijital İmzanın Borçlar Kanunu Hükümleri Açısından Ele Alınması”, **AÜHFD**, C. 50, 2001/2, s. 97- 135, s. 97; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 1.

⁸⁸³ Bacher, **E-Mail-Sendungen bei Gericht**, s. 669; Englisch, **a.g.e.**, s. 13.

kılmaktadır. Bu protokolü takip etmek suretiyle cihazlar birbirini bulur ve veri akar. Bu nedenle posta transfer protokolü olarak adlandırılmıştır. Esasında bu protokol cihazların insan eliyle aldığı komutu bir komutlar zincirine dönüştürmesi ve uygulaması esasına dayanır. Bu komutlar zinciri de elektronik postanın bir elektronik adresten diğerine ulaştırılmasını sağlar.⁸⁸⁴

Elektronik postanın internet aracılığıyla yaptığı sanal yolculuğun, basit posta transfer protokolüne göre özet anlatımı şu şekilde yapılabilir.⁸⁸⁵ Elektronik posta tıpkı kargo şirketlerinin ve posta ofislerinin dağıtım ağı gibi işlemektedir. Bir gönderi, öncelikle bölgesel dağıtım ofisine benzetebilecek bir sanal merkeze ulaşmakta, daha sonra bu merkezden başka bir merkeze ulaştırılmaktadır. Akabinde ise, nihai hedef olan alıcının elektronik posta kutusunda görünür hale gelmektedir. İşte tüm bu aşamalar elektronik postanın yolculuğunu özetlemektedir. Bu yolculuk karmaşık gibi görünse de tüm bu ara adreslere uğramalar da dahil olmak üzere yalnızca birkaç saniye sürmektedir.⁸⁸⁶

Yargılama bakımından bu kadar önem arz eden elektronik postaların mahkemeye nasıl sunulacağı ve nasıl inceleneceği ise ayrı bir meseledir. Elektronik posta iletilerinin, HUMK döneminde özel hüküm sebepleri kapsamında kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. HMK döneminde keşif kapsamının genişletilmiş olduğu ve geniş anlamda keşif anlayışının kabul edildiği düşünüldüğünde şüphesiz ki bu yaklaşım bugün de elektronik posta iletilerinin, yerine göre keşif kapsamında değerlendirilmesi olarak anlaşılmalıdır.⁸⁸⁷

⁸⁸⁴ Bacher, *E-Mail-Sendungen bei Gericht*, s. 669; *Englisch*, s. 13.

⁸⁸⁵ Bacher, *E-Mail Sendungen bei Gericht*, s. 669.

⁸⁸⁶ Çok istisnai durumlarda elektronik ortamdaki verilerin yolculuğu beklenenden uzun sürebilmektedir. Bu halde, özellikle resmî kurumlara gönderilen süreli dökümanların karşı tarafa ulaşma anı bakımından uyumsuzluklar ortaya çıkabilmektedir. Bu yönde Alman Federal Mahkemesinin, geç iletilme riskinin göndericinin üzerinde olduğuna dair kararlarına atıf yapılarak, elektronik postalar bakımından da bu ilkenin takip edilmesi gerektiği, olası gecikmeyi dikkate alarak göndericinin işlemini son ana bırakmadan gerçekleştirmesinin kendi yararına olacağı vurgulanmıştır. Bu yönde bkz. BGH, NJW 1992, s. 244; Riesenkampff, NJW, 46/2004, s. 3296; Musielak, *ZPO*, § 130a, Rn. 1.

⁸⁸⁷ Pekcanitez, *Elektronik Ticaret*, C.1, s. 766; Konuralp, *İspat Kuralları*, s. 36; Alangoya, *ilkeler*, s. 36; Fadi Al-Debi/Christopher Weidt, “Die E-Mail im Zivilprozess”, *JA*, 2017, 618 vd. Burada esasında yalnız elektronik posta iletileri değil, her türlü elektronik iletişim aracıyla oluşturulan deliller ve ayrıca ses ve görüntü kayıtlarının da bu kapsamda olduğu vurgulanmaktadır. Ancak gerek keşif delili gerekse

b. Adli Hizmetlerde Mahkeme ve Taraflar Arasındaki İletişimde Elektronik Postanın Kullanılması

Elektronik postalar bir uyumsuzlukta taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi görünür kılan yazışmalar ihtiva etmekle birlikte, elektronik postaların medenî yargılama hukuku bakımından önemi yalnız tarafların ispat faaliyetinden ileri gelmemektedir. Çeşitli hukuk sistemlerinde elektronikleşmeyi yargı alanına taşımak adına atılan adımlar arasında, mahkeme ve taraflar arasındaki iletişimde elektronik postanın kullanılması usûlü de benimsenmiştir. Yani elektronik postalar yalnızca tarafların ispat faaliyeti bakımından değil, taraflar ve mahkeme arasındaki iletişim bakımından da önem arz etmektedir. Daha önce de değinildiği gibi Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesi mahkemelerle taraflar arasındaki iletişimde elektronik postanın kullanılmasının önemli bir örneğini teşkil eder. Böylece taraflar ve mahkeme arasında elektronik ortamda belge ibrazına ilişkin iletişim elektronik posta vasıtasıyla kurulmuş olur.

Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesi bu çalışmanın farklı bölümlerinde başvurulacak temel bir referans hükmüdür. Çünkü elektronik belgenin yargıda kullanımı adına Avrupa Birliği'nin çeşitli kurallarına uyum sağlamak için getirilmiş yol gösterici bir düzenlemedir.

Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesine göre⁸⁸⁸: “*Dava taraflarının ön hazırlık ve davanın inşası için gerekli dilekçeleri ve beyanları; bundan başka*

özel hüküm sebepleri hukumzdaki delil sistemi gereğince takdiri delil olarak kabul edileceğinden, bu değerlendirmenin hâkim tarafından ancak takdiri delillerle ispatın caiz olduğu durumlarda yapılabileceği de ifade edilmiştir. Bu yönde Bkz. Pekcanıtez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 675.

⁸⁸⁸ Alman ZPO 130a'dan daha önce bahsedilmişti. Bu yönde bkz. II. bölüm, I, E, 3.

üçüncü kişilerin malumatları, beyanları ve uzman raporlarının yazılı şekli öngörmesi halinde, bu belgelerin mahkemenin tetkik edebilmesine elverişli olması şartıyla, elektronik belge yazılı şekil şartını yerine getirir. Sorumlu kişinin bu belgeyi, imza kanununun öngördüğü biçimde, nitelikli elektronik imzasıyla imzalaması gerekir. Mahkemenin bu belgeyi tetkik edebilmesi mümkün değilse, sorumlu kişinin derhal gerekli teknik koşulları sağlaması gerektiği bildirilir (f. 1). Federal hükümet ve eyalet hükümetleri, kendi alanlarında, mahkemelere hangi andan itibaren elektronik belge sunulabileceğini ve mahkemenin belgeyi tetkiki (ayrıntılı incelemesi) için uygun olan belge formatını (biçim) belirler. Eyalet hükümetleri bu konudaki yetkilerini, eyalet adli idaresine devredebilir. Elektronik biçime izin verilmesi bazı mahkemeler ve davalar için sınırlandırılabilir (f. 2). Elektronik belge, mahkemenin belirlenmiş bir donanımına kabul edilerek kaydedildiği anda ibraz edilmiş sayılır (f.3).⁸⁸⁹."

Denilebilir ki bu hüküm, yargılamaya dahil olan taraflar ve mahkemeler arasında elektronik ortamda gerçekleşecek olan -belge ibrazı da dahil olmak üzere- iletişimi tertip etmek adına getirilmiş bir hükümdür⁸⁹⁰. Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesiyle, Alman Medenî Kanununa getirilen 126a maddesinin birbirlerine paralel bir şekilde "elektronik şeklilik" unsurunu bir zemine oturtmak ve elektronik şeklin kullanımına ilişkin düzenlemeleri sağlamlaştırmak amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir.⁸⁹¹.

Elektronik adli iletişim sistemleri ayrıca inceleneceğinden, burada yalnızca elektronik posta başta olmak üzere elektronik haberleşme araçlarının elektronik belge olması bakımından arz ettiği özellikler inceleme konusu yapılacaktır. Burada elektronik posta yoluyla mahkeme ve ilgililer arasındaki haberleşme bakımından vurgulanabilecek bir husus, elektronik posta yoluyla yolculuk eden verinin, ulaşp ulaşmadığı hususunda ihtilaf ortaya çıktığında, bu verinin ulaşmamasının kimin

⁸⁸⁹ Orijinal metin ve kaynak için bkz. buzer.de. Ayrıca bkz. Yeşil/Alkan/Acarer, s. 3; Yılmaz, s. 3456, dn. 77.

⁸⁹⁰ **Dästner**, NJW, 2001, Heft 47, s. 3470; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁸⁹¹ Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 1.

sorumluluğunda olduğudur. Bu noktada örneğin delil olarak gösterilen ve mahkemeye elektronik posta yoluyla gönderilen bir sözleşmenin mahkemeye zamanında ulaştığı ve mahkeme tarafından görüntülenebilecek doğru bir formatta olduğu veri göndericisinin sorumluluğunda kabul edilmektedir⁸⁹². Zamanında gönderme ve doğru formatta olma konusunda bir çekişme ortaya çıkarsa, elektronik ortamda yapılması sözkonusu olacak her türlü araştırma ise keşif marifetiyle yapılabilecektir.

c. Adresin Bilinebilirliği Kriteri

Mahkemeye delil olarak ibraz edilen elektronik posta içeriği, eğer belirlenen kıstasları karşılamıyor veya mahkeme tarafından erişilemiyorsa, bu halde elektronik postanın göndericisi olana ya da ilgiliye makul bir süre verileceği, eğer bu süre içinde de eksiklik giderilmezse elektronik belgeye dayanılarak bir işlem yapılması ya da karar verilmesinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir⁸⁹³.

Bu noktada hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için önemli bir diğer nokta, elektronik posta adreslerinin herkesçe bilinir olması, bu hususta bir tereddütün bulunmamasıdır. Adresin bilinebilirliği kriteri ya da adresin bilinebilirliği ilkesi olarak adlandırabilen bu yaklaşım, hak kayıplarının önüne geçilebilmesi için başlangıçta saptanması gereken bir özellik olmalıdır. Örneğin Alman Hukukundaki gibi mahkemeye elektronik posta yoluyla iletişimin açıkça düzenlenmiş olduğu bir hukuk sisteminde, mahkemenin elektronik posta adresi sabit, tek, ulaşılabilir ve herkesçe bilinebilir olmalıdır⁸⁹⁴. Ayrıca, posta kutusunun mahkeme tarafından düzenli olarak kontrol ediliyor olması, herhangi bir gelen iletinin gözden kaçırılmadığından emin olunması gereklidir. Aksi halde hem hukuki güvenlik hem de adalete erişim ilkeleri

⁸⁹²Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 1; **Wietzorek**, MMR, 3/2007, ss. 156, 157; Stadler, **Informationstechnik**, s. 421.

⁸⁹³**Wolfram Viefhues**: E-Mail Kommunikation von Rechtsanwälten mit Mandanten und Gerichten, MMR, 7/2006, s. 27; **Wietzorek**, MMR, 3/2007, s. 156; **Dästner**, NJW, 47/2001, s. 3470.

⁸⁹⁴Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 5.

zarar görecektir. Böylece, mahkemeye erişim hakkını Kanunun kendisine verdiği imkâna dayanarak elektronik posta yoluyla kullanan kişi, elektronik postanın mahkemenin yetkili yazı işleri müdürüne ya da memuruna ulaştığını; yazı işleri müdürlüğü vasıtasıyla dava dosyasına gireceğini ve hâkimin kanaatine sunulacağını bilebilmelidir. Bunun için elektronik posta kanalının mahkemece ihmal edilmediğinden emin olunması gerekmektedir. Elektronik postalar bakımından öne sürülen bu yaklaşım, Türk hukukundaki kayıtlı elektronik posta düzenlemesine benzer⁸⁹⁵.

Alman hukukunda da elektronik postaların adeta fiziki posta adresleri gibi, tek ve bilinir olmasını sağlamak için yönetmelikle düzenleme yapılmıştır. 2004 tarihli “Resmi Yazışmalarda Uygulanacak Esas ve Usûller Hakkında Yönetmelik”de kurumların bir resmi elektronik posta adresi belirlemesi düzenlenmiştir⁸⁹⁶. Yukarıda da söz edildiği gibi, bu düzenleme Türk hukukunda da kabul edilmiş olan kayıtlı elektronik posta (KEP) sisteminin benzeridir.

Uygulamada çoğunlukla başta mahkemeler olmak üzere, elektronik posta yoluyla başvuru ya da evrak kabul eden tüm kurumlar, elektronik iletinin kendilerine ulaştığını karşı tarafa bildirmek için (*confirmation*) bir onay elektronik postası göndermektedir⁸⁹⁷. Bu elektronik cevap, otomatik bir gönderi olup esasında o iletinin yetkili tarafından görüldüğü anlamına gelmemektedir. Yalnızca söz konusu kamu kurumunun ya da mahkemenin, o elektronik postanın kendilerine iletildiğine dair otomatik bir teyit mesajıdır.

⁸⁹⁵ Hartmann, NJW, 2006, Heft 20, s. 1390.

⁸⁹⁶ Yönetmeliğin 5. maddesinin 5. fıkrasında bu husus şu şekilde düzenlenmiştir. “Her kurum kendisi ve gerektiğinde kurum içindeki birimler adına resmi elektronik posta (elektronik posta) adresi belirler. Bu adreslerin belirlenmesinde koordinasyon Başbakanlık tarafından yapılır. Elektronik ortamdaki resmi yazışmalar bu adresler arasında yapılır”. Metnin orijinali için bkz. gesetze-im-internet.de.

⁸⁹⁷ Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1011; Peter Bleutge, “Digital versus analog – Verwendung digitalisierter Fotos in Gutachten”, NJW, 2002, Heft 38, s. 2765.

Bu otomatik gönderiyi, uygulamada fiziki olarak mahkeme kalemine teslim edilen bir dilekçenin teslim edildiğinin “görüldü” adı verilen yöntemle kayıt altına alınmasına benzetmek mümkündür. Uygulamada sıkça başvuru alan “görüldü” uygulaması, o evrakın içeriğinin de okunduğu anlamına gelmemektedir. Yalnızca evrakın ilgili makamı bulunduğunu yani artık onların elinde olduğunu gösterir bir işarettir.

İşte elektronik postanın gönderilmesinden sonra tarafa ya da ilgiliye otomatik olarak gönderilen onay elektronik postası da tam olarak bu işlevi görmektedir. O belge için “elektronik görüldü” anlamına gelmektedir. Bundan sonra hâkim tarafından ne zaman okunacağı, ne zaman değerlendirileceği ya da kabul görüp görmeyeceği bu aşamada belli değildir.

Burada son olarak mahkemeye gönderilen elektronik postalar bakımından, gönderilen belgenin bizzat hâkim tarafından incelenmesi gerektiğini vurgulamak gerekir. Hâkim özellikle delil olarak gönderilen elektronik verileri, gerekli yardımcı araçları kullanarak mümkün olduğunca doğrudan, yargılamanın sevk ve idaresi ilkesine uygun olarak incelemelidir. Mahkeme bünyesinde gerekli donanımın bulunmaması hâkimin gönderilen elektronik verilerle doğrudan temasına engel olmamalıdır.

3. Sosyal Medya ve Eğlence, Müzik, Oyun Platformları

a. Sosyal Medya ve Dijital Eğlence – TV Platformları

Sosyal medya ve eğlence-müzik-oyun platformları kitlelere ulaşacak şekilde elektronik veri üreten ve bu verileri internet üzerinden dolaşıma sunan platformlardır.

Bu tür platform kullanımları, kullanıcıyla sağlayıcı arasında dijital hizmetin sunumuna ilişkin bir sözleşmeye dayanır. Televizyon abonelikleri ve lisansları, televizyon içeriği dağıtıcıları tarafından sağlanmaktadır. Bu bağlamda kablo, telefon hizmetleri, üst düzey (*OTT*) sağlayıcılar ve diğer distribütörler aracılığıyla erişilen temel ve *premium* adı verilen üst segmentlerdeki kanallara abonelik hizmetlerini içerir⁸⁹⁸.

Sosyal medya platformlarının başında *Facebook*, *Instagram* ve *Twitter* gibi uygulamalar gelmektedir. Bunlar hem sabit bilgisayarlar hem mobil cihazlar üzerinden, internetle her yerden erişilebilen elektronik veri paylaşım siteleridir. Bu kategoride sayılan sosyal medya platformları ve eğlence içeriği sunan platformlar iç içe geçmiş durumdadır. Örneğin, *Facebook* ya da yeni adıyla *Metaverse* uygulaması, sanal gerçeklikte televizyon izlemek için yeni bir eğlence platformunu hayata geçirdiğini duyurmuştur. Buna benzer olarak, *Oculus TV* tanıtılmıştır. Bu tür dijital platformlar bireysel olarak kullanıcılara yeni bir teknoloji olarak adlandırılan dört boyutlu algı sunan VR teknolojisini sunmaktadır⁸⁹⁹.

VR teknolojisi düz ekran videoyu sanal gerçeklikte görüntülemek için geliştirilen çok boyutlu bir algı yayıcısıdır⁹⁰⁰. Bugün için halen gelişmekte olan bu yeni teknoloji bu çalışmanın konusu nazarında ayrıca şu bakımdan önemlidir: eğer bu teknoloji yaygınlaşırsa, bir elektronik kaydın gerçekte olan bir olayı yansıtmaya becerisi çok daha iyi bir seviyeye ulaşabilecektir. Bu bakımdan örneğin bir video kaydı üzerinde keşif incelemesi yapılması gerektiğinde, VR teknolojisi bu kaydın neredeyse oradaymış gibi incelenmesini sağlayabilecek önemli bir teknolojidir.

⁸⁹⁸ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de). Ayrıca bu yönde bkz. (Pwc.ch), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁸⁹⁹ Durgud, D., Bal, Y. & Aydın, H. (2022), “Sanal Gerçeklik (VR) Yaklaşımıyla Geliştirilen Dijital Oyun Uygulamasının Doğruluk Analizi”, **Bilgisayar Bilimleri ve Teknolojileri Dergisi**, 3 (2), s. 56-64, s. 55 vd., DOI: 10.54047/bibted.1186103.

⁹⁰⁰ Durgud/Bal/Aydın, **Sanal Gerçeklik**, s. 57 vd.; Kaan Canan, “Yargı Sisteminde Yapay Zeka”, **Sarkaç**, 2019, (https://sarkac.org/2019/12/yargi-sisteminde-yapay-zeka/#_ftnref), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

Web-TV sağlayıcıları da yine eğlence platformları arasında sayılmaktadır⁹⁰¹. Bunun yanında ayrıca *OTT* adı verilen bir platformun da popülerlik kazandığı belirtilmektedir. Eğlence platformlarının başlıca örnekleri olarak görülen *Netflix*, *Disney Plus* ve *Amazon Prime Video*'nun yanında, büyük uluslararası *OTT* platformları, çok çeşitli içerikler sunmaktadır. *Netflix* ve *Amazon*, içerikleri genişleyip geliştikçe sürekli olarak yeni müşteriler elde etmektedirler. Bunun bir sonucu olarak bu platformları kullanan kişilerin artması elektronik ortam çeşidi olarak incelenebilecek içeriklerin de fazlaşmasına yol açmaktadır. Örneğin, *Netflix*, İsviçre’de gerçekleştirilen bir araştırmada her beş İsviçre vatandaşından birinin kullandığı bir abonelik platformu olarak tespit edilmiştir⁹⁰². Bu istatistiklerin, dünya genelinde internet erişiminin yaygın kullanıldığı ülkelerdeki genel durumu yansıtmakta olduğu söylenebilir⁹⁰³.

b. Dijital Müzik Platformları

Eğlence platformlarının bir diğer örneği ise dijital müzik platformlarıdır. Müzik endüstrisinde⁹⁰⁴ müzik içeriği genel itibarıyla fiziksel veya elektronik olarak dağıtılır. Önceleri bu dağıtım yalnız fiziki olarak gerçekleştirilmekteyken bugün için elektronik ortamdaki müzik eserleri hareketliliği fiziki ortamın önüne geçmiştir.

⁹⁰¹Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de); <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semologin/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/tv-and-licence-fees.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023). Almanya’da ticari telemedya hizmet sağlayıcılarına ilişkin düzenlemeleri bünyesinde barındıran Telemedya Kanunu (TMG) bulunmaktadır. Örneğin, Alman Telemedya Kanunu § 5, 2’ye göre, ticari telemedya hizmet sağlayıcılarının, kendileriyle hızlı elektronik iletişim kurulmasına olanak tanıyan (doğrudan iletişimin yanında) bilgiler sağlaması gerekmektedir. Dolayısıyla telemedya hizmet sağlayıcıyla tüketici arasında elektronik iletişimin sağlanmasına yönelik bilgilerin sunulması, doğrudan kanunda düzenlenmektedir. Hizmetin kendisi elektronik olduğundan, iletişimin de elektronik ortamda sağlanması beklentisi doğaldır. Bu yönde bkz. Hoffman, **a.g.e.**

⁹⁰² <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semologin/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/tv-and-licence-fees.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁹⁰³ Hoffmann, **Internetrechts**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁹⁰⁴ Müzik piyasası, genel olarak müzik ve müzik sanatçılarının dağıtımını ve pazarlamasını çevreleyen tüm ticari faaliyetler olarak tanımlanmaktadır. Müzik içeriklerinin dağıtımıyla birlikte üretimini de kapsadığından bu iş alanına müzik endüstrisi de denilmektedir. <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semologin/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/tv-and-licence-fees.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

Elektronik dağıtım, indirmeler ve akış hizmetlerini kapsarken, fiziksel dağıtım ise vinyl ve CD'leri içerir.⁹⁰⁵

İsviçre’de gerçekleştirilen bir araştırmaya göre, günümüzde akıllı telefon kullanıcılarının büyük bir çoğunluğunu oluşturan genç nüfusun yüzde 84’ünün müzik ve aynı zamanda video içeriği akışı için “*YouTube*” uygulamasını kullandığı belirtilmektedir.⁹⁰⁶ İnternet radyosu ve ilgili işletmeler, akış kategorisine girmedikçe bu bölümün parçası değildir. Burada müzik şirketlerinin ve eser sahiplerinin elde ettiği gelirler öyle yüksek olabilmektedir ki; bir hâkimin önüne gelebilecek en yüksek dava değerine sahip uyuşmazlıklar genellikle müzik ve genel olarak eğlence sektöründen kaynaklanan uyuşmazlıklar olabilmektedir. Hatta perakende satış değerleri, tüm gelir rakamları için nicelik belirteci olarak kullanılır. Ancak, gerçek değerler, belirtilen ticari veya tam satış değerlerinden daha yüksek dahi olabilmektedir.⁹⁰⁷ Bu nedenle, böyle bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda ispat faaliyetinde her türlü yüksek mali değere sahip ihtilaflı dijital içerik delil olarak hâkimlerin önüne gelmektedir.

Bu noktada eğlence platformları ve buna benzer görsel ve işitsel eserlerin pazarlanması kapsamında, yapımçı şirketlerle dijital pazarlama yapmak üzere çeşitli hukuki ilişkiler kurduğu görülmektedir. Günümüzde sanatçılar ya da genel anlamda tanınmış kişiler, sosyal medya ve müzik akışı platformları aracılığıyla kişisel pazarlama ve dağıtım yapma becerisine sahiptir. Bu nedenle akış platformları, kayıtlı müzik pazarlaması ve tanıtımında en önemli rolü üstlenmiştir. Ayrıca, burada eklemek gerekir ki bu tür faaliyetlerde blockchain teknolojisine de rol verilmektedir. Özellikle

⁹⁰⁵ Radyo yayıncılığından elde edilen gelirler bu kapsamdan hariç tutulmuştur. Ancak mobil telefonların yine uygulamalar vasıtasıyla radyo yayınına da dijital ortamlar vasıtasıyla alabilmesi ve çalabilmesi mümkündür. Canlı müzik kategorisinde, canlı etkinliklerden (örn. festivaller, konserler) elde edilen tüm gelirler de dâhildir. İlgili gelir, sponsorlukların yanı sıra bilet satışlarından kaynaklanmaktadır. Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semo-login/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/tv-and-licence-fees.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁹⁰⁶ Almanya’da da durum benzerdir. Hatta Almanya’da daha önce de değinildiği gibi, dijital ürün sözleşmelerinde özellikle tüketicilerin daha etkili bir şekilde korunabilmesi adına Alman Medenî Kanununda 2022 yılında yürürlüğe girmek üzere değişiklik yapılmıştır. Bu yönde bkz. Schulze, § 327, Rn. 3. Yapılan değişikliğin, Borçlar Hukukunun modernizasyonundan bu yana Alman Medenî Kanunu’ndaki en temel değişiklik olduğuna işaret edilmiştir. Bu yönde bkz. Tekelioğlu, s. 291. Ayrıca bkz. Schreiber, Kristina: “Ein neues Vertragsrecht für digitale Produkte”, **MultiMedia und Recht – Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung**, Heft 8, 2021, s. 601.

⁹⁰⁷ Schreiber, a.g.e., s. 601.

blockchain teknolojisini kullanan yeni müzik formatlarına doğru gözle görülür bir hareket olduğu ifade edilmektedir.⁹⁰⁸

Bu yeni formatlar, müziğin yazarlarını, icracılarını, sahiplerini ve yapımcılarını tanımlamak için temel meta verileri içerir. Diğer bir yenilik ise kripto para biriminin ödeme amacıyla kullanılmasıdır.⁹⁰⁹ Tamamen, meta verilerle zenginleştirilmiş bu format, müzik haklarının, mülkiyetin, telif haklarının ve kullanım haklarının izlenebilirliğini kolaylaştırmaktadır. Bununla, söz yazarları, yapımcılar, sanatçılar ve plak şirketleri, hakları atama ve gerçek zamanlı olarak kullanımı izleme yeteneğine sahip olur. Kripto para cinsinden ödemelerin, müzikle ilgili tüm taraflar için adil ve hızlı ödeme sağladığı belirtilmektedir.⁹¹⁰

Blockchain üzerine inşa edilen platformlar, merkezi olmayan kitle fonlamasını ve müzik şirketleri ile merkezi platformlar gibi araçların kaldırılmasını desteklemektedir. Böylece bu tür platformlarla ilgili her türlü içerik salt dijital nitelik kazanmaktadır. Örneğin, *SingularDTV* adında bir platform, bu tür merkezi olmayan bir eğlence ekosistemi sağlamaktadır. Müzisyenlerin ve tüketicilerin fikri mülkiyeti ve gelir akışlarını bir (*token*)a yani belirteçe dönüştürme yoluyla paylaşımlarını sağlamakta ve böylece yaratıcılar ile ilgililer arasında doğrudan bir dağıtım bağlantısını da temsil etmektedir.⁹¹¹

Tüm bu açıklamalar ışığında özetle denilebilir ki bugün için yukarıda temas edilen tüm yeniliklere hâkim olmaya çalışan, bir yandan da geleneksel hukuk normları çerçevesinde varlığını sürdüren bir düzineden fazla ulusal ve uluslararası dijital yayın hizmeti kuruluşu vardır.⁹¹² Bu kuruluşlar, abonelik esasına dayanarak hizmet

⁹⁰⁸ Schreiber, **a.g.e.**, s. 601.

⁹⁰⁹ Türk Hukukunda kripto para birimi henüz bir ödeme aracı olarak kabul edilmemiştir. Ancak bu yönde çalışmalar yapıldığı bilinmektedir. Ayrıca elektronik ödeme sistemleri bakımından bkz. II. bölüm, III, F, 1.

⁹¹⁰ Baytemür Köksal, **a.g.e.**, 328 vd.

⁹¹¹ M. Heckelmann, “Zulässigkeit und Handhabung von Smart Contracts”, **NJW**, (2018) 8, s. 504 vd.

⁹¹² M. Knopp, “Rechtliche Perspektiven zur digitalen Beweisführung”, 2009, (HeinOnline), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

vermektedir. Haliyle örneğin en basit haliyle abonelik sözleşmelerine ilişkin bir uyuşmazlık sözkonusu olduğunda incelenmesi gereken ispata ilişkin belgelerin tamamı elektronik ortamda tutulan kayıtlar olacaktır.⁹¹³, ⁹¹⁴.

Sonuç olarak denilebilir ki bu başlık altında aktarılmaya çalışılan platformların düzenli olarak aboneliğine sahip olan kişilerin sayısı kitlesel olarak arttıkça ortaya çıkabilecek uyuşmazlık sayısı muazzam olabilmektedir. Bu ve buna benzer hukuki ilişkilerde girilecek bir ispat faaliyetinde de yukarıda anılan tüm elektronik ortam bilgilerine başvurulması gerekecektir. Bu noktada dava malzemesi de dahil olmak üzere, tarafların ileri sürebileceği tüm bilgi ve belgeler birer elektronik veri olacağından bu halde incelemelerin elektronik ortamda elektronik veri keşfi suretiyle gerçekleştirilmesi kaçınılmaz olur.

4. EBYS (Elektronik Belge Yönetim Sistemleri) ve Kayıtları

Elektronik belge yönetim sistemleri gerek özel gerekse kamu kurumları tarafından güvenli bir şekilde belge düzenleme, alma, gönderme, kaydetme ve saklama imkânı sağlayan elektronik belge yönetim platformlarını ifade eder. Elektronik belge yönetim sistemi, her kurumun kendi iç işleyişine göre belirli yetkilerle donattığı kişilerin kurum adına evrak alıp gönderme faaliyetlerini sağlar. Bu kişiler yetkilerine göre yalnız kurum içi elektronik belge trafiği oluşturabilecekleri gibi, yerine göre belirli özellikler çerçevesinde kurum dışı yazışmalar da yapabilmektedirler. Ancak

⁹¹³ İsviçre’de yapılan bir araştırmada mobil telefon kullanıcılarının yüzde yirmisinin bu platforma abone olduğu tespit edilmiştir. Bu oldukça yüksek bir orandır. Bu yönde bkz. [digitaliswiss/researcharchive5353](https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semo-login/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/video-games.html), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁹¹⁴ *Apple Music, YouTube Music ve Google Play Müzik* platformları da son derece büyük bir pazar olan dijital müzik pazarında *Google* ve *Apple* Şirketlerinin aktörleridir. Bkz. <https://www.pwc.ch/en/insights/tmt/semo-login/swiss-entertainment-and-media-outlook-2018-2022/video-games.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

elektronik belge yönetim sisteminin temel işlevi, kurum içi güvenli elektronik belge akışını sağlamaktır.⁹¹⁵

Elektronik belge yönetim sistemine ilişkin teknik esaslar, aslında Ulusal Yargı Ağı Bilişim Platformuyla son derece benzer özellikler göstermektedir. Aradaki temel fark UYAP sisteminin özel olarak adli elektronik belgelerin trafiğini konu edinmesidir. Bu nedenle aşağıda UYAP sistemi ile ilgili yapılacak açıklamalar, esasında büyük ölçüde EBYS sistemleri için de geçerlidir. Örneğin elektronik belge yönetim sistemlerinde de UYAP’da olduğu gibi güvenli elektronik imza ile imzalanmış belgeler oluşturmak mümkündür.

EBYS üzerinden üretilmiş veya gönderilip alınmış elektronik belgeler özel ya da kamusal elektronik belge niteliğinde olabilirken, UYAP üzerinde oluşturulan elektronik belgeler genel olarak kamusal niteliktedir. Ancak temelde iki platform da elektronik belge üretmeye ve saklamaya yarar.

Bu nedenle, EBYS üzerinden oluşturulan bir belge sözkonusu olduğunda, daha basit bir yöntemle o belgeye ulaşamamışsa veya doğrulaması sağlanamamışsa incelemenin platformun bizzat kendisi üzerinden yapılması gerekebilir. İşte bu noktada hâkimin bizzat EBYS üzerinde keşif incelemesi gerçekleştirmesi gerekir. Bugün için EBYS sistemleri üzerinden üretilen ve paylaşılan evrak sayısının niceliği düşünüldüğünde pek çok uyuşmazlıkta mahkemelerin önüne bu sistemin ürettiği elektronik belgelerin yığıldığını söylemek mümkündür. Elbette hâkimin her belge için tek tek sistem üzerinde inceleme yapması gerekli olmayabilir. Ancak, orijinal hali elektronik belge yönetim sistemi üzerinde kayıtlı bulunan bir elektronik belge delil gösterildiğinde ve bu belgenin orijinallliği, gerçekliği, gönderilme zamanı, düzenleyici

⁹¹⁵ EBYS’nin yalnız belgelerin kayıt işleminin yapıldığı basit bir sistem olarak değerlendirilmesinin bir yanılgı olduğu ifade edilmiştir. EBYS, kurum içinde gerçekleştirilen faaliyetlerin iş süreciyle akışa sokulduğu, elektronik imza benzeri teknolojileri de içeren ve diğer bilgi sistemleri ile entegre çalışabilen bir sistem olarak tanımlanmıştır. Bu yönde bkz. Bahattin Yalçınkaya, “Elektronik Belge Yönetimi (Eby) Uygulamalarında Başarıyı Olumsuz Etkileyen Risk Unsurları”, **Bilgi ve Belge Araştırmaları Dergisi**, Sayı 4, 2015, s. 20-40, s. 27.

ya da alıcı bakımından kimlik kargaşası gibi ispatla bağlantılı sorunlar ortaya çıktığında, hâkim bu sorunları çözmek ve bizzat gözlem yapmak üzere sistem üzerinden elektronik belge keşfi yapabilecektir.

5. Elektronik Adli İletişim Sistemleri

a. Genel Olarak

Elektronik belgelerin kullanım alanlarını açıklarken, adli ortamlardaki elektronik belge kullanımından ayrıca söz etmek gerekir. Zira, elektronik belgelerin adli ortamlarda kullanılması, devletlerin yargıda dijitalleşme stratejileri kapsamında sistemli şekilde artmıştır. Elektronik adli iletişim, mahkemeler ile avukat, vatandaş ve diğer ilgililerin veri alışverişinin elektronik ortamdaki halini ifade eder. Kanunların geleneksel bir bakış açısıyla tamamen kâğıt formunda evrak anlayışını ve gerçek anlamda yazılı yargılama sistemini benimsiyor olmasının, elektronik adli iletişimi hukuki dayanaktan yoksun bıraktığı ifade edilmiştir.⁹¹⁶

Elektronik belgelerin adli ortamdaki görünümleri fiziki ve elektronik olmak üzere iki türlü olabilmektedir. Elektronik ortamda gerçekleştirilen işlemi gösteren belge, fiziki ortama aktararak (çıktı alınarak) dosyalanıyorsa, bu belge fiziki adli belgedir. Ancak bazı durumlarda bu belgeler, elektronik ortamda oluşturulduğu gibi, aynı şekilde elektronik ortamda kaydedilir, saklanır ve arşivlenir. İşte bu halde o belge elektronik ortamda erişilebilir adli belgedir.⁹¹⁷

⁹¹⁶ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021). Elektronik adli iletişime ilişkin ayrıca bkz. II. bölüm III, F, 2, b. Eelektronik postayla iletişim de buna dahildir.

⁹¹⁷ Cemal Öztürk, **Türkiye’deki Adli Delil Yönetiminin Kurumsal Yapı ve İşleyişinin Uluslararası Alanla Karşılaştırmalı Analizi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2015, s. 45 vd.

Adli belgenin, hem elektronik ortamda hem de fiziki ortamda saklanması elbette mümkündür. Ancak bu durumda fiziki ortamdaki belge elektronik belgenin kopyasına dönüştürülmüş olur. Ayrıca, bunun tersi de mümkündür. Örneğin, mahkeme dosyasına kâğıda basılmış bir şekilde geleneksel olarak sunulmuş bir belgenin, yargıda elektronikleşme uygulamaları gereği taranarak kâğıt ortama aktarılması da sözkonusudur⁹¹⁸. Zira, günümüzde mahkeme dosyaları genellikle hem fiziki ortamda hem de fiziki belgelerin taranarak elektronik ortama aktarılması suretiyle tutulmaktadır.

Adli işleyişi kolaylaştıracak pek çok sistem hem ülkemizde hem de dünyada kullanılmaktadır. Adli makamlar, avukatlar ve ilgililer arasındaki veri alışverişini, elektronik ortamda sağlayan sistemlere genel olarak “elektronik adli iletişim sistemleri” denilmektedir. Ülkemizde öne çıkan sistemlerin bazıları başta “Ulusal Yargı Ağı Projesi” olmak üzere “Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi”, “Elektronik Tebligat”, “E-Duruşma”, “Ulusal Elektronik Tebligat Sistemi” ve “E-Artırma”dır⁹¹⁹. Bu platformlar birbirleriyle entegre edilecek şekilde aktif olarak işler hale getirilerek, elektronik yargı anlayışının güçlenmesine hizmet ederler.

b. Elektronik Yargı

Elektronik yargı, bir bütün olarak yargı faaliyetlerinin elektronik ortamda yürütülmesini ifade eder. Elektronik yargı kavramı, elektronik duruşmayı ve yargı faaliyetine dahil olan diğer tüm yargı işlemlerini kapsamına alan geniş bir kavramdır. Buna mahkemelerin adli belgeleri toplaması, tutanak hazırlaması, dosyalaması, delil toplaması ve yargılamaya ilişkin diğer her türlü işlem dahil edilebilir.

⁹¹⁸ Roßnagel/Nebel, *Gescannter Dokumente*, s. 886 vd. (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.05.2022).

⁹¹⁹ Yücel Oğurlu, *İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti*, On İki Levha Yayıncılık, 2010, s. 225 vd.

Bilindiği üzere mahkemeler yargı faaliyetlerini mahkemenin yazı işleri memurluğu aracılığıyla yerine getirir. Her mahkemenin bir mahkeme yazı işleri müdürlüğü ve memurları bulunması kuraldır. Bunlar, hâkime mahkemelerin idari ve yargıya ilişkin organizasyonunda yardım ederler. Buna göre mahkemelerin yargı faaliyeti ikiye ayrılmaktadır. Bunlar, mahkemelerin iç işlerini de kapsayan şekli yargı faaliyetleri ve mahkemelerin esas görevi olan maddi yargı faaliyetleridir.⁹²⁰

Bu çalışma açısından önem arz eden daha çok mahkemelerin maddi anlamda yargı faaliyetleri olmakla birlikte, özellikle mahkemelerin ispat faaliyeti kapsamında elektronik yargı adı altında hangi işlemleri gerçekleştirebileceğini incelemek gerekir. Mahkemelerin dava dosyasına ilişkin elektronik verileri bir elektronik ortam vasıtasıyla elde etmesi elektronik yargının ilk adımıdır. İkinci adım ise, mahkemelere usûlüne göre ulaştırılmış elektronik verilerin, niteliğine göre delil aracı olarak ya da herhangi adli belge olarak alınması, değerlendirilmesi ve saklanmasıdır.

Elektronik yargı faaliyetini, temel yargı faaliyetini ikiye ayırarak incelediğimiz gibi, şekli ve maddi anlamda elektronik yargı faaliyeti olarak ikiye ayırmak mümkündür. Buna göre yukarıda bahsedilen ikinci adım, maddi anlamda elektronik yargı faaliyeti kapsamındadır. Özellikle delillerin tahkik edilmesi eğer elektronik ortamda daha sağlıklı bir şekilde gerçekleşebilecekse, bunların uygun araçlar vasıtasıyla kendi ortamında incelenmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹²¹ Buna göre elektronik ortamda mahkemelerin önce kendilerine usûlünce iletilen elektronik verileri teslim almış olması, sonrasında ise elde edilen bu verileri elektronik ortamda incelemesi sözkonusudur. İşte bu delil elde etme ve inceleme faaliyeti maddi anlamda elektronik yargıyı ifade eder. Elektronik veriler üzerinde keşif yapılması, bilirkşi

⁹²⁰ Susskind, **Online Courts**, s. 197, 198; Pekcanıtez/Atalay, Özkes, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 25 vd. Mahkemelerin faaliyeti ve bu bağlamda kazai tasarruflar, idari tasarruflar ile nizasız kaza kavramları için bkz. Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 22 vd.; Baki Kuru, **Nizasız Kaza**, Ankara, 1961, s. 23 vd.

⁹²¹ Çalışmada genel olarak vurgulanan bu görüşün somut olarak ele alındığı (Cisim Bulma Özelliği) ve temellendirildiği (Bilişimin Doğrudanlığı Yaklaşımı) bazı açıklamalar için bkz. I. bölüm, V, C, 3, d ve II. bölüm, III, B, 2, a.

incelemesi gerçekleştirilmesi, tanıkların elektronik ortamda dinlenilmesi, çeşitli adli evrakların elektronik ortamda gönderilmesi ve alınması, elektronik tebligat yapılması gibi işlemler birer elektronik yargılama örneğidir. Ayrıca elektronik duruşma yapılması da elektronik yargı faaliyeti kapsamındadır.

Bu bağlamda elektronik yargı faaliyetini hayata geçirebilmek için yasal düzenlemelere ihtiyaç vardır. Bir adli belgenin mahkeme tarafından teslim alınıp alınmadığı, hangi tarihlerde teslim alındığı gibi hususlara ayrıca dikkat edilir. Zira süreler medenî usûl hukuku bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Bu nedenle geniş anlamda elektronik yargıyı düzenleyen hükümlere göz atmak gerekir. Alman Hukukunda “elektronik yargı”yı hayata geçirebilmek adına birtakım düzenlemeler yapılmıştır. İlk olarak “*Elektronischer Rechtsverkehr Gesetz*” (ERGV) adında bir kanun taslağı hazırlanmıştır. Ancak daha sonra bu kanun taslağının adı “*Justizkommunikationsgesetz*” (JKomG) olarak değiştirilmiştir. *Justizkommunikationsgesetz* 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹²²

JKomG ile (*Justizkommunikationsgesetz*) Alman Medenî Usûl Kanununda bazı maddelerde değişiklikler ve yine kanuna bazı eklemeler yapılmıştır.⁹²³ JKomG ya da Adli İletişim Kanunu, hukuki işlemlerde elektronik şekil esasları hakkında düzenlemeler getirmiştir. Ancak bunun yanında, bu çalışma bakımından önemli olan keşif delilinin kapsamına ilişkin önemli değişiklikler yapılmış olmasıdır. Buna göre, nitelikli elektronik imza ile imzalanmış belgeler, keşif delilinin konusu olmaktan çıkarak artık belge delilinin konusu olarak kabul edilmiştir.⁹²⁴

⁹²² Hähnchen, *Elektronische Akten bei Gericht*, s. 2257; Henning Müller, “eJustice – Die Justiz wird digital”, *JuS*, 2015, s. 609-613, s. 609; Malzer, *Elektronische Beglaubigung und Medientransfer*, s. 9; Oğlakçıoğlu, *UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi*, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²³ Hähnchen, *Elektronische Akten bei Gericht*, s. 2257; H. Müller, *eJustice*, s. 609; Malzer, *Elektronische Beglaubigung und Medientransfer*, s. 9. JkomG ile Alman Medeni Usul Kanunu dışında, başka bazı kanunlarda da değişiklikler ve eklemeler yapılmıştır. Örneğin, *İş Yargılama Usûlü Kanunu (ArbGG)*: § 46b, §46c; *İdari Yargılama Usûlü Kanunu (VwGO)*: § 55a, § 55b, § 100, § 117, § 118, § 119; *Vergi Usûl Kanunu (FGO)*: §52a, §52b, §78, § 105, § 107, § 108; *Sosyal Güvenlik Yargılama Usûlü Kanunu (SGG)*: § 65a, § 65b, § 120, § 134, § 137, § 138, § 139. Bu değişikliklerin sadece Adli İletişim Kanunu ile değil 2001 yılından beri yapılan çok çeşitli mevzuat çalışmalarıyla yapıldığı ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Oğlakçıoğlu, *UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi*, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²⁴ Hähnchen, *Elektronische Akten bei Gericht*, s. 2257; H. Müller, *eJustice*, s. 609; Fanger, Reto,

Bu düzenleme ile Alman Hukukunda elektronik imzanın el yazılı imza ile aynı değere sahip olmasının arzu edildiği ifade edilmektedir.⁹²⁵ Alman hukukundaki bu düşünce, Türk hukukunda güvenli elektronik imzaya atfedilen değer ile paralellik göstermekle birlikte, yargıda elektronikleşmenin ispat faaliyetlerine etkisinin en önemli görünümlelerinden birini oluşturmaktadır.

Alman kanun koyucunun, elektronik belgelerin elektronik imzayla imzalanmasına sonuç bağlayarak, mahkemede kullanılabileceğini öngördüğü ve böylece elektronik belgelere bir geçerlilik şartı kazandırıldığı belirtilmektedir.⁹²⁶ Bu nedenle elektronik yargıdan söz ederken Alman Hukukunda bu hususta yapılmış olan kanuni düzenlemelere genel olarak göz atmanın ve yer vermenin bu çalışma açısından yol gösterici olacağı düşünülmektedir.

Yukarıda sözü edilen önemli düzenlemelerle eş değer olarak yine 2001 yılında getirilen Tebligatta Reform Kanunu olarak anılan düzenlemeden de kısaca bir kez daha söz etmek gerekir. Tebligatta Reform Kanunu 25 Haziran 2001⁹²⁷ tarihinde kabul edilmiştir ve adından da anlaşılacağı üzere, kabul edildiği yıla bakıldığında ve yirmi yıldan fazla bir süre önce yapılmış olduğu düşünüldüğünde reform niteliğinde bir düzenlemedir.⁹²⁸ Bu ve buna benzer reform niteliğindeki düzenlemelerin ruhunu anlamak adına 2001 yılında getirilen diğer düzenlemelere göz atmak faydalı olabilir. Tebligatta Reform Kanunundan sonra “Özel Hukukun Şekle İlişkin Hükümlerinin ve

Digitale Dokumente als Beweis im Zivilprozess, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2005, s. 122 vd. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²⁵ H. Müller, **eJustice**, s. 609; Roßnagel/Fischer-Dieskau, **Elektronische Dokumente**, s. 808. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021). JkomG’nin (Adli İletişim Kanunu), elektronikleşmeye ayak uydurmak adına Almanya’da yapılan ilk düzenleme olmadığı, elektronik adli iletişimi ilgilendiren temel düzenlemelerin 2001 yılında gelmeye başladığı ve yasalaştığı yönünde bkz. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²⁶ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²⁷ 23 Temmuz 2002 tarihinde yürürlüğe giren Tebligatta Reform Kanunu kısaca ZustRG adıyla anılmaktadır. Kanunun tam adı: “*Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im Gerichtlichen Verfahren*”, BGBl. I 2001, 1206, <http://www.egvp.de/software/dokumente/ZustellungsreformG.pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹²⁸ Rühl, **21st Century: The Reform**, s. 912 vd.; Roßnagel/Fischer-Dieskau, **Elektronische Dokumente**, s. 808.

sair Hükümlerin Modern Hukuki İlişkilere Uyarlanması Hakkında Kanun”⁹²⁹ kabul edilmiştir. 13 Temmuz 2001 tarihinde kabul edilen bu Kanun adeta diğer elektronik reform kanunlarını tamamlar niteliktedir ve elektronikleşmenin yargıya nasıl somut olarak uygulanabileceğini göstermektedir. Bu bağlamda, başta elektronik dosyalama yapılması olmak üzere, mahkemelerde elektronik belgelerin nasıl kabul göreceği, elektronik belgelerin delil niteliği ve elektronik tebligata ilişkin temel düzenlemeler getiren pek çok Kanun değişikliği hayata geçirilmiştir.⁹³⁰

Doktrinde kısaca Şekilde Uyum Kanunu olarak anılmakta olan bu Kanun (FormVAnpG) çeşitli kanunlarda değişiklikler yaparak, adının yansıttığı üzere şekil bakımından elektronik belgeyle fiziki belgeyi birbirine eşdeğer kılmaya çabalayan şekil düzenlemeleri getirmiştir. Örneğin, Alman Medenî Kanununun (*Bundesgesetzbuch – BGB*), 126. maddesi de şekle ilişkin bir düzenlemedir. Ayrıca Şekilde Uyum Kanunu ile (FormVAnpG) Alman Medenî Kanununa 126a maddesi eklenmiştir. Buna göre 126a maddesinin birinci fıkrası şu şekildedir: “*Kanunda aksine bir düzenleme olmadıkça, elektronik şekle ismin eklenmesi ve nitelikli elektronik imzayla imzalanması, yazılı şeklin elektronik şekille ikame edilmesi için yeterlidir*”⁹³¹.

Doktrinde bu maddeyle birlikte, önemi nedeniyle özellikle vurgulanan bir husus vardır.⁹³² Bu husus, elektronik şekil bakımından kabul edilen eşdeğerliktir. Bu adım ilk kez burada sözü edilen Şekilde Uyum Kanunu ile atılmış ve diğer düzenlemeler de bu Kanunu takip etmiştir. Bu çalışmanın kaleme alındığı dönem itibarıyla yirmi iki yıl önce kabul edildiği düşünüldüğünde gerçek anlamda bir reform

⁹²⁹ Kanunun tam adı: “*Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr*”, **BGBI 2001 I, S. 1542**.

⁹³⁰ Rühl, **21st Century: The Reform**, s. 912 vd.; Thomas/Bütter, Michael, “Justita goes online” – Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess, **MDR**, 4/2003, s. 18; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹³¹ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹³² Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021). Scherf, Uwe J., *Berufsständische Projekte der Anwaltschaft* in: Erber-Faller, Sigrun (Hrsg.), *Elektronischer Rechtsverkehr*, Hermann Luchterhand Verlag, Alblasterdam 2000, s. 328; Krüger, Thomas / Bütter, Michael, “Justita goes online” – Elektronischer Rechtsverkehr im Zivilprozess, **MDR**, 4/2003, s. 183; Wilsch, a.g.e., s. 2.

olduğu ve pek çok ülkede aynı yıllarda başlamış olan elektronikleşme hareketliliğini oldukça iyi bir biçimde destekleyen bir düzenleme olduğu aşîkardır.

Şekilde Uyum Kanunu ile yukarıda sözü edilen Alman Medenî Kanununun 126a maddesindeki şekle ilişkin düzenleme yanında, Alman Medenî Usûl Kanununa eklenen 130a maddesinden de söz etmek gerekir.⁹³³ Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesine benzer şekilde, 130b maddesi de adli elektronik belgeleri ve adli elektronik belgeler bakımından elektronik şekli düzenlemektedir.⁹³⁴ 130b maddesi de Alman Medenî Usûl Kanununa Alman Adli İletişim Kanunuyla eklenmiştir. Alman Medenî Usûl Kanununun “Adli Elektronik Belgeler” başlığını taşıyan 130b maddesinde ise şu hüküm yer alır: *"Hâkim, kayyım, yazı işlerinde görevli vesika memurları veya icra memurlarının ıslak imzalarının öngörüldüğü hallerde, ilgili kişinin belgenin sonuna ismini eklemesi ve belgeyi "nitelikli elektronik imza" ile imzalaması, bu belgenin elektronik belge olarak kaydedilmesi için yeterli olacaktır."*⁹³⁵

Elektronik yargıya ilişkin açıklamalara yer verilirken, genel itibariyle Alman Medenî Usûl Kanununa odaklanılma eğilimi gösterilmesinin sebebi, Alman Medenî Usûl Kanunundaki detaylı düzenlemelerdir. Alman Hukukunda bir bütün olarak hâkim olduğu kabul gören detaylı kurallar getirme geleneği burada da kendini göstermiştir. Şöyle ki 130a ve 130b maddeleri ayrı ayrı elektronik belgelerin mahkemeye buluşmasını ve dosyalanma süreçlerini düzenlemiştir. Bu çalışma bakımından 130a ve 130b maddelerinin önemiye, delil olarak sunulması arzu edilen elektronik belgelerin mahkemeye hangi usûlde takdim edileceği ve hâkimce hangi yöntem/araçla inceleneceği noktasındadır. Tüm bunları açıklayabilmek için de önce elektronik belgelerin mahkemeye sunulması esaslarını hüküm altına alan 130a ve 130b

⁹³³ Yukarıda bkz. II. bölüm, I, E, 3.

⁹³⁴ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹³⁵ Ayrıca bkz. Gottwald/Viefhues, MMR 2004, Heft 12, s. 796; Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1012. 130b maddesinin Kanuna eklenmesiyle birlikte, başta duruşma tutanakları olmak üzere her türlü adli belgenin elektronik belge olarak düzenlenmesinin kabul edilmiş olduğu vurgulanmaktadır. Burada klasik olarak elle atılan imzayla imzalanması alışılmış olan belgelerin, elektronik imzayla imzalanması söz konusudur. Bu yönde bkz. Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 29. Ayrıca elektronik imza açıklamaları için bkz. II.bölüm, II, B ve C.

maddelerini anlamak gerekir. Özetle şunu söylemek mümkündür: 130a maddesi yargılamanın hâkim dışında kalan aktörlerinin elektronik belgeleri mahkemeye sunma usûlünü düzenlemektedir⁹³⁶. 130b maddesi ise daha çok mahkemenin iç işleyişine ilişkindir⁹³⁷.

Almanya’da elektronik yargıya ilişkin atılan adımlar anlatılırken, örnek olarak reformlarla bağlantılı olacak şekilde uygulamaya nasıl başlanacağı konusu da tartışılmıştır⁹³⁸. Reform niteliğindeki bu yeni düzenlemelerin uygulanması için ilk adım olarak pilot mahkemeler seçilmiştir. Bu bağlamda pilot uygulamanın Hamburg Vergi Mahkemesi’nde 1999 yılında hayata geçirildiği ve bunun bir ilk olarak tarihe geçtiği vurgulanır⁹³⁹. Hamburg Vergi Mahkemesindeki uygulama yaklaşık iki yıl kadar pilot uygulama olarak devam etmiştir. Bu bakımdan vurgulanan önemli bir husus, Hamburg Vergi Mahkemesinin elektronik posta yoluyla başvuru kabul eden ilk yargı organı olduğudur⁹⁴⁰. Tüm bu gelişmelerle bağlantılı olarak elektronik yargı kavramını destekleyen elektronik imzanın önemi de bir kez daha ortaya çıkmaktadır. 2001 tarihli Alman Elektronik İmza Kanununun ikinci maddesinin üçüncü fıkrası, elektronik belgenin niteliğini, formatını ve şifrelenmesine ilişkin esasları düzenlemiştir.

Yukarıda sözü edilen Adli İletişim Kanunu ile Alman Medenî Usûl Kanununda da değişiklik yapılmıştır. Buna göre, Alman Medenî Usûl Kanununun 299. maddesinde değişiklik yapılarak, tüm açıklamaları birbirine bağlayan ve medenî usûl hukuku bakımından önemini ortaya koyan özellikler vurgulanmıştır. Böylece bu

⁹³⁶ Viefhues , NJW, 15/2005, s. 1012.

⁹³⁷ Gottwald/Viefhues , MMR 2004, Heft 12, s. 796.

⁹³⁸ Gottwald/Viefhues , MMR 2004, Heft 12, s. 796.

⁹³⁹ Gottwald/Viefhues , MMR 2004, Heft 12, s. 796; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).; Gross /Herrmann, s. 51.

⁹⁴⁰ Gross/ Herrmann, s. 51; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021);

(<http://fhh.hamburg.de/stadt/Aktuell/justiz/gerichte/finanzgericht/elektronischer-rechtsverkehr/start.html>), , (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023). Ayrıca yazarlar, 22.3.2005 tarihli Adli İletişim Kanunu ve Vergi Mahkemeleri Kanunu değişiklikleri ile İdare Mahkemeleri Kanunu ve Sosyal Güvenlik Mahkemeleri Kanunlarına vurgu yaparak elektronik yargının gelişimini işaret etmektedirler. Bkz. Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

çalışmanın konusu bakımından önemli olan elektronik yargı meselesini ilgilendiren hususlar, nispeten daha sağlam bir yasal zemine oturur hale gelmiştir. Özellikle adli dosyanın elektronik ortamda incelenmesi ve elektronik ortamda bulunan asıllarına ait suretlerinin oluşturulması, artık Alman Medenî Usûl Kanununda yer alan hususlar haline gelmiştir⁹⁴¹.

Alman hukukunda elektronik belgenin mahkemeye elektronik posta yoluyla gönderilmesine ilişkin dile getirilen önemli bir husus imza meselesidir. Buna göre, mahkemenin kendisine gönderilen elektronik belgeyi kabul edip inceleyebilmesi için belgenin elektronik imzayla imzalanmış olması gerekir. Ancak, sözü edilen imza sıradan bir imza olmayıp, nitelikli elektronik imza olmalıdır. Öyle ki bu belgenin nitelikli elektronik imzayla imzalanmış olmasının şekil şartını yerine getiren bir husus olduğu özel olarak vurgulanmaktadır⁹⁴². Görüldüğü gibi, her türlü elektronik belge bakımından önemli ve ayırt edici bir unsur olarak imza kurumu karşımıza bir kez daha çıkmaktadır. Bu nedenledir ki bu çalışmada imza ve elektronik imza meselesi ayrı bir bölümde detaylı olarak inceleme konusu yapılmıştır⁹⁴³.

Nitelikli elektronik imzanın varlığına ilişkin bu keskin kural karşısında, doktrinde bu katılığın yol açacağı kayıpları biraz olsun yumuşatmak adına bir görüş dile getirilmiştir⁹⁴⁴. Kural olarak mahkemeye elektronik posta yoluyla gönderilen belgeler bakımından, her bir belgenin ayrı ayrı nitelikli elektronik imzayla imzalanmış olması gerekir. Ancak bu görüşe göre, mahkemeye elektronik yolla gönderilen belgelerin her birinin ayrı ayrı nitelikli elektronik imzayla imzalanmış olması beklenmemelidir. Yani, elektronik usûl ile mahkemeye sunulan elektronik belgeler bütününden yalnız birinin nitelikli elektronik imzayla imzalanmış olmasının,

⁹⁴¹ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹⁴² Nitelikli elektronik imzanın bir emredici hüküm niteliğinde olduğu yönünde bkz. Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 27; Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1009; Dästner, NJW, 47/2001, s. 3470; Keser Berber, **Elektronik Para ve Dijital İmza**, s. 203.

⁹⁴³ Bu yönde bkz. II. bölüm, II, B ve C.

⁹⁴⁴ Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 27; Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1010; Dästner, NJW, 47/2001, s. 3470; Keser Berber, **Elektronik Para ve Dijital İmza**, s. 203.

beraberindeki belgelerin de nitelikli elektronik imzanın sahibi olan kişi tarafından imzalanmış gibi kabul edilmesi için yeterli olması gerektiği belirtilmektedir.⁹⁴⁵

Ancak bunun kabul edilebilmesi için, elektronik belgelerin aslına uygun olduğunun belgeyi sunan tarafça en azından taahhüt edilmiş olması beklenmektedir. Buradaki taahhüt ve aslına uygunluğun beyan edilmesi beklentisi, uygulamada sıkça başvurulmuş ve belge suretlerini mahkemeye sunarken kullanılan “aslı gibidir” kayıtlarına benzetilebilir. Böylece Kanunun ısrarla aradığı nitelikli elektronik imza katılığının inşa ettiği şekil bariyerlerinin bir nebze de olsa aşılması mümkün olabilir. Çünkü elektronik ortam üzerinden belge kabulünün kanuna getirilmesindeki amaç, temelde yargılamayı daha hızlı, daha ucuz ve zahmetsiz hale getirmektir. Ayrıca temel ilkelerden usûl ekonomisi de bu yaklaşımı desteklemektedir.

Burada önemli bir husus, elektronik belgenin mahkemeye elektronik yolla ibraz edilmesi halinde, ibraz tarihinin ne olacağıdır. Bu hususta da Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesinin üçüncü fıkrası yol göstericidir. Buna göre, elektronik belgenin ibraz anı olarak, o elektronik belgenin mahkemeye ait tesisata kaydedildiği an kabul edilir.⁹⁴⁶ Yani gönderilen elektronik belgenin, göndericinin elinden çıktığı an ibraz tarihi olarak kabul edilmez. Ancak, teknik olarak gönderme ve alma işlemleri saniyeler içinde gerçekleşebilmektedir. Bu nedenle, elektronik ortamda mahkemeye iletilen bir belgenin gönderme ve alma zamanları çoğunlukla aynı olacaktır. Ancak bu gibi bir vakıa yani gönderme ve alma zamanları bakımından anlaşmazlık olursa bu dahi keşfin konusu olabilir.

Burada belirtilmesi gereken önemli bir husus, ibraz tarihi olarak elektronik belgenin çıktısının alınıp mahkeme dosyasına fiziken yerleştirildiği tarihin kabul edilemeyecek olmasıdır. Bu bakımdan elektronik belgenin fiziki mahkeme dosyasına konulmak üzere çıktısının alınmış olması, tarihlerde bir değişikliğe yol açmaz.

⁹⁴⁵ Scherf/Schmieszek/Viefhues, ZPO, s. 27; Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1010; Dästner, NJW, 47/2001, s. 3470; Keser Berber, **Elektronik Para ve Dijital İmza**, s. 203.

⁹⁴⁶ Viefhues, NJW, 15/2005, s. 1011.

Elektronik belgeler bakımından çıktı ve suret kavramlarının ayrıca önemi olduğundan bu çalışmada özel bir başlık altında ele alınmıştır.⁹⁴⁷ Elektronik belgelerin kopyaları bakımından iki önemli özellik ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki, yukarıda da ifade edildiği gibi⁹⁴⁸, elektronik belgenin çıktısının alındığı tarihin, belgenin mahkemeye ulaştırıldığı tarih olarak kabul edilemeyecek olmasıdır. İkinci özellik ise, aslı elektronik ortamda bulunan bu belgenin, yazıcıdan elde edilen çıktısının orijinal belge olmadığı, yalnızca onun bir kopyası olduğudur.

Elektronik yargı, yalnız elektronik adli iletişimin değil, bundan daha geniş bir yargı faaliyetinin elektronik yardımcıları vasıtasıyla yürütülmesi anlamına gelmektedir.⁹⁴⁹ Böyle bir faaliyeti güvenli şekilde yürütebilmek için çeşitli sistemlere ve yazılımlara ihtiyaç duyulur. Aşağıda ayrıca incelenecek ses ve görüntü bilişim sistemi bunun önemli bir örneğidir.

c. SEGBİS (Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi) ve Kayıtları

Ses ve Görüntü Bilişim Sistemi ya da kısa adıyla SEGBİS, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 149. maddesinde düzenlenmiştir. Türk hukukunda medenî yargılama bakımından ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapma imkânı da ilk kez kanuni düzenlemede yer almıştır. Türk hukukunda kısaca SEGBİS adıyla yerleşmiş olan bu sistem, teknik olarak yargılama hukukunda video konferans yöntemi olarak da adlandırılmaktadır.⁹⁵⁰

⁹⁴⁷ Bkz. II. bölüm, I, D.

⁹⁴⁸ Bkz. II. bölüm, I, E, 4.

⁹⁴⁹ Kevin D. Ashley, *Artificial Intelligence and Legal Analytics New Tools for Law Practice in the Digital Age*, Cambridge University Press, 2017, s. 122 vd.

⁹⁵⁰ Brandli, *Prozessökonomie*, s. 198, 199, prg. 429.

6 Ağustos 2015 tarihli ve 29437 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Yönetmeliği’nin 4. maddesin ü bendinde “ses ve görüntü bilişim sistemi” (SEGBİS) şu şekilde tanımlanmıştır: “*ses ve görüntünün aynı anda iletildiği, kaydedildiği ve saklandığı Ses ve Görüntü Bilişim Sistemidir*”⁹⁵¹”.

SEGBİS üzerinden yargılama faaliyeti düzenlemesi Türk Hukukunda tartışılırken öne çıkan başlıca sorunlar; aleniyeti ilkesi, tanık dinlenilmesiyle ilgili ortaya çıkabilecek sorunlar, istinabe ve SEGBİS sistemi arasındaki ilişki ya da hangisinin tercih edilebilir olduğu meselesi ve son olarak doğrudanlık ilkesine ilişkin tartışmalardır⁹⁵². Özellikle tanık dinlenmesi bakımından en önemli endişe, tanığın beyanının iradesi dışında zorlama ya da baskıyla yönlendirilmesidir. Benzer şekilde taraf da baskı altında olabilir⁹⁵³. Özellikle örneğin şiddete karşı korunması gereken bir ilgilinin, medenî yargı önüne gelen bir hak talebinde, kendisinin mahkeme salonunda olmaksızın ses ve görüntü nakli yoluyla yargılamaya dahil olması ihtimalinde, iradesinin yargılama faaliyetine ne kadar sağlıklı bir şekilde yansıtılacağı endişesiyle karşılaşılabileceği ifade edilmiştir⁹⁵⁴. Bu son derece haklı bir kaygıdır. Benzer şekilde, keşif yardımcıları, bilirkişiler ya da uzman görüşü sunan uzmanlar bakımından da

⁹⁵¹ Ayrıca bkz. Sami Acar/Hülya Gürsoy, “Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Cilt 2012/4, s. 111- 137, s. 115-117; Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2103.

⁹⁵² Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2106; Arslan, Aziz Serkan, “Doğrudanlık İlkesi”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı XII, HMK Çerçeve- sinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler, Yıl 2014 I, Cilt 4, Sayı 2, (133-144), s. 135. Doğrudan doğrualık ilkesine etkin kapsamda işlev kazandırmak için istinabeye başvuru olanağını daraltan video konferans yöntemi ile duruşma icrası yöntemine başvurulabileceği yönünde Tanrıver, Süha: Medenî Usûl Hukuku, Cilt 1, Temel Kavramlar ve İlk Derece Yargılaması, (Yetkin Yayınevi), Ankara 2016, s. 368; Görgün, Şanal: Medenî Usûl Hukuku, 5. Bası, (Yetkin Yayınevi), Ankara 2016, s. 185; Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2107. Türk Hukukunda medenî yargıda elektronik duruşmaların E-Duruşma sistemi üzerinden yürütülmekte olduğu, SEGBİS’in bugün için ceza yargısında daha yaygın kullanılmakta olduğu yönünde bkz. <https://www.uyap.gov.tr/Hizmetler> (çevrimiçi, erişim tarihi: 29.08.2023).

⁹⁵³ Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2119.

⁹⁵⁴ Miklós, Kengyel/Zoltán, Nemessányi: Electronic Technology and Civil Procedure New Paths to Justice from Around the World, 2012, s. 266; Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2107; **Federal Court of Australia**: Videoconferencing, <http://www.fedcourt.gov.au/services/videoconferencing-guide>. Ayrıntılı bilgi için bkz. Amerikan Federal Medenî Yargılama Kanunu m. 43, <http://uscourts.com/federalrules/4334/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023). Ayrıca bkz. Leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

dikkatli olunmalıdır. Mahkeme, beyanda bulunanın, herhangi bir şekilde baskı altında olmadığından emin olabildiğini sağlayacak tedbirleri almalıdır.

Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanununun 128a maddesiyle⁹⁵⁵ ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılma imkânı 2001 yılında getirilmiş olup, hâkim tarafların talebi üzerine ya da re'sen bu yönteme başvurmayaya karar verebilmekteydi⁹⁵⁶. Ancak 2013 yılında Video Konferans Teknolojisinin Mahkemelerde ve Savcılıkta Kullanılmasının Artırılması Kanunu kabul edilerek bu hususta bir yenilik yapılmıştır⁹⁵⁷.

Esasında ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma icrası, 2011 yılından beri Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almakla birlikte, 2020 yılında Hukuk Muhakemeleri Kanununda yapılan değişiklikle daha etkili biçimde Türk hukukuna adeta yeniden girdiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Çevrimiçi duruşma ve buna ilişkin esaslar ancak ispat faaliyetini ve özellikle elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesini ilgilendirdiği ölçüde bu çalışmada incelendiğinden, çevrimiçi duruşma uygulamalarının özellikle ispat faaliyetiyle ilgili yönleri bakımından ortaya çıkabilecek sorunlara odaklanmak gerekir. Bunların başında da doğrudanlıkla ilgili kaygılar gelmektedir. Ayrıca, burada keşfe elverişlilik bakımından temel alınan yaklaşımlardan fiziki gereklilik ve hâkimin elektronik algısı yaklaşımları bir kez daha ön plana çıkmaktadır.

Burada son olarak doğrudanlık ilkesiyle bağlantılı olarak SEGBİS ve istinabe araçlarının kıyası yapılmaktadır⁹⁵⁸. Böyle bir karşılaştırma neticesinde, SEGBİS'in

⁹⁵⁵ Michael Huber, "Verfahren und Urteil erster Instanz nach dem Zivilprozessreform (ZPO-RG) - 2. Teil. Weitere besonders wichtige Änderungen im Verfahrensrecht erster Instanz", *JuS*, 2002, 690-693.

⁹⁵⁶ Huber, *Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil*, (beck-online.de). Ayrıca bkz. Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus: *Zivilprozessordnung Kommentar*, 9. Auflage, Köln 2017, s. 599, 600; Reichold, Klaus, in: hrsg. Heinz/Putzo/Reichold/Hüßtege/Seiler, *Zivilprozessordnung*, 38. Auflage, München 2017, s. 313, 314.

⁹⁵⁷ Huber, *Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil*, (beck-online.de).

⁹⁵⁸ Burada İsviçre Hukukunda, örneğin başka kantonların yargı çevresinde bulunan bir dava malzemesinin incelenmesinde, yardımlaşma mümkün olsa da doğrudan usûl işlemlerinin yapılabilmesinin mahkemenin işini kolaylaştırdığı ve sürecin gereksiz yere yargılama dışı prosedürlerle geciktirilmemesini sağladığı ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Rodrigo Rodriguez, *Schweizerische*

yine de istinabe karşısında daha etkili bir yöntem olduğu, asıl yargılamayı yürüten hâkimin elektronik ortamda da olsa, doğrudan dava süjeleriyle ilişki kurabildiğı ifade edilmiştir.⁹⁵⁹ Bu nedenle istinabe kurumu karşısında, SEGBİS'in asıl yargılamayı yürüten mahkemeye daha etkin karar verebilme ve delillerle temas edebilme imkânı verdiği savunulmuştur.⁹⁶⁰ Bu düşünceyi genel itibariyle hâkimin elektronik dava malzemeleriyle buluşması bakımından benimsemek gerekir. Daha sonra hâkimin keşifte yardım alması bahsinde de söz edileceğı gibi,⁹⁶¹ hâkimin keşifte istinabe yoluna başvurması bir keşif yardımı iken, hâkimin elektronik dava malzemesini kendi elindeki elektronik araçlarla bizzat incelemesi de bir keşif yardımıdır. Bu iki hal de belirli ölçüde dolaylılık içermekle birlikte, istinabede ister istemez bir başka düşünsel algı ve öznellik araya girmekte olduğundan; ikinci hal, yani elektronik malzemenin yardımcı araçlarla yine de bizzat hâkim tarafından incelenmesi daha isabetli görünmektedir. Çevrimiçi duruşma icrasındaki fiziki dolaylılık bu bağlamda elektronik keşif yaklaşımlarıyla paralellik göstermektedir.

d. UYAP (Ulusal Yargı Ağı Projesi) ve Kayıtları

Türk yargı sisteminde ilk olarak 1998 yılında bir proje olarak başlatılan UYAP bugün için hukukumuzdaki tüm yargı birimlerinde kullanılmaktadır.⁹⁶² Tam adı “Ulusal Yargı Ağı Projesi” olan UYAP interaktif, ulusal ve çok kullanıcıli bir bilişim programıdır.

Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, 2016, s. 1630, 1631, Art. 195, prg. 2-5. Yazar, bu tür usuli işlemlere örnek olarak, mahkemelerin İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu m. 195 uyarınca başka bir kantonda duruşma yapabileceğı ve delil toplayabileceğini (keşif yapabileceğini) gösterir. Bu yönde bkz. Rodriguez, **ZPO Kommentar**, s. 1630, 1631, Art. 195, prg. 2-5.

⁹⁵⁹ Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2108.

⁹⁶⁰ Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2108.

⁹⁶¹ Bkz. III. bölüm, I, B.

⁹⁶² Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2103.

Tüm ulusu kapsayan bir dijital yargı ağı oluşturma fikri, yalnız Türk Hukukunda değil, Almanya, Avusturya gibi Avrupa ülkelerinde, Avustralya’da, uzak doğu ülkelerinde ve Amerika Birleşik Devletlerinde de hayata geçirilmeye çalışılmıştır⁹⁶³. Avrupa Birliği, Adli İletişim Altyapısı’nın kurulması yönünde karar almıştır⁹⁶⁴. Böylece Avrupa Birliği ile üye devletler arasındaki adli işbirliğinin pekişmesi, daha kolay ve pratik bir hal alması amaçlanmıştır⁹⁶⁵.

Gelişen teknolojiye ayak uydurabilmek için üye devletlerin yargılama hukuklarında elektronik iletişime yer vermesi ve böylece elektronikleşmenin avantajlarından yararlanmak hedeflenmiştir. Özellikle Almanya’da çeşitli düzenlemeler yapılarak yeni düzene ayak uydurmak için köklü değişiklikler yapıldığından söz edilmektedir⁹⁶⁶. Elektronik adli iletişim, mahkemeler, taraflar, vekiller ve diğer ilgililer bakımından adli ortama kaydedilen her türlü belgenin, güvenli bir platformda paylaşılması demektir. Ülkemizde UYAP kapsamında bir de kurumlar arası yazışmaların elektronik ortamda gerçekleştirilmesi amacıyla Doküman Yönetim Sistemi (DYS)⁹⁶⁷ geliştirilmek suretiyle elektronik belge uygulamalarının sistemli bir şekilde gerçekleştirilmesi hedeflenmiştir⁹⁶⁸.

Alman kanun koyucu, elektronikleşmeye ayak uydurabilmek için, elektronik adli iletişimi düzenleyen federal düzeyde kanunlar ile Avrupa Birliği kararına uyum sağlamaya çabalamıştır⁹⁶⁹. Almanya’da elektronik adli iletişim ve elektronik yargıyı destekleyen bazı yazılımlar geliştirilmiştir. Bu yazılımlar tıpkı UYAP gibi elektronik ortamda yargı ağı kurmayı hedefleyen projeler olarak geliştirilmişlerdir. Bunlardan

⁹⁶³ Oğurlu, **E-Devlet**, s. 39 vd. Ayrıca bkz. Fulya Teomete Yalabık, **İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016, s. 53 vd.

⁹⁶⁴ 28 Mayıs 2001 tarihli 2001/470/EC sayılı Avrupa Birliği Konseyi Kararı m.6, bkz. europa.eu/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

⁹⁶⁵ Oğurlu, **E-Devlet**, s. 39 vd.

⁹⁶⁶ Oğurlu, **E-Devlet**, s. 39 vd.

⁹⁶⁷ Doküman Yönetim sistemi “doküman sistemi” olarak da anılmaktadır. Bu sistemde amaç UYAP ile entegre bir şekilde çalışması ve belgenin gönderilmesi ile alınması işlemlerinin elektronik ortamda sorunsuz bir şekilde gerçekleştirilmesidir. Bu yönde bkz. Gülten Alır, **E-Devlet ve Üst Veri**, s. 8.

⁹⁶⁸ Alır, **E-Devlet ve Üst Veri**, s. 8.

⁹⁶⁹ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

ilki *BundOnline2005* isimli projedir.⁹⁷⁰ Bu proje adından da anlaşıldığı üzere 2005 yılında hayata geçirilmek üzere kurgulanmış ancak henüz Almanya genelinde tam anlamıyla uygulama imkânına erişilmeden, yerini kendisinin daha gelişmiş bir versiyonuna bırakmıştır.⁹⁷¹ *BundOnline2005*'in daha gelişmiş bir versiyonu olarak ortaya çıkan projenin adı *XJustiz* olarak belirlenmiştir. XJustiz projesi tıpkı UYAP gibi, Almanya'da mahkemeleri, avukatları, vatandaşları ve hatta noterleri kapsamına alan ve bunlar arasındaki adli iletişimi sağlamayı hedefleyen bir projedir.⁹⁷²

Burada hem Türk hukukunda hem de diğer ülkelerde yargıda elektronikleşme kapsamında yapılan çalışmalar ve çeşitli projeler esasında bir bütün olarak tek bir amaca hizmet etmektedir. Bu amaç adalete erişimi daha etkin hale getirmektir. Bu noktada halihazırda mevcut olan yargı ağı projelerine bir elektronik belge üzerinde keşif ya da elektronik veri inceleme modülü eklenmesi bu çalışmada sözü edilen tüm birimlerin ve başlıca elektronik belge kullanım alanlarının birbirine entegre edilmesini sağlar. Hâkimin örneğin UYAP sisteminden doğrudan elektronik belge üzerinde keşif incelemesi yapmasını sağlayan, öncelikle belgenin türünü, imza içerip içermediğini, eğer imza içeriyorsa bu imzanın türünü, belgede analiz edilmesi gereken başkaca özellikler varsa bunların tespitini ve belgenin orijinalliğini tek bir modül üzerinden gerçekleştirebileceği bir yazılımın geliştirilmesi ve UYAP sistemine dahil edilmesi gereklidir. Böylece bu çalışmada vurgulanan hâkimin elektronik ortamda daha etkin araştırma ve kanaat oluşturma faaliyetinde bulunması mümkün olur. Elektronik ispat faaliyetinin önemli bir adımı hâkimin fiziki ve görsel algısının elektronik ortama güvenli bir şekilde taşınabilmesidir. Bu da mevcut UYAP sistemine uyumlu bir şekilde eklenebilecek bir “elektronik belge üzerinde keşif” uygulamasıyla sağlanabilecektir.

⁹⁷⁰ Gross/Herrmann, s. 51.

⁹⁷¹ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

⁹⁷² Klaus Bacher, “Xjustiz – Elektronischer Datenaustausch zwischen Gerichten und Verfahrensbeteiligten”, JurPC Web-Dok. 160/2003, Rn. 25-30; Sanio, Holger/Eichmeyer, Axel/Kruza, Thomas, Entwicklung einer zukunftsfähigen Justizsoftware auf Basis von Standardtechnologien, JurPC Web-Dok., 65/2008, Rn. 56; <http://www.xjustiz.de/>, (10.2.2008). Ayrıca Xjustiz projesinin teknik yönünü açıklarken söz edilen Extensible Markup Language (XML) kavramı için bkz. Scherf/Schmieszek/Viefhues, **ZPO**, s. 149. Ayrıca bkz. <http://www.xjustiz.de/>; Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞİFTE HÂKİMİN YARDIM ALMASI, ELEKTRONİK VERİ KEŞFİNİN TÜRLERİ VE İCRASINA İLİŞKİN BAZI ÖZELLİKLER

I. ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞİF

A. Keşfin Hâkim Tarafından Gerçekleştirilmesi

1. Keşfin Karakteristik Özelliği Olan Hâkimin Doğrudan Algısı

Hâkimin duyusal algısı, keşif delilinin zorunlu bir unsurudur.⁹⁷³ Elektronik belgelerle hâkimin duyusal algısının doğrudan buluşması meselesiyse kendine has bazı özel sorunların ortaya çıkmasına neden olur.⁹⁷⁴ Çünkü, elektronik belgelerin dava malzemesi olması, geleneksel usûl kurumlarıyla yeni nesil bir delil aracının bir araya getirilmesi anlamına gelir. Özellikle elektronik belgeler keşif yoluyla incelenirken, hâkimin duyusunun bu denli yenilikçi bir dava malzemesiyle ne şekilde buluşacağı önem arz eder.

⁹⁷³ Keşfin karakteristik özelliklerinden biri olarak hâkimin duyusal algısı yukarıda ele alınmıştı. Bu yönde bkz. I. bölüm, III, A. Bu yönde ayrıca bkz. Drehsen, **Aguenschein**, s. 16 vd.; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 4 vd.; Meier, **ZPO**, s. 321, 322; Christoph Leuenberger/ Beatrice Uffer-Tobler, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 2.A., Bern, 2016. s. 266, prg. 9.101; Balzer, **Beweisaufnahme**, s. 65, prg. 101; Kern/Diehm, **ZPO Kommentar**, s. 967, prg. 2 vd.

⁹⁷⁴ Hâkimin elektronik algısı yaklaşıma ilişkin açıklamalar için bkz. I. bölüm, V, C, 3, e.

Hâkimin, yargılama esnasında mahkemeye sunulan bir elektronik belgeyi incelerken, öncelikle o belgede imza bulunup bulunmadığını dikkate alması gerekmektedir⁹⁷⁵. Belgede imza olup olmadığının tespiti, hâkimin yapacağı incelemenin ilk adımı olmalıdır. İkinci adım olarak ise, hâkim eğer belgede imza varsa, imzanın çeşidini tespit etmelidir. İmzanın çeşidine göre, elektronik belgenin niteliği ve inceleme usûlü de farklılık gösterebilir. Bu noktada hâkimin duyusal algısı, örneğin öncelikle o belgenin elektronik ortamda imzalanmış olup olmamasına yönelmelidir. Eğer belge imzalanmışsa, bu defa da imzanın yasal düzenlemelerdeki sınıflandırmalara uygun olarak düzenlenmiş bir güvenli elektronik imza olup olmadığı araştırılmalıdır⁹⁷⁶.

Hâkim elektronik veriler üzerinde, diğer tüm geleneksel dava malzemeleri üzerinde olduğu gibi, taraflar talep etmese dahi keşif yapılmasına karar verebilir. Özellikle belge üzerinde yer alan imzanın güvenli elektronik imza olup olmadığı hâkimin uygun görürse tek başına keşif konusu yapabileceği bir husustur. Elektronik belgeleri özellikle senet hükmünde olmaları bakımından geleneksel imzalı belgelerden ayıran esaslı noktalardan biri, üzerindeki imzanın hâkimin duyusal algısıyla alışlageldik bir şekilde doğrudan tespitinin kolay olmamasıdır. Gerçeklik ve güvenlik konusunda, o belgenin senet olup olmadığını tespit etmek için teknik bazı doğrulamalar yapmak gerekebilir⁹⁷⁷. İşte bu yüzden hâkimin duyusal algısı meselesi elektronik belgelerin keşif yoluyla incelenmesi bakımından diğer keşif malzemelerine göre farklı bir perspektiften bakmayı gerektirir.

Bu halde denilebilir ki, hâkimin duyusal algısı elektronik belgeler üzerindeki incelemede iki aşamalı olacak şekilde gereklidir. Bu katmanlı incelemede belgenin

⁹⁷⁵ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

⁹⁷⁶ İmzaya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, II.

⁹⁷⁷ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76. Erturgut, hâkimin elektronik imzalı belgeyi yalnızca teknik yardımcı aracılığıyla algılayabileceğini ifade eder. Buna göre, bir elektronik belgenin delil olarak takdir edilmesi, uygun teknik yazılım ve donanımı şart kılar; elektronik belge ancak bu sayede algılanabilir ve kontrol edilebilir hale gelebilecektir. Bu yönde bkz. Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76. Ayrıca bu yönde bkz. Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

düşünce içeriğine girmeden önce hâkim, o belge üzerindeki imzanın gerekli niteliği taşıyıp taşımadığı hususunda re'sen keşif deliline başvurabilir. Bunun için her zaman bilirkişinin yardımına da gerek olmayabilir. Yani mahkemeye ibraz edilen bir belgenin güvenli elektronik imzayla imzalanmış olup olmadığı hususu, hâkim tarafından elektronik belge keşif suretiyle incelenip çözümlenebilecektir.

Burada son olarak elektronik belgeler üzerinde keşfe temel olan yaklaşımlardan hâkimin elektronik algısı yaklaşımından bir kez daha söz etmek gerekir⁹⁷⁸. Hâkimin elektronik belge üzerinde keşif gerçekleştirilirken elektronik ortamda bulunan bu keşif malzemesiyle teması, duyuşsal algısının elektronik ortama taşınmasıyla mümkün olur. Dolayısıyla, hâkimin duyuşsal algısının yardımıyla, elektronik ortamdaki bilgiyi en doğru şekilde işleyebilmesi için mümkün olduğunca belgeyi kendi ortamı olan elektronik düzlemde algılayabilir olması gerekir. Bu nedenle, elektronik belgeler üzerinde keşif incelemesinde, hâkimin duyuşsal algısı bir unsur olarak biraz farklı bir görünüme bürünür. Örneğin, bir elektronik veri üzerinde keşif yapılırken, hâkim yine görme ve duyma duyuşlarını kullanabilir ancak diğer temel duyuşlar bakımından bunun nasıl mümkün olacağı tartışmalıdır⁹⁷⁹. Bu nedenle hâkimin elektronik özellik taşıyan bir nesneyi veya bir teknik kaydı keşfederken başvuracağı duyuşsal algı, klasik bir keşifteki duyuşsal algıdan ayrılan yönleriyle birlikte bir bütün olarak ele alınmalıdır.

2. Elektronik Belge Üzerinde Teknik Yardım Gerektirmeyen Keşif İncelemesi

Hâkim kural olarak kendi duyuşsal algısıyla, uyuşmazlık konusu hakkında bilgi edinmek amacıyla bizzat keşif yapar. Uyuşmazlık konusu bir eşya, bir hak, bir eylem veya bir işlem olabilir. Bu anlamda, hatırlanacağı gibi keşif malzemeleri bakımından

⁹⁷⁸ Bu yönde bkz. I. bölüm, V, C, 3, e.

⁹⁷⁹ Tartışmalar için bkz. I. bölüm, III. Ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, Rn. 2.

yapılan ilk ayırım taşınır ve taşınmaz eşya ayrımıdır.⁹⁸⁰ Önceleri yalnız taşınmazlar üzerinde yapılabileceği öngörülen keşif incelemesi, daha önce de değinilmiş olduğu gibi, bugün için çok daha geniş anlaşılmaktadır. Hâkim bilgi edinmek amacıyla taşınmazların yanında uyumsuzluğun konusu olabilecek taşınırlar üzerinde de keşif yapabilmektedir.⁹⁸¹ Hatta bugün için keşfin konusu olabilecek şeyler taşınırların da ötesinde bir anlam kazanmıştır ve herhangi bir nesne, cisim, varlık, durum ve bir vakıanın kendisi dahi yerine göre geniş anlamda keşif incelemesinin konusu olabilmektedir.⁹⁸² Bugün yeni nesil keşif malzemeleri olarak elektronik veriler de keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılarak büyük ölçüde keşif alanına dahil edilmektedir.

Hâkim elektronik veri üzerinde keşfi temel olarak iki şekilde gerçekleştirebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 288. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde, hâkimin gerektiğinde bilirkişinin yardımına başvuracağı düzenlenmiştir. Bu halde öncelikle ifade etmek gerekir ki, bilirkişi keşif için görevlendirildiğinde geniş anlamda “keşif yardımcısı”⁹⁸³ konumundadır.

Ancak HMK m. 288’de ifade edildiği gibi, hâkimin uyumsuzluk konusu hakkında bizzat bilgi edinmek amacıyla inceleme yapması esastır. Hâkim, gerekli görürse bilirkişinin yardımına karar verir. Yeni nesil bir keşif malzemesi olarak kabul edilen elektronik belgeler üzerinde keşif yapılırken de esas olan, hâkimin keşfi bizzat yapmasıdır. Yani, elektronik veri üzerinde keşif yaparken hâkim her zaman teknik yardıma ihtiyaç duymaz.

⁹⁸⁰ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1950.

⁹⁸¹ Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1950.

⁹⁸² Atalı/Ermenek/Erdoğan, **Medenî Usûl Hukuku**, s. 535. Keşfin konusu hakkında bkz. I. bölüm, V, A ve B. Soyut ve somut keşif malzemeleri ayrımı ve ayrıntılı bilgi için bkz. I. bölüm, II, B. Örneğin, bir durumun keşfin konusu olması bakımından; tapu iptali ve tescili davalarında keşif yapılmadan karar verilmiş olması başlı başına bir bozma sebebi olarak kabul edilmektedir. Burada dikkat çeken bir husus, keşfin somut konusu taşınmazın kendisi olsa da araştırılan mesele, örneğin yerel bilirkişi ve tanıkların taşınmaz başında keşif yapılarak dinlenmesi suretiyle taşınmazın mülkiyet durumunun (yani bir durumun) açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/4112, K. 2012/3815, T. 7.5.2012, (kazanci.com).

⁹⁸³ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342. Keşif yardımcılarını hakkında ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. aşağıda III. bölüm, I, B, 3.

Burada ifade etmek gerekir ki hâkim, teknik yardıma ihtiyaç duysa bile, bu ihtiyacı karşılayacak kişi, her zaman bilirkişi statüsünde olan kişi de olmaz. Zira hâkim yargılamada çeşitli konularda yardımcı kişilere başvurabilmektedir. Hâkimin yardım aldığı bu kişilerin hepsini bilirkişi olarak nitelendirmek doğru değildir. Yani mahkemelerde yargılamada yardımına başvuru her kişi bilirkişi sıfatıyla başvuru kişi değildir.

Örneğin aile mahkemelerinde, psikolog ya da pedagog gibi kişiler görevlendirilmiştir. 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanununun 2019 yılından içeriği ve başlığında düzenlemeler yapılan ve başlığı uzmanlardan yararlanma şeklinde değiştirilen 5. maddesine göre⁹⁸⁴; aile mahkemeleri, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve bu incelemenin sonucunu bildirmek üzere, Adalet Bakanlığınca adliyelerde görevlendirilen psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılardan yararlanır. Bu görevlilerin bulunmaması, iş durumlarının müsait olmaması veya görevin bunlar tarafından yapılmasında hukukî veya fiilî herhangi bir engel bulunması ya da başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması hallerinde, diğer diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlar veya serbest meslek icra edenlerden yararlanır. Bu kişiler Kanunda uzman olarak anılmaktadırlar. Görüldüğü gibi bu kişilere bilirkişi denilmemektedir. Mahkemedeki görevleri bilirkişilik olmadığı gibi, bir delil faaliyetine katılmaları da beklenmez. Tanrıver'e göre, bu kişiler “teknik müşavir” statüsündedir⁹⁸⁵.

⁹⁸⁴ 4787 sayılı ve 09.01.2003 kabul tarihli Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun ilgili 5. maddesinde 7188 sayılı ve 17.10.2019 tarihli Kanunun 14. maddesiyle değişiklik yapılmıştır. Bu yönde bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4787.pdf>. Ayrıca bkz. Işıl Çoklar/Dünya Polat, “Aile Mahkemelerindeki Psikologların Görev Alanı: Uygulama, Eksiklikler ve Öneriler”, **Türk Psikoloji Bülteni**, Yıl: 12, Sayı: 39, Aralık 2006, s. 48-51, s. 49 vd.; Sema Buz/Kübra Düzyurt/Mehmet Sağlam, **Toplum ve Sosyal Hizmet**, Cilt 26, Sayı 2, Ekim 2015, s. 7-29, s. 8 vd.

⁹⁸⁵ Tanrıver, **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 34 vd.

Özetle keşif incelemesinde hâkimin bir elektronik veri üzerinde keşif yaparken mutlaka yardım alması gibi bir zorunluluk söz konusu değildir. Hâkim yardıma ihtiyaç duysa dahi başvuracağı yardımcı her zaman bilirkişi olmak zorunda da değildir. Uygulamaya bakıldığında mahkemelerin, özellikle mahkeme dışı keşiflerde büyük oranda aynı zamanda bilgisine başvurulmak ya da daha sonra rapor sunmak üzere bilirkişi ya da bilirkişiler görevlendirdiği dikkat çekmektedir. Ancak, kanunun ifadesine ve keşif kurumunun karakterine bakıldığında, asıl olanın hâkimin keşif konusunu doğrudan incelemesi ve algılaması olduğu görülmektedir.

Bu nedenle, özellikle elektronik veri üzerindeki incelemenin doğrudan teknik yardıma ihtiyaç duyulan keşif incelemesi olarak görülmesi ve hâkimin doğrudan veriyle temas etmemesi keşif delilinin yargılamaya katkısını olumsuz yönde etkilemektedir. Bu nedenle, keşif incelemesinin bir elektronik veri üzerinde gerçekleştirilmesi doğrudan bilirkişiye müracaat sebebi olarak görülmemelidir. Hâkim keşfin konusuna, olayın özelliğine ve araştırılacak vakıaya göre, keşifte yardımcıya ihtiyaç olup olmadığını kendisi takdir edebilmeli ve ancak bu halde keşifte teknik yardıma karar verilmelidir.

3. Elektronik Belge Üzerinde Teknik Yardıma İhtiyaç Duyulan Keşif İncelemesi

Bilindiği gibi hâkim hem keşif hem de bilirkişi deliline başvurmaya tarafların talebi üzerine karar verebileceği gibi, re'sen de karar verebilmektedir. Özellikle hukuk usûlü bakımından hâkimin bir delile kendiliğinden başvurmasının aslında istisnai bir durum olduğu söylenebilir. Bu halde denilebilir ki bu istisna, elektronik belgeler üzerindeki incelemede ihtiyaç duyulabilecek her iki delil çeşidi (keşif ve bilirkişi) için de kabul edilmiştir.

Hâkim hem keşif hem bilirkişi delilini hüküm kurarken serbestçe takdir eder. Ayrıca, her iki delil bakımından da hâkim, eğer eksiklik ya da yetersizlik olduğu

kanaatine ulaşırsa, yeniden inceleme yapılmasına karar verebilir. Örneğin hâkim, keşif incelemesi sonucunda davanın yeterince aydınlanmadığına inanırsa, taraflar talep etmese bile yeniden keşif incelemesi yapılabilir. Hatta iki keşif yapılmış ve iki keşif tutanağı arasında birbiriyle uyuşmayan noktalar varsa ve hâkim hangi keşif tutanağına dayanacağı konusunda tereddüte düşerse, üçüncü keşif de yapılabileceği ifade edilmektedir.⁹⁸⁶ Burada örneğin bir veri taşıyıcısı olarak flaş bellek üzerinde birden fazla kez keşfe başvurulmasının sebebi keşifte teknik inceleme gerektiği halde hâkimin teknik yardım almadan keşfi kendi başına yürütmeye çalışması ise, bu halde artık duyuşsal algının doğrudanlığı bakımından ısrarcı olunmaması gerekir. Hâkim, özellikle elektronik veriler üzerinde keşif incelemesi yaparken, örneğin sırf bilirkişiye müracaat etmemek adına defalarca keşif yapmışsa, bu durum bilirkişiyle birlikte keşif yapılması yerine tercih edilecek bir durum değildir. Hâkim bilirkişiye olan ihtiyacı bertaraf etmek için birden fazla kez keşif yapmak durumunda kalıyorsa, hâkimin amacı mümkün olduğunca doğrudanlığı muhafaza etmek olsa bile, netice olarak ideal bir yargılama gerçekleştirilememiş olur.

Sonuç olarak gerçeğe ulaşma gayesi çerçevesinde, hâkimin yargılama kurallarının kendisine tanıdığı serbesti ölçüsünde keşif deliline gerekli gördüğü sayıda başvurmasında kural olarak bir engel yoktur. Ancak usûl ekonomisi ilkesini elbette gözden kaçırmamak gerekir. Zira, her bir keşif, yargılamanın hem uzamasına hem de daha yüksek maliyetle sonuçlanmasına sebebiyet verir. Bu nedenle, ideal olan hâkimin bir kez, usûlüne uygun, aydınlatıcı ve açıklayıcı bir keşif yapmasıdır. Keşfin bir kez ve en etkili şekilde gerçekleştirilmesi için gerekliyse hâkim, keşifte kendisine yardımcı olmak üzere bilirkişi de dahil olmak üzere çeşitli yardımcılarını görevlendirebilir. Bu kapsamda aşağıda hâkimin elektronik veriler üzerinde keşif incelemesi esnasında yardıma ihtiyaç duymasına ilişkin haller incelenecektir.

⁹⁸⁶ İbrahim Açı, “Delil”, **ABD**, 1975/4, s. 478-485, s. 480 vd.; Güliay, **Bilirkişilik**, s. 32; Aziz Serkan Arslan, **Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi**, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s. 32 vd.

B. Elektronik Belge Üzerinde Keşfin Hâkim Tarafından Yardım Almak Suretiyle Gerçekleştirilmesi

1. Genel Olarak

Dijitalleşme ihtiyacındaki artışa paralel olarak uyuşmazlıkların aydınlatılmasındaki özel ve teknik bilgi ihtiyacı da fazlalaşmaktadır. Bu nedenle, hâkimler bazen uzman kişilerin yardımına müracaat etmek mecburiyetinde kalmaktadırlar⁹⁸⁷. Hâkimler önlerine gelen bir vakıayı aydınlatacak özel ve teknik bilgiye sahip olmasalar dahi, bir karar verme ödevi altındadırlar⁹⁸⁸. Bu nedenle hâkimlerin ihtiyaç halinde bilirkişi ve benzeri kişilerin yardımına başvurmaları imkânı hemen her muhakeme sisteminde düzenlenmiştir⁹⁸⁹. Bu yardım, incelemenin doğrudan desteği istenen kişiye bırakılması şeklinde olabileceği gibi (doğrudan bilirkişi deliline başvurulmasında olduğu gibi), bu yardımcının hâkimle birlikte keşifte rol alması şeklinde de olabilmektedir.

Alman Medenî Usûl Kanununun bu çalışmaya kaynaklık eden hükümlerinden olan 372. maddesi, bilirkişilerin keşif incelemesine çağırılması (ZPO m. 372, f. 1).⁹⁹⁰ ve keşif incelemesinin görevlendirilen veya talep edilen bir hâkime devredilmesi (ZPO m. 372, f. 2) ile ilgilidir.⁹⁹¹ Görevlendirilen ve talep edilen hâkimlerden kastedilen;

⁹⁸⁷ Ramazan Arslan, “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”, **YD**, 1989/4, s. 156-183, s. 162; Süha Tanrıver, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara 2002, s. 33, dn. 1; Cenk Akil, “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”. **Ankara Barosu Dergisi**, 2011, s. 171-183, s. 173. Bilirkişi incelemesinin konusu olarak özel ve teknik bilginin kapsamı hakkında bkz. Barış Toraman, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 134.

⁹⁸⁸ Arslan, **Bilirkişilik Uygulaması**, s. 162; Tanrıver, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü**, s. 33 dn. 1; Akil, **Bilirkişi-Uzman Tanık**, s. 173. Bunun anayasal bir yükümlülük olduğunu ifade eden *Akil*, Anayasanın 36. maddesine işaret etmektedir. Bu yönde bkz. Akil, **Bilirkişi-Uzman Tanık**, s. 17.

⁹⁸⁹ Arslan, **Bilirkişilik Uygulaması**, s. 162; Tanrıver, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü**, s. 33 dn. 1; Akil, **Bilirkişi-Uzman Tanık**, s. 173.

⁹⁹⁰ P/G-Trautwein, §372 Rn. 1; Oliver Elzer, “Der Beweis”, **Stand Juni**, W. Kollhammer, Stuttgart, 2009, s.1-69 (beck-online.de), s. 39.

⁹⁹¹ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 39.

heyetin bir üyesinin görevlendirilmesi (naip hâkim) ve başka yerde yapılacak bir keşif incelemesi için o yer hâkimine başvurulması (istinabe) olarak anlaşılabılır.

Alman Medenî Usûl Kanununun 372. maddesi, adli keşfin⁹⁹² gerçekleştirilmesinde yardımcı araçların kullanımını eksik düzenlediği gerekçesiyle eleştirilmektedir.⁹⁹³ Bu durum da keşifte olmazsa olmaz bir unsur olan duyusal algının dolaysızlığını etkilemektedir.⁹⁹⁴ Bu nedenle asıl önemli olanın mahkemenin duyusal algısı olduğu burada yeniden vurgulanmaktadır.⁹⁹⁵ Bunun yanında keşifte yardımın ve yardımcının rolü tartışılmaktadır. Keşifte kullanılan çeşitli yardımcılar; yani keşif yardımcılarının öncelikle fiziki yardımcı araçlardan ibaret olup olmamalarına göre bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir. Buna göre temelde yardım iki türlü olabilir: Fiziki araçların yardımı ve kişilerin yardımı⁹⁹⁶.

Keşif yardımcıları ya da keşif araçları henüz tam anlamıyla literatürde oturmuş kavramlar olmadığından mevcut kurallara göre üçe ayrılarak incelendiği de görülmektedir. Fiziki araçların yardımı ve kişilerin yardımı yanında, üçüncü ayrım ise; diğerlerinden bağımsız olarak görülebilen tarafın keşif yardımcılığıdır. Tarafın keşfe yardımı, başlangıçtaki ikili ayrım korunarak; keşifte kişilerin yardımı başlığı içinde de kabul edilebilir. Böylece keşif yardımcıları bakımından iki temel sınıflandırma yapılmış ve diğer alt ayrımlar dikey olarak diğerlerinin altında incelenmiş olur.

Buna göre keşif yardımcıları fiziki keşif yardımcıları ve keşif yardımcısı kişiler olarak iki temel başlığa ayrılabilir. Fiziki keşif yardımcıları keşfe yardımcı araçlar olarak da ifade edilebilir ve bunlar özellikle elektronik keşif için kullanılan yardımcı teçhizat ve fiziki ortam sağlayıcılarını ifade eder. Keşfe yardımcı kişiler ise bir üst

⁹⁹² Alman hukukunda keşif delili için mahkemece gerçekleştirilen bir görsel muayeneyi ifade etmesi bakımından “*der Gerichtliche Augenschein*” terimi kullanılmaktadır. Bu nedenle keşifle ilgili Alman Hukukundan yapılan alıntılarda bazı hallerde yalnız keşif, bazı hallerde ise mahkeme keşfi ya da adli keşif ifadeleri kullanılmaktadır. Bu yönde bkz. Zöller, **ZPO**, s. 1075 vd.

⁹⁹³ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 39.

⁹⁹⁴ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 39.

⁹⁹⁵ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 39.

⁹⁹⁶ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; Drehsen, **Augenschein**, s. 413.

başlık olarak keşif yardımcıları; başta bilirkişi olmak üzere, keşifte teknik veya fiziki destek veren kişiler, yerine göre keşifte hazır bulundurulmuş tanık ve hatta yukarıda kısaca söz edildiği gibi hâkime keşif bakımından yardımcı olan taraflar olarak dahi sayılabilmektedir.

Son olarak, keşifte yardıma ihtiyaç duyulmasına ilişkin imkânsızlık yaklaşımı elektronik veriler üzerinde keşfi destekleyen önemli bir yaklaşımdır. Özellikle teknik kayıtlar üzerinde keşifte, keşif yardımcılarının temellendirilmesinde bu imkânsızlık düşüncesinin oldukça geniş bir rolü bulunmaktadır⁹⁹⁷. Aşağıda elektronik veri üzerinde keşifte başvurulabilecek yardımcılar, bütün bu ayrımlar ve yaklaşımlar çerçevesinde ele alınmaya çalışılacaktır.

2. Bilirkişi

a. Elektronik Belgeler Bakımından Bilirkişi İncelemesinin Rolü ve Önemi

Keşif ve bilirkişi incelemeleri, birer delil çeşidi olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununda peşpeşe düzenlenmiştir. Çoğu zaman keşif ve bilirkişi birbirini tamamlayan iki takdiri delil olarak yer alır. Yukarıda da söz edildiği gibi bazen hâkim keşif incelemesini tek başına yapabilirken, bazen de keşif malzemesinin niteliğine göre bilirkişi yardımına ihtiyaç duyar⁹⁹⁸. Bu hallerde çoğunlukla keşif incelemesi bilirkişi incelemesiyle birlikte yapılır.

⁹⁹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, v. Ayrıca bkz. Schumacher, **Baurecht**, s. 29; Drehsen, **Augenschein**, s. 456, 457.

⁹⁹⁸ Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan**, Ankara, 2009, s. 397-418, s. 398 vd.; Kemal Oğuz Şengün, “Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları”, **AD**, 1967/7, s. 456-463, s. 458 vd.; Ramazan Arslan, “Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”, **YD**, 1989/4., s. 156-183, s. 158 vd.; Selçuk Öztekin, “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü”, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul, 2008, s. 179-188, s. ; Tanrıver, **Bilirkişinin Hukukî Statüsü**, s. . Yargıtay keşif bakımından öteden beri bilirkişinin hazır bulunmasını önemli görmüştür. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 1979/11178, K.

Esasında hem keşif hem de bilirkişi delilinin dava dosyasına girmesi; dava konusuna ilişkin bir malzeme üzerinde inceleme yapılması, o malzemenin içeriğinin öğrenilmesi ve nihayetinde o incelemenin dava dosyasına tutanak olarak girmesi şeklinde gerçekleşir. Hem keşif delilinde hem bilirkişi delilinde amaç; incelenen şeyin muhtevasının öğrenilmesi, tespit ya da muayene edilmesidir⁹⁹⁹.

Keşif ve bilirkişi delili arasındaki en önemli fark ise kim tarafından gerçekleştirildiğidir. Keşifte, hâkim bizzat keşif konusuyla yüzyüze gelir ve kendi duyuşsal algısı neticesinde elde ettiği bilgileri keşif tutanağına geçirir. Böylece keşif incelemesi gerçekleştirilmiş olur. Bilirkişi incelemesinde ise hâkimin teknik bilgi sahibi yetkin bir kişiyi bilirkişi olarak görevlendirmesi ve ona inceleme yaptırması söz konusudur. Hâkim bilirkişi yerine inceleme yapamayacağı gibi, bilirkişi de hâkim yerine keşif yapamaz.

Alman Medenî Usûl Kanununun 372. maddesinin ilk paragrafı uyarınca, davanın esasına bakan mahkeme, keşif incelemesi sırasında bir veya daha fazla bilirkişiye danışılmasına hükmedebilir¹⁰⁰⁰. Yine mahkeme, Kanunun 372. maddesinin ikinci paragrafı uyarınca bir üye hâkimi veya istinabe edilen bir hâkimi inceleme için görevlendirmişse, bu hâkim de inceleme için bir veya daha fazla bilirkişi çağırabilir¹⁰⁰¹. Bu ihtimalde yardımcının da bir alt yardımcı tayin etmesi gibi, dolaylılık içeren bir hal ortaya çıkmaktadır.

1979/12238, T. 26.12.1979, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023). Öyle ki yargılamada keşif ve bilirkişi delillerine başvurulmamasının bir bozma sebebi olması gerektiği görüşü, bir kararda şu şekilde ifade edilmiştir: “*Davacının yapılan iş sebebiyle hakettiği iş bedelinin belirlenmesi için yerinde keşif yapıp bilirkişi raporu alınması da zorunludur.*” Görüldüğü üzere, örneğin iş bedelinin belirlenmesinde hâkimin keşif yapmadan ve keşifle birlikte bilirkişiye başvurmadan, dosya üzerinden karar vermesi bozma sebebi olarak kabul edilmiş ve bu delillere başvurulması açıkça bir zorunluluk olarak nitelendirilmiştir. Ancak aşağıda ayrıca inceleneceği gibi, hâkimin bilirkişiye başvurusunun bir zorunluluk olduğu düşüncesi, hâkimin takdir yetkisini sınırlamaktadır ve bu nedenle genel bir kabule dönüşmemelidir. Bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/783, K. 2017/981, T. 7.3.2017, (kazancı.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.03.2023).

⁹⁹⁹ Moritz Nissen, **Das Recht auf Beweis im Zivilprozess**, Mohr Siebeck, 2019, s. 761 vd.; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 607; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, **ZPO Kommentar**, 2010, s. 1083, 1084.

¹⁰⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 424, 425.

¹⁰⁰¹ Friedrich Lent, Zur Abgrenzung des Sachverständigen vom Zeugen im Zivilprozeß, **ZZP**, C. 60

Bilirkişilerin inceleme için çağrılmasının çeşitli nedenleri vardır. Bilirkişi, mahkemenin duyuşsal algısını kendi özel görüşüne dayanarak destekleyecekse, çoğunlukla başka türlü farkına varılmayacak özelliklere özel uzmanlığı temelinde işaret ederek bunu yapar¹⁰⁰². Mahkeme, örneğin keşif sırasında fiziki olarak yardımcı bir cihaz kullanıyorsa, bu cihazın çalışması veya işletilmesi özel uzmanlık gerektirebilir. Benzer şekilde, örneğin mahkeme elektronik bir belgeyi incelerken, veriler öyle bir dosya biçiminde saklanır ki¹⁰⁰³, elektronik belgeyi açmak, dosya formatını okunur bir elektronik belgeye çevirmek veya dosya formatını daha yaygın bir formata dönüştürmek için belirli bir uzmanlık düzeyi gerekebilir¹⁰⁰⁴.

Bu örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bilirkişi ve keşif delilleri arasındaki bağ zaten oldukça sıkı iken, elektronik verilerin incelenmesinde bilirkişinin dahiliyeti adeta tamamlayıcı bir unsur gibi görülmektedir. Bilirkişiyi özellikle elektronik veri incelemesinde olmazsa olmaz bir unsur olarak görmek doğru bir yaklaşım olmasa da, diğer keşif malzemelerine nazaran bazı hallerde veriye erişim ve analiz için etkili bir rol oynadığı gerçeği de göz ardı edilmemelidir.

Bir vakıanın ispatı için bir kişiye, sürece veya duruma derin bir perspektiften bakmak; bir şeye dokunmak veya bir sesi akustik olarak algılamak gerekebilir¹⁰⁰⁵. Bunların her biri hâkimin bizzat duyuşsal algısıyla gerçekleştirebileceği keşfe örnektir. Ancak bazı hallerde, özellikle dijital alanda hâkimiyet gerektirebilecek keşif incelemelerinde, hâkim keşifte bilirkişilerin desteğine başvurarak çok daha emin

1936/1937, s. 9-48, s. 9, 42.

¹⁰⁰² Lent, **ZZP**, s. 20; BK-ZPO-Bach § 372 Rn. 1; Bruns JZ 1957, 489, 493; Aşık, **Keşif**, s. 116.

¹⁰⁰³ Bu yönde örnekler için bkz. Zöller, **ZPO**, § 285 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 285 Rn. 8; P/G-Laumen, § 285 Rn. 4; S/J-Leipold § 285 Rn. 10; Prütting, **ZPO**, 285 Rn. 7; T/P-Reichold § 285 Rn. 2; HK-ZPO-Saenger 285 Rn. 6. Ayrıca bkz. S/J-Roth § 161 Rn. 3; W/S-Smid § 161 Rn. 6. Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 74; Engelmann, **a.g.e.**, s. 270; Schöpflin s. 192; **Augenschein**, s. 424, 425; Nissen, **Beweis**, s. 760 vd.

¹⁰⁰⁴ W/S-Ahrens, **ZPO**, § 372 Rn. 2; BK-ZPO-Bach § 372 Rn. 1; AK-ZPO-Rüßmann § 372 Rn. 1; HK-ZPO-Siebert § 372 Rn. 2; Zimmermann, **ZPO**, § 372 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 74; Jöstlein, **DRIZ** 1973, 409, 411; Drehsen, **Augenschein**, s. 424, 425.

¹⁰⁰⁵ Klaus Schreiber, "Die Beweismittel im Zivilprozess", **JURA**, Heft 4, 2009, s. 269-274, s. 269; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 371, Rn. 2.

sonuçlara ulaşabilmektedir. Örneğin, bir kuaförün saçı sarıya değil de yeşile boyadığı gerçeği, mahkemenin saç rengini incelemesiyle kanıtlanabilir; bir kavşaktaki tartışmalı bir trafik akışına sebebiyet veren yol planlaması, ilgili yolun görsel olarak incelenmesiyle keşfedilebilir¹⁰⁰⁶. Ancak örneğin, bir boya üreticisinden, endüstriyel boyama yapmak üzere satın alınan yüklü miktarda boyanın renk tonu ve renk kodunun seçimi dijital katalog üzerinden yapılmışsa, bu renge dair daha sonra ortaya çıkabilecek bir ihtilafta, sipariş edilen rengin tespiti için dijital katalogun incelenmesi gerekecektir. Bu da bir elektronik ortam keşfi anlamına gelir ve hâkim, dijital hâkimiyette kendisine destek olması için bilirkişi görevlendirebilecektir. Yine yol planlamasındaki kusuru gözlemleyebilmek için hâkim yol kameralarının kayıtları üzerinde keşif yapabilir ancak aynı zamanda bu kayıtlardan teknik inceleme değerleri elde etmek gerekiyorsa veya yoldaki mühendislik hatası kamera kayıtlarından tespit edilerek sayısal değerler içeren bir rapor hazırlanması gerekiyorsa, hâkimin bilirkişi yardımına başvurması söz konusu olur. Benzer şekilde, bir kaynak kodu, bilgisayar programı, yazılım ve uzmanlık gerektiren diğer elektronik ölçüm ve tespitler için, hâkimin elektronik veri üzerinde keşif yapılırken bir bilişim ya da yazılım uzmanı bilirkişiden destek alması, keşif bakımından faydalı olabilecektir.

Elektronik belge olarak en çok başvurulanan keşif malzemelerinin başında fotoğraflar ve ses/görüntü kayıtları yer almaktadır¹⁰⁰⁷. Bunların yanında genel anlamda elektronik imzalı belgeler de inceleme konusu olabilmektedir. Örneğin, elektronik imzanın gerçeklik kontrolü gerektiğinde, eğer hâkimin bunu doğrudan kısa keşif usulünde gerçekleştirebileceği bir doğrulama sistemi bulunmuyorsa¹⁰⁰⁸, bu halde de bilirkişinin bu elektronik keşifte hâkime yardımcı olması mümkündür. Nihayetinde, keşif nesnesi, duyuşsal algının erişebildiği herhangi bir cismani ya da cismani olmayan şey olabilir. Bu kapsamda, her türlü elektronik doküman keşif yoluyla incelenebilecek malzeme olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰⁹. Ancak, bazen bunlar keşif yerine belge

¹⁰⁰⁶ **Meller-Hannich, Caroline**, “Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision”, *Annales XLVIII*, N. 65, 2016, s. 151-169, s. 158, 159.

¹⁰⁰⁷ **Meller-Hannich, Beweiserhebung**, s. 158, 159.

¹⁰⁰⁸ **Meller-Hannich, Beweiserhebung**, s. 158, 159. Ayrıca örnek olarak, *qr kod* ile belge doğrulama yöntemleri verilebilir. Bunlar, belgenin orijinallliğini doğrulamak için, belge üzerine konulan karekod kullanılarak belge üzerinde inceleme yapılabilmesini sağlar. Bu yönde ve kısa keşif için bkz. I. bölüm, II, A, 2 ve III. bölüm, II, G.

¹⁰⁰⁹ **Bergfelder, Der Beweis im elektronischen Rechtsverkehr**, 2006, s. 158 vd.; Czeguhn, **Beweiswert**

incelemesine ilişkin kuralların kapsamına girebilmektedirler¹⁰¹⁰. Bu halde de hâkimin örneğin artık o elektronik belge bakımından keşif yoluyla gözlem yapmayı gerekli görmese bile, bilirkişi yardımına yine de başvurusu mümkündür. Yani elektronik belgeler ile bilirkişinin ilişkisinde, her zaman mutlaka keşif yapılması gerekmez. Bazı hallerde bilirkişiye yerinde inceleme yetkisi verilerek, keşif olmaksızın yalnızca belge incelemesi yapılabilir. Bu halde de bilirkişi incelemesi elektronik belgeler bakımından önemli bir rol oynamaktadır. Özetle mahkeme, uzmanlığı olmadığı için inceleme konusu nesneden tek başına sonuç çıkaracak durumda değilse, bilirkişiye danışabilir¹⁰¹¹. Bilirkişi sadece bir keşif yardımcısı olarak kaldığı sürece, bu bir keşif incelemesidir; bilirkişinin görüşleri de örneğin keşif tutanağında yer alabilir ya da sonradan bir rapor olarak mahkemeye sunulabilir. Eğer bilirkişi, bizzat kendisi (hâkim olmaksızın) incelemeyi gerçekleştirir ve ardından bu hususta bir bilirkişi raporu hazırlarsa, bu halde artık o elektronik verilere ilişkin, karara etkili olabilecek öznel değerlendirmeler içeren bilirkişi raporu bir delil olarak dava dosyasında keşiften bağımsız olarak yer bulmuş olur¹⁰¹².

b. Elektronik Belgelerin İncelenmesinde Bilirkişi Deliline Başvurmanın Bir Zorunluluk Olmaması

Teknolojik gelişmelerin etkisiyle tüm dünyada pek çok iş ve işlem elektronik araç gereçler vasıtasıyla yapılmaya başlanmıştır. Bu değişimin doğurduğu etkilerin hukuk dünyasına yansımaması düşünülemez. Zira, bireysel ya da ticari her türlü insan ilişkisi bir hukuk kuralına temas etmektedir. Bu nedenle hukukun ve yargılamanın pek çok alanında elektronik ortam, elektronik aygıt, elektronik veri ve hatta bir adım öteye

und Beweiskraft, s. 124; Roßnagel/Fischer-Dieskau, **Elektronische Dokumente**, s. 806; Schemmann, **ZZP**, S. 118, 2005, s. 161. 10.10.2013 tarihli e-Adalet Yasası ile 371a ve 371b maddelerinde yapılan değişiklik için bkz. BGBl I, s. 3786; Meller-Hannich, **Beweiserhebung**, s. 158, 159.

¹⁰¹⁰ Meller-Hannich, **Beweiserhebung**, s. 158, 159.

¹⁰¹¹ Meller-Hannich, **Beweiserhebung**, s. 158, 159.

¹⁰¹² Schilken, **Zivilprozessrecht**, prg. 515; Meller-Hannich, s. 159, 160; Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157.

gidilerek yapay zekaya sahip robotik mekanizmaların kullanıldığı örnekler görmek mümkündür.¹⁰¹³ Doğal olarak bu değişim medenî usûl hukukunda da doğrudan hissedilmektedir.

Bu açıklamalardan yola çıkılarak denilebilir ki, teknolojinin atak niteliğindeki etkileri sebebiyle kaçınılmaz olarak elektronikleşen dava malzemeleri karşısında, hâkimin giderek etkisiz hale gelmesi kabul edilebilir değildir. Dava malzemelerinin değişiyor olması - özellikle teknik özellikteki delil kaynaklarının yaygınlaşması sebebiyle - bilirkişi raporlarının dava dosyalarını adeta ele geçirmesi sonucunu doğurmamalıdır. Eğer günlük yaşantı elektronik araçların zaruret haline geldiği bir düzeye ulaşıyorsa, hukukun ve dolayısıyla hukukun uygulayıcısı olan hâkimlerin bunun gerisinde kalması düşünülemez. Aksi halde her dava dosyasında hâkimin takdir ve görüşlerinden daha fazla teknik görüşüne başvurulmuş kişilerin değerlendirmeleri yer alır. Hâkimler yeni nesil dava malzemelerine uyum sağlayamazsa ve her türlü elektronik belge incelemesini bilirkişilere bırakırsa, bunun medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeleri karşılayan ve adalete erişimi etkili bir şekilde temin eden bir yargılama olduğundan söz etmek mümkün olmaz. Bu nedenle özellikle elektronik malzeme incelemesinde doğrudan bilirkişiye başvurma anlayışı terk edilmelidir. Zira elektronik belgelerin incelenmesinde bilirkişi deliline başvurmak bir zorunluluk değildir.

Verilerin saklandığı dosyalar, standart bilgisayar programlarını kullanan bireysel bir kullanıcı tarafından açılabilen formatta ise ve bunların çalıştırılması herhangi bir özel uzmanlık gerektirmiyorsa, mahkeme özel bir bilgisayar programına ihtiyaç duymadan elektronik belgelerde yer alan bilgileri duysal olarak

¹⁰¹³ Yıldırım, tüm bu teknolojik gelişmeler karşısında, “robot hâkim” ya da “robot avukat” fikrine karşılık gelecek şekilde görüşünü şu şekilde ifade etmektedir: “*Delillerin değerlendirilmesi, kanunun yorumu ve altlama faaliyetinde sorumlu karar verici unsur olarak insanın yerinin herhangi bir şekilde doldurulması düşünülemez ve mümkün değildir*”. Bu yönde bkz. Kamil Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, **75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağan**, Ankara, 2004, s. 833 vd., s. 841. Ayrıca bkz. Halil Emre Gürler, “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekada Sözleşme Dışı Sorumluluğa İlişkin 28.09.202 Tarihli Direktif Önerisinin Değerlendirilmesi”, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 352-364, s. 356 vd.

algılayabilecektir.¹⁰¹⁴ Bu durum, ne donanımın ne de standart yazılımın mahkemeye sunulmasına gerek olduğu anlamına gelmektedir.¹⁰¹⁵ Zira, mahkeme özel bir yazılım ya da donanım kullanmasına dahi gerek olmadan, günlük büro işlerinin yapıldığı bir bilgisayarda bu elektronik verileri görüntüleyerek duyuşsal algılama gerçekleştirebilir.

İncelenecek elektronik belgeler, daha az yaygın dosya formatlarında ise ve bunların açılması veya daha yaygın dosya formatlarına dönüştürülmesi özel program gerektiriyorsa, hâkimin yardım alması mümkündür. Özellikle bu programın işletilmesi belirli bir uzmanlık düzeyini zorunlu kılıyorsa, mahkeme yazılımı kullanmak için bir uzmana başvurabilir.¹⁰¹⁶ Ancak, uzman çoğunlukla sadece verilerin algılanmasına destek olmak için çağrılır ve verileri kendisi algılamaz. Bu nedenle bir rapor düzenlemesi de gerekmez. Daha doğru bir ifadeyle, dosyanın formatının hâkimin kendi başına görüntüleyerek duyuşsal algılama yapamayacağı bir dosya olması, bunun artık yalnız uzman tarafından incelenmesi anlamına gelmez. Formatı ne olursa olsun o elektronik veri, olayın özelliğine göre hâkimin esasa ilişkin incelemesine muhtaçtır. Yani daha az yaygın dosya formatlarına sahip elektronik verileri, doğrudan doğruya yalnız uzmanlar tarafından incelenecek nesneler olarak sınıflandırmak doğru değildir.¹⁰¹⁷ Hâkim verinin türüne, içeriğine ve kayıt altına alınma şekline göre, nasıl bir incelemenin en elverişli şekilde yapılabileceğini takdir eder.¹⁰¹⁸

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki bilirkişiye başvurmak halihazırda Kanunun sistemine bakıldığında zaten bir zorunluluk olarak düzenlenmiş değildir.

¹⁰¹⁴ Kilian/Heussen 26-Scheffler Bölüm 10, StGB Rn. 14; Jungermann, **Bedeutung der 371 ZPO**, s. 868, 870.

¹⁰¹⁵ Drehsen, **Augenschein** s. 191; S/J-Berger, §371 Rn. 29.

¹⁰¹⁶ Drehsen, **Augenschein** s. 191.

¹⁰¹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 192.

¹⁰¹⁸ Elektronik verilerin keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılmasına yukarıda yer verilmişti. Bu yönde bkz. II. bölüm, I. E. Elektronik belgelerdekine benzer bir yaklaşım, doktorların sorumluluklarına ilişkin davalarda da görülmektedir. Hâkimin, örneğin tıbbi bir soruna ilişkin değerlendirmesini bir uzmana danışmadan yalnızca uzman literatürünün bulgularına dayandırmak istemesi halinde, bu literatürü değerlendirmek için gerekli uzmanlığa sahip olduğunu da ayrıca göstermesi gerektiği, aksi halde yardım alması gerekeceği ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Andreas Spickhoff, "Beweiserleichterungen im Arzthaftungsrecht in Deutschland", **Haftpflichtprozess 2016 Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht**, Schulthess Juristische Medien, 2016, s. 153-172, s. 156.

Ancak Yargıtay kararlarında, özellikle teknik alanlarda hâkimlerin bilirkişiye başvurmadan verdiği kararlar sırf bu sebeple bozulabilmektedir. Bu nedenle belirli konularda hâkimin bilirkişiye başvurması Kanunen değilse de tatbikat bakımından adeta bir zorunluluk olarak görülmektedir. Örneğin taşınmazlarda sınır müdahalesi bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğinde ölçüm yapabilecek bir fen bilirkişisinin keşfe katılması gerekli görülmektedir.¹⁰¹⁹

Hâkim örneğin, elektronik belge üzerinde özellikle elektronik imzanın gerçekliğini incelerken dikkat edilmesi gereken husus, elektronik imzanın orijinalliği bakımından, kişiye geleneksel el yazılı imzadaki gibi yeniden el yazısıyla imza attırılmak suretiyle karşılaştırma yapmanın mümkün olmamasıdır. Çünkü her elektronik belge yeniden imzalandığında, başka ve yeni bir belge haline dönüşecektir. Bu halde imza incelemesi bakımından önerilen, imza sahibinin nitelikli elektronik imza için kendisine özgülenmiş olan imza anahtarını hâkimin duyuşsal algısının vakıf olabileceği şekilde mahkemeye sunması ya da imza anahtarını hâkimin bilgisine sunarak kullanması ve göstermesidir.¹⁰²⁰

Buna benzer örnekleri çoğaltmak mümkündür. Özellikle keşif delilinin, mahkemeye yalnız üçüncü kişilerin öznel izlenimlerini değil, aynı zamanda mahkemenin kendi güvenilir algısını da sağladığı ölçüde iyi delil niteliği taşımakta olacağı vurgulanmaktadır.¹⁰²¹ Bu vurgu, delille doğrudan temasın bir delili “iyi delil” olarak nitelendirmek için ölçüt olarak görülmesi bakımından dikkat çekicidir. Buna göre, eğer bir delil için iyi delil değerlendirmesi yapılacaksa, bunun öznel değerlendirmelerden mümkün olduğunca uzak tutulması gerekir. Hâkim bir delil

¹⁰¹⁹ Bu yönde bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2015/6764, K. 2016/5740, T. 18.04.2016, (legalbank.com); Yargıtay 1. HD, 2013/2896, 2013/5876, T. 18.04.2013 (legalbank.com). Ayrıca bkz. Aşık, **Keşif**, s. 116, 117 ve dn. 313.

¹⁰²⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 78. Erturgut, özellikle elektronik imza üzerindeki sahtelik incelemesi bakımından bilirkişiye başvurunun bir zorunluluk olduğu görüşünü ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 78. Ayrıca Erturgut, sahte imza iddiasının bir siber saldırı sonucu olma ihtimali varsa, bunun da bilirkişi yardımıyla tespitinin gerekebileceğini ifade etmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 78.

¹⁰²¹ Fröhlich, **Die Beweis**, s. 33; Baumbach, **Zivilprozessordnung**, § 371, Rn. 2.

aracını karakterine en uygun olacak şekilde incelemeyi, yargılamayı hâkimin sevk ve idaresi esası gereğince kendisi takdir edebilmelidir.¹⁰²²

Tüm bu açıklamalar ışığında, keşif ve bilirkişi delilleri, incelenecek malzemenin niteliğine göre çoğu zaman iç içe geçse de hâkimin keşif incelemesinde mutlaka bilirkişiye başvurması Kanunda bir zorunluluk olarak kabul edilmemiştir. Bu anlayış tamamen yerleşmiş keşif uygulamalarından ve teknik hususların hâkimin hukuki uzmanlık bilgisinin dışında kalmasından kaynaklanır. Elektronik incelemelerde de benzer durumlar ortaya çıkabilmektedir. Örneğin bir hâkimin yazılım mühendisi gibi kod yazma bilgisine sahip olması ya da bir bilişim uzmanı gibi elektronik veri hâkimiyetinin bulunması elbette beklenmez. Ancak elektronik malzemenin de bir bütün olarak teknik uzmanlık gerektirdiği yanlış bir algıdır. Hâkim, mahkemeler teşkilatı bünyesinde bir “elektronik keşif sistemi”nin kullanımına sunulmasıyla, gerektiğinde dahili ya da harici keşif yardımcılarının desteğini kendisi takdir ederek, keşif incelemesini bilirkişiye başvurması bir zorunluluk olarak görülmeksizin gerçekleştirebilir.

c. Elektronik Belgeler Üzerinde Keşif ve Bilirkişi İncelemesinin Birlikte Yapılması

Hâkimin gerçekleştireceği keşif ve bilirkişi incelemesinin birlikte yapılması mümkündür. Bu halde hâkimin görevlendireceği bilirkişi tek başına inceleme yapabileceği gibi, hâkim bilirkişi heyeti de tayin etmiş olabilir. Dosyanın içeriğine ya da incelenmesi istenen verinin niteliğine göre, hâkim birden fazla bilirkişinin görevlendirilmesine de karar verebilir.

¹⁰²² Toraman, **Bilirkişi**, s. 486.

Bilirkişi, elektronik belge üzerinde keşif gerçekleştirilirken, görüşünü inceleme sırasında hâkime yardımcı olacak şekilde sunabileceği gibi, daha sonra sunacağı bir raporla da bunu gerçekleştirebilir.¹⁰²³ Hâkim, keşfe katılması için birden fazla bilirkişi tayin etmişse, bunların tamamının keşfe davet edilmesi gerekir. Keşif, davet edilen bilirkişilerle birlikte icra edilir. Heyet halinde görevlendirilen bilirkişilerden bir ya da ikisinin keşfe katılmaması usûle aykırılık teşkil eder.¹⁰²⁴ Heyet halinde görevlendirilen bilirkişilerden biri keşfin icrası esnasında orada bulunmazsa ve yine de hazırlanan raporu imzalarsa, bu halde o rapora dayanılarak hüküm kurulmaması gerekir. Kurulduğu haldeyse o hükmün Kanuna aykırı olacağı ifade edilmektedir.¹⁰²⁵ Hukuk Genel Kurulu'nun HUMK döneminde verdiği bir kararı şu şekildedir: *“Üç kişiden kurulu bilirkişi kurulunun, keşif yerini aynı anda beraberce görmeleri gerekir. Üçüncüsünün bilahare iltihakla raporu imzalaması rapora kıymet kazandırmaz.”*¹⁰²⁶ Bu karar her ne kadar taşınmazlara ilişkin olsa da elektronik belge üzerinde yapılacak incelemelerde de geçerli kabul edilmelidir. Kaldı ki Yargıtay'ın yeni tarihli kararlarında da aynı hususu vurguladığı görülmektedir.¹⁰²⁷ Teknik bilgi gerektiren konularda hâkimin bilirkişi yardımı alması doğaldır. Elektronik belgeler üzerinde yapılan incelemelerde de çoğunlukla hâkimlerin bilirkişi yardımına ihtiyaç duyduğu bir gerçektir. Bilirkişinin yapacağı inceleme hâkimin gerçekleştirdiği keşifle aynı anda yapılıyorsa, bilirkişinin açıklamaları yeterli ve gerekçeli olmalıdır. Aksi halde keşif usulüne göre gerçekleştirilmemiş ve teknik yardıma ihtiyaç duyan hâkim gerekli teknik yardımı alamamış kabul edilir.¹⁰²⁸

¹⁰²³ Yurtbaşı, **Keşif**, s. 134.

¹⁰²⁴ Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2740; Önen\Bilge, **Usûl**, s. 547; Erdoğan, **Keşif**, s. 389.

¹⁰²⁵ Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2740; Önen\Bilge, **Usûl**, s. 547; Erdoğan, **Keşif**, s. 389; Yılmaz, **Keşif**, s. 138.

¹⁰²⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1967/998, K. 1967/316, T. 28.6.1967, (kazanci.com); Güliyav, **Bilirkişilik**, s. 90.

¹⁰²⁷ Yargıtay'ın konuya ilişkin bir kararında: *“Mahkeme üç bilirkişi seçmiştir; bilirkişilerden birine tebliğat yapılamaması sebebiyle «keşfin gelen iki bilirkişi tarafından yapıldığı (keşif tutanağında) yazılı bulunmasından anlaşılmasına ve üç kişilik bir kurulda her üçünün inceleme yapıp, edindikleri kanaat neticesinde rapor vermeleri gerekli bulunmasına ve keşif yerini görmemiş olan üçüncü bilirkişinin keşif yerini görmüş olması halinde diğer ikisinin dikkatini çekmeyen bir ciheti onlara göstererek raporun tamamen başka şekilde çıkması neticesini sağlamasının mümkün bulunmasına göre sonradan, üçüncü bilirkişiye imza ettirilen rapora...”* istinaden karar verilmesinin doğru olmadığına karar vermiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, E. 1967/998, K. 1967/316, T. 28.6.1967, (kazanci.com).

¹⁰²⁸ Akcan, **Usûl Kuralları**, s. 162.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 149. maddesinin ikinci fıkrasında bilirkişinin ses ve görüntü nakli yoluyla duruşmaya katılması, görüş açıklaması ve sorulara cevap vermesi imkânı düzenlenmiştir.¹⁰²⁹ Böylece bilirkişinin incelemesi de elektronik ortam vasıtasıyla duruşmanın fiziki ortamına aktarılmış olur.

Kural olarak bilirkişi incelemesi keşifle birlikte yapılıyorsa, bilirkişi görüşlerini sözlü olarak açıkladıktan sonra keşif tutanağını imzalar. Bilirkişi, keşif incelemesine katılmakla birlikte görüşlerini içeren raporunu daha sonra açıklayacaksa, bu halde de imzalı bir raporu mahkemeye sunar. Yani kural bilirkişi incelemesinde keşifle birlikte olsun ya da olmasın bilirkişinin imzasının yer almasıdır. Ancak burada, bilirkişi ses ve görüntü nakli yoluyla görüşünü açıkladığında imzasının nasıl alınacağı sorulabilir. Bu halde, doğal olarak duruşma sırasında bilirkişinin ya da bilirkişilerin imzasının alınması mümkün olmaz.¹⁰³⁰ Böyle bir durumda bilirkişinin güvenli elektronik imza kullanması ya da sonradan imzanın tamamlattırılması önerilebilir.

Elektronik belge üzerinde keşif yapılırken bazen işletilmesi özel uzmanlık gerektiren bir program gerekli olabilir, bu halde gerek Alman hukukunda gerek Türk hukukunda varılan ilk çözüm, hâkimin keşif işlemi bir bilirkişiyle birlikte gerçekleştirmesidir. Örneğin, Alman hukukunda, Medenî Usûl Kanununun 372. maddesinin ilk paragrafı uyarınca inceleme için çağrılan bilirkişi, uzmanı olduğu program yardımıyla elektronik belgeyi açabilir veya dosya formatını dönüştürebilir. Böylece mahkeme daha sonra verinin kendisini algılar.¹⁰³¹ Türk hukukunda da benzer şekilde HMK'nın hem 288 hem de 290. maddelerinde hâkimin bilirkişiyle birlikte keşif yapabileceği düzenlenmektedir.

¹⁰²⁹ Oğlakçıoğlu, **UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 20.12.2021).

¹⁰³⁰ Bilirkişinin sözlü görüş açıklamasının yeterli sayılması gereken durumlar da olduğuna işaret edilmektedir. Özellikle köylerde taşınmaz üzerinde yapılan keşiflerde, yerel bilirkişi olarak seçilen kişilerin yaşlı ve de imza atmayı bilmeyen kimseler olması durumunda, kendilerinden bilirkişi raporu yazmaları beklenmemelidir. Bu halde sözlü görüş yeterli kabul edilmelidir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, T. 23.11.1995, E. 1995/2899, K. 1995/12688 (kazanci.com). Ayrıca bu yönde bkz. Kuru, **Usûl Şerhi**, C. III, s. 2744.

¹⁰³¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 436, 437.

Burada şunu gözden kaçırmamak gerekir: Elektronik veride gömülü bulunan bilgiler ancak özel bir uzmanlık yardımıyla tespit edilebiliyorsa ve bilirkişi söz konusu yardım veya programı mahkemenin duysal algısını sağlamak için kullanmayıp kendi duysal algısı için kullanıyorsa ve daha sonra mahkemeyi duysal algısıyla tespit ettiği gerçekler hakkında bilgilendiriyorsa bu tipik bir bilirkişi incelemesidir.

Alman hukukunda mikroskopla bakterilerin incelenmesini gerektiren bir uyuşmazlığa ilişkin şöyle ilginç bir örnek verilmiştir: Bir kişinin kanındaki belirli bakterileri tespit etmek için taramalı elektron mikroskobu kullanıldığında, bilirkişi taramalı elektron mikroskobuna bakar ve ardından duysal algısı ve uzmanlığıyla tespit ettiği gerçekleri mahkemeye bildirir.¹⁰³² Bu tipik bir bilirkişi teknik bilgisinin mahkemeye aktarılması örneğidir. Bilirkişinin açıklaması sırasında, mahkeme taramalı elektron mikroskobuna bakmış olsa bile hâkimin algısı böyle bir bilgiyi değerlendirmek için yeterli olmayabilir. Bu halde hâkim keşfe yardımcı araç konumundaki cihazdan, görsel olarak bir görüntüye baksa bile bunu anlamayabilir. Bu nedenle, hâkim görsel inceleme yapmış olsa dahi durum değişmez. Çünkü mahkeme duysal algısına rağmen kanda belirli bakterilerin varlığını bilemez ya da görse bile ayırt edemez.¹⁰³³

Hâkimin örneğin aynı zamanda biyoloji mütehassısı ya da uzman bir laborant olması halinde, hâkimin hukuk dışı uzmanlığı bu incelemeyi yapabilmesine olanak sağlayabilir. Hâkim bu halde mikroskopu nasıl kullanması gerektiğini bilen bir kişi olarak kabul edilebilir ve bu bilgisini de hâkimlik mesleğinin gerektirdiği bilgiye ek olarak kullanabilir.¹⁰³⁴ Ancak, bu ihtimal dışında hâkimin bakterilerin varlığını gözleriyle görse bile onları tanıması ve anlamlandırması zordur.

¹⁰³² Drehsen, **Augenschein**, s. 437.

¹⁰³³ Drehsen, **Augenschein**, s. 437.

¹⁰³⁴ Yargıtay'ın hâkimin hukuki bilgisi dışında bir uzmanlığı olsa da bunu kullanmasının uygun olmayacağı, yine de mutlaka bir bilirkişiye başvurusunun gerekli olduğu yönünde kararı için bkz. III. bölüm, I, B, 2. Yani Yargıtay, hâkim istisnai olarak, bir teknik bilgiye şahsen sahip olsa da bu uzmanlığı kullanmasını yeterli görmemekte, hâkimin yine de ayrıca bir bilirkişiden yardım alması gerektiği yönünde kararlar vermektedir. Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 2.

Mahkeme, duyuşsal algısına rağmen, bu örnekteki gibi özel bir bilgi eksikliği nedeniyle gördüklerinin ne olduğunu bilemeyebilir. Ancak mahkeme, uzmanın beyanının doğru veya yanlış olup olmadığına yine de karar verebilir. Örneğin, mahkeme taramalı elektron mikroskobu ile baktığında tek tek hücrelerin varlığını fark edebiliyor, ancak özel uzmanlığının olmaması nedeniyle bunların bakteri mi yoksa lökosit mi olduğunu belirleyemiyorsa, bu halde ancak en fazla algıladığı hücrelerin şekline ve uzmanın açıklamasına dayanarak ne olduklarını anlayabilir.¹⁰³⁵

Başka bir örnekte, bir uzmanın, özel uzmanlığına dayanarak bir elektronik belgenin orijinalliğine ilişkin araştırma yapması ve bu araştırma sonucunda elektronik belgenin orijinalliğini kendi öznel görüşüyle birleştirerek belirlemesi durumunda da bilirkişi incelemesinin mevcut olduğu ifade edilir.¹⁰³⁶ Burada bilirkişinin dahil olmasının, keşif delilinin içeriğine ne ölçüde etki ettiği ve elde edilen bulguların hâkimin gözlemlerinin mi yoksa bilirkişinin uzmanlığının mı sonucu olduğu tartışılmaktadır. Eğer bilirkişi profesyonel olarak görüşünü ortaya koyarak ya da mahalde başvuruşan yaşlı bilirkişilerde olduğu gibi, tecrübesini aktararak hâkimin göremeyeceği bazı esaslı noktalara işaret ediyorsa, keşif gerçekleştirilse bile, bilirkişi yönlendirmesinde gerçekleşen bir keşif incelemesinden söz edilir. İşte bu nedenle hâkimlerin, özellikle elektronik veriler söz konusu olduğunda hukuk bilgisine ek olarak, temel kavramlara dair bilgilerle, keşifte hâkimiyetini kaybetmeden bir ölçüde kendi gözlemleriyle sonuca ulaşması mümkün olabilir.

¹⁰³⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 437.

¹⁰³⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 436, 437. Wilke/Jandt/Löwe/Roßnagel, CR 2008, s. 607, 611; W/S-Ahrens § 441 prg. 6; Z-Geimer § 441 prg. 1; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 441 prg. 3; Musielak/Voit, **ZPO**, §441 Rn. 1; BK-ZPO-Krafka § 441 Rn. 2; P/G-Preuß § 441 Rn. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 27, Rn. 69; Jungermann, **Beweiswert**, s. 61 f. Bilirkişinin bu incelemesi, bu görüşe göre ne ZPO § 371a (1) cümle 2, (2)'ye göre ilk görünüş ispatına ne de §§ 371a (3) cümle 2 ve 3 ve 371b cümle 2'ye göre gerçeklik karinesine sahiptir. Çünkü bu durum bir yandan Alman Medenî Usûl Kanununun §§ 441 f maddesi kapsamında yazılı olarak yapılan karşılaştırmaya karşılık gelmekte ve § 442. madde kapsamında bir bilirkişiye danışılarak yapılmaktadır. Bu bağlamda sözkonusu bu inceleme, § 441 f kapsamında mahkeme tarafından yapılan yazılı karşılaştırmadan farklı olarak keşfe bağlı olarak değil, § 402 ff ZPO kapsamında bilirkişi görüşüne ait olarak sınıflandırılır. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 436, 437; Armgardt/Spalka, **Anscheinsbeweis gemäß § 371a**, Rn. 2 vd.; Till Schemmann, "Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in 371a Abs. 1 S. 2 ZPO", **ZZP**, S. 118, 2005, s. 161-183, s. 163 vd.

Neticede mahkeme, bilirkişinin görüşünü özel uzmanlığına dayanarak destekleyebilir. Yani bilirkişiye başvuru hususta, mahkemenin kendisi hala bilirkişi tarafından incelenen özellikleri kendisi duysal olarak algılayabilir.¹⁰³⁷ Bunun anlamı şudur: Hâkim yine de örneğin o elektronik belge üzerindeki bilgileri görebilmekte fakat özel bilgi eksikliği nedeniyle ne gördüğünü anlamlandırması zor ya da imkân dışı olabilmektedir. Bu nedenledir ki hâkim keşifte bilirkişi başta olmak üzere yardıma ihtiyaç duyar. Ancak hâkimin yerine göre yardıma ihtiyaç olup olmadığını kendisinin takdir edeceğini, bunun bir zorunluluk olmadığını hatırlamak gerekir. Hâkimin bir yardıma ihtiyaç duymadan gerçekleştirebileceği pek çok keşif işlemi olabilir. Bilirkişi özellikle elektronik belgeler üzerinde gerçekleştirilen keşif incelemesinin otomatik bir aktörü olarak düşünülmemeli, hâkim durumun özelliğine göre bilirkişinin dahil olup olamayacağını takdir etmelidir.

d. (Elektronik Belgeler Üzerinde) Keşfe Başvurulmaksızın Yalnızca Bilirkişi İncelemesi Yapılması

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 266. maddesinde bilirkişiye başvurulmasını gerektiren haller düzenlenmiştir. Buna göre mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Bu hüküm hâkimin doğrudan ihtiyaca göre bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmasını düzenlemektedir. Ancak, keşifle birlikte ihtiyaç duyulacak bilirkişi incelemesinde, bilirkişi keşfin tamamlayıcı bir unsur gibi hareket etmektedir. Doğal olarak keşif için bilirkişi tayin edilmiş olması, keşfin doğrudan bilirkişiye bırakılması olarak anlaşılmamalıdır. Bu hususta, Hukuk Muhakemeleri Kanununun “bilirkişinin yetkileri” başlıklı 278. maddesinin dördüncü fıkrası dikkat çekicidir. Çünkü bu hüküm çerçevesinde keşif

¹⁰³⁷ Elzer, *Der Beweis*, (beck-online.de), s. 39; Ulrich, *Sachverständigen*, s. 342; Drehsen, *Augenschein*, s. 413.

benzeri bir inceleme yetkisinin bilirkişiye verilip verilmediği tartışılmıştır. Anılan hükme göre, bilirkişinin oy ve görüşünü açıklayabilmesi için bir şey üzerinde inceleme yapması zorunluysa, bilirkişi gerekli olan bu incelemeyi mahkeme kararıyla yapabilir. Bu işlemin icrası sırasında taraflar da hazır bulunabilir. Doktrinde bilirkişinin yetkileri başlığı altında düzenlenen bu hükmün, bilirkişinin hâkimin kararıyla keşif yapabileceği anlamına geldiği ifade edilmiştir¹⁰³⁸. Ayrıca *Kuru* da bu hükümle bir anlamda bilirkişiye keşfe çıkma yetkisi tanındığını belirtmiştir¹⁰³⁹. Bilirkişinin, bir vakıanın nasıl gerçekleştiğini anlamak üzere yerinde inceleme yaparken, tatbikat benzeri uygulamalar dahi yapabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁴⁰.

Bu halde bilirkişi, incelemesine konu olacak nesneyi, mahkeme tarafından HMK m. 278, f. 4'e göre yetkilendirilerek gerekirse bulunduğu yerde inceleyebilir. Bu duruma örnek olarak, trafik kazalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda kaza yerinde ya da kadastro davalarında taşınmazın bulunduğu yerde yapılan incelemeler verilmiştir¹⁰⁴¹. Ayrıca Alman hukukunda örneğin inşaat uyuşmazlıklarında, bilirkişi incelemelerinin neredeyse tamamının yerinde incelemeyi içerdiği ifade edilmektedir¹⁰⁴². Bilirkişinin belge ve defterler üzerinde yapacağı yerinde inceleme de buna benzer bir örnektir¹⁰⁴³.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu belgenin yerinde incelenmesini 218. maddede düzenlemiştir. Buna göre, mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı olan belgeler, hâkim veya görevlendireceği bilirkişi tarafından yerinde incelenir. Bu halde de

¹⁰³⁸ Yıldırım, **Bilirkişi**, s. 842; Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2734.

¹⁰³⁹ Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2734.

¹⁰⁴⁰ Karafakih, **Hukuk Muhakemeler Usûlü**, s. 547; Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2734. Keşif incelemesinde de hâkimin temsili uygulama yaptırması mümkündür. Bu yönde bkz. III, bölüm, I, E.

¹⁰⁴¹ Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2734. Bu yönde bkz.: “...teknik bilirkişiden keşif konusu taşınmaz hakkında kadastro çalışmalarında tutanak düzenlenip düzenlenmediğini belirlemesi istenmeli, tanık ve bilirkişi sözleri ilmi esaslara göre hazırlanan bilirkişi raporlarıyla denetlenmelidir.”, Yargıtay 8. HD, E. 2012/2834, K. 2012/3427, T. 26.4.2012, (kazanci.com).

¹⁰⁴² Katrin Seidel, „Der Ortstermin des Sachverständigen - Vorbereitung, Durchführung und Bewältigung von Konfliktsituationen“, **DS**, 2017, s. 188-193, s. 188.

¹⁰⁴³ Belgesay, **a.g.e.**, s. 136. Örneğin, Yargıtay bir kararında tapu kaydının incelenmesi ve bu kapsamda revizyon görüp görmediğinin araştırılması gereğini yerine getirmek için hem mahallinde keşif yapılacağı hem de fen bilirkişisi raporu alınacağına hükmetmiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2015/16860, K. 2015/12700, T. 27.10.2015, (kazanci.com).

yukarıda ifade edildiği gibi, bilirkişinin keşfe benzer bir incelemeye girişmesi sözkonusudur.

Keşif, bizzat hâkimin yerine getirebileceği bir incelemedir. Dolayısıyla bilirkişinin hâkim olmaksızın kendi başına keşif yapması sözkonusu değildir. Bilirkişi m. 278, f. 4'e göre yerinde inceleme yapabilir; ancak, yerinde inceleme keşif anlamına gelmez. Çünkü keşif karakteri gereği bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilir. Hâkim, keşif malzemesini hiç görmeksizin, bilirkişiye dosyayı teslim ederek, keşfi bilirkişiye yaptıramaz¹⁰⁴⁴.

Dolayısıyla, bir vakıanın tespiti için uzmana ihtiyaç duyulursa ve uzman gerçekleri tespit ederse, mutlaka inceleme yapacaktır; ancak bu kural olarak sadece bilirkişi incelemesi olabilir. Yani bu durum Kanunun öngördüğü anlamda bir keşif değildir. Alman hukukunda da özellikle bunun adli bir keşiften ayırt edilmesi gerektiği ifade edilir. Çünkü bu sadece delil kaynağı olan nesnenin hâkimden başka biri tarafından duyusal olarak algılanmasıdır¹⁰⁴⁵. Çünkü bu ayrımda yalnızca bir bilirkişi, vakıalara ilişkin bulguları tespit etmek için gereken özel uzmanlığa sahiptir¹⁰⁴⁶. Ancak burada bilirkişinin görevinin yalnız vakıanın tespiti olduğu ya da daha geniş bir ifadeyle hâkimin kendisine vermiş olduğu görevle sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Bilirkişi kural olarak hâkimin yerine geçerek delilleri dava sonucuna uygunluk bakımından takdir etmemeli, vakıanın hukuki sonucu ve hukuki sebebi arasındaki bağ bakımından kimin haklı ya da haksız olduğunu değerlendirmek gibi bir hukuki takdir çabasına girişmemelidir. Esasında bu girişim bilirkişi delilinin düzenleme amacına ve delil sistematizindeki işlevine aykırıdır. Aynı kısıtlamayı keşif delili bakımından da düşünmek gerekir. Bilirkişinin bir elektronik belge üzerinde inceleme yapması ona

¹⁰⁴⁴ Önen, a.g.e., s. 9; Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 2854; Yılmaz, **HMK Şerh**, s. 2859; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1951; Karşlı, a.g.e., s. 578; Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 269. Bilirkişiye bizzat keşfe ilişkin bir “yetki devri”nin sözkonusu olamayacağı yönünde bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/3711, K. 2017/3297, T. 5.10.2017, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

¹⁰⁴⁵ Bilirkişi, kendisine verilen görev kapsamında yerinde inceleme ziyaretini bağımsız olarak gerçekleştirir; ancak mahkemenin dahil olması ihtimalinde bunun bir keşif incelemesi olarak anılması ihtimali doğar. Aksi halde hâkimin de katılması beklenmez. Bu yönde bkz. Seidel, **Ortstermin des Sachverständigen**, s. 188.

¹⁰⁴⁶ Zimmermann, **ZPO**, § 404a Rn. 8; W/S-Ahrens, § 372 Rn. 4; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 79; Kisch, JW, 1937, s. 3325, 3326.

dava bakımından sonsuz hareket alanı tanıyormuş gibi algılanmamalıdır. Dava konusu bir dijital içerik olsa ve hâkimin önüne teknik olarak hiç vâkıf olmadığı bir bilişim uyumsuzluğu gelse dahi neticede davanın takdiri hâkimde olmalıdır.

Hukuk Genel Kurulu 2003 tarihli bir kararında bilirkişinin delilleri takdir etme yetkisi bulunmadığını, bunun ancak hâkime özgü bir yetki olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: *“Çözümü hâkim tarafından bilinmeyen, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulur. Bilirkişinin delilleri takdir yetkisi yoktur. Bilirkişinin kendisine verilen görevi aşarak delilleri değerlendirmesi ve buna göre rapor düzenlemesi yasaya aykırı olup hukuki sonuç da doğurmaz. Davacı vekilinin rapora itiraz etmemesi, davalı lehine usûlü kazanılmış hak oluşturmaz*¹⁰⁴⁷”.

Benzer şekilde Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, bir kararında böyle bir hususa işaret etmiştir. Yap-işlet-devret modeliyle yükümlenilen gümrük kapısı hizmet binaları, ticari tesislerle mütemmimlerinin yapımı, işletmesi ve devri konulu sözleşmeden kaynaklanmakta olan davada; inşaat yapım maliyetiyle işletme bitim tarihinin tespiti istemine ilişkin bir uyumsuzluk sözkonusu olmuştur. Burada ilk sorun, gümrük kapısının davaya bakan mahkemenin yargı çevresi dışında bulunması olmuştur. Bu halde hâkimin, bu keşif için iki seçeneği bulunmaktadır. İlk seçenek, keşif yardımına başvurmak; ikinci seçenek ise keşif ikamesi adı verilen ve klasik keşif malzemesini temsil eden aracı elektronik kayıtlardan faydalanmaktır¹⁰⁴⁸. Yargıtay burada, mahkemece yargı çevresi dışında bulunan gümrük kapısıyla ilgili, yapılan işlerin tespiti için, işin yapıldığı yer mahkemesinin yardımına başvurulup, hâkim gözetiminde keşif yapılması gerekirken, bu yola başvurmadan bilirkişilere yerinde inceleme yetkisi verilmesini, Hukuk Muhakemeleri Kanununun delillerin mahkeme huzurunda toplanacağına dair 197. maddesine aykırı bulmuştur¹⁰⁴⁹.

¹⁰⁴⁷ Yargıtay HGK, T. 05.02.2003, E. 2003/154, K. 2003/54 (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

¹⁰⁴⁸ Teknik kayıtlar üzerinde keşif ve keşif ikameleri bahsi aşağıda ele alınacaktır. Bu yönde bkz. III. bölüm, I. C.

¹⁰⁴⁹ Yargıtay 15. HD, E. 2016/1716, K. 2017/1397, T. 29.3.2017, (kazanci.com).

Kararda hâkimin keşif yetkisini bilirkişiye devredememesi şöyle izah edilmiştir: “Hâkimin doğrudan inceleme yaptırma yetkisi bulunmadığı gibi hâkimlik yetkisinin bilirkişilere devri de mümkün bulunmamaktadır. HMK m. 278, f. 4. yanlış yorumlanarak ve m. 288, f. 1 hükümlerine aykırı olarak istinabe yoluyla keşif yapılmadan bilirkişilere yerinde inceleme yetkisi verilerek karar verilmesi HMK 27. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil edeceğinden doğru olmamıştır. Bu durumda mahkemece talimat yoluyla mahallinde konusunda uzman teknik bilirkişiler marifetiyle keşif ve bilirkişi incelemesi de yaptırılarak alınacak rapor ve dosya kapsamındaki delillere göre sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken bilirkişilere yerinde inceleme yetkisi verilerek, düzenlenen rapora göre karar verilmesinde (yüksek mahkemece) aykırılık görülmüş ve kararın bozulması uygun görülmüştür.¹⁰⁵⁰”.

Burada son bir örnek olarak, çeşitli nesnel keşif yardımları kullanıldığında, mahkeme keşif incelemesi için bilirkişi çağırmak yerine, incelemeyi tamamen bir bilirkişiye de bırakabilir. Ancak, bu durumda artık keşif incelemesi sözkonusu olmaz. Yani bu halde de mahkemenin incelemeyi tamamen bilirkişiye bırakması ve olayı bilirkişinin raporu üzerinden değerlendirmesi söz konusu olur. Bu çok arzu edilmeyen bir durumdur. Sonuç olarak, keşfe elverişli bir malzeme bulunduğu ve fiziki yardımcılar hâkime yardımcı olabildiği sürece, hâkim keşif incelemesi olarak gerçekleştirilebilecek bir vakıa araştırmasını, mümkün olduğunca doğrudan bilirkişiye bırakmamalıdır. Ayıca, bilirkişi yardımına başvurulduğunda, bilirkişinin gerçekleri ortaya koymak için gereken özel uzmanlığa sahip olup olmadığı konusunda temkinli olunmalıdır.¹⁰⁵¹.

e. Bilirkişi İncelemesinin Hâkim Tarafından Değerlendirilmesi

¹⁰⁵⁰ Yargıtay 15. HD, E. 2016/1716, K. 2017/1397, T. 29.3.2017, (kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yargıtay 15. HD, E. 2016/4178, K. 2017/147, T. 16.1.2017, (kazanci.com).

¹⁰⁵¹ Jürgen Ulrich/ Jochen Zielbauer, “Tatsachenfeststellung durch den gerichtlichen Sachverständigen – Ortstermin des Sachverständigen – Substanzeingriffe”, **DS**, 2008, s. 12-20, s. 14; 38 dn.

Hâkimin bilirkişi raporu ile bağlı olmaması esastır¹⁰⁵². Ancak, hâkimin bilirkişi raporunu yetersiz bulması halinde, ek rapor alması ya da yeni bilirkişi incelemesi yapılmasına karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁰⁵³. Buradaki tartışma bunun hâkim bakımından bir zorunluluk olarak görülüp görülemeyeceği noktasındadır. Zira bilirkişi incelemesinin bir takdiri delil olması hasebiyle, kural olarak hem delile başvurma hem onu değerlendirmede hâkimin serbest olması beklenir.

Bilirkişi raporunu inceledikten sonra hâkim yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasına her zaman karar verebilir. Bu husus hâkimin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak, tarafın itirazı üzerine yeniden inceleme yapılması zorunluluk değildir. Tarafın bilirkişi raporuna itirazı üzerine, yeni bir inceleme yapılmasının gerekip gerekmediğini mahkeme yani hâkim takdir eder¹⁰⁵⁴. Ayrıca burada ifade etmek gerekir ki, yeniden bilirkişi incelemesi yapılması, her zaman yeni bir keşfin yapılacağı anlamına gelmez. İlk bilirkişi incelemesi keşifle birlikte yapılmışsa ve hâkim yeniden inceleme yapılmasına karar vermişse, bunun anlamı bilirkişi incelemesi tekrar edilirken keşfin de tekrarlanması değildir. Bu kez, yalnız bilirkişi incelemesi yeniden gerçekleştirilebilir. Ancak keşif incelemesi ve buna göre hazırlanan keşif tutanağı bilirkişinin görüşleri doğrultusunda hazırlanmış ise ve inceleme konusu tamamen teknik bilgi gerektiren bir husus ise bu halde keşfin de tekrarlanması sözkonusu olabilir.

Örneğin bir elektronik belge üzerindeki imzanın niteliği ve gerçekliğini tespit amacıyla keşif incelemesi yapılması halinde, imzanın sahiplik ve güvenlik işlevleri

¹⁰⁵² Kuru, **Usûl Şerhi**, C. II, s. 1894; Toraman, **Bilirkişi**, s. 633.

¹⁰⁵³ Deryal, **Bilirkişilik**, s. 349. Bilirkişi raporunun mahkeme için bağlayıcı olmaması noktasında *Atalı*, çok tartışmalı bir alan olan hukuki konularda bilirkişiye başvurulması bakımından konuyu örnekendirerek, bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirmede bulunmasında dahi esasında bir mâni görmediğini, bunun yargı yetkisi olarak görülemeyeceğini ifade ederek, bu değerlendirmesini neticede bilirkişi raporunun hâkim tarafından serbestçe değerlendirilecek olmasına bağlamaktadır. Son tahlilde bilirkişi ne değerlendirme yapmış olursa olsun, bu mahkeme için bağlayıcı olmamalıdır. Bu yönde bkz. *Atalı*, **Bilirkişilik**, s. 3279.

¹⁰⁵⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD, T. 10.03.1997, E. 1997/2609, K. 1997/3094 (kazanci.com). Ayrıca bu yönde bkz. Tutumlu, **a.g.e.**, s. 65; Erdemir, **a.g.e.**, s. 598.

tespit edilebilecektir. Bu halde artık mahkeme, bu keşif sonucuna göre o elektronik belgeyi delil olarak imzanın niteliğine göre kategorize edecek ve değerlendirecektir. Elektronik belgeyle ilgili sonuca, yalnız keşif incelemesiyle ulaşmak mümkünken, bilirkişi incelemesiyle de tespit pekâlâ mümkündür. Burada imza bakımından bilirkişiye başvurulması halinde, hâkimin bilirkişi raporunu dikkate almaksızın ve buna ilişkin bir gerekçe sunmaksızın yargılamayı sonlandırmasının doğru olmayacağı ifade edilmiştir¹⁰⁵⁵. Ancak buradan anlaşılması gereken hâkimin bilirkişinin raporuyla bağlı olması değildir. Hâkim, bilirkişi raporuyla aynı yönde olmayan görüşünü, gerekçeleriyle birlikte açıklamalı ve karara bu şekilde aktarmalıdır. Neticede hâkimin bir mahkeme işleminin gerekçesini taraflarca bilinir hale getirmesi hukuki dinlenilme hakkının önemli unsurlarından biridir.

Burada tartışmalar şu noktada toplanmaktadır: Acaba hâkimin özellikle teknik bilgi gerektiren hususlarda raporda eksiklikler varsa yeniden bilirkişiye başvurusu bir zorunluluk mudur, yoksa hâkimin takdir yetkisinden yola çıkılarak mevcut duruma ve rapora göre karar verilmesi mümkün müdür? Burada görüşler ikiye ayrılmaktadır. Bir görüş, yeniden bilirkişi incelemesine gidilmesinin kaçınılmaz olduğu yönündedir¹⁰⁵⁶. Diğer görüş ise bilirkişi raporunun takdiri bir delil olmasından yola çıkarak, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmanın tamamen hâkimin takdirinde olduğuna işaret etmekte ve bunu bir zorunluluk olarak değerlendirmemektedir¹⁰⁵⁷. Gerçekten de burada bir zorunluluk olduğundan söz etmek, hâkimin yargılamadaki rolünü zayıflatma riski taşımaktadır. Hâkim, gerekçesini açıklamak kaydıyla yeniden bilirkişi incelemesine başvurmadan da hüküm verebilmelidir.

Burada önemle ifade etmek gerekir ki Yargıtay hâkimin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde mutlaka yeniden incelemeye karar vermesi gerektiği görüşündedir¹⁰⁵⁸. Yargıtay bir kararında, özel ve teknik bilgi gerektiren durumda

¹⁰⁵⁵ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 76.

¹⁰⁵⁶ Bilge, **Yargılama**, s. 550; Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 660; Cenk Akil, “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E.2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, **AÜHF**, Yıl 2011, C. LX, S. 3, s. 693- 731, s. 709.

¹⁰⁵⁷ Akil, **Bilirkişi Raporu**, s. 709.

¹⁰⁵⁸ Bu yönde bkz. Deryal, **Bilirkişilik**, s. 360. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 11. HD, T. 12.12.2005,

hâkimin bilirkişinin yerine geçerek olayı çözmesinin usûl ve yasaya uygun olmadığına karar vermiştir.¹⁰⁵⁹ Bu hususta bir ilk derece mahkemesi kararında keşif incelemelerine yer verilmeden doğrudan bilirkişi raporuna işaret edilerek karar verilmiş olması dikkat çekicidir. Bu kararda: “*Dosya içinde mevcut... D. İş sayılı dosya içinde bilirkişi raporunda dava konusu olay yerinde keşif yapılmış olduğu, yapılan inceleme ve keşif sonrası düzenlenen raporlarda sistemin süzme sayaç bağlantısı şeklinde yapılmış olduğu tespiti yapılmıştır. Heyetimiz yapılan bu tespiti iştirak etmektedir*”¹⁰⁶⁰.

Görüldüğü üzere kararda ilk derece mahkemesi, önüne gelen uyuşmazlıkta, bir başka mahkemenin başvurmuş olduğu bilirkişi incelemesi neticesinde elde edilen bilirkişi raporundaki keşfe ilişkin bilgileri karar bakımından yeterli görmüştür. Kendisi ayrıca bir incelemeye gerek görmeden hem diğer mahkemenin keşif incelemesini kâfi görüp tekrar etmemiş hem de bilirkişi raporunda yer verilen keşif incelemesine ilişkin açıklamaları yeterli görmüştür. Bu husus usûl ekonomisi ilkesi bakımından olumlu görülebilir bir durum olsa da doğrudanlık ilkesi bakımından iki kademeli bir dolaylılık oluşturmaktadır.

Burada son olarak ifade edilebilir ki bilirkişiye ne sorulduğu ve nasıl sorulduğu da önemlidir. Ayrıca burada bir endişe de bilirkişinin hâkimin yerine geçercesine adeta hukuki değerlendirme alanına girmesidir. Ancak, şu da bir gerçek olarak işaret edilmektedir ki vakıalara ilişkin sorularla hukuki meseleye ilişkin sorular arasında ayırım yapmak her zaman kolay değildir.¹⁰⁶¹ Örneğin, bir bilirkişi, davacı ya da davalının dava konusu edilen mesleki davranışını değerlendirmelidir ki, mahkeme daha sonra bu temelde kusurun kapsamını belirleyebilsin.¹⁰⁶² Bu durumda, bilirkişinin hâkime karar için uygun bir temel sağlayacak hukuki arka plan bilgisine sahip

E. 2005/1219, K. 2005/12196 (kazanci.com).

¹⁰⁵⁹ Bu yönde bkz. Yargıtay HGK, T. 14.11.2007, E. K. 2007/839 (kazanci.com).

¹⁰⁶⁰ Bkz. İstanbul 18. Asliye Ticaret Mahkemesi 2022/106 E., 2023/64 K., 26.01.2023 T. (kanunum.com), 05.02.2023.

¹⁰⁶¹ Andreas Furrer, “Beweisrechtliche Fragen in Transportrechtlichen Verfahren/ III – IV”, **Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz**, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 352-382, s. 372.

¹⁰⁶² Furrer, **Beweisrechtliche Fragen**, s. 372.

olmasının faydalı olacağı da düşünülmektedir. Ancak bu hukuki arka plan bilgisi bilirkişiyi eylemin hukuki değerlendirmesine götürmemelidir¹⁰⁶³. Neticede bilirkişinin incelemesinden yola çıkarak, değerlendirmeyi yapacak olanın hâkimdir.

3. Keşif Yardımcıları

a. Hâkim Yardımcılığı

i. Türk Hukukunda Hâkim Yardımcılığının Bir Kurum Olarak Kabul Edilmesi

Hâkim yardımcılığı Türk hukukunda bir süredir hayata geçirilmesi bir model olarak önerilen bir kurumdur. Nihayetinde 23 Haziran 2022 tarihinde kabul edilen 7413 numaralı Hâkimler ve Savcılar Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun ile 24 Şubat 1983 tarihli ve 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununda yapılan değişiklikle hâkim yardımcılığı resmen kabul edilmiş ve hükümleri 01.01.2023 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Buna göre, artık hukukumuzda hâkim ve savcı yardımcılığı adında yeni bir kurum ihdas edilmiş oldu. Hâkim ve savcı yardımcılığı; HSK m. 10'a göre, temel eğitim dönemi, görev dönemi ve son eğitim döneminden oluşmakla birlikte, temel eğitim ve son eğitim Türkiye Adalet Akademisi tarafından verilmektedir. Görev dönemi ise yargı mercilerinde fiilen görev yapmak suretiyle geçirilir.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁶³ Furrer, **Beweisrechtliche Fragen**, s. 372.

¹⁰⁶⁴ Hâkim ve savcı yardımcılığına ilişkin Türkiye Adalet Akademisinin hazırlamış olduğu ve model önerisi içeren rapor için bkz. <https://vizyon.taa.gov.tr/yuklenenler/dosyalar/hakimvesavci-yardimciligi->

7413 sayılı Kanunun 2. maddesiyle 2802 sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanununa 10. maddeden sonra gelmek üzere eklenen 10A maddesinde hâkim ve savcı yardımcılarının görev ve yetkileri hüküm altına alınmıştır. Buna göre hâkim ve savcı yardımcısının mahkemedeki görevleri şunlardır: Hâkim tarafından tevdi edilen dosya veya evrakı inceleyerek hâkime sunmak, duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmak, yazı işleri müdürlüğünce hazırlanan evrakı hâkime sunulmadan önce kontrol etmek, tensip ve gerekçeli karar taslaklarını hazırlamak, ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak, hâkimin istediği konular hakkında hukuki araştırma yapmak, mevzuatta belirtilen diğer görevler ile hâkim tarafından verilen benzeri görevleri yerine getirmek.

Ayrıca Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 10A'da şöyle bir hüküm yer almaktadır: Münhasıran hâkim veya savcı tarafından yapılması gereken iş ve işlemler, hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yapılamaz. Hâkim ve savcı yardımcısının yetiştirilmesi ve mesleki deneyim ve beceri kazanması amacıyla gerekli görülen uygulamalar, hâkim ve savcının nezaretinde yaptırılabilir. Hâkim ve savcı yardımcılarının görev yaptığı yargı mercilerinde çalışan personel, görevleriyle ilgili olarak hâkim ve savcı yardımcılara karşı sorumludur. Kanunda düzenlenen bu esaslar dışında, hâkim ve savcı yardımcılarının yargı mercilerindeki görev ve yetkileri ile çalışma usûl ve esaslarına ilişkin diğer hususlar, Yargıtay ve Danıştay ile Hâkimler ve Savcılar Kurulunun görüşü alınarak Adalet Bakanlığınca çıkarılan yönetmelikle düzenlenecektir.¹⁰⁶⁵

[rapor.pdf](https://blog.lexpera.com.tr/hakim-ve-savci-yardimciligi-uzerine-dusunceler-ve-oneriler/) (25.03.2023). Ayrıca bu hususta değerlendirmeler için bkz. Muhammet Özkes, "Hâkim ve Savcı Yardımcılığı Üzerine Düşünceler ve Öneriler", **Lexpera Blog**, <https://blog.lexpera.com.tr/hakim-ve-savci-yardimciligi-uzerine-dusunceler-ve-oneriler/> (25.03.2023). Ayrıca bkz. Ömer Batur, "Yeni Bir Model Olarak Hâkim-Savcı Yardımcılığında Yetiştirilme Süreci", **TAAD**, Yıl: 12, Sayı: 45, Ocak 2021, s. 77-102, s. 79 vd.; Nesibe Kurt Konca, **Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, (Sosyal, Ekonomik ve Toplum Araştırmaları Vakfı Raporu)**, SETA Yayınları, İstanbul, 2016, (https://setav.org/assets/uploads/2016/11/20161024155749_hakim-yardimciligi-kurumu-pdf.pdf).

¹⁰⁶⁵ İlgili madde, 1 Ocak 2023 tarihinden itibaren yürürlükte olmasına rağmen, 2023 yılının ilk yarısının sonunda henüz böyle bir yönetmelik çıkarılmamıştır.

Tüm bu açıklamalar ışığında denilebilir ki bu model, mahkemelerin işleyişi bakımından birtakım değişikliklere yol açabilir. Henüz çok yeni olmakla birlikte, hâkim yardımcılara Kanunla tanınan görev ve yetkilere bakıldığında, hâkimlerin yaptığı bazı işlemleri doğrudan yerine getirebilecekleri görülmektedir. Keşif işlemi de bunlardan biridir. HSK'nın 10A maddesinin b bendinde duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmak ve e bendinde ara kararların icrasına dair iş ve işlemleri yapmak görev ve yetkileri doğrudan Kanundan doğacak şekilde yardımcı hâkimlere tanınmıştır. Dolayısıyla, açıkça hâkime keşifte yardım edebilecek bir yardımcı hâkimin görevlendirildiği söylenebilir.

Buna göre, hâkim bir dava dosyasındaki elektronik belgenin keşif yoluyla incelenmesini hâkim yardımcısına bırakabilecektir. Kanun duruşma ve keşif işlemlerinde hâkime yardımcı olmayı bir görev olarak düzenlemişse de bundan tam olarak neyin anlaşılacağı ya da zaman içinde nasıl bir uygulamanın ortaya çıkacağı bir müddet sonra anlaşılabilir. Ancak bir model olarak hâkim yardımcılığı, yalnız hâkimlik stajı gibi düşünülür ve bu şekilde tatbik edilirse amacına ulaşamamış olacaktır. Zira hâkim ve savcı adayları için halihazırda bir staj prosedürü zaten işlemektedir. Hâkim yardımcılarının hâkim stajyeri gibi konumlandırılması, bu kurumun hâkimlere ve yargılamaya sunabileceği katkının da sağlanamamasına sebep olacaktır.

Bu yenilik, keşif işlemlerinin daha etkili yerine getirilmesi için bir avantaj sağlayabilir. Zira, keşifte hâkim yardıma ihtiyaç duyduğunda, mahkemenin iç işleyişine dahil olmayan kişilere başvurmaktansa, doğrudan kendi yardımcısından destek alabilecektir. Bununla birlikte bu model, heyet halinde çalışan mahkemeler ve tetkik hâkimliği dışında, hukukumuzda çok da alışık olunmayan bir birlikte çalışma esası ihdas etmektedir. Bu nedenle, delillerin doğrudanlığı bakımından öngörülmeyen bazı sorunların çıkıp çıkmayacağı da tartışılabilir. Bu soruların cevabı zaman içinde ancak uygulamanın yaygınlaşmasıyla görülebilecektir. Burada tartışmaya yol açabilecek bir mesele, Hâkimler ve Savcılar Kanunu m. 10A'da, münhasıran hâkim veya savcı tarafından yapılması gereken iş ve işlemlerin, hâkim ve savcı yardımcısı tarafından yapılamayacağının düzenlenmiş olmasıdır. Buna göre, keşfin münhasıran

hâkim tarafından yapılması gereken bir işlem olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğini ele almak gerekir. Keşfin, bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmesi gereken işlemlerden olduğuna şüphe yoktur. Keşfin, örneğin hâkim dışında bir memura (zabıt katibi, mübaşir) ve taraf vekillerine bırakılması mümkün olmaz. Ancak burada, aslında hâkimlik mesleğine kabul edilmiş ve doğrudan “hâkim” statüsünü kazanmış kişilerin yardımı söz konusu olduğundan, bunların hâkim gibi keşif yapabilmesi mümkün olmalıdır. İlk öneri, hâkim yardımcısının belirli esaslar çerçevesinde görevli olduğu mahkeme adına bir keşif yardımcısı gibi (örneğin naip hâkim gibi) keşif yapabilmesidir. Özellikle elektronik ortam keşfi yapılması gereken hallerde, hâkim yardımcısının mahkeme içi yardım olarak görülebilecek katkısı, hâkimin işini oldukça kolaylaştırabilecektir. İkinci öneri ise, hâkim yardımcısının bir keşif yardımcısı olarak, hâkimle birlikte keşifte yer alması olabilir. Bu halde de yine hâkimin mahkeme teşkilatı içinden keşif yardımı alması sözkonusu olacaktır. Esasında iki halde de hâkim yardımcılarının varlığı, etkili bir şekilde kurgulanabilirse keşfe katkı sağlayacaktır.

Özetle, özellikle elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesinde hâkimin, tercihen adli bilişim ve teknoloji hukuku ile yargıda dijitalleşme alanlarında meslek içi eğitimden geçerek yetiştirilmiş bir hâkim yardımcısıyla birlikte çalışması olumlu bir gelişme olarak karşılanabilir. Elektronik verilerin mahkemece daha iyi çözümlenmesi ve değerlendirilmesi noktasında, doğrudan hâkimlik mesleği eğitimi olan bir yardımcıdan destek alması, mahkemenin elektronik keşif faaliyetini daha iyi yürütmesine vesile olabilecektir.

ii. Yapay Zekâ Uygulamaları Bağlamında Hâkim Yardımcısı

Hâkim yardımcılığı bakımından yeni bir tartışma yapay zekâ uygulamaları kapsamında yapılmaktadır. İngiltere, Amerika, İsviçre ve Çin başta olmak üzere çeşitli

lkelerde yapay zekanın mahkemelerdeki karar verme süreçlerine dahil edilmesine ilişkin çalışmalardan söz edilmektedir.¹⁰⁶⁶ Ayrıca Avrupa Komisyonu’nun da yapay zekâ uygulamalarının yaygınlaşması karşısında, yargıda yapay zekâ araçlarının kullanımıyla sınırlı olmaksızın, regülasyon eksikliğini gidermeye yönelik pek çok çalışması vardır. Örneğin yapay zekânın sözleşme dışı sorumluluğunu düzenleyen bir direktif nerisi 28 Eylül 2022 tarihinde yayımlanmıştır.¹⁰⁶⁷

Yapay zekâ temelli mahkeme modeli çalışmalarında genel olarak yapay zekâ uygulamalarına, mümkün olduğunca fazla sayıda örnek karar üzerinden benzer vakıalara uygulayacağı hukuk normları ve içtihatlar öğretilmektedir.¹⁰⁶⁸ Yapay zekâ uygulaması, kendisine öğretilen bilgi yığınınına göre oluşturulan algoritmalara göre ve anahtar kelimelerden faydalanarak vakıalara en uygun hükme ulaşmaktadır.

Yapay zekanın rolü yargıda iki türlü olabilir. Birinci modelde yargı faaliyeti tamamiyle, başından sonuna kadar yapay zekâ mahkeme modülü üzerinden yürütülebilir. Bu halde yapay zekâ ve hukukçu zekâ birleştirilmiş ve tahkikat, delil takdir etme ve bir hükme varma aşamalarının tamamı yapay zekaya bırakılmış olur. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 500’n üzerinde kararının öğretildiği bir yapay zekâ mahkeme simülasyonunda; yapay zekânın tıpkı bir mahkeme gibi davranarak, kendisine öğretilen bilgilerle eriştiği hüküm aşamasında başarı oranının yüzde 79 olduğu belirtilmektedir.¹⁰⁶⁹

İkinci modelde ise yapay zekanın yardımcı rolde olduğu ve çeşitli araçlara uyarlandığı bir yargı modeli oluşturulur. Burada yapay zekâ araçlarının rolü, hâkime delillerin toplanmasında, sınıflandırılmasında, incelenmesinde ve gerekçelendirilmesinde yardımcı olmaktır. Böylece insan zekâsı ve yapay zekâ bir

¹⁰⁶⁶ Erdoğan, **AD**, 2021, Sayı 1, s. 129 vd.

¹⁰⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gürler, a.g.e., s. 352 vd.

¹⁰⁶⁸ Aksu, **Yapay Zeka**, s. 140 vd.

¹⁰⁶⁹ Mehmet atlı, ”Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesinde Yapay Zekanın Rolü”, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022**, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 118-130, s. 122 vd. Ayrıca bkz. Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

arada çalışmış olur¹⁰⁷⁰. İdeal olan yapay zekâ modelinin bu olduğu düşünülmektedir. Örneğin yargı kararlarının gerekçelendirilmesinde yapay zekâ hâkim yardımcısının önemli bir rol oynayabileceği ifade edilmiştir¹⁰⁷¹.

Türkiye’de yapay zekaya ilişkin yargıda henüz atılmış bir adım olmasa da e-dönüşüm stratejileri kapsamında, e-devlet başta olmak üzere, e-eğitim, e-hukuk, e-kültür, e-ticaret, e-sağlık gibi uygulamalar yürütülmektedir¹⁰⁷². Yüksek Planlama Kurulu’nun kararıyla onaylanan Bilgi Toplumu Stratejisi ve Eylem Planı, Bilgi Toplumu Stratejisinin temel amaç ve hedeflerini ortaya koymuştur¹⁰⁷³. Buna göre, bilgi toplumu imkânlarından azami düzeyde yararlanılması da hedefler arasındadır. Bu kapsamda, 2021 yılında “Ulusal Yapay Zekâ Stratejisi” yayımlanmıştır¹⁰⁷⁴. Bu stratejinin Türkiye’nin ilk çerçeve yapay zekâ metni olduğu ifade edilmektedir¹⁰⁷⁵.

Bu konuda ilgi çeken pek çok araştırma olsa da bilim insanları ve özellikle hukukçular bu hususta dikkatli olunması gerektiğine vurgu yapmaktadırlar¹⁰⁷⁶. Örneğin son dönemde daha fazla bilinir hale gelmiş olan derin sahte içerikler (deep fake) gibi, gerçekliği sorgulanması gereken ve yapay zekâyla üretilen yeni nesil görsel işitsel içerikler de bu uyarıları destekler niteliktedir¹⁰⁷⁷. Yapay zekâ bir derin öğrenme ya da makine öğrenmesiyle çalışan ve neticede insanın kendisine öğrettiği kadarını bilebilen bir teknolojiyi ifade etmektedir. Bu nedenle yapay zekânın, bir hâkimin tam anlamıyla yerini almasından söz edilmemelidir. Zira yapay zekânın duyuşsal algısı olmadığından, vakıalara ve delil araçlarına bir hâkim gibi vakıf olması beklenemez.

¹⁰⁷⁰ Çatlı, **Yapay Zekanın Rolü**, s. 122; Aksu, **Yapay Zeka**, s. 44.

¹⁰⁷¹ Çatlı, **Yapay Zekanın Rolü**, s. 125.

¹⁰⁷² Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 22. Ayrıca bu yönde bkz. Esin Altın, “Türkiye’de Elektronik İmza ve Elektronik Devlet Uygulamaları: Elektronik Belge Yönetimi Açısından Bir Değerlendirme Denemesi”, **Türk Kütüphaneciliği**, Sayı 22 (3), s. 279-295, s. 281.

¹⁰⁷³ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 23.

¹⁰⁷⁴ Bu yönde bkz. RG: Tarih 20.08.2021, Sayı: 31574, bkz. mevzuat.gov.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.07.2023).

¹⁰⁷⁵ Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 24.

¹⁰⁷⁶ Dülger, **Yapay Zeka**, s. 9.

¹⁰⁷⁷ Can Yavuz, **Deepfake (Derin Sahte)**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022, 35 vd. Deepfake teknolojisini, adındaki sahtelikten dolayı salt zararlı bir teknoloji olarak algılamamak gerekir. Zira zararlı ve yanıltıcı uygulama alanları olabileceği kadar, faydalı uygulama alanları da olduğu kabul edilmektedir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Sinem Özyiğit, “Karşılaştırmalı Hukuktaki Gelişmeler Işığında Deepfake Teknolojisinin Regülasyonu ve Türk Hukuku İçin Öneriler”, **Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı**, Adalet Yayınevi, Ankara, s. 481-510, s. 483 vd.

Bu nedenle yargılama hukukunda önemli bir kavram olan hâkimin takdir yetkisi yapay zekanın dahil olduğu sistemlerde eksik kalacaktır.

Ancak yine de yapay zekâ araçlarının hâkimlere yardımcı olarak kullanılabileceği pek çok alan olabilir. Özellikle hâkimin elektronik veri üzerinde keşif gerçekleştirmesi gereken hallerde, doğrudan yapay zekâ temelli keşif yardımcısından destek alabileceği bir sistem kurulması mümkündür. Bu sistem UYAP portalı üzerinden hâkimin erişimine açılmalı ve elektronik belgeleri analiz etmede, gerçeklik ve orijinallik tespitinde veya içeriğin algılanmasında hâkime destek verebilmelidir. Ayrıca bu yardım yalnız keşifle sınırlı düşünülmemeli, her türlü elektronik işlemde hâkime yardımcı olarak tanımlanabilmelidir. Bu nedenle, yargılama faaliyetinde rol alabilecek yapay zekâ araçlarını genel manada “hâkim yardımcısı” olarak adlandırmanın isabetli olacağı düşünülmektedir.

iii. Delil Keşfi (*Special Master*) Hâkim Yardımcısı

Medenî usûl hukukunda asıl olan delillerin hem toplanmasında hem de değerlendirilmesinde aleniyettir. Ancak öyle durumlar ortaya çıkar ki tarafların ticari ya da diğer önemli sırlarının korunması aleniyet ilkesinin belirli bir ölçüde feda edilmesini gerektirir.¹⁰⁷⁸ İşte bu gibi hallerde gizli yargılama usulünden söz edilir. Gizli yargılamada, örneğin keşif incelemesi yerine göre karşı tarafın yokluğunda yapılabilir.¹⁰⁷⁹ Böylece, delillerin toplanması sonucunda elde edilen netice, gizli

¹⁰⁷⁸. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 404.

¹⁰⁷⁹. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 405. *Erdönmez*, gizli yargılamanın geçerliliğinin medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler bağlamında detaylı bir değerlendirmesine yer vermiştir. Buna göre, başta hukuki dinlenilme hakkı olmak üzere, aleniyet, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ve doğrudanlık ilkeleri bakımından farklı görüşler bulunmaktadır. Bu yönde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 404 vd.

yargılamanın dışında bırakılan tarafla sonradan paylaşılır. Ancak baştan beri korunmak istenen sır ya da menfaat ne ise o kendisine açıklanmaz.¹⁰⁸⁰

Gizli yargılama gerektiren kamera usûlünün uygulandığı Amerikan ve İngiliz yargılama hukuklarında delil keşfine yardımcı kişilere de hâkim yardımcısı denilmektedir.¹⁰⁸¹ Bu usûlde taraflar ve hatta avukatları delil keşfine dahil olamadıklarından bir yardımcı kişiye ihtiyaç olmaktadır. Hatta bazı durumlarda hâkimin de bu gizli keşfin dışında bırakılması mümkün olur mu, bu husus dahi tartışılmıştır.¹⁰⁸²

Gizli keşif yapılırken taraflar ve vekilleri dışarıda bırakılmakta ve delil keşfi, “*special master*” adı verilen ve hâkim yardımcısı olarak nitelendirilen kişiler tarafından yerine getirilmektedir. Tarafların ve vekillerinin ispat için sunulması gereken ve sır niteliğinde kabul edilebilecek bu verileri öğrenmesi halinde, büyük bir menfaat ihlali sözkonusu olabileceğinden, tarafsız bir kişinin yardımı gerekmektedir. Özellikle vekillerin veya bilirkişilerin vakıf oldukları bu önemli ve değerli bilgileri müvekkillerine ya da diğer ilgililere aktarması son derece olasıdır.

Bu bilgiler çoğunlukla ticari değeri son derece yüksek veriler olmaktadır. İşte bu nedenle gizli keşif usûlünü yerine getirmek üzere, aracı olarak nitelendirilen yardımcı kişilerin gizli keşfe katılması sözkonusu olur. Elde edilen bilgiler -yalnız dava konusu vakıaları ilgilendiren hususlar açık olmak üzere- bir nevi sırları perdeleyerek bir inceleme raporu haline getirilir. Hâkim yardımcısı (*special master*) tarafından hazırlanan bu rapor özellikle ticari sırları açık etmeyecek şekilde

¹⁰⁸⁰ Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 405.

¹⁰⁸¹ Gizli yargılama ve kamera usûlü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, 403 vd., 437. Koch, **Internet-Recht**, s. 61. Kamera usûlü ve delil keşfi kavramları için bkz. III. bölüm, I, B, 3, a, iii. Ayrıca bkz. Ulrich/ Zielbauer, **Ortstermin des Sachverständigen**, s. 13.

¹⁰⁸² Bu yönde ayrıntılı açıklamalar için bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, 403 vd. Burada genel itibariyle hukuki dinlenilme hakkı bağlamında esaslı tartışmaların yapılması mümkündür. Zira, hukukî dinlenilme hakkının bir gereği olarak mahkemenin ya da taraflardan birinin bir dava malzemesinin incelemesinin dışında bırakılması dahi şiddetle tartışılırken, hâkimin delil incelemesinin dışında bırakılması son derece ayırksı bir durum olarak değerlendirilmelidir. Bu yönde bkz. Muhammet Özekes, **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Ankara 2003, s. 139.

hazırlanmış olmalıdır¹⁰⁸³. Bu nedenle, böyle bir gizli yargılama usulünde görevlendirilebilecek kişiler, hâkim olmayıp hâkime delillerin keşfinde yardımcı olduklarından, birer keşif yardımcısı olarak kabul edilebilirler.

b. Keşif Yardımcıları

i. Genel Olarak

Keşif incelemesi, yukarıda da ele alındığı gibi bazı hallerde hâkimin tek başına yürütmesi zor olan bir faaliyettir. Bu zorluk bazı hallerde keşif malzemesinden, bazı hallerde keşif yerinden bazen ise araştırılan vakıanın özelliğinden ileri gelir. Bu nedenlerle, Alman hukukunda keşifle ilgili öne çıkan önemli bir başlık, keşif yardımcısı ya da keşif aracısı kavramıdır. Keşif yardımcısının hâkimle, mahkeme teşkilatıyla, bilirkişiyle, taraflarla ve yeri geldiğinde tanıklarla olan ilişkisi, müsaade edilen uygulama alanları ve uygulanacak kurallar üzerinde tartışmalar mevcuttur¹⁰⁸⁴.

Mahkeme, Alman Medenî Usûl Kanununun 372. maddesinin 2. fıkrası¹⁰⁸⁵ uyarınca incelemeyi görevlendirilen veya talep edilen bir hâkime devredebilir veya 372. maddesinin 1. fıkrası¹⁰⁸⁶ uyarınca bir ya da birden fazla bilirkişi çağırabilir. Alman hukukunda özellikle elektronik belgeler üzerinde keşifte mahkemenin bilirkişiler yerine ya da onlarla birlikte keşif yardımcısı olarak adlandırılan aracıları yardımcı olarak atayabileceği ifade edilmektedir¹⁰⁸⁷. "Keşif asistanı", "hâkim

¹⁰⁸³ Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 438; Astrid Stadler, "Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß", **NJW**, 1989, s. 1202-1206, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023); Koch, **Internet-Recht**, s. 61; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 274, dn. 148.

¹⁰⁸⁴ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; Drehsen, **Augenschein**, s. 56.

¹⁰⁸⁵ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342.

¹⁰⁸⁶ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342.

¹⁰⁸⁷ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; Drehsen, **Augenschein**, s. 450. BGH, NJW 1990, s. 2936, 2937; OLG Naumburg NJW-RR 1994, s. 1551 vd., s. 1551; Zimmermann, **ZPO**, § 372 Rn. 6.

asistanı", "delil aracı" veya "aracı" terimleriyle de ifade edilen bu yardımcılarının, henüz yeni bir tanımlama olduğu için tam olarak oturmuş bir karşılığı olduğu söylenemez. Ancak yukarıdaki ifadelerin de yaygın olarak kullanılmakta olduğu dile getirilmektedir.¹⁰⁸⁸

Burada özel olarak "hâkim yardımcısı" ve "hâkimin yardımcısı" terimlerinden kaçınılması gerekebileceği; çünkü, gerçekte hâkim olan yardımcılarının da aynı zamanda hâkimin yardımcısı veya mahkemenin yardımcısı olarak anılmakta olduğu hatırlatılmaktadır.¹⁰⁸⁹ Diğer yandan, keşif incelemesi için çağrılan bilirkişi, incelemede mahkemenin yardımcısı olarak kabul edilebilir ve bu nedenle bu iki terimin karıştırılma riski vardır. Birbirinden ayırt edilmesi gereken bu üç yardımcının birbirine karıştırılması tehlikesini bertaraf etmek için isimlendirmeye dikkat etmek gerekir.¹⁰⁹⁰ Benzer şekilde Türk hukukunda da yakın zamanda kabul edilmiş olan hâkim ve savcı yardımcılığı müessesesinin varlığı düşünüldüğünde, aynı hassasiyetin Türk hukukunda da geçerli olabileceği söylenebilir.

¹⁰⁸⁸ Drehsen bu terimlerin de kullanılmakta olduğunu şu şekilde ifade etmektedir: *“Auch sind die Bezeichnungen ‘Augenscheinsgehilfe’, ‘Richtergehilfe’, ‘Beweismittler’ oder ‘Mittelsperson’ gebräuchlich”*. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 451. Ayrıca bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 402 Rn. 5, § 404a Rn. 5 (asistan); Blomeyer § 79 s. 423 (asistan), Jauernig/Hess § 54 Rn. 8 (hâkimin yardımcısı); Oberheim Rn. 313, 315 (yardımcı organ); Lent ZZP 60 (1936/37), 9, 39 (yardımcı organ). Stamm ZZP 124 (2011), 433, 435. Ayrıca bkz. Örneğin, Roggemann s. 63, adli teftiş için çağrılan bir olgusal tanığa atıfta bulunmaktadır. Bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 451.

¹⁰⁸⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 451.

¹⁰⁹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 451.

ii. Fiziki Keşif Yardımcıları

(1) Görsel Keşif Aracılığı (*Augenscheinsmittler*), Oküler Keşif Yardımcılığı Kavramı ve Keşifte Soyut-Somut Yardım Ayrımı

Keşif yardımcılarının çıkış noktası “görsel keşif” incelemesinin yapılmasında hâkimin yardıma ihtiyaç duyması olmuştur. Buna göre, örneğin görsel inceleme tamamen keşif yardımcısına devredilmişse, mahkeme yerine, görsel incelemenin nesnesini duyuşal olarak keşif yardımcısı algılar¹⁰⁹¹ ve daha sonra ne algıladığını mahkemeye bildirir¹⁰⁹². Temel olarak bir keşif yardımcısının işlevi aslında budur. Ancak aşağıda görüleceği üzere, çıkış noktası yalnız görsel incelemede yardım olsa da bugün için özellikle elektronik belgeler üzerinde keşifte, keşif yardımcılarının sistemli bir şekilde kullanılmasının önemli bir katkı sağlayabileceği ifade edilmektedir.

Alman Medenî Usûl Kanununda keşif yardımcılarını açıkça düzenleyen bir hüküm bulunmadığı bilinmektedir. Bu halde elektronik belgeler bakımından özellikle ihtiyaç duyulan bu kurumun nitelendirmesinde, mevcut hükümlerden yola çıkılarak ve fakat onlara aykırılık teşkil etmeyecek bir çıkarım yapmak gerekecektir. Böylece doktrinde şekillenen bu kurum, daha sonra ihtiyaçlar doğrultusunda bir yasal

¹⁰⁹¹ Ulrich, *Sachverständigen*, s. 342; Roggemann, *a.g.e.*, s. 63.

¹⁰⁹² WIS-Ahrens §372 Rn. 4; BK-ZPO-Bach § 355 Rn. 23, § 372 Rn. 2; P/G-Lindner § 355 Rn. 8; AK-ZPO-Rüßmann § 402 Rn. 4; BK-ZPO-Scheuch § 373 Rn. 14.1, § 402 Rn. 1.1; Ahrens, *Beweis*, Kap. 22 prg. 79; Bernhardt, § 37 p. 240; Blomeyer § 76 p. 407; Brüggemann s. 356; Grunsky/Jacoby Rn. 560; Lüke Rn. 295; Musielak/Voit, *ZPO*, § 372 Rn. 778; R/S/G § 118 Rn. 24; Schilken, ZPR Rn. 516f; Pieper ZZP 84 (1971), 1, 11; Schmidhäuser ZZP 72 (1959), 365, 367; Stackmann, *Richterliche Anordnungen*, 3525; Ulrich, *Sachverständigen*, s. 341, 342.

düzenlemeye dönüşebilir¹⁰⁹³. Alman hukukunda böyle bir beklenti sözkonusudur. Benzer bir beklenti Türk hukuku bakımından da olasıdır. Zira elektronik belgelerin hem ticari hayatta hem de idari hizmetlerde kullanımı son derece yaygındır¹⁰⁹⁴. Bu da ispat faaliyetinde elektronik belge kullanımını rekor bir seviyeye taşımaktadır. Ayrıca Türk hukukunda, UYAP gibi bir sistemin uzun zamandır mevcut olması, mahkemelerin hem maddi hem şekli yargılama faaliyetleri bakımından, elektronik ortam kullanımını destekleyen araçlara imkân sunan bir altyapı avantajı sağlamaktadır.

Burada yardımcılarla ilgili olarak, soyut ve somut yardım ayrımı yapılmaktadır. Bu ayrım, oküler keşif yardımcıları denilen ve özellikle görsel incelemelerde hâkime destek olabilecek araçların işlevlerini anlamak bakımından önemlidir. Buna göre, yardımcı nesneler hem soyut olarak gözle muayene edilebilen nesneler hem de somut bir yardımcı olarak kullanılan araçlar olabilmektedir¹⁰⁹⁵. Hâkim doktrin, gözle muayene kavramını kişilerin ve/veya araçların fiziksel özelliklerinin ve/veya görünüşlerinin doğrudan duyuşsal olarak algılanması olarak anlamaktadır¹⁰⁹⁶.

Dolayısıyla, örneğin, klasik bir görsel nesnenin algılanması durumunda, bu amaçla kullanılan özel bir gözlük yeri geldiğinde soyut olarak incelenen nesne olabilecekken, aynı zamanda somut olarak bir inceleme aracıdır¹⁰⁹⁷. Ancak bu durum, özellikle gözlük ya da görüntüleme cihazları gibi sadece duyuşsal algıyı destekleyen yardımcıları için geçerli değildir. Örneğin kolonoskop¹⁰⁹⁸, dijital optik büyütücü, dijital okuyucu, elektronik mikroskop, kameralı *drone*, web kamerası¹⁰⁹⁹ veya ölçüm cihazlarında olduğu gibi; bir keşif yardımcısı, keşif nesnesinin duyuşsal algısını, hâkimlerin algılama kapasitesinin ötesine genişletiyor ve böylece incelemeyi mümkün

¹⁰⁹³ Drehsen, **Augenschein**, s. 451.

¹⁰⁹⁴ Bu yönde bkz. II. bölüm, III, F.

¹⁰⁹⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419.

¹⁰⁹⁶ Bu yönde bkz. Roger Peter, “Der Augenschein in der obligatorischen Unfallversicherung”, **ZBJV**, Band 137, 2001, s. 509-542, s. 510.

¹⁰⁹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419.

¹⁰⁹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419. Ayrıca bkz. Musielak/Stadler, **Beweisrecht**, Rn. 124.

¹⁰⁹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419.

kılıyorsa, burada bir oküler keşif yardımcısından söz edilir¹¹⁰⁰. Bununla birlikte, oküler keşif yardımcısının varlığıyla birlikte, duyuşsal algının doğrudanlığının ihmal edildiği ölçüde, keşfin güvenilirliğinin azalması riski bulunduğu da hatırlatılmaktadır¹¹⁰¹.

Örneğin, insan bedenini konu eden bir keşif muayenesi gerekmesi ihtimalinde, keşifte dijital özellikli gelişmiş bir vücut kamerası kullanıldığında, örneğin vücut içinde bir yaranın varlığı vücudu kesip açmadan tespit edilebilir; bu da insan vücuduna müdahaleyi azaltır ve böylece inceleme daha makul hale gelmiş olur¹¹⁰². Ayrıca, objektif yardımcılarının kullanılmasıyla daha doğru sonuçlar elde edilebilir, bu nedenle belirli alanlarda keşif incelemelerinin bunlarla yapılması daha isabetli sonuçlar

¹¹⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419. Ayrıca örnekler için bkz. BverfGE 75, 318 = NJW 1987, 2500, 2501; RGZ 155, 37, 39; BGHZ 23, 207, 213 = BGH NJW 1957, 906, 906; BGHZ 168, 380 Rn. 11; BGH NJW 2006, 3214 Rn. 11; W/S-Ahrens § 402 Rn. 20.

¹¹⁰¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 418, 419. Ayrıca bkz. Stein, Wissen, s. 69 f; Goldschmidt, Prozess, s. 434, dn. 2288; Goldschmidt, ZPR, s. 48, 139. Yine bu yönde bkz. BK-ZPO-Scheuch § 402 Rn. 2; HK-ZPO-Siebert § 404a Rn. 1; Zimmermann, ZPO, § 402 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 43 Rn. 1; Gehrlein Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 788; R/S/G, § 121 Rn. 1; Schilken, ZPR, Rn. 530, 533; Stein, ZPR, s. 259; Weber/Förschler s. 180; Zeiss/Schreiber, Rn. 471; Heß/Müller, ZZPInt 6 (2001), 149, s. 175; Olzen, ZZP 93 (1980), 66, s. 72; Schreiber, **Beweismittel**, s. 271.

¹¹⁰² İnsan bedeni üzerinde incelemeyle ilgili olarak, sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla herkesin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu, haklı bir sebep olmadıkça bu zorunluluğa uyulması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2017/1248, K. 2017/4772, T. 30.3.2017, (kazanci.com); Yargıtay 18. HD, E. 2014/7595, K. 2014/14283, T. 16.10.2014, (kazanci.com); Yargıtay 18. HD, E. 2014/6038, K. 2014/13961, T. 13.10.2014, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.03.2023). Burada kolonoskop ya da vücut içi kameralar birer teknik cihaz örneğidir. Ayrıca elde ettiği veriler birer elektronik veri niteliğindedir. Burada vücuda yapılan müdahale, gözetilmesi gereken dengeler ve keşfe katlanma zorunluluğu hususları ayrıca tartışılan hususlar olmakla birlikte, burada asıl konu olmadığından değinilmemiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. Uyumaz, **Soybağı Davalarında Usûle İlişkin Hükümler**, Ankara 2015, s. 44 vd; Mehmet Beşir Acabey, **Soybağı**, İzmir, 2002, s. 44 vd.; Sanem Aksoy Dursun, “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”, **Kazancı HD**, Yıl Temmuz Ağustos 2012, S. 95-96, s. 109- 124; Evren Kılıçoğlu, “Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması”, **MÜHFHAD**, Cilt 16, Sayı 3-4, 2010, s. 252 vd.; Özlem Tüzüner, **Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 52 vd. Alman Medenî Usûl Kanununun 372a maddesi uyarınca nesebin tespiti için yapılan incelemenin keşif delili alanında biraz garip bir şekilde yer almakta olduğu ifade edilmiştir. Çünkü nesep, esasında bir kan örneğinin hâkimin adli duyuşsal algısıyla değil, ancak uzman incelemesiyle açıklığa kavuşturulabilir. Eğer bir uzman (çoğunlukla bir doktor) örneği alır ve incelerse, bu bazı yazarlarca her halükârda bilirkişi incelemesi olarak görülmektedir. Burada soybağının tespitinin keşifle bağlantısı bakımından özellikle önemli olanın, bu tür incelemelerin zorunlu olarak yapılmasına dair olasılıklar olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Meller-Hannich, **Die Beweiserhebung**, s. 159. İsviçre Hukukunda, insan vücudunun sadece nadir durumlarda keşif muayenesinin nesnesi olarak kabul edilebilir olduğu yönünde bkz. Müller, s. 1473, prg. 12.

alınmasını sağlayabilmektedir¹¹⁰³. İşte bu nedenle, keşifte bu tür oküler keşif yardımcılarının kullanılmasının önemine işaret edilmektedir.

Burada son olarak, soyut ve somut keşif malzemesinden hareketle bir elektronik ortam sağlayıcı olarak mobil telefona ilişkin bir örnekten söz etmek gerekir.¹¹⁰⁴ Mobil telefon, bir oküler keşif yardımcısı olarak kullanılabileceği gibi, doğrudan fiziki özellikleri itibarıyla de keşfe elverişli olabilir. Bu örnek soyut ve somut yardım/yardımcı ayırımına işaret etmektedir. Buna göre, bir karara konu olan uyuşmazlıkta ispat faaliyeti bakımından tartışılan bir husus, iki kişi arasında gerçekleşen bir telefon konuşmasına üçüncü bir kişinin kulak misafiri olması durumunda, bu tanıklığın delil değerinin tespiti noktasında olmuştur.¹¹⁰⁵ Burada, tanık beyanına dayanan taraf, tanıklık eden kişinin edindiği bilginin, telefon konuşmasını yapan diğer tarafın mobil telefonunun ahize sesinin son derece yüksek olmasından kaynaklandığı, bu nedenle tanığın istemeden ve kendini gizlemeden bu konuşmaya şahitlik etmiş olduğunu iddia etmektedir.¹¹⁰⁶ Bu noktada mahkemenin, tanığın bilgisinin hukuka aykırı nitelikte olup olmadığı konusunu tespit etmek üzere, o telefonda yapılan bir görüşmenin, tanığın belirttiği gibi ses çıkışı hoparlöre alınmadan dahi dışarıdan duyulabilir olduğunu araştırabileceği ifade edilmiştir.¹¹⁰⁷ İşte bu

¹¹⁰³ Greger FS Stürner, s. 289, 297 f.; WIS-Ahrens, § 371 Rn. 11; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 3; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, prg. 15; Kılıçoğlu, **Hukuka Aykırı**, s. 602 vd.

¹¹⁰⁴ Bir veri taşıyıcı ve keşif malzemesi olarak mobil telefonlar hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, I, B, 2, e.

¹¹⁰⁵ Karl G. Deubner, "Aktuelles Zivilprozessrecht", **JuS**, 2010, s. 506-510, s. 508. Buna benzer bir başka örnekte, bir limited şirket olan davacı, davalıya karşı bir inşaat sözleşmesinden kaynaklanan taleplerde bulunmuştur. Bu talepler, davalının çalışanı olan M tarafından davacının genel müdürüne bir konuşma sırasında sözlü olarak verilmiştir. Davalı ise bu işi verdiğini reddetmiştir. Davacı, siparişin verildiğini kanıtlamak için genel müdürünün sorgulanmasına veya dinlenmesine dayanmaktadır. Burada genel müdürün telefon konuşmasına ortamda bulunan bir başka çalışanın da tesadüfen şahit olduğu belirtilerek dinlenmesi talep edilmiştir. Söz konusu kararın ayrıntıları değerlendirilirken Alman hukukunda bu tür konuşmalarda konuşma dışındaki kişilerin durumunu ifade etmek üzere "*vier-auge gesprach*" adı verilen bir terim kullanılmakta ve özellikle işveren vekilleri bakımından (örneğin iki genel müdür arasındaki telefon konuşması ya da elektronik posta iletişimi) tanıklık ile isticvap tartışmaları yapılmaktadır. Bu yönde bkz. Björn Retzlaff/ Bernhard von Kiedrowski, "Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung", **6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Postdam**, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2013, s. 31-37, s. 36, 37.

¹¹⁰⁶ Deubner, **a.g.e.**, s. 508.

¹¹⁰⁷ Deubner, **a.g.e.**, s. 508. Alman hukukundakine benzer şekilde, İsviçre hukukunda hukuka aykırı delillerle ilgili olarak, mahkemenin "gerçeğin ortaya çıkmasındaki menfaat haklı ise" bu delilleri dikkate alacağı (İsviçre ZPO m. 152 f. 2) yönünde bkz. **Hoffman/Lüscher**, *procédure civile*, s. 130. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, **Hukuka Aykırı**, s. 602 vd.

noktada mobil telefon üzerinde gerçekleştirilecek inceleme, bu mobil telefonda bir görüşme esnasında karşıdan gelen sesin, üçüncü kişilerce rahatlıkla duyulabilecek şekilde aktarılıp aktarılmadığı hususunda bir keşif incelemesidir¹¹⁰⁸. Bu halde inceleme o mobil telefonun taşıdığı bir elektronik veri üzerinde değil, bizzat cihazın kendisini ilgilendirecek şekilde yapılmaktadır. Böylece keşif yardımcısı olarak görülebilecek yardımcı bir nesnenin bizzat kendisinin somut olarak keşfe konu edilmesi sözkonusu olmaktadır.

(2) Nesnel Keşif Yardımcıları

Nesnel keşif yardımcıları, objektif fiziki keşif yardımcıları olarak da anılmaktadır. Bunlar, mahkemenin duyuşsal algısını destekleyebilir, genişletebilir veya diğer mevcut duyuşsal sistemlere aktarım sayesinde keşifte her türlü yardım için kullanılabilir¹¹⁰⁹. Nesnel yardımcılar olarak ilk akla gelenler, mekanik, elektronik veya teknik cihazlardır¹¹¹⁰. Daha somut ve en basit haliyle örneklendirmek gerekirse, objektif fiziki keşif yardımcıları gözlükler, dürbünler¹¹¹¹, işitme cihazları, ölçüm bantları, katlanır cetveller, su terazileri, mikroskoplar¹¹¹², kuartz lambalar¹¹¹³, web kameraları¹¹¹⁴ veya genel olarak ölçüm cihazlarıdır¹¹¹⁵. Yukarıda anılan oküler keşif yardımcıları da esasında geniş anlamda nesnel keşif yardımcılarının bir türü olarak

¹¹⁰⁸ Deubner, **a.g.e.**, s. 508.

¹¹⁰⁹ Klinke/Pape/Kurtz/Silbernagel-Klinke, s. 633.

¹¹¹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 198, 199. Manyetizma duyusu gibi duyuların insanda bulunmadığı, bunun ancak nesnel yardımcı araçlarla algılanabileceği yönünde bkz. Klinke/Pape/Kurtz/Silbernagel-Klinke, s. 633.

¹¹¹¹ W/S-Ahrens, § 371 Rn. 11; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 15; Döhring, s. 312.

¹¹¹² BGHZ 93, 191, 208 = NJW-RR 1986, 480, 483; W/S-Ahrens § 371 Rn. 2, 11; S/J-Berger, 371 § Rn. 4; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 1, 15; Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 775.

¹¹¹³ BGHZ 93, 191, 208 = NJW-RR 1986, 480, 483; W/S-Ahrens § 371 Rn. 2.

¹¹¹⁴ Greger FS Stürner, s. 289, 297 f.

¹¹¹⁵ W/S-Ahrens § 371 Rn. 11; BK-ZPO-Bach § 371 Rn. 1.1; S/J-Berger §371 Rn. 4'ten önce; Musielak/Voit, **ZPO**, §371 Rn. 3; Zimmermann, ZPO, § 371 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 15; Jäkel Rn. 437. Ölçüm aletlerinde zihinsel içerik olmayacağı, yalnızca makine tarafından üretilen bir sonuç bulunabileceği yönünde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 198. Ayrıca, bir ölçüm örneği olarak, hava fotoğrafları çekilmesi verilebilir. Olağanüstü zamanaşımına dayalı tapu iptali ile tescili - 5-10'ar yıllık belirli dönemleri içeren stereoskopik çift hava fotoğrafının bulunup bulunmadığı usulüne uygun şekilde harita genel komutanlığından fotoplan fotogrametrik ve fotometrik paftaların il kadastro müdürlüğünden getirileceği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2013/2629, K. 2013/10363, T. 2.7.2013, (kazanci.com). Bu karardakine benzer örneklere aşağıda da yer verilmiştir.

kabul edilirler. Ancak onlar, özellikle görsel incelemede rol alan yardımcıları olarak daha sık karşılaşıldığından ayrıca sınıflandırılmaktadır.

Bu bağlamda web siteleri de birer araç olabilir.¹¹¹⁶ Böyle bir durumda soyut olarak örneğin bir web sitesinin kendisi, kural olarak bir keşif ikamesi ya da yeni nesil bir keşif nesnesi olarak düşünülmemiştir. Ancak nesnel bir keşfe yardımcı araç olarak kabul edilmektedir. Çünkü bunlar, vakıaların aydınlatılması için gerekli olan veriyi görüntülemeye araç olurlar. Böylece, bu örnekteki gibi yalnız hâkimin elektronik keşif malzemesini görüntülemesine yaradıklarında, doğrudan bir keşif nesnesi olarak değerlendirilmezler.¹¹¹⁷ Ayrıca bir web sitesinin daha önceki bölümlerde üzerinde ayrıntılı olarak durulmuş olan elektronik ortam kavramına dahil olduğu kabul edilmektedir.¹¹¹⁸ Böylece olayın özelliğine göre, eğer web sitesinin bizzat kendisi uyumsuzluğun konusunu oluşturmuyorsa, orada bulunan bir bilginin keşfi gerektiğinde, kendisi yalnızca bir fiziki keşif yardımcısı olarak düşünülmemektedir.

Görüldüğü gibi elektronik veri üzerinde “adli keşif” yapılırken, mahkemenin yardımcı araçlar kullanması aracın ve incelenecek verinin keşfe elverişliliğinden, verinin bulunduğu ortamın tespitine kadar pek çok değişene bağlı olarak farklı özellikler gösterebilir.¹¹¹⁹ Önemli olan ilk aşamada hâkimin, keşifte ihtiyaç duyulacak yardımın yalnız fiziki bir aracın yardımı mı yoksa bu fiziki aracı kendisi için hazır hale getirecek bir insan yardımı mı olduğunu tespit etmesidir. Daha önce de değinilmiş ayrık bir olasılık olarak, örneğin bir mahkeme hâkiminin fiziksel engeli nedeniyle belirli bir duyuyu algılayamaması durumunda hem maddi hem de kişisel yardımcıların aynı anda kullanılması da düşünülebilir.¹¹²⁰ Elbette iki tür yardımcının bir arada kullanılması için tek örnek bu değildir. Başka örnekler de bulunabilir. Fakat her aracı kullanıldığında, keşfin karakterinin hâkimin bizzat duyuşal inceleme yapmasını

¹¹¹⁶ Greger FS Stürner, s. 289, 290, 297 f. Burada örnek olarak Google Earth ve Streetview web sitelerinden bahsedildiği ifade edilmektedir. Ayrıca bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 198, 199.

¹¹¹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 417.

¹¹¹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 417. Bkz. II. bölüm, I, A.

¹¹¹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 502.

¹¹²⁰ Bu örnek, hâkimin duyuşal algısı bahsinde incelenmişti. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. I. bölüm, III, A.

gerektirdiği unutulmamalıdır.¹¹²¹ Öte yandan, fiziki keşif yardımcıları, görsel algının hâkim için temelde mümkün olan duyuusal algının ötesine geçmesi halinde de kullanılabilirler. Bu durum hem bir hâkimin duyu gücünün azalması hem de görsel algının genel olarak insanın duyu algısını aşması halinde söz konusu olabilir. Burada da daha önce değinilmiş olan elektronik mikroskopla inceleme örneği verilebilir. Neticede elektronik mikroskopla yapılan inceleme bir görsel keşif incelemesinden ibarettir ancak uygun nesnel araçların kullanımı olmadan görülmeleri mümkün olmaz.

Bununla birlikte, klasik keşif nesneleri söz konusu olduğunda, yardımcı araçların kullanımı nedeniyle duyuusal algının doğrudanlığı bir ölçüde kaybedilebilir. Ancak bu her zaman doğrudanlıktan tamamen uzaklaşılması olarak algılanmamalıdır. Belirli nesnel yardımcılarının kullanılması durumunda, doğrudanlığın ihmal edilmesinden kaynaklanan daha düşük güvenilirliğe rağmen, yardımcılarının kullanımını haklı çıkaran avantajlar ısrarlı bir biçimde vurgulanmaktadır.¹¹²²

Buna ek olarak, mahkeme, yardımcı araçlar kullanıldığında herhangi bir keşifte olduğu gibi, kendisine yardımcı olması için bilirkişiyi her zaman çağırabilir. Yani bilirkişi ve nesnel keşif yardımcısı keşifte bir arada yer alabileceği gibi, bazen yalnız içlerinden biri de yeterlidir. Burada ifade etmek gerekir ki keşif sırasında bu tür yardımcılarının kullanımı Alman Medenî Usûl Kanununda sadece kısmen düzenlenmiştir. Bunlar, keşif için görevlendirilen hâkimler, yardımına başvurulun bilirkişiler ve Kanunda düzenlenmeyen diğer araçlar olmak üzere üç tür olarak sayılırlar.¹¹²³ Aşağıda bazı hallerde bu ayrımlara dahil edilen, bazı hallerdeyse bunlardan herhangi birine tam olarak dahil edilemeyen ve ayrı bir sınıf olarak kabul edilmesine dair önerilerde bulunulan teknik yardımcılarının kullanımından söz edilecektir.

¹¹²¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 417.

¹¹²² Drehsen, **Augenschein**, s. 417.

¹¹²³ Drehsen, **Augenschein**, s. 503.

(3) Fiziki/Teknik Yardımcıların Kullanımı

Sadece salt görsel ve/veya salt işitsel algılar söz konusu olduğunda ve keşif konusunun doğrudan duyuşsal olarak algılanması bir şart olarak görülmediğinde, keşif aracısı kişiler yerine, uygun bir maddi (fiziki) yardımcının¹¹²⁴ kullanılması da düşünülmektedir. Bunun için çeşitli düzenlemelere bakıldığında, genellikle öngörülenin bir bilirkişiye danışılması olduğu görülmektedir.¹¹²⁵ Ancak, teknik ilerleme nedeniyle bu yardımcı kişinin adı ve niteliği değişebilmektedir. Yani bu kişi Kanun öngörmemiş olsa bile mutlaka bilirkişi olmak zorunda değildir.

Örneğin, Alman hukukunda ilginç bir olay örneği olarak, su altı kameralarıyla donatılmış uzaktan kumanda edilebilen bir dalış kapsülü verilmiştir. Bu halde bir araç olarak bu kapsül sadece dar anlamda incelenecek batık bir gemi söz konusu olduğunda kullanılabilir.¹¹²⁶ Bu tür yardımcı araçların yargıda kullanılmasının çok fazla zaman alacağı yönünde bir eleştiri dile getirildiğinde, buna karşılık şu söylenmektedir: Örneğin bizzat bir dalgıç olan kişiye başvurulması da belirli bir zaman ve çaba gerektirmektedir. Fiziki yardımların adli süreçlerde kullanımı bir imkânsızlığı ortadan kaldırıyorsa, fiziki yardımcıları öncelikli olarak tercih edilmelidir. Yalnız geleneksel yöntemlerden uzaklaşmamak için, bir veya daha fazla bilirkişinin atanmasına ve birden fazla sübjektif bakış açısının yargılamaya dahil edilmesine mesafeli yaklaşmak gerekmektedir.¹¹²⁷

¹¹²⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 503.

¹¹²⁵ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342. Ayrıca bu yönde bkz. III. bölüm, I, A ve B.

¹¹²⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 459.

¹¹²⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 459.

Objektif yardımların, yani fiziki yardımcılarının etkili yargısal kullanımı mümkünse, fiili imkânsızlık artık yoksayılmış gibi dahi düşünülebilir.¹¹²⁸ Yani objektif yardımcılar aracılığıyla keşifteki imkânsızlık halleri ortadan kaldırılabilir. Öte yandan, objektif yardımcılar keşifte kullanımı sistemli ve güvenilir bir şekilde mümkün hale gelebilirse, hukuki imkânsızlık hallerinin de ortadan kaldırılması mümkün olabilir.¹¹²⁹ Bu yaklaşım keşifte elektronikleşmeyi ve yardımcı araçların yaygın kullanımını destekleyen bir bakış açısını temsil eder.

Buna karşın diğer yaklaşım ise, bazı durumlarda, fiziki yardımcılarının kullanılmasının başka imkânsızlıklar doğurabileceği yönündedir. Örneğin, uç bir örnek olarak yukarıda bahsedildiği gibi batık bir gemide kamerayla donatılmış bir dalış kapsülü kullanılacaksa, bunun tedarik edilmesi veya kullanılması, keşif incelemesinin doğrudan bir dalgıca devredilmesine kıyasla çok daha zor, maliyetli ve zaman alıcı olabilir.¹¹³⁰ Bu nedenle usûl ekonomisi ve etkin hukuki koruma ilkelerinin ihlal edilme riski doğar.¹¹³¹

Örneğin, bir kirişin dengede olup olmadığını belirlemek için hâkim o kirişin üzerine çıkıp dengede durmaya çalışarak gözlem yapmaya uğraşmaz, bunun yerine bir su terazisi kullanarak sonucu kendi gözüyle görebilir. Bu halde bir yardımcı araç vesilesiyle keşif gerçekleştirilmiş olur.¹¹³² Bunun gibi, uzun saatler süren bir ses kaydının baştan sona soluksuz dinlenmesi hâkimden beklenemeyebilir. Hâkim yalnızca tekrar etmeyen, ilgili kısımları inceleyerek, geri kalanını keşif yardımcısının sonuç analizinden gözlemleyebilir. Burada, örneğin uzun bir ses dosyasının analiz edilmesinde yapay zeka keşif yardımcısının önemli bir rolü olabilir.¹¹³³

¹¹²⁸ Keşif yardımcılarının kullanımı bakımından imkânsızlık yaklaşımları aşağıda ayrıca ele alınmıştır. Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, v.

¹¹²⁹ Burada, aşağıda kısaca ele alınacağı gibi, yasal ve hukuki imkânsızlık hallerinden söz edilmektedir. Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, v, (2).

¹¹³⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 452.

¹¹³¹ Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 4. Ayrıca bkz. Haußleiter-Gomille, § 30 Rn. 18; Girth, s. 48ff. Drehsen, **Augenschein**, s. 452.

¹¹³² Drehsen, **Augenschein**, s. 452.

¹¹³³ Yapay zeka keşif yardımcısı hakkında bkz. III. bölüm, I, B, 3, a, ii.

Bu bağlamda keşifte kullanılan fiziki yardımcı araçlara başlıca örnekler olarak şunlar gösterilmektedir: Kameralar, ses kayıt cihazları, bilgisayarlar, taşınabilir mobil telefon ve benzeri cihazlar, konsollar, diğer akıllı cihazlar ve vücut kameraları gibi¹¹³⁴ teknik olarak gelişmiş yardımcı cihazlar. Temelde elektronik keşifte gerçekleşen eylem, çoğunlukla görsel olarak kaydedilen bir keşif nesnesinin bu yardımcılar aracılığıyla duyuşal olarak algılanmasıdır. Bu örneklerdeki yardımcı araçlar, genellikle keşif nesnesine ait suretlerin üretildiği veya görüntülendiği aparatlardır. Böylece görsel veya işitsel surette kaydedilen klasik ya da klasik olmayan keşif nesneleri, fiziksel bir yardımcı aracılığıyla, tıpkı klasik bir keşif nesnesi gibi incelenmektedir. Doktrinde, yardımcı aracılığıyla yapılan inceleme sonucunun, o nesnenin duyuşal algısıyla fiziksel olarak özdeş kabul edilebileceği ifade edilmiştir¹¹³⁵,¹¹³⁶.

Sonuç olarak bu yardımcıları genel anlamda elektronik bilgi taşıyıcılarını kapsamına alan geniş bir grup olarak düşünmek mümkündür¹¹³⁷. Özellikle elektronik veriler üzerinde keşifte hâkim incelemeyi bizzat gerçekleştirecekse, söz konusu veriyi görüntüleyebilmek için en az bir teknik yardımcıya ihtiyaç duyacaktır. Zira, hâkimin duyuşal algısına elektronik algı dahil değildir ve hâkim bu algıyı ancak teknik yardımcılar vasıtasıyla geliştirebilmektedir. Bu nedenle, hâkimin algısının bir yardımcı araç vasıtasıyla elektronik ortama taşınması gerekir. Bu sebeple, elektronik

¹¹³⁴ Bu yönde bkz. II. bölüm, I, A, B ve C.

¹¹³⁵ Drehse, **Augenschein**, s. 319. Dijitalleşme, minyatürleşme ve cep telefonları ile kombinasyon nedeniyle, kameralar artık günlük yaşamda neredeyse her yerde bulunmaktadır. Dijital fotoğrafların çekilmesi ve saklanması neredeyse hiç maliyet yaratmamaktadır. Bu nedenle gerçekleri açıklığa kavuşturmak için dijital fotoğrafların kullanımı artacaktır. Ancak kullanılabilirlik artarken, bu durum güvenilirlik için aynı derecede geçerli olmayacaktır. Dijitalleşme, düzenleme ve manipölasyon olanaklarını artırma ve bunların doğrulanabilirliğini azaltma etkisine sahiptir. Kameralar, görüntü işleme yazılımları, depolama ve bilgi işlem gücündeki gelişmelerle birlikte gerekli çaba azalmakta ve mükemmellik artmaktadır. Görüntünün bazı kısımları nispeten kolay bir şekilde kopyalanabilir ve özellikle değiştirilmiş veya yeni oluşturulmuş bir dijital fotoğrafa eklenebilir. Bu yönde bkz. Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157. Mobil telefonlar ve elektronik bilgi taşıma ve üretme örnekleri için bkz. II bölüm, B, 2, e.

¹¹³⁶ Drehse, **Augenschein**, s. 318, 419. Örneğin, stereoskop aleti Yargıtay kararlarında sık rastlanan bir teknik keşif yardımcısı örneğidir. Bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2015/2318, K. 2016/7551, T. 7.10.2016, (kazanci.com).

¹¹³⁷ Veri ve veriyi elektronik ortamda taşıyan/oyunatan/üreten elektronik bilgi taşıyıcıları daha önce ayrıntılı olarak ele alınmıştı. Bu yönde bkz. II bölüm, I, B.

belgeler üzerinde keşifte teknik keşif yardımcılarının kullanımının yaygınlaşması önemlidir.

(4) Keşif Yardımcılarının Doğrudanlık Bakımından İzin Verilen Uygulama Alanları

Keşif araçları ya da keşif yardımcıları, Alman Medenî Usûl Kanununda açıkça düzenlenmediğinden¹¹³⁸, hem kullanımları hem de kendilerine uygulanan kurallar bakımından yeknesaklık bulunmamaktadır. Keşif yardımcılarının kullanımının tam olarak açıklığa kavuşturulması, bunların izin verilen kullanım alanlarının yanı sıra, diğer delil yardımcıları ve delil araçlarıyla, örneğin uzman tanıklarla, tanıklarla ve bilirkişilerle ilişkilerinin de dikkate alınmasını gerektirir¹¹³⁹.

Keşif yardımcısının özellikle elektronik ortam keşiflerinde kullanımına duyulan ihtiyaç karşısında, Kanunda açıkça düzenlenmediğinden sadece bazı belli usûli enstrümanlarla çatışmadığı sürece kullanılabileceği değerlendirilmektedir. Her şeyden önce, keşif incelemesi sırasında keşifle ilgili hemen her değerlendirmede en başta anılan duyusal algının dolaysızlığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bunun nedeni, mahkemenin bir keşif yardımcısı kullanırken keşif konusunu genel olarak bizzat duyusal olarak algılamamasıdır¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; Drehsen, **Augenschein**, s. 454, s. 455; W/S-Ahrens § 372 Rn. 3; AK-ZPO-Rußmann § 372 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 78; Schilken, ZPR Rn. 517.

¹¹³⁹ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342. Keşif Yardımcıları ve bilirkişi arasındaki ilişki için ayrıca bkz. III bölüm, I, B, 3, b, vi. Ayrıca tanık ile bilirkişinin ve uzman tanığın aralarındaki ilişki, benzerlik ve sınırlar bakımından değerlendirmeler için bkz. Motzke, **Der Zeugenbeweis und der Sachverständigenbeweis**, s. 142 vd.

¹¹⁴⁰ WIS-Ahrens § 372 prg. 3; S/J-Berger § 355 prg. 13, 22; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 prg. 78; Girth s. 41 vd; Weth JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

Buradaki duyuşal algının dolaysızlığı kaygısı, bunun keşif incelemesinin belirgin bir karakteristik özelliği olmasından ileri gelir.¹¹⁴¹ Ayrıca yalnızca klasik keşif nesneleri söz konusu olduğunda¹¹⁴², nasıl ki bunlardan elde edilen kayıtların incelenmesi belirli nesnel yardımcıların kullanılması anlamına geliyor ve bu bir keşif incelemesi olarak kabul edilebiliyorsa, burada da benzer bir durum söz konusudur. Klasik keşif nesnelerinden elde edilen kayıtların incelenmesinde nasıl ki doğrudanlık belli bir ölçüde göz ardı edilebiliyorsa¹¹⁴³, burada da benzer bir hal olduğu ve sonuç olarak esaslı bir sorun bulunmadığı belirtilmektedir.¹¹⁴⁴

Neticede keşif yardımcısının kullanılması, keşif incelemesini doğal olarak dolaylı hale getirir de bu dolaylılık, belirli ilkelerle ve diğer usûlü enstrümanlarla desteklenebildiği ölçüde yine de kabul edilebilir. Burada önemli olan bir denge kurabilmektir. Bu bağlamda iki önemli hukuki enstrüman kullanılarak - keşif araçlarının doğrudanlığı esnetilse dahi - doğru bir yasal zemine oturtulacak şekilde uygulanmasında bir beis görülmemektedir. Bunlardan ilki, gerçeğe ulaşma amacı bağlamında, kanunda açıkça düzenlenmemiş olan keşif yardımcıları için olaya uygun başkaca hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasıdır. Diğer i se, keşif malzemesinin hâkim tarafından aracısız algılanmasında bir imkânsızlık bulunması ve daha iyi ya da ideal bir keşif incelemesinin mümkün olmaması düşüncesidir. Bu iki hal söz konusu olduğunda, keşif yardımcıların, keşif için izin verilen uygulama alanlarının içinde kalacağı ifade edilmektedir. İşte özellikle elektronik veriler bakımından ortaya çıkan ihtiyacın, bu iki yaklaşım çerçevesinde keşif araçlarının yardımıyla karşılanabileceği düşünülmektedir.

Bununla birlikte, Alman hukukunda delillerin toplanmasının tamamen keşif yardımcılarına devredilmesinin, Alman Medenî Usûl Kanununun 355. maddesinin 1. fıkrası uyarınca delillerin toplanmasının doğrudan doğruyalığı ilkesiyle çelişme riskini beraberinde getirdiği de ifade edilmektedir.¹¹⁴⁵ Bu ilkeye göre, ilk derece mahkemesi

¹¹⁴¹ S/J-Berger, § 355 prg. 13, 22.

¹¹⁴² Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 78

¹¹⁴³ Girth, **a.g.e.**, s. 41 vd.

¹¹⁴⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 453; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 78.

¹¹⁴⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 452, 453.

delilleri - ve dolayısıyla görsel delillerden olan keşif delilini de - kendisi toplamalıdır ve sadece istisnai durumlarda delil toplama işini başkalarına devredebilmelidir. Bunun temel örnekleri de yukarıda belirtildiği gibi, keşfin görevlendirilmiş veya talep edilmiş bir hâkime nakledilmesi.¹¹⁴⁶ veya örneğin yargı yetkisinin dışında kalan bir yerde delil toplanması durumunda (örneğin yabancı bir ülkede bulunan tanığın dinlenmesi)- yetkili makama.¹¹⁴⁷ bu yetkinin devredilmesidir.¹¹⁴⁸

Alman Medenî Usûl Kanununun 372. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, mahkeme herhangi bir özel şart olmaksızın, delillerin toplanmasını her zaman heyetçe görevlendirilen üye hâkime veya keşif konusunun bulunduğu yere göre yardımı talep edilen bir hâkime devredebilir.¹¹⁴⁹ Ancak Kanunun 372. maddesinin 2. fıkrası yalnızca bu tür hâkim yardımcılarında bahseder, fakat diğer keşif aracısı kişilerden bahsetmez.¹¹⁵⁰

Alman Medenî Usûl Kanununun 372. maddesinin 2. fıkrasından, *a minore ad maius*.¹¹⁵¹ sonucuna varılarak, mahkemenin delillerin toplanmasını her zaman araçlara devredebileceği sonucuna da varılamaz. Çünkü delillerin doğrudan toplanmasına ilişkin istisnalar Alman Medenî Usûl Kanununun 355. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin lafzına dayanılarak dar şekilde yorumlanmaktadır.¹¹⁵² Kanunda açıkça düzenlenmiş bilirkişiler dahi yalnızca delillerin toplanmasına yardım için çağrılabilir. Ancak delil toplama ya da değerlendirme işi tamamen onlara devredilemez.¹¹⁵³

¹¹⁴⁶ Weth, JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁴⁷ Weth, JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁴⁸ Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 372 (2) maddesi uyarınca, mahkeme herhangi bir özel şart olmaksızın delillerin toplanmasını heyetçe görevlendirilen üye hâkime veya keşif konusunun bulunduğu yere göre yardımı talep edilen bir hâkime devredebilir. Ancak Kanunun 372. maddesinin 2. fıkrası yalnızca bu tür hâkim yardımcılarında bahseder, fakat diğer keşif aracısı kişilerden bahsetmez. Bu yönde bkz. 202 dn., 203 dn. Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁴⁹ Weth, JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁵⁰ Weth, JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁵¹ *A minor ad maius*, daha küçükten daha büyüye doğru akıl yürütme metodunu ifade eden latince bir terimdir. Türk Hukukundaki "evleviyetle uygulanma" ile benzerdir.

¹¹⁵² Drehsen, **Augenschein**, s. 452, 453.

¹¹⁵³ A. Bernhardt § 37 s. 240; Girnth, a.g.e., s. 41 vd.

Sonuç olarak delillerin toplanmasına ilişkin ilkeleri odağına alan tartışmalar neticesinde; keşif yardımcısının kullanılmasının, delillerin toplanmasının doğrudanlığını etkilemediği sonucuna ulaşılmaktadır.¹¹⁵⁴ Çünkü, keşif yardımcısının yargılamaya sağlayacağı katkı, ilkeler bakımından alınacak riski karşılayacak değerde görülmektedir.¹¹⁵⁵

Bunun nedeni, mahkemenin ispat faaliyetinin konusu olan vakıaları en yakından yansıtan delili tercih etmesi gerektiğinin kabul edilmesidir. Bu anlamda bir keşif yardımcısı kullanılmasına rağmen yine de yapılan inceleme bir “adli keşif muayenesi”¹¹⁵⁶ olarak kalacağından, ispatlanacak vakıaları en yakından yansıtan delilin çeşidinde bir değişiklik olmamaktadır.¹¹⁵⁷ Yani, vakıayı ispata yarayacak dava malzemesinin yapısına en uygun delil keşif deliliyse ve bu keşif bir keşif yardımcısıyla yapılsa dahi bile, bu durum onun halen bir keşif delili olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Hâkimin doğrudan bilgi elde etmek için elindeki en güçlü aracın keşif olarak görülmesi, keşif delili lehine yorum yapılmasının önemli dayanaklarından birini oluşturmaktadır.

iii. Keşif Yardımcısı Olan Kişiler (Keşif İncelemesinde Diğer Kişilerin Yardımı)

(1) Keşif Yardımcısı

Keşif yardımcıları yukarıda sözü edilen fiziki araçları da kapsamına alan geniş bir terim olsa da, esasında keşif yardımcıları dar anlamda keşfe yardım eden kişileri

¹¹⁵⁴ WIS-Ahrens § 372 prg. 3; S/J-Berger § 355 prg. 13, 22; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 78; Girth, s. 41 vd; Weth, JuS 1991, s. 34; Drehsen, **Augenschein**, s. 453.

¹¹⁵⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 452, 453.

¹¹⁵⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 452, 453.

¹¹⁵⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 454, 455.

ifade etmektedir. Buna göre bir keşif yardımcısı dar anlamda kişisel bir yardımcı olarak kabul edilebilir; bir başka ifadeyle bunu keşif asistanı olarak adlandırmanın da yanlış olmayacağı dile getirilmiştir.¹¹⁵⁸ Türk hukukunda henüz böyle bir sınıflandırma yapılmamış olsa da dar anlamda keşif yardımcısı kişileri, bilirkişilerden ayırt etmek için “teknik keşif müşaviri”, “teknik keşif yardımcısı”, sadece “keşif yardımcısı” ya da “keşif aracı” kavramları önerilebilir.¹¹⁵⁹

Keşif yardımcısı kişilere önemli bir örnek olarak, işin esasına bakan mahkeme dışındaki hâkimler gösterilmektedir. Bu noktada mahkeme heyet halinde çalışıyorsa üyelerden birinin görevlendirilmesi mümkündür.¹¹⁶⁰ İkinci ihtimalde ise, keşif konusunun mahkemenin yargı çevresi dışında bulunması halinde istinabe yoluyla bir başka mahkeme hâkiminden keşif yapılması talep edilir. Bu iki halde de delillerin toplanmasının görevlendirilen veya talep edilen bir hâkime devredilmesi tamamen mahkemenin takdirindedir.^{1161, 1162}

Tanıklar, özellikle yerinde keşif incelemesi için davet edilirlerse, genellikle olay yerinde dinlenirler. Bu durumda, tanıkların sorgulanması tanıkların bulunduğu yerde yapılır.¹¹⁶³ Bu halde bir görüşe göre, tanıkların dahi keşif yardımcısı olarak

¹¹⁵⁸ W/S-Ahrens, § 372 Rn. 3; AK-ZPO-Rüßmann, § 372 Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 78; Schilken, ZPR Rn. 517. Dn.198 Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 4. Ayrıca bkz. Haußleiter-Gomille § 30 Rn. 18; Girth s. 48ff; Drehsen, **Augenschein**, s. 452.

¹¹⁵⁹ Keşif yardımcısına ilişkin olarak, keşif yardımcısı ve bilirkişi ayırımına işaret eden bir görüş, halihazırda ceza yargılamasında dile getirilmiştir. Buna göre ses kayıtlarının dinlenerek metin haline getirilmesine yardım etmek için görevlendirilen bir kişinin, bilirkişi olarak anılmasının doğru olmayacağı, zira yapılan işin esasında teknik bilgi gerektirmediği, hatta yerine göre mahkemenin kendisince de yerine getirilebileceği ve bu nedenle bu kişinin gördüğü fonksiyonun bilirkişi değil, keşif yardımcısı niteliğinde olduğu ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Yıldız, **Keşif ve Yer Gösterme**, s. 140; Aşık, **Keşif**, s. 97, dn. 268.

¹¹⁶⁰ Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 8; Jäckel, Rn. 438; Musielak/Stadler, Beweisrecht Rn. 124; 48. Ayrıca bkz. WIS-Ahrens § 361 kenar no. 18 ff; S/J-Berger § 361 kenar no. 3; Zöllner, **ZPO**, § 361 kenar no. 2; Heinrich, ZPO, § 361 Rn. 4; P/G-Lindner § 361 Rn. 2; T/P-Reichold § 361 Rn. 1; AK-ZPO-Rüßmann 361 § Rn. 1; Zöllner, **ZPO**, § 372 Rn. 2; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 372 Rn. 5; Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 8; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 75.

¹¹⁶¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 420, 421.

¹¹⁶² Drehsen, **Augenschein**, s. 420, 421; Zöllner, **ZPO**, § 371 Rn. 8; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 372 Rn. 4; Schulze MDR 1995, 670, 671. 57 WIS-Ahrens 361 § Rn. 14; S/J-Berger 361 § Rn. 4; Heinrich, ZPO, § 361 Rn. 5; P/G-Lindner 361 § Rn. 2, 4; AK-ZPO-Rüßmann §361 Rn. 2; HK-ZPO-Siebert § 361 Rn. 2; Musielak/Voit, **ZPO**, § 361 Rn. 2f; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 72.

¹¹⁶³ Drehsen, **Augenschein**, s. 420. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2011/7900, K. 2012/255,

konumlandırılması mümkündür.¹¹⁶⁴ Keşifte aldıkları role ve hâkime ne derece yardımcı olduklarına göre böyle bir değerlendirme yapılabileceği savunulmaktadır. Ancak bu yaklaşım başka problemlere yol açabilir. Çünkü tanık, başlı başına bir ispat aracıdır, bu nedenle bir kişinin hem keşif yardımcısı hem tanık olarak kabul edilmesi, karışıklığa sebebiyet verecektir. Yine de keşifte yardım anlayışı daha geniş anlamda kabul edildiğinde, tanıklar dahi yerine göre keşif yardımcısı kişiler olarak anılabilmektedir.

Şimdiye kadar sayılan yardımcılarının yanında tamamen teknik destek ihtiyacına yönelik olarak başvurulmuş ancak bilirkişi olarak da her zaman adlandırılmayan kişilerden de söz edilmektedir. Örneğin, bir bilgisayar programının kodları üzerinde inceleme yapılması gerektiğinde, bu kodu yazmayı bilen kişilerin yardımına başvurulması gerekebilir.¹¹⁶⁵ Bu konuya ilişkin bir örnekte, bir yazılım şirketinin rakip yazılım şirketiyle arasında gelişen ortak kaynak kodu oluşturulması vakıası verilmiştir.¹¹⁶⁶ Buna göre, yazılım şirketinin, diğer şirketin geliştirdiği programın kodlarını izinsiz olarak kullanıp kullanmadığı vakıasının aydınlatılması için, en faydalı bilgiyi halihazırda o kodu yazmış olan yazılım mühendisi, sistem analisti gibi kişilerin kendilerinin verebileceği ifade edilmiştir.¹¹⁶⁷ Bu kişilere başvurulması keşifte yardımcı kişilerden sayılmaları anlamına gelir. Elbette diğer tarafın bu kişilerin keşfe katılmasına rıza göstermemesi ihtimali her zaman vardır. Ancak, bu ihtimalde de anılan kişilere uzman görüşü kapsamında başvurulması mümkündür. Hatta bu halde, anılan uzmanların dava açılmadan önce dahi yapacakları incelemeyle davanın aydınlatılmasına katkı sağlayabilecekleri belirtilmiştir.¹¹⁶⁸

T. 23.1.2012, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

¹¹⁶⁴ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342. Taşınmazın kadim yol mu yoksa kadastro sonrasında bırakılan bir yol mu olduğunun kendilerine (tanıklara) sorularak açıklığa kavuşturulması ve beyanlar arasında çelişki bulunduğu takdirde 261/1 maddesi gereğince çelişkinin giderilmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/1000, K. 2012/1911, T. 19.3.2012, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

¹¹⁶⁵ Kıyak, **Kaynak Kodu**, (jurix.com), (Erişim Tarihi: 24.04.2023).

¹¹⁶⁶ Kıyak, **Kaynak Kodu**, (jurix.com), (Erişim Tarihi: 24.04.2023).

¹¹⁶⁷ Kıyak, **Kaynak Kodu**, (jurix.com), (Erişim Tarihi: 24.04.2023).

¹¹⁶⁸ Kıyak, **Kaynak Kodu**, (jurix.com), (Erişim Tarihi: 24.04.2023).

Yukarıda söz edilen uzmanların bilgisine yerine göre yalnızca tanık olarak başvurulabilir.¹¹⁶⁹ Örneğin, kodu yazan ya da o yazılımın herhangi bir aşamasında rol almış kişilerin bizzat elde ettiği bilgiler yargılama için faydalı olacaksa, tarafların iddia ve savunmaları doğrultusunda bu kişilerin tanıklığına başvurulabilir. Böyle bir ihtimalde tanığın yazılıma ilişkin detaylı bilgiler içeren ifadesinin de hâkim için anlaşılması zor, teknik bilgiler içermesi muhtemeldir. Bu halde hâkimin, tanığın beyanını değerlendirmek için, örneğin tanığın söz ettiği yazılımdaki hataya neden olan hata şablonları üzerinde kendi bilgisi yeterliyse keşif incelemesi yapmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.¹¹⁷⁰ Ancak hâkim için tanığın beyanı ayrı bir incelemeyi gerektirmekle birlikte, aynı zamanda kendi başına anlayamayacağı özellikteyse bu halde hâkimin yine de bir bilirkişi ya da genel anlamda bir keşif yardımcısına başvurması gerekebilecektir.¹¹⁷¹

Burada, keşif yardımcısına dair Türk hukukundan verilebilecek birkaç örnek, özellikle hava fotoğrafları ve taşınmazlara ilişkin elektronik kayıtların incelenmesiyle ilgilidir. Örneğin, Yargıtay bir kararında özetle tapu kayıtlarının bulundukları yerlerden getirtilerek dosyaya eklenmesi, ondan sonra yapılacak keşifte hava fotoğraflarıyla komşu parsellere ait tapu kayıtlarının jeodezi ve fotoğrametri uzmanı aracılığıyla zemine uygulanması, hava fotoğraflarının çekildikleri tarihlere göre taşınmazın arpa, buğday vs ekilen kültür arazisi niteliğinde bir yer olup olmadığı, çayır niteliğinde bulunup bulunmadığı, hava fotoğraflarına göre davaya konu yerin "kumsal" olarak görülüp görülmediği ya da hangi nitelikte bulunduğu konularında inceleme yapılması, hava fotoğraflarının stereoskopik aletle ve üç boyutlu olarak incelemeye tabi tutulması, komşu kayıt ve belgelerin taşınmaz yönünü ne gösterdiği üzerinde durulması, teknik bilirkişiye krokisi üzerinde işaret ettirilmesinin sağlanması, HMK'nın 290. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca taşınmazın yakın plan ve panoramik

¹¹⁶⁹ Christoph Zahrnt, "Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware", **NJW**, 2002, s. 1531-1535, s. 1533.

¹¹⁷⁰ Bu yönde bazı kararlar için bkz. NJW-RR 1998, 1274 = ECR OLG 261 = CR 1997, 732; BGH, ECR BGH 26; OLG Köln, NJW-RR 1992, 1328 = ECR OLG 105 = CR 1992, 544. Ayrıca bkz. Zahrnt, **Standardsoftware**, **NJW**, 2002, s. 1533.

¹¹⁷¹ Zahrnt, **Standardsoftware**, **NJW**, 2002, s. 1533.

fotoğraflarının konunun uzmanı kişi tarafından çektilirerek dosya arasına konulması gerektiğine işaret etmiştir ¹¹⁷².

Ayrıca burada dikkat çeken bir husus hâkimin keşif için fotoğrafçı görevlendirebilmesidir. Bu bir keşif yardımcısı örneğidir. Örneğin Yargıtay bir kararda, keşfin yapılması için, bir fotoğrafçı aracılığıyla raporlarda belirtilen hususların somutlaştırılması için taşınmaz ve çevresini tüm yönleriyle gösterecek şekilde yakın plan fotoğrafları çektilirip fotoğraflar üzerinde çekişmeli taşınmazın kabaca işaretlettirileceği ¹¹⁷³ keşfi izlemeye olanak sağlayacak ve bilirkişi raporlarını

¹¹⁷² Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/502, K. 2012/6647, T. 2.7.2012, (kazanci.com); Yargıtay 16. HD, E. 2013/5057, K. 2013/5639, T. 16.5.2013, (kazanci.com). Yargıtay kararlarında sıklıkla hava fotoğraflarının keşifteki önemine vurgu yapılmakta, hatta bunlara başvurulmaksızın hüküm verilmiş olması sıklıkla tek başına bozma sebebi sayılmaktadır. Örneğin, bir başka karara göre bir yerin niteliğini en iyi belirleme yöntemi hava fotoğrafı uygulamasıdır: “kadaastro tespiti 2005 yılında yapıldığına göre, bu tarihten geriye doğru en az 20-30 yıl öncesine ait (1975-1985 yılları arası) iki ayrı zamanda çekilmiş yüksek çözünürlüklü hava fotoğraflarının Harita Genel Komutanlığı'ndan, aynı tarihler arasında düzenlenen fotoplan, fotometrik ve fotogrametrik paftaların ise, İl Kadaastro Müdürlüğü'nden getirtilerek dosya arasına konulması, yeniden yapılacak keşifte Uzman Bilirkişi, Jeodezi ve Fotogrametri Uzmanı Mühendis, Teknik, Yerel Bilirkişi ve tanıklar aracılığıyla uygulanması, hava fotoğraflarının çekildikleri, Kadaastro Müdürlüğü'nden gelen paftaların ise, düzenlendikleri (1975-1985) tarihlere göre dava konusu taşınmaz bölümlerinin kültür arazisi niteliğinde bulunup bulunmadığı, imar-ihyasının tamamlanıp-tamamlanmadığı veya hangi nitelikte bulunduğu konusunda uzman bilirkişilerden tarafların ve Yargıtay'ın denetimine açık gerekçeli rapor alınması” bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/8610, K. 2013/3738, T. 18.3.2013, (kazanci.com). Benzer şekilde taşınmazın kadim mera olup olmadığının tespiti bakımından hava fotoğrafları ve kadaastro paftalarına başvurulması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/13182, K. 2012/12734, T. 20.12.2012, (kazanci.com).

¹¹⁷³ HMK'nın 290/2. maddesi uyarınca birlikte keşfe götürülecek bir fotoğrafçı aracılığıyla taşınmaz ve çevresinin yakın plan ve panoramik fotoğrafları çektilirip, sınırları da kabaca işaretlenerek, mahkemece onaylandıktan sonra dosya arasına konulmalıdır. Bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2015/17244, K. 2015/12065, T. 19.10.2015, (kazanci.com). Benzer bir kararda, kaya ve benzeri yerlerin oyulmak suretiyle mekan ve benzeri yerler haline getirilmesi (devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan kayalık niteliğindeki yerlerin zilyetlik imar ve ihya yoluyla kazanılamayacağı - kazandırıcı zamanaşımı zilyetliğine dayalı tescil): doğru sonuca varılabilmesi için dava tarihine göre geriye doğru 15-20-25 yıl öncesine ait beşer yıllık evreler halinde üç ayrı dönemde çekilmiş yüksek çözünürlüklü hava fotoğraflarının harita genel komutanlığından, aynı tarihler arasında düzenlenen fotoplan, fotometrik ve fotogrametrik paftaların ise, il kadaastro müdürlüğü'nden getirtilerek dosya arasına konulmalı, taşınmazın farklı tarihlerde çekilmiş uydu fotoğrafları temin edilmeli, bundan sonra taşınmaz başında jeodezi ve fotogrametri uzmanı harita mühendisi bilirkişisi ve 3 kişilik ziraat mühendisinden oluşturulacak bilirkişi kurulu huzuruyla yeniden keşif yapılmalı, keşif sırasında dinlenilecek tarafsız yerel bilirkişiler ve taraf tanıklarından taşınmazların öncesinin ne olduğu, taşınmaz üzerinde zilyetliğin bulunup bulunmadığı, varsa hangi tarihte ve ne zaman başladığı, zilyetliğin sürdürülüş biçimi, kimden kime ve nasıl intikal ettiği, imarihyaya konu olmuşsa hangi tarihte başladığı ve bittiği hususları etraflıca sorulup maddi olaylara dayalı olarak açıklattırılmalı, jeodezi ve fotogrametri mühendisi bilirkişiden hava fotoğrafları ve uydu fotoğrafları üzerinde streoskopik inceleme yaptırılmalı, ziraat bilirkişileri kurulundan çekişmeli taşınmazın belirtilen dönem içindeki niteliği ve kullanım durumunu kesin olarak belirleyen rapor alınmalı, hmk'nın 290/2. maddesi uyarınca birlikte keşfe götürülecek bir fotoğrafçı aracılığıyla taşınmaz ve çevresinin yakın plan ve panoramik fotoğrafları çektilirip taşınmazların sınırları fotoğraflar üzerinde gösterilip mahkemece onaylandıktan sonra dosya arasına konulmalı, ondan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre bir karar verilmelidir. Bu yönde bkz. Yargıtay 16.

denetlemeye yardımcı olacak sayıda fotoğraf çektilirerek dosyaya konulması gerektiğine işaret etmiştir.¹¹⁷⁴ Yine bir başka kararda hem hava fotoğraflarının hem de zemin fotoğraflarının önemi vurgulanarak, çekilmeli taşınmazın eğimi, niteliği, toprak yapısı, bitki örtüsü, taşınmaz üzerindeki ağaçların cinsi, adedi ve yaşı, taşınmazın imar-ihyasının hangi tarihte tamamlandığı, taşınmaz üzerinde ekonomik amaçlı zilyetliğe ne zaman başlanıldığını ve taşınmazın kullanım durumunu kesin olarak belirleyen bilimsel verilere dayalı, önceki ziraat bilirkişi raporunu da irdeleyen ve sınırındaki taşınmazlarla mukayese edilecek şekilde ayrıntılı görsellerin elde edilmesi ve incelenmesi gerektiğine hükmedilmiştir.¹¹⁷⁵ Bu örneklerin özellikle elektronik kayıtlar üzerinde keşif anlayışı yaygınlaştıkça daha da artması ve çeşitli hale gelmesi muhtemeldir.¹¹⁷⁶

(2) Bilirkişi

Keşifte kullanılan yardımcılarından söz edildiğinde, esasında akla ilk gelen bilirkişilerdir. Hatta hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu hem Alman Medenî Usûl Kanununda hem de İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda keşif delili düzenlenirken, hâkimin keşifte dilerse bilirkişinin desteğine başvurabileceği hüküm

HD, E. 2014/4703, K. 2014/2577, T. 13.3.2014, (kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yargıtay, 16. HD, E. 2014/171, K. 2014/969, T. 10.2.2014, (kazanci.com); Yargıtay 8. HD, E. 2012/11129, K. 2013/5608, T. 12.4.2013, (kazanci.com).

¹¹⁷⁴ Yargıtay 14. HD, E. 2013/8061, K. 2013/9338, T. 19.6.2013, (kazanci.com).

¹¹⁷⁵ Yargıtay 8. HD, E. 2014/22222, K. 2016/6018, T. 4.4.2016, (kazanci.com); Yargıtay 16. HD, E. 2015/20258, K. 2016/2058, T. 1.3.2016, (kazanci.com). Ayrıca imar planlarının keşif yoluyla incelenmesi bakımından bkz. Yargıtay HGK, E. 2015/14-117, K. 2015/2423, T. 4.11.2015, (kazanci.com).

¹¹⁷⁶ Yargıtay 16. HD, E. 2015/7475, K. 2017/4812, T. 20.6.2017, (kazanci.com). Benzer şekilde, taşınmazın temyize konu kısmının toprak yapısı ve niteliğinin, zilyetliğin sürdürülüş şekli, üzerindeki ağaçların yaşı hususlarında ayrıntılı, gerekçeli denetime elverişli, bilimsel rapor alınmalı, HMK'nın 290/2. maddesi uyarınca birlikte keşfe götürülecek bir fotoğrafçı aracılığıyla raporlarda belirtilen hususların somutlaştırılması için, taşınmazlar ve çevresini tüm yönleriyle gösterecek şekilde taşınmaz ve çevresinin yakın plan fotoğrafları çektilirip fotoğraflar üzerinde çekilmeli taşınmaz ve davacıların kullandığını iddia ettiği temyize konu kısım ayrı ayrı fen bilirkişisine işaretletirilmeli ve bundan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2015/7347, K. 2017/3262, T. 9.5.2017, (kazanci.com); Yargıtay 8. HD, E. 2014/22222, K. 2016/6018, T. 4.4.2016, (kazanci.com); Yargıtay 16. HD, E. 2015/20258, K. 2016/2058, T. 1.3.2016, (kazanci.com). Ayrıca imar planlarının keşif yoluyla incelenmesi bakımından bkz. Yargıtay HGK, E. 2015/14-117, K. 2015/2423, T. 4.11.2015, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

altına alınmıştır. Bu nedenle aslında bilirkişi, keşif yardımcılarının Kanunda düzenlenmiş tipik bir mensubudur. Bilirkişi ve dar anlamda keşif yardımcısı ilişkisi aşağıda ayrıca ele alınacaktır. Keşfe yardımcı kişileri sayarken, geniş anlamda keşif yardımcılarının kapsamında, bilirkişilerin de bu sayımda yer aldığını belirtmek yeterli olacaktır.

(3) Taraf Keşif Yardımcılığı

Taraflar, ellerinde bulunan belgeleri Hukuk Muhakemeleri Kanununun 140. maddesinin beşinci fıkrasına göre, en geç ön inceleme aşamasında mahkemeye sunmuş olmalıdırlar. Ön inceleme aşaması, dilekçeler aşamasından sonra geldiğinden, tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları dava dosyasına sunulmuş, dilekçelerin değişimi aşaması tamamlanmış; özetle dava malzemesi dava dosyasına yığılmış olmalıdır. Taraflar, dayandıkları bilgi ve belgeler ellerinde değilse, bunların da getirtilmesini mahkemeden talep etmelidirler. İşte tüm bu taraf işlemleri, esasında tarafın mahkemenin ispat faaliyetindeki rollerini ifade eder. Bu rollerin taraflarca yerine getirilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına yardımdır. Bu yardımla taraf, aslında mahkemeye değil, kendi davasının ilerlemesine yardım etmektedir. Bu yardım, ispat yükü üzerinde olmayan tarafın yardım ve katkıda bulunma yükümlülüğünü de içinde bulunduran daha geniş bir yardımı ifade eder. Bu bağlamda, örneğin keşif incelemesinden önce bu belgelerin toplanması tarafların bir katkısı olarak hem zaman kaybını önler hem de keşfin daha sağlıklı gerçekleştirilmesine destek olur¹¹⁷⁷. Neticede ispata ulaşmada taraflarca getirilme ilkesiyle ve geniş anlamda tasarruf ilkesiyle bağlantılı olarak tarafların etkisiyle hâkimin işi bir ölçüde kolaylaşır¹¹⁷⁸.

¹¹⁷⁷ Aşık, **Keşif**, s. 74.

¹¹⁷⁸ Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, (beck-online.de); Christian Möller, “Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens”, **JA**, 2010, s. 47-52, s. 48. *Bolayır*, tasarruf ilkesiyle hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesi arasında bağ kurarken, “davacı yoksa hâkim yoktur” kuralını mahkemeye erişim hakkı kapsamında ele almıştır. Bu yönde bkz. Nur Bolayır, **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulaması İlkesi**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 71 vd., 76.

Bu yaklaşım, tarafların özellikle elektronik belgelerin incelenmesinde ve tespit edilmesinde hâkime yardımda ayrıca bir rol oynaması düşüncesini desteklemektedir.¹¹⁷⁹ Hâkim, örneğin dava dosyasında sunulmuş bir elektronik belgenin gerçeklik ve orijinallik kontrolünü yapıp yapmamaya tarafların katkısıyla takdiren karar verebilir. Bir elektronik belgenin yalnız bir çıktısı mahkemeye sunulmuşsa ve belgenin kendi aleyhine hususlar içermekte olduğunu bilen taraf, bu belgenin gerçekliğine ilişkin herhangi bir itirazda bulunmamışsa, bu halde hâkim o elektronik belgenin çıktısı üzerinden inceleme gerçekleştirebilir. Eğer elektronik belgelerin gerçekliği sorgulanmamışsa ya da o elektronik belge bakımından, hâkimin ayrıca elektronik ortamda keşif takdir etmesine sebep olacak başkaca bir husus bulunmazsa hâkim, tarafın -itiraz etmemek suretiyle- yaptığı yardımla keşif incelemesinin içeriğine karar verebilmektedir.

Burada bir başka nokta özellikle son yıllarda liberal medenî usûl anlayışının savunmakta olduğu, mahkemenin tarafların menfaatlerini dengelemesi beklentisidir.¹¹⁸⁰ Burada öncelikle tasarruf ilkesinden yola çıkılarak, taraflar aralarındaki uyuşmazlık konularından hangilerini mahkemeye sunmak istediklerine karar vermekte özgürdürler. Hatta burada münferiden özel hukuk uyuşmazlıklarında ortaya çıkacak şekilde; yalnızca tarafların bildiği, ancak mahkemenin bilmediği bir "hikâyenin ardındaki hikâye" de olduğu belirtilir.¹¹⁸¹ Buna göre, bu hikâye ardındaki hikâyeyi yalnız taraflar bilmekte ve görmektedir. Dolayısıyla taraflar iddia ve savunmalarını kurgularken bu hikayelerin ne kadarını mahkemeye yansıtacaklarına kendileri karar vermektedirler. Bu anlamda hâkimin tüm gerçeği gün ışığına çıkarma iddiası daha çok kamu hukuku karakterini haiz alanlarda, örneğin ceza davalarında haklı görülebilir. Ancak sübjektif hakları uygulamak için devletin bir hizmetini temsil eden medenî yargılamalarda ise bu durum geçerli değildir.¹¹⁸² Bu nedenle delillerin sunulmasında olduğu gibi incelenmesinde de hem taraf tasarruflarının hem de

¹¹⁷⁹ Brand, *Wahrheit und Gerechtigkeit*, (beck-online.de).

¹¹⁸⁰ Brand, *Wahrheit und Gerechtigkeit*, (beck-online.de).

¹¹⁸¹ Henckel, *Prozessrecht und materielles Recht*, 119 ff.; Paulus, *Zivilprozessrecht*, Rn. 311 ff.; Brand, *Wahrheit und Gerechtigkeit*, (beck-online.de).

¹¹⁸² Brand, *Wahrheit und Gerechtigkeit*, (beck-online.de).

yargılama içinde taraf usûl işlemlerinin; genel anlamda ispatta ve özel olarak keşifte yardımı söz konusudur.

Bu bağlamda, prensip olarak gerçekleri mahkemenin anlayacağı ve anlaşmazlığın konusunu sınıflandırabileceği şekilde sunmak taraflara kalmıştır. Keşif ve bilirkişi görüşü, tarafların yetersiz beyanlarının yerine geçmez. Bir kısmı ekonomik hayatta oldukça uzmanlaşmış olan tarafların (örneğin bir şirketler grubunun) bilgi avantajı o kadar büyük olabilir ki, mahkeme, tarafları doğru temsil etmesine ve titiz bir yargılama yürütmesine rağmen bilgi sahibi olamaz.¹¹⁸³

Sosyal yönü ağırlıkta olan davalarda, istisnaen mahkeme gerçekleri re'sen tespit etmek zorundadır. Bu durum da mahkemenin gerekli görüldüğü takdirde gerçeklerin tamamlanması için çalışması gerektiği anlamına gelir. Ancak söylendiği gibi, bu son derece istisnaen hukuk yargısında görülebilir. Örneğin, ticaret mahkemesi önündeki yargılamalarda, mahkemenin bu tür bir yardımına genellikle ihtiyaç duyulmaz. Çünkü zaten olguları en iyi bilen tarafların gerekli vakıa iddialarını da mahkemeye taşıyacak durumda oldukları varsayılabilir.¹¹⁸⁴

Özetle tüm bu düşünceler ışığında tarafların da yeri geldiğinde hâkimin keşif yardımcıları olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle elektronik belgelerin incelenmesinde bazı hallerde taraflar, diğer keşif malzemelerine kıyasla daha fazla rol oynayabilirler. Çünkü, inceleme nesneleri bazı hallerde son derece bireysel içerikler olabilmekte ve hâkimin bu içeriklere erişebilmesi ancak tarafın kendisinin yardımıyla mümkün olabilmektedir. Bu nedenle taraflar da birer keşif yardımcısı olarak görülmektedir.¹¹⁸⁵

¹¹⁸³ Leu, **ZPO Kommentar**, s. 1107, prg. 36.

¹¹⁸⁴ Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 1; Leu, **ZPO Kommentar**, s. 1107, prg. 36.

¹¹⁸⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 458. Ayrıca, hâkimin keşifte elde edeceği duyuşsal algılamaya, henüz oluşma aşamasındayken tarafların sirayet etmesi sözkonusu olabilmektedir. Böylece hâkimin yargılama içindeki duyuşsal algılamasına, tarafların karşılıklı olarak etki edebilmesi mümkün olur. Bu yönde bkz. Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93. Yeşilova, bu etkinin, silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde ve çekişme esasına uygun bir etki olduğunu vurgulamaktadır. Bu yönde bkz. Yeşilova, **Dava Dışı**, s. 93. Ayrıca bkz. Yeşilova, **Silahların Eşitliği**, s. 49 vd.; Atalı, **a.g.e.**, s. 153.

(4) Uzman Görüşü için Başvurulan Uzman Kişiler

Uzman görüşü Hukuk Muhakemeleri Kanununun 293. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaâ alabilmektedirler. Böylece taraflar da uyuşmazlığın aydınlanabilmesi ve anlaşılabilmesi bir uzman görüşüne başvurarak katkı sağlamış olurlar.¹¹⁸⁶ Hâkim, talep üzerine veya re'sen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine de karar verebilmektedir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir.

Alman hukukunda uzman görüşü bakımından iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, uzman tanığın raporunda ispat meselesini güvenilir bir biçimde çözüme kavuşturduğu hallerde, mahkeme bizzat bilirkişiye başvurmadan da uzman tanığın raporunu esas alabilir.¹¹⁸⁷ Diğer bir görüşe göre ise, mahkeme yine de bizzat bilirkişi atamak zorundadır. Burada uzman görüşünün varlığı halinde, bilirkişiye başvurulmamasına ilişkin bir yaklaşım sözkonusudur. Buradan yola çıkılarak, özellikle taraflarca getirilme ilkesinin usûl hukukundaki etkisinin giderek artması göz önünde bulundurulduğunda, uzman görüşü müessesesinin ispat bakımından daha fazla etki ve katkıya sahip olabilecek şekilde yer alabileceği bir uygulama düşünmek mümkündür. Bunun için de uzman görüşünün, her ne kadar bir çeşit taraf beyanı olarak görülse de¹¹⁸⁸, keşifte hâkime yardımcı olabileceği düşüncesine bir şans vermek

¹¹⁸⁶ Hakan Pekcanitez, “Özel Uzman Görüşü ve Değerlendirilmesi“, **Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 397-418, s. 398 vd.

¹¹⁸⁷ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 22 vd.; Aşık, **Keşif**, s. 175, 176.

¹¹⁸⁸ Leipold/Stein/Jonas, **ZPO**, § 402, Rdnr. 74 vd. **Pekcanitez**, özel bilirkişi raporunun hâkimin kanaatinin oluşması için bir yardım aracı olduğunu ifade eder. Ancak bu kişiler medeni usûl hukuku bakımından bilirkişi olarak kabul edilemezler. Bu yönde bkz. **Pekcanitez**, **Uzman Görüşü**, s. 395. İsviçre hukukunda da uzman görüşüne bakış şu şekildedir: Federal Yüksek Mahkeme, 11 Eylül 2015 tarihli ve 4A_178/2015 sayılı kararında, medenî yargı kapsamındaki yargılamalarda nelerin delil aracı olarak geçerli olduğuna açıklık getirmiştir. Bu karara göre, özel uzman görüşleri hukuk davalarında sadece taraf iddiaları olarak değerlendirilmiştir. Bu yönde bkz. Leonora Marti-Schreier, “Ein Privatgutachten ist kein Beweismittel nach Art. 168 Abs. 1 ZPO, sondern eine blasse

gerekir. Karmaşık davalarda elektronik dava malzemelerinin çözümlenmesinde ve anlaşılmasında uzman görüşü keşifte hâkime yardımcı olabilecektir. Böylece uzman görüşüne başvurulmuş uzman kişiler de yerine göre birer keşif yardımcısı olarak kabul edilebilir.

Ayrıca İsviçre hukukunda da uzman görüşüne ve uzman görüşünün delil faaliyetindeki yerine ilişkin esaslı tartışmalar bulunmaktadır. Ancak büyük çoğunlukla uzman görüşünün bir taraf beyanı gibi kabul edildiği ifade edilmektedir. Federal Konsey, konuyu değerlendirirken öncelikle İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun delil araçlarını sınırlamasının, esasında medenî usûl hukukunun amacı ve ilkeleri bakımından eleştirilebilir bir durum olduğunu belirtmiştir. Yani delil araçlarına ilişkin kapsamlı da olsa sınırlayıcı bir listenin kabul edilmesinin, ilk bakışta ispat hukukunun temel ilkelerine aykırı görüldüğünü kabul etmektedir. Ancak hukuki kesinlik ve adil yargılama gerekliliği, delillerin nasıl, ne zaman ve hangi araçlarla elde edileceğine ilişkin kanunda açık bir ifade bulunmasını gerektirmektedir.¹¹⁸⁹

Mahkeme tarafından verilen uzman görüşüne (İsviçre FMUK m. 168 paragraf 1 bent d) ek olarak, İsviçre’de Kanuna ilişkin ön taslakta özel uzman görüşüne de açıkça yer verilmiştir (İsviçre Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu 2003 ön taslağı m. 182). Ancak, istişare sürecindeki eleştiriler nedeniyle, daha sonra bu kanıt aracından vazgeçilmiştir. İşte bu nedenle özel uzman görüşleri, sistematik olarak delil çeşidi gibi kurgulansa da neticede çoğunlukla delil olarak değil, sadece taraf yardımcıları olarak muamele görmektedirler.¹¹⁹⁰ Ancak yargılamaya olan katkıları da son derece fazladır.

Parteibehauptung”, **Zeitschrift des bernischen Juristenvereins ZBJV**, 151/2015, s. 963-966, s. 963. Bu yönde ayrıca bkz. Andreas Galli, ”AJP 2016 S. 1687- Bundesgerichtliche Rechtsprechung 2015 (2. Teil)”, **Rechtsprechungs Panorama Zivilprozessrecht**, Aktuelle Juristische Praxis, 2016, s. 1687-1708, s. 1702.

¹¹⁸⁹ İspat hukukunun temel ilkelerinden söz ederken, örnek olarak m. 157 gereği ispat hakkı ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi gösterilmektedir. Galli, **Rechtsprechung**, s. 1701; Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), s. 1028,1029. Ayrıca bu yönde bkz. Peter Reinert, **Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Handkommentar**, Stampfli Verlag AG 2010, s. 679, 680.

¹¹⁹⁰ Pekcanitez, **Uzman Görüşü**, s. 403. Uzman görüşü sistematik olarak, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 183 ve devamı maddelerinde ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Buna göre, 183. maddenin 1. fıkrasının 1. cümlesi uyarınca mahkeme, taraflardan birinin talebi üzerine veya re’sen, bir veya birden fazla uzman kişiden uzman görüşü alabilir. Bkz. BBl 2006 7325 Md. 180-185. Doktrinin bir kısmına göre, özel uzman görüşlerinin, madde 168 paragraf 1, b ve madde 177 vd. anlamında belge

Özellikle elektronik belgeler üzerinde yapılacak incelemelerde uzmanların katılımı ve görüşleri, gerek keşifte dinlenmeleri suretiyle, gerek sunacakları raporlarla hâkimin keşif faaliyetine katkı sağlar.

iv. Tele-Keşif

Burada değinilmesi gereken bir başka hal, yeri geldiğinde keşif yardımcısının da elektronik yardım araçlarını kullanabilmesidir. Keşif yardımcısının kendisi de fiziki yardımcılar kullanabilir, buna kamera gibi kayıt cihazları dahildir. Eğer bunu, duyuşsal algısının sonucunu mahkemeye daha iyi aktarabilmek için yapıyorsa, yani teknik kaydı sadece duyuşsal algısının sonucunun aktarımını desteklemek için kullanıyorsa, o zaman bunu yaparken kendisi sorunsuz bir şekilde keşif aracı olarak isimlendirilmeye devam eder. Ancak, söz konusu olan sadece görsel ve/veya işitsel algılar ise ve keşif incelemesine konu olan kişinin doğrudan duyuşsal algısı gerekli değilse, yani keşfi gerçekleştiren mahkemenin kaydedilenleri sadece duyuşsal olarak algılaması yeterli ise, kaydı yapan kişinin kendi duyuşsal algısını iletmesine gerek yoktur.

olarak mahkemeye sunulmasına izin verilmelidir. Bkz. Andreas Binder/Roman S. Gutzwiler, Das Privatgutachten - eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, **ZZZ**, 2013, s. 171 vd.; David Hofmann/Christian Lüscher, **Le Code de procédure civile**, 2. A., 2015, s. 149; Thomas Weibel, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. A. 2013, Rn. 3 vd. Ayrıca bkz. Schmid/Baumgartner, **KUKO ZPO**, Art. 181, Art. 183. Bu görüşün aksine, özel bir uzman görüşünün, uzman görüşünde yer alan ifadelerin maddi doğruluğunun kanıtı olarak bir belge başlığı altında yargılamaya dahil edilmesi mümkün değildir. Zira kanun koyucu özel uzman görüşünü sadece m. 168 f. 1, d anlamında bir uzman görüşü olarak değil, m. 168 f. 1 anlamında bir delil olarak reddetmiştir. Bu yönde ayrıca bkz. David Rüetschi, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, Unter Berücksichtigung der geografischen Marke, **Festschrift für J. David Meisser zum 65. Geburtstag**, 2012, s. 16 f.; Sven Rüetschi, in: Berner Kommentar, 2012, N. 35 zu Art. 183 CCP; Franz Müller/Simon Zingg, Der Beizug von Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, in: ZBJV 2009, s. 651 fn. 87; ayrıca bkz. Annette Dolge, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 177 ZPO; Kilian Perroulaz, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 183 ZPO; differentiating Philippe Schweizer, in: Code de procédure civile commenté, 2011, N. 4 zu Art. 177 ZPO). (2.5.3). Bkz. AJP 2016 S. 1687, s. 1703.

Bu durumda kişi ne bir uzman tanık ne de bilirkişi olduđundan¹¹⁹¹, yardımcı kişi, özel bir keşif aracışı olarak adlandırılmaktadır^{1192, 1193}. Burada açıklandığı gibi, sadece kayıt yapan keşif aracışı ya da yardımcısı, keşif muayenesinin nesnesini görüntü ve/veya ses olarak kaydetmese, ancak sadece görüntü ve/veya ses olarak canlı - internet üzerinden bir web kamerası aracılığıyla belirlenen gün ve saatte duruşma salonuna aktarsa bile, “tele-keşif”¹¹⁹⁴ adı verilen bir incelemenin mevcut olduğu ifade edilmektedir¹¹⁹⁵. Sadece kayıt yapan bir keşif aracışı kullanıldığında, kendi duyuşal algısını katmasına gerek olmadığından böyle bir ayırım yapılmaktadır¹¹⁹⁶.

Sadece kayıt yapan bir keşif aracışının kullanılması, onun tarafından mümkün kılınan tele-keşfin bizzat keşif mahkemesi tarafından duyuşal olarak algılanmasına olanak sağlar. Böylece anlık olarak temas imkânı doğar. Tele-keşif yönteminin uygulaması yaygınlaşırsa, delillerin toplanmasında şekli doğrudanlık ilkesiyle daha sıkı bir ilişki söz konusu olacaktır¹¹⁹⁷.

Ancak bir görüşe göre, yargılama sırasında sadece kayıt yapan bir keşif aracışı, öyle ya da böyle bir şekilde aynı zamanda kayıt veya iletim sırasında duyuşal olarak algıladıklarını mahkemeye iletmek zorunda kalacaktır¹¹⁹⁸. Bu nedenle de adına tele-keşif dense ve hatta böyle bir keşif usûlü açıkça Kanunda düzenlense bile, sadece kayıt yapan bir keşif aracışının kullanılması gerçekçi olamayacaktır¹¹⁹⁹. Çünkü kaydı aktarıırken mutlaka bir şekilde kendi algısını da paylaşması gerekebilecektir. Buna ek olarak, sadece kayıt yapan bir keşif aracışının kullanılması, ilgili maliyetler ve

¹¹⁹¹ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157, 158; Stackmann, **Richterliche Anordnungen**, s. 3525.

¹¹⁹² Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157, 158; Stackmann, **Richterliche Anordnungen**, s. 3525.

¹¹⁹³ Drehsen, **Augenschein**, s. 458, 459.

¹¹⁹⁴ Tele-keşif yöntemiyle yapılabilecek incelemeler hakkında ayrıca bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, iv.

¹¹⁹⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹¹⁹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹¹⁹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹¹⁹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹¹⁹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

gecikmeler nedeniyle usûl ekonomisi ve teksif ilkeleri ile¹²⁰⁰ etkin hukuki koruma gerekliliğini ihlal edebilir; bu nedenle de dikkatli olunması gerekir¹²⁰¹.

Ayrıca, fiziki yardımcılarının kullanımı bakımından, örneğin Alman hukukunda hassasiyetle ele alınan hak ihlalleri yönünden bir tereddüt varsa, bu halde kişilik hakkı ihlali doğurması muhtemel olan keşif malzemeleri bakımından dikkatli olmak gerekir. Örneğin, keşif nesnesinin görsellerinin, elektronik keşif yardımcıları vasıtasıyla çoğaltılması ve yayımlanması gibi işlemlerde ayrıca dikkatli olmak gerekir. Aksi halde, kişinin korunmaya değer menfaatinin geri dönülemez biçimde ihlal edilmesi söz konusu olur. Örneğin, Alman hukukunda verilen bir örnekte, davaya bakan mahkeme bir robot kamera kullanarak örneğin bir kişinin saçını ya da vücudunu duyuşal olarak algıladığında dini bir kuralı ihlal ediyorsa, o zaman sadece kayıt yapan bir keşif aracı kişinin görüntülerini bir kamerayla kaydettiğinde ve daha sonra kendi duyuşal algısını mahkemeye iletmeyip, yalnız kaydı mahkemeye gönderdiğinde de aslında aynı durum söz konusudur¹²⁰². Alman hukukunda bu örnekteki gibi temel haklar bağlamında pek çok tartışma yapılmaktadır. Bu tartışmaların neticesinde, özellikle keşif incelemesinin bir temek hakkı ihlal etme riski varsa, o halde hukuki bir imkânsızlığın varlığından söz edilmektedir. Aşağıda keşif incelemesi bakımından bu ve buna benzer imkânsızlık yaklaşımlarından kısaca söz edilecektir¹²⁰³.

¹²⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹²⁰¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹²⁰² Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

¹²⁰³ Burada sözü edilen imkânsızlık halleri ispat imkânsızlığı kavramından farklıdır. İspat imkânsızlığı kavramı, doğrudan delil ikamesiyle ilgilidir. Bu yönde bkz. Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 123.

v. Keşif İncelemesinde Kişi ve Araçların Yardımlarında İmkânsızlık Yaklaşımları

(1) Genel Olarak

Delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde doğrudanlık ilkesinin sınırları ile keşif yardımcısı kurumu arasındaki hassas ilişkiye yukarıda değinilmişti¹²⁰⁴. Bununla birlikte, duysal algılamının asıl davaya bakan mahkeme için fiilen veya hukuken imkânsız ve dolayısıyla keşif yardımcılara başvurmanın kaçınılmaz olduğu durumlarda, doğrudanlık ilkesiyle çatışmasına rağmen, hukuk yargısında keşif yardımcılarının kullanımının bugün neredeyse oybirliğiyle kabul edilmekte olduğu belirtilmektedir¹²⁰⁵. Esasında keşif yardımcılara başvurulması önerisinin temelinde, genel olarak bir imkânsızlık düşüncesi yer almaktadır. Buna keşifte teknik hususlarda yardımına ve bilgisine başvuru bilirdiği de dahildir. Dolayısıyla, bütün bu açıklamalarda temel düşüncenin, hâkimin bizzat ve doğrudan o keşfi klasik usûlde gerçekleştirmesinin gerek kendi bilgi eksikliği gerekse keşif konusuna bağlı olarak teknik araç ihtiyacı gibi sebeplere dayandığını söylemek gerekir. Aşağıda sözü geçen imkânsızlık halleri, örneklerle kısaca ele alınacaktır.

¹²⁰⁴ Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, ii, (4).

¹²⁰⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 460, 461.

(2) Keşfin Bir Başka Hâkime Bırakılması ve İmkânsızlık Yaklaşımı İlişkisi

Delil yardımcılarının kullanılmasının bir çıkış noktası olarak fiili ve/veya hukuki imkânsızlık halleri gösterilmektedir.¹²⁰⁶ Yani, keşfin bir başka hâkime ya da genel anlamda bir yardımcıya bırakılması, ancak kısıtlı hallerde kabul edilmektedir. Bu kısıtlama bir bakıma zorunludur, çünkü aksi takdirde delillerin şekli olarak doğrudan toplanması gerekliliği, henüz kanunda tam anlamıyla düzenlenmemiş bir kurum tarafından ihlal edilebilir. Bu durumun Alman hukukunda bir yandan Alman Medenî Usûl Kanunu § 355 (1) cümle 2'yi ihlal ederken diğer yandan delillerin şekli doğrudanlığının değerini düşürme riskini taşıdığı belirtilmiştir.¹²⁰⁷

Bununla birlikte, mahkeme delillerin toplanmasını bir başka hâkime devredebiliyorsa, bir keşif aracısına görev verilmesine her zaman gerek de olmayabilir. Örneğin keşif istinabe edilen mahkeme hâkimine bırakıldığında, doğal olarak bu keşfi o hâkimin bizzat gerçekleştireceği varsayılır. Ancak keşif konusunun niteliğine göre, onun da bir keşif aracısına başvurması mümkündür. Burada kastedilen durum şudur: Örneğin bir keşif için istinabe yoluyla bir başka mahkeme görevlendirildiğinde, bir de o mahkeme tarafından bir keşif aracısının görevlendirilmesi keşif incelemesinin adeta iki kez dolaylı hale gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu istenmeyen bir durum olsa da keşfin aranan bilgiye en uygun şekilde ulaşabilmesi için bazen gerekli olabilmektedir.¹²⁰⁸

Örneğin keşif için naip hâkim görevlendirilmişse, bu hâkim yargılamayı yapan mahkemenin bir üyesi olduğu için, o hâkimi ilgilendiren bir imkânsızlık genellikle.¹²⁰⁹ zaten yargılamayı yapan mahkemeyi etkileyen bir imkânsızlık nedeninden

¹²⁰⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 454. Ayrıca bkz. BK-ZPO-Bach, § 355 Rn. 22f, § 372 Rn. 2.

¹²⁰⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 454.

¹²⁰⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 454.

¹²⁰⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 454.

kaynaklanmaktadır. Aynı imkânsızlık nedeni genellikle istinabe edilen hâkimler için de geçerli olacaktır.

Ancak, atanan veya talep edilen hâkimin şahsında başka bir fiili ve/veya hukuki imkânsızlık nedeni de mevcut olabilir ve bu durumda keşif incelemesinin bir başka hâkime bırakılması mümkün olmayabilir. Son olarak, işin esasına bakan mahkemenin kendi duysal algısının herhangi bir şekilde vazgeçilmez olması ihtimalinde, bir keşif yardımcısının görevlendirilmesinin (örneğin, istinabe yoluna başvurulmasının) verimsiz olacağı belirtilmektedir¹²¹⁰, ¹²¹¹. Örneğin, bir trafik kazasının ölümle sonuçlanması ve olayın oluş şekli bakımından ciddi bir ihtilaf bulunması halinde, olay anına dair bir teknik kayıt üzerinde keşif, bizzat kararı verecek hâkim tarafından yapılmalıdır. Çünkü kaza vakiasının nasıl gerçekleştiği ve kusurun kimde olduğu bu kayıt sayesinde gerçeğe en yakın şekilde anlaşılabilir. Böyle bir ihtimal ortaya çıktığında olayın özelliğine göre, her fırsatta vurgulandığı gibi hâkim incelemeyi mümkünse bizzat yerine getirmelidir.

(3) Fiili (Teknik – Fiziki) imkânsızlık Olarak Görülen Haller

Burada sözü edilen imkânsızlık hallerini, borçlar hukukundan aşına olunan imkânsızlık hallerinden farklı düşünmek gerekir. Aslında keşif bakımından sözü edilen imkânsızlık halleri borçlar hukukundakilere benzemekle birlikte, farklı bir imkânsızlık ölçütüne dayanmaktadır. Ancak temelde her iki durumda da bir çeşit koşulların el vermemesi hali söz konusudur. Örneğin keşif nesnesi mahkeme önüne getirilemiyorsa ve hâkim için erişilemez veya tehlikeli bir yerde bulunuyorsa, yani mahkemenin keşif nesnesine erişiminin sağlanamaması gibi bir hal söz konusuysa, bu halde mahkeme bakımından fiili bir imkânsızlıktan söz edilir. Bu halde hâkimin keşfi bizzat yapmasının kendisinden umulması, makul olmayan bir beklenti olarak kabul

¹²¹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 455.

¹²¹¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 455.

edilmektedir¹²¹². Örneğin, *Drehlsen*, Alman hukukundan batık bir gemide yapılması gereken bir keşif incelemesi¹²¹³ veya endüstriyel bir bacanın içi¹²¹⁴ örneklerini vermektedir. Hâkimin bu her iki örnek için de adı geçen keşif nesnelerinin içine girmesi ve bir duyuşal inceleme yapması beklenemeyecektir. Örneğin batık gemi söz konusu olduğunda bir dalgıç ya da sanayi bacası söz konusu olduğunda bir baca ustası¹²¹⁵ tayin etmesi hâkimin bir keşif aracıyı tayin ettiği anlamına gelir. Bunun ikinci adımı ise hâkimin bu keşif araçlarının elde ettiği keşif malzemesinden üretilen teknik kayıtlar üzerinde keşif yapmasıdır. İşte bu örnekler, aşağıda ele alınacağı gibi birer teknik kayıtlar üzerinde keşif örneğidir.

Mahkemenin elinde tamamen keşfi çok uzun zaman alacak bir keşif malzemesi için çok az zaman olması ya da keşif nesnesinin uzak bir yerde¹²¹⁶ bulunması da keşif bakımından birer imkânsızlık hali olarak kabul edilebilmektedir¹²¹⁷. Burada yine Alman Hukukunda tartışılan bir örnek, tıpkı ilk bölümde duyular bahsinde yer verildiği gibi, fiziksel engeli bulunan bir hâkim bakımından yapılmıştır. Örneğin bedensel bir engeli nedeniyle tam olarak duyuşal algının kendisi için mümkün olmadığı bir adli keşif incelemesini yapmak zorunda olan fiziksel engelli bir tek hâkim, keşfi talep edilen bir hâkime devredebilecektir¹²¹⁸.

Sonuç olarak fiili imkânsızlık olarak kabul edilebilecek hallere ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür. Elektronik belgeler bakımından, belgenin teknik bilgi gerektirmesi ve hâkimin bu bilgiye sahip olmaması genel bir fiili imkânsızlık sebebi olarak kabul edilir. İkinci olarak, bir elektronik verinin oynatılması için elektronik

¹²¹² Drehlsen, **Augenschein**, s. 455.

¹²¹³ Genel olarak objektif imkânsızlık üzerine bkz. Ernst, BGB, 275 BGB Rn. 36; S/J-Berger §371 Rn. 14; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3; R/S/G § 118 Rn. 24; Schilken, ZPR Rn. 516f. Ayrıca bkz. BK-ZPO-Bach § 355 Rn. 23, § 372 Rn. 2; Heinrich, ZPO, § 355 Rn. 12; AK-ZPO-Rüßmann § 372 Rn. 2.

¹²¹⁴ BK-BGB-Unberath § 275 Rn. 42; WIS-Ahrens §372 Rn. 8; S/J-Berger §355 Rn. 24, §371 Rn. 14; P/G-Lindner § 355 Rn. 8; AK-ZPO-Rüßmann 402 § Rn. 5; Zimmermann, ZPO, 372 § Rn. 4; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 309.

¹²¹⁵ Drehlsen, **Augenschein**, s. 456, s. 457.

¹²¹⁶ W/S-Ahrens 372 § Rn. 8; S/J-Berger 355 § Rn. 24, 371 § Rn. 14'ten önce; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 86. Ayrıca Musielak/Stadler, Beweisrecht, Rn. 124; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 309; Kramer JURA 1983, 113, s. 120 f.

¹²¹⁷ W/S-Ahrens § 372 kenar no. 8; Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 4; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 kenar no. 86; Bruns, ZPR Rn. 178; Musielak/Voit, **ZPO**, § 372 Rn. 778.

¹²¹⁸ Drehlsen, **Augenschein**, s. 457. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. I. bölüm, III, A.

ortama ihtiyaç olacağından, burada doğrudan fiziki gereklilik söz konusu olur. Bu nedenle elektronik belgelerin keşfiyle fiziki (fili) imkânsızlık yaklaşımı yakın ilişki içindedir. Neticede olayın özelliğine göre keşfin bizzat ve doğrudan hâkim tarafından gerçekleştirilmesini imkânsız hale getiren pek çok durumla karşılaşılabilir. İşte bu hallerde hâkimin keşif yardımcılarına başvurabilmesinin desteklenmesi daha kolay olabilmektedir. Aşağıda yine imkânsızlık teşkil eden bu hallerden bir diğeri olarak işaret edilen yasal imkânsızlık örneklerinden kısaca söz edilecektir.

(4) Yasal İmkânsızlık Olarak Görülen Haller

Yasal imkânsızlık olarak görülen haller, çoğunlukla temel haklar noktasında toplanmaktadır. Hukuki imkânsızlığa ilişkin haller izah edilirken şöyle bir tanım yapılmaktadır: Kanunda açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir katlanma yükümlülüğü olmadıkça, keşif konusu bakımından bir hukuki imkânsızlıktan söz edilebilir. Örneğin sır saklama yükümlülüğü kapsamındaki elektronik belgelerin incelenememesi buna bir örnektir.¹²¹⁹

Benzer şekilde hukuka aykırı yolla elde edilmiş delillerin de doğrudan keşif konusu olamaması bir hukuki imkânsızlık örneği olarak kabul edilebilir. Bu gibi hallerde belirli şekillerde yine de o incelemenin yapılması ilk yöntem, başka bir keşif konusu belirlenip aynı vakıayı temsil edecek şekilde inceleme konusu yapılması ise ikinci yöntemdir. Doğal olarak böyle bir hukuki imkânsızlığı aşmak için yine keşif

¹²¹⁹ Şüphesiz buradaki engeli aşmak için geliştirilen ve tartışılan yöntemler vardır. Ancak özetle bir menfaat dengesi gözetilmesi ve taraflar bakımından genel bir katkıda bulunma yüküyle çözülmeye çalışılan bu sorunlar yine de varlığını sürdürmektedir. Elektronik belgelerin artan çeşitliliği de bu tür sorunların aşılması için önerilen çözümlerin bazen kapsama alanı dışında kalabilmektedir. *Erdönmez*, özellikle ibrazdan kaçınma sebepleri kapsamında haklı sebep teşkil edebilecek halleri ortaya koymuştur. Örneğin, taraflar bakımından haklı sebep teşkil edebilecek haller; özel hayatın gizliliği, cezai sorumluluk doğması riski ve sırlardır. Sırlar ise, ticari sırlar ve işletme sırları ile meslek sırrı olarak sayılmaktadır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. *Erdönmez, Belgelerin İbrazı*, s. 330 vd.

delili bakımından keşfin karakteristik özelliklerinden biri olan doğrudanlığın etkileneceği çözümler tartışılmaktadır.

Hukuka aykırılık meselesi yalnız keşif yardımcıları bakımından değil, genel olarak keşif konusu olabilecek her türlü malzeme bakımından engel oluşturur. Zira hukuka aykırı yollarla elde edilen deliller hâkim tarafından kural olarak dikkate alınmamalıdır. Bu halde örneğin, gizlice kaydedilmiş bir ses kaydı, gizlenmiş bir kamerayla kaydedilmiş görüntüler gibi teknik kayıtların keşif konusu edilememesi gerekir¹²²⁰.

Alman hukukunda özel hayatın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı bağlamında ciddi anlamda tartışılan bir örnek olarak, bir kişinin genital bölgesindeki yara izlerinin mahkeme tarafından Anayasa'nın 1.1 maddesiyle bağlantılı olarak; Anayasa'nın 2.1 maddesi kapsamındaki genel kişilik hakkı bağlamında incelenmesi gösterilmiştir. Buradan ciddi bir ihlal çıkması riski olduğu ve dikkatli olunması gerektiği vurgulanmıştır¹²²¹.

Bu durum, örneğin yara izleri bir “oküler keşif yardımcısı” olarak görevlendirilen bir uzman doktor tarafından yardımcı sıfatıyla incelendiğinde geçerli olmayabilecektir¹²²². Yani her durumu kendi özelliğine göre tek tek ve hassas bir şekilde değerlendirmek gerekecektir. İşte bu noktada, hâkimin doğrudan inceleme yapması yerine, teknik kayıtlar üzerinde inceleme yapması da bir başka çözüm olarak önerilmektedir. Böylece elektronik dolaylılık yoluyla kişinin hissedeceği olumsuzluk azaltılabilir. Şunu da ifade etmek gerekir ki her çeşit bedensel görsel muayene, mahkeme için bu kadar karşı çıkılan bir alan değildir. Örneğin, mahkeme genellikle bir kişinin yüzündeki yara izlerini inceleyebilir. Yine bir kişinin kolundaki yara izleri – örneğin bu kişi davanın yargıçlarından farklı cinsiyette olsa bile – kolayca

¹²²⁰ Aşık, **Keşif**, s. 60, 61.

¹²²¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 457; Nissen, **Beweis**, s. 762.

¹²²² İsviçre hukukunda insan bedeninin sadece çok nadir durumlarda keşif konusu olabileceği yönünde bkz. Müller, **ZPO**, s. 1473, prg. 12.

gözlemlenebilir.¹²²³ Yaranın bulunduğu yer ve kişide yaratacağı manevi olumsuzluk hissi, buradaki temel hak ve korunma ihtiyacının ciddiyetini etkiler. Bunun her olayda ayrıca takdir edilmesi gerekir. Bu konuda genel bir kural koymak mümkün değildir. Ancak özellikle Alman hukukunda yapılan tartışmalarda, bu tür hallerin bir çeşit yasal imkânsızlık olarak görülmesi ve keşif yardımcılarıyla bu imkânsızlığın aşılması önerilmektedir.¹²²⁴

Burada tartışılan örnekteki gibi incelemeler, söz konusu kişinin genel kişilik hakkını ihlal etme riskini beraberinde getirir.¹²²⁵ Genel kişilik hakkının ihlali, örneğin bir kişinin, vücudunun tıbbi uzmanlığı bulunmayan bir kişi tarafından muayene edilmesine zorlanması halinde ortaya çıkabilir. Böyle bir katlanma, o kişiden makul olarak beklenemez. Tıbbi ihtisası olmayan bir kişi tarafından müdahale ve muayene gerçekleştirildiğinde, bir ihlal oluşması neredeyse kaçınılmazdır.¹²²⁶ Bir ihlal olmaması için, keşfe katlanma zorunluluğunun özel olarak düzenlenmiş olması ve mutlaka ölçülülük ilkesinin dikkate alınması gerekir.

Alman hukukunda ayrıca tıbbi olarak yardımcı keşif araçları yerine, örneğin dini amaçlı keşif araçlarının (GG madde 4) da düşünülebileceği vurgulanmıştır.¹²²⁷ Örneğin, yukarıda da bahsedildiği gibi eğer bir kişi saçlarının dini nedenlerden dolayı görülmesini istemiyorsa, davaya bakan mahkemenin bu hususu dikkate alması ve bu yönde karar vermesi gerektiği ifade edilmektedir.¹²²⁸ Bu halde bir kişinin inancı gereği saçlarını göstermek istememesinin makul karşılanması gerektiği ve bunun da hukuki bir imkânsızlık örneği olduğu Alman doktrininde savunulmuştur.¹²²⁹ Görüldüğü gibi,

¹²²³ Drehsen, **Augenschein**, s. 457; WIS-Ahrens § 372 Rn. 9; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 87; S/J-Berger; Zimmermann, ZPO, §372 Rn. 3; Hegler AcP 104 (1909), 151, s. 157f; Girth s. 2, 11; Jöstlein DRIZ 1973, 409, s. 411.

¹²²⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 458, 459.

¹²²⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 458.

¹²²⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 458, 459.

¹²²⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 458, 459.

¹²²⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 458, 459.

¹²²⁹ Öte yandan, mahkeme örneğin, bir yargıçtan oluşuyorsa kadın yargıç ve iki erkek yargıç, kadın yargıç aşağıdaki haklara sahiptir: öncelikle § 372 paragrafı uyarınca kadın hâkime gözle muayene yapma görevi verilmelidir. Bu davadaki yasal imkânsızlık, bireysel hâkime değil, duruşma mahkemesine atanmalıdır. Bu halde keşfi yapabilecek bir kadın hâkim bulunduğundan, sırf bu sebeple bir keşif aracısına devredilmesi gerekmez. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 459.

Alman hukukunda özellikle temel haklar ve özgürlükler kapsamında din ve vicdan özgürlüğü de dahil olmak üzere son derece hassas bir yaklaşım söz konusudur.

vi. Bilirkişi ve Keşif Yardımcıları İlişkisi

(1) Genel Olarak

Keşif delilinde izin verilen kullanım alanlarının ötesinde, özellikle bilirkişi ve keşif ilişkisi sorunlara neden olmaktadır. Alman hukukunda duyusal algılama özel uzmanlık gerektiriyorsa, bu fiili bir imkânsızlık durumu olarak kabul edilmektedir. Bu durumda, keşif mahkemesi ile naip ya da istinabe edilen hâkimin sahip olmadığı özel uzmanlık, keşfin hâkim tarafından doğrudan ve bizzat yapılması noktasında bir imkânsızlık ifade eder¹²³⁰.

Bu nedenle duyusal algılama görevi, özel uzmanlığa sahip bir kişiye aktarılırsa, bu kişi bazen keşif aracısı¹²³¹, bazen de bilirkişi olarak adlandırılır¹²³². Öte yandan, her keşif aracısı bir tür uzmanlığa elbette sahip olacaktır. Ancak bu, mahkemeye kendi duyusal algısı ve öznel görüşleriyle değerlendirme sunmadığı sürece kabul edilebilir olmaktadır. Bunu nitelemek için Alman hukukunda bu halde keşif aracısının müdahalesi “zararsız” olarak tabir edilmektedir^{1233, 1234}.

¹²³⁰ WIS-Ahrens, § 355 Rn. 35, § 372 Rn. 8; S/J-Berger, § 371 Rn. 14; Musielak/Voit, **ZPO**, § 404a Rn. 5; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 38, Kap. 22 Rn. 86.

¹²³¹ Stackmann, **Richterliche Anordnungen**, s. 3525.

¹²³² Stackmann, **Richterliche Anordnungen**, s. 3525.

¹²³³ Zöller, **ZPO**, § 372 Rn. 3; T/P-Reichold § 404a Rn. 6; Zimmermann, **ZPO**, § 372 Rn. 3f, § 404a Rn. 7f; Blomeyer, §76 s. 407; Beckhaus, s. 123; Goldschmidt, **ZPR**, s. 48, 139, 146; Musielak/Stadler, **Beweisrecht**, Rn. 124.

¹²³⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 462, 463.

Nihayetinde, bir kişinin bilirkişi olarak değil de keşif aracı ya da keşif yardımcısı olarak belirlenmesinin sebebi şu şekilde ifade edilmektedir: Bu kişi vakıaları tek başına ele almamakta ve bu vakıaları uzmanın bilgi alanından gelen soyut bilginin uygulanmasına dayalı sonuçlarla ve uzmanın bilgi alanından bulgularla birleştirmemektedir.¹²³⁵ Yani keşif yardımcısının yardımı, çoğunlukla bilgi aktarımıyla sınırlıdır. İşte bu nedenle keşif yardımcısı bilirkişi değildir. Yargılamadaki rolü bakımından da bilirkişiyle aynı işlevde değildir. Yargıtay kararlarında sıklıkla anılan hâkim tarafından keşif için görevlendirilen fotoğrafçı kişiler, bunun tipik bir örneğidir. Kendisi bir keşif yardımcısı olsa da bilirkişi değildir.

Bu nedenle terimlerin farklı kullanımları tercih edilmeye çalışılmaktadır. Çünkü temelde her biri aynı amaca hizmet ediyor gibi görünse de birbirlerinden ayrılan yönlerini vurgulamak gerekir. "Keşif aracı" ya da "keşif yardımcısı" ile "bilirkişi" terimlerinin farkı, bu konuda öğretideki görüşlerin farklı olmasından da beslenmektedir. Bu ayrımla ilgili görüşler genellikle iki kurumu birbirinden nitelik olarak ayırt etmek üzerine yoğunlaşmıştır ve bu nedenle bir araya getirilmelerinin çok zor olduğu ifade edilmektedir. Ancak belirli gruplar halinde özetlenebilmektedirler.¹²³⁶ Her iki terimin eşanlamlı olarak kullanılması önerisi de mevcuttur. Bu halde hukuk terminolojisinin her iki terimi de eşanlamlı olarak kullanması, ancak buna herhangi bir hukuki sonuç bağlamaması sözkonusudur. Burada eşanlamlı kullanımın terimlerin açıklığa kavuşturulmasından ziyade karışıklığa yol açmakta olduğu da vurgulanmaktadır.¹²³⁷ Dolayısıyla, henüz keşif yardımcılığı ya da keşif aracı önerilerinin, bilirkişilikle kıyaslandığında tam olarak oturmuş terimler olduğunu söylemek mümkün olmasa da uygulamada özellikle elektronik belgeler bakımından mevcut olan ihtiyacın, bu terimin yasal bir zeminde uygulamaya konması için önemli bir dayanak olacağı düşünülmektedir.^{1238, 1239, 1240}

¹²³⁵ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; Drehsen, **Augenschein**, s. 462, dn. 245.

¹²³⁶ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 88; Drehsen, **Augenschein**, s. 462, 463.

¹²³⁷ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 88

¹²³⁸ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 88; Drehsen, **Augenschein**, s. 463, dn. 255.

¹²³⁹ W/S-Ahrens § 372 Rn. 10; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 88; Drehsen, **Augenschein**, s. 464

¹²⁴⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 462, 463; W/S-Ahrens, § 372 kenar no. 6, § 402 kenar no. 20, S/J-Berger, §402 kenar no. 13 vd.; AK-ZPO-Rüßmann, §§ 407-409 Rn. 1.

(2) Bilirkişi ve Keşif Aracısının Tek Kişide Birleşmesi

Keşif aracışı ile bilirkişi arasındaki ilişki değerlendirilirken, bir kişinin hem keşif yardımcısı hem de bir bilirkişi olarak hareket etmesinin mümkün olduğuna işaret edilmektedir. Bu kişi mahkemenin sahip olmadığı bir uzmanlığa sahiptir. Kural olarak bilirkişi, yargılamaya katkı sağlamak üzere sadece uzmanlığını sunacak şekilde hareket eder¹²⁴¹. Ancak olayın özelliğine göre aynı zamanda keşif yardımcısı özelliklerini de karşılaması mümkün görülmektedir. Aslında böyle bir bakış açısı tüm bu sınıflandırma çabalarını bir yerde anlamsız hale getiriyor gibi görülebilir. Ancak bilirkişinin özellikleriyle keşfe yardımcı araçların ve kişilerin özellikleri her zaman örtüşmez. Özellikle elektronik belgeler bakımından ayrıık durumlarla karşılaşıldığı için tüm bu ayrıımlar özel önemdedir.

Örneğin, batık bir gemiyle ilgili olarak mahkemenin bir mühendisi incelemeyi kayıt altına alacak şekilde dalgıç olarak ataması halinde, batık bir gemide dalgıç olarak incelemede bulunan mühendis buradaki gözlemi sadece bir dalgıç olarak yapar¹²⁴². Bu durum tartışmalı olmakla birlikte, burada bir bilirkişi incelemesi değil, dalgıç tarafından yardımcı sıfatıyla yapılan bir keşfin söz konusu olduğu kabul edilir¹²⁴³. Yani dalgıç bir çeşit teknik müşavir gibi hareket ederek mahkemeye keşifte yardımcı olmaktadır.

Dalışı inceleyebilmek için belirli bir uzmanlığa ihtiyaç duyması da onu uzman yapmaz, çünkü dalış vakıaların tespitiine ait değildir, sadece belirli bir yerde tespit

¹²⁴¹ Ulrich, **Sachverständigen**, s. 342; 464, 465; Bernhardt, § 37 s. 240; Bruns, ZPR Rn. 178.

¹²⁴² Drehsen, **Augenschein**, s. 466.

¹²⁴³ Drehsen, **Augenschein**, s. 466.

edilmelerini sağlar¹²⁴⁴. Buna karşılık, daha önce de ifade edildiği gibi, keşif aracıları aynı hukuki uyumsuzlukta ve hatta aynı faaliyette olayın özelliğine göre, bilirkişi olarak da hareket edebilir¹²⁴⁵.

Bu nedenle, örneğin, dalgıç olarak istihdam edilen mühendis, hem özel uzmanlık gerektirmeden tespit edilebilecek olan batık gemideki hasara ilişkin bulguları bir keşif aracıları olarak video kaydına alıp mahkemeye sunabilir hem de bir bilirkişi olarak, tespit ettiği hasarın nedenleri hakkında bir bilirkişi raporu da hazırlayabilir. Bundan sonrasında, vakıaların ve delillerin bütün olarak tahkikatı mahkeme tarafından yapılır.

Bu tür bir çifte konum, keşif yardımcısıların hususi bir özelliği olmayıp, örneğin bir uzman tanığın sadece ne algıladığı konusunda sorgulanması değil, aynı zamanda ne algıladığı konusunda rapor vermesi durumunda da ortaya çıkmaktadır¹²⁴⁶. Alman Medenî Usûl Kanununun 406. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi bu tür çifte pozisyonların mümkün olduğunu varsaymaktadır¹²⁴⁷. Aynı yorumun Türk hukukunda da yapılması mümkündür. Çünkü, Türk hukukunda da hâkimin keşifte yardımcı kullanmasına engel bir hüküm yoktur. Örneğin keşifte görevlendirilen fotoğrafçı, yalnız fotoğrafları çekmekle görevli olabileceği gibi (keşif aracıları), uzmanlığına göre özel teknik bilgisine başvurularak bilirkişi raporu sunması da (bilirkişi) istenebilir.

Sonuç olarak bu örneklerde olduğu gibi, keşif aracıları ve bilirkişilik görevlerinin birbirinden ayrılması ve her bir ilgili görev için kendi karakterine uygun ve geçerli olan düzenlemenin uygulanması gerekmektedir¹²⁴⁸. Önemli olan husus, bunların hâkim yerine geçip onun adına vakıa değerlendirmesi yapmaktan ve hukuki nitelermelerden kaçınmasıdır.

¹²⁴⁴ Heinrich, **ZPO**, § 355 Rn. 12; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3.

¹²⁴⁵ Heinrich, **ZPO**, § 355 Rn. 12; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3.

¹²⁴⁶ Heinrich, **ZPO**, § 355 Rn. 12; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3.

¹²⁴⁷ Heinrich, **ZPO**, § 355 Rn. 12; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3.

¹²⁴⁸ Heinrich, **ZPO**, § 355 Rn. 12.; Zöller, **ZPO**, §372 Rn. 3; Ahrens, **Beweis**, Kap. 20 Rn. 93.

Burada başkaca ilginç bir örnek olarak, tek bir kişide keşif aracı ve bilirkişi kombinasyonuna ek olarak, aynı zamanda örneğin batık bir geminin yolcusu olan bir kişinin aynı davada tanık olması gibi ayırık bir durum gösterilmiştir. Batan bir geminin batış nedeni konusunda tanık olarak sorgulanan bir kişi, daha sonra özel bir uzmanlık gerektirmeden tespit edilebilecek olan batık gemideki hasarın mahkeme için batan gemide inceleme yapan dalgıcı da olursa, acaba bu halde kendisinin konumu nasıl belirlenebilecektir. Bunlar özellikle Alman hukukunda tartışılan ilginç örneklerdir.¹²⁴⁹. Özellikle elektronik veriler üzerinde ve elektronik ortamda gerçekleştirilecek keşif incelemelerinde bu tür örneklerin ortaya çıkması, daha yüksek bir ihtimal olarak görülmektedir. Neticede hem bilirkişi hem de keşif aracı sıfatlarının, hatta mümkünse bunlarla çelişmeyen başkaca sıfatların dahi tek bir kişide toplanması mümkündür. Önemli olan, bu yardımcılarının keşifteki rolünün son derece etkili olmasının, hâkimin yerine geçecek şekilde hareket serbestisi kazandırmayacağının altının çizilmesidir.

(3) Keşif Yardımcısı için Uygulanabilecek Kurallar ve Bu Kuralların Amacını Aşacak Şekilde Kullanılmaması

İşin esasına bakan mahkemenin keşif incelemesi yapması fiilen ya da hukuken imkânsız değilse, bu halde kural olarak keşfi bir keşif aracısına devretmemesi gerektiği ifade edilir.¹²⁵⁰. Mümkün olduğu ölçüde keşif incelemesini kendisi yapmalıdır. Böyle bir durumda, mahkeme keşif muayenesinin yapılmasını yine de bir keşif aracısına devrederse, Alman Medenî Usûl Kanunu m. 355 f. 1'deki “delillerin toplanmasının

¹²⁴⁹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 20 Rn. 93; R/S/G, § 120 Rn. 4; Meller-Hannich, Rn. 366; Schilken, ZPR Rn. 519.

¹²⁵⁰ Schmidhäuser, ZZP 72 (1959), 365, 397 f.; Drehsen, **Augenschein**, s. 466, 467.

şekli doğrudanlığının” ihlal edilmesi sonucunun ortaya çıkacağı belirtilmektedir.¹²⁵¹ Aynı sonuç, bilgilendirici keşif incelemesi için de geçerli olabilmektedir.

Hâkimin bizzat yapabileceği bir keşfin yardımcıya bırakılması, özel bir uzmanlık olmadan da yapılması mümkün olan keşif incelemesinin tek başına değerlendirme yapan bir bilirkişiye bırakılması gibi bir hale karşılık gelmektedir.¹²⁵² Dolayısıyla bu durum, Alman Medenî Usûl Kanununun 295. maddesinin birinci fıkrası uyarınca tarafların muhalefet edebilecekleri bir usûl hatasıdır. Bu nedenle, inceleme ancak en az bir tarafın bu usûl hatasına karşı çıkması ve Alman ZPO 295. maddesinin 1. fıkrası uyarınca itirazından feragat etmediği veya yine 295. maddenin iki veya üçüncü fıkraları uyarınca itiraz hakkını kaybetmediği sürece, keşfin bizzat yeniden yapılmasını gerektirebilir.^{1253, 1254}

Burada önemli bir nokta şudur ki, tarafların ikisi de usûl hatasına itirazda bulunmamışsa, mahkemenin incelemeyi bir keşif aracısına vermesi zararsız görülebilmektedir.¹²⁵⁵ Bu bakış açısı, medenî usûl hukukunun özünde bulunan taraflarca getirilme ilkesi ve özel hukuk prensiplerinin hâkimiyetini vurgular. Neticede ihlal edilen bir usûl ilkesi olsa da, ancak tarafların harekete geçireceği bir mekanizma neticesinde bu bir usûl hatası olarak kabul edilecektir. Ancak bu halde keşfin tekrarlanması sözkonusu olacaktır. Bunu esasa etkili olmayan bir usûlî hata olarak nitelendirmek mümkündür.¹²⁵⁶ Burada ayrıca tarafların keşif yardımcılığına ilişkin yaklaşımın da bir görünümü sözkonusudur.

Aynı şekilde, medenî usûl hukukunun özündeki taraf serbestisinin bir başka görünümü olarak, hem delil amaçlı keşif hem de bilgi amaçlı keşif durumunda,

¹²⁵¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 466, 467.

¹²⁵² Drehsen, **Augenschein**, s. 466, 467. Ayrıca bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 2.

¹²⁵³ WIS-Ahrens § 372 Rn. 7, § 402 Rn. 18; Ahrens, **Beweis**, Kap. 20 Rn. 94, ch. 22 Rn. 85; Drehsen, **Augenschein**, s. 467.

¹²⁵⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 466, 467.

¹²⁵⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 468.

¹²⁵⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 468. Bu halde, taraflar bir itirazda bulunmasa dahi, kanun yolu aşamasında üst mahkeme tarafından da ilkeler bakımından bir aykırılık tespit edilebileceği gözden kaçırılmamalıdır.

tarafların keşif niteliğinde bir incelemenin bir keşif aracısına devredilmesi konusunda önceden anlaşmalarının da mümkün olduğu belirtilmiştir.¹²⁵⁷ Bu durum tarafların delil sözleşmesi yapabilmesiyle aynı zemine oturmaktadır.¹²⁵⁸ Örneğin tarafların anlaşarak bir hakem-bilirkişi tayin etmesi gibi.¹²⁵⁹ Özellikle elektronik veri keşfinde, örneğin tarafların yüksek bir bütçeyle piyasaya sürmek üzere ortak geliştirdiği bir uygulamaya ilişkin ihtilafta, uygulamanın geliştirilmesi sürecinde bizzat yer almış yazılım ekibinin liderini keşif yardımcısı olarak kararlaştırmaları mümkündür.

Keşif araçlarının kullanılması kaçınılmaz olduğunda bunun hangi yasal düzenlemeler kapsamında gerçekleştirilebileceği belirlenmelidir. Çünkü tüm bu tartışmaların yapıldığı Alman hukukunda, Alman Medenî Usûl Kanununda bu yönde bir hüküm bulunmadığı vurgulanmaktadır. Bu boşluk nedeniyle de bu konuda farklı görüşler ve alternatifler bulunabileceği belirtilmektedir.¹²⁶⁰ Özellikle elektronik verilerin incelenmesi bakımından bir uygulama kanunu bulunmadığından, her verinin kendi niteliğine göre en etkili şekilde incelenebilmesi için hâkim gerekli yolu çizmelidir.

Bu konudaki görüşler beş grupta sınıflandırılabilir.¹²⁶¹ İlk görüş, yalnızca mahkeme kararıyla yapılan keşfe ilişkin hükümlerin sıkı şekilde uygulanması gerektiği yönündedir. Benzetme ya da kıyas yoluyla yerine göre örneğin tanık ya da bilirkişiliğe ilişkin hükümlere başvurulması doğru değildir.¹²⁶² Bir başka görüşe göre, tüm keşif araçları için sadece bilirkişilere ilişkin kurallara başvurulmalıdır.¹²⁶³ Başka bir görüşe göre, sadece tanıklarla ilgili kurallar uygulanmalıdır.¹²⁶⁴ Keşif aracısının özel görevine bağlı olarak ya sadece bilirkişilere ilişkin düzenlemeler veya sadece tanıklığa

¹²⁵⁷ A. Girth, *a.g.e.*, s. 47.

¹²⁵⁸ Pelli, *Beweisverträge*, s. 2 vd.

¹²⁵⁹ Pelli, *Beweisverträge*, s. 2 vd.

¹²⁶⁰ Drehsen, *Augenschein*, s. 468, 469.

¹²⁶¹ Drehsen, *Augenschein*, s. 468, 469.

¹²⁶² Girth, s. 70 vd; Lent, ZJP 60 (1936/37), 9, 41 vd.

¹²⁶³ Fritz, s. 17; Hegler, AcP 104 (1909), 151, s. 160 ff, 259 f; Jessnitzer, DriZ 1974, 98, 98.

¹²⁶⁴ Zöller, *ZPO*, § 372 Rn. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, § 373 Rn. 4; Beck/Scheel, Rn. 522; Grunsky/Jacoby, Rn. 560; Stein, Wissen, s. 70; Ulrich, DS 2006, s. 341, 342.

ilişkin düzenlemeler uygulanacaktır.¹²⁶⁵ Burada somut görevin belirlenmesine yönelik kriterler göz önünde bulundurulmaktadır.¹²⁶⁶ Dördüncü olarak, keşif yardımcıları için, bilirkişilere ilişkin düzenlemelerle tanıklık düzenlemelerinin birleştirilmesiyle bir sonuca ulaşılması önerilmiştir.^{1267, 1268} Son olarak önerilebilecek düşünce, burada uzman görüşü, bilirkişi ve teknik müşavire karma şekilde karşılık gelecek bir yardım faaliyetinin söz konusu olduğunun kabul edilmesidir.

Görüldüğü üzere, elektronik belgeler üzerinde keşif incelemesinde hâkime yardımcı olabilecek kişi ya da teknik araçların özel olarak keşif yardımcıları olarak kabul edilmesinin henüz oturmuş bir uygulama alanı ve dayanağı bulunmamaktadır. Bu tartışmalar içinde elbette önerilen keşif yardımcılığı kurumuna en uygun düzenleme bilirkişi hükümleridir. Tanıklığa dair hükümleri öneren görüşler ise tanık nitelik olarak bambaşka bir delili temsil ettiğinden pek desteklenebilir görünmemektedir. Tanıklık bakımından örneğin tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerin yine de kıyasen uygulanması düşünülebilir. Ayrıca, uzman tanıklık ya da uzman görüşü gibi kurumların desteğinin de burada değerlendirilmesi mümkün olabilir. Ancak asıl etkili çözüm, keşif kurumunun, elektronik keşif incelemesine yönelmiş bir şekilde, her türlü keşif yardımcı ve araçları da göz önünde bulundurularak özel bir düzenlemeye kavuşması olacaktır.

¹²⁶⁵ Kramer, JURA 1983, 113, s. 120f.; Drehsen, **Augenschein**, s. 468, 469.

¹²⁶⁶ T/P-Reichold, § 372 Rn. 3; Zimmermann, **ZPO**, § 372 Rn. 4; Stadler, **Beweisrecht**, Rn. 124; Musielak/Voit, **ZPO**, §372 Rn. 3.

¹²⁶⁷ WIS-Ahrens, § 372 Rn. 11 ff; HK-ZPO-Siebert, § 372 Rn. 5; Schilken, ZPR Rn. 517, 519.

¹²⁶⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 468, 469.

**vii. Keşif Yardımcılığının Türk
Hukukundaki Bir Görünümü Olarak
Anayasa Mahkemesi Raportör
Hâkimlerinin Keşif Yapma Yetkisi
Örneği**

Keşif yardımcısına ilişkin Türk hukukunda bir tartışma Anayasa Mahkemesinin keşif deliline başvurusu bakımından ortaya çıkmaktadır. 6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin üçüncü fıkrasında, Yüksek Mahkemenin, karar için gerekli bilgi, belge ve delili isteyebileceği hüküm altına alınmıştır. 6216 sayılı Kanuna ilişkin tasarıya bakıldığında kanun maddesinde keşif ve bilirkişi delillerinin de anıldığı görülmektedir. Tasarıdaki haliyle Anayasa Mahkemesi bünyesindeki bölümlere ve komisyonlara bilirkişi ve keşif incelemesi yetkisi veriliyordu. Ancak daha sonra alt komisyon aşamasında keşif ve bilirkişi delillerinin anılması tercihinden vazgeçildi ve bu ifadeler Kanun metninden çıkarıldı. Bu değişikliğin gerekçesi olarak da Yargıtay’a verilmemiş olan doğrudan keşif ve bilirkişi incelemesine başvurma imkânının, Anayasa Mahkemesine verilmesinin doğru olmayacağı ifade edilmekteydi¹²⁶⁹.

Böylece 6216 sayılı Kanunun 49. maddesi “keşif ve bilirkişi incelemesi” ifadeleri kanun metninde yer almaksızın kanunlaştı. Ancak, Kanunun kabulünden sonra Anayasa Mahkemesinin iç kurallarını ve işleyişini düzenleyen İçtüzük kabul edildi¹²⁷⁰. Kanuna dayanarak çıkarılan bu içtüzükte ise Kanun metninden çıkarılan “keşif ve bilirkişi” ile ilgili düzenlemelere Kanunda olmamasına rağmen yer verildi¹²⁷¹. Örneğin, Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 38. maddesinin sekizinci fıkrasında raportörlere, Bölüm Başkanının onayıyla, bilirkişi, tanık, uzman ve benzeri delillere başvurma imkânı verildiği görülmektedir. Yine Anayasa Mahkemesi İçtüzüğü’nün 69. maddesinin üçüncü fıkrasında, bireysel başvurudan söz edilmektedir.

¹²⁶⁹ Alangoya, *Anayasa*, s. 292 vd.

¹²⁷⁰ Alangoya, *Anayasa*, s. 292 vd.

¹²⁷¹ Alangoya, *Anayasa*, s. 292 vd.

Bu maddede bireysel başvuruda yazılılık unsuruna vurgu yapılırken, “keşif ve bilirkişi incelemesi hariç olmak üzere” ifadesi yer almaktadır.

Burada 6216 sayılı Kanundan bilinçli olarak çıkarılmış olduğu görülen ve ismen ifade edilmeyen “keşif ve bilirkişi incelemesi” nin İçtüzükte düzenlenmesi bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada normlar hiyerarşisi bakımından tartışmalı da olsa, İçtüzükle raportörlere verilen bu yetkinin bir “keşif yardımcılığı” olarak değerlendirilmesi mümkündür. Kanunda düzenlenmeyen bir hususun, Kanuna dayanılarak çıkartılan İçtüzükle düzenlenmiş olması Anayasa hukukçuları tarafından eleştirilen bir husustur.¹²⁷² Ancak mevcut düzenlemeyle Anayasa Mahkemesi nezdinde görev yapan raportörlerin birer keşif yardımcısı olarak yetkilendirilmiş oldukları söylenebilmektedir.

Buradaki tartışmalarda ayrıca, 6216 sayılı Kanunun 49. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “bilgi, belge ve delil” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durulmasının önemli olduğu ifade edilmektedir. Zira buradaki delil ifadesi dikkate alındığında, Türk hukukuna dahil olan tüm delil çeşitlerinin ve delil elde etme araçlarının bu kapsamda olduğu düşünülebilir. Bu halde İçtüzük’ün özel olarak “keşif ve bilirkişi” delillerini anması ve raportörleri keşif yardımcısı olarak tayin etmesinde herhangi bir sorun olmayacaktır. Ancak kanun koyucunun tasarıda ismen anılan bu iki delili (keşif ve bilirkişi incelemesi) daha sonra bilinçli olarak kanun metninden çıkarmış olması konuya bakışı değiştirmektedir. Zira bu ifadeler özellikle tasarı metninden çıkarılırken, Yargıtay’ın dahi böyle bir inceleme ve delil elde etme yetkisini haiz olmadığı, bu nedenle “keşif ve bilirkişi incelemesi”nin Kanun metninden bilinçli olarak çıkarıldığı ifade edilmiştir. Bu sebeple de aynı ifadelerin İçtüzük’de yer alması eleştirilmekte ve sorunlu bir ifade olarak görülmektedir.¹²⁷³ Bu mesele daha ziyade Anayasa hukukunun konusu olmakla birlikte, kanunda anılmayan delil türlerinin içtüzük ile kabul edilmesi yargılama hukuku bakımından bir problemdir.

¹²⁷² Yavuz Alangoya, “Anayasanın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi”, **MHB**, 1981/2, S. 3-4, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Ar. Gör Yeşim Çelik’in Sorusu, s. 292 vd.

¹²⁷³ Alangoya, **Anayasa**, s. 292 vd.

Ancak yürürlükte olan mevzuat bakımından konuya bakıldığında ve Kanun metnindeki delil ifadesi geniş yorumlandığında¹²⁷⁴, Anayasa Mahkemesi raportörlerinin de bir çeşit “keşif yardımcısı” olduğu sonucuna varılabilecektir. Burada tartışmalar kapsamında bunun fiilen uygulanmasının doğru olmayacağı sonucuna ulaşılsa bile, bir model olarak elektronik belgeler üzerinde keşifte yardım ihtiyacına yönelik önemli bir fikir vermesi mümkün olabilmektedir.

C. Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif

1. Yeni Nesil Keşif Malzemeleri Üzerinde Keşif ve Keşif İkameleri

a. Genel Olarak

Keşif delilinin konusu olarak elektronik belgeler kabul edildiğinde elektronik belgelerin mevcut ve müstakbel her çeşidinin de keşif malzemesi olduğu kabul edilmiş olur. Bunun sonucunda da elektronik belge tanımına dahil olabilecek belki de sayısız elektronik veri bakımından bir sınıflandırma yapma gereği doğar. Çünkü her bir elektronik belge kendi çeşidine göre farklı bir esasa tabi tutulabilecektir. Yukarıda keşif malzemeleri bakımından geleneksel ve geleneksel olmayan keşif malzemeleri adıyla bir ayırım yapılırken, geleneksel olmayan keşif malzemelerinin de kendi içinde başka ayrımlara tabi olabileceğinden söz edilmişti. Geleneksel olmayan keşif malzemeleri elektronik belgelerle sınırlı olmamakla birlikte, büyük ölçüde elektronik veri ve benzeri bilgi taşıyıcılarının bu kapsamda olduğu bilinmektedir. Elektronik belgeler bakımından yapılan bir ayırım da kendisinin orijinal ya da kopya olmasına

¹²⁷⁴ Alangoya, *Anayasa*, s. 292 vd.

ilişkindir. Bu orijinal olmama durumu elektronik belgeyle bağlantılı olarak yeni bir kavramla tanışmamıza sebep olur. Bu kavram “elektronik belgeden elde edilen teknik kayıtlar”dır.¹²⁷⁵ Buna göre nasıl elektronik belgenin orijinali ya da belirli koşullarda delil güvenliği sağlanmak suretiyle kopyası üzerinde keşif incelemesi gerçekleştirilebiliyorsa, teknik kayıtlar üzerinde de tıpkı orijinal elektronik belge üzerindeki gibi inceleme gerçekleştirmek mümkündür.¹²⁷⁶ Buna elektronik belgenin muayenesi de denilebilir. Bu muayeneyi özel kılan ise hâkim tarafından yapılması ya da hâkim gözetiminde hâkim tarafından atanan bir keşif yardımcısı tarafından icra edilmesidir.

b. Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif Kavramı ve Düşünce İçeriğinin Önemi

i. Genel Olarak

Teknik kayıtlar üzerinde keşif, Alman hukukunda özellikle son dönemde tartışılan bir kavramdır. Alman hukukunda teknik kayıtlar, öncelikle iki temel başlığa ayrılarak esaslandırılmaktadır. Bu temel ayrım, öncelikle düşünce içerikli olan teknik kayıtlar ve düşünce içerikli olmayan teknik kayıtlardır.¹²⁷⁷ Buna ek olarak bir üçüncü ayrım klasik keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıtlardır. Bunlardan başka, bir de önemi ve uygulamadaki yeri dolayısıyla görüntü, ses ve veri taşıyıcıları ayrıca ele alınmaktadır.

¹²⁷⁵ Orijinal adı “*Technische Aufzeichnungen von Augenscheinobjekte*” olan bu yeni keşif malzemesi hakkında bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁷⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁷⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

ii. (Belge Tanımı Bağlamında) Teknik Kayıtların Ele Alınması ve Keşif Deliliyle Bağlantısı

Belge tanımı yapılırken gerek Türk Hukuk Muhakemeleri Kanununda gerekse İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda bilinçli olarak tercih edilmiş olan belge tasviriyle örtüşecek şekilde, bilgi taşıyıcı tüm nesnelerin de teknik kayıtlar olarak kabul edildiği görülmektedir.¹²⁷⁸ Her ne kadar Alman hukukundaki katı delil anlayışı, elektronik belge ve keşif delilinin kaderinin birbirine sıkıca bağlanmış olmasının asıl sebebi olarak görünse de dikkatle bakıldığında, elektronik belgelerin hâkimin duyuşsal algısıyla doğrudan buluşmasının keşif delilinden daha isabetli bir yolunun olmadığı görülebilecektir. Buna göre, hâkim keşif delilini araç olarak kullanarak keşif nesnesi elektronik veriyle mümkün olduğu ölçüde en dolaysız şekilde buluşmalıdır. Aksi halde tüm teknik kayıtlar, tüm bilgi taşıyıcıları doğrudan yalnızca bilirkişi delilinin konusunu oluşturacak, hâkimin kanaati doğrudan düşünce içerikli teknik kayıt ya da veri üzerinden değil, yalnızca ve yalnızca bilirkişinin mahkemeye sunacağı yazılı raporu üzerinden şekil bulacaktır. Bunun yapay bir dolaylılık oluşturacağı aşıkardır. Bu nedenle de arzu edilmemektedir. Çünkü medenî usûl hukukuna hâkim olan ilkeler doğrultusunda delille hâkim mümkün olduğu ölçüde bizzat karşı karşıya gelmelidir.

Bu bağlamda belge, geçmiş zamanda meydana gelmiş olan ve ispat hukuku bakımından değer taşıyan bir insani düşünce içeriğinin vücut bulmuş halidir.¹²⁷⁹ Bu vücut bulma gerçek dünyada somutlaşma şeklinde olabileceği gibi, sanal alemde yer kaplama şeklinde de gerçekleşebilir. Burada önemli olan o belgenin bir düşünce içeriğine sahip kayıt niteliğinde olmasıdır.

¹²⁷⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 183; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 46.

¹²⁷⁹ Müller, **Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar**, 2.A., 2016, s. 1437-1444.

İşte keşif delili de bu bağlamda bir kişi, bir şey ya da bir veriye yönelmiş olan duyuşsal algıyı ifade etmektedir.¹²⁸⁰ Alman hukukunda düşünce içeriğine sahip elektronik kayıtlar bakımından bir ayırım yapılmaktadır. Burada bir görüş, keşif konusu olmaları bakımından, düşünce içerikli teknik kayıtların hariç tutulması gerektiğini savunmaktadır.¹²⁸¹ Ancak bunun karşısında, keşfe elverişlilik kriterlerini sağlayan her türlü verinin keşfin konusu olabileceği düşüncesi daha güçlüdür.

Özellikle Alman Hukukunda yapılan tartışmalarda, teknik kayıtların hukuk yargılamasının genel kuralları bağlamında kendi başına bir delil olarak sınıflandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilir.¹²⁸² Bunun anlamı, örneğin keşif, bilirkişi ya da belge delillerinden birine mutlaka dahil edilmesi gerektiği ve elektronik delil diye bir delil türünün bulunmamasıdır. Hatta bazı yerlerde teknik kayıtlara genel olarak son derece mesafeli yaklaşıldığı da gözlemlenmektedir. Adeta bu veri çeşidi hiç yokmuş gibi, sırf kanunda açıkça bir delil çeşidi olarak düzenlenmemiş olması sebebiyle mahkemelerce yok sayılma eğiliminde olduğu ifade edilmiştir.¹²⁸³

Böylece, klasik bir keşif nesnesinin mi yoksa bir düşünce içeriğinin mi kaydedildiğinden bağımsız olarak, teknik kayıtlar için genel bir dışlamanın sözkonusu olduğu söylenmektedir. Tüm bu olumsuz yaklaşımlar ve bu dağınık görüş yelpazesi çerçevesinde, teknik kayıtların düşünce içerikli olanları bakımından kısmen belge deliline kısmen de keşif deliline ilişkin hükümlerin uygulanması gerektiği savunulmaktadır.¹²⁸⁴ Ancak bu ayırmada da manipölasyon tehlikesi bulunduğu

¹²⁸⁰ Müller, **ZPO Kommentar**, s. 1438.

¹²⁸¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁸² Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁸³ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁸⁴ Lampe, NJW 1970, s. 1097, s. 1099 vd; Siegert, NJW 1957, s. 689, 690. İsviçre hukukunda buna benzer bir başka tartışma, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 257. maddesi kapsamında yapılmaktadır. Buna göre, yalnızca belgelerin değil, aynı zamanda diğer delil araçlarının da m. 254 paragraf 1, a kapsamında, yani yargılamayı önemli ölçüde geciktirmemeleri koşuluyla, kabul edilebilir olduğu ifade edilmektedir. Buradaki belge ve diğer deliller arasındaki ayırım ve benzetme yoluyla diğer delillerin de kapsama dahil edilme çabası, Alman hukukundaki keşif delilinin malzemelerine benzetilerek geniş yorumlanan elektronik verilerin durumuna benzemektedir. Amaç, makul ölçütler içinde kalarak ve amaca uygun bir yorum metoduyla yargılamayı amacına, uygun araçlarla ulaştırmak olarak özetlenebilir. Bu bağlamda, Federal Yüksek Mahkemenin yorum pratiğine göre, yorumun münferit unsurları hiyerarşik bir öncelik sırasına tabi olmadığından, ancak bir normun "gerçek kapsamının" araştırılmasında yorumun tüm unsurları dikkate alınmak zorunda olduğundan, teleolojik yorumun hangi sonuca yol açtığı da bir sonraki adım olarak incelenmelidir. Bu yönde bkz. Haberbeck,

gerekçesiyle, ses kayıtları gibi bazı teknik kayıtlara yine de şüpheyile yaklaşıldığı da işaret edilen noktalar arasındadır.¹²⁸⁵

Buna göre, bazı durumlarda, tüm teknik kayıtlar keşif nesnesi olarak kabul edilir ve bu halde keşfe ilişkin tüm hükümler doğrudan bunlara uygulanır. Bu yaklaşım teknik kayıtların mahkemece delil olarak değerlendirilmesi noktasında teorik olarak en sorunsuz görünen ancak pratik olarak en çok sorunun yaşanacağı yaklaşım olarak görülmektedir.¹²⁸⁶ Bu yaklaşım keşfe ilişkin hükümlerin teknik kayıtlara kıyas yoluyla uygulanması ve teknik kayıtların kendi başlarına birer keşif nesnesi olarak sınıflandırılmasıyla açıklanabilir.¹²⁸⁷ Ancak bu farklı görüşler daha çok bazı tartışmaların düşünce içerikli teknik kayıtlara¹²⁸⁸, bazılarının ise klasik keşif kaynaklarının teknik kayıtlarına odaklanmasından kaynaklanmaktadır.

Tüm bu açıklamalar ışığında, keşif kaynakları ve nesneleri bakımından yapılan ayrımların önemi daha net anlaşılmaktadır. Klasik keşif nesneleri, klasik olmayan keşif nesneleri ve tüm bunlarla birlikte keşif nesnesinden elde edilen teknik kayıtlarla düşünce içerikli teknik kayıtlar arasında bir ayrım yapılmakta ve ilk olarak klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtları ele alınmakta, ancak daha sonra düşünce içerikli teknik

Philipp; "Sind in Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ausschliesslich Dokumente als Beweismittel zuzulassen?", Jusletter 8. September 2014, (jusletter.ch), Rz. 15, 16. Ayrıca bkz. örneğin BGE 136III149E.3p.154: ("*Metin tamamen açık değilse ve farklı yorumlar mümkünse, yorumun tüm unsurları dikkate alınarak hükmün gerçek kapsamı araştırılmalıdır (metodolojik çoğulculuk)*") ve yine Federal Yüksek Mahkeme'nin 18 Temmuz 2002 tarihli B 10/99 kararı, E. 5a: "*Kanun öncelikle lafzına göre yorumlanmalıdır. Metin tam olarak açık değilse ve farklı yorumlar mümkünse, yorumun tüm unsurları, yani metnin altında yatan amaç, anlam ve değerlendirme dikkate alınarak gerçek kapsamı araştırılmalıdır*". Bu yönde bkz. (jusletter.ch).

¹²⁸⁵ Deutsche Bahn tarafından gerçekleştirildiği anlaşılan bir manipülasyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.zeit.de/2009/18/Bahn?page=6>. Bu yönde ayrıca bkz. **Knopp, M.**, "Rechtliche Perspektiven zur digitalen Beweisführung", 2009 (HeinOnline), prg. 1. Yayımlandığı ilk günlerde büyük gürültü ve tartışmalara neden olan şeyin tam da teyp kaydının sınıflandırılması olduğu yönünde bkz. Lang, s. 86ff; Bruns, JZ 1957, 489, s. 489 ff; Pleyer, ZJP 69 (1956), 321, s. 321 ff; Siegert, NJW 1957, 689, s. 690 f; ceza usûl hukuku için Roggemann, s. 62 vd; Dallinger, MDR 1956, 143, s. 146; Feldmann, NJW 1958, 1166, s. 1166 vd; Schmidt, JZ 1956, 206, s. 206 vd.

¹²⁸⁶ ArbG Kassel, BB 1955, 31, s. 31; Ahrens FS Geimer 1, 11 f; WIS-Ahrens §371 Rn. 28; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 46; Drehsen, **Augenschein**, s. 182.

¹²⁸⁷ WIS-Ahrens, §371 Rn. 28; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 46.

¹²⁸⁸ Scupin, DÖV 1957, 548, 548 vd; ayrıca Tschadek, s. 50 vd.; BGH NJW 1982, 277, 277; OLG Frankfurt AnwBl. 1980, 367, 367; S/J-Berger, vor §371 Rn. 4, 6; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 415 Rn. 5; Zimmermann, **ZPO**, § 371 Rn. 2, 4; Gehrlein, §10 Rn. 38; Weber/Förschler, s. 182; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 6; Redeker, NJW 1984, 2390, 2394; Drehsen, **Augenschein**, s. 182.

kayıtlar ele alınmaktadır¹²⁸⁹. Klasik keşif malzemelerinin teknik kayıtları, keşfe ilişkin düzenlemelerin, herhangi bir kısıtlama olmaksızın klasik keşif malzemeleri için geçerli olduğu gibi geçerli kabul edildiği “tekmil” keşif objeleri olarak tanımlanmaktadır¹²⁹⁰. Aşağıda burada adı geçen bu teknik kayıtlardan ve keşif ikamelerinden söz edilecektir.

iii. Keşif İkamesi veya Keşif İkame Nesneleri

Teknik kayıtlar, genel itibariyle gelişmiş teknik yardımcılar kullanılarak oluşturulurlar ve klasik keşif nesnelerinden ayırt edilmesi gereken yeni nesnelerdir. Kayıt işlemi, duyuşsal algının doğrudanlığını bir bakıma ortadan kaldırdığından, tanınabilmeleri için keşif nesnesinin vekilleri ya da ikameleri olarak adlandırılmaktadırlar¹²⁹¹.

Klasik keşif nesnelerinin teknik aktarımları, yani örneğin aynı anda bir aktarıcı vasıtasıyla başka yerden gözlemlenmesi, kural olarak keşif ikame nesnesi olarak anılmaz. Çünkü bu halde klasik keşif nesnesinin yerine geçebilecek yeni bir nesne yaratılmamakta, sadece anlık aktarım yapılmaktadır. Burada “*tele-keşif*” adı verilen başka bir işlem yapıldığı kabul edilir¹²⁹². Klasik keşif nesnelerinin tele-keşif yoluyla incelenmesi durumunda, klasik keşif nesnesinin fiziksel yardım kullanılarak görüntülenebildiği *sözde tele-optik* bir görünüm vardır¹²⁹³. Görünen bir kayıt değil, bir aktarımdır ve yine keşif nesnesinin kendisidir.

¹²⁸⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹²⁹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 188.

¹²⁹¹ Zimmermann, **ZPO Kommentar**, 371, Rn. 3. Aşık “keşif objelerinin ikameleri” ifadesini tercih ederek teknik kayıtlara işaret etmiştir. Bu yönde. Bkz. Aşık, **Keşif**, s. 41.

¹²⁹² Tele-keşif kavramı için bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, iv.

¹²⁹³ WIS-Ahrens, § 355 prg. 32; BK-ZPO-Bach 355 § prg. 1.4.

Bir kez daha belirtilmelidir ki, keşif ikame nesneleri ancak klasik bir keşif nesnesinin teknik bir kaydı varsa mevcut kabul edilmektedir.¹²⁹⁴ Bu nedenle de bu nesnelere keşif yerine geçen nesneler ya da keşif ikameleri denilmektedir. Bu bağlamda, diğer teknik kayıtlar olarak adlandırılan, belgeler veya tanık ifadeleri yani entelektüel içerikli olanlar, buradaki açıklamalardan ayrı olarak değerlendirilmektedir.

Esas keşif ikameleri, klasik keşif malzemesinden elde edilen ve çeşitli sebeplerle klasik keşif nesnesi yerine keşfin konusu edilen elektronik keşif malzemelerini ifade eder. Burada geleneksel bir keşif malzemesi olarak ilk akla gelen taşınmazlar üzerinden örnek vermek mümkündür. Bir taşınmazın (örneğin bir arazinin) teknik kayıtları üzerinde yapılan inceleme, genel anlamda bir teknik kayıtlar üzerinde keşif incelemesi olarak nitelendirilmekle birlikte, aynı zamanda keşif ikamesi üzerinde incelemeyi ifade etmektedir. Örneğin, video kaydı yapabilen bir drone yardımıyla havadan kaydedilen arazinin görüntülerinin mahkemece keşif yoluyla incelenmesi bir keşif ikamesini ifade eder.¹²⁹⁵ Sözü geçen drone görüntüyü anlık olarak mahkemeye aktarıyorsa ve mahkeme incelemesini aktarılan görüntü üzerinden anlık olarak yapabiliyorsa, bu halde de bir tele-keşif örneğinden bahsedilmektedir.

Yine taşınmaz üzerinde keşfin elektronik ortama taşınmasına bir örnek olarak, elektronik emlak sitelerinden olan “*Immobilienscout24*” platformundaki bir taşınmaz ilanına ilişkin uyumsuzlukta, web sitesindeki görseller üzerinde yapılan keşif incelemesi gösterilebilir. Alman hukukunda Federal Mahkemenin önüne gelen bir uyumsuzlukta, bir emlakçı, “*ImmobilienScout24*” internet portalında mülk sahibi adına müstakil ev içeren bir mülk için ilan vermiştir.¹²⁹⁶ Olayda bir yandan satın alma

¹²⁹⁴ Schultzy, NJW 2003, 313, s. 316.

¹²⁹⁵ Örneğin çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesine ilişkin olarak, çekişmeli yerle tarafların ellerinde bulunan kısımların sınırlarını belirlemek için, araziye ilişkin görsel kayıtlardan ve ortak beyanlardan yola çıkılarak davanın açıklığa kavuşturulacağı yönünde bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2013/2896, K. 2013/5876, T. 18.4.2013, (kazanci.com); Y. 1. HD, E. 2013/3811, K. 2013/5009, T. 8.4.2013, (kazanci.com). Yine benzer şekilde, çaplı taşınmaza el atmanın önlenmesi davasında davalıların davacının taş duvarını, tel örgü ve kazıklarını yıktıkları iddiası/keşifte sadece yapılan ölçümle yetinildiği - yeniden keşif yapılmak suretiyle tanıkların mahallinde dinlenmesi ve tüm deliller toplanıp birlikte değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2013/2604, K. 2013/4727, T. 2.4.2013, (kazanci.com). Bu kararlarda araştırılması istenen hususlar örneğin arazi üzerinden elde edilen görüntü kayıtlarıyla tespit edilebilecektir.

¹²⁹⁶ Hoffman, *Internetrechts*, (beck-online.de).

fiyatının %6,25'i oranında bir komisyon talep edilirken, diğer yandan herhangi bir alıcı temsilcisi komisyonu talep edilmediği belirtilmiştir.¹²⁹⁷ Yani, elektronik ortamda taşınmazı temsil etmekte olan ilanda bir çelişki söz konusudur. Daha sonra davalı, orada bulunan iletişim formu aracılığıyla şirketle iletişime geçmiş ve taşınmaza ilişkin daha fazla bilgi istemiştir. Bunun üzerine davacı, alıcı tarafından ödenecek %6,25'lik aracılık ücretine atıfta bulunan bir açıklamayı PDF dosyası olarak e-posta ile göndermiştir.¹²⁹⁸ Her ne kadar somut olayda tartışılan maddi hukuk meselesi, mesafeli satış sözleşmesi kapsamında cayma hakkının mevcudiyetine ilişkin olsa da tarafların ispat faaliyetinde dayanabilecekleri tüm veriler elektronik ortamda bulunmaktadır. Bu nedenle uyuşmazlığa temel olan ilan bir internet sitesinde yer aldığından, delillerin ve taşınmazı temsil eden bilgilerin o internet sitesi üzerinden incelenmesi söz konusudur. Bu halde örneğin olaydaki mülkü temsil eden ilan, ilana ilişkin görseller ve mülkü konu eden her türlü bilgiyi ikame olarak temsil eden belgeler birer teknik kayıt ve keşif ikamesi niteliğinde olur. Bunun gerekçesi ise emlak platformunun kişisel, yani yüzyüze iletişim için değil, elektronik veya telefonla iletişim için tasarlanmış olmasıdır.¹²⁹⁹ Bu halde taraflar arasındaki iletişim ve uyuşmazlığa ilişkin her türlü veri elektronik ortama taşınmış olduğundan, ispat faaliyetinin de (keşif de dahil olmak üzere) elektronik ortama taşınmasının yolu açılmış olmaktadır.¹³⁰⁰

¹²⁹⁷ Hoffman, **Internetrechts**, (beck-online.de).

¹²⁹⁸ Hoffman, **Internetrechts**, (beck-online.de).

¹²⁹⁹ Hoffman, **Internetrechts**, (beck-online.de). Bkz. BGH, Urt. v. 7.7.2016 – I ZR 30/15, BeckRS 2016, 21464. Ayrıca bkz. Urt. V. 7.7.2016 – I ZR 68/15, BeckRS 2016, 21384 (beck-online.de).

¹³⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 189.

c. Belge ve Keşif İncelemeleri Arasındaki Sıkı İlişki Çerçevesinde Keşif İkamelerinin Keşif Malzemesi Vasfının Değerlendirilmesi

i. Genel Olarak

Elektronik belgeler; genel itibariyle metin, grafik, ses, video veya diğer formatlarda¹³⁰¹ elektronik olarak düzenlenen ve saklanan veriler olarak tanımlanmaktadır¹³⁰². Belge ve keşif incelemesi arasındaki sıkı ilişki karşısında, böylesi detaylı bir sınıflandırma çabasına girişilmesinin sebebi, her hukuk sisteminde benimsenen delil esasına göre farklılık göstermektedir. Örneğin Alman hukukundaki bu çaba, daha önce de ifade edilmiş olduğu gibi, katı delil sisteminin benimsenmiş olmasından ileri gelmektedir. Buradan yola çıkılarak Türk hukukunda her ne kadar belge tanımı geniş anlamda elektronik belgeyi kapsamına dahil ediyor olsa da bu, elektronik belgelerin keşif ya da bilirkişi incelemesinin konusu olmasına engel teşkil etmez. Bu halde niteliğine göre bir belge keşfin konusu olabileceği gibi, kendisine uygun düşen başka bir incelemenin de konusunu oluşturabilir. Burada unutulmaması gereken, gerçeğe ulaşma ile adalete erişme gayesine hizmet edecek ve dava malzemesinin karakterini destekleyecek en uygun inceleme yönteminin bulunmasıdır.

Elektronik belgelerin esasında Alman hukukunda bir keşif nesnesi olarak sınıflandırılması o kadar net değildi. 13 Temmuz 2001 tarihli FormVAnpG'in¹³⁰³ yürürlüğe girmesine kadar kelimenin tam anlamıyla zaten delil olarak kabul edilmiş oldukları ifade edilmiştir¹³⁰⁴. Ancak bu hallerde keşif nesneleri olarak değil,

¹³⁰¹ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Drehsen, **Augenschein**, s. 189.

¹³⁰² Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 124; Drehsen, **Augenschein**, s. 189.

¹³⁰³ Drehsen, **Augenschein**, s. 252.

¹³⁰⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 252; Rüssmann, **Moderne Technologien**, s. 418, 419.

çoğunlukla belgeler olarak düşünülmüşlerdir.¹³⁰⁵ Bu düşünce Türk ve İsviçre hukuklarında da benzer durumdadır. Çünkü belge anlayışı, geniş anlamda belgeyi yazılılıkla özdeşleştirmektedir. Bunun nedeni ise tamamen geleneksel bakış açısidir. Fakat bu belge olarak düşünülme hali de net bir değerlendirmeye dönüşmemiştir. Bunlar yerine göre, bilirkişiler tarafından değerlendirilecek nesneler veya durumun özelliğine göre bağımsız nesneler olarak sınıflandırılmaktaydılar.¹³⁰⁶ Bu tasnif zorluğu dar anlamda delil düzeyinde olsa da elektronik belgelerin bilgi aracı olarak kullanılması durumunda da ortaya çıkmasının kaçınılmaz olduğu ifade edilmekteydi.¹³⁰⁷

Alman hukukundaki bu tartışmalar sonucunda, neticede teknik kayıtların belge incelemesi yerine keşif incelemesinin konusu olarak kabul edilmesi anlayışı yönünde bir hâkimiyet ortaya çıkmıştır. Bunun dayanağı hem Kanunda 2001 yılında başlayıp 2005 ve daha sonrasında yapılan değişiklikler, hem de yıllar içinde değişen ve genişleyen elektronik veri tanımı olmuştur.¹³⁰⁸ Sonuç olarak halen keşifle belge incelemeleri arasında elektronik veriler ve teknik kayıtlar bakımından ince bir çizgi olduğu kabul edilen bir gerçektir. Bununla birlikte, son yaklaşımlar bu malzemeleri keşif deliline daha yakın hale getirmektedir. Aşağıda çeşitli bölümlerde yeri geldikçe elektronik belgelerin belge vasfıyla keşif malzemesi özelliği birlikte değerlendirilerek ve karşılaştırılarak ele alınmaya devam edilecektir.

¹³⁰⁵ Rüßmann, **Moderne Technologien**, s. 418, 419.

¹³⁰⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 252.

¹³⁰⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 252.

¹³⁰⁸ FormVAnpG ile, Alman Medenî Usûl Kanunu § 371'in önceki hali 2001 yılında ikinci cümleyi ve bununla birlikte elektronik belgeleri de kapsayacak şekilde genişletildi. Bununla birlikte, o zamana kadar var olan sınıflandırma zorluğu da farklı bir boyuta ulaşmış oldu. Kimi yazarlar bunun bir kargaşaya yol açtığını ve sınıflandırma zorluğunu artırdığını ifade etse de kimi yazarlar bunu olumlu bir gelişme olarak karşılamıştır. Neticede genel olarak kabul edilen ortak nokta, elektronik belgelerin keşif nesneleri olarak sınıflandırılması lehine olacak şekilde bir netleştirmenin söz konusu olduğu olmuştur. Bu yönde bkz. Rüßmann, **Moderne Technologien**, s. 418, 419; dn. 111; BGH NJW 2008, s. 2649 prg. 10; W/S-Ahrens, § 371 prg. 27; BK-ZPO-Bach, § 371 prg. 7; S/J-Berger, § 371 prg. 7, § 371 prg. 19; Zöller, **ZPO**, § 371 prg. 1; MK ZPO Zimmermann, § 371 prg. 8f; Ahrens, 22 prg. 45; Berger, NJW 2005, 1016, 1017; Dastner, NJW 2001, 3469, 3469. Ayrıca bkz. Becker, **Elektronische Dokumente**, s. 10; Kapoor, s. 274; Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 126. Ayrıca bkz. Bergmann/Streitz, **EDV-gestützte Dokumentation**, s. 78; Sponeck, **Computerausdrucken**, s. 270, 272. Ayrıca bkz. W/S-Ahrens § 371 Rn. 22; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 paragraf 12; Zimmermann, ZPO, S 371 paragraf 8.

ii. Belgenin Düşünce İçerikli Olup Olmamasının Keşif Bakımından Ortaya Çıkarılabileceği (Teknik) Özellikler

Elektronik verilerle ilgili başlıca ayrımlardan biri düşünsel içeriğe sahip olup olmamaları bakımından yapılır.¹³⁰⁹ Buna göre düşünsel bir içeriğe sahip olmaları halinde, özellikle Alman Medenî Usûl Kanunu § 415 ff ‘ya atıfta bulunan § 371a ve § 371b kapsamında gösterilmektedirler; bu da ancak zihinsel algıyla anlaşılabilir düşünsel bir içeriğe sahip olmaları halinde anlamlıdır.¹³¹⁰

Aynı durum, Alman Medenî Usûl Kanununun daha önce çeşitli bölümlerde bahsedilen 130a maddesinin birinci fıkrasının bir ve üçüncü cümlelerinde de görülebilmektedir. Bu hüküm sadece elektronik belgelerde yer alan yazılı ifadeler için geçerlidir ve dolayısıyla bu düzenlemelerin sadece düşünce içerikli verileri kapsadığı kabul edilmektedir.¹³¹¹ Bununla birlikte, düşünce içeriğine sahip veriler söz konusu olduğunda, mahkeme her durumda bu tinsel içeriği anlamak zorunda değildir. Ancak davanın esası bakımından zihinsel anlayış önemliyse bu halde hâkimin keşif incelemesini yaparken hedefinde o düşünsel içeriğin anlaşılması ve bundan bir delil elde edilmesi olacaktır.¹³¹²

Alman hukukunda düşünce içerikli olup olmamaya göre yapılan ayrım İsviçre hukukunda da dile getirilmektedir. Buna göre, aynı şeyin durumun özelliğine göre, hem bir belge hem de bir keşif inceleme nesnesi olabileceği ifade edilmiştir.¹³¹³

¹³⁰⁹ Bu yönde bkz. II. Bölüm, I, D ve E.

¹³¹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 194, dn. 138. Yukarıda elektronik verilerin keşfe elverişlilik bakımından sınıflandırılması bölümünde, elektronik verilerin düşünce içeriğine sahip olup olmamasına göre yapılan ayrımlara değinilmişti. Bu yönde bkz. I. Bölüm, I, E, 2.

¹³¹¹ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 125; Drehsen, **Augenschein**, s. 194.

¹³¹² 140 Fritsche, ZPO, § 130a Rn. 4; S/J-Kern § 130a Rn. 9; T/P-Reichold § 130a Rn. 1; Musielak/Voit, ZPO, § 130a Rn. 2; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 11.

¹³¹³ Czeguhn, **Beweiswert und Beweiskraft**, s. 125; Drehsen, **Augenschein**, s. 194.

¹³¹³ Peter, **Augenschein**, s. 511. Ayrıca bkz. Hans Hürlimann, **Der Urkundenbeweis im Zivilprozess**,

Bununla birlikte, bir şey fikri içeriği bakımından değil de harici niteliği nedeniyle ilgi çekiyorsa, bu halde bir belge değil, ancak bir keşif nesnesi olduğundan söz edilir.¹³¹⁴ Örneğin, bir kişinin bir ses dosyasında yer alan sözlü ifadesinin işitsel olarak yeniden algılanması söz konusu olabilir. Burada yalnızca ifadenin gerçekten kişiden gelip gelmediği veya hangi koşullar altında (konuşma durumu, kabul edilemez sorgu baskısı) verildiği önemliyse, bu halde hâkim yalnız bu içerik üzerinde yoğunlaşarak bir inceleme yapacaktır. Yani kişinin ne söylediği değil de nasıl söylediği ya da hangi koşullar altında söylediği inceleme konusu olabilir.

İşte bu gibi durumlarda, sözlü ifadenin zihinsel içeriği ve dolayısıyla zihinsel olarak anlaşılması önemli değildir.¹³¹⁵ Dolayısıyla, düşünce içerikli olmayan veri; ya hiç düşünsel içeriği olmayan ya da somut durumda bu düşünce içeriği önemli olmayan veri olarak anlaşılmaktadır. Buna paralel olarak, zihinsel içeriğe sahip veriler ancak bu içerik somut olay bakımından önemliyse keşfin malzemesi olarak önem arz ederler.¹³¹⁶

iii. Gerçek Yeni Keşif Nesnesi Olarak Kabul Edilen Düşünce İçerikli Veriler

Düşünce içerikli veriler, düşünce içerikli olmayan diğer veri çeşitlerine göre, hukuki işlemleri ispat etmeye daha yatkın kabul edilmektedirler. Bunun sebebi, düşünce içeriğinin çoğunlukla bir irade beyanı ile örtüşmesi ve sahibini bağlayabilecek açıklamalar içermesidir. Örneğin, bir elektronik belgedeki metin, tarafın bir hukuki ilişkiye ilişkin açıklamasını içeriyorsa, bu halde düşünce içerikli bir veriden söz edilir. Düşünce içeriği olan elektronik verilerde duyusal algının dolaysızlığının tam olarak

Dissertation, Freiburg, 1944, s. 42 f.; Theodor Keller, **Die Edition von Urkunden im zürcherischen Zivilprozess**, Dissertation, Zürich, 1963, s. 2; Kummer, Fn. 6, s. 131.

¹³¹⁴ Peter, **Augenschein**, s. 512. Yine bu yönde bkz. Hürlimann, Fn. 8, 42 f.; Keller, Fn. 8, s. 2; Kummer, Fn. 6, s. 131; Wald-Vogel, Fn. 8, 106 f.

¹³¹⁵ Drehsen, **Augenschein**, s 194, dn. 141, 147.

¹³¹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s 194.

yerine getirilememekte olduğunu, adeta bir baştan kabul gibi düşünülmesi gerektiği ve tüm elektronik belgeler üzerinde keşif sisteminin bu esas üzerinden kurgulanması gerektiği ifade edilmektedir.¹³¹⁷ Bunun haksız bir yaklaşım olmadığına işaret etmek gerekmektedir. Çünkü özellikle klasik keşif malzemesinden elde edilen bir teknik kayıt üzerinde keşif incelemesi gerçekleştirildiğinde, bunun o klasik malzemenin kendisi olmadığı aşıkardır.

Bununla birlikte, o teknik kaydın, klasik nesneye en yakın görsel deneyimi sağlayan bir kayıt olduğu da çoğu zaman bir gerçektir. Yani bir klasik keşif malzemesinden iyi koşullarda ve yüksek bir kalitede elde edilmiş bir kayıt çoğu zaman hâkime o malzemeyi gerçeğine en yakın şekilde inceleme imkânı verir. Bunun yanında bir diğer avantaj bu kaydın tekrar ve tekrar oynatılabilir olmasıdır. Hâkim emin olamadığı bir husus için kaydı geri sarıp tekrar oynatmak suretiyle görüp görmediğinden emin olamadığı özelliği yeniden görüntüleyebilir.

Böylece duyusu yardımıyla zihinsel olarak neyi algıladığından ve keşif incelemesi neticesinde uyuşmazlığın esasına etkili olabilecek nelerin gözlemlendiğinden emin olabilecektir. Bu tespitler, teknik kayıtlar üzerinden keşfin kaçınılmaz olarak doğuracağı dolaylılık karşısında, elektronik keşif incelemesinin sağladığı avantajlı yönlerden biridir.¹³¹⁸ İşte bu avantajlı yönleri nedeniyle, teknik kayıtlar gerçek anlamda yeni nesil keşif nesneleri olarak anılmaktadır. Örneğin, klasik bir keşif nesnesinden elde edilen yüksek çözünürlüklü video kaydı, geleneksel keşif anlayışının önemli bir temsilcisi olan taşınmaz keşiflerini dahi birer elektronik kayıt üzerinde keşif geleneğine dönüştürebilir. Elbette burada da hâkim, keşif konusuna ve araştırılacak vakıaların özelliğine göre en uygun keşif türünü takdir edebilmelidir.

Bu noktada ilginç bir örnek olarak, tanık ifadeleri verilmektedir. Tanığın beyanı, mahkeme önünde dinlenmesiyle birlikte, tutanağa bağlandığında düşünce

¹³¹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

¹³¹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 195. W/S-Ahrens, § 371 Rn. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 31. Bu gerçek yeni keşif malzemelerine, “*daten mit Gedankeninhalt*” ya da “*neue Augenscheinsobjekte*” denilmektedir. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

içerikli bir kayıt haline dönüşmüş olur. Bu tanığın beyanının bir video kaydına alınması ve bu kaydın incelenmesi halinde ise düşünce içerikli veri üzerinde inceleme sözkonusudur. Örneğin, davalının belirli bir tarih ve saatte iddia edilen yerde olup olmadığı vakıasının ispatı için, şu deliller hâkim tarafından zaten toplanmış olsun: Davalı adına düzenlenmiş bir uçak bileti kopyası; davalı adına düzenlenmiş bir otel faturası kopyası; davalıyı söz konusu tarihte söz konusu yerde gördüklerini doğrulayan iki tanığın ifadesi. Bu halde, davalının karşı delil olarak kız arkadaşı olan tanığın dinlenmesini talep etmesi ihtimalinde, bu tanık, davalının ilgili tarihte ve ilgili saatte, davacının iddia ettiğinden farklı bir yerde kendisiyle birlikte olduğuna dair ifade verebilir. Böyle bir durumda hâkimin, davalı tarafından ileri sürülen karşı delilin, davalının gerçekten de ilgili tarihte söz konusu yerde bulunduğu dair kanaatini değiştiremeyeceği sonucuna varması anlaşılabilir bir durumdur.¹³¹⁹

Burada bir başka örnek olarak, J'nin belirli bir tarihte (1 Ocak 2021), D'den belirli bir araba satın alıp almadığının değerlendirilmesi gereken durum gösterilmektedir. Bu örnekte hâkimin önüne yığılmış olan deliller şunlardır: 1 Ocak 2021 tarihinde Bern'de imzalanan, söz konusu arabanın satın alınmasına ilişkin yazılı bir satış sözleşmesi; D ile J arasında, Bern'de söz konusu satış sözleşmesinin imzalanma tarihine ilişkin olarak teati edilen e-postaların çıktıları; satış sözleşmesindeki imzalardan birinin J'ye ait olduğunu gösteren grafolojik bir rapor; D'nin Bern'de sözleşmenin imzalanması sırasında hazır bulunan çalışanının tanık beyanı. Burada, J'nin 1 Ocak 2021 tarihinde Bern'de olmadığını, tüm gün Zug'da olduğunu söyleyebilecek bir aile üyesini veya arkadaşını tanık olarak çağırmayı teklif ettiği varsayımında, hâkimin, ilgili tanık ifadesinin J'nin satın alma sözleşmesini 1 Ocak 2021 tarihinde imzaladığı yönündeki kanaatini değiştirmeyeceğinin öngörülebilir olduğu ifade edilmektedir.¹³²⁰

¹³¹⁹ Federal Yüksek Mahkeme'nin 22 Mart 2012 tarihli ve 4A_510/2011 sayılı kararı için, bkz. E. 4.2; Philipp Haberbeck, “Abgrenzung der zulässigen antiziperten Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis im Zivilprozess”, **Jusletter**, 3. Februar 2014, (jusletter.ch), prg. 12. Burada iki nokta dikkat çekmektedir. Bunlardan ilki, teknik kayıt üzerinde keşif neticesinde elde edilen kanaat ile diğer tüm deliller dengelendiğinde hangisinin ağır basabileceğine ilişkin bir tespit yapılmaktadır. Bu tespit, bir teknik kaydın, elektronik özelliğinden dolayı, daha önce sözü edilmiş olan deliller kulesinde üst sıralarda yer bulamamasını hatırlatmaktadır. İkinci nokta ise tanık ifadesinin, düşünce içerikli bir teknik veriye dönüşmüş olmasıdır.

¹³²⁰ Haberbeck, **Verletzung des Rechts auf Beweis**, (jusletter.ch), Rn. 40 vd.

Burada hâkimin kanaatini oluşturmada verilerin düşünce içerikli olup olmamasının önemi vurgulanmaktadır. Neticede düşünce içerikli veriler, hâkime olaya ilişkin daha fazla bilgi verebileceğinden kanaat oluşturmada daha etkili olmaktadır. Yukarıdaki gibi örneklerde, hâkimin düşünce içerikli olup olmamalarına bakarak delillerin en iyi inceleme yöntemini belirlemesi ve eğer duyuşsal algısı önemli bir rol oynayacaksa bu delil araçlarını mümkün olduğunca bizzat inceleyerek kanaat elde etmesi gerekir¹³²¹.

2. Düşünce İçerikli Olmayan Teknik Kayıtlar

a. Genel Olarak

Teknik kayıtlar genel bir terim olup keşif nesnesi olabilecek elektronik temelli malzemeleri sınıflandırmak için kullanılmaktadır. Teknik kayıtları çeşitlendirmek ve incelemesini kolaylaştırmak amacıyla kendi içinde düşünce içerikli olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Bu ayırımın pratik bir önemi olup olmadığı tartışmalıdır. Ancak bir teknik kayıt üzerinde keşif söz konusu olduğunda, özellikle vakıanın aydınlatılması bakımından tıpkı klasik bir belgede olduğu gibi, o belgenin içeriğinden çekişmeli ya da ispata elverişli neyin elde edilebileceği önemlidir. Bu nedenle, özellikle tarafların bir hukuki işlem ya da eylemdeki iradelerini yansıtan düşünce içerikleri, o belgenin ispat açısından daha zengin bir içeriğe sahip olduğu anlamına gelmektedir.

Bu açıklamalar ışığında düşünce içerikli olmayan elektronik kayıtlara da kısaca göz atmak gerekir. Özellikle düşünce içerikli olan teknik kayıtlardan ayrılan yönleri

¹³²¹ Haberbeck, **Verletzung des Rechts auf Beweis**, (jusletter.ch), Rn. 40 vd.; Brunner/Gasser/Schwander, **ZPO Kommentar**, Art. 124, Rn. 11 vd. Ayrıca bkz. Michael Nonn, **a.g.e.**, s. 74 ve 78 vd.

olup olmadığını tartışmak bu ayrımı anlamaya yardımcı olacaktır. Eğer keşif incelemesi bakımından bir teknik kaydın düşünce içerikli olup olmaması pratik önem taşıyorsa bu halde keşfin icrası bakımından farklılık da ortaya çıkmaz. Ancak, keşfin icrası aynı olsa da teknik kayıt niteliğindeki o elektronik verinin bilgi içeriği, düşünce açıklaması ihtiva edip etmemesine göre farklılık arz eder. Bilgi içeriği bir hukuki olay ya da bir hukuki işleme tanıklık ediyorsa, mahkemenin ispat faaliyetine yapabileceği katkı da ona göre daha fazla olur. Bu ayrımın önemi de buradan gelmektedir.

b. Düşünce İçeriği Olmayan Veri ve Bu Verinin Algılanması

Düşünce içeriği olmayan ya da diğer bir ifadeyle fikirsel/fikri içeriği olmayan veriler söz konusu olduğunda, mahkeme tarafından genellikle, duyusal algının görsel ya da işitsel özelliklerinin yerine getirildiği ifade edilir¹³²². Burada duyusal algının işlenme şekli düşünce içerikli elektronik verilere göre farklılık göstermektedir. Çünkü mahkeme, ilgili donanım ve yazılımın yardımıyla, örneğin düşünce içeriği olmaksızın dosyalarda saklanan nesneler, kişiler, durumlar veya süreçler hakkındaki bilgilerin genellikle yalnızca görsel ve/veya işitsel temsillerini algılamaktadır. Ancak bu nesnelerin, kişilerin, durumların veya süreçlerin kendileri keşif incelemesinin doğrudan nesnesi değildirler, kendilerinden elde edilen temsiller keşfin konusu olmaktadır¹³²³.

Bu nedenle, düşünce içeriği olmayan veriler, klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtları gibi adli keşif incelemesinin konusu olma özelliğine sahiptir¹³²⁴. Dahası, tıpkı bu örnekte olduğu gibi, bunları üretmek ya da görüntülemek için belirli araçlar

¹³²² Drehsen, **Augenschein**, s. 194; Bu veriler üzerindeki keşfe “Keşif Malzemesinden Elde Edilen Düşünce İçeriği Bulunmayan Elektronik Kayıtlar Üzerinde Keşif” de denilmektedir.

¹³²³ Drehsen, **Augenschein**, s. 194.

¹³²⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 194.

gereklidir.¹³²⁵ Bunun anlamı, yukarıda keşif yardımcıları bahsinde adı geçtiği gibi, bazı nesnel yardımcılara ihtiyaç duyulmasıdır. Böylece, elektronik belgelerde yer alan bilgilerin duyusal olarak algılanması için çoğu zaman ilgili donanım ve yazılımın, yani ilave yardımcılarının gerektiği ifade edilmektedir.¹³²⁶ Ayrıca bu tür elektronik belgelerde yer alan verilerin elektronik kayıt şeklinde mutlaka bir elektronik ortamda saklanmış ve kaydedilmiş olması gerekmez. Bunlar anlık olarak üretilmiş ve kaydedilmemiş de olabilirler. Ancak araştırılan vakıanın özelliğine göre, yeniden görüntülenebilir hale getirilerek inceleme konusu edilebilirler. Örneğin, bilgisayarda çizim yapmaya yarayan bir yazılımla üretilen bir görüntü, daha sonra yeniden aynı adımlar izlenerek canlı olarak tekrar üretilerek gözlemlenebilir ve bu gözlem bir keşif incelemesi anlamına gelir.¹³²⁷

Burada işaret edilen farklılıkların esasında keskin ayrımlar olmadığı sıklıkla vurgulanmaktadır. Klasik keşif nesnelerinin bazı teknik kayıtları, anında fotoğraf makinesiyle çekilen fotoğrafların görsel algısı gibi, başka yardımcılar olmaksızın -doğrudan- yalnız bakmak ve görmek suretiyle duyusal olarak algılanır.¹³²⁸ Yani örneğin klasik bir keşif malzemesinin fotoğrafı üzerinde keşifte hâkimin yalnızca fotoğrafı dikkatli şekilde görerek incelemesi yeterlidir. Doğal olarak eğer fotoğrafın orijinal versiyonu dijital ortamdaysa ve gerçekliğinden şüphe duyulmuyorsa, hâkimin görsellere bakması keşif faaliyetinin yerine getirilmesi için yeterlidir. Bu bakma ve görme, dijital ortamda gerçekleşirse ideal olan inceleme gerçekleşmiş olur. Ancak bu şart değildir. Çünkü bir fotoğraf iki boyutlu ve durağan bir görsel incelemeyi ifade edeceğinden, elektronik ortamda ya da fotoğrafın basılmış hali bakımından orijinallik tereddütü yoksa baskı üzerinden tek bakışla yapılabilmektedir. Bununla birlikte, klasik keşif nesnelerinin diğer teknik kayıtları ve diğer bazı elektronik belgeler; örneğin bir video ya da ses kaydı ancak ek cihazların yardımıyla duyusal olarak algılanabilmektedir.¹³²⁹

¹³²⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 194.

¹³²⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

¹³²⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

¹³²⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

¹³²⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 195.

Örneğin, yukarıda anıldığı gibi ses kayıtları ancak uygun oynatma cihazları yardımıyla işitsel olarak algılanabilir.¹³³⁰ Öte yandan elektronik, elektrik ve teknikten oluştuğu için mevcut nesneler, kişiler, durumlar veya süreçlere ait verilerin elektronik olarak depolanmasının da teknik bir kayıt olduğu unutulmamalıdır.¹³³¹

Bununla birlikte, keşif malzemesinden elde edilsin ya da edilmesin her türlü teknik kayıt manipüle edilebildiğinden¹³³², bu kayıtlardaki içerik sadece var olanı kaydetmekle kalmayıp aynı zamanda yeni ya da farklı bir şey de gösterebilmektedir.¹³³³ Örneğin, bir grafik dosyası yalnızca içeriğindeki insan ürünü olmayan bilgisayar programı tarafından oluşturulmuş şekiller bakımından incelenmekteyse, herhangi bir yazı veya düşünce içeriği sayılabilecek bir esas içermiyor olabilir. Bu nedenle, düşünce içeriği olmayan elektronik olarak kaydedilmiş ya da depolanmış veriler, klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtlarının bir alt türü olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla aynı zamanda keşif vekilleri ya da keşif ikameleri olarak, yani yeni nesil keşif malzemelerinden sayılmaktadırlar.

Burada tüm bu açıklamalar ışığında Alman hukukunda özellikle FormVAnpG Kanunu tarafından düşünce içeriği olmayan verilere ilişkin olarak yapılan sınıflandırmalar tartışılmaktadır. Burada özellikle vurgulanan bir görüş aslında bu Kanunla yapılan sınıflandırmaların gerekli olmadığı ve mevcut olanlar dışında aslında herhangi bir yenilik de getirmediği yönündedir.¹³³⁴ Yani elektronik belgelerin sınıflandırılması ve keşif konusu olması bakımından Alman hukukunda her ne kadar detaylı hükümler olsa da elektronik belgeler çok çeşitli olduğundan sınıflandırma bakımından tartışmalar da devam etmiştir.¹³³⁵

¹³³⁰ Drehsen, Augenschein, s. 195.

¹³³¹ Drehsen, Augenschein, s. 195.

¹³³² Knopp, **Digitalen Beweisführung**, (HeinOnline), prg. 1.

¹³³³ Drehsen, **Augenschein**, s. 188.

¹³³⁴ W/S-Ahrens, § 371 Rn. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 31.

¹³³⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 188.

3. Klasik Keşif Malzemesinden Elde Edilen Teknik Kayıtlar Üzerinde Keşif

a. Genel Olarak

Klasik keşif malzemelerinin teknik kayıtları, keşif deliline ilişkin kuralların klasik keşif malzemelerinde olduğu gibi geçerli sayıldığı tam keşif nesneleri olarak tanımlanmıştır.¹³³⁶ Bunlar, teknik olarak gelişmiş araçların kullanılmasıyla oluşturulur. Bunlar keşif malzemeleri olmakla birlikte, klasik bir keşif nesnesinin yerine geçtiklerini belirtmek için “keşif temsilcileri” olarak da adlandırılabilmektedirler.¹³³⁷ Yani yukarıda anılan keşif ikameleriyle de yakın ilişki içindedirler.

Teknik kayıtların her türlü, kural olarak orijinal haliyle elektronik ortamda yer alan kayıtlardır. Bu nedenle orijinal bir teknik kaydın incelenebilmesi için bazı teknik donanımlara ihtiyaç duyulabilmektedir. Teknik donanımdan kastın, bilirkişi incelemesi anlamına gelmediğini yeniden vurgulamak gerekir. Hâkimin teknik desteğe ihtiyaç duyduğu her durumu bilirkişi deliline başvurması olarak yorumlamak, her fırsatta altı çizilmeye gayret edildiği gibi doğrudanlık ilkesine zarar vermektedir.

Doğrudanlık ilkesi, özellikle hâkimin dellillerle doğrudan teması bakımından son derece ön planda olsa da bazı durumlarda bu ilkeyi ister istemez esnetmek gerekmektedir. Özellikle elektronik belgeler bakımından bu konu daha da önemle karşımıza çıkar. Elektronik belgelerin keşif malzemesi olabileceği hususu bugün genel kabul görmekle birlikte, bir sınıflandırmaya ihtiyaç olduğu da aşîkârdır. Keşif malzemelerinden klasik olmayan bir tür olarak elektronik belge örnek gösterilmektedir. Bazı durumlarda keşif malzemesinin kendisi klasik olmakla birlikte

¹³³⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 188.

¹³³⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 188; W/S-Ahrens, § 355 Rn. 32; BK-ZPO-Bach, § 355 Rn. 1.4; W/S-Ahrens, § 355 Rn. 32, Rn. 31; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 34, 35.

ulaşılmaz olabilmektedir. Örneğin keşif malzemesi artık yok olmuş olabilir. Örneğin ayıplı olarak inşa edilmiş olan bir binaya ilişkin uyuşmazlıkta, bina ayıp nedeniyle yıkılmışsa, artık o binanın keşif yoluyla incelenmesi mümkün olmaz. Hâkim bu örnekteki gibi bir imkânsızlık hali yoksa, o binadaki ayıp vakıasını araştırmak için doğrudan doğruya o bina üzerinde bir keşif incelemesi gerçekleştirebilir. Ancak binanın yıkılmış olması o keşif incelemesi bakımından bir imkânsızlık meydana getirmektedir. Bu nedenle, hâkim tarafından o binanın doğrudan duyu organlarıyla incelenememesinden söz edilir. İşte temelde bu gibi hallerden yola çıkılarak, klasik keşif malzemesi yerine, o klasik keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıtların mahkemeye sunulması ve bunların incelenmesi söz konusu olabilmektedir. İşte bu halde klasik keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıtlardan söz edilmektedir.

Burada bir başka örnek olayda, ağacın komşu mülke rahatsızlık veren uzantılarının kesilmesi yönünde 2005 yılında bir karar verilmiş; ancak, yaklaşık on bir yıl sonra ağacın büyümeye devam etmesi sebebiyle yeniden bir dava açılmıştır.¹³³⁸ Bu halde, ağacın 2005 yılındaki haliyle, yeni dava zamanındaki halinin karşılaştırılması gerekmiştir.¹³³⁹ Hâkimin, ağacın geçmiş hallerini gösteren fotoğrafları üzerinde yapmış olduğu inceleme klasik keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıt üzerinde keşif bakımından tipik bir örnek teşkil etmektedir. Hâkim burada ağacın fotoğrafik görselleri üzerinden, ağacın dalları ve kökleriyle boyutundaki değişikliği ve yıllar içindeki büyümesini; ayrıca 2005 yılında verilen kararın icra edilip edilmediğini görsel olarak inceleme imkanına sahip olmuştur. Burada da bir önceki bina örneğindeki gibi, hâkimin zamanda geri giderek ağacın yıllar önceki boyutlarını bizzat gözlemlemesi mümkün olamayacağından, teknik kayıtlardan faydalanılmıştır.

Buna benzer bir teknik kayıt keşfi örneği olarak, el atmanın önlenmesi isteği üzerine görülmekte olan bir dava gösterilebilir. Davalıların inşaat atıkları, moloz ve çöp atmak suretiyle komşu mülke müdahale sayılabilecek eylemlerde bulunduğu ve parselin sınırını teşkil eden azmağa anılan malzemelerin doldurulması suretiyle,

¹³³⁸ Andreas Gietl, “Assessorexamensklausur – Zivilrecht: Fremdländisches Nadelgehölz”, **JuS**, 2017, 453-461, s. 453, 454.

¹³³⁹ Gietl, **Zivilrecht**, s. 453, 454.

zaman içinde daralmasına sebebiyet verildiği iddiası sözkonusu olmuştur¹³⁴⁰. Bu halde zaman içindeki bu değişimi görebilmek için yerinde bilirkişilerle birlikte keşif yapılarak, bu hususların açıklığa kavuşturulması gerektiği; bu yönde inceleme yapılmadan karar verilmesinin ise bozmaya sebep teşkil edeceği hüküm altına alınmıştır. Bu halde, iki parselin arasındaki azmağın zaman içinde iddia edildiği gibi daralıp daralmadığının gözlemlenebilmesi için, mahalin başlangıçtaki haline döndürülmesi mümkün olamayacağına göre, bu halde hâkime bu incelemede ancak teknik kayıtlar yardımcı olur. Böylece hâkimin bir karşılaştırma yaparak, gerekirse bilirkişinin de desteğiyle el atma iddiasını değerlendirmesi gerekir. Böyle bir incelemede örneğin, geçmiş tarihli uydu görüntüleri, keşif incelemesinin doğrudan konusu olur.

Mahkemece, uyuşmazlığın çözümü için hava fotoğrafları, taşınmaza dair fotometrik ve fotogrametrik paftalarla varsa komşu parsellere ait dayanak kayıtlar getirilmeli, keşif sırasında çekilecek yakın plan ve panoramik fotoğraflardan da yararlanılmalıdır. Görüldüğü üzere, dava konusu taşınmazın kullanım süresi ve niteliğini belirlemek için hava fotoğraflarından yararlanılması gerektiği belirtilmektedir. Hava fotoğrafları en az iki ayrı zamana dair olmalıdır. Bu konuda sağlıklı bir yargıya ulaşmak için; kadastro tespit tarihinden yirmi-otuz yıl öncesine ait (örneğin, bu olay bakımından 1979-1989 arası) en az iki farklı tarihli hava fotoğraflarının Harita Genel Komutanlığından; fotoplan, fotometrik ve fotogrametrik paftalarla davaya konu yerin bileşik paftasının ise İl Kadastro Müdürlüğünden getirilerek dosyaya eklenmesi gerektiği ifade edilmiştir¹³⁴¹. Burada sözü edilen tüm bu teknik kayıtlar birer örnek teşkil etmektedir.

¹³⁴⁰ Yargıtay 1. HD, E. 2013/1205, K. 2013/1646, T. 11.2.2013, (kazanci.com).

¹³⁴¹ Yargıtay 8. HD, E. 2012/11819, K. 2013/9967, T. 25.6.2013, (kazanci.com).

b. Teknik Kayıtların İncelenmesinde İmkânsızlık ve Benzeri Yaklaşımlar ile Elektronik Veri Keşfi için Teknik Donanımın Gerekliliği

Burada bir özellik, mahkemenin bu teknik kayıtları inceleyebilmek için teknik donanıma sahip olması gerekliliğidir.¹³⁴² Bir sonraki bölümde üzerinde durulacağı gibi, elektronik belgenin incelenmesine ilişkin teknik donanım birincil olarak hâkimin kendisi tarafından, eğer yargı sistemi buna izin veriyorsa ikincil olarak keşif yardımcısı ya da hâkim yardımcısı tarafından kullanılarak ilgili teknik kayıtlar değerlendirilir.

Alman Medenî Usûl Kanununun 130a maddesinde de sözü geçen bu teknik donanım, mahkemenin elektronik belgeyi görüntülemesine ve incelemesine imkân veren donanımdır. Kural olarak her mahkeme bu donanıma sahip olmalıdır. Doktrinde ileri sürülen esnek bir yaklaşıma göre, her mahkemenin böyle bir donanımla donatılmış olması bir zorunluluk değildir. Buna göre, her adliyede bir teknik görüntüleme merkezi bulunması ve bu merkezin o adliyedeki tüm mahkemelere hizmet dağıtması mümkündür. Böylece teknik imkânsızlıkların, elektronik belgenin incelenmesine engel olmasının önüne geçilmiş olacaktır. Bir diğer olumlu yön ise uygulamada yeknesaklık sağlamak için tek bir merkezin bulunmasının faydalı olacağıdır. Burada bir başka olumlu özellik olarak, mahkemelerin ve özellikle hâkimlerin bilişim alanında çıkmaza girmeksizin, teknik kayıtları inceleyen merkezden destek almak suretiyle bir yükten de kurtulmuş olacağı gösterilmektedir.¹³⁴³

Teknik kayıtlar üzerinde keşiften söz ederken, genel olarak belgeler bakımından yapılan düşünce içerikli olup olmama ayrımının yanında, klasik bir keşif objesinden elde edilen teknik kayıtlar da ayrı bir sınıflandırma olarak karşımıza çıkar.

¹³⁴² Viefhues, **NJW**, 15/2005, s. 1011; Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 1.

¹³⁴³ Musielak, **ZPO**, § 130a, Rn. 3a.

Esasında bir keşfe kaynaklık etmek üzere mahkemeye ibraz edilen veya mahkemece kendiliğinden araştırılıp bulunmuş olan keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıtlar da kendi içinde, düşünce içerikli olan ve düşünce içerikli olmayan teknik kayıtlar olarak ayrılabilir. Yani, bu bölümde yapılan üçlü ayırmada, ilk iki başlıkta incelenen hususların bu son ayrıma da dahil olması mümkündür. Klasik keşif objesinden elde edilen kayıtlar, zaman zaman düşünce içerikli olabileceği gibi, bir düşünce içeriği olmaksızın da keşfin malzemesini oluşturabilir. Önemli olan keşfin konusu olarak belirlenen ve aydınlatılmak istenen vakıya ilişkin bilgiler içermesidir.

Klasik keşif objelerinin teknik kayıtlarına keşif ikamesi ya da keşif benzerleri gibi isimler verilmekte olduğu daha önce ifade edilmişti¹³⁴⁴. Bu benzetmenin henüz Türk Hukukunda yerleşmiş bir adı bulunmamaktadır. Bu çalışma bakımından “keşif ikamesi” terimi tercih edilebilir görünmektedir. Günümüzdeki teknik ilerleme sayesinde akla gelebilecek her türlü klasik keşif nesnesini sorunsuz bir şekilde teknik olarak kaydetmek mümkündür.

Örneğin, bir kazanın gerçekleştiği yerde, araçlara ait enkazın fotoğrafı çekilebilir, kazanın oluş şekli anlık olarak hareketli kamerayla kaydedilmiş olabilir, bir binanın yıkılması ya da hasar görmesi halinde yıkım anı bir kamera aygıtıyla kayıt altına alınmış olabilir. Bir diğer tipik örnek olarak, komşu bir mülkten yayılan gürültü kirliliği ses kaydeden bir cihaz ile kaydedilebilir. Bir haksız fiil neticesinde gerçekleşen somut bir bedensel yaralanma, bir kişinin manevi zararına neden olan hakaret içeren bir konuşmaya maruziyet veya bir tren kazasında hayatını kaybeden bir kişiye ait görüntüler kayda alınmış olabilir¹³⁴⁵. Bunların her biri birer keşif malzemesi örneği teşkil edebilirler.

Burada imkânsızlık yaklaşımına bir örnek olarak inşaat hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar gösterilebilir. Buna göre, bir yapı inşa edilirken önemli bir

¹³⁴⁴ Drehsen, elektronik belgeler üzerinde keşifle ilgili geniş açıklamalara yer verirken bu ayrımı “*augenscheinssurrogate*” olarak ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 181. Ayrıca bu yönde bkz. III. bölüm, I, C, 1.

¹³⁴⁵ Örnekler için bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 181.

sorun, yeni oluşturulan bileşenlerin büyük bir kısmının sonraki inşaat çalışmaları tarafından örtülmesidir.¹³⁴⁶ Böylece daha sonra keşif ya da bilirkişi incelemesi yoluyla tespit edilemezler.¹³⁴⁷ Buna ek olarak, bir binanın durumu sonradan da değişmiş olabilir (inşaatın tadil edilmesi, yaşa bağlı etkiler, hasar vb. nedenlerle). Böyle durumlarda yalnız tarafların beyanları, tanık ifadeleri ya da yapının son görüntüsü üzerinde keşif gerçekleştirilmesi her zaman gerçeği olduğu gibi yansıtmaz. Örneğin, mimari olarak karmaşık plana sahip bir binanın inşası genellikle, taraflar ne kadar özenli olurlarsa olsunlar, daha sonra güvenilir bir şekilde tanımlanamayacak kadar sayısız ve birbiri üzerine eklenen bireysel iş süreci gerektirir.¹³⁴⁸

Bu bağlamda örneğin iş süreci ve yapı hakkında detaylı bir yerinde keşif incelemesi, özellikle de inşaat süreci çok uzun sürüyorsa, sağlıklı ve yeterli olmaz. Bazen inşaat işinin başlangıcından ya da tesliminden sonra, bir uyumsuzluk neticesinde yargılamaya başlanıp delillerin toplanmasına kadar on yıldan fazla bir süre geçtiği görülmektedir.¹³⁴⁹ Burada örneğin, geriye dönük olarak hesap defterlerinin, muhasebe fişlerinin ve ticari yazışmaların sunulması ve mahkeme tarafından incelenmesi gerekebilmektedir.¹³⁵⁰ İşte bu gibi hallerde zaman içindeki değişim nedeniyle yine bir imkânsızlıktan söz edilebilmektedir.

Bu halde çözüm olarak ise, inşaat işine dair teknik kayıtların tedbiren de olsa aralıklarla her bir esaslı değişimden önce kayıt altına alınması ve bu kayıtların saklanması önerilmektedir. Böylece taraflar; inşaat süreci boyunca devamlılık halinde ve dostane bir şekilde, yani taraflarca ortaklaşa yapıldığının aleniyetini sağlamak için kanıtlayıcı ve aralıklı teknik kayıtlarla süreci daha rahat ispat edebilecekleri bir kayıtlar bütünü oluşturabilirler.¹³⁵¹ Böylece ispat faaliyetine gerek olduğunda, bu kayıtlar birer keşif malzemesi olarak hâkimin bilgisine sunulabilecektir.

¹³⁴⁶ Rainer Schumacher, “Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem”, **Baurecht - BR**, (Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli, Peter Hänni, Pascal Pichonnaz, Jacques Dubey, Martin Beyeler, Mirjam Duss), 2009, S. 28, s. 28-36, s. 28, 29.

¹³⁴⁷ Schumacher, **Baurecht**, s. 28, 29.

¹³⁴⁸ Schumacher, **Baurecht**, s. 28, 29.

¹³⁴⁹ Schumacher, **Baurecht**, s. 28, 29.

¹³⁵⁰ Schumacher, **Baurecht**, s. 28, 29.

¹³⁵¹ Schumacher, **Baurecht**, s. 28, 29.

Dolayısıyla gerçek klasik keşif nesnesinin kendisinin duyuşal olarak algılanması gerekmeden; yalnızca manyetik, optik veya diğer teknik kayıtların, yani fotoğraf, ses veya video kaydının algılanması keşif incelemesi için yeterli kabul edilebilecektir¹³⁵². Ancak burada tüm bu kayıt türlerinin mahkemece etkili bir şekilde incelenebilmesi için mahkemelerin uygun teknik donanımı hazır bulundurma gerekliliği ortaya çıkmaktadır¹³⁵³. Böyle bir organizasyonun gerekliliği, bu tür keşif incelemelerinin yargılamaya sağlayacağı katkıya ve avantajlara dikkat çekilmek suretiyle desteklenmektedir.

c. Keşif Nesnelerinden Elde Edilen Kayıtlar Üzerinde Keşfin Öne Çıkan Özellikleri

Keşif malzemelerinden elde edilen kayıtlar üzerinde keşif incelemeleri bakımından önemli bir avantaj, mahkemenin bu sayede hareketsiz veya hareket ettirilmesi zor olan klasik keşif nesnelerini, bunun için yerinde bir inceleme düzenlemek zorunda kalmadan algılayabilmesidir¹³⁵⁴. Bu bağlamda bir diğer avantaj, zamansal değişime tabi olan klasik keşif nesnelerinin, zaten geçmiş olan ve tekrarlanması mümkün olmayan bir zamana tanıklık edecek şekilde duyuşal olarak algılanabilmesidir¹³⁵⁵.

Ancak burada tartışma şudur ki manyetik, optik ya da başka bir teknik kaydın duyuşal olarak algılanmasıyla birlikte, keşif nesnesi artık doğrudan duyuşal olarak algılanamamış olur¹³⁵⁶. Çünkü kaydın doğası bir dolaylılık içerir ve böyle bir

¹³⁵² Drehsen, **Augenschein**, s. 181.

¹³⁵³ Bu gereklilik, ilk bölümde ele alınan yaklaşımlardan fiziksel gereklilik yaklaşımını karşılamaktadır. Bu yönde bkz. I. bölüm, V, C, 3, a.

¹³⁵⁴ WIS-Ahrens, § 355 kenar no. 14; T/P-Reichold Vorbem § 371 kenar no. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 kenar no. 14. Ayrıca keşfin yeri bakımından bkz. III. Bölüm, II, D.

¹³⁵⁵ W/S-Ahrens, § 371 Rn. 53; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 20; Döhring, s. 326. Ayrıca bkz. Greger FS Stürner 289, 297 f. Bu konuya ilişkin örnekler için bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, v, (3).

¹³⁵⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 181.

doğrudanlığa tam olarak izin vermez. Burada teknik kayıtların dolaylılığına ilginç bir örnek verilmektedir. Bir odanın karşısındaki cam cephe giydirmeli olan ve son derece yansıtıcı özellikteki bir binanın dış cephesine yansıyan görüntüsü fotoğraflanmış ve delil olarak mahkemeye sunulmak istenmiştir. Bu halde bir keşif nesnesinden elde edilen kaydın incelenmesi zaten dolaylılık içerirken, buradaki görüntünün kendisi de bir yansımadan elde edilmiştir. Bu örnekte çok aşamalı bir dolaylılık sözkonusudur. Burada yansıtıcı cam cepheden, yatak odasının fotoğrafı çekildiğinde, mahkeme klasik keşif nesnesini (yatak odası) bir başka araç vesilesiyle (karşı binanın cam cephesinden yatak odasına ışık yansımaları) duyusal olarak algılamış olur¹³⁵⁷.

Burada örneğin, sadece fotoğrafın kendisi duyular tarafından doğrudan algılanır. Sonuç olarak, teknik kayıtlar klasik keşif nesnelerinin güvenilirliğine sahip değildir¹³⁵⁸. Bunun baştan bir kabul olarak görülmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Örneğin, daha önce de söz edilmiş olan komşu bir mülkten yayılan gürültü kirliliği bir ses kaydında duyulabilse de bunun somut algısını tam olarak aktarmak yine de zordur¹³⁵⁹.

Teknik kayıtlar bakımından en önemli tartışma konusu ise teknik kayıtların tüm elektronik belgeler bakımından geçerli bir endişe olan “manipülasyon”a açık olduğu gerçeğidir¹³⁶⁰. Buna ilişkin çözüm önerileri de genellikle keşfin elektronik belgenin orijinal sürümünün bulunduğu elektronik ortamda doğrudan hâkim gözetiminde gerçekleştirilmesine odaklanmaktadır.

Teknik kayıt yardımcısının türüne göre, duyusal algı biçiminin ilgili teknik kayda uygun olması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Örneğin, fotoğraflar görsel olarak, ses kayıtları işitsel olarak ve video kayıtları hem görsel hem işitsel olarak algılanmalıdır¹³⁶¹. Örneğin bir ses kaydı görsel olarak algılanamaz. Bu nedenle teknik

¹³⁵⁷ W/S-Ahrens, § 371 Rn. 11; BK-ZPO-Bach, § 371 Rn. 1.1.

¹³⁵⁸ WIS-Ahrens, § 355 Rn. 14; T/P-Reichold Vorbem § 371 Rn. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 14.

¹³⁵⁹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 15, 20; BK-ZPO-Bach, § 371 Rn. 1.1; Döhring, **a.g.e.**, s. 326.

¹³⁶⁰ Knopp, **Digitalen Beweisführung**, (HeinOnline), prg. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 14.

¹³⁶¹ T/P-Reichold Vorbem § 371 Rn. 1; Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 14.

kayıt hangi duyuya hitap edecek niteliğiyle ön plana çıkmaktaysa, hâkim teknik incelemede o duyuya odaklanmalıdır. Yardımcı teknik araçlar da bu duyuyu destekleyecek şekilde kurgulanmalıdır. Ancak neyin önemli olduğuna bağlı olarak, bir video kaydı için örneğin tamamen görsel veya tamamen işitsel bir algı da yeterli olabilir.¹³⁶²

Özellikle klasik keşif malzemelerinden elde edilen kayıtlar üzerinde keşif bakımından işaret edilen bir başka avantaj, zamandan tasarruf sağlamasıdır. Buna örnek olarak, Alman hukukunda keşif delilinin çok etkili bir delil aracı olmasına rağmen aslında bazı hallerde, az başvuru alan bir delil olduğu belirtilmiştir.¹³⁶³ Bunun karşısında bir hâkimin, örneğin mahkeme dışında keşfe gittikten sonra konuyu her zaman keşfe başvurmadağı dosyalardan çok daha iyi anladığı vurgulanmaktadır.¹³⁶⁴ Ancak buradaki sorun, yerinde keşif incelemesinin zaman alan bir işlem olması ve mahkemenin bunun için nadiren zaman bulabilmesidir.¹³⁶⁵ İşte bu nedenle güvenilir bir teknik kayıt üzerinde keşif hem bu zaman sorununu bertaraf eden hem de hâkime davayı daha iyi idrak etme imkânı sağlayan bir yenilik olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca usûl ekonomisine de uygundur.

Son olarak ifade etmek gerekir ki, mevcut teknolojik araçlar ya da fiziki keşif yardımcıları henüz; tatları, kokuları, basınçları, dokunuşları, titreşimleri, acıları, sıcaklıkları, dengeleri ve tahrişleri duyusal olarak algılanabilecek şekilde kaydetmeyi mümkün kılmamıştır.¹³⁶⁶ Yani aslında klasik keşif nesnelerinden elde edilen teknik

¹³⁶² Ahrens, **Beweis**, Kap. 4 Rn. 14.

¹³⁶³ Thomas Kehren, “Verfahrenmanagement nach der ZPO – Gestaltungsmöglichkeiten und Förderungsanreize”, **6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. Marz 2012 in Postdam**, Dr. Otto Schmidt Verlag, 2013, s. 3-9, s. 7.

¹³⁶⁴ Kehren, **Verfahrenmanagement**, s. 7.

¹³⁶⁵ Kehren, **Verfahrenmanagement**, s. 7. İsviçre Hukukunda keşif deliline ilişkin benzer bir görüş şu şekilde dile getirilmiştir: “*keşif incelemesi yapmak genellikle zaman alıcıdır ve bu nedenle yargılamada gecikmeye neden olur. Bu nedenle, keşif incelemesi kural olarak İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 257 kapsamındaki yargılamalarda delil olarak uygun değildir. Ancak, mahkemenin bir tarafça getirilen bir nesneyi incelemek zorunda olduğu ve edinilen izlenime dayanarak delil değerini büyük bir çaba sarf etmeden değerlendirebileceği durumlarda bir istisna uygulanır.*” Bu yönde bkz. Franz Hasenböhler, “Klares und weniger Klares beim Rechtsschutz in klaren Fällen”, **Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm**, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 217-226, s. 221.

¹³⁶⁶ Jöstlein, DRIZ 1973, 409, 409; Drehsen, **Augenschein**, s. 181, dn. 60.

kayıtlar için, görsel ve işitsel algı dışındaki algı biçimleri henüz desteklenebilir nitelikte değildir. Ancak zamanla bunun da mümkün olacağı beklentisi dile getirilmektedir.¹³⁶⁷

d. Keşif ve Belgeye Alternatif Olarak Bağımsız Nesneler Yaklaşımı ve Bu Yaklaşımın Değerlendirilmesi

Genel olarak klasik keşif malzemelerinin neler olabileceğinden yukarıda bahsedilmişti.¹³⁶⁸ Burada klasik keşif malzemelerinden elde edilen teknik kayıtlara ve bunların keşif malzemesi olmasıyla ilgili özelliklere değinilmekle birlikte, bunların birbirinden ayırt edilmesinin pratik önemine de vurgu yapmak amaçlanmaktadır. Özellikle entelektüel içeriği olmayan teknik kayıtlar için, öncelikle bunların belgenin veya keşif delilinin tüm özelliklerini karşılayıp karşılamadığının tespiti gerekmektedir.¹³⁶⁹ Bu kapsamda, Alman hukukunda yapılan tartışmalarda, bu elektronik kayıtlar ne belge delili ne de keşif delili olarak sınıflandırılmadıklarında; “bağımsız nesneler” – “*eigenständige Objekte*” olarak sınıflandırılabilirler görüşü ortaya atılmıştır.¹³⁷⁰

Klasik keşif nesnelerinden elde edilen teknik kayıtların, belge delili olarak kabulünün mümkün olamaması, bu kayıtların özellikle somutluktan uzak olmalarına bağlanmaktadır. Belgede duyuşsal algının ötesine geçen somutlaşmış bir düşünce beyanının zihinsel olarak kavranması gibi daha derin bir eylem olduğu

¹³⁶⁷ Örneğin, dokunma duyusuna ilişkin bir çalışma İsviçre’de EPFL RLL Enstitüsünde yürütülmektedir. Bu yönde bkz. Zhyakpov/ Giraud/ Hosseini/ Demirtas/ Türkmen, “The Non-Glove Haptic Glove: A soft robotic haptic interface for VR”, V2, 2022, <https://www.paikslab.com/rrl-projects>, (online). Ayrıca bkz. I. bölüm, III, A, 1, c.

¹³⁶⁸ Bkz. I. bölüm, V, A ve B.

¹³⁶⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹³⁷⁰ Burada bağımsız nesne anlayışına kullanılan terimler bakımından benzer olan bağımlı ve bağımsız keşif ayrımı akla gelmektedir. Eğer keşifteki algı, bir başka ispat aracına bağımlıysa, o halde bağımlı keşif, başka bir araca bağılı olmadığında ise bağımsız keşif olarak anılmasına dair bir ayrım yapılmaktadır. Bu yönde bkz. Wiecek/Schütze, § 371, Rn. 14.

savunulmaktadır¹³⁷¹. Alman hukukundaki keskin ayırım düşünüldüğünde bu yaklaşım esasında bütün kanunun ruhunu karşılar niteliktedir. Fakat buradaki katılığı aşmak için bir araç “bağımsız nesne” yaklaşımı olabilir. Böylece katı delil sistemindeki delillerden herhangi birine dahil edilemeyen türde bir elektronik kayıt, bağımsız bir nesne olarak nitelendirilebilir. Burada dikkat edilmesi gereken bu nitelendirmenin delil (*beweis*) olarak değil, bir nesne (*objekt*) olarak yapılmasıdır.

Teknik kayıt senet niteliği taşımadığından incelenmesi reddedilmişse, bu onun mutlaka bir keşif malzemesi olarak sınıflandırılması anlamına gelmez. Yani keşif delili senet delilinin bir yedeği ya da tam bir ikamesi olarak düşünülmemelidir. Bu halde o malzemeyi bağımsız bir nesne olarak sınıflandırmak mümkün olmaya devam etmektedir¹³⁷².

Bu noktada Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesi Abs. 1 s. 1 alt. 2 ve içerik benzerliği nedeniyle § 144 Paragraf 1 Cümle 1 Alt. 1 hükümlerinin yol gösterici olabileceği ifade edilmektedir. Özellikle bağımsız nesne yaklaşımı ile m. 144’ün keşif nesnesi olmama yaklaşımlarının dikkate değer olduğuna işaret edilmektedir¹³⁷³. Örneğin, komşu bir mülkün arka plan gürültüsünün yüksekliği, gürültünün olduğu gün kaydedilebilir. Ses düzeyi, gürültünün ölçümünün alındığı gün kasıtlı olarak azaltılabilir, böylece iddia edilen seviyelere ulaşmaz. Nitekim keşfin yapılacağı gün önceden belirlenmiş olacağından, keşif konusu olarak araştırılacak olan vakıanın halen gözlenebilir olmakla birlikte ağırlığı yalnız o gün için düşürülmüş ya da kontrol altına alınmış olabilir.

¹³⁷¹ SIJ-Berger, § 371 Rn. 5,6; Zoller, **Telekopie**, s. 429, 430, (beck-online.de).

¹³⁷² OLG Celle NJW 1970, 477, s. 478. Yazar klasik keşif nesnelerinin fotoğraflarını bir belge ve keşif nesnesi olarak değil, ancak “keşif kanıtına yardımcı” olarak sınıflandırmıştır. Bunların keşif nesneleri olduğu konusunda daha fazla bilgi için bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 183. Ayrıca bkz. Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157, 158.

¹³⁷³ Drehsen, **Augenschein**, s. 183. Buna göre, ZPO 142 (1) cümle 1 alt 2 ZPO, senetlere ek olarak diğer belgelerden de bahseder ve içerik bakımından madde 144 (1) cümle 1 alt ile benzerlik gösterir. Bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

Örneğin besiciliğin yapıldığı mülk üzerindeki hayvanların sayısının taraflar arasındaki sözleşmedekinden çok daha fazla olduğu iddiasını ispatlamak üzere keşif yapılması örneğinde, gerçekte daha fazla besi hayvanına ev sahipliği yaparken, keşif günü hayvanların sayısının azaltılması veya koku önleyici maddeler kullanılması gibi¹³⁷⁴. Dolayısıyla böyle bir keşif incelemesinde, doğrudan mahale giderek yerinde keşif yapmak her zaman doğru sonucu vermeyebilir. Bazen bir teknik kaydın varlığı iddiayı şimdiki zamana göre daha iyi destekleyebilir. Bu halde hâkim yalnız teknik kayıt üzerinde keşifle yetinebileceği gibi, eğer gerekli görürse iki keşfi de gerçekleştirebilir. Yani hâkim, uygun görürse hem mahalde keşif yapar hem de mahali gösteren daha önce kaydedilmiş bir video kaydı üzerinde keşif incelemesi gerçekleştirir. Böylece birden fazla etkili keşif incelemesi yerine getirilmiş olur.

Klasik keşif nesnesinin teknik kayıtlarının manipüle edilmesi bazen elbette klasik keşif nesnelere göre daha kolay görünmektedir. Ancak sağlanacak fayda ve keşfin daha isabetli yapılması ihtimali, olumlu bir denge kurulmasını sağlar. Böylece beklenen fayda feda edilen temel ilkedden beklenen korumayı karşılamaktadır. Ancak doktrinde, ikna edici görünen ve ilk bakışta orijinal olmadığına dair hiçbir şüphe uyandırmayan bir fotomontajın; güneş ışığının yansımaları, gölgelerin düşmesi, rüzgârın fotoğraftaki nesnelere nasıl yön vermiş olduğu ve tutarlılık olup olmadığı, renk kontrastı veya parlaklığı gibi birçok faktörün hesaba katılarak incelenmesi gerektiği de dikkatle vurgulanmaktadır.¹³⁷⁵

Bu nedenlerle, klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtları, keşif ikameleri¹³⁷⁶ olarak, yani klasik keşif nesnesinin yerine geçecek şekilde adlandırılırlar. Şekli olarak birer keşif nesnesi olmalarına rağmen, klasik keşif nesnesinin sadece bir kaydı olduklarını ve bu nedenle duyuşal algının doğrudan doğrualığının özelliğini yeterince yerine getiremediklerini açıkça belirtmek için bu şekilde isimlendirilmişlerdir.

¹³⁷⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹³⁷⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

¹³⁷⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 183.

Bununla birlikte, geniş anlamda keşif ikameleri yine de “tekmil” keşif nesneleridir. Yani adli keşfin kuralları, bunlar için de klasik keşif nesnelerindeki gibi kısıtlama olmaksızın geçerli olmalıdır.¹³⁷⁷ Çünkü bunlar, mahkemelerde son dönemde çokça karşılaşılan malzemeler haline gelmişlerdir. Özellikle günlük ve ticari hayatta elektronikleşmenin artması, ispat faaliyetlerinin de elektronik ortama taşınması sonucunu doğurduğundan, hâkimin algısını ispat araçlarıyla en iyi şekilde buluşturan keşif delilini elektronik malzemeleri de kapsayacak kadar geniş yorumlamak gerekir. Yapılması gereken keşif kurallarını bu malzemelere şu an mevcut yasal düzenlemeler dahilinde uygulamaktır. Ancak olması gereken hukuk bakımından, elektronik verilerin incelenmesi için, “hukuk yargılamasında elektronik keşif” adıyla özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Ayrıca burada keşfin delil niteliği yanında, gerçekleri açıklığa kavuşturma aracı olmasından da söz etmek gerekir. İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak özellikle düşünce içeriği bulunan ve belge olarak nitelendirilebilen malzemelerin çoğunlukla keşif incelemesinden ziyade, belge delilinin konusu olarak kabul edildiği bilinmektedir. Bu kapsamda, mahkeme yine de İsviçre Medenî Usûl Kanununun 181. maddesinin birinci paragrafına göre, ayrıca "gerçeklerin daha iyi açıklanması için"; yani taraf beyanlarının daha iyi anlaşılması veya gerçeklerin değerlendirilmesi için bir açıklama aracı olarak keşif yapılmasına karar verebilmektedir.¹³⁷⁸

Keşif sadece delil değil, aynı zamanda bir aydınlatma aracı işlevine de sahiptir. Bu bakımdan keşfin, mahkemenin İsviçre Medenî Usûl Kanunu m. 56 uyarınca soru sorma göreviyle ilgisi de vurgulanmaktadır. Bir belirsizlik keşifle ortadan

¹³⁷⁷ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel** s. 156, 157; Drehsen, **Augenschein**, s. 185. Ayrıca bkz. BGHZ 140, 1, 8 f= NJW 1999, 356, s. 358.

¹³⁷⁸ Eski Zürih hukukunda da hâkim görüşün bu yönde olduğu, ancak Zürih hukukundaki keşif düzenlemesinin, keşfin kanıtlayıcı işleviyle sınırlı olduğu yönünde bkz. Müller, **ZPO Kommentar**, s. 1472, prg. 11. Bu yönde ayrıca bkz. **Frank, Richard/ Sträuli, Hans / Messmer, Georg / Wiget, Niklaus/ Wiget, Gregor**, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes), Schiedsgerichte und Schiedsgutachten neu bearbeitet von Niklaus Wiget und Gregor Wiget, 3. Auflage, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, Zürih, 1997, s. 510 vd.

kaldırılabiliriyorsa, mahkeme takdir yetkisi kapsamında bunu gerçekleştirebilmelidir. Ancak keşif incelemesi, taraflardan birinin yargılama sürecindeki eksikliklerini gidermeye yönelik değildir. Açıklığa kavuşturma veya bilgilendirme aracı olarak keşif yine de temel amacına uygun bir şekilde kullanılmalıdır.

Keşif yoluyla incelenecek nesnelerin, her şeyden önce belge niteliği taşımayan nesneler olduğu hatırlatılmaktadır. Bununla birlikte, keşfin konusu duyuşal izlenimler de olabilmektedir (manzara, koku duyusu, gürültü, vb.)¹³⁷⁹. Dolayısıyla, bu duyuşal izlenimler belge niteliği taşıyan bir elektronik kayıttan incelenecekse, bu halde bir keşiften söz edilir. Ses kayıtları, fotoğraf kayıtları ve hatta elektronik dosyalar, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 177. maddesindeki geniş belge kavramının kapsamına girer ve bu nedenle doğrudan keşif nesnesi olmadıkları genel olarak kabul edilir. Burada son olarak keşif ve belge incelemesi arasındaki fark bakımından şöyle bir tespit dile getirilmiştir: Keşif nesneleri, mahkeme tarafından duruşma sırasında ve tarafların huzurunda değerlendirilir. Buna karşılık, belgeler mahkeme tarafından çoğunlukla - tarafların yokluğunda - dosyanın incelenmesi sırasında incelenir¹³⁸⁰.

4. Özel Olarak Görüntü, Ses vb. Verilerin Taşıyıcıları Üzerinde Keşfe İlişkin Bazı Durumlar

a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 199. maddesinde belge tanımı yapılırken sınırlayıcı bir ifade kullanmamaya özen gösterilmiştir. Bu maddede başlıca bilgi taşıyıcıları örnekleme usûlüyle sayılırken, bilinçli olarak sınırlı olmayan bir sayma yöntemi tercih edilmiştir. Buna göre, her türlü bilgi taşıyıcı, belge kavramına dahil

¹³⁷⁹ Keşfin konusu ve keşfin nesnesi hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. I. Bölüm, II, III, IV.

¹³⁸⁰ Müller, ZPO, s. 1473, prg. 12.

olarak kabul edilebilir. Bu halde belge kavramı, genel itibariyle görüntü, ses ve veri taşıyıcılarını da kapsamaktadır.

Bunun anlamı, klasik belge anlayışında akla ilk gelen yazılı metinlerin yanında; yazılı olmayan ancak elektronik ortamda yer alan her türlü bilgi taşıyıcının da bu geniş tanıma dahil edilmesidir.¹³⁸¹ Yukarıda veri ve veri taşıyıcılarının bu kadar detaylı ele alınmasının da sebebi budur.¹³⁸²

Ses ve görüntü kayıtları, uyuşmazlıkların çoğunda iddia edilen vakıaları destekleyen en önemli bilgi taşıyıcılarıdır. Bilgi taşımaya elverişlilik ve ispata hizmet etmek açısından oldukça yetenekli kayıtlardır. Bir vakıanın oluş şeklini en yalın ve tartışmaya yer bırakmayacak şekilde ortaya koyabilme potansiyeline sahiptirler. Bu nedenle dava dosyalarında özellikle son yıllarda hâkimlerin incelemesi gereken görüntü ve ses kayıtlarının istatistiksel olarak katlanarak arttığı görülmektedir. Burada ifade etmek gerekir ki ses kayıtlarının, bir diğer deyişle ses kaydı almaya yarayan her türlü kayıt cihazının ürettiği elektronik verilerin, bir keşif malzemesi olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹³⁸³

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde ses kayıtlarının keşif delilinin kapsamında olup olmadığı tartışılmıştır. Burada tartışmanın odak noktası ses kayıtlarının keşif kapsamında mı yoksa m. 367 kapsamında özel hüküm sebeplerinden

¹³⁸¹ Muşul, **a.g.e.**, s. 359, 360.

¹³⁸² Veri ve veri taşıyıcıları hakkında bkz. II. bölüm, I, A, B, C.

¹³⁸³ Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 755; Kuru, **Usûl Şerhi**, C. II, s. 2290; C.III, s. 2877. Konuralp ise, ses kayıtlarının HUMK m. 288 ve 290. kapsamında bakıldığında, belge ve benzeri olarak değerlendirilmesinin, kanunun öngörmüş olduğu sınırın aşılması anlamına geleceğine dair bir görüş ifade etmiştir. bkz. Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 95. Burada denilmektedir ki ancak karşı tarafın açık onayı bulunuyorsa, bu halde ses kayıtlarının kullanılması HUMK m. 298 anlamında mümkün olabilecektir. Bu yönde ayrıca bkz. Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, S. 755; Konuralp, S.95, 98; Postacıoğlu, **Usûl**, s. 614. Ayrıca ses bantlarının güvenilirliğine yönelik bilimsel engeller için Anayasa Mahkemesinin bazı kararlarına işaret edilmektedir. Bu yönde bkz. Anayasa Mahkemesi Kararı, 17.8.1971 ve 19.8.1971, 41/67, Rg. 15.1.1972, S.14073 (Pekcanitez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 755, naklen). Bu tartışmaların önceki kanun döneminde yapıldığını belirtmek gerekir. Ancak kavram ve kurumların gelişimini, Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemelerin nasıl şekillenmiş olduğunu ve doktrindeki yaklaşımların önemini ortaya koyması açısından, bu çıkarımların dikkate değer olduğu düşünülmektedir.

mi sayılacağı olmuştur.¹³⁸⁴ HUMK döneminde m. 367'den yola çıkılarak, kanunda sayılmamış olan yeni bir dava malzemesinin ortaya çıkmış olmasının, Kanunda serbest delil sisteminin kabul edilmiş olduğu vurgulanarak çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, ses kayıtları yeni bir delil aracı olup kanunda sayılan diğer delillerden herhangi birine dahil edilmemiş olsa da kendi bünyesine en uygun olacak şekilde serbest delil sistemi kapsamında hâkimce dikkate alınmalıdır. Aynı düşüncenin HMK dönemi için de geçerli olduğu söylenebilmelidir.

Görüntü kayıtları, keşif malzemesi olarak ayrı ve önemli bir yere sahiptir. Hem uygulamada en çok başvurulmuş delil araçlarından biri olması hem de bir vakıayı oluş biçimine göre en iyi şekilde aktarabilen araçlardan biri olması nedeniyle kıymetli bir elektronik bilgi aktarıcısıdır. Çoğu zaman eğer bir vakıaya ilişkin görüntü kaydı varsa bu kayda itibar edilir. Söz konusu görüntü kaydının orijinal olmadığına dair bir şüphe olmadıkça olayın cerayarı hakkında hâkimi doğrudanlığa yaklaştıran belki de en önemli delil aracı görüntü kayıtları olabilmektedir. Bunlara genel olarak video kayıtları da denilmektedir.

Örneğin bugün için güvenlik kameralarının ne kadar yaygınlaşmış olduğu malumdur. Kamusal alanlarda; cadde, geçit ve yollarda güvenlik amacıyla sabitlenmiş ve yirmi dört saat boyunca kayıt yapan kameralar bulunmaktadır. Özel alanlarda da örneğin alışveriş merkezlerinde, mağaza ve işyerlerinde, otoparklarda ya da hem kamu hem özel hastanelerde her anı kayıt altına alan kamera aygıtları bulunmaktadır.¹³⁸⁵ Örneğin, iş uyuşmazlıklarında işyeri kameralarının incelenmesi sıklıkla karşılaşılan bir teknik kayıt keşfi örneğidir.¹³⁸⁶ Bu halde hâkim eğer bu incelemede yardıma ihtiyaç

¹³⁸⁴ Kale/Keser, **Delil Sistemi**, s. 706, dn. 42. Bu tartışmanın kaynağının özel hüküm sebepleri müessesesinin gereği gibi işlerlik kazanamamasından ileri geldiği yönünde bkz. Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 87. Ayrıca bkz. Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 93; Göksu, **Elektronik Delil**, s. 145.

¹³⁸⁵ Keşif konusu olabilecek başlıca bilgi taşıyıcılarında biri olarak kamera aygıtı için bkz. II. bölüm, I, B, 2, c.

¹³⁸⁶ Atalay, **Pekcanıtez Usûl**, s. 1950; Aşık, **Keşif**, s. 127. Fesih sebebi olarak ise şirket bünyesinde başlatılan verimlilik ve karlılığın artırılması, tasarruf tedbirleri, rekabet gerekleri, yeniden yapılandırma ve reorganizasyon çalışmaları ile iş programı ve işletme ihtiyaçları doğrultusunda kurumların karlılık ve verimlilik politikalarını optimum personel ile gerçekleştirmesinin bir gereği olarak kadroların yeniden düzenlenmesi ve istihdam fazlalığının azaltılması gerektiği belirtilmiştir. Davacının iş sözleşmesi işletme nedenlerine dayanarak davalı işveren tarafından feshedilmiştir. Mahkemece, davalı

duyacaksa keşif kararı verirken kendine bir de yardımcı tayin ederek görüntü kayıtları üzerinde keşfi gerçekleştirir.

Burada hem ses hem görüntü kaydının önemli ve özel bir örneği olarak, işlem görmüş video içeriklerinden ve film yapımlarından söz etmek gerekir. Bunlar, çoğunlukla kurgusal olayları yansıtsa da bazı hallerde bazı vakıaların gerçekliği hakkında da hâkime fikir verebilirler. Eğer bir uyuşmazlık, bir film içeriğinin keşfiyle aydınlanabilecekse, hâkimin çoğunlukla bir eser olarak tanımlanabilecek özelliklere sahip bu kayıtları öznel olarak izlemek suretiyle keşif incelemesi yapması sözkonusudur. Örneğin, Alman hukukunda görsel incelemeye dair ilginç bir örnek olarak, gerçek bir hayat öyküsünün film yapımlarına konu edilmesi ve bu filmlerin daha sonra davacının kişilik hakları bakımından mahkeme tarafından keşif yoluyla incelenmesi tartışılmıştır¹³⁸⁷. Burada sanık, on bir yaşında bir çocuğu öldürmek suçundan sorgulanması sırasında kolluk güçleri tarafından kötü muameleye maruz kalmış; dava aylarca medyada yer almış ve işkence kavramı, faillerin ve mağdurların korunması arasındaki ilişki ve polis tedbirlerinde uygun amaç-araç ilişkisi üzerine son derece yoğun bir kamuoyu tartışmasını tetiklemiştir¹³⁸⁸. Sözü edilen bu cinayet davası ve sanığın uğradığı işkenceyi konu eden iki uzun metrajlı film yapılmıştır¹³⁸⁹. Bu

işyerinde yapılan keşif neticesinde Makine Mühendislerinden oluşan iki kişilik bilirkişi heyetinden ve SMMM bilirkişiden alınan iki ayrı rapora dayanılarak sonuca gidilmişse de alınan bilirkişi raporları hüküm kurmaya yeterli görülmemiştir. Bu nedenle bir makine mühendisi, bir endüstri mühendisi ve bir insan kaynakları uzmanından oluşan bilirkişi kurulu aracılığıyla işyerinde yeniden keşif icra edilerek; dava konusu işyerinde yönetim kurulunca oluşturulan işletmesel kararın uygulanıp uygulanmadığı, bu uygulama sonucunda işgücü fazlalığı meydana gelip gelmediği, davacı işçinin başka bir bölümde değerlendirilme imkanının olup olmadığı, fesihten önce ve sonra davacının yapabileceği işler için aynı nitelikte yeni işçi alınıp alınmadığı, kısaca feshin son çare olarak uygulanıp uygulanmadığı belirlenmeli, sonucuna göre feshin geçerli nedene dayanıp dayanmadığına karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. Bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2013/4457, K. 2013/6576, T. 28.3.2013, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023). Örneğin bu karardaki vakıa araştırmalarının işyeri kamera kayıtlarından faydalanılarak yapılması mümkündür.

¹³⁸⁷ Bernhard von Becker, "Schmerzen, wie du sie noch nie erlebt hast" - LG Koblenz erlaubt Verfilmung des Gäfgen-Falls, *NJW*, 2007, s. 662-664, s. 662.

¹³⁸⁸ Von Becker, *LG Koblenz*, s. 662.

¹³⁸⁹ Von Becker, *LG Koblenz*, s. 662. 29 Mart 2006'da "Eine Frage des Gewissens" (Bir Vicdan Meselesi) adlı film yayımlarken, 22 Nisan 2006'da burada tartışılan karara konu olan "Kommissarin Lucas" (Komiser Lucas) adlı dizinin bir bölümü yayımlanmıştır. Bu film uyarlamaları, *Gäfgen*'in (hükümlü) işlediği suçun kısmen belgesel, kısmen de bir sinema filmine temel teşkil etmesine karşın kişilik hakkı açısından kendisini savunup savunamayacağı sorusunu gündeme getirmiştir. Koblenz Bölge Mahkemesi, 2 Haziran 2006 tarihli kararında hükümlünün filme katlanmak zorunda olduğuna hükmetmiştir. Koblenz Yüksek Bölge Mahkemesi'nin 11 Eylül 2006 tarihinde temyiz başvurusunu reddetmesinin ardından karar kesinleşmiştir. Bu yönde bkz. Von Becker, *LG Koblenz*, s. 662, 663.

filmlerde gerçek hayatta yaşadıkları konu edilen hükümlünün kişilik haklarının tartışıldığı yargılamada mahkeme, film içerikleri üzerinde inceleme yapmıştır. Hatta burada, mahkemenin filmin yalnızca belirli sahnelerini (örneğin yalnız işkence sahnelerini) gözlemlemesinin dahi yeterli olmayacağı, bütün yapımı görsel olarak yani keşif yoluyla incelemesinin daha isabetli olacağı da ifade edilmiştir.¹³⁹⁰

Buna benzer bir başka örnek olarak, son dönemde yaygınlaşan yapay zeka araçlarıyla oluşturulan sahte videolar gösterilebilir. Yapay zekanın görsel ve işitsel olarak gerçek bir kişiyi son derece gerçekçi şekilde taklit eden içerikler üretmesi mümkün olmaktadır. Buna göre, örneğin tanınmış bir kişinin kişisel değerlerine aykırı söylemlerini içeren sahte kayıt oluşturulması ve özellikle sesinin neredeyse birebir olarak yapay zeka tarafından taklit edilmesi halinde, burada taklit edilen gerçek kişinin hakları ihlal edilmiş olabilir. Bu halde, hâkimin bu içeriği keşif yoluyla incelemesi gerekir. Böyle bir örnekte üç ayrı vakıanın keşif yoluyla tespit edilmesi gerekir. İlk olarak hâkim, bu videonun gerçek olup olmadığını tespit etmelidir. Buradaki ilginç özellik, bu kaydın orijinal olmadığının tespit edilmesi onun aranan özelliğidir. Zira iddia edilen o görüntü ve ses içeriğinin gerçek değil, sahte olduğudur. İkinci olarak, o sahte içerikte temsil edildiği iddia edilen kişiye, görsel ve işitsel olarak kandırmaya yetecek ölçüde benzer olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Son olarak bu sahte görüntüye söylenenlerin gerçekten de o kişi bakımından bir kişilik hakkı ihlali teşkil edip etmediği incelenmelidir. Böylece hâkim, uyuşmazlığı çözüme kavuşturmak için yapay zekanın üretmiş olduğu bir elektronik veri üzerinde keşif incelemesi yapmış olur.¹³⁹¹

¹³⁹⁰ Von Becker, **LG Koblenz**, s. 664.

¹³⁹¹ Örneğin, buna benzer bir hukuki ihtilaf tanınmış bir akademisyene, (*Celal Şengör*) yapay zeka araçlarıyla oluşturulan bir videoda ilahi söylenmesine ilişkin ortaya çıkmıştır. Bkz. <https://www.webtekno.com/celal-sengor-yapay-zeka-sarki-dava-h135932.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.08.2023).

b. Sık Rastlanan Bir Uygulama Örneği Olarak Dashcam Keşfi

Görüntü kaydının uygulamada çok rastlanan dikkate değer bir örneği “dashcam” denilen araç içi kamera aygıtlarının kayıtlarıdır. *Dashcam* ya da bir diğer adıyla *dashboard* kamerası, bir taşıt içerisine yerleştirilmiş, çoğunlukla küçük boyutlu kameralardır. Genellikle bir vantuz tutucuyla arka cama veya ön konsolun üst kısmına yapıştırılırlar. Bu şekilde, aracın ön dış tarafına bakacak şekilde ve yolculuğu kaydedecek bir açıyla monte edilirler. Bir araçta birden fazla dashcam aygıtı bulunması da mümkündür. Güvenlik amacıyla arka alanı izlemek için ikinci bir kamera takmaya karar veren kullanıcılar da vardır.

Bugün dünya genelinde dashcam aygıtlarının son derece yaygın hale geldiğini söylemek mümkündür. Bu kayıtlar, özellikle trafik kazalarının nasıl gerçekleşmiş olduğunun ispat konusu olduğu yargılamalarda en önemli ispat araçları halindedir. Böyle bir davada, hâkimin olay yerinde gerçekleştireceği keşif kadar, eğer varsa araç içi kameranın kayıtları üzerinde gerçekleştireceği keşif de büyük önem taşımaktadır. Böylece hâkim hem olay yerindeki keşifte elde ettiği bilgileri hem de dashcam kayıtlarını bir araya getirerek vakıayı neredeyse tamamen aydınlatma imkânına kavuşur.

Araç içi kamera aygıtları, taşıt sürerken geçen süreyi belgeleme amacıyla ve vakıaları kaydetmek için, özellikle kusur tespitinin önem taşıdığı durumlarda, sağladığı ispat kolaylığıyla kendine özel bir yer bulmaktadır¹³⁹². Özellikle vakıaları kayıt altına alma açısından bakıldığında, araç içi kamera aygıtları bir trafik kazasında kimin hatalı olduğunu ispatlamanın akıllıca bir yolu olarak görülmektedir¹³⁹³.

¹³⁹² Balzer/Nugel, (beck-online.de). Araç içi kamerayla ispata ilişkin örnek bir olayın ayrıntılı değerlendirmesi için bkz. Saenger, Ingo/Möller, Christina; “Das unbestechlichste Beweismittel“, **JA**, 2015, s. 12-16, s. 12 vd. Ayrıca bkz. <https://www.kingston.com/tr/blog/personal-storage/dashcam-memory-cards> çevrimiçi), (03.01.2023).

¹³⁹³ Ayrıca taşıt kazalarında keşif yoluna başvurulması, bu hususta bir kayıt olsun ya da olmasın adeta bir gelenek gibi görülmektedir. Yani bir araç içi kamera kaydı olmasa da bir taşıt kazasına ilişkin yargılamada hâkimin kazanın gerçekleştiği yere giderek bir inceleme yapması, keşif delilinin yalnız

Örneğin, park halinde bulunan bir taşıtın sahibi, aracına zarar verilmesi suretiyle gerçekleştirilen bir haksız fiile dayanarak açacağı bir davada ispat aracı olarak bu görüntülere başvurabilecektir. Böylece kendisinin dahi orada bulunmadığı halde gerçekleşen ve bizzat görgüsüne dayanmayan bir olayı, dashcam aygıtı sayesinde hâkimin incelemesine sunabilme imkânı elde etmiş olacaktır.¹³⁹⁴

Özellikle ölümlü trafik kazalarında tarafların vakıya ilişkin bir beyanda bulunması, örneğin delil elde etmek amacıyla isticvap edilmesi mümkün olamaz. İşte bu dashcam kayıtları olayın oluş şeklini hâkime çoğu zaman şüpheyi yer bırakmayacak şekilde aktarır. Vakıanın görüntü kayıtlarıyla tespitinden sonra hâkime hukuk kuralını olaya uygulamak kalır.

Araç içi kamera aygıtlarına ilişkin bir diğer ilgi çeken husus bu kamera aygıtlarının kaydettiği verilerin nasıl ve nerede depolandığıdır. Çünkü depolamaya göre elektronik verinin çeşidi ve bulunduğu ortam değişebilir. Bu da sözkonusu verilerin keşif delili olarak nasıl inceleneceğine ilişkin farklılıklar meydana getirebilir. Bu bağlamda araç içi kamera aygıtı kayıtlarının iki şekilde depolandığı belirtilmiştir. İlk olarak, aygıtın içinde dahili bellek ve ikisi bir arada bir harici SD kart bulunması veya Micro SD kart bulunmasıyla bu kayıt gerçekleştirilmektedir.¹³⁹⁵ Bunun beraberinde, bir mobil uygulama sayesinde, kaydedilen içeriği akıllı telefonlardan yönetmeyi sağlayan modeller vardır. Ayrıca, kayıtlara bir mahkeme süreci bakımından ihtiyaç duyulması halinde (bir kaza veya park edilmiş bir araca çarpma durumunda keşif konusu olarak) bunların yalnızca otoriteler tarafından incelenmesini sağlayan sistemlerden söz edilmektedir.¹³⁹⁶

Alman ve İsviçre değil, diğer benzer hukuk sistemlerinde de tipik örneklerinden biri olarak gösterilmektedir. Bu yönde bkz. Helene Rebholz, “Beweise und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht”, **38. DACH-Tagung 22. – 24. Mai 2008**, Graz, s. 1-17, s. 11.

¹³⁹⁴ Balzer/Nugel, (beck-online.de); Saenger/Möller, **Beweismittel**, s. 12; <https://www.kingston.com/tr/blog/personal-storage/dashcam-memory-cards> (çevrimiçi), (03.01.2023).

¹³⁹⁵ <https://www.actualidadmotor.com/tr/dash-cam-que-es-cual-es-mejor-como-ponerlas-coche/>, (çevrimiçi), (03.01.2023).

¹³⁹⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://www.actualidadmotor.com/tr/dash-cam-que-es-cual-es-mejor-como-ponerlas-coche/> (çevrimiçi), (03.01.2023).

Alman hukukunda Alman Medenî Usûl Kanununun 371. maddesi çerçevesinde, diğer tüm elektronik belgeler gibi dashcam kayıtları da özel olarak keşif konusu olup olamayacakları bakımından tartışılmıştır. Münih Bölge Mahkemesi¹³⁹⁷ 2016 tarihli bir kararında bir elektronik belge üzerinde keşif örneği olarak, dashcam kaydının kullanılabilmesi üzerine olaya özgü bir değerlendirme yapmıştır. Buna göre dashcam kaydının Alman Medenî Usûl Kanunu m. 371'e göre keşif malzemesi olabilmesi için hem delili ileri süren taraf hem de kayıttaki diğer taraf bakımından bir menfaat dengesinin gözetilmesi gerektiğine karar vermiştir¹³⁹⁸. Buna göre, araç kamerası kayıtlarının hukuk davalarında kullanılabilirliği, bir yanda görüntü kayıtlarında tasvir edilen kişinin kişisel hakları ile diğer yanda delili ileri süren tarafın ispat faaliyetine ilişkin korunmaya değer menfaatleri arasında kapsamlı bir denge kurmayı gerektirir. Ayrıca dashcam kayıtlarının nasıl ve nerede tutulduğu, ne kadar süreyle kayıt altına alındığı, güvenilir olup olmadığı gibi hususların da mahkemece incelenmesi gerekir. Bu nedenle vakıayla ilgili görüntüdeki kaydın gerçek olup olmadığı, kayıtların belirli süreler içinde otomatik olarak silinip silinmediği veya üzerine yazılmadığının tespiti de önemlidir¹³⁹⁹. Sonuç olarak araç içi kameraların kayıtları, vakıaların aydınlatılması bakımından hakimın keşif yoluyla inceleyebileceği elektronik kayıtlar arasında önemli bir yer tutmaktadır. Bu öneme binaen, araç içi kameraların otoriteler tarafından incelenmesine ilişkin ayrı ve özel bir sistemin kurulması ve bu sistemin, bu çalışmada önerilmekte olan elektronik belgeler üzerinde

¹³⁹⁷ Bu yönde ayrıca Nürnberg Yüksek Eyalet Mahkemesinin (OLG Nürnberg) 10.8.2017 tarihli ve 13 U 851/17 sayılı kararı için bkz. NJW 2017, s. 3597 = BeckRS 2017, 124341; Holger Radke, "Darf ich nutzen, was ich weiß? Zur Verwertbarkeit von Aufnahmen einer "Dashcam" im Verkehrsunfallprozess", jM, 2018, s. 148 vd.

¹³⁹⁸ Kararın ilgili kısmı şu şekildedir: "*Die Verwertbarkeit von Dashcams-Aufnahmen im Zivilprozess setzt eine umfassende Interessenabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten einerseits und dem Beweissicherungsinteresse des Beweisführers andererseits voraus. Dabei ist auch entscheidend, ob eine permanente oder eine anlassbezogene Aufzeichnung stattfindet, sowie, ob eine automatische Löschung oder Überschreibung der Aufzeichnungen innerhalb bestimmter Zeiträume erfolgt.*" Bkz. Das Landgericht München (Beschluss v. 14.10.2016 – 17 S 6473/16), <https://verkehrslexikon.de/Texte/Rspr8381.php>, (çevrimiçi), 03.01.2023. Ayrıca bkz. <https://dejure.org/dienste/vernetzung/rechtsprechung?Gericht=LG%20M%FCnchen%20I&Datum=14.10.2016&Aktenzeichen=17%20S%206473/16>, (çevrimiçi), 03.01.2023.

¹³⁹⁹ A. Roland Richter, "Dashcams, Fotos und Videos: Rechtsprechungsübersicht zur Beweisverwertbarkeit", SVR, 2018, s. 134-136, s. 134 vd. Ayrıca bkz. Saenger/Möller, **Beweismittel**, s. 12 vd. Saenger/Möller araç içi kameralarının kayıtlarını bir örnek olay üzerinden değerlendirirken, hukuka aykırı delil olma özelliğini vurgulamakla birlikte, bu kayıtları en bozulmaz ya da en şaşmaz delil olarak nitelendirmiştir. Bu yönde bkz. **a.g.e.** Burada tarafların menfaatleri arasında bir denge kurmak için hâkimce menfaatlerin tartıldıktan sonra, hangi menfaat ağır gelirse ona göre karar verilmesi gerekir. Bu yönde bkz. Saenger/Möller, **Beweismittel**, s. 12 vd.

keşifle birlikte işler hale gelmesi, mahkemelerin ispat faaliyetini katkı sağlayan bir adım olabilecektir.

c. Veri Taşıyıcıları Üzerinde Keşifte Bazı Özel Durumlar

i. Genel Olarak

Şimdiye kadar tartışılan klasik keşif nesneleri, ikame keşif nesneleri¹⁴⁰⁰ ve gerçek yeni nesil keşif nesnelere ek olarak, hala bazı özel durumlar vardır.¹⁴⁰¹ Bunlar öneminden dolayı ayrıntılı olarak ele alınacak olan görüntü, ses vb. veri taşıyıcıları başta olmak üzere, bir önceki bölümde çeşitlendirilmeye çalışılan bilgi nesneleri, elektronik belgelerden elde edilen kopyalar, elektronik imzalı belgeler ve elektronik belgelerin çıktılarıdır.

ii. Manyetik, Optik veya Dijital Nesnelerin Keşfine Dair Bazı Özellikler

Tüm teknik kayıt türleri ile keşif ikamelerinin, yeni keşif nesnesinin veya keşif analog nesnesinin üzerinde bulunduğu ilgili (görüntü, ses veya veri) taşıyıcı¹⁴⁰² arasında bir ayırım yapılmalıdır.¹⁴⁰³ Taşıyıcılar, ilgili teknik kaydın üzerinde bulunduğu fiziksel nesnelerdir. Örneğin fotoğraflar, ses bantları, filmler, plaklar,

¹⁴⁰⁰ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 8 vd.

¹⁴⁰¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 216. Ayrıca analog keşif nesneleri için bkz. I. bölüm, I, D. Veri taşıyıcılar ve ses bantları için bkz. S/J-Berger vor § 371 Rn. 7; Pleyer ZZP 69 (1956), 321, 322. Ayrıca bkz. FS/J-Berger vor § 371 Rn. 7. Borges, **Verträge**, s. 460 f.

¹⁴⁰² Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴⁰³ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

kasetler, disketler, CD'ler veya sabit diskler gibi. Bu sayılanlar fiziksel nesneler olmakla birlikte, içlerinde saklanan veriler fiziksel nesneler olmadıkları için bunlar veri taşıyıcıları olarak dosyaları fiziken yani cismen içermezler. O nedenle, bu taşıyıcıların içeriğindeki çok çeşitli verilerin fiziki değil, elektronik varlığı ön plandadır¹⁴⁰⁴ ¹⁴⁰⁵. Önemli olan hâkimin bu verileri görüntüleyebilmesidir¹⁴⁰⁶.

Buna göre, "sabit disk" terimi sadece manyetik diskleri veya gerçek bellek olarak içlerinde bulunan yarı iletkenleri değil, aynı zamanda diğer bireysel parçaları ve bunlarla birlikte yerleşik muhafazayı da ifade etmektedir¹⁴⁰⁷. Bilgi taşıyıcı, üzerinde bulunan veri her ne şekilde nitelendiriliyorsa; buna göre örneğin bir keşif ikamesi, yeni keşif nesnesi veya keşif analog nesnesi olarak, mahkeme tarafından duyular vasıtasıyla bağımsız bir şekilde algılanır¹⁴⁰⁸.

Örneğin, mahkeme bir CD'nin yüzeyinin çizik olup olmadığını belirlemek için hem görsel hem de fiziksel olarak CD'yi inceleyebilir¹⁴⁰⁹. Ayrıca, örneğin bir video kasetin, işitsel veya kokusal olarak kusurunun olup olmadığını, örneğin sallandığında olağandışı sesler çıkarıp çıkarmadığının veya yanık kokup kokmadığının mahkeme tarafından kontrol edilmesi de düşünülebilir¹⁴¹⁰. Taşıyıcıyla birlikte keşfin konusu olan vakıa, yani yukarıda bahsedilen örneklerde CD'nin çizik veya video kasetin bozuk olduğu gerçeği, mahkeme tarafından doğrudan duyusal olarak algılandığından ve duyusal algının ötesinde herhangi bir zihinsel kavrayışa gerek olmadığından, taşıyıcılar herhangi bir özelliğin geçerli olmadığı klasik görsel nesnelerdir¹⁴¹¹.

Bu nedenle, görsel özellikli taşıyıcılar başka bir taşıyıcıdan da üretilebilir, örneğin bir kasetten bir fotoğraf kaydı veya bir fotoğraftan bir video kaydı elde

¹⁴⁰⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴⁰⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴⁰⁶ W/S-Smid, § 142 Rn. 10, bir EDP veri taşıyıcısını § 371, paragraf 1, cümle 2 ZPO kapsamında bir elektronik belge olarak görmektedir.

¹⁴⁰⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴⁰⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴⁰⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 217; Z-Geimer Vor § 415 Rn. 2.

¹⁴¹⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 217.

¹⁴¹¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

edilmesi gibi. Bunların her biri birer elektronik veri olmakla birlikte bir elektronik veriden başka bir elektronik veri üretilmesi gibi bir hal söz konusudur. Bazı taşıyıcılarda ise bağımsız duyuşsal algı, taşıyıcı üzerinde bulunan keşif ikamesi nesne, yeni keşif nesnesi veya analog keşif nesnesinden ayrı olarak gerçekleşir. Örneğin, bir CD ancak bir oynatma cihazında yani bir CD çalar vasıtasıyla duyuşsal olarak algılanabilir. Örneğin, bir ses CD'sinin üzerine kaydedilen gürültü kaydının veya irade beyanının algılanması için bu CD'nin CD çalara takılması gerekir.

Bazı hallerde duyuşsal algı, taşıyıcı üzerinde bulunan keşif ikamesi, yeni keşif nesnesi veya keşif analog nesnesiyle eş zamanlı olarak gerçekleşmektedir. Örneğin, bir fotoğraf görsel olarak inceleme konusu edildiğinde, bu fotoğraf üzerinde yer alan tüm görsellerle ve figürlerle birlikte algılanır.¹⁴¹² Eğer fotoğrafın cisim bulduğu baskı kağıdına ilişkin de bir çekişmeli vakıa varsa ve fiziken fotoğrafın basılmış olduğu fotoğraf taşıyıcısı kâğıt da bir şekilde hâkim tarafından inceleniyorsa burada sadece fotoğrafın içeriğine değil, bütününe yönelen bir algıdan söz edilir.

Ancak çoğu zaman durum daha farklı cerayan eder, yani sadece fotoğrafın görsel olarak algılanması; o fotoğrafa hâkim tarafından gerekirse uzun uzun bakılması ve fotoğraftaki görsel figürlerin anlamlandırılması şeklinde bir inceleme yapılır.¹⁴¹³ Dolayısıyla sadece fotoğrafa ilişkin bir “adli görsel keşif”¹⁴¹⁴ söz konusu olur. Fotoğrafın fiziken klasik bir keşif nesnesi olarak ya da diğer bir deyişle taşınır keşfi olarak incelenmesi; yani, fotoğraf kağıda basılmış ise bu baskının fiziken incelenmesi söz konusu değildir.¹⁴¹⁵ Burada bir ihtimal fotoğrafın, kendi orijinal ortamında yani elektronik ortamda dijital versiyonunun incelenmesidir. Burada da aynı şekilde fotoğrafın yalnız figürsel ve görsel içerik bakımından incelenmesi söz konusudur.

Bununla birlikte, özellikle belirli bir fotoğrafik görüntünün (*Fotoaufnahme*) bir fotoğrafta yer alıp almadığı sorusu söz konusu olduğunda, fotoğraf ile fotoğrafik

¹⁴¹² Drehsen, **Augenschein**, s. 217.

¹⁴¹³ Drehsen, **Augenschein**, s. 217.

¹⁴¹⁴ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157, 158.

¹⁴¹⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 218; Borges, **Verträge**, s. 462.

görüntü birbirine bağlı şekilde incelenebilmektedir. Bu durumda, mahkeme fotoğrafı ve fotoğrafik görüntüyü görsel olarak algılamalıdır. Böylece hem fotoğraf hem de fotoğrafik görüntünün kendisi inceleme nesnesi olurken, keşif incelemesinin konusu fotoğraf ve fotoğrafik görüntü arasındaki bağlantıdır. Örneğin bir fotoğrafın üzerine veya arkasına birtakım notlar düşülmüşse ve bu notlar davada taraflarca getirilen vakıaların ispatı bakımından önem arz ediyorsa, hâkim hem fotoğrafın figürsel içeriğini hem de fotoğraf üzerine ya da arkasına yazılan bu yazıyı duyusal olarak algılayabilecektir.¹⁴¹⁶

Kuşkusuz, yalnızca dış durum üzerinde bir vakıa incelemesi yapılıyorsa, keşfe konu olan bu malzemenin bizzat kendisidir.¹⁴¹⁷ Örneğin, bir CD'nin çizik olup olmadığı, bir oyun konsolunun kasasında derin çizikler olduğu, bazı tuşlarının eksik olduğu veya bir bilgisayarın görünür bir hasarının olup olmadığının incelenmesi gibi.¹⁴¹⁸ Bu ayırım, daha önce değinilmiş olan keşfin soyut ve somut konusu ile soyut ve somut yardımcıları ayırımına benzer.¹⁴¹⁹

Örneğin, bir dijital fotoğraf içeriği olarak elektronik ortamda saklanan bir fotoğrafik görselde belirli bir kişinin tanınıp tanınmadığı; bir video dosyasında yer alan bir kaza kaydında bir araçtaki somut hasarın nasıl meydana geldiği veya bir ses dosyasında yer alan bir ses kaydındaki belirli bir açıklamanın belirli bir kişiye ait olup olmadığı söz konusu olduğunda durum böyledir.¹⁴²⁰ Bu ve benzeri hallerde esasen keşif incelemesi, asıl keşif konusunu taşıyan veri taşıyıcısını ve dosya içeriğini birbirine bağlamaktadır. Belirli bir veri taşıyıcısının, örneğin bir harici diskin, belirli içeriğe sahip bir elektronik belge içerip içermediği ihtilaf konusuysa, bu halde keşif fiilen veri taşıyıcısı üzerinde yapılmakta ancak içerikte esas incelenen o elektronik belgenin kendisi olmaktadır. Bu durumda, mahkeme hem veri taşıyıcısını hem de elektronik belgeyi algılamalıdır, böylece her ikisi de bir bakıma keşfin konusu

¹⁴¹⁶ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157, 158; Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴¹⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴¹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴¹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴²⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

olmaktadır.¹⁴²¹ Bu yaklaşım, yukarıda söz edildiği gibi, iki keşif konusunu birbirinden keşfin soyut ve somut konuları olarak ayırmak suretiyle ele alınmaktadır.¹⁴²²,¹⁴²³

Sonuç olarak taşıyıcının fiziksel objektifliğinden söz edilerek, tüm bu açıklamalar ışığında Alman Medenî Usûl Kanununun 371. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi uyarınca sadece dosyanın iletilmesi yoluyla delil ibraz edilmesinin¹⁴²⁴ eksikliğe yol açabileceği ifade edilmektedir.¹⁴²⁵ Çünkü, bu halde veri taşıyıcısının kendisi mahkeme tarafından duysal olarak algılanamamaktadır. Örneğin yukarıda bahsedilen fotoğraf üzerindeki el yazılı notların gözlenmesindeki gibi hususlar hâkimin gözünden kaçmış olacaktır. Yani, yerine göre veri taşıyıcısının kendisi de içeriğindeki elektronik belgeyle birlikte bir keşif nesnesi olabilmektedir. Bu halde, netice olarak bu delil aracının sunumunun Alman Medenî Usûl Kanununun 371. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesi¹⁴²⁶ uyarınca yeterli olmayabileceği¹⁴²⁷ endişesi dile getirilmektedir. Bu nedenle, sonuç olarak delil aracını mahkemeye sunmanın en uygun ve sağlıklı yolunun dosyanın içinde bulunduğu veri taşıyıcısını sunmak olduğu ifade edilmektedir.¹⁴²⁸

5. Bir Elektronik Verinin Kopyası (Sureti) Üzerinde Keşif

a. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 217. maddesi belgenin aslının ibraz usûlünü düzenlemektedir. Buna göre, bir kişi veya kurumun elinde bulunup mahkemeye teslim

¹⁴²¹ Keşfin konusu, keşfin amacı ve keşfin soyut ve somut konusu yukarıda ele alınmıştır. Bu yönde bkz. I. bölüm, II, B.

¹⁴²² S/J-Berger, **ZPO**, §371 Rn. 20; Borges, **Verträge**, s. 462

¹⁴²³ Drehsen, **Augenschein**, s. 218.

¹⁴²⁴ Meller-Hannich, **a.g.e.**, s. 159, 160.

¹⁴²⁵ Meller-Hannich, **a.g.e.**, s. 159, 160.

¹⁴²⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 216.

¹⁴²⁷ Meller-Hannich, **a.g.e.**, s. 159, 160; Drehsen, **Augenschein**, s. 219; Borges, **Verträge**, s. 462.

¹⁴²⁸ Berger, NJW 2005, 1016, s. 1020. S/J-Berger, § 371 Rn. 20; Borges, **Verträge**, s. 462.

edilmesi gereken belgenin aslı istendiğinde, kişi veya kurumun bulunduğu ya da belgenin teslim edileceği yerdeki asliye mahkemesi tarafından örneği onaylanarak aslı mahkemeye gönderilir veya teslim edilir. Bu halde belgenin mahkemece onaylanmış örneği, tıpkı aslı gibi hüküm ifade eder.

Orijinal ve suret kavramlarının önemine daha önce temas edilmeye çalışıldığı üzere, elektronik belgeler bakımından bu kavramların ayrıca bir değeri söz konusudur.¹⁴²⁹ Burada gerçekleşen keşif, klasik keşif malzemelerinden elde edilen teknik kayıtlar üzerindeki keşiften bir yönüyle ayrılmaktadır. Burada elektronik verinin sureti üzerinde keşif gerçekleştirilmekte iken, diğerinde elde edilen kayıt, bir elektronik verinin değil, klasik bir keşif nesnesinin (örneğin bir taşınmaz) suretidir.

Konuyu açıklamak için oldukça bilinen ve sık rastlanan bir örnek olarak elektronik posta iletileri verilebilir. Bir davada mahkemenin önüne çıktı olarak getirilen elektronik posta iletilerini bu elektronik verinin yalnızca bir kopyasıdır. Bu noktada hâkimin önüne bir belge olarak sunulan elektronik posta iletilerinin çıktıları, söz konusu ispat faaliyetini başarılı şekilde yerine getirmek için yeterli olmaz.¹⁴³⁰ Bunun sebebi çıktının kolaylıkla manipüle edilebilir olmasıdır. Örneğin elektronik posta içeriği orijinal ortamından kâğıt ortamına aktarılırken üzerinde oynama ya da tahrifat yapılmış olması uzak bir ihtimal değildir. Böyle bir tahrifatın o çıktı üzerinde yapılacak bir incelemeyle tespit edilmesi de çoğu zaman kolay olmaz.

Bu konuyla ilgili olarak Alman hukukunda bir emsal karardan söz edilmektedir. Burada elektronik posta iletilerinin çıktısının üzerinde oynanmış olma ihtimalinin her zaman mevcut olduğu hatırlatılarak, bu çıktının güven unsuru bakımından zayıflığı özel olarak vurgulanmaktadır.¹⁴³¹ Söz konusu karar elektronik belgelere ilişkin pek çok akademik çalışmada örnek karar olarak yer verilip yorumlanan bir karar olma özelliğini taşımaktadır. Bu bir tesadüf değildir çünkü bu

¹⁴²⁹ Elektronik belgeler bakımından kopya ve suret kavramlarının önemi bakımından bkz. II. bölüm, I, D.

¹⁴³⁰ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 37; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9.

¹⁴³¹ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 37; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 9.

karar Alman Hukukunda elektronik posta iletilerinin delil değerini ortaya koyan ilk karar olarak gösterilmektedir.¹⁴³²

Burada dolaylı olarak konuyla ilgili olabilecek bir konu “emare ispatı”dır. Türk hukukunda emare ispatının uygulanabilir olduğu genel olarak kabul edilmektedir.¹⁴³³. Ancak burada ispatına çalışılan vakıanın niteliğine bakmak gerekir. Eğer bir hukuki işlemin ispat edilmesi arzu ediliyorsa ve bu işlem kanunda öngörülen parasal sınırı aşıyorsa, bu halde o vakıanın ancak senetle ispat edilebilecek olmasından söz edilir. Bu durumda, kural olarak Türk hukuku açısından emare ispatının senetle ispat kuralı karşısında kabulünün mümkün olamayacağı dile getirilmiştir.¹⁴³⁴.

Ancak burada şuna dikkat etmek gerekir: senetle ispat zorunluluğu ve senede karşı tanıkla ispat yasağı yalnız, senede bağlanmış hukuki işlem bakımından geçerlidir. Bu halde senette yer alan ya da senetten anlaşılabilen başkaca vakıalar varsa, bu vakıalar hakkında bilgi içeren her türlü işaret, açıklama ya da iz “emare” olarak değerlendirilebilir.¹⁴³⁵.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus Alman ve Türk hukuklarındaki durumun karşılaştırılmasıyla daha kolay anlaşılacaktır. Alman hukukunda senet delilinin içeriğinin, hukuki işlem ya da başka bir vakıa ispatı için getirilmiş olması kural olarak bir önem arz etmez. Yani iddia edilen vakıa belli bir değer üstünde bir hukuki işlem olsun ya da olmasın her türlü hâkim tarafından serbestçe değerlendirilir. Yani senet hâkimi bağlamaz. Alman hukuku bakımından senet metninden anlaşılan

¹⁴³² AG Bon, Urteil v. 25.10.2001, 2001-3-c, 193/0. Karar için bkz. bundesgericht.de/2001/193-3-c, (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

¹⁴³³ Nart, **Senetle İspat**, s. 231; Atalay, **Emare İspatı**, s. 8 vd. *Atalay*, burada emare ispatının konusu olan emarelerin birer ispat aracı olmadığını vurgulamaktadır. Buna göre emareler, bizzat ispatın konusunu teşkil etmektedir. Bu nedenle de emare ispatının söz konusu olduğu hallerde taraflarca hazırlama ilkesinin geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 12. Ayrıca bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 231.

¹⁴³⁴ Nart, **Senetle İspat**, s. 231. Emare yoluyla ispatın, Alman Usûl Kanunun 286. paragrafıyla çeliştiğine yönelik görüşler vardır. Bkz. Kollhossler, *Der Anscheinbeweis in der höchststrichterlichen Rechtsprechung- Entwicklung und örtlle Bedeutung*, Mainz, 1963 (Yıldırım, Naklen s.125). Ayrıca bkz. Yavaş, **Senetle İspat**, s. 97 vd.

¹⁴³⁵ Nart, **Senetle İspat**, s. 232.

düşünce açıklamaları ister hukuki işlem ister başkaca bir vakıa (örneğin bir haksız fiil) olsun hâkim tarafından serbestçe birer emare olarak değerlendirilebilir.¹⁴³⁶ Fakat burada her ne kadar hâkimin serbestçe değerlendirmesi esas ise de eğer senet bir hukuki işlem bakımından düşünce açıklaması ihtiva ediyorsa, bu halde o senedin ispat kuvvetinin daha yüksek olacağı kabul edilir.¹⁴³⁷

b. Replikalar

Replikalar, dar anlamda keşif malzemesinin kopyasını ifade eder. Geniş anlamda ise klasik keşif nesnesinden önce veya sonra yaratılmış olmalarına bakılmaksızın; örneğin soy ağaçlarını, planları, eskizleri, çizimleri, krokileri ve klasik keşif nesnelerinin modellerini içerir.¹⁴³⁸ Keşif ikamelerinde olduğu gibi burada sözü edilen replikalar, taşınmaz veya taşınması zor olan klasik keşif nesnelerini yargılamaya yaklaştırmayı amaçlamaktadır.¹⁴³⁹

Buna göre, örneğin keşif konusu olması muhtemel olan bir elektronik belgenin orijinali yerine kopyası üzerinde keşif yapılacaksa, bunun belgenin orijinali olmadığına bilincinde olunarak yapılması gereklidir. Aksi halde hâkimin gerçeklik algısında kanaatini etkileyen bir yanılgı söz konusu olabilir. Bu tür belge kopyalarına “replikalar” ya da “replika belgeler” de denilmektedir.¹⁴⁴⁰ Bu terim, bir belgenin aslını temsil etmekle ve çoğunlukla aslıyla aynı içeriğe sahip olmakla birlikte, asıl olmamasını ifade eder.

Ancak bunların temsil ettikleri klasik keşif nesneleri (dolaylı olarak da olsa) duyusal olarak algılanmazlar, çünkü bu replikalar gerçekliği tam olarak

¹⁴³⁶ Nart, **Senetle İspat**, s. 231; Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 416 Rdnr.7; Nissen, **Beweis**, s. 760.

¹⁴³⁷ Nart, **Senetle İspat**, s. 231.

¹⁴³⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 222.

¹⁴³⁹ Örneğin, hâkimin keşifte yardım almasıyla hazırlanan kroki ve bu krokiye dayanılarak hüküm kurulması hakkında örnek bir karar için bkz. Yargıtay 14. Hukuk Dairesi, E. 2014/11449, K. 2015/2307, T. 3.3.2015, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

¹⁴⁴⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 222.

yansıtmayabilirler. Bunlar sadece olanı bir temsilci gibi yansıtmaktadırlar ve çoğu zaman ayrıntı zenginliğinden yoksun olabilmektedirler¹⁴⁴¹, ¹⁴⁴². Replikalar ya da diğer bir deyişle suretler; bilgi nesnelerine¹⁴⁴³ benzer¹⁴⁴⁴. Replika olarak kullanılan nesne, tıpkı bilgi nesnelerinde olduğu gibi, doğrudan ve bağımsız olarak incelenebilmektedir. İşte bu nedenle yansıttığı bilgiye ve bilginin yargılamaya katkısına göre birer keşif nesnesi olarak kabul edilebilmektedir¹⁴⁴⁵.

Burada replikalardan söz ederken dolaylı delil ve doğrudan delil ayrımı akla gelir. Buna göre dolaylı deliller, yalnızca yardımcı olgulardır ve bu nedenle kendileri de bir şekilde gerçeklik bakımından ispatın konusu olabilirler¹⁴⁴⁶. Esasında dolaylı deliller, doğrudan delillerle aynı ispat araçlarıyla düzenli olarak üretilir, sadece ortaya çıkan yeni dolaylı aracın incelenebileceği delil türü yani delil aracı farklılaşabilmektedir¹⁴⁴⁷. Bu bakımdan da bir keşif malzemesinden üretilen replikalarla benzerlik gösterirler.

Örneğin, elektronik özellikli olmayan inceleme örnekleri olarak, binanın dış cephesinin belirli şekillere veya renklere sahip olup olmadığı ya da binanın dışarıdan görünür biçimde hasarlı olup olmadığı gibi görsel konularda durum böyledir¹⁴⁴⁸. Bilgi nesnelerinde¹⁴⁴⁹, replikalarda olduğu gibi, keşfe ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanması gerektiği ve bu durumda bunların da keşif benzeri nesneler olarak sayılması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴⁵⁰. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, bilgi nesnelerinin aksine replikanın bağımsız bir keşif nesnesi olarak kullanılamamasıdır. Buna göre replikalar, yalnızca kopyalanan klasik keşif nesnesinin

¹⁴⁴¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 222.

¹⁴⁴² Drehsen, **Augenschein**, s. 223; W/S-Smid, **ZPO**, § 142 Rn. 8; Schreiber, **Urkunde**, s. 40 vd.

¹⁴⁴³ Schreiber, **Urkunde**, s. 40 vd.

¹⁴⁴⁴ Schreiber, **Urkunde**, s. 40 vd.

¹⁴⁴⁵ Schreiber, **Urkunde**, s. 40 vd.

¹⁴⁴⁶ Bunlar, belirleyici vakianın varlığına ilişkin bir sonuca varılmasını sağlayan dolaylı vakıalardır ve bu nedenle kendileri de dolaylı karakterlerinden ötürü delil konusu olarak görülürler. Bu yönde bkz. Sven Rüetschi, **ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung BK - Berner Kommentar**, Stämpfli Verlag AG, 2012, s. 1820, Art. 168, prg. 7; Weibel/Nägeli, **ZPO Kommentar.**, Art. 168, prg. 4.

¹⁴⁴⁷ Rüetschi, **BK - Berner Kommentar** s. 1820, Art. 168, prg. 7; Merz, § 186 ZPO prg. 1 vd.

¹⁴⁴⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 223.

¹⁴⁴⁹ Geniş anlamda bilgi nesneleri ve bilgi taşıyıcılar hakkında bkz. II. bölüm, I, B, C.

¹⁴⁵⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 223.

incelenmesini desteklemek için kullanılır¹⁴⁵¹. Yani bir çeşit temsilci olarak kabul edilmektedirler. Örneğin, keşfin konusu belirli bir caddenin yerleşimiye, bu halde hâkim keşfi yaparken kanaatini bunun kusurlu bir yerleşim olup olmadığını anlamak için oluşturmak adına, daha iyi yönlendirme için bir sokak planı kullanırsa veya keşif sırasında bu nedenle sokağın bir krokisini çizerse bu halde hâkimin yeni elde ettiği kroki keşif nesnesinin incelenmesini desteklemek üzere elde ettiği bir başka bilgi aracı olarak ortaya çıkar¹⁴⁵².

Replika, temsil ettiği klasik keşif nesnesinin bir ikamesi olmasa bile, ayrıntılardaki destek o kadar ileri gidebilir ki mahkeme çoğaltılmış klasik keşif nesnesinin kendisini incelemeyen, yalnızca bu replikayı kullanabilir¹⁴⁵³. Örneğin, mahkeme sokağın gerçek seyrine bakmadan sadece sokak planını bir elektronik belge olarak incelerse ve yalnız ona atıfta bulunursa durum böyledir¹⁴⁵⁴.

Burada bir sanat eseriyle ilgili araştırmanın da replikalara örnek olarak verilmesi mümkündür. Bir sanat eserinin incelenmesinde, klasik bir keşif malzemesi olan sanat eserinin, örneğin ünlü bir ressamın tablosunun incelenmesinde çeşitli tekniklerden yararlanılmaktadır. Bu teknikler de son dönemde elektronik araçların ve keşif yardımcılarının kullanılması şeklinde kendini göstermektedir. Burada öne çıkan bir kaygı sanat eserine en az zarar verecek şekilde eserin özelliklerinin ortaya konmasıdır. İşte burada bir çözüm eserin, belirli özelliklerinin aktarılabildiği replikalardan yararlanılmasıdır.

Burada bir ayırım yapmak gerekebilir. Şöyle ki, mahkemenin bir sanat eserinin orijinal olup olmadığına ilişkin bir inceleme yapması gerekliyse, bu halde adı geçen keşif nesnesinin öncelikle kendisi üzerinde mümkün olduğu ölçüde kapsamlı ve nesnel

¹⁴⁵¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 222.

¹⁴⁵² Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 7, 8. Ayrıca bkz. Drehsen, **Augenschein**, s. 223. Ayrıca örnek bir karar için bkz. OLG Celle NJW 1970, 477, s. 478.

¹⁴⁵³ Drehsen, **Augenschein**, s. 223.

¹⁴⁵⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 223. Ayrıca ceza muhakemesi hukuku bakımından bkz. BGH NJW 1969, 1219, s. 1220.

bir inceleme yapmak gerektiği ifade edilir¹⁴⁵⁵. Eğer orijinallik incelemesi değil de örneğin esere ilişkin üslûp eleştirisi ya da bir sınıflandırma yapılması gerekiyorsa, bu halde incelemenin mutlaka eserin orijinali üzerinde gerçekleştirilmesi gerekmeyebilir. Orijinallik incelemesinde, adeta örneğin, ünlü bir ressamın eseri olan bir resmin, "resmini" oluşturmak, yani teknik bilgiler içeren bir replikasını oluşturmak anlamına geldiği belirtilmektedir¹⁴⁵⁶. Burada yukarıda yapılmış olan ayrıma yeniden dönülerek; özellikle orijinallik incelemesinde, sanat eserinin fizikselliğinin, yani görünüşünün ve özünün tüm duyularla kavranması söz konusudur. Bu keşif delilinin karakter özelliklerinden alışık olunan bir inceleme biçimidir.

Bu noktada eğer mahkemenin keşifte kendisine yardım için görevlendirdiği bir uzman bulunuyorsa veya mahkeme incelemeyi doğrudan bir uzmana bırakmışsa, o sanat eserinin üzerindeki maddi bulgular, uzman tarafından yapılacak her türlü değerlendirmenin temelini oluşturur. Bu halde; örneğin tabloda kullanılan malzeme, o malzemenin kaynağı ve sanat eserinde kullanılma şekli hakkındaki tüm ölçülebilir bilgiler o eserin teknolojik özellikleri olarak adlandırılır¹⁴⁵⁷.

Bu teknolojik özellikler başlangıçta tamamen objektif bir değerlendirmenin temelini oluşturur. Zira bir sanat eserinin maddi bulguları, herhangi bir teorik yaklaşımdan bağımsız olarak, gerçek olguları tutarlı bir şekilde yansıtmaktadır. Örneğin, üslûp eleştirisi, biçim eleştirisi ve sanat teknolojisi¹⁴⁵⁸ birlikte, bir sanat eserinin daha kapsamlı bir replikasını ortaya koyabilir ve bunlar aracılığıyla, sanat eserini ilgilendiren dava konusu vakıa daha ayrıntılı bir şekilde yorumlanabilir ve sınıflandırılabilir¹⁴⁵⁹.

¹⁴⁵⁵ Thomas Klinke, "Technologische Faktoren zur gutachterlichen Beurteilung von Kunst auf Papier am Beispiel einiger Zeichnungen von Peter Paul Rubens", **DS**, 2008, s. 291-295, (beck-online.de).

¹⁴⁵⁶ Klinke, **a.g.e.**, (beck-online.de).

¹⁴⁵⁷ Klinke, **a.g.e.**, (beck-online.de).

¹⁴⁵⁸ Sanat teknolojisi, teknik sanat tarihi olarak da adlandırılmaktadır. Bu yönde bkz. Klinke, **a.g.e.**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

¹⁴⁵⁹ Klinke, **a.g.e.**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023); Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 26.

Klasik bir keşif nesnesinin incelenmesini desteklemek için replikalar kullanılır veya üretilirse, bunlar doğrudan temel duyular yardımıyla duyusal bir şekilde algılanır. Ancak, bağımsız bir bilgi kaynağı olarak kullanılmazlar.¹⁴⁶⁰ Bu halde replikalarla ilgili önemli bir tespit olarak denilebilir ki bunlar genellikle, bağımsız bilgi, destek veya delil kaynağı olarak doğrudan duyusal olarak algılanmamakta¹⁴⁶¹, yalnızca başka bir klasik keşif nesnesinin görsel incelemesine yardımcı olmaktadır.

Burada replikalara Yargıtay kararlarında da sözü geçen keşif için çekilmiş fotoğraflar örnek verilebilir. Buna göre, örneğin tespitlerin yapıldığı tarihten geriye doğru en az yirmi yıl öncesine ait iki ayrı zamanda çekilmiş stereoskopik hava fotoğraflarının Harita Genel Müdürlüğünden getirtilerek dosya arasına konulması, stereoskopik hava fotoğraflarının jeodezi ve fotoğrametri uzmanı üç mühendisden oluşan bilirkişi kurulu tarafından keşifte uygulanması, hava fotoğraflarının stereoskopik alet ile üç boyutlu olarak incelemeye tabi tutulması gerektiğine hükmedilmiştir.¹⁴⁶²

Bu nedenle, sadece destekleyici bir şekilde duyusal olarak algılanan replikalar daha sonra görsel yardımcılar olarak adlandırılır. Yani bunlar aslında dar anlamda bilgi veya delil olarak değil, başka bir keşif nesnesini açıklamak veya göstermek için kullanılan soyut anlamda yardımcı nesneler olarak tanımlanmıştır.¹⁴⁶³ Bu bakış açısıyla elektronik keşif incelemesi bakımından oldukça önemli olan bu suretlerin de esasında keşfi kolay ve etkili hale getirmeye hizmet etmekte olduğu söylenebilmektedir.

¹⁴⁶⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 224; Peters, JR 1970, 105, s. 106; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 26; Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 156, 157.

¹⁴⁶¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 224; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 25 vd.

¹⁴⁶² Hâkimin keşif için veya keşif esnasında, kontrollü bir şekilde fotoğraf çektirmesi tipik bir replika örneği olarak gösterilebilir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2016/21832, K. 2017/1309, T. 7.2.2017, (kazanci.com). Tapu iptali ve tescil davası - taşınmazın iktisabının mümkün olduğunun görülmesi halinde taşınmazın niteliğinin belirlenmesi için hava fotoğraflarından yararlanılması gerektiği), bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/11748, K. 2013/10155, T. 27.6.2013, (kazanci.com).

¹⁴⁶³ Drehsen, **Augenschein**, s. 225, dn. 313; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 309.

D. Analog Keşif Malzemeleri Üzerinde Keşif

1. Genel Olarak

Analog kelimesi Türkçe'de "benzer, kıyaslanabilir ve ikinci bir anlam olarak da dijital (sayısal) olmayan" anlamına gelir¹⁴⁶⁴. Fransızca analogue sözcüğünden gelmektedir. Keşif hükümlerinin özellikle düşünce içeriğine sahip kayıtlar bakımından uygulanabilirliği, bir tartışma olarak karşımıza çıkar. Bu tartışmanın çıkış noktası ise keşifle belge delili arasındaki ince çizgiden kaynaklanmaktadır. Bu sınıflandırmadaki keşif malzemeleri, özel olarak elektronik belgeler için bilhassa Alman hukukunda tartışılmaktadır. Düşünce içeriğine sahip olma özelliğiyle ön plana çıkmakta olan bu tür elektronik verilere “analog keşif nesneleri” ya da “analog keşif malzemeleri” denilmektedir¹⁴⁶⁵.

Burada yapılan ayırım için öncelikle denilebilir ki diğer elektronik keşif malzemeleri sınıflandırmaları içinde belge deliliyle sınırların en çok birbirine yaklaştığı ve hatta iç içe geçtiği alan burasıdır. Bu nedenle de bu alandaki elektronik belgelerin sınırları çok net çizilememiştir. Yine de teknik olarak özellikle Alman hukukunda keşif nesneleri bakımından böyle bir sınıflandırmanın yararlı olacağına işaret edilmesinin sebebi, elektronik belge çeşitliliğinden kaynaklanmaktadır. Ayrıca, ileride yapılması muhtemel bir elektronik belge keşfine dair kanuni düzenlemede bu ayrımların dikkate alınması beklentisi vardır.

¹⁴⁶⁴ Bu yönde bkz. tdk.gov.tr. Ayrıca burada konuyu açıklamak için yararlanılan anoloji metodu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. J. Clement, “Observed Methods For Generating Analogies in Scientific Problem Solving”, **Cognitive Science**, Vol. 12, 1988, s. 563–586, s. 563 vd.; R. Duit, “On The Role Of Analogies And Metaphors in Learning Science”, **Science Education**, Vol. 75, s. 649–672, s. 649 vd.; K. J. Klauer, “Teaching for analogical transfer as a means of improving problem-solving, thinking and learning”, **Instructional Science**, Vol. 18: 1989, s. 179–192, s. 179 vd.

¹⁴⁶⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 223.

2. Düşünce İçerikli Diğer Teknik Kayıtlar ve Analog Keşif İlişkisi

Zihinsel içeriğe sahip diğer teknik kayıtlar da olası keşif nesneleri olarak düşünülebilir¹⁴⁶⁶. Şimdiye kadar, düşünce içeriği olmayan teknik kayıtlar, keşif ikamesi nesneler ve düşünce içerikli teknik kayıtların özel bir biçimi olan yeni nesil keşif nesneleri ele alınmıştı¹⁴⁶⁷. Düşünce içerikli diğer teknik kayıtlar, bir kişi tarafından yapılan açıklamanın ses veya video kaydı veya bir belgenin fotoğraf veya video kaydı gibi düşünce içerikli manyetik veya optik kayıtlardır¹⁴⁶⁸.

Çeşitli elektronik belgelerin düşünce içeriği olan ve olmayan veriler şeklinde birbirinden ayrılmasında olduğu gibi¹⁴⁶⁹, burada da düşünce içeriği olan bir teknik kaydın düşünce içeriği de önemliyse buradaki farklı tanıma girdiği belirtilmektedir. Aksi takdirde, bunlar sorunsuz bir keşif ikame nesnesi olarak görülmektedir¹⁴⁷⁰. Örneğin, söz konusu olan sadece bir kişinin sözlü ifadesinin ses bandına kaydedilmiş ses reproduksiyonu ise, sadece bu beyanların gerçekten o kişiden gelip gelmediği veya bu beyanın hangi koşullar altında (konuşma durumu, baskı altında olup olmama gibi) verildiğinin araştırılması söz konusu ise, durum böyledir¹⁴⁷¹.

Benzer bir örnek olarak, mahkemede tanıklığına başvurulmuş bir kişinin, tanık beyanını mahkemeye sunduktan sonra, baskı altında olduğu için yalan tanıklıkta bulunduğu iddia edilir ve bu iddia yine aynı tanığın daha önce kaydedilmiş olaya ilişkin gerçek bilgisini yansıtan ses bantlarının incelenmesi suretiyle gerçekleştirilmek

¹⁴⁶⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 210; WIS-Ahrens, §371 Rn. 8; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 11.

¹⁴⁶⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 210; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 11.

¹⁴⁶⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 210.

¹⁴⁶⁹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 11.

¹⁴⁷⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 210; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rn. 11.

¹⁴⁷¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 210. 227 dn.

istenirse, burada mahkemenin yapacağı inceleme yine bir analog keşif incelemesi olarak kabul edilebilir. Yalan tanıklık yapan kişinin, ses bantları üzerinde keşif yapılırken mahkemece hazır edilmesi de mümkündür.¹⁴⁷² Bu halde esasında keşfin asıl inceleme konusu olan vakıa tanığın beyanı olmakla birlikte, bu beyan bir başka kayıt üzerinden incelenmektedir.

Analog keşif objeleri söz konusu olduğunda, görsel suretlerde olduğu gibi, sadece manyetik, optik veya diğer teknik kayıt mahkeme tarafından doğrudan duyuşal olarak algılanır, ancak kaydedilen düşünce içeriği veya bilgi¹⁴⁷³ algılanmaz¹⁴⁷⁴. Örneğin, ölümlü bir trafik kazasında hayatını kaybeden bir kişinin, kazanın seyri hakkında mobil telefon aracılığıyla bir ses kaydı kayıt altına almış ve sonra kendisine ulaşılardan ölmüş olması ihtimalinde, bu ses kaydı analog keşif malzemesi olarak kabul edilebilmektedir. Bu ses kaydı bir düşünce içeriğine sahiptir ancak bu kayıtlarla esasında ne kişinin kendisinin beyanları ne de kazanın seyri mahkeme tarafından doğrudan duyuşal bir şekilde algılanmaktadır.¹⁴⁷⁵ Tüm kayıt içeriği bir analog yani benzerlik içermektedir. Burada görüldüğü gibi ikame keşif nesnelere benzerlik de sözkonusudur. Çünkü vakıayla buradaki elektronik belge üzerinde yine bir temsil ilişkisi sözkonusudur.

Burada *Drehse*n şu görüşü ifade eder: Bu örnekte keşif ikame nesnelerinin aksine, mahkemenin duyuşal algısının temel niteliği de mevcut değildir. Bu nedenle bunların Alman hukukunda ne klasik bir keşif nesnesi ne de keşif ikame nesnesi olacakları kabul edilmektedir.¹⁴⁷⁶ Dolayısıyla, az önce bahsedilen örnekte mahkeme, kişinin ses kaydındaki anlatımlarına göre kazanın meydana geliş şekline ve

¹⁴⁷² Yargıtay HUMK döneminde vermiş olduğu bir kararında ses bandının fark yaratıcı nitelikte olmayacağından dinlenilmesinin reddedilmesini isabetsiz bulmuş, ses bandının yalan tanıklığı iddia edilen tanığın da bulundurulduğu duruşmada dinlenilmesi gerektiğine hükmetmiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay 12. HD, 493, 1494, 01.03.1982, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023). Ayrıca bkz. Metin Gürkanlar, “Ses Alma Bantlarının Medenî Yargılama Hukukunda İspat Aracı Olarak Kullanılması”, *AİTİD*, 1974, S. 1-2, s. 317 vd.

¹⁴⁷³ Drehse, *Augenschein*, s. 210.

¹⁴⁷⁴ Drehse, *Augenschein*, s. 210.

¹⁴⁷⁵ Drehse, *Augenschein*, s. 210.

¹⁴⁷⁶ Drehse, *Augenschein*, s. 211. Anoloji yorumu için bkz. Larenz, s. 381 ff; Leenen § 23 Rn. 67 ff, 85 ff.

sebeplerine dair bir fikir edinebilmek için yalnız bu kaydı duymakla yetinmeyecek, ayrıca duyduklarını anlamlandırması da gerekecektir. İşte bu nedenle hâkim burada keşif için duyusal algının ardından, kişinin ses kaydındaki beyanlarının, kullandığı ifadelerin içeriğini ve hukuki olarak sonuçlarını zihinsel olarak da anlamlandırmak zorundadır.¹⁴⁷⁷

Burada hâkimin hem algısını kullanması hem de algıladıklarını zihinsel olarak anlamlandırması gereği ortaya çıkmaktadır. Yani hâkim yalnız duymakla kalmayacak, duyduklarından çıkardığı sonuçları hukuki sonuçlarla eşleştirecektir. Bu nedenle, bu ve diğer elektronik keşif malzemelerinde arzu edilenin, hâkimin azami ölçüde bizzat inceleme yapması olduğu sıklıkla ifade edilmektedir. Aksi takdirde hâkim, yalnız elektronik veri üzerinde gerçekleştirilen bilirkişi incelemesini raporlaştıran bir başka belge üzerinden son derece dolaylı bir incelemeye sıkışıp kalmaktadır.

3. Keşif Kurallarının Doğrudan Uygulanabilirliği

Analog keşif nesneleri bakımından Alman hukukundaki tartışma bunlara keşif kurallarının doğrudan uygulanamıyor olmasından kaynaklanmaktadır. Analog keşif nesneleri, mahkemenin duyusal algısı ve dolaysızlık açısından yeni nesil keşif nesnelerine karşılık gelmektedir.¹⁴⁷⁸ Burada bu elektronik nesneler bakımından, hangi ispat kurallarının uygulanacağı tartışmalıdır. Amaç, diğer yeni nesil keşif nesneleri gibi bunları da birer keşif malzemesi olarak kabul etmektir. Böylece hem doğrudan bilirkişiye gönderilmemeleri için hem de bizzat hâkim tarafından incelenmeleri için yasal dayanak bulunmuş olacaktır.

Analog keşif nesnelerinin, diğer elektronik belge çeşitleri gibi, doğrudan bir karşılığını bulmak zor olduğundan, Avrupa Birliği'ne Uyum Yasası kapsamına

¹⁴⁷⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 211. Burada açık bir boşluk olduğu yönünde yine bkz. Larenz, s. 370 vd.; Leenen, § 23 Rn. 72 ff.

¹⁴⁷⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 211.

alınmamış olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁷⁹ FormVAnpG, bunları yeni keşif nesneleri arasında kabul etmemiştir.¹⁴⁸⁰ Bu nedenle analog olarak adlandırılarak yeni nesil keşif malzemelerine dahil edilmeleri düşüncesi ortaya çıkmıştır. Burada bir nevi kıyas yapılarak bu belgelerin de hâkim tarafından bizzat incelenmesi gerektiği düşüncesinden hareket edilmiştir.

Hatırlanacağı gibi keşfin bir bilgi aracı olarak da kullanılabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁸¹ Özellikle bir durumun veya bir nesnenin incelenmesi gerektiğinde, keşfin sağladığı bilgiye ulaşma araçları genellikle daha kapsayıcıdır. Bu nedenle, keşfin örneğin bir belge incelemesinden her zaman daha iyi bir resim sunduğu ifade edilmektedir.¹⁴⁸² İşte bu düşünce, keşif malzemelerini mümkün olduğunca geniş yorumlayarak, bu malzemelere keşif hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmasını destekler niteliktedir.

Burada özetle, Alman hukukunda FormVAnpG öncesindeki yeni keşif nesnelerinde olduğu gibi, keşif düzenlemelerine bir benzerlik düşünülebileceği savunulmaktadır.¹⁴⁸³ Ancak karşılaştırma yoluyla bir çözüm bulmanın yanı sıra, burada kanunda planlanmamış bir boşluğun da bulunduğu söz edilir.¹⁴⁸⁴ Yani buradaki düşünce, şimdiye kadar ele alınan elektronik belge çeşitlerinden öngörülmeyenler varsa, bunların düzenlenmemiş olmasının bir kanun boşluğu olarak kabul edilmesi, böylece keşifle ilgili hükümlerin kıyas yoluyla bu elektronik belge çeşitlerine uygulanmasıdır. İşte bu nedenle bu çeşit elektronik belgelere analog keşif objeleri denilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda da elektronik belgelerin nasıl inceleneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Son yıllarda verilen mahkeme kararlarında dayanan delillerin büyük bir çoğunluğunun elektronik

¹⁴⁷⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 211.

¹⁴⁸⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 211.

¹⁴⁸¹ Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8.

¹⁴⁸² Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 8.

¹⁴⁸³ Drehsen, **Augenschein**, s. 211, 235 dn.

¹⁴⁸⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 211, 236 dn.

belgeler olduğu düşünülduğünde zaman içinde Kanunun delil sisteminin bu belgeleri gereği gibi incelemekte yetersiz kalması muhtemeldir. Bu nedenle şimdiden mevcut belge çeşitleri ve elektronikleşme beklentisiyle ileriye dönük bir öneri oluşturmak faydalı olabilir. En azından örnekler üzerinden yapılan tartışmaları fikir olması açısından dikkate almak gerekir.

Yakın zamanda şimdiye kadar sınıflandırılmamış ve kullanımı hızlıca yaygınlaşan elektronik belge çeşitleriyle karşılaşılması ihtimali yüksektir. İşte böyle bir ihtimalde, henüz mevzuatta yeri bulunmayan fakat uygulamada özellikle hukuki uyumsuzluklara konu edilecek şekilde kullanılmaya başlanan farklı bir veri türüyle karşılaşıldığında, bunları analog keşif malzemeleri olarak kabul etmek, keşfin konusu olmalarına imkân verir. Böylece, bu malzemeleri hâkimin bizzat incelemesini sağlamak mümkün olabilecektir.

4. Keşif Kuralları Bakımından Boşluk Olduğu Düşüncesi ve Kıyas Önerisi

Analog keşif malzemeleri bakımından yapılan tartışmalar, bunların birer delil kaynağı olması bakımından boşluk bulunduğu görüşüyle tamamlanmaktadır. Buradaki yasal boşluğun¹⁴⁸⁵ bilinçli olmamasının, teknik ilerlemenin, adli olaylara uygun teknik kayıtları ancak yirminci yüzyılın ikinci yarısında mümkün kılmasından kaynaklanmakta olduğu belirtilmektedir.¹⁴⁸⁶ Alman Medenî Usûl Kanununun oluşturulmasından önce bunların düşünülmesinin mümkün olmadığı, çünkü bu derece bir elektronikleşmenin öngörülebilir olmadığı vurgulanmaktadır.¹⁴⁸⁷

¹⁴⁸⁵ Medenî usûl hukukunun şekli niteliği nedeniyle kıyasa uygun olmadığına da savunulabileceği yönünde bkz. Nurbanu Erzurumlu Işık, **Kıyas**, s. 143.

¹⁴⁸⁶ Özellikle Alman Hukuku başta olmak üzere, İsviçre ve Avusturya Hukuklarında pek çok konuda kıyas yoluyla bir kuralın benzer bir başka kurala uygulanması sonucuna varıldığı yönünde bkz. Nurbanu Erzurumlu Işık, **Kıyas**, s. 144.

¹⁴⁸⁷ Schreiber, **Beweismittel**, s. 272; Larenz S. 373 f; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 34, 46. Keşfe ilişkin kuralların kıyas yoluyla uygulanabileceği görüşü, analog keşif objelerinin delil amaçlı kullanımı bağlamında kesin ispatın uygulanmasıyla da engellenmemektedir. Bununla birlikte, dar anlamda diğer teknik kayıtların delil olarak kullanılması ihtiyacına ilişkin olarak, keşif deliline ilişkin hükümler bazıları tarafından geniş anlamda delilin *lex generalis*'i olarak görülmesinin nedeni olabilir. Bkz.

Bu analogi kurma görüşüne karşı itiraz ise şu şekildedir: Duyusal algının temel doğası reddedilirse keşfin temel bir özelliği olarak duyusal algı ihmal edilmiş olacaktır. Düşünce içerikli diğer teknik kayıtlar, bir istisna gözetilmeden keşif incelemesinin nesneleri olarak kabul edilirse, analogi yoluna sapmaya gerek kalmayacak, ancak keşfin kapsamı gereğinden fazla genişlemiş olacaktır. Hâkimin, her türlü elektronik malzemeyi duyusal olarak bizzat algılaması beklentisi gerçekçi bir beklenti değildir. Keşif yardımcıları ile dahi hâkim, tüm bu malzemeleri bizzat algılamaya yetişemeyebilir. Bu nedenle analogi yoluyla keşif malzemelerini geniş yorumlarken dikkatli olunmalıdır.

Bununla birlikte, analogiyle izlenen yol, elektronik dava malzemelerinin, tarihsel olarak evrimleşmiş adli keşif kavramına karşılık gelmesini sağlamaktadır. Bu, aynı zamanda elektronik belgelerin düşünce içeriğine tabi kılınmasıyla değişmeyen bir anlam ifade eder.¹⁴⁸⁸ Buna ek olarak, sadece düşünsel içeriğe sahip teknik kayıtlar, hâlihazırda başka bir sınıflandırmaya dâhil edilemeyen düşünce içeriğine sahip kayıtlarla birlikte keşif malzemesi olarak kabul edilir. Yine genel anlamda belgelerin video ya da görsel kayıtları gibi¹⁴⁸⁹, geniş anlamda elektronik veri çeşitlerinin tamamı, keşfe elverişliliklerine göre, birer keşif malzemesi gibi düşünülebilmektedir.

Öte yandan, keşif kurallarının yalnızca kıyas yoluyla uygulandığı nesnelerin, Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “diğer belgeler” kapsamına girebileceği düşünülmektedir.¹⁴⁹⁰ Dolayısıyla keşif kurallarının benzer şekilde uygulanması için gerekli ön koşullar mevcuttur. Ancak, hangi keşif işlemlerinin benzer uygulama için değerlendirilebileceği henüz net değildir. Başta da belirtildiği gibi, düşünce içerikli diğer teknik kayıtlar hem yeni keşif nesneleri hem de keşif ikameleriyle karşılaştırılabilir.¹⁴⁹¹

Drehse, **Augenschein**, s. 213.

¹⁴⁸⁸ Drehse, **Augenschein**, s. 211.

¹⁴⁸⁹ Drehse, **Augenschein**, s. 213; Schreiber, **Beweismittel**, s. 272. Ayrıca bkz. English, **a.g.e.**, s. 22; Geppert, **Augenscheinsbeweis**, s. 310. Ayrıca bu yönde bkz. Atalay, **a.g.e.**, s. 131.

¹⁴⁹⁰ Drehse, **Augenschein**, s. 214. 253.

¹⁴⁹¹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rn. 46.

Sonuç olarak tüm bu tartışmaların çıkış noktası, verilerin elektronik ortamda saklanmasına ilişkin özel kuralların ilk bakışta düşünce içeriği olmayan veriler için geçerli kabul edilmesidir.¹⁴⁹²,¹⁴⁹³. Düşünce içeriği olan veriler ise belgeyle adeta kardeş görüldüklerinden ve belge denildiğinde yalnız okunabilen bir şey akla geldiğinden, bunun ötesini düşünmek kolay olmamaktadır. Burada önerilen çözümle, belge ve keşif arasındaki ince çizgi üzerinde kalan elektronik malzemelerin incelenmesinde, keşif delili lehine bir benzetmeden yararlanılmaktadır. Böylece bir önceki bölümde ayrıntılı olarak incelenen elektronik belge ve elektronik imzalı belge ayrımının önemini gösteren bir örnek ortaya çıkar. Örneğin elektronik imzalı bir belgenin, imzanın niteliğine göre senet hükmünde olması ve senede dair özellikleri taşımasına bağlı olarak hem ispat değerinin hem de incelenme usulünün değişmesi sözkonusu olur. Buna göre, Kanun güvenli elektronik imza taşıyan bu belgeye özel bir anlam yüklediğinden bu elektronik imzalı belgenin herhangi bir benzetmeye ihtiyacı olmaz. Zira kendisine uygulanacak kural bellidir. Ancak bunun dışında kalan ve bir önceki bölümde çeşitlendirilmeye çalışılan diğer tüm elektronik belge ve elektronik imzalı belgeler bakımından durum değişir. Her biri niteliklerine göre kendilerine doğrudan hitap eden bir hüküm olmadıkça belirli koşullarda benzetme yoluyla analog keşif malzemeleri olarak kabul edilerek, hâkimin incelemesine tabi tutulabilirler. Belgenin ya da geniş anlamda verinin niteliğine göre, bunu diğer delil araçlarında olduğu gibi hâkim takdir edecektir. Bu takdiri yerine getirirken de burada sözü edilen anoloji yolundan faydalanarak keşif delili lehine bir yorumda bulunması mümkün olabilecektir.

¹⁴⁹² Drehsen, **Augenschein**, s. 214.

¹⁴⁹³ Drehsen, **Augenschein**, s. 214.

E. Elektronik Belgeler Bakımından Keşif Sırasında Temsili Uygulamanın Mümkün Olup Olmadığının İncelenmesi

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 290. maddesinin üçüncü fıkrasında, hâkimin keşif sırasında temsili uygulama yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu hükme göre hâkim, bir vakıanın nasıl gerçekleştiğini tespit edebilmek adına temsili uygulama yaptırabilir¹⁴⁹⁴. Acaba bu çalışmanın konusu bakımından, elektronik belgeler üzerinde keşif yapılırken, temsili uygulamanın da yaptırılması mümkün müdür ve eğer mümkünse, bu nasıl gerçekleştirilebilecektir? Kanun, temsili uygulamanın bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit etmek için yapılabileceğini öngörmüştür. Elektronik belge üzerinde keşif incelemesini gerektiren vakıa acaba temsili uygulamaya uygun olur mu? Önce bu tespit edilmelidir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, keşif esnasında hâkimin bir olayın nasıl geçmiş olabileceğini tespit için temsili uygulama yaptırabileceğini düzenlerken, bu temsili uygulamanın yeri, şekli, zamanı ya da konusu bakımından bir sınırlama öngörmemiştir. Bu halde denilebilir ki keşif malzemesinin niteliğine göre, eğer hâkim temsili uygulamanın ispata katkısı olacağına dair bir inancı varsa, elektronik veriler üzerinde de temsili uygulama mümkündür.

Örneğin bir çalışanın şirketin müşteri portföyüne ilişkin ayrıntılı bilgilerin kayıtlı olduğu elektronik belge yönetim sistemine giriş yaptığı, şirket için ticari değeri bulunan bu bilgileri kopyaladığı iddiasıyla haksız rekabet davası açılmışsa, bu davada ispat faaliyeti o elektronik ortamdaki hareketliliğin tespitini gerektirebilir. Bu davada davalı çalışanın sistemde örneğin yalnız bir dakika 25 saniye kaldığı elektronik belge yönetim sisteminin objektif kayıtlarından anlaşılmıştır. Bu kayıtlara göre, şirket çalışanın oturum açtığı ve yaklaşık bir buçuk dakika kaldıktan sonra hemen çıkış yaptığı anlaşılabilmektedir. Bu halde hâkimin tespit etmesi gereken, izinsiz olarak

¹⁴⁹⁴ Muşul, **a.g.e.**, s. 427. *Muşul*, HMK m. 290'ın, HUMK'un 364. maddesinin keşif sırasında tarafların durumuyla ilgili bölümüyle, 365 ve 366. maddelerin tek maddede düzenlenmiş hali olduğunu ifade eder. Bu yönde bkz. Muşul, **a.g.e.**

kopyalandığı iddia edilen bu bilgilerin, belirtilen süre içinde (bir dakika yirmi beş saniye) kopyalanmış olmasının mümkün olup olmadığının tespit edilmesidir.

Bu halde hâkim, elektronik ortamda keşif incelemesinde, elektronik verilerin gerçekten de bu sürede kopyalanıp kopyalanamayacağını tespit etmek için temsili uygulama gerçekleştirebilir. Böylece olayın nasıl geçmiş olabileceğine ilişkin bilgi edinmiş olur. Temsili uygulama sonucunda kopyalama işleminin örneğin yaklaşık olarak bir dakika yirmi saniye sürdüğü anlaşılırsa, böylece hâkim keşif incelemesinde HMK m. 290, f. 3 uyarınca olayın oluş şekline ilişkin etkili bir bilgi edinmiş olur. Şirket çalışanın belirtilen bu kısa süre içinde, böyle bir kopyalama işlemini gerçekleştirmiş olabileceğine dair bir kanaat oluşturulması böylece mümkündür.

Bir diğer örnek, bir boşanma davasında tarafların dayandığı güvenlik kamera kayıtlarına ilişkin olarak verilebilir. Boşanma davasında kadın eş, evde bulunan güvenlik kamera aygıtının kayıtlarından tesadüfen evde bir başka kadının görüntülerine rastlamıştır. Bu nedenle eşinin sadakatsizliği sebebiyle boşanma davası açmıştır. Ancak kamera kayıtlarının dikkatle incelenmesi neticesinde kayıtlarda görünen kişinin, kadın kıyafetleri giydiği ve kadın gibi görüldüğü tespit edilmekle birlikte, bunun bir üçüncü kişi olmayıp boşanma davasının davalısı olan erkek eşin ta kendisi olduğu tespit edilebilmiştir. Neticede boşanma davasında gerçekleştirilen ispat faaliyetinde, hâkimin elektronik belge üzerinde keşfi neticesinde görüntülerdeki kişinin bir kadın olup olmadığı ve böylece örneğin özel bir boşanma sebebi olarak zina nedeninin bulunup bulunmadığının tespiti yönünde kanaatini oluşturması mümkün olabilecektir. Bu haliyle temsili uygulamadan önce, tipik bir elektronik kayıt üzerinde keşif işlemi sözkonusudur.

Burada ilginç olan örnek, kadın eşin bunu boşanma sebebi olarak ileri sürmek bakımından görüntülerdekinin başka bir kadın olduğunu iddia etmesi, erkek eşin ise bu görüntülerdekinin bir başka kadın olmayıp, eşinin kıyafetlerini denemekte olan kendisinden başkası olmadığı savunması halinde ortaya çıkmaktadır. Burada erkek eşin, iddia edilen sadakatsizlik vakıasını, görüntülerde kadın görünümündekini kişinin ta kendisi olduğu şeklinde bir karşı vakıa ile etkisiz hale getirmeye çalışması

sözkonusudur. Bu halde eğer o görüntülerdeki bir üçüncü kişi değilse doğal olarak hâkim bir sadakatsizlik vakıasını da var kabul edemeyecektir.

Bu halde görüntülerde kadın kıyafetleriyle kaydedilen kişinin, davalı erkek eş olduğu görülebilmekte ancak net olarak anlaşılamamaktaysa, bu halde de örneğin erkek eşin aynı kıyafetleri tekrar giymesi yoluyla görüntüdeki şekilde olayın yeniden canlandırılması ve bu şekilde bir keşif yapılması bir temsili uygulama örneği teşkil edecektir. Böylece hâkim hem elektronik kayıtlar üzerinde gerçekleştirdiği keşif incelemesi hem de elektronik kayıttaki görüntülerdeki olayın nasıl geçmiş olabileceğini ilişkin temsili uygulamayla görüntülerdeki kişinin bir başka kadın mı yoksa erkek eşin kendisi mi olduğunu daha kuvvetli ve hatta tam bir kanaatle algılayabilecektir.

Tıpkı bu örnekteki gibi bir somut olayın konu olduğu kararda, görüntülerdekinin erkek eşin kendisi olduğu mahkeme tarafından elektronik kayıt üzerinde keşif yapılması suretiyle tespit edilmiştir. Ancak bu halde ayrıca dikkat edilmesi gereken, bu tür görüntü kayıtlarının hukuka uygun yollardan elde edilmesi gereğidir.¹⁴⁹⁵ Örneğin bu olayda, görüntülerin basında yer alacak şekilde yayılmasından ötürü erkek eşin özel hayatının gizliliğinin ihlali de gündeme gelmiş ve bunun için de ayrıca bir ceza davası görülmüştür.¹⁴⁹⁶ Bu ceza davasında da şüphesiz

¹⁴⁹⁵ Ayrıca, Yargıtay bir kararında daha önce yapılan keşifte başvuru bilirişilerin ve tanıkların beyanlarında çelişkiler olduğunu tespit etmiş ve bu nedenle yeni bir keşif yapılarak, bu defa yeni keşifte önceki bilirişi ve tanıkların da getirilmesi ve yüzleştirme yapılmasına işaret etmiştir. Bunun da bir temsili uygulama olduğu söylenebilir. Buna göre, “önceki keşifte dinlenen mahalli bilirişi ve tanık beyanları arasında çelişki ortaya çıktığı takdirde yüzleştirme yapılmak suretiyle çelişkinin giderilmeye çalışılması ve teknik bilirişiden keşfi takibe imkân verir rapor alınması gerektiği” yönünde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2015/4064, K. 2016/2638, T. 15.3.2016, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 24.04.2023).

¹⁴⁹⁶ Bu olayda mahkeme, kadın eşi özel hayata ilişkin görüntü ve sesleri ifşa etmek suçundan bir yıl sekiz ay hapis cezasına mahkûm etmiştir. Basında da yer alan bu örneğe ilişkin bkz. <https://haberglobal.com.tr/gundem/turkiyenin-konustugu-evdeki-oteki-kadin-olayinda-mahkemeden-karar-188347>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023). Burada önemle işaret edilmelidir ki özellikle elektronik kayıtların delil olarak kullanılması bakımından kayıtların elde edilme şekillerine göre hukuka aykırı olarak elde edilmiş delil olması ve bu nedenle hukuka aykırılık teşkil etmesi çokça rastlanan bir durum olmaktadır. Bu halde keşif incelemesi de hukuka aykırı bir delil üzerinde yapılmış olacağından karara gerekçe teşkil edememelidir. Atalay da keşfin konusuna ilişkin herhangi sınırlandırma olmadığını, hukuka uygun olması şartıyla çekişmeli vakıanın ispatına yaradığı müddetçe her türlü bilgi aracının keşfe konu olabileceğini vurgulamıştır. Bu yönde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1950.

hâkimin yine temsili uygulama yapması sözkonusu olabilir. Hatta temsili uygulamanın ceza yargılamasının ruhuna daha uygun olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle temsili keşif ya da bir diğer adıyla tatbikat yaptırılması, ceza yargılamasında olayın oluş şekline dair araştırmada hukuk yargılamasına göre daha sık başvurulmuş bir yöntemdir.

Görüldüğü gibi, niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından da temsili uygulamanın gerçekleştirilebilmesi mümkündür. Önemli olan, olayın nasıl geçmiş olabileceğinin bu yöntemle tespit edilmesinin ispat faaliyetine bir katkısının bulunup bulunmadığının öncelikle dikkate alınmasıdır. Eğer hâkim elektronik veri üzerinde keşif esnasında bir temsili uygulamanın davanın aydınlatılmasına katkı sağlayacağını takdir ediyorsa, vakıanın oluş şekline göre bir temsili uygulamaya karar verebilmektedir.

F. Elektronik Belgeler Bakımından Somutlaştırma Yükü ve Keşif İlişkisi

Somitlaştırma yükünün Hukuk Muhakemeleri Kanununda açıkça düzenlenmiş olması, tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delile hangi vakıanın ispatı bakımından dayandıklarını açıkça belirtmelerine ilişkin bir yükü ifade eder.¹⁴⁹⁷ Ancak bu yük aşağıda görüleceği üzere, iki taraf bakımından farklı sonuçlara yol açar.

Somitlaştırma yükü ispat yükünden kaynaklanmakta olan ve fakat onun değişik bir görünümü olarak tanımlanabilir. İspat yükü önemli bir yük olmakla birlikte, bugün için ayrıca ispat yükünü taşımayan tarafın dahi vakıaların aydınlatılmasına olumlu şekilde katkıda bulunmaya dair bir yük altında olduğu kabul edilmektedir.¹⁴⁹⁸

¹⁴⁹⁷ Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 7, 8; Yardımcı, **Somitlaştırma Yükü**, s. 4; Aşık, **Keşif**, s. 53; Umar/Yılmaz, **İsbat Yükü**, s. 34 vd.; Levent Börü, **Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 25 vd.; Heinrich Andreas Müller, “Beweisen nach der ZPO“, **Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier**, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 487-505, s. 491; Hoffman, David/Lüscher, Christian, **Le Code de procédure civile**, 2e édition, Stampfli Verlag AG, 2015, s. 128, 129.

¹⁴⁹⁸ Atalay, **Menfi Vakıalar**, s. 143, 147; Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 277; Yıldırım, s. 159; H. A.

Yani ispat yükü ve onun bir görünümü olarak somutlaştırma yükü ispatsızlık riskine kimin katlanacağını bilebilmek açısından önemli olsa da bu yükleri taşımadığı tespit edilen tarafın sadece kollarını kavuşturarak diğer tarafın çırpınışlarını izlemesi, modern usûl hukuku anlayışının izin vereceği bir yaklaşım günümüz için artık değildir.¹⁴⁹⁹ Bu noktada gerçeğin ortaya çıkması isteği daha ağır basmaktadır. Aynı ölçülü yardım müdahalesi, gerçeğin açığa çıkması için yeni nesil keşif malzemelerinde de sözkonusudur. Zira, yeni nesil keşif malzemeleri nitelikleri gereği öngörülemeyen sorunlara gebe olabilirler ve hâkim henüz benzeri bir belge incelemesiyle hiç karşılaşmamış dahi olabilir. Bu nedenledir ki elektronik veriler bakımından somutlaştırma yükü problemli olabilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununun somutlaştırma yükü ve delillerin gösterilmesi başlıklı 194. maddesinde, tarafların dayandıkları vakıaları ispata elverişli şekilde somutlaştırmaları gerektiği düzenlenmiştir (f.1). Ayrıca taraflar, dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini de açıkça belirtmek zorundadırlar (f.2). Kanun, her iki fıkrada da taraflara yüklediği bu eylemlerin birer zorunluluk olduğuna işaret etmektedir. Bunun anlamı taraf eğer bu yükü yerine getirmezse, bir olumsuzlukla karşılaşacak olmasıdır.

Burada somutlaştırmının taraf bakımından ne tür bir yük olduğu, bir yük mü yoksa bir yükümlülük mü olduğu ve neticede tarafın karşılaşacağı olumsuzluğun ne olacağı tartışılan konulardır. Doğrudan ispat hukukunu ilgilendiren bu tartışmalar, bu çalışmanın konusunun asıl kapsamında olmasa da ilgili olabileceği noktalarda özellikle keşif delili bakımından yeri geldikçe gerekli görülen bağlantılar kurulmaya çalışılacaktır. Neticede kabul edilen, bunun ispat yükünün maddi bir görünümü gibi

Müller, **Beweisen nach der ZPO**, s. 491 vd. Delillerin toplanmasını, hâkimin toplanan delilleri değerlendirmesi takip eder. Yargıç, iddia edilen bir olgunun doğru, yanlış ya da kanıtlanmamış olduğuna karar verir. "*Non liquet*" (= net olmayan) olarak adlandırılan son durumda, hâkim kararını olgunun doğruluğuna veya yanlışlığına dayandıramaz, ancak ispat yükünün dağılımı ilkelerine göre değerlendirmek zorundadır. Ayrıca bkz. 5 BGH FamRZ 2007, 126; Weth, JuS 1991, s. 34; MünchKommZPO/Heinrich, **ZPO**, § 355, prg. no. 1; Schreiber, **Beweismittel**, s. 271. Doğrudanlık ilkesinin ihlali hakkında bkz. BGH MDR 2013, s. 1184. Ayrıca bu yönde bkz. **Meller-Hannich, Caroline**, "Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision", *Annales XLVIII*, N. 65, 2016, s. 151-169, s. 155, 156.

¹⁴⁹⁹ Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 325, 526 vd.

cereyan eden bir yük olduğudur. Bu halde taraf, bu yükü yerine getirmediğinde ortaya çıkabilecek ispatsızlık riskine katlanmak zorunda kalabilecektir.¹⁵⁰⁰

Somutlaştırma yüküyle keşif incelemesi arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Keşfin konusunun en isabetli şekilde tespit edebilmesi için somutlaştırmaya ihtiyaç vardır.¹⁵⁰¹ Özellikle elektronik belgeler üzerinde keşif sözkonusu olduğunda bazı hallerde keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin hükümlerin de uygulanması gerekmektedir. Çünkü elektronik belgelerde sahiplik hususu klasik belgelere göre farklılık arz etmektedir. Elektronik belgenin orijinal versiyonuna kim tarafından ulaşılabilir olduğu kolaylıkla tahmin edilemez. Bu nedenle bir elektronik belge üzerinde keşif sözkonusu olduğunda taraflardan herhangi birinin keşfe katlanma zorunluluğu altında kalması sıklıkla muhtemeldir. Hatta elektronik belgeler bakımından taraflardan öte, üçüncü kişilerin keşfe katlanma zorunluluğuna klasik belgelere kıyasla daha çok rastlanabilmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, somutlaştırma yükü ve keşif delili arasındaki ilişkiyi ayrıntılı bir şekilde ele alarak, hâkimin keşif deliline kendiliğinden başvurabilmesinin önemini vurgulamıştır. Ancak hâkimin bu takdir yetkisini kullanabilmesi için tarafların somutlaştırma yükünü yerine getirmelerinin önemi ortaya çıkmaktadır. Dava malzemesinin taraflarca getirilme ilkesi, dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceğiyle ilgili bir ilkedir. Buna göre, hâkim, kendiliğinden, taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları araştıramaz, hükmüne esas alamaz. Mahkeme, sadece tarafların getirdiği vakıalara göre talep sonucunu inceleyip karar verir. Mahkemenin hüküm vermesi için, kendisine yöneltilen talebin formüle edilmesi ve ileri sürülmesi tarafların görevi ise de, bunları anlamlandırmak veya gerektiğinde açıklattırmak hâkimin görevidir (HMK m. 31). Ancak bu durum,

¹⁵⁰⁰ Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 325.

¹⁵⁰¹ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 120; Heinrich Andreas Müller, “Beweisen nach der ZPO“, **Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier**, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 487-505, s. 491. Örneğin, Appenzell Ausserrhoden Yüksek Mahkemesi 1. Dairesinin 2 Mayıs 2017 tarihli bir kararında, keşif talebinin somut bir iddiaya dayandırılmadan, sadece deliller listesinde yer alması neticesinde kanton mahkemesi delil incelemesi yaparken bu gerekçeyle keşif yapmamıştır. Yüksek mahkeme ise burada mahkemenin keşif yapmamakta haklı olduğuna işaret etmiştir. Bu yönde bkz. Obergericht Appenzell Ausserrhoden 1. Abteilung, OIZ 16 5, (swisslex.com).

hâkimin tarafların ileri sürmediği vakıaları ileri sürmelerine imkân vermesi veya hatırlatması anlamını taşımaz. Burada mevcut olmayanın ya da talep edilmeyenin ortaya çıkartılması değil, talep edilenin netleştirilmesi, aydınlatılması, belirlenmesi sözkonusudur.¹⁵⁰²

Sonuç olarak, örneğin tanık anlatımlarının işçinin fazla çalışma yapıp yapmadığını belirleme konusunda yeterli olmadığı durumlarda, hâkimin kendiliğinden başvurabileceği deliller olan bilirkişi ve keşif delillerine başvurusu, işçinin fiilen yaptığı işin niteliği, işyeri kayıtlarının incelenmesi, işyerinde keşif yapılarak işyerinin hacmi ve yoğunluğu gibi hususlar belirlenerek sonuca gidilmesi gerekmektedir.¹⁵⁰³

Somutlaştırma yükünü taşıyan taraf, kural olarak üzerindeki bu yükü yerine getirmeyi bir amaç edinerek hareket etmez. O yalnızca davadaki amacını yerine getirmek üzere kendi elinde hangi ispat araçları ya da bilgi taşıyıcıları varsa onları hâkimin önüne yığarak kendi lehine bir karar verilmesini ümit edecektir. Ancak somutlaştırma yükü altında olan taraf, bu yük kapsamında bir keşfe katlanma zorunluluğuyla karşı karşıya kalabilmekte, böylece isteyerek ya da istemeyerek davanın aydınlatılmasına katkı sağlamaktadır. Bu katkı bazen kendi lehine olabilmekte, bazen ve istisnaen de aleyhine sonuçlara yol açabilmektedir. Böylece somutlaştırma yükü altında olan tarafın, medenî usûl hukukunun amacına hizmet edecek şekilde “ayrıntılı açıklama yapma” imkânı elde ettiği ifade edilmektedir.¹⁵⁰⁴

Bir tarafın davasını kurgularken lehine hak çıkardığı bir vakıayı yalnızca iddia etmiş olması yeterli olmaz. Taraflar bakımından aslında iddia da bir yüküdür. Taraflar esasında iddia yükünü yerine getirerek vakıa ya da vakıalar getirmektedirler. Bu vakıaları aynı zamanda somutlaştırmaları da gerekir. Bu somutlaştırma faaliyeti, hâkimin; vakıalar, delil araçları ve talep sonucu arasında bağlantı kurmasını

¹⁵⁰² Taraflarca getirilme ilkesinin hâkimin soru sorma ve davayı aydınlatma ödevi (m. 31) çerçevesinde yumuşatılmış olduğu yönünde bkz. Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl**, s. 803 vd.

¹⁵⁰³ Yargıtay HGK, E. 2013/22-1920, K. 2014/666, T. 14.5.2014, (kazanci.com).

¹⁵⁰⁴ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 140.

kolaylaştıracak bir faaliyettir. Böylece mahkeme iddia edilen bir vakıanın somutlaştırılmasıyla, o vakıanın hangi delil ya da delillerle ispat edilebileceğini görecektir. Bunu sonucunda da talep üzerine ya da re'sen somutlaştırılan o vakıa üzerinde keşif deliline başvurabilecektir.¹⁵⁰⁵

İçtihatlara göre, maruf ve meşhur olgular "hâkimin kanaatini somutlaştırma noktasında varlığı kesin olan, genel olarak kamuoyu tarafından bilinen (genel olarak meşhur olgular) veya sadece hâkim tarafından bilinen (yetkililer veya mahkemeler tarafından bilinen olgular) olgulardır. Bir bilginin maruf ve meşhur (*notoire*) olabilmesi için, sürekli olarak kamuya açık olması gerekmez, herkesin erişebileceği yayınlar tarafından kontrol edilebilmesi yeterlidir. Örneğin, paraların dönüşüm oranı herkesçe erişilebilen bir gerçektir. İnsan faaliyetleri için gereken zamanın yalnızca istatistiksel verilere dayalı olarak değerlendirilmesi, deneyim kurallarının uygulanmasıdır. Bir başka örnek olarak; ticaret siciline (*registre du commerce*) yapılan kayıtlar aleni gerçeklerdir.¹⁵⁰⁶

Burada keşif delili, re'sen araştırma ilkesi ve somutlaştırma yüküyle ilgili olmak üzere; bu üç usûl kurumunu bünyesinde barındıran bir tartışma ortaya çıkmaktadır: Acaba bir vakıa bakımından iddia yükü yerine getirilmiş fakat somutlaştırma yükü yerine getirilmemişse ya da hem iddia hem somutlaştırma yükü yerine getirilmemişse bu halde yine de hâkim o vakıa hakkında bilgi toplamak adına re'sen delil araştırması yapabilecek midir? Böyle bir durumda, somutlaştırılmamış vakıa bakımından bilgi amaçlı delil toplama faaliyetinin yapılamayacağı dile getirilmiştir.¹⁵⁰⁷ Yargıtay'ın da benzer şekilde, ne iddia ne de somutlaştırma yükü yerine getirilmiş bir vakıa hakkında re'sen delil toplama faaliyeti yapılmaması gerektiğine işaret eden kararı örnek gösterilmiştir.¹⁵⁰⁸ Bu halin, hâkimin kendiliğinden tüm hayat olaylarının nasıl gerçekleştiği ya da gerçekleşmiş olabileceği yönünde bir

¹⁵⁰⁵ H. A. Müller, **Beweisen nach der ZPO**, s. 491 vd.; Ahrens, **Beweis**, Kap. 22 Rz. 16 vd. Yine bu yönde bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 120.

¹⁵⁰⁶ Hoffman/Lüscher, **Procédure Civile**, 2e edition, Stampfli Verlag AG, 2015, s. 128, 129.

¹⁵⁰⁷ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 120. Ayrıca bkz. Schöpflin, **Parteienhörung**, (beck-online.de).

¹⁵⁰⁸ Yargıtay 22. HD, E. 2014/19856, K. 2014/27672, T. 15.04.2014 (kazanci.com). Yargıtay, esasında bu kararında bilirkişi deliline başvurulamaması yönünden bir sonuca varmaktadır.

araştırmaya girişmesi sonucunu doğuracağı, bunun da taraflarca getirilme ilkesiyle bağdaşmayan bir sonuç ortaya çıkaracağı ifade edilmiştir.¹⁵⁰⁹ Bu durumun şöyle bir riski doğurduğu da ifade edilmiştir: Hâkim, delilleri olması gerekenden fazla şekilde araç olarak kullanırsa, vakıaların mahkemenin aracılık etmesi suretiyle somutlaştırılması riski ortaya çıkar. Bu da iddia yükü altında olup somutlaştırma yükünü gereği gibi yerine getirmemiş olan taraf lehine bir menfaat üstünlüğü ortaya çıkarır.¹⁵¹⁰ Yani bir bakıma somutlaştırmaya mahkemenin aracılık etmesi, iddia yükü taşıyan tarafın menfaatine üstünlük tanınması neticesini doğurur. Bu da taraflar arasındaki menfaat dengesini ve eşitliği zedeler.

Örneğin, bir diğital ürünün tedarik edilmesine dair bir anlaşmazlık ortaya çıktığında, burada ispat ve somutlaştırma yüklerinin dağılımı bakımından nasıl bir yol izleneceğini kestirmek son derece zor olabilir. İşte bu zorlukları aşmak için son yıllarda diğitalleşmeyi yargıda yakalayabilmek için kanun koyucular ülkelerindeki dinamiklere göre çeşitli düzenlemeler getirmektedir. Avrupa Birliği Direktifleri de bu hususta yol gösterici olmaktadır. Örneğin, Diğital İçerik ve Diğital Hizmetlerin Tedarik Sözleşmelerine İlişkin 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifine uyum sağlamak için getirilen Alman BGB ř 327b maddesinin altıncı bendinde, diğital bir ürüne ilişkin ifanın gerçekleşip gerçekleşmediği bakımından bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, ifanın gereği gibi gerçekleştiği vakıasını ispat yükünün tüketicide değil, tedarikide olduğu düzenlenmiştir.¹⁵¹¹ Bu nispeten yeni bir hüküm olmakla birlikte iki bakımdan önemli görülmektedir. İlk olarak ispat yükü diğital ürünlerde yerine getirmesi zor bir yük olacağından Kanun koyucu bunu tüketicie değil, sağlayıcının kendisine yüklemektedir. Bunun anlamı sağlayıcı varsa elindeki elektronik belgeleri mahkemeye usûlüne uygun bir şekilde sunarak ve onların keşfini talep ederek üzerindeki yükleri yerine getirmeye çalışacaktır. İkinci önemli nokta ise diğital ortamlarda da geleneksel anlayış olan tüketicinin korunması anlayışının sürdürülmesidir. Bu halde tüketicie hem

¹⁵⁰⁹ Mller, Christian; “Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens”, JA, 2010, s. 47-52, s. 48 vd; Stein/Jonas/Leipold, ř 144, kn. 14; Diakonis, s. 123. Ayrıca bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 171.

¹⁵¹⁰ BSK-ZPO/Dolge, Art. 183, kn. 2; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 171.

¹⁵¹¹ Tekelioğlu, **Diğital rn**, s. 299. Ayrıca bkz. Pech, Bölüm I, s. 510; Wendehorst, s. 2913; Schrader, s. 179.

elektronikleşmeye karşı hem de genellikle büyük ve güçlü organizasyonlardan oluşan dijital ürün sağlayıcılara karşı korunmaktadır.

Somutlaştırma yükünün özellikle keşfin icrası bakımından önem arz ettiği ifade edilmektedir.¹⁵¹² Zira keşfin icrasının sorunsuz bir şekilde gerçekleşebilmesi için keşif malzemesinin ve malzeme üzerinde hangi vakıanın araştırmasının yapılacağına hâkim tarafından bilinmesi gerekir. Bu nedenle keşfin sağlıklı bir şekilde yerine getirilebilmesi için, hâkimin somut olarak neyi nerede aradığını bilmesi çok önemlidir. Örneğin, bir inşaata ilişkin uyuşmazlıkta, vakıalar bakımından somutlaştırma yapılırken "güney cephesindeki çatlaklardan" bahsedilebilir; böylece hâkimin tüm yapıda oluşmuş çatlakların her birini tek tek incelemesi gerekmez.¹⁵¹³ Benzer bir durum elektronik ortamda kayıtlı dosyalar için de geçerlidir.

Örneğin, taraf iddia ettiği vakıaları bulut bilişim ortamında bulunan bir takım elektronik belgelere dayandırmaktaysa, bulut bilişim ortamında kayıtlı elektronik belgenin doğru tespit edilebilmesi için tarafın somutlaştırma yükünü yerine getirmiş olması önemlidir. Bu belgelerin tam olarak isimleri, biliniyorsa dosya formatları, tarihleri ve bulundukları ortamın tarafça somutlaştırılması ve hangi belgede hangi vakıaya ilişkin inceleme yapılacağına bilinmesi gerekir. Bir bulut ortamında birbirine benzer isimleri ve özellikleri taşıyan, sonsuz sayıda belge bulunabilir. Hâkimin bu belgelerin tamamı üzerinde bir deneme yanılma esası benimseyerek keşif incelemesi yapması sözkonusu olamaz. Doğal olarak, bir elektronik belgeye dayanan tarafın, dayandığı belgeyi iddia ettiği vakıa sebebiyle birlikte somutlaştırarak belirli hale getirmesi gerekir. Böylece taraf, belge kendi elinde bulunmuyorsa ve doğrudan belgeyi ibraz edemiyorsa bile bulunduğu elektronik ortamı göstererek keşif yapılmasını sağlayabilir. Böylece elektronik ortamda gerçekleştirilecek keşifte, zaman kaybı olmaksızın hâkimin ilgili elektronik veriyi bulmasının mümkün olması için taraf, iddiasıyla birlikte belgeye ilişkin bilgileri mümkün olduğunca somutlaştırmalıdır. Bu nedenle elektronik belgelerle somutlaştırma yükü arasında özel

¹⁵¹² Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 171.

¹⁵¹³ H. A. Müller, **Beweisen nach der ZPO**, s. 491.

bir ilişki bulunmaktadır. Elektronik belge üzerinde keşifte somutlaştırma yükü adeta bir rehber işlevi görmektedir. Bu nedenle burada tarafın bir yükü yerine getirirken, aynı zamanda adeta bir keşif yardımcısı gibi hareket ederek, hâkime keşfin etkili bir şekilde gerçekleşmesi için bir katkısı da söz konusu olmaktadır.¹⁵¹⁴

Alman Medenî Usûl Kanununda keşif deliline ilişkin olarak, delillerin gösterilmesi ve somutlaştırma yükü bağlantısı yine 371. maddeden yola çıkılarak kurulmaktadır. Burada dayanılan delil aracının bir elektronik belge olup olmamasına göre bir ayırım yapılmaktadır. Ancak, delil sunan kişinin elindeki delil, elektronik belge olsun ya da olmasın öncelikle bunun Kanunun 371. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesi uyarınca delil sunan kişi tarafından, ispatın konusunun da adı verilerek sunulması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵¹⁵ Bunun anlamı, örneğin mahkemeye delil olarak bir nesne teslim ediliyorsa, bunun hangi vakıanın ispatı için verildiğinin de belirtilmesidir. Esasında buradaki beklentinin somutlaştırma yükünden umulan faydayla eşleşmekte olduğunu söylemek mümkündür.

Burada ispat hukuku bakımından büyük öneme sahip belgelerin ibrazı mecburiyeti ve keşfe katlanma zorunluluğu kurumlarıyla somutlaştırma yükü arasındaki bağdan da kısaca söz etmek gerekir. Elektronik belgeler, bu kurumların kendi tabiatına uygun bir şekilde yeri geldiğinde devreye girmesine fırsat veren bir karaktere sahiptir. Belge ibrazı ve keşfe katlanma aşağıda ayrıca ele alınacağından burada sadece somutlaştırma yükü bakımından elektronik belge özellikleri kısaca dikkate alınacaktır. İbraz mecburiyeti ve keşfe katlanma zorunluluğu ile somutlaştırma yükünün kesiştiği yerde, zilyetlik meseleleri gündeme gelmektedir. Zira keşif konusu bir elektronik belge olsun ya da olmasın iddia edilen ve somutlaştırılan malzemenin kimin elinde olduğu o belgenin ibraz edilmesi bakımından önem taşır. Ancak somutlaştırma bakımından aslında tarafın o elektronik belgeyi ya da diğer keşif malzemesini elinde bulundurması bir zorunluluk değildir. Yani taraf elinde olmayan

¹⁵¹⁴ Keşifte taraf yardımcılığı hakkında bkz. III. bölüm, I, B, 3, b, iii, (3).

¹⁵¹⁵ Stephanie Fischer-Dieskau/ Rotraud Gitter/ Sandra Paul/ Roland Steidle, “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, **MMR**, 2002, s. 709-713, s. 709, 710.

bir elektronik belgeye de delil olarak dayanabilir, hatta somutlaştırma da yapabilir. Zilyet olmaması somutlaştırmasına engel değildir.

Burada zilyetliğin, fiili tasarruf yetkisi anlamında anlaşılması gerektiği, böylece delili sunan kişinin yargılama sırasında keşif nesnesini sunmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir.¹⁵¹⁶ Alman Hukukunda zilyetliği temel alan tartışmalar yapılmaktadır. Bu tartışmalar delile dayanan kişinin o delil üzerindeki sahipliğine ilişkin değerlendirmeleri beraberinde getirir. Çünkü eğer delile dayanan taraf sözkonusu delili hâkimiyetinde bulundurmuyorsa, yukarıda ifade edildiği gibi bu durum, vakıasını somutlaştırmasına doğrudan bir engel değildir. Ancak, bu halde keşfe ilişkin katlanma zorunluluğu ve yardım yükümlülüğü gibi kurumların veya belgelerin ibrazı mecburiyetinin devreye girmesi gerekir. Bu nedenle elinde bulundurma ya da belgeye sahip olma gibi meselelerin öncelikle zilyetlikle de bağlantılı olarak çözülmesi gerekir. Bu tartışmalar hem keşifle somutlaştırma yükünün ilişkisini hem de keşfe katlanma yükümlülüğünün elde bulundurma ile ilişkisini açıklamaya yardımcı olmaktadır.^{1517, 1518}

¹⁵¹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 368, 369.

¹⁵¹⁷ Buradaki zilyetlik tartışmalarıyla bağlantılı olarak, zilyetliğin her türlü delille ispat edilebilir olduğu, bu bağlamda keşif incelemesinin konusu olabileceği yönünde bkz. (... "davacı, dava konusu taşınmazın rızai taksimle kendisine düştüğünü, 70-80 yılı aşkın süreden beri eklemeli zilyetliğinde bulunduğunu ileri sürerek iptal ve tescil isteğinde bulunmuştur. Zilyetliğin hukuki niteliğinin yanında maddi olgu olması nedeniyle tanık dahil her türlü delille kanıtlanabilir. Davacı, dava dilekçesinde tanık deliline de dayandığı halde, mahkemece davacıya tanıklarını liste halinde bildirmesi için süre ve imkân verilmeden yerel bilirkişiler ve usûl hükümlerine aykırı olarak re'sen dinlenen tutanak bilirkişilerine dayanarak karar verilemez. Diğer yandan dinlenen yerel ve tutanak bilirkişilerinden davacının ileri sürmesine rağmen taksim hususu sorulup belirlenmemiştir. ...bilirkişi ve tanıkların 6100 sayılı HMK.nun 243 ve 244. maddeleri uyarınca keşif yerinde hazır bulunmaları için davetiyeye çağrılmaları, aynı Kanunun 259 ve 290/2. maddeleri hükümleri uyarınca taşınmaz başında yapılacak keşifte dinlenilerek, taşınmazın öncesinin ne ve kime ait olduğunun, kimler tarafından ne zamandan beri ne şekilde kullanıldığının, murisin ölümünden sonra tüm mirasçıların katıldığı geçerli taksimin yapıp yapılmadığının, yapıldıysa dava konusu taşınmazın davacıya kalıp kalmadığının, bu yerin halen kimin zilyet ve tasarrufu altında olduğunun kendilerinden sorulup belirlenilmesine çalışılması, muristen kalan yer olup taksime tabi tutulmadığının anlaşılması halinde TMK.nun 701 ve 702. maddeleri gereğince durumun değerlendirilmesi ve dava koşulu üzerinde durulması, beyanları arasında aykırılık çıktığı takdirde 261/1. maddesi hükmü gereğince çelişkinin giderilmesine çalışılması, ondan sonra taşınmazın geçerli taksimle davacıya kalıp kalmadığı da gözönünde bulundurularak iddia ve savunma çerçevesinde tüm deliller birlikte tartışılıp değerlendirilerek sonucuna göre hüküm tesisi gerekirken bu eksikliklerin gözardı edilerek karar verilmesi doğru görülmemiştir.), Yargıtay 8. HD, E. 2011/7448, K. 2011/6865, T. 12.12.2011, (kazanci.com). Yine zilyetliğin tespitine ilişkin keşif yapılması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/1384, K. 2012/1817, T. 15.3.2012, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.03.2023).

¹⁵¹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 368, 369. Ayrıca bkz. Higi, **ZPO Kommentar**, s. 1294 vd.; Zöller, **ZPO**, § 371 Rn. 3; Musielak/Voit, **ZPO**, § 371 Rn. 10; Zimmermann, **ZPO**, §371 Rn. 3; Ahrens, **Beweis**,

II. ELEKTRONİK BELGELER ÜZERİNDE KEŞFİN İCRASINA İLİŞKİN BAZI DURUMLARIN İNCELENMESİ

A. Genel Olarak

Keşif delilinin konusu olabilecek keşif malzemelerinin temel olarak iki sınıfa ayrıldığı, bunların da geleneksel keşif malzemeleri ile geleneksel olmayan keşif malzemeleri olduğu daha önce ele alınmıştı¹⁵¹⁹. Yine yukarıda detaylı olarak değinildiği gibi özellikle elektronik belgeleri geniş bir çeşitlendirmeye keşif delilinin inceleme alanına alma düşüncesi detaylı örneklerini özellikle Alman hukukunda bulmaktadır. Bunun sebebi de Alman hukukunda elektronik belgelerin ayrı bir malzeme olarak keşif nesneleri arasında düzenlenmiş olmasıdır.

Alman hukukunda keşif malzemeleri bakımından birden fazla sınıflandırma yapılmaktadır. Bir ayrıma göre, keşif malzemeleri keşfin icra edilme biçimine göre üç ana başlık altında incelenmektedir. Bunlar, klasik keşif nesneleri, keşif ikame nesneleri (augenscheinssurrogate)¹⁵²⁰ ve analog keşif nesneleridir¹⁵²¹.

Keşif malzemeleri kendilerine uygulanan kurallara göre ayrılrsa bile, Alman Medenî Usûl Kanununun §§ 371a maddesiyle, elektronik belge kavramı daha çeşitli keşif nesnelerini kapsar hale gelmiştir. Alman Medenî Usûl Kanununun 371b maddesi de yine elektronik belgeler üzerinde keşfin icrasına ilişkin bir hüküm olsa da bu hüküm

Kap. 22 Rn. 60.

¹⁵¹⁹ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 37 vd.

¹⁵²⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

¹⁵²¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

yalnızca belirli elektronik belgelere uygulanabilmektedir. Bu nedenle burada elektronik belgenin çeşidine göre keşfin icrasına ilişkin ayırım yapılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵²²

Bu başlık altında, elektronik belgeler üzerinde keşfin icrası, klasik keşif malzemeleri üzerindeki keşifle bağdaştırılarak açıklanmaya gayret edilecektir. Geleneksel ile geleneksel olmayan bir araya getirilerek, bazıları hali hazırda uygulamada karşılaşılmakta olan örnekler; bazıları ise elektronik belgelere klasik usûlün uyarlanmasıyla ortaya çıkacak ihtimaller olmak üzere, keşfin icrası ele alınacaktır. Elektronik belgeler üzerinde keşif meselesinde belki de en önemli soru keşfin nasıl icra edileceği sorusudur. Bu nedenle, aşağıda geleneksel keşfin seneler içinde yeknesaklık elde eden işleyişiyle, elektronik belgelerin keşfinin nasıl uyum gösterebileceği açıklanmaya çalışılacaktır.

B. Keşif Kararı

1. Genel Olarak

Keşif kararı mahkeme tarafından taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen alınabilir. Keşif kararı, bir mahkeme kararıdır. Ancak mahkeme tarafından verilebilecek kararların türleri bulunduğu ve kararın türüne göre doğuracağı sonuç ve etkilerinin değiştiği de gözden kaçırılmamalıdır.¹⁵²³ Buna göre mahkeme kararı

¹⁵²² Drehsen, **Augenschein**, s. 178.

¹⁵²³ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 37 vd. Örneğin, Bölge Adliye Mahkemesi bir kararında keşif ara kararında belirlenen süre içinde keşif giderinin yatırılmaması nedeniyle keşif yapılmadan karara bağlanan bir uyuşmazlıkta, şu şekilde karar vererek keşif yapılmasından vazgeçilmiş olsa bile bunun sebebinin de önem arz ettiğini ve tutanaklarda doğru şekilde yazılması gerektiğini vurgulamıştır: “*Dava, tasarrufun iptali talebine ilişkindir. Mahkemece keşif yapılmasına karar verilerek, keşif giderinin yatırılması için davacı tarafa 2 haftalık kesin süre verilmiştir. Duruşmada keşif ücreti yatırılmadığından keşif yapılamadığına ilişkin tutanak tutulması gerekirken sehven bilirkişi temin edilemediğinden keşfin yapılamadığına ilişkin tutanak tutulduğu hususu duruşma zaptına geçirilmiş, davacı tarafın keşif delilinden vazgeçmiş sayıldığı kabul edilerek karar verilmiş olduğu anlaşılmıştır. Davacı tarafça kendisine verilen kesin süre içinde keşif giderinin yatırılmadığı sabittir. Ancak keşif*

denildiğinde akla ilk gelen karar çeşidi nihai karar olmakla birlikte, keşif kararı bir nihai karar değildir. Zira bu kararlar yargılama sona ermez ve keşif kararına karşı kural olarak kanun yoluna başvurulması sözkonusu olmaz. Bu nedenlerle keşif kararının bir “ara karar” olduğunu öncelikli olarak tespit etmek gerekir. Bu tespit ileride de ortaya konacağı gibi keşif kararına bağlı olarak yapılabilecek işlemleri ve ortaya çıkabilecek sonuçları etkilediği için önemlidir.

2. Elektronik Veri Üzerinde Keşif Kararına İlişkin Bazı Özellikler

Hâkim, keşfe karar verirken; tutanağa keşif kararına ilişkin tüm detayları yazmalıdır. Bunun amacı tarafları keşif kararına ilişkin olarak bilgilendirmek ve gerekli hazırlıkları yapmalarına imkân sağlamaktır. Buna göre hâkim; keşif zamanı başta olmak üzere; keşfin yerini, keşif esnasında bilirkişiye müracaat edilip edilmeyeceğini, keşif için yatırılması gereken avansı ve ne kadar sürede yatırılacağını tutanağa açıkça yazmalıdır.¹⁵²⁴ Eğer keşif esnasında bilirkişi yardımına başvurulacaksa bu bilirkişilerin sayısı (tek bilirkişi ya da heyet olup olmadığı), bilirkişinin ya da bilirkişilerin niteliği, kendilerine ödenecek ücret gibi ayrıntılar da keşif tutanağına yazılmalıdır.¹⁵²⁵

yapılamadığına ilişkin tutulan tutanak içeriği dikkate alındığında davacı tarafça süresi içinde keşif giderinin yatırılması halinde keşfin yapıp yapılamayacağı hususu belli değildir.

Davacı tarafın keşif delilinden vazgeçmiş olduğu kabul edilse bile dosya kapsamında taşınmazların satış tarihine yakın tarihlerde İcra Müdürlükleri ve İcra Mahkemesince tespit edilen değerleri bulunmakta olup bu deliller de değerlendirilerek satışa ilişkin bedellerle ilgili bir kanaate varılabilecekken Mahkemece bu yola başvurulmamış olması da bir eksikliktir. Tasarrufun iptali davaları borçluya ve lehine tasarrufta bulunan üçüncü kişiler aleyhine açılabilir. Davacı tarafça borçlu ve lehine tasarrufta bulunan ile birlikte, dava konusu taşınmazları vekâleten devreden kişi aleyhine de dava açılmıştır. İlgili asıl borçlu, dava konusu taşınmazların maliki olmadığı gibi lehine tasarrufta bulunan üçüncü kişi konumunda da değildir. Bu anlamda davalının davada pasif husumet ehliyeti bulunmamaktadır. Sayılan sebeplerle davacının istinaf başvurusunun kabulü ile kararın kaldırılmasına karar vermek gerekir.” Bu yönde bkz. İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi, 9. HD, E. 2017/96, K. 2017/93, T. 15.3.2017, (kazanci.com).

¹⁵²⁴ Volkan Özçelik, “Kesin Süre”, s. 137; 15. HD, 05.02.2013, E. 2013/371, K. 2013/643 (lexpera.com); HGK, 04.02.1959, 5/3-5 (lexpera.com).

¹⁵²⁵ Özçelik, a.g.e., s. 137; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1953; Kuru, Usûl Şerhi, C. III, s. 2831.

İşte bu noktada elektronik belge keşfindeki “geleneksel olmama” karakterinden kaynaklanan bazı durumlar ortaya çıkar. Çünkü keşif kararında yer alması gereken tüm bu hususların bir elektronik ortam keşfinden önce tespit edilmesi, geleneksel bir keşif malzemesinde olduğu kadar kolay değildir. Örneğin, keşfin yerinin ve keşifte bilirkişi veya başkaca yardımcıya ihtiyaç duyulup duyulamayacağının tespiti için, hâkim öncelikle keşif konusu olan elektronik verinin türü hakkında fikir sahibi olmalıdır. Hâkim belgenin türüne göre, belgenin keşfe elverişliliğine, ne şekilde, nerede ve ne kadar sürede inceleneceğine; ayrıca bir yardımcıya ihtiyaç varsa bunun esaslarına karar verecek kadar bilgi sahibi olmalıdır.

Keşif kararı bakımından önemli bir mesele kesin süre meselesidir. Hâkim keşif giderinin yatırılması için tarafa kesin süre vermelidir. Hâkimin bir kez kesin süre vermesinden sonra bu süreyi uzatamaması ya da yeni bir süre verememesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵²⁶ HMK’nın bu yöndeki düzenlemesine rağmen, bu hususta tartışmalar özellikle yargı kararları bağlamında yapılmakla birlikte, buradaki bir başka tartışma, hâkimin keşif gideri için kesin süre verdiğini keşif tutanağına yazması ancak sürenin son gününü belirtmemesi halinde ne olacaktır. Yargıtay’ın önüne gelen bir uyuşmazlıkta şöyle karar verdiği görülmüştür: Hâkim keşif giderinin yatırılması için verdiği kesin sürenin son gününü keşif kararında açıkça belirtmemişse, bu durumda keşfin yapılacağı gün, son gün olarak kabul edilmelidir.¹⁵²⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bu kararının doktrinde eleştirildiği ifade edilmektedir.¹⁵²⁸ Eleştirilmesinin gerekçesi ise keşif kararında, keşif giderinin yatırılması için bir son gün belirtilmediğinde, ara kararın karakteristik özelliği olarak kendisinden beklenen “açık olma” unsurunu karşılamayacağı ve bu bakımdan eksik bir ara karar olacağı gerekçesidir.¹⁵²⁹ Yine kesin süre sorunuyla bağlantılı olarak, ara kararda keşif giderinin yatırılmaması halinde keşif deliline dayanmaktan vazgeçilmiş sayılacağı

¹⁵²⁶ Kuru, *Usûl Şerhi*, s. 644.

¹⁵²⁷ HGK, 04.02.1959, 5/3-5 (lexpera.com).

¹⁵²⁸ Özçelik, *a.g.e.*, s. 138; ayrıca bkz. HGK, E.2017/12-1141, K. 2017/641(lexpera.com).

¹⁵²⁹ Özçelik, *a.g.e.*, s. 138.

da açıkça yazılmış olması gerekir.¹⁵³⁰ Bunun anlamı hâkimin mevcut delillere göre karar verecek olmasıdır.

Keşif kararının zamanı bakımından bir sınırlama sözkonusudur. Buna göre, keşif kararı sözlü yargılamaya kadar verilebilir.¹⁵³¹ Keşif kararını keşfi yapacak olan mahkeme verir. Keşif kararını verecek olan mahkemeye keşfi icra edecek mahkeme kural olarak aynıdır. Ancak bazı hallerde keşfi yapan mahkemeye keşif kararını veren mahkeme farklı olabilir. Keşif yeri, başka bir mahkemenin yargı yetkisi sınırları içindeyse, bu halde keşif o mahkeme tarafından yapılabilir. Bu halde istinabe yoluyla keşif yapılması sözkonusudur. Ancak HMK m. 289, f.1'e göre, keşif konusu büyükşehir belediye sınırları içindeyse, yargı yetkisi sınırları içinde olmasa da keşif kararı veren mahkeme yine de bizzat bu keşfi gerçekleştirebilir.¹⁵³² Burada genel itibariyle keşifte yardıma ilişkin esasların da hâkimle birlikte keşfe katılacak yardımcı kişilerin ve araçların tayin edilmesi için, keşif kararında belirlenmiş olması beklenmektedir. Doktrinde belirtildiği gibi, elektronik belgeler bakımından da keşif kararını veren mahkemeye keşfi icra eden mahkemenin farklı olması mümkündür.¹⁵³³

Sonuç olarak keşif kararında, keşfin yeri, günü ve saatinin belirtilmesi gerektiğine yukarıda değinilmişti. Burada ifade etmek gerekir ki, keşif kararında taraflara açıklanmış olan keşif zamanında tarafların hazır bulunması bir zorunluluk değildir.¹⁵³⁴ Keşif, tarafların katılımıyla ya da yokluklarında yapılabilir. Ancak keşfin gerçekleştirilebilmesi için taraflardan birinin ya da her ikisinin de katılımında fiziksel bir zorunluluk varsa bu halde tarafların keşifte hazır bulunmaları gerekir. Örneğin keşif konusu elektronik ortama erişebilmek için taraflardan birinin biyometrik imzası gerekliyse bu halde tarafın da keşifte hazır bulunması gerekebilir. Kendisinin keşifte hazır bulunmayı istememesi halinde keşfe katılma zorunluluğuna ilişkin esaslara başvurulması söz konusu olabilecektir. Doğal olarak hâkim, keşif kararında keşif için

¹⁵³⁰ 16.HD, 09.04.2013, E. 2013/2051, K. 2013/3388 (lexpera.com). Burada, tarafın delilden vazgeçmiş sayılması sözkonusudur. Bu yönde bkz. Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1953.

¹⁵³¹ Muşul, **Usûl**, s. 426.

¹⁵³² Muşul, **Usûl**, s. 426.

¹⁵³³ Elektronik belgeler bakımından istinabe yoluyla keşfe ilişkin bkz. III. bölüm, II, F.

¹⁵³⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2005/4088, K. 2005/5322, T. 12.07.2005, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023).

hazır bulunması gerekli olabilecek araçları ve kişileri bir elektronik ortam keşfinin özelliklerini göz önünde bulundurarak ayrıca belirleyebilmelidir.

3. Delil Tespitinde Keşif Kararı

Keşif kararı bir dava ya da çekişmesiz yargı işi görülürken verilebileceği gibi, geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin bir iş görülürken de verilebilir. Bunun en önemli örneğini ise delil tespiti oluşturmaktadır. Keşif delilinin delil tespiti bakımından özel bir önemi ve uygulama alanı vardır. Hukuk Muhakemeleri Kanununun 400 ila 405. maddeleri arasında “Delil Tespiti” kurumu düzenlenmiştir. Delil tespiti, ileride açılacak bir davada kullanılacak olan veya görülmekte olan bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş bir delilin, kaybolması veya ispat gücünü yitirmesi tehlikesi karşısında, vaktinden önce incelenmesini ifade eden usûli bir kurumdur.¹⁵³⁵

Delil tespitinin konusu ileride incelenmesi zorlaşacak ya da imkânsızlaşacak delillerdir. Türk hukukunda delil tespitine konu olabilecek deliller bakımından bir sınırlama yoktur.¹⁵³⁶ Alman hukukunda delil tespitinde başvurulabilecek deliller sınırlıdır. Bunlar başta keşif delili olmak üzere, tanık ve bilirkişi delilidir.¹⁵³⁷ Belge ve isticvabın ise kural olarak delil tespitinde başvurulabilecek delillerden olmadığı

¹⁵³⁵ Murat Yavaş, **Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999, s. 4; Leyla Akyol Aslan, **Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti**, Ankara, 2013, s. 29; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 497; Birce Arslandoğan, **Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti**, On İki Levha Yayıncılık, İkinci Baskı, İstanbul, 2020, s. 13 vd. Ayrıca çekişmesiz yargı bakımından bkz. Kuru, **Nizasız Kaza**, s. 25 vd.

¹⁵³⁶ Akil, **Delil Tespiti** (online), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).

¹⁵³⁷ Musielak, **ZPO**, s. 1070; Jürgen Ulrich, “Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens – Teil I: Grundlagen”, DS, 2007, s. 184-187, s. 185, 186. Bu yönde bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 802; Christoph G. Paulus, **Zivilprozessrecht**, 5.A., Springer, Berlin, 2013, s. 80, prg. 195. Ayrıca bu yönde bkz. Cenk Akil, **Delil Tespiti** (online); Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 217.

ifade edilmektedir.¹⁵³⁸ İsviçre hukukunda Alman hukukundakinden farklı olarak, delil tespitinde her türlü delile başvurulabilmesi esas geçerlidir.¹⁵³⁹

Alman hukukunda delil tespitinde belge delilinin incelenebilecek deliller arasında yer alması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵⁴⁰ Özellikle elektronik belgelerin anlık değiştirilme, kaybolma ya da silinme riski ile karşı karşıya olması sebebiyle, delil tespitinin belge delili bakımından da talep edilebileceğinin kabul edilmesi gerektiği belirtilmektedir.¹⁵⁴¹

Keşif malzemesinin karşı tarafın elinde bulunması, tek başına delil tespitinde keşif kararı verilmesine sebep olmayacaktır.¹⁵⁴² Bunun nedeni, ispatın engellemesi halinde diğer tarafın bir yaptırımla karşılaşması sözkonusu olacağından, tarafın belgeyi zaten sunacağı ve keşif malzemesinin vaktinden önce incelenmesine ihtiyaç olmayacağı düşüncesidir.¹⁵⁴³

¹⁵³⁸ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 217, dn. 287; ayrıca bu yönde Bkz. Adloff, **a.g.e.**, s. 351-353. Burada Alman hukukunda çok istisnai durumlarda delil tespiti aşamasında belge deliline de başvurabildiği ifade edilmektedir. Örneğin özel olarak bir belgenin sahteliği hakkında delil tespiti talep edilmişse, bu halde o belgenin incelenmesi delil tespitinin temelini oluşturacağından, burada belge deliline başvurma mümkün olacağı belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Adloff, **a.g.e.**, s. 352. Ayrıca bu yönde bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 219.

¹⁵³⁹ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 218, dn. 289; Aynı yönde bir görüş de Alman hukukunda ileri sürülmüştür. Buna göre, hâkime re'sen belge ibrazına veya keşif icrasına karar verme yetkisi tanıyan hükümler, delil tespitinde uygulanamaz, bkz. Ralf Willer, "Das selbstständige Beweisverfahren und die Grenzen richterlicher Vorlageanordnungen", **NJW**, H. 1-2, 2014, 25, (beckonline.de). Delillerin ihtiyaten incelenmesi hakkında bkz. Stanischewski, Flora; "Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung", **IMPULSE – Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft**, Band/Nr. 7, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 21-57, s. 22 vd.

¹⁵⁴⁰ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 218; Özbek/Yardımcı, **Elektronik Noterlik**, s. 106.

¹⁵⁴¹ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 218. Ayrıca bkz. Akyol Aslan, Leyla; *Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti*, Ankara, 2011; Leipold, Dieter; "Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess", *Festschrift für Walter Gerhardt*, Köln 2004, s. 563-585.

¹⁵⁴² Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 219. Yardımcı, Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesi çerçevesinde hâkimin re'sen taraflardan birinin bahsettiği belgenin ibrazına karar verme yetkisinin delil tespiti aşamasında da mümkün olduğunu belirtmektedir, bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 219. Ayrıca bu yönde bkz. Puchta, Wolfgang Heinrich; „Betrachtungen über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige und über das Verfahren bei dessen Aufnahme“, **ZCP**, 1830, s. 31-69. Stanischewski keşif delilini daha ılımlı delil araçlarından biri olarak nitelemiştir. Bu yönde bkz. Stanischewski, Flora; "Die vorsorgliche Beweisführung, s. 31, prg. 28.

¹⁵⁴³ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 219. İnceleme sırası gelinceye kadar değerini kaybedecek nitelikte bir keşif malzemesi sözkonusu ise, bu halde yine de delil tespitine karar verilebileceğine ilişkin yine bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 219.

Burada bir diğ er örnek, bir belgenin dava a ılincaya kadar kaybolmasından ya da yok edilmesinden endişe ediliyorsa bunun da delil tespiti kurumu vasıtasıyla talep edilebilmesidir.¹⁵⁴⁴ Sözü edilen belge bir elektronik belge olduğunda, öncelikle belgenin kimin elinde olduğuna dair bir araştırma yapmak gerekebilir. Bu araştırmanın kendisi bir keşif incelemesi olarak yapılabilir. Ayrıca belgenin taraflardan birinin ya da bir üçüncü ki şinin elinde bulunduğu tespiti yapıldıktan sonra, ayrıca bu belgenin bir de içerik olarak incelenmesini gerektiren bir hal varsa, burada da yine delil tespiti kapsamında bir elektronik ortam keşfi söz konusu olacaktır. Öte yandan, burada hâkimin belgeyi elektronik ortamda görüntülemesi, orijinalliğini bizzat gözlemlemesi gibi işlemler dışında, belgenin ayrıca geçici koruma nihai korumaya d n  ene kadar güvence altına alınması gerekiyorsa, bunun da keşif işlemiyle yapılabilir i fade edilmektedir.¹⁵⁴⁵

Delil tespiti bakımından, keşifle bağlantılı olarak tartışılan bir konu da hâkimin delil tespiti yaparken zor kullanıp kullanamayacağıdır. Bu hususta iki farklı görüş olduğu belirtilmiştir. Bunlardan birincisi, kanunda açıkça düzenlenmediği için hâkimin zor kullanamayacağını, kıyas yoluna gitmenin de doğru olmayacağını savunmaktadır.¹⁵⁴⁶ Diğer görüş ise, delil tespitinin bir çeşit geçici hukuki koruma tedbiri olmasından yola çıkararak, bu halde hâkimin zor kullanma yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir.¹⁵⁴⁷ Esasında delil tespiti sırasında hâkimin zor kullanması çoğunlukla keşif yapılması halinde söz konusu olacaktır. Görülmekte olan bir davada hâkim keşif deliline başvurduğunda, nasıl ki zor kullanma yetkisi varsa; delil tespitinde de bunun varlığının kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir.¹⁵⁴⁸ Zira yapılan usûl işlemi

¹⁵⁴⁴ Erdönmez, **Belgelerin  brazı**, s. 42; Açık, **Keşif**, s. 39.

¹⁵⁴⁵ üzerinde keşif gerçekleştirilecek malzemenin, elektronik olsun ya da olmasın kimin elinde bulunduğu meselesi doğrudan uyuşmazlığın konusu da olabilir. Bu nedenle örneğin ayıplı olduğu mahkemece tespit edilen ve yeterince soğutmayan bir soğutucunun üzerinde keşif yapılırken tutağana soğutucunun kimin elinde bulunduğu açıkça yazılmamıştır. Bu hususun da keşifle tespit edilip tutanağa yazılması gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 4. HD, E. 2011/14883, K. 2011/13949, T. 22.12.2011, (kazanci.com); Açık, **Keşif**, s. 39. Neticede keşfe karar verilmesiyle hazırlanan keşif tutanağının daha sonra gerçekleştirilecek esas yargılamada önemli bir dayanak oluşturacağı ve belge delili olarak sunulabileceği ifade edilir. Bu yönde bkz. Stanischewski, **Die vorsorgliche Beweisführung**, s. 35, prg. 31.

¹⁵⁴⁶ Erkuyumcu, **a.g.e.**, s. 135; Akil, **Delil Tespiti** (online).

¹⁵⁴⁷ Akyol, **Delil Tespiti**, s. 84; Yavaş, **Delil Tespiti**, s. 127; Akil, **Delil Tespiti** (online); Kuru, **Usûl  erhi**, C. IV, s. 4455.

¹⁵⁴⁸ Akil, **Delil Tespiti** (online).

her ikisinde de keşif incelemesidir. Bu incelemenin, geçici ya da nihai hukuki koruma talebi üzerine yapılmış olması, niteliğini değiştirmemektedir.

Delil tespitinde elektronik ortamda keşif yapılmasına bir başka örnek, kamuya açık internet hız testi örneğidir.¹⁵⁴⁹ Buna göre, bir internet hizmet sağlayıcı aynı zamanda tüm internet sağlayıcıları için çalışan bir hız testi web sitesi hizmeti sunmaktadır. Bu web sitesinde internet hızını ölçmek için tek yapılması gereken, web sitesini *browser* üzerinden bularak ziyaret etmek ve tek bir butona basarak hız testini başlatmaktır. Bu test sonucunda genellikle gerçeğe çok yakın sonuçlar (*download* ve *upload* hızı) elde edilmektedir. Burada, diğer internet sağlayıcıları, bilinçli olarak bu web sitesindeki rastgele ölçümlerde kendi sağladıkları internet hizmetlerinde hızın düşük gösterildiğini iddia ederse, bu mesele web sitesinin basit bir şekilde mahkeme tarafından ziyaret edilmesi ve sorgulama yapılmasıyla, yani bir elektronik keşifle tespit edilebilecektir. Dava açılınca kadar web sitesinin çalışma sistemi değiştirilebileceğinden, bu kasıtlı olarak rakiplerin hızını düşük ölçme vakıasının delil tespiti yoluyla incelenmesi mümkündür.¹⁵⁵⁰ Burada hâkimin delil tespiti kararını verirken keşfe ilişkin hazırlık işlemlerini de kurgulaması gerekir. İşte bu gibi örnekler, elektronik ortam keşfi ve delil tespitinin ilişkisini ortaya koymaktadır.

C. Keşfe Hazırlık İşlemleri

Yargılamada, keşif deliline başvurulmasına dair ara karar verildikten sonra keşfe hazırlık işlemlerinin genel olarak sorunsuz olduğu düşünülebilir. Keşif incelemesinin yapılacağı tarih ve yerin belirlenmesi keşif için yapılması gerekenlerin başında gelmektedir. Örneğin Alman hukukunda özellikle trafik kazalarında, yapı, bina ya da komşuluk hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklarda keşif deliline klasik bir yöntem olarak başvurulduğu ifade edilmektedir.¹⁵⁵¹ Ancak bu sayılan durumlarda

¹⁵⁴⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 211.

¹⁵⁵⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁵⁵¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

yapılacak keşifler, eğer klasik keşif malzemesinin doğrudan incelenmesi mümkünse ve bu yola gidilirse, genellikle yerinde keşif incelemesi şeklinde gerçekleştirilir. İşte bu nedenle keşfe dair işlemlerin problemsiz şekilde yapılacağı düşüncesi hâkimdir.¹⁵⁵² Bu problemsiz olma durumu aslında geleneksel keşif malzemeleri bakımından geçerlidir. Yukarıda sayılan örneklerde dahi, örneğin bir trafik kazasına ilişkin uyuşmazlıkta ya da bir taşınmaza ilişkin anlaşmazlıkta, mahkeme salonundan ayrılmadan örneğin fotoğraflar, uydu kayıtları ya da video dosyaları üzerinden keşif yapmak mümkündür. Bu veriler üzerinde gerçekleştirilecek olan keşif için ise kendi doğasına uygun hazırlık işlemleri yapılması gerekecektir.

Tıpkı keşifte olduğu gibi, keşfe hazırlık işlemlerinde de taraflar hazır bulunabilirler.¹⁵⁵³ Keşfe hazırlık işlemleri keşif incelemesinin gereği gibi yapılması için keşif tarihinden önce yapılması gereken her türlü hazırlık işlemini kapsar. Bu nedenle keşif malzemesinin niteliğine göre, nelerin gerekli olabileceğinin önceden tahmin edilmesi hâkime keşfe hazırlık işlemlerini isabetli bir şekilde organize edebilmek bakımından yardımcı olur. Örneğin hâkim bir ses kayıt dosyası üzerinde keşif gerçekleştirecekse, bunun için gerekli hazırlığın belirlenen gün ve saat öncesinde yapılması gerekir. Bazı hallerde keşfin konusu bir elektronik kayıtken hâkimin aynı zamanda mahal keşfini de planlaması gerekebilir. Bu halde keşfe hazırlık işlemleri hem o elektronik kayıt üzerindeki incelemeye hem de uyuşmazlığın konusu edilen vakıalarla bağlantılı olarak incelenmesi gereken o yerin kendisine yönelik hazırlık işlemleri olabilir.¹⁵⁵⁴

Örneğin, bir üretim tesisinin tam kapasite ile çalıştığında çevreye vermiş olduğu gürültü rahatsızlığının keşif yoluyla incelenmesi talep edildiğinde, bu incelemenin mahkemeye sunulan bir ses kaydı üzerinden yapılması mümkündür. Böyle bir keşif incelemesi “yeni nesil keşif incelemesi” olacak ve hazırlık işlemleri de buna göre yapılacaktır. Bu halde hâkimin ses kaydını en etkin şekilde işitsel olarak

¹⁵⁵² Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁵⁵³ Bilge, **Yargılama**, s. 482; Belgesay, **Şerh**, s. 136; Karafakih, **a.g.e.**, s. 217; Yener, **a.g.e.**, s. 161; Erdemir, **a.g.e.**, s. 561; Duman, **a.g.e.**, s. 24.

¹⁵⁵⁴ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

algılaması için ihtiyaç duyacağı yardımcı araçlar hazır edilmelidir. Dolayısıyla, hazırlık işlemleri öncelikle o elektronik kaydın oynatılacağı elektronik aygıtın fiziken hazır edildiğinden emin olunması ve dinlemenin gerçekleşeceği ortamın buna uygun olmasıdır. Örneğin burada hâkimin sesi dinlemesi, anlaması ve rahatsız edici olduğuna ilişkin kanaat edinebilmesi için dinlemenin dış seslerin karışıklığa yol açmadığı, tercihen sessiz bir ortamda yapılması sağlanmalıdır.¹⁵⁵⁵

Bazı hallerde hâkimin hem bu elektronik kayıt üzerinde hem de gürültünün asıl gerçekleştiği yer olan üretim tesisinde keşif kararı vermesi mümkündür. Bu halde esasında aynı soyut keşif konusunu karşılamak üzere, yani tek bir vakıayı algılamak üzere hâkimin birden fazla keşif malzemesi üzerinde keşif incelemesi yapması sözkonusu olur.¹⁵⁵⁶

Böyle bir halde keşfe hazırlık işlemlerinin her iki incelemeyi de en etkin şekilde gerçekleştirmek üzere tespit edilmesi ve gerçekleştirilmesi gerekir. Örneğin üretim tesisinin komşu mülkleri dayanılmayacak ölçüde rahatsız ettiği iddiasının ispat edilmesi kapsamında yapılacak bir keşif incelemesinde, mahkeme yalnız ses kaydı ile yetinmeyebilir.¹⁵⁵⁷ Bu halde mahkeme, hem o üretim tesisini hem de komşu mülklerin bu tesise ne kadar mesafede olduğunu ve hatta elektronik veri keşfinin konusu olan ses kaydının nereden ve nasıl kayıt altına alındığını algılayabilmek için keşif işlemini yerinde yapabilir.

İşte keşfe hazırlık işlemlerinin, keşif kararının kapsamına ve keşif nesnelerinin niteliğine göre çekişmeli vakıanın en iyi şekilde araştırılması için tüm gerekleri karşılaması gerekir. Tüm bunların ötesinde, keşfin elektronik içeriğine ulaşmak için somut olarak yani cisim olarak bilgi taşıyıcısının konusunun ne olduğunun tespit edilmesi de keşfe hazırlık işlemlerinin kapsamındadır.¹⁵⁵⁸

¹⁵⁵⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁵⁵⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 55.

¹⁵⁵⁷ Drehsen, **Augenschein**, s. 176.

¹⁵⁵⁸ Aşık, **Keşif**, s. 69. Yargıtay yerinde keşif incelemesine ilişkin bir kararında keşif koşullarının oluşmasından ve keşif koşullarının mahkemece sağlanmasından söz etmektedir. Keşif koşullarının

Keşfe hazırlık işlemleri klasik keşif anlayışında, keşif masraflarının karşılanmasından, keşifte hazır bulunabilecek kişilerin davet edilmesine kadar pek çok hazırlığı kapsamına almaktadır.¹⁵⁵⁹ Elektronik belgeler üzerinde keşifte ise keşfe hazırlık işlemleri her zaman bu kadar karmaşık olmayabilir. Bazen mahkemenin elektronik belgeye ulaşmak için tek ihtiyacı internet bağlantısı olabilmektedir.¹⁵⁶⁰ Bu halde keşfe hazırlık işlemi mahkemenin keşif için belirlenen zaman içinde internete erişim sağlayabilmesinden emin olunmasıdır. Hatta elektronik belge üzerinde keşif, çoğunlukla mahkeme salonundan dahi ayrılmayı gerektirmeden yapılabileceği için, mahkeme salonu dışında keşfe ilişkin hazırlıkların dahi yapılmasına gerek olmadan keşfin hazırlığını tamamlamak mümkündür.

Keşif için bir tarih belirlenmesinin bir keşfe hazırlık işlemi olarak sayıldığı yukarıda ifade edilmişti. Yani keşfin zamanının belirlenmesi hem keşif için gerekli yardımcı araçların hazır edilmesi hem de tarafların ve vekillerinin keşifte hazır bulunma imkânlarının temin edilmesi bakımından önemlidir. Aynı zamanda keşif zamanının belirlenmesi tarafların keşifle ilgili olarak yerine getirmeleri gereken ara kararları hangi zamana dek yerine getirebilecekleri bakımından da bir sınır çizmektedir. Aslolan keşfe ilişkin hazırlık işlemleri kapsamında tarafların üzerine düşen keşif hazırlıklarının, hâkimce kendilerine verilen süre içinde yerine getirilmesidir. Ancak mahkeme kararlarında bu hususta tarafların lehine olacak şekilde esnek davranıldığı da görülmektedir.

Örneğin keşif kararında, keşif günü belirlenmiş ve ayrıca tarafa keşfe hazırlık işlemlerini yerine getirmesi için daha yakın bir tarih kesin süre olarak verilmişse, bu

sağlanmasını, keşfe hazırlık işlemleri kapsamında düşünmek ve elektronik veri bakımından da dikkate almak mümkündür. Bu yönde bkz. Yargıtay 7. HD., E. 2013/12984, K. 2013/22553, T. 17.12.2013, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023). Ayrıca keşfe hazırlık işlemlerinin yanında, Yargıtay kararlarında, dosyanın içerik itibarıyla keşfe hazır hale gelmesinden, yani bir nevi keşif için olgunlaşmış olmasından söz edildiği görülmektedir. Bu yönde bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2013/2896, K. 2013/5876, T. 18.4.2013, (kazanci.com).

¹⁵⁵⁹ Taraflar usulen davet edilmeden keşif yapılamayacağı yönünde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2011/7549, K. 2011/12246, T. 18.10.2011, (kazanci.com).

¹⁵⁶⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 176.

halde taraf verilen kesin süre içinde o keşfe hazırlık işlemlerini yerine getirmemiş olsa bile, keşif tarihinden önce eğer bu eksikliği giderirse yine de keşif gerçekleştirilebilmektedir. Örneğin Yargıtay bir kararında tarafın keşif günü de olsa ara karardaki keşfe hazırlığı yerine getirmiş olmasını yeterli görmüş ve böyle bir durumda kesin mehle dair ara karara uyulmaması nedeniyle davanın reddine karar verilmesinin yanlıgılı bir değerlendirme olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin bu kararını isabetsiz bulmuştur. Buna göre, mahkemenin keşif için belirli bir saat tespit etmemiş, saat 09.00'dan itibaren demek suretiyle gayri muayyen bir saat belirlemiş bulunmasına, davacının da tayin edilen süre içinde olacak şekilde saat 10:15'de ara kararın gereğini yerine getirmiş olmasına göre, karar verilen keşif işleminin yapılp hükmün keşfin sonucuna göre kurulması gerektiği yönünde karar vermiştir.¹⁵⁶¹ Bu karar, düzenleyici sürelele uyulmamasını yaptırımsız bırakması yönünden eleştirilebilir bir karardır. Kararda benimsenen esnek yaklaşım sebebiyle, keşfin icrasının belirlenen zamanda gerçekleştirilmesi mümkün olabilmişse de sürelerin uygulama bakımından bu şekilde etkisiz hale getirilmemesi gerekir.

Keşfe hazırlık işlemlerinin yerine getirilmemesi halinde, örneğin tarafın keşif için gerekli ortamı sağlayamamış olması halinde acaba mahkeme nasıl bir karar vermelidir, kısaca buna da değinmek gerekebilir. Yargıtay bu konuyla ilgili olarak bir kararında, ilk derece mahkemesinin keşfe hazırlık işlemlerinin yerine getirilmemiş olmasından bahisle, davanın açılmamış sayılması kararı vermesini hatalı bulmuş ve bozmaya karar vermiştir.

Bu karara göre, HMK'nın 150. maddesinde hangi hallerde davanın açılmamış sayılacağına karar verileceği hususu düzenlenmiş olup, keşfin yapılması için gerekli ortamın sağlanamaması maddede belirtilen sebeplerden değildir. Keşfe hazırlık işlemlerinin yerine getirilmemiş olması, davanın açılmamış sayılmasını gerektirmeyip, ancak delilden vazgeçilme sonucunu doğurur. Kaldı ki, anılan konutların kapılarının açılmaması davacının yetkisinde olan bir husus değildir. Bu itibarla mahkemece

¹⁵⁶¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, Esas Numarası: 1987/1389, Karar Numarası: 1987/639, Karar Tarihi: 16.09.1987, (çevrimiçi), (legalbank.com).

HMK'nın 288 vd. maddeleri uyarınca işlem yapılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.¹⁵⁶² Yargıtay'ın bu kararı doğru bir karardır. Keşfe hazırlık işlemlerinin yerine getirilmemiş olmasının sonucu, kararda vurgulandığı gibi, ancak o delilden vazgeçmiş sayılma olabilir. Bir tarafın delil göstermeye ilişkin bir yükü yerine getirmemesinin neticesi kanunda açıkça düzenlenmedikçe davanın açılmamış sayılması olamaz.

D. Keşfin Yeri

1. Mahkeme Salonunda Yapılan Keşif

Hukuk Muhakemeleri Kanununun “*Keşfin Yapılması*” başlıklı 290. maddesine göre, keşfin yeri, kapsamı ve zamanı mahkeme tarafından tespit edilir. Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır.¹⁵⁶³

Elektronik belge üzerinde keşif işlemi mahkeme salonunda gerçekleştirilirken, elektronik belgenin okunabilmesi için belirli yazılımlara ihtiyaç olabilir. Mahkeme salonunda elektronik ortam sağlayıcı bazı aygıtların yardımı ile keşfi gerçekleştirmek mümkünse, bu elektronik belgeler üzerinde keşif, mahkeme salonunda hatta duruşma sırasında yapılabilir. Yani inceleme için yardımcı bir yazılıma ihtiyaç olması, tek başına keşif işleminin mahkeme salonunda yapılmasına engel değildir. Bir diğer deyişle, elektronik belgenin okunabilmesi için bir yazılıma ihtiyaç duyulması, başlı başına bu inceleme için doğrudan bilirkişi yardımına başvurulmasına sebebiyet vermez. Hâkim, bu incelemeyi mahkeme salonunda ve bilirkişi yardımı olmadan da gerçekleştirebilmelidir. Ancak gerekli donanım söz konusu değilse, bu halde hâkimin

¹⁵⁶² Yargıtay 11. HD, E. 2012/16138, K. 2013/13181, T. 24.6.2013, (kazanci.com).

¹⁵⁶³ 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanunun 25 inci maddesiyle, bu fıkra “yeri” ibaresinden sonra gelmek üzere “kapsamı” ibaresi eklenmiştir. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. resmigazete.gov.tr/2020/7251, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

keşif için yardım alması her zaman mümkündür.¹⁵⁶⁴ Bu ihtimalde de keşif, mahkeme salonunda ya da mahkeme salonu dışında gerçekleştirilebilir.

Buna göre, keşfin mahkeme salonu dışında yapılması, keşif için bilirkişiye başvurulması sonucunu otomatik olarak doğuran bir sebep gibi görülmemelidir. Hâkim teknik bir kayıt üzerinde, bir güvenlik kamerası kaydı üzerinde ya da bir arazinin havadan çekilmiş fotoğrafları üzerinde doğrudan kendi duyularıyla inceleme yapabilmeli, gördüklerini de önce keşif tutanağına sonra mahkeme kararına aktarabilmelidir.¹⁵⁶⁵

Ayrıca elektronik veriler üzerinde keşfin, keşif yeri bakımından en çok öne çıkan özelliği, keşfin malzemesi fiilen mahkeme salonuna getirilememesine rağmen, keşfin yerinin yine de mahkeme salonu olabilmesidir. Örneğin bir ilaç şirketinde medikal bölge sorumlusu olarak çalışan bir kişinin, şirkete ait sır niteliğindeki bilgileri elektronik posta yoluyla paylaştığı vakiasının ileri sürüldüğü bir uyuşmazlıkta, bu vakianın hâkim tarafından bizzat elektronik posta iletilisinin orijinalinin incelenmesi şeklinde yapılması mümkündür. Bunun için o elektronik postaların fiilen atılmış olduğu bilgisayarın coğrafi olarak bulunduğu yere ya da şirket binasına gitmek gerekli değildir.¹⁵⁶⁶ Sonuç olarak böyle bir keşif, mahkeme salonunda da yapılabilir. Burada mahkemeler bünyesinde elektronik keşif organizasyonu kurulması gerekliliği önerisi bir kez daha ön plana çıkmaktadır. Mahkeme bir elektronik ortam keşfini uzaktan

¹⁵⁶⁴ Elzer, **Der Beweis**, (beck-online.de), s. 37 vd.; Viefhues, **NJW**, s. 1011; Bilirkişilerin mahkemeye sundukları dijital fotoğraflar için ayrıca bkz. Peter Bleutge, “Digital versus analog - Verwendung digitalisierter Fotos in Gutachten”, **NJW**, 2002, Heft 38, s. 2765.

¹⁵⁶⁵ Örneğin, bir uyuşmazlıkta iki ayrı zamanda çekilmiş iki hava fotoğrafı bulunmasına rağmen, bunlardan yalnız eski tarihli olanın dikkate alınmış olması bozma sebebi olarak kabul edilmiş, iki farklı zamanda çekilmiş olan fotoğrafların tamamının incelenmesinin zorunlu olup ayrıca HMK’nın 290/2. maddesi gereğince refakate alınacak bir fotoğrafçı aracılığıyla taşınmaz ve çevresinin renkli fotoğrafları çektilererek hâkim tarafından onaylandıktan sonra dosya arasına konulması gerektiğine karar verilmiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2011/7903, K. 2012/74, T. 16.1.2012, (kazanci.com). Yine yakın tarihli olan hava fotoğraflarından yararlanılması yönünde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2015/17580, K. 2017/140, T. 11.1.2017, (kazanci.com).

¹⁵⁶⁶ Yargıtay’ın önüne gelen benzer bir örnekte elektronik postaların içerikleri, elektronik iletilerin çıktıkları mahkemeye sunularak incelenmiş ve karar bu çıktılar üzerinden verilmiştir. Ancak burada esas olan eğer mümkünse ve gerekliyse keşfin mahkeme salonunda ya da dışında yapılması fark etmeksizin o elektronik postaların orijinalliğinin hâkimce takdir edilmesidir. Karar için bkz. Yargıtay 9. HD, E. 2022/6929, K. 2022/8687, K.T. 05.07.2022 (legalbank.net), (çevrimiçi: 26.04.2023).

gerçekleştirmek bakımından ne kadar hazırlıklıysa, keşif işlemi o kadar pratik ve sorunsuz olarak yerine getirilebilir.

2. Mahkeme Salonu Dışında Yapılan Keşif

Bazı durumlarda belirli bir mahalde, “bölgesel keşif” ya da “yerel keşif” yapmak yerine, mahkeme salonundan ayrılmadan örneğin bir fotoğraf üzerinden keşif yapmak da mümkündür. Elektronik belgeler bakımından iki türlü (mahkeme salonunda ya da mahkeme salonu dışında) keşif incelemesi de mümkündür. Belgenin bulunduğu ortam, erişilebilirlik ve mahkemenin gerekli teçhizata sahip olup olmaması elektronik belgeler bakımından keşfin yerini belirleyen belli başlı unsurlardır.

Mahkeme salonu dışında yapılan keşif bakımından dikkate alınması gereken temel ilkelerin başında aleniyet ilkesi gelmektedir. Aleniyet ilkesi bakımından yargılamanın, yani keşif faaliyetinin nerede yapıldığının önemi yoktur. Başka bir ifadeyle aleniyet ilkesi yargılamanın yapıldığı yere göre değişmez.¹⁵⁶⁷ Bunun anlamı yargılamanın çeşitli sebeplerle mahkeme salonu dışında yürütülmesinin tek başına aleniyet ilkesinin bir istisnası olmamasıdır. Mahkeme salonu dışında gerçekleştirilen keşif incelemesinde de keşfin konusundan bağımsız olarak aleniyet ilkesi geçerliliğini korumaktadır.¹⁵⁶⁸

Aleniyet ilkesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 28. maddesinde düzenlenmektedir. Buna göre mahkemelerde alenilik kuralıdır. Aleniyet ilkesinin yargılamada objektifliği desteklediği ve aynı zamanda gerçeğe aykırı beyanlarda bulunulmasının da bir nebze önüne geçme amacına hizmet ettiği ifade edilmektedir.¹⁵⁶⁹

¹⁵⁶⁷ Pekcanitez, **Aleniyet**, s. 575.

¹⁵⁶⁸ Pekcanitez, **Aleniyet**, s. 575.

¹⁵⁶⁹ Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt I, s. 147; Elzer, **Der Beweis**, s. 37 vd., (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.06.2023); Gayretli Aydın, **Ses ve Görüntü Nakli**, s. 2121; Nesibe Kurt Konca, **Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 25 vd.

Burada Hukuk Muhakemeleri Kanununun 218. maddesinden de söz etmek gerekir.¹⁵⁷⁰ Bu hükümde keşif deliliyle ilintili olarak iki temel nokta göze çarpmaktadır. Bunlardan bir tanesi mahkeme salonu dışında incelemenin düzenleme altına alınmış olmasıdır. İkinci dikkat çekici husus ise, bu incelemenin bilirkişi tarafından yerine getirilebileceği gibi, bizzat hâkim tarafından da gerçekleştirilebilecek olmasıdır. Bu halde denilebilir ki bu inceleme bilirkişi tarafından gerçekleştirildiğinde bir bilirkişi raporu olarak dava dosyasında yerini alırken, bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilirse bir keşif niteliğinde olup, dava dosyasında bir keşif incelemesi olarak yer bulacaktır.¹⁵⁷¹

Elektronik belgeler saklandıkları ortam bakımından geleneksel belgelerden oldukça farklıdır. Bu nedenle geleneksel belge temel alınarak yapılan düzenlemeler bazen elektronik belgeler için gerekli uygulamalara tam olarak uymaz. Elektronik belgelerde aidiyet, konum ve elde bulundurma kavramları karmaşıktır. Bunları tespit etmek her zaman kolay olmaz. Bu nedenle bir elektronik belge için yerinde incelemenin nerede yapılabileceği de her zaman net değildir. Örneğin bir bulut bilişim ortamında kaydedilen elektronik belgenin yerinde incelenmesi uygun görüldüğünde, bu belgelerin fiziki olarak bulunduğu yerin nasıl tespit edilebileceği tartışılabilir. Kural olarak bu yer bulut bilişim teknolojisinin sağlayıcısının verileri sakladığı merkezi neredeyse orası olmalıdır. Bu halde belgelerin fiziki olarak bulunduğu yerin tespiti zorlaşabilir. Çünkü, bu hizmet sağlayıcılar, çoğu zaman yabancı bir ülkededir ve verileri yerel olarak depolamazlar. Bu halde mahkemeye getirilmesi zor veya sakıncalı görülerek yerinde incelenmesi gereken bir elektronik belgenin aslı Türkiye sınırlarında bulunmamış olur. Bu durumda hâkimin bir yabancı ülkede yerinde inceleme yapması ya da bunun için bir bilirkişiyi görevlendirmesi yargı yetkisinin dışında kalacaktır.¹⁵⁷²

¹⁵⁷⁰ Muşul, **a.g.e.**, s. 362. Bilirkişinin yerinde inceleme yetkisiyle inceleme yapması hususu yukarıda da ele alınmıştı. Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 2.

¹⁵⁷¹ Muşul, **a.g.e.**, s. 362. Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2012/8025, K. 2012/9019, T. 2.7.2012, (kazanci.com).

¹⁵⁷² İnci Ataman Fıganmeşe, “Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, **MHB Gülören Tekinalp’e Armağan**, 2003, Sayı 1-2, İstanbul, 2004, s. 25; Aşık, **Keşif**, s. 138 vd.

Bu halde elektronik belgeler bakımından yerinde incelemenin yapılması oldukça karmaşık durumlara yol açabilir.

Yine elektronik belgenin bulut bilişim ortamında kayıtlı bulunması durumunda, bu verilerin blockchain teknolojisi kullanılarak tutulduğu düşünüldüğünde, durum daha da karmaşık bir hal alır. Çünkü dağıtık defter teknolojisi denilen bir sisteme dayanan blockchain tabanlı depolama sisteminde bu verilerin tam olarak nerede tutulduğunun resmi olarak tespit edilmesi neredeyse imkânsızdır. Bu halde o elektronik belgeler için yerinde uygulamanın yapılacağı yerin tespit edilmesi dahi mümkün olmayabilir.¹⁵⁷³

İşte elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından hem HMK m. 218 hükmü hem de genel olarak keşif hükümleri kapsamında, mahkeme salonu dışında keşif ya da belge incelemesi söz konusu olduğunda, belgenin yerini tam olarak tespit etmek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle elektronik belgeler için özel olarak yeni teknolojilerin de dikkate alındığı elektronik belge üzerinde keşif düzenlemesi getirilmesi en uygun çözüm olarak görünmektedir. Bu düzenlemeyle keşfin yeri bakımından da elektronik belgenin ruhuna uygun kurallar getirilebilir. Böylece mahkeme salonu dışında keşifle ilgili elektronik belgenin karakterine uygun bir çözüm bulmak mümkün olur.

Mahkeme salonu dışında yapılan keşif incelemelerine örnek verilirken, tahkim yargılamasındaki keşiften de kısaca söz etmek gerekebilir. Zira bir bakış açısına göre, tahkim yargılamasında gerçekleştirilen her türlü keşif, niteliği gereği mahkeme salonu dışında yapılan keşif olarak nitelendirilmektedir. Özellikle milletlerarası tahkim yargılamasında keşif deliline başvurulması gerektiğinde, bunun ekseriyetle mahkeme salonu dışında gerçekleştirilen keşif incelemesi olacağı öngörülmektedir. Keşif delili bu bağlamda milletlerarası tahkime ilişkin çalışmalarda olay yeri incelemesi olarak da anılmaktadır.¹⁵⁷⁴ Milletlerarası tahkimde genel itibariyle keşif incelemelerine

¹⁵⁷³ Aşık, **Keşif**, s. 138 vd.

¹⁵⁷⁴ Hacıbekiroğlu, **a.g.e.**, s. 26.; Martin Hunter, “Modern Trends in the Presentation of Evidence in

çoğunlukla inşaat sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklardaki adı geçen inşaat alanı üzerinde yapılan keşifler örnek gösterilmektedir.¹⁵⁷⁵ Zira bir yapı inşaatı doğası gereği taşınmaz niteliğindedir ve bulunduğu yerde incelenmesi gerekir.

Ancak yukarıda verilen örnek, bir klasik keşif malzemesi olan taşınmaz üzerindeki keşfi temsil eder. Bir diğer görünüm şekliyle de aslında dar anlamda keşif örneğidir. Acaba klasik olmayan bir keşif malzemesi olarak elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından da tahkimde aynı sonuca varmak mümkün olacak mıdır? Elektronik belgelerin milliyetsizliği yaklaşımı nedeniyle, milletlerarası nitelikte bir tahkim yargılamasında bu belgelerin tahkim yargısına geleneksel devlet mahkemelerine göre daha kolay uyum sağlayabileceği düşünülmektedir.¹⁵⁷⁶

Neticede elektronik belgelerin genel itibariyle hem fiziksel varlığının yani cismani varlığının şüpheli olması hem de coğrafi olarak düzenleme yerinin klasik belgeler gibi kolay tespit edilememesi, keşfin yeri tartışmaları bakımından elektronik belgelerin kendine has bir değerlendirmeye tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

E. Keşif Gerçekleştirilirken Hazır Bulunabilecek Kişiler

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 290. maddesinin ikinci fıkrasına göre, mahkeme keşif sırasında tanık ve bilirkişi dinleyebilir. Keşif sırasında, yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenir.¹⁵⁷⁷ Tutanağa, hâkimin keşif

International Commercial Arbitration”, *The American Review of International Arbitration*, C. 3, 1992, s. 210.

¹⁵⁷⁵ İnşaat uyuşmazlıklarıyla birlikte, medenî hukuk ve ticaret hukuku alanındaki uyuşmazlık örnekleri ve ayrıntılı bilgi için bkz. Thomas Pfeiffer, “Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Brüssel I-VO”, *6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Postdam*, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2013, s. 24-31, s. 25 vd.; Hacıbekiroğlu, *a.g.e.*, s. 26. Burada hakemin, tıpkı mahkemelerdeki keşif kararı gibi, keşif incelemesini bir tutanağa bağlayarak hukuki dinlenilme hakkı kapsamında taraflara bildirmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Hacıbekiroğlu, *a.g.e.*, s. 26.

¹⁵⁷⁶ Pfeiffer, *Reform der Brüssel I-VO*, s. 24 vd.

¹⁵⁷⁷ Bu cümle kanuna 22/7/2020 tarihli ve 7251 sayılı Kanunun 25. maddesiyle sonradan eklenmiştir.

konusu ve mahalliyle ilgili gözlemleri de yazılır. Plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa eklenir.

Yargıtay bir kararında, keşif gerçekleştirilirken hazır bulunabilecek kişilere ilişkin olarak, tarafın bu kişileri hazır etmekle yükümlü olmadığına işaret etmiştir. Yani keşif gerçekleştirilirken hazır bulunabilecek kişilerin hazır edilmesi, taraflar bakımından bir hak ya da imkân olmakla birlikte, bir yükümlülük değildir. Hâkimin yargılamayı sevk ve idaresi kapsamında hâkim gerekirse bu kişileri zorla getirme imkânına da sahiptir. Taraf, keşif esnasında lehine olacak şekilde tanığı hazır etmek istese dahi, tanığı bizzat zorla getirip keşif gerçekleştirilirken hazır bulundurmak gibi bir yetkisi yoktur.¹⁵⁷⁸

Yukarıda ayrıntılı olarak ele alındığı gibi, keşif esnasında bilirkişinin bulunması zorunluluk değildir.¹⁵⁷⁹ Yalnız hâkimin takdirine bağlı olarak yardıma ihtiyaç varsa bilirkişinin hazır bulunması mümkündür. Ancak, Yargıtay bu hususta farklı yönde karar vermektedir. Örneğin bir kararda bilirkişi eşliğinde keşif

¹⁵⁷⁸ Buna göre kararda vurgulanan şu hususlar öne çıkmaktadır: “Hâkim keşfin sağlıklı ve düzen içerisinde yapılması için gerekli her türlü zabıta ve güvenlik önemlerini almaya yetkilidir. Tarafların tanık ve bilirkişilerini keşif yerinde hazır bulundurmalarını zorunlu kılan bir yasa hükmü de yoktur. Davetiye tebliğine karşın görevini ifa etmeyen tanık ve bilirkişilerin ihzarları yasada öngörülen bir olanaktır. Hal böyle olunca iddia ve savunmalar çerçevesinde tarafların delilleri toplanmalı, usûlün öngördüğü biçimde keşif yine de yapılmalıdır.” Kararın devamında şu hususlar vurgulanmaktadır: “Mahkemenin keşfe ilişkin ara kararı uyarınca, taraf keşfin yapılması için keşif giderlerini mahkeme veznesine depo etmiş ve tanıklar adına keşif gününü ve saatini bildirir davetiyeler gönderilmiştir. Buna karşın davacının bilirkişilerini temin edemediğinden bahisle keşfin yapılamadığı mahkemece düzenlenen... tutanak içeriğinden anlaşılmaktadır. ...Tanıkların korktuklarından bahisle keşif yerine gelemeyeceklerine ilişkin davacının ...bildirdiği özrün, yasal anlamda bir özür olarak kabul edilmesi olanağı yoktur. Hâkim keşfin sağlıklı ve düzen içerisinde yapılması için gerekli her türlü zabıta ve güvenlik önlemlerini almaya yetkilidir. Tarafların tanık ve bilirkişilerini keşif yerinde hazır bulundurmalarını zorunlu kılan bir yasa hükmü de yoktur. Davetiye tebliğine karşın görevini ifa etmeyen tanık ve bilirkişilerin ihzarları yasada öngörülen bir olanaktır. Hal böyle olunca iddia ve savunmalar çerçevesinde tarafların delilleri toplanmalı, usûlün öngördüğü biçimde keşif yapılmak üzere önel ve kesin önel verilmeli, ondan sonra işin esası hakkında bir karar verilmelidir”. bkz. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 1994/8217, Karar Numarası: 1994/9557, Karar Tarihi: 28.11.1994 (legalbank.com). Ayrıca bu yönde bkz. Yargıtay 16. HD, E. 2005/481, K. 2005/667, T. 11.02.2005, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023). Yine, yerel bilirkişi ve tanıkların mümkün olduğunca taşınmaz başında yapılacak keşifte dinlenilmeleri ve ayrı ayrı beyanlarının alınması yönünde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2013/10403, K. 2013/10215, T. 27.6.2013, (kazanci.com).

¹⁵⁷⁹ Keşifle birlikte bilirkişiye başvurma bir zorunluluk olmaması yönünde bkz. III. bölüm, I, B, 2, b.

yapılmadığından bozmaya karar verilmiştir¹⁵⁸⁰. Keşif sırasında hazır bulunabilecek kişilere ilişkin düzenleme, aslında mahallinde keşif anlayışının izlerini taşımaktadır. Düzenleme bu ruhu yansıtacak şekilde kaleme alınmıştır. Yargıtay’ın bir diğer kararında keşif esnasında hazır bulunabilecek kişiler şu şekilde vurgulanmıştır:

“Mahallinde yaşlı, tarafsız, yöreyi iyi bilen, davada yararı bulunmayan şahıslar arasından seçilecek yerel bilirkişilerle aynı yönteme göre tespit edilecek -yeni- fen bilirkişisi ve 3 kişilik ziraat mühendisinden oluşacak uzman bilirkişiler kurulu huzuruyla yeniden keşif yapılmasına karar vermiştir¹⁵⁸¹”.

Bu kararda dikkat çeken iki husus vardır. Bunlardan ilki, toplamda beş adet bilirkişinin keşif için görevlendirilmiş olmasıdır. Bu sayı, genel itibarıyla bakıldığında davanın özelliğine göre, hâkimin takdirine bağlı olsa da, oldukça fazladır. İkinci husus ise, mahallinde keşiflerde öne çıkan yöreyi iyi bilmeleri sebebiyle, bölgenin sakini olan yaşlı kişilerden tercihen bilirkişi görevlendirmesi yapılmasıdır. Bunlara yerel bilirkişi de denilmektedir. Bu kişilerin keşifte görevlendirilmesi bir tür keşif geleneğine dönüşmüştür. Ancak burada ilginç bir husus bu kişilerin, taşınmaz keşiflerinde ne kadar etkililerse, elektronik belgeler üzerinde gerçekleştirilecek keşiflerde bir o kadar etkisiz olabilecekleri gerçeğidir. Şöyle ki elektronik veri ve dijitalleşme meselelerinde bugün itibarıyla uzman olarak bilinen ya da bu tür alanlarda meslek icra eden kişilerin genellikle genç yaştaki kişiler olduğu görülmektedir. Dolayısıyla, elektronik veri üzerinde keşif, medenî usûl hukukunda yaygınlaşırsa, keşifte yaşlı kişilerden yerel bilirkişi atanması anlayışının yerini, genç kişilerin görevlendirilmesi kararları alacak gibi görünmektedir.

Burada bir başka önemli husus keşif gerçekleştirilirken tarafların hazır olmasının ya da en azından hukuki dinlenilme hakkı kapsamında keşif bakımından söz

¹⁵⁸⁰ Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, E. 2022/4981, K. 2022/5923, T. 12.05.2022, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023).

¹⁵⁸¹ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, Esas Numarası: 2021/4568, Karar Numarası: 2022/4122, Karar Tarihi: 25.05.2022, (jurix.com), (çevrimiçi, Erişim Tarihi: 20.05.2023).

sahibi olmasının, Yargıtay kararlarında sıklıkla vurgulanıyor olmasıdır. Örneğin, irtifak hakkına elatmanın kal suretiyle önlenmesine ilişkin bir davada, parselin malikleri davaya bozma kararına uyulduktan sonra dahil edilmiş, ancak keşif onların davaya icabetinden önce yapılmıştır. Bu halde Yargıtay, sonradan davaya dahil edilen maliklerin yokluklarında keşif icra edilmesini savunma haklarının kısıtlanması olarak görmüştür. Bu nedenle Yüksek Mahkeme, tüm tarafların hazır bulunması sağlanarak yerinde yeniden keşif yapılarak uyuşmazlığın karara bağlanması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵⁸² Neticede keşif incelemesinde hazır bulunabilecek kişiler, bir şekilde yargılamaya sonradan dahil olduklarında, keşfin onların katılımından önce yapılmış olması bu gibi sorunlara yol açabilmektedir. Benzeri bir durum elektronik ortam kayıtları üzerinde yapılan bir keşifte, örneğin bir kamera kaydının incelenmesi için verilen keşif kararında da sözkonusudur. Tarafların keşif esnasında hazır bulunarak, kayıtlar incelenirken hâkimin dikkatini çekmek üzere işaret edebilecekleri özellikli noktalar bulunabilir. Bu nedenle, mahkemenin keşif incelemesi yapmadan önce, dosyanın yeterince “olgunlaşmış” olduğundan mümkün olduğunca emin olması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁵⁸³

Yargıtay kararlarında tanıkların keşif esnasında dinlenmesi bazı hallerde adeta bir zorunluluk olarak görülmektedir. Örneğin, davaya konu taşınmazların mera ve yaylak niteliğinde olup olmadığına dair bir ihtilafın çözüme ulaştırılması bakımından, taraf tanıklarının komşu köyler halkı arasından seçilerek dinlenilmesi, hava fotoğraflarından yararlanılması, komşu parsellere ait kadastro tutanaklarının onaylı ve okunaklı suretleriyle varsa, dayanak tapu ve vergi kayıtlarının getirtilerek mahallinde keşifte bunların her birine başvurulması gerektiği ve böylece taşınmazların niteliğinin kesin bir biçimde belirlenmesine ve bu şekilde karar verilmesine işaret edilmiştir.¹⁵⁸⁴

¹⁵⁸² Yargıtay 14. HD, E. 2011/7549, K. 2011/12246, T. 18.10.2011, (kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2012/493, K. 2012/983, T. 30.1.2012, (kazanci.com). Ayrıca bir başka kararda, geçit hakkı tesisi talebine ilişkin bir davada, keşfin davalılara dava dilekçesi dahi tebliğ edilmeden önce yapılmış olmasının yine hukuki dinlenilme hakkının ihlalini doğuracağı yönünde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2012/6815, K. 2012/7888, T. 4.6.2012, (kazanci.com). Aynı yönde bkz. Yargıtay 14. HD, E. 2013/761, K. 2013/2723, T. 25.2.2013, (kazanci.com).

¹⁵⁸³ Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2013/2896, K. 2013/5876, T. 18.4.2013, (kazanci.com).

¹⁵⁸⁴ Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2012/3469, K. 2012/4310, T. 15.5.2012, (kazanci.com).

Son olarak, tanıkların davetiyeyle keşif yerine çağırılmaları ve uyuşmazlığın taşınmaza dair bulunması sebebiyle keşif yerinde dinlenilmeleri gerektiği üzerinde durulmaktadır. Burada ayrıca dikkat çeken bir husus, taşınmazın eğim durumunun keşifle tespit edilmesinin vurgulanmasıdır. Hâkimin, eğimi bizzat keşif incelemesinde tespit etmesi, başlangıçta duyuşsal algısının yardımıyla olur. Yani, hâkim arazinin eğimli bir arazi olup olmadığını, herhangi bir keşif yardımcısından yardım almadan, bizzat kendi duyuşsal algısıyla da keşif yoluyla tespit edebilir. Ancak hâkimin aynı zamanda, örneğin eğimin derecesini de tespit etmesi gerekiyorsa, bu durumda hâkimin hem fiziki keşif yardımcısına (örneğin bir elektronik ölçüm cihazı) hem de bu ölçümde kendisine yardımcı olabilecek bir keşif yardımcısına ihtiyaç duyması sözkonusu olabilecektir. Burada arazideki eğimin hesaplanması eğer teknik bilgiyle birleştirilmesi gereken bir olguyu temsil ediyorsa bu halde de hâkim yardım için bir ayrıca bilgisini aktarmak üzere bir bilirkişi de görevlendirebilir.

Görüldüğü üzere, keşif gerçekleştirilirken hazır bulunabilecek kişiler; taraflar, tanık ve bilirkişiler başta olmak üzere, yeri geldiğinde geniş anlamda keşif yardımcıları da olabilmektedir. Yargıtay kararlarında en çok karşılaşılan keşif yardımcısı örneklerinden biri, hâkimin keşif esnasında fotoğraf çekmek üzere görevlendirdiği fotoğrafçılardır. Bu kişiler, birer elektronik belge olarak kabul edilen fotoğraflarla, keşif malzemesinden replikalar üretilmesine yardımcı olmakta ve keşfe katkı sağlamaktadır. Ancak kendi öznel görüşlerini dava dosyasına aktarmayıp, yalnız keşif malzemesinden teknik kayıtlar üretilmesine destek olduklarından, bu kişilerin bilirkişi olduklarından söz edilemez. Bunlar yukarıda sözü edilen keşif yardımcısı kişilere bir örnek teşkil ederler.

F. İstinabe Yolu ile Keşif

Hukuk Muhakemeleri Kanununun 289. maddesinin birinci fıkrası gereğince, istinabe yoluyla keşif yapılması mümkündür. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 289 keşfe yetkili mahkeme başlığını taşımaktadır. Yani keşfe yetkili mahkeme her zaman

dava ya da görülen iş bakımından yetkili mahkemeye aynı olmayabilir. Keşif, davaya bakan mahkemece icra edilir. Keşif konusu, mahkemenin yargı çevresi dışında ise bu halde keşif incelemesi istinabe suretiyle yapılır. Eğer ki keşif konusu, büyükşehir belediye sınırları içerisinde ise, inceleme, davaya bakan mahkeme tarafından da yerine getirilebilir.

Keşif delili bakımından istinabe yoluna başvurulduğunda, istinabe edilen hâkim tarafından hazırlanan keşif tutanağının önemi büyüktür. Hem HMK m. 156 hem de Alman Medenî Usûl Kanununun 258. maddesinin ikinci fıkrası tutanağa işaret etmektedir. Buna göre, hâkim tarafından gerçekleştirilen delil toplama faaliyetinin sonucunda hazırlanan tutanak, taraflar ve mahkeme yararlanır.¹⁵⁸⁵

Keşfi istinabe yoluyla gerçekleştiren hâkim, keşfe ilişkin tespitlerini tutanağa olması gerektiği gibi aktarmamışsa ya da eksik aktarmışsa, bu durum tutanağın ve keşif işleminin değerini düşürecektir.¹⁵⁸⁶ Ancak, örneğin keşfi bizzat gerçekleştiren naip hâkim, eksik kalan hususları sözlü duruşmada bizzat kendi izlenimleriyle tamamlar ve diğer üyeleri ikna ederse, tutanağın hüküm verilirken dikkate alınabileceği ifade edilmektedir.¹⁵⁸⁷ Toplu mahkemelerde ise mahkeme başkanı, heyetteki hâkimlerden birini keşfin icrası için naip hâkim olarak tayin edebilmektedir.¹⁵⁸⁸

Alman hukukunda, hukuki yardım talep edilen mahkemenin yapacağı duruşmanın aleni olmasının gerekmediği görüşü hâkimdir.¹⁵⁸⁹ Yani hukuki yardım talebiyle bir başka mahkemede gerçekleştirilen duruşmalar aleniyet ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Ancak Türk hukuku bakımından bu yaklaşımın kabul

¹⁵⁸⁵ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 199.

¹⁵⁸⁶ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 199.

¹⁵⁸⁷ Arslan, **Doğrudanlık**, s. 199.

¹⁵⁸⁸ Muşul, **Usûl**, s. 426; Aşık, **Keşif**, s. 28; Meier, **a.g.e.**, s. 321; Müller, **ZPO**, § 181, Rn. 5. Naip hâkimin bir çeşit keşif yardımcısı olarak kabul edilmesi düşüncesi için bkz. III. Bölüm, I, B, 3, b, iii, (1).

¹⁵⁸⁹ Pekcanitez, **Aleniyet**, C.1, s. 575; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, § 23 IV 2.

edilmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵⁹⁰. Gerçekten de burada aleniyet ilkesinin terk edilmesini gerektirecek makul bir sebep yoktur. Hukuki yardım talebi üzerine başka yer mahkemesinde gerçekleştirilen keşifte de aleniyet esas olmalıdır.

Eğer elektronik belgeler üzerinde keşif yaygınlaşırsa istinabe yoluyla keşif ihtiyacının azalabileceğini söylemek mümkündür. Tele-keşif uygulamalarının yeknesak hale getirilmesi de aynı şekilde istinabe suretiyle keşif yoluna gidilmesi ihtiyacını azaltabilecektir. İstinabe suretiyle keşif daha ziyade geleneksel keşif malzemeleri için kullanılan bir yöntem olarak uygulanmaya devam edilebilecektir. Ancak elektronik belgeler ve elektronik ortam keşifleri bakımından keşif konusunun coğrafi konumu her zaman önemli olmadığından, istinabeye başvurma gereği duyulmayabilir.

Sonuç olarak keşfin konusu elektronik belgeler olduğunda, yerinde keşif incelemesi yapılabilmesi, elektronik ortam nerede erişilebilir ise orada mümkün olacağından, bu halde davaya bakan hâkimin, bir başka yer hâkimine keşfi bırakmasına gerek olmayabilir. Bu nedenle elektronik belgeler üzerinde keşif incelemesinde istinabe yolunun daha az başvurulmuş bir yol olabileceği rahatlıkla söylenebilir. Ancak bazı hallerde keşif konusu bir elektronik veri olsa da yine yerinde inceleme yapılmasını gerektiren haller olabilir. Bu hallerde eğer keşif konusu, asıl mahkemenin yargı çevresi dışında kalıyorsa yine de istinabe yoluyla keşif yapılabilir. Örneğin, incelemeye konu olan elektronik belgelerin asılları, bir bütün olarak korunmuş bir şekilde ancak bir veri merkezinde depolanıyorsa ve fiziki olarak incelemenin orada gerçekleştirilmesi gerekiyorsa bu halde elektronik belgeler bakımından da istinabe yoluyla keşif yapılabilir.

¹⁵⁹⁰ Pekcanitez, **Aleniyet**, s. 576. Pekcanitez, Anayasanın 141. maddesi gereği aleniyet ilkesinin hukuki yardım talep edilen mahkeme bakımından da uygulanması gerektiğini ve mahkemenin yapacağı duruşmanın ayrıca karar verilmediği takdirde alenî olması gerektiğini vurgulamaktadır. Bu yönde bkz. Pekcanitez, **Aleniyet**, s. 576.

G. Keşif Tutanağı

Keşif her şeyden öte bir mahkeme işlemidir. Her mahkeme işlemi gibi kayıt altına alınması yani bir tutanakla dava dosyasına usûlüne uygun ve açık şekilde dahil edilmesi gerekir.¹⁵⁹¹ Bu nedenle keşifte yapılan her işlemin, alınan her sonucun gözlemlenen normal ya da anormal her muayene neticesi bulgu ya da tespitin kayıt edilmesi gerekir. Bu açıklamalar dar ya da geniş, klasik ya da klasik olmayan tüm keşif malzemeleri bakımından geçerlidir. Hukuk Muhakemeleri Kanununun keşfin yapılması başlıklı 290. maddesinin ikinci fıkrasına göre, keşif sırasında yapılan tüm işlemler ve beyanları içeren bir tutanak düzenlenir. Tutanağa, hâkimin keşif konusu ve mahaliyle ilgili gözlemleri de yazılır.

Keşif konusunun niteliğine ve araştırılan vakıanın çeşidine bağlı olarak, keşif tutanağı planlar, çizimler, fotoğraflar veya diğer teknik araçlarla desteklenebilir.¹⁵⁹² Örneğin, elektronik veri taşıyıcılarının yanı sıra mekanik veya elektronik olarak kaydedilen ölçüm sonuçlarının da dikkate alınması gerektiğinde bunlar da tutanağa eklenmelidir.¹⁵⁹³ Bazen örneğin, münferit ölçüm verilerinin çokluğu durumunda olduğu gibi, tutanağın ya da eklerinin hazırlanmasının sorunlar ortaya çıkardığı hallerde, böyle bir ek olmadan genellikle keşif işleminin tam olarak anlaşılması mümkün olmayabilir. O nedenle doğrudan tutanakta eklerin içeriği tam olarak

¹⁵⁹¹ Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 370 vd; Mustafa Erdoğan, **Medenî Usûl Hukukunda Keşif Tutanağı**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, 2007, s. 28 vd; Weibel/Walz, **ZPO Kommentar**, s. 1366, Rn. 1; Lambelet, **ZPO Handkommentar**, s. 711, prg. 1. Genel olarak Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde, belgelemeden farklı olarak kayıt ilkesi önemli bir rol oynamaktadır. Özellikle Alman hukukuna göre, oturum protokolü (Sitzungsprotokoll) mahkemenin faaliyetlerinin ana hatlarını içerir. Tutanakların, genellikle duruşma veya duruşmalarda atılan adımları ve özellikle tanık beyanlarıyla ile keşif sonuçlarını içermesi gerekmektedir. Ayrıca her bir mahkeme işlemi için ayrı ayrı protokoller düzenlenerek, yapılan işlemlerin, yetkilendirilmiş bir hâkim önünde atılan adımlar olduğunun kaydı tutulmuş olur. Bu yönde bkz. W. Robert Millar, *Formative Principles of Civil Procedure*, **Illionis Law Review**, 18 III. L.R., 1923-1924, s. 94-117, s. 114, (HeinOnline).

¹⁵⁹² Tutanağın, tüm bu bilgi taşıyıcılarıyla desteklenebileceği ancak bunların yerini alamayacağı yönünde bkz. Weibel/Walz, **ZPO Kommentar**, s. 1367, Rn. 4; A. Staehelin/D. Staehelin/P. Grolimund, **Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts**, 2.A., Schulthess Juristische Medien, 2013. § 18 Rn. 115. Taşınmazın fotoğraflarını çekme bakımından bkz. “*HMK 290. md. hükmü gereğince keşfi izlemeye olanak sağlayacak ve bilirkişi raporlarını denetlemeye yardımcı olacak sayıda fotoğraf çektilerilerek dosyaya konulacağı*”, Yargıtay 14. HD, E. 2015/607, K. 2016/5760, T. 12.5.2016, (kazanci.com).

¹⁵⁹³ Weibel/Walz, **ZPO Kommentar**, s. 1367, Rn. 4.

yazılmasa da bu tür eklemelere atıfta bulunulmalıdır¹⁵⁹⁴. Hâkim tutanağın içeriğini, incelenen nesnenin niteliğine ve incelemenin çeşidine göre takdir etmelidir. Fotoğraflar, diğer delillerin bir parçası olarak da sunulabilir. Örneğin uzman görüşleri, danışılan bilirkişi veya bir tanık ifadesi sırasında hatırlamaya yardımcı olarak sunulmuş olabilirler. Bu durumlarda, sadece görselleştirme ve destek işlevi görürler¹⁵⁹⁵.

Keşif tutanağının niteliğinin belirlenmesi, delil değerinin tespit edilmesi bakımından önemlidir. Öyle ki, keşif tutanağının aksinin tanıkla ispatlanmasının mümkün olmadığı belirtilmektedir¹⁵⁹⁶. Bu bağlamda keşif tutanağının kuvvetli bir takdiri delil olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹⁷. Keşif, hâkimi bir anlamda vakıanın tanığı haline getirmektedir¹⁵⁹⁸. Tutanak ise bu tanıklığın kayıt altına alınması ve dava dosyasına girmesi anlamına gelir.

Keşif tutanağı genel itibariyle, diğer tüm mahkeme işlemlerinin kayda alınmasında olduğu gibi, keşfin bir mahkeme işlemi olarak tutanağa bağlanması açısından öneminin yanında, tespitlerin kayıt altına alınması bakımından da önemlidir. Ancak elektronik belgelerin kendine özgü karakteri gereği keşif tutanağı bakımından bazen ayırık durumlar ortaya çıkabilir. Özellikle elektronik ortamda yapılan keşiflerde, keşif tutanağının düzenlenmesini keşfin kendi özelliğine göre düşünmek gerekir.

Keşif tutanağı, örneğin keşif halihazırda bir elektronik ortamda gerçekleşiyorsa nasıl düzenlenecektir, bunu incelemek gerekir. Ayrıca keşif tutanağının niteliği düşünüldüğünde, aslında onun da bir elektronik belge olabileceği dikkat çekmektedir. Bu halde bu tutanağın örneğin hâkim ya da hazır bulunanlar tarafından imzalanması işleminin nasıl gerçekleştirileceği de ayrı bir sorun olarak karşılaşılan durumlardan yalnız biridir. Keşif tutanağı medenî usûl hukukunun şekli yönünü yansıtan

¹⁵⁹⁴ Weibel/Walz, **ZPO Kommentar**, s. 1367, Rn. 4.

¹⁵⁹⁵ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157.

¹⁵⁹⁶ Ege, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁵⁹⁷ Ege, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁵⁹⁸ Ege, **a.g.e.**, s. 4.

kurumlardan biridir. Hem yapılan işlemlerin ayrıntılarıyla yazılması gereği hem de imzalar bakımından tamamen şekli bir işlemi ifade eder. Ayrıca keşif tutanağına ve dolayısıyla keşfe itiraz bakımından da tutanağın, keşif incelemesini temsil edecek şekilde düzenlenmesi ve ilgililere ulaştırılması önem arz eder.

Bu noktada elektronik belgeler bakımından “kısa keşif” ya da “basit keşif” adı verilen bir keşif işleminden söz edildiğine yukarıda değinilmişti¹⁵⁹⁹. Acaba bu halde de geleneksel bir keşif işlemi gibi keşif tutanağı düzenlenmesi gerekir mi, bunu irdelemek icap eder. Kısa keşif, kural olarak yalnız bir doğrulama işleminden ibaret olacağından detaylı bir tutanak düzenlenmesi gerekli olmayabilir. Ancak hâkim yine de yaptığı işlemi mutlaka kayıt altına almalı ve taraflar bakımından aleniyetini sağlamalıdır.

Keşif tutanağının adli elektronik belge olarak düzenlenmesi ve diğer tüm mahkeme işlemleri gibi UYAP üzerinden oluşturulup kayıt altına alınması söz konusudur. Alman hukukunda da Alman Medenî Usûl Kanununun 130b maddesiyle bağlantılı olarak, keşif tutanağının adli elektronik belge şeklinde de üretilebileceği ifade edilmektedir¹⁶⁰⁰. Buna göre, tutanağın içeriği geçici olarak bir veri taşıyıcısına kaydedilmişse, yani geçici tutanak elektronik bir belge ise¹⁶⁰¹ Alman Medenî Usûl Kanununun 160a (4) maddesi, geçici tutanaktan yola çıkılarak, 130b maddesindeki formun sağlanması suretiyle tutanağın kesin olarak üretilmesine izin vermektedir¹⁶⁰².

Neticede bir elektronik belge üzerinde, bir elektronik ortamda ya da genel anlamda herhangi bir elektronik içerik üzerinde keşif gerçekleştirildiğinde, mutlaka bu işlemin bir tutanağa geçirilmesi gereklidir. Örneğin Yargıtay bir kararında bu hususu şu ifadelerle açıklamıştır:

¹⁵⁹⁹ Ege, **a.g.e.**, s. 4.

¹⁶⁰⁰ Drehsen, **Augenschein**, s. 544, 545.

¹⁶⁰¹ Drehsen, **Augenschein**, s. 544, 545.

¹⁶⁰² Drehsen, **Augenschein**, s. 544, 545; Musielak/Voit, **ZPO**, 160a Rn. 2 vd.; Fritsche, **ZPO**, § 160a Rn. 4.

“Bir tutanağın keşif mahallinde düzenlemesi gerektiği açıktır. Mevcut yasal düzenlemeye aykırı olarak mahkemece keşifte önceden düzenlenen keşif tutanağında ilaveler yapılmak suretiyle keşif anındaki mevcut durum açıkça tespit edilmeden keşif yapılması doğru olmayacağına... göre bozmayı gerektirir...”¹⁶⁰³ Bu karardan yukarıda da ifade edilmiş olan iki önemli husus anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki, keşif tutanağının keşif esnasında düzenlenmesidir. Yani örneğin hâkim keşfe gitmeden önce keşif tutanağını matbu olarak düzenleyerek keşfe ilişkin belirgin tespitlerini yazmazsa, bu halde keşif anındaki mevcut durumun açıkça tespit edilmemiş olacaktır. İkinci bir nokta ise, keşif esnasında hâkim çok detaylı bir duyusal inceleme yapmış olsa bile, gördüklerini ve elde ettiği bilgileri tutanağa aktarmadığı sürece, sanki onları hiç algılamamış kabul edilir.¹⁶⁰⁴ İşte bu nedenle keşif tutanağı son derece mühimdir.

Ancak elektronik keşif işlemi her zaman klasik keşif anlayışına uyum sağlayamayacağından, elektronik belge üzerinde keşif işlemlerinde keşif tutanağı düzenlerken hâkimlerin zorlanması olasıdır. Bu nedenle, elektronik içerik keşfine ilişkin özel bir düzenleme yapıldığı takdirde, keşif tutanağına ilişkin olarak da bir hüküm getirilmesi düşünülmelidir. Örneğin kısa keşif olarak adlandırılacak nispeten basit bir elektronik ortam keşfi yapılıyorsa, buna kısa keşif tutanağı tutulabilir. Ayrıca, işlemin kendisine uygun olarak elektronik keşfin tutanağını da baştan sona elektronik ortamda oluşturmak, düzenlemek, imza etmek, kaydetmek ve gerektiğinde ilgililerle paylaşmak mümkün olmalıdır.

Keşif tutanağı, keşfin sonucunu bir kayıt konusu ve dolayısıyla yargılamada kullanılabilecek bir delil haline getirir. Mahkeme, kararında sadece tutanaktan çıkan keşif sonuçlarına atıfta bulunabilir. Örneğin hâkim keşiften aklında kalanlara dayanarak hüküm kuramaz. Tutanaklar, özellikle delillerin tüm mahkeme heyeti

¹⁶⁰³ Yargıtay 1. Hukuk Dairesi, Esas No. 2015/404, Karar No. 2017/3171, Karar Tarihi: 05.06.2017, (online), (legalbank.com).

¹⁶⁰⁴ Yargıtay, keşif tutanağına ilişkin bir başka kararında, 4473 sayılı Yangın, Yersarsıntısı, Seylâp veya Heyelân Sebebiyle Mahkeme ve Adliye Dairelerinde Ziyana Uğrayan Dosyalar Hakkında Yapılacak Muamelelere Dair Kanuna göndermede bulunarak, her nasılsa zayı bir keşif tutanağına ilişkin olarak, eğer tutanak bulunamazsa, keşifte yapılan işlemlerin yeniden bir keşif yapılarak (tanıkların dinlenmesi, bilirkişiye başvurulması gibi) tekrar edilmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8.H.D., Esas No. 2017/16287, Karar No. 2017/16816, Karar Tarihi: 13.12.2017, (online), (legalbank).

tarafından toplanmayıp münferit üyelere veya bir bilirkişiye tevdi edildiği durumlarda, mahkemenin karar verme süreci için de önemlidir.¹⁶⁰⁵

Son olarak tutanak; planlar, çizimler, fotoğraflar veya diğer teknik araçlarla desteklenebilir. Bir keşif tutanağının eki, elektronik veri taşıyıcılarının yanı sıra mekanik veya elektronik olarak kaydedilmiş ölçüm sonuçlarını da içerebilir. Örneğin ölçüm verilerinin çok fazla ve detaylı olması gibi durumlarda böyle ekler gereklidir. Neticede, keşif tutanağının kendisinde de bu tür eklemelere atıfta bulunulmalı ve keşifteki işlevleri hakkında bilgi verilmelidir.¹⁶⁰⁶

H. Keşif Esnasında Ses ve Görüntü Kaydı Alınması

Keşif esnasında ses ve görüntü kaydı alınması mümkündür. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanununda keşifle ilgili hükümlerde doğrudan keşif esnasında ses ve görüntü kaydı alınmasına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Yalnızca m. 290'ın ikinci fıkrasında keşif sırasında, yapılan tüm işlem ve beyanları içeren bir tutanak düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Ayrıca 22 Temmuz 2020 tarihinde 7251 sayılı Kanunun 25. maddesi ile tutanağa, hâkimin keşif konusu ve mahalliyle ilgili gözlemlerinin de yazılacağı eklenmiştir. Buna göre varsa bir de plan, çizim, fotoğraf gibi belgeler de tutanağa ilave edilir.¹⁶⁰⁷

Burada iki ihtimal ortaya çıkmaktadır. Tutanağa eklenebilecek bu belgeler arasında keşif esnasında kaydedilen ses ve görüntü dosyasının da bulunması

¹⁶⁰⁵ Lambelet, **ZPO Handkommentar**, s. 711, prg. 1. Benzer şekilde, (Madde 181 N 16 ff; BGE 106 Ia 70 E. 2; R. Tinner, ZSR 1964, s. 346 vd. idari işlemlere vurgu yaparak) nesnenin - üçüncü bir tarafın malı olması, bozulabilir olması veya başka bir yerde vazgeçilmez olması nedeniyle - incelemiden hemen sonra iade edilmesi gerektiği durumlar da tutanağın, mahkemenin karar verme sürecindeki önemini gösteren örnekler olarak verilmektedir.

¹⁶⁰⁶ Weibel/ Naegeli, **Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, s. 1083, 1084.

¹⁶⁰⁷ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm, II, G.

mümkündür. Bu halde ilk ihtimalde keşif esnasında alınan kayıt, keşif tutanağının bir elektronik eki olmuş; keşfin kendisi bir bakıma elektronik belgeye dönüşmüş olur.

İkinci ihtimal ise keşif esnasında alınan ses ve görüntü kaydının bir keşif tutanağı yerine geçmesinin mümkün olup olmadığını tartışmayı gerektirir. Örneğin, klasik keşif nesnelerinin teknik aktarımı yoluyla gerçekleştirilen bir keşif incelemesinde, keşif bu ses ve görüntü içeren teknik kayıt üzerinde gerçekleştirilmiş olur. Şimdiye kadar tartışılan klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtlarına ek olarak, klasik keşif nesnelerinin teknik aktarımları da mümkündür. Buna daha önce değinildiği gibi tele-keşif denilmektedir.¹⁶⁰⁸

Bu tür bir tele-keşif, klasik bir keşif nesnesinin belirlenen keşif gün ve saatinde görüntü ve/veya ses olarak canlı kaydedilmesi durumunda mevcuttur. Bu durum ses ve görüntü nakli yoluyla duruşma yapılması gibi, ses ve görüntü nakledilmesi yoluyla keşif incelemesinin de yapılabilmesinin bir örneğidir. Bu keşifte de ses ve/veya görüntü genellikle internet üzerinden bir web kamerası aracılığıyla mahkeme salonuna anlık veri aktarılması şeklinde gerçekleştirilir.

Bazı durumlarda, klasik keşif nesnelerinin bu tür teknik aktarımları, keşif ikameleri (keşif vekili nesneler) olarak da adlandırılır.¹⁶⁰⁹ Ancak, burada elektronik verinin anlık olarak iletilmesinin (*übertragung*), mevcut bir kayıttan (*aufzeichnungen*) yapılan incelemeden ayırt edilmesi gerekmektedir. Çünkü ikisi aynı şey değildir. Doktrinde, iletimlerin, tıpkı kayıtlar gibi, "duyusal algının doğrudanlığı" özelliğini yerine getirmediği ifade edilmektedir. Bu bir bakıma doğru bir eleştiridir. Çünkü teknik olarak gelişmiş araçların kullanımı görsel imgeler ve/veya klasik keşif nesnelerinin imgelerini yaratır.¹⁶¹⁰ Yani gerçeklik algısında bir dijital dolaylılık söz konusudur. Hatta bu tür “tele-keşif” incelemeleri bakımından bu dijital dolaylılık kaçınılmazdır. Bu nedenle, klasik keşif nesnelerinin teknik aktarımları söz konusu

¹⁶⁰⁸ Tele-keşif kavramı, yukarıda keşif yardımcılıyla bağlantılı olarak ele alınmıştı. Bu yönde bkz. III. Bölüm, I, B, 3.

¹⁶⁰⁹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30; Drehsen, **Augenschein**, s. 186.

¹⁶¹⁰ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30.

olduğunda, bağımsız keşif vekilleri yaratılmaz. Bunun yerine, keşif nesnesi teknik olarak iletilen klasik keşif nesnesinin kendisi ve iletim için kullanılan ekipman ise objektif keşif yardımcılarının bir örneği olarak kabul edilir.¹⁶¹¹

Bu örnekteki gibi bir sonucun, Alman Medenî Usûl Kanununda madde § 128a'nın ikinci fıkrası bakımından da desteklenmekte olduğu kabul edilmektedir.¹⁶¹² Böylece Türk hukukundaki SEGBİS sistemine benzer şekilde tarafların, tanıkların ve gerektiğinde başvurulacak bilirkişilerin ses ve görüntülerinin aktarılması gibi, keşif nesnesi her neredeyse oradan aktarılacak suretiyle incelenir.¹⁶¹³ Her ne kadar Alman Medenî Usûl Kanunundaki 128a maddesi burada örnek olarak gösterilse de bunun doğrudan tele-keşif işleminin bir kanuni dayanağı olarak kabul edilemeyeceği eleştiriler arasındadır.¹⁶¹⁴ Burada öneri, keşif işlemlerini detaylı düzenleyen ve “tele-keşif”i de bir terim olarak kanuna dahil edecek isabetli bir yasal düzenlemenin getirilmesi olmalıdır.

Burada önem arz eden bir diğer husus şudur: Klasik keşif anlayışında keşif incelemesinin, keşif konusu taşınmaz ya da taşınır eşya her neredeyse onun bulunduğu yere gidilerek yapılması esastır. Ancak, elektronik veriler üzerinde keşif gerçekleştirilirken, elektronik verilerin vatansızlığı nedeniyle, bulundukları yere gidilmek suretiyle inceleme yapılması her zaman mümkün değildir. Bir diğer elektronik veri üzerinde keşif malzemesi türü olan, klasik keşif malzemelerinden elde edilen teknik kayıtlar üzerinde keşifte de durum benzerdir. Burada aradaki fark şudur: Normal şartlarda, klasik bir keşif malzemesinin, örneğin bir taşınmazın bulunduğu yere gidilerek mahallinde incelenmesi esastır. Fakat tele-keşif yöntemiyle bu incelemenin, elektronik veri aktarımı suretiyle o mahale hiç gitmeden yapılması imkânı sözkonusudur. Bu hal, çoğu zaman bir kolaylıkken bazen bir zorunluluktan da ileri gelebilir. Bu açıklamalara keşif yardımcısına başvurulmasına ilişkin imkânsızlık yaklaşımı izah edilirken ayrıntılı bir şekilde yer verilmişti.¹⁶¹⁵ Sonuç olarak klasik bir

¹⁶¹¹ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30.

¹⁶¹² Huber, **Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil**, (beck-online.de).

¹⁶¹³ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30.

¹⁶¹⁴ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30; Drehsen, **Augenschein**, s. 186.

¹⁶¹⁵ Ahrens, **Beweis**, Kap. 22, Rz. 30.

keşif malzemesinin teknik aktarımı yoluyla da keşif incelemesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.¹⁶¹⁶

Ayrıca, tele-keşif durumunda klasik keşif nesnesi, görüntü aktarımı açısından iki boyutlu algılanır. Bir video kaydının (keşif ikame nesnesi olarak) mahkeme tarafından keşif yoluyla incelenmesi durumunda olduğu gibi, iki boyutlu olmanın algıda yaratabileceği dezavantajlar göz ardı edilmemelidir. Örneğin ses ve görüntü nakli yoluyla tanık dinlenmesinde olduğu gibi, manipülasyon riskinin söz konusu olduğu da unutulmamalıdır. Hâkim iki boyutlu görmenin ya da yalnızca duymanın yaratabileceği algı kaybının bilincinde olmalıdır.¹⁶¹⁷

Bu gibi hallerde, mahkemenin, keşfe özel olarak organize edilmiş cihazların yardımıyla, gerektiğinde yakınlaştırma, görüş açısını değiştirme ve benzeri fonksiyonları kullanarak daha iyi görüş elde etmesi mümkündür. Ayrıca, tele-keşif incelemesi, bir çeşit canlı iletim sağlayacağı için hâkimin anlık olarak görüntüdeki aktörleri yönlendirme imkânı da bulunabilir. Bu da aslında interaktif olmayan bir keşif ikame nesnesi incelemesinden daha avantajlı inceleme sağlar.¹⁶¹⁸

Sonuç olarak, delillerin doğrudanlığı ilkesi, tele-keşif kurumunun kabul edilmesiyle çelişmez. Her şeyden önce, davanın esasına bakan mahkeme tele-keşif muayenesini kendisi yapmaktadır. Bu nedenle, delillerin toplanmasının şekli doğrudanlığı ilkesi ihlal edilmemektedir. Aynı şekilde delillerin toplanmasında maddi doğrudanlık bakımından da ihlal olmadığı sonucuna varılması mümkün görünmektedir. Bunun yanında aleniyet ilkesi ve taraf aleniyetinin de bundan olumsuz

¹⁶¹⁶ Drehsen, **Augenschein**, s. 187.

¹⁶¹⁷ Örneğin, özellikle uyuşmazlığın taşınmazın aynına ilişkin olduğu durumlarda, yerel bilirkişi ve tanıkların mümkün olduğunca taşınmaz başında dinlenmesi ve beyanlar arasında çelişki bulunması halinde yüzleştirme yapılarak çelişkinin giderilmeye çalışılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu halde tele-keşif yöntemine başvurulması halinde, çelişkilerin giderilmesi yine de tanıklara ve taraflara aynı anda sorular sorulmasıyla bir ölçüde sağlanabilecektir. Ancak Yargıtay'ın özellikle taşınmazlar bakımından yerinde keşif incelemesi yapılması yönünde yerleşmiş bir anlayışı hâkimdir. Bu yönde bkz. Yargıtay 8. HD, E. 2011/7505, K. 2011/7873, T. 29.12.2011, (kazanci.com).

¹⁶¹⁸ Drehsen, **Augenschein**, s. 187; Schultzky, NJW 2003, 313, s. 314.

etkilenmediği, etkilense dahi bunun katlanılamayacak boyutlarda olmadığı ifade edilmektedir.¹⁶¹⁹

Neticede, klasik keşif nesnelerinin teknik transferleri, keşif ikamesi denilen keşif malzemelerinin dışında kalmaktadır. Çünkü biri diğerinin yerine geçebilecek yeni bir nesne yaratılmamıştır. Böylece, klasik keşif nesnelerinin teknik olarak iletilmesi durumunda, daha ziyade tele-keşif olarak adlandırılan ve daha önce keşif yardımcıları bahsinde adı geçen yeni bir keşif türü ortaya çıkmaktadır. Bu türün varlığı bu bölümde, ses ve görüntü nakli yoluyla keşif tartışmaları etrafında pekişmektedir. Burada klasik bir keşif nesnesi maddi bir yardım vasıtasıyla görüntülenmekte ve bu sayede keşif nesnesinin dava malzemesi olarak dava dosyasına ve hâkimin algısına böylesi kendine has bir yöntemle dahil edilmesi söz konusu olabilmektedir.

İ. Elektronik Belgeler Bakımından İbraz ve Keşfe Katlanma Zorunluluğu

1. Elektronik Belgeler Bakımından İbraz Mecburiyeti

Günümüzde usûl hukuku anlayışının eskiye göre daha özgür bir hal aldığını söylemek mümkündür. Bu yaklaşımın oluşmasında en önemli etken, sübjektif haklara ulaşma amacıyla birlikte, sosyal adalete katkıda bulunma fikri gösterilmektedir.¹⁶²⁰

¹⁶¹⁹ Drehsen, **Augenschein**, s. 188.

¹⁶²⁰ Bkz. Rolf Stürner, **Die Aufklärungspflicht der Parteien des Zivilprozesses**, 1976, Tübingen, s. 29 vd.; Eike Schmidt, **Der Zweck des Zivilprozesses und seine Ökonomie**, Frankfurt, 1973, s. 31 vd.; Hans Friedhelm Gaul, “Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses”, **AcP**, 1968/168, s. 53; Alangoya, **İlkeler**, s. 87; Kamil Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul, 1990, s. 34; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 784.

Dava malzemesinin toplanmasına taraflar ne kadar katkı sağlarsa, maddi gerçeğe ulaşılması ve böylece sübjektif hakların yerine getirilmesi de bir o kadar kolaylaşmış olacaktır.¹⁶²¹ İşte bu nedenle ispatsız kalma riskini mümkün olduğunca bertaraf edebilmek adına, tarafların bir katkıda bulunma yükümlülüğü altında olduğu düşüncesi gelişmiştir. Tarafların katkıda bulunma yükümlülüğü altında olduğu düşüncesi aslında yeni değildir. Bu anlayış temelini tarafların dürüst davranma yükümlülüğünden alır. Tarafların belgeleri mahkemeye vermeye zorlanarak davayı aydınlatma ve dürüst davranma yükümlülüğünün bir gereğini yerine getirdiği belirtilmektedir.¹⁶²²

Hukuk Muhakemeleri Kanunuyla daha önce kanunda düzenlenmemiş olan belgelerin mahkemeye ibrazı zorunluluğu düzenlenmiştir. Böylece taraflara genel bir usûli ibraz yükümlülüğü getirilmiştir.¹⁶²³ Bu düzenlemenin özellikle iki yönden isabetli olduğu ifade edilmektedir. Bunlardan ilki tarafların davayı aydınlatma ödevini usûl hukukunun amacına uygun olacak şekilde genişletmesidir. İkincisiyse, ibraz yükümlülüğünün usûl kanununda düzenlenmesiyle birlikte, maddi hukuk yerine, isabetli olarak usûl hukukuyla bağının perçinleşmiş olmasıdır.¹⁶²⁴

Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen belgelerin ibrazı mecburiyeti ve keşfe katlanma zorunluluğuyla, hem taraflara hem üçüncü kişilere yüklenen aydınlatma ödevinin kapsamının genişletildiği ifade edilmektedir.¹⁶²⁵ Alman Medenî Usûl Kanununda 142. madde yukarıda izah edilen anlayışa hizmet eden bir düzenleme olarak karşımıza çıkar. Benzer şekilde Hukuk Muhakemeleri Kanununun 219. maddesi de tarafların delil toplama faaliyetine katkısını sağlamak adına düzenlenmiş bir maddedir. Bir diğer deyişle Hukuk Muhakemeleri Kanununun 219. maddesi

¹⁶²¹ Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 784; Higi, **ZPO Kommentar**, s. 1294 vd.

¹⁶²² Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 35.

¹⁶²³ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 35.

¹⁶²⁴ Serhat Sarısözen, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medenî Usûl Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, **TBB Dergisi**, 2011, S. 96, s. 331-382, s. 368; Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 484.

¹⁶²⁵ Ayrıca soy bağının tespiti amacıyla keşfe katlanma zorunluluğunun getirilmesi de tarafların aydınlatma ödevinin genişletilmesinin bir örneği olarak belirtilmektedir. Bu yönde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 32; Sarısözen, **Yeni Düzenlemeler**, s. 369.

katkıda bulunma yükümlülüğünün varlığını kabul eden usûl anlayışının bir tezahürüdür.

Bu düzenlemelerle, tarafa, ispat yükünü taşımasa da belge ibrazı mecburiyetiyle davaya katkıda bulunma yükümü yüklenmektedir.¹⁶²⁶ Belge ibrazı mecburiyeti yalnız taraflar bakımından değil, üçüncü kişiler bakımından da öngörülmüştür. Elektronik belgelerin HMK m. 219 uyarınca, belge ibrazı mecburiyetinin kapsamında değerlendirilmesi gerektiği görüşü ifade edilmektedir.¹⁶²⁷ Hatta burada bir ayırım yapmak gerektiğinde, elektronik belgelerin ibrazı bakımından, keşfe katlanma zorunluluğundan ziyade, belgelerin ibrazı mecburiyetinin daha uygun olduğu düşüncesinin dile getirildiği görülmektedir.¹⁶²⁸

Bir elektronik belge bakımından ibraz mecburiyetinde olan taraf, elektronik belgeyi mahkemeye çeşitli araçlar yardımıyla da olsa sunmak zorundadır. Taraf, elektronik belgeyi sabit disk, CD ya da USB Bellek gibi araçlarla mahkemeye ibraz etmelidir.¹⁶²⁹ Hatta bu elektronik verilerin kolayca okunması için gerekli bir ek donanım varsa bunu da hazır etmelidir. Bugün için bu araçları çok daha geniş düşünmek gerekir. Zira, bilgi taşıyıcıları ve bilişim ortamlarının kendisi de hazır edilebilecek araçlar olarak görülebilir. Ancak bunlar fiziken alan kaplamazlar ve fiilen ibraz edilmeleri mümkün değildir. Burada her bilgi taşıyıcının kendi doğasına uygun bir ibraz geleneği belirlenmesi gerekecektir.

Elektronik belgenin mahkemeye ibraz edilmesi yukarıda sayılanlar gibi çeşitli yöntemlerle yapılabilir ve bu sayım sınırlı değildir. Örneğin yukarıda anıldığı gibi, orijinal olarak elektronik ortamda bulunan bir belgenin mahkemeye ibrazı pek tabi

¹⁶²⁶ Joachim Zekoll/Jan Bolt, “Die Pflicht zur Vorlage von Urkunden im Zivilprozess”, *NJW*, 2002/43, s. 3130; Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 95; Güray Erdönmez, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Delillerin Gösterilmesi ve İbrazi, *IBD*, Cilt: 87, Sayı: 5, 2013, s. 25; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 785.

¹⁶²⁷ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 236; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

¹⁶²⁸ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 236; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133.

¹⁶²⁹ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 236; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 75; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 8.

elektronik posta yoluyla gönderilmek suretiyle de yapılabilir¹⁶³⁰. Ancak burada elektronik iletinin mahkeme tarafına ulaşmış olduğunun teyit edilmesi için standart bir sistem tesis edilmesi gereklidir. Böylece karışıklıkların ve belge kayıplarının önüne geçilmiş olur. Bu noktada mahkemeye ulaşip ulaşmama konusunda bir uyuşmazlık çıkarsa, yerine göre bu uyuşmazlığın kendisi de bir elektronik ortam keşfinin konusunu teşkil edebilecektir.

Mahkeme elektronik belgeyi yukarıda adı geçen herhangi bir yöntemle ya da araçla güvenli şekilde teslim aldıktan sonra, bunu herhangi bir değişikliğe uğramasına izin vermeyecek halde, kendi veri tabanına korumalı bir şekilde kaydetmelidir. Bu kayıt, o belge üzerinde hiçbir değişikliğe izin vermeyen bir formatta yapılmalıdır. Bu şekilde kaydedilen belgeler “yalnız okunur” belgeler olarak anılabilmektedir ve böylece o belgenin yalnız inceleme amaçlı görüntülenebilmesi ve sonradan değiştirilme riskinin önüne geçilmesi sağlanır. Böylece belgedeki özgünlük ve güvenlik unsurları desteklenmiş olur¹⁶³¹.

Elektronik belgeler mahkemeye ibraz edilirken, bazı hallerde elektronik ortamdaki verileri okunabilir hale getiren araçların ya da donanımın mahkemeye ibraz edilmesi teknik olarak mümkün olmayabilir¹⁶³². Fiziki olarak taşınması mümkün olmayan, merkezde sabit olan veri depolama araçları ya da “server” denilen ana kaynaklar buna örnektir¹⁶³³. İşte bu halde artık, belgelerin ibrazı değil, keşfin devreye gireceği ifade edilmektedir¹⁶³⁴.

Elektronik belgeler üzerinde keşifle ilgili Alman hukukunda karşılaşılan bir problem, Alman Medenî Usûl Kanunu § 142’de değişiklik yapılarak getirilen, “diğer

¹⁶³⁰ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 8. Mahkemelerde adli iletişimle ilgili açıklamaların yer aldığı bölümde özellikle Alman Hukuku uygulaması bakımından bu konu detaylı açıklanmıştır. Bu yönde bkz. II. bölüm. III, F, 2 ve 5.

¹⁶³¹ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 8; Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 75.

¹⁶³² Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 236.

¹⁶³³ Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 236.

¹⁶³⁴ Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 236; Yurtbaşı, **Keşif**, s. 133. Ayrıca bu yönde bkz. Musielak/Voit, **ZPO**, § 424 Rn. 1, 2; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 790.

belgeler”e ilişkin yeni tanımla ilgili olarak ortaya çıkmıştır. Çünkü bu hükümde, sözü edilen diğer belgelerin keşif objesine nasıl uyum sağlayacağı tam olarak açıklanmamıştır.¹⁶³⁵

Alman Medenî Usûl Kanunu bakımından belgelerin ibraz mecburiyetiyle ilişkilendirilebilecek yöntemlerin iki türlü olduğu belirtilmektedir. Bu yöntemlerden ilki, Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesinde düzenlenmiş olan hâkimin re’sen gerekli gördüğü bir belgeyi mahkemeye getirtmesi yöntemidir. Buna terim olarak mahkemenin re’sen ibraz kararı denilmektedir. Diğer yöntem ise, medenî yargılama hukukunun taraflarca getirilme ilkesiyle özdeşleşmiş olan ve medenî yargı ruhuna daha uygun düşmekte olan tarafların delilleri hâkimin önüne yığması yöntemidir. Buna da terim olarak tarafların delil ikamesi ya da tarafların belgeleri ibrazı.¹⁶³⁶ denebilir. Alman Medenî Usûl Kanununun 422 ve 423. maddelerinde düzenlenmiş olan tarafların delilleri getirmesi usûlî belgelere ulaşmanın en ideal yolu olarak görülmektedir.¹⁶³⁷

Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesinin belgelerin ibrazı bakımından hâkimin re’sen karar vermesini düzenlediğinden yukarıda söz edilmişti. Bu madde Alman hukukunda bir dizi reformun gerçekleştirildiği 2002 yılında daha geniş bir ifadeye kavuşmuştur.¹⁶³⁸ Buna göre, hâkim tahkikat sürecinde, hangi tarafın vakıasını ispat için o delile dayanmış olduğuna bakılmaksızın, belgenin ibrazını kendiliğinden talep edebilir hale gelmiştir. Önceki madde metnindeki haliyle hâkim, yalnız belgeye

¹⁶³⁵ Drehsen, **Augenschein**, s. 56. Ayrıca bkz. Huber, **Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil**, (beck-online.de); Ingo Saenger, “Verfahrensmanagement im Zivilprozess – Gestaltungsmöglichkeiten und Anreize”, **6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. bis 17. März 2012 in Potsdam**, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2013, s. 9-24. s. 13 vd.

¹⁶³⁶ Saenger, **Verfahrensmanagement**, s. 13 vd.; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 789.

¹⁶³⁷ Saenger, **Verfahrensmanagement**, s. 13 vd.; Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17. Alman Medenî Usûl Kanunundaki 422 ve 423. maddelerdeki anlayışın, Alman yargı kararları ve Alman doktrininde ağırlıklı olarak kabul gören görüş olduğu yönünde bkz. Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 792. Ancak yazar bu görüşün gittikçe önemini yitirmeye başladığının gözlemlendiğini de çalışmada aktarmaktadır. Bkz. Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 792. Ayrıca bu yönde bkz. Bkz.: BGH, 11.06.1990, NJW 1990, S. 3151; BGH, 12.11.1991, NJW 1992, S. 1819; BGH, 7.12.1999, NJW 2000, s. 1109; Musielak/Voit., **ZPO**, § 286 Rn. 130; Hans Prütting, **Discovery im deutschen Zivilprozeß?**, **AnwBl**, 2008, s. 156 vd. Aynı yönde: Peter Arens, “Zur Aufklärungspflicht der nicht beweibelasteten Partei im Zivilprozeß”, **ZJP**, Vol. 96, 1983, s. 21.

¹⁶³⁸ Huber, **Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil**, (beck-online.de); Rühl, **21st Century: The Reform**, s. 917. Ayrıca bkz. Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 142 Rn. 1 vd.

dayanan taraftan belgenin mahkemeye sunulmasını talep edebilmektedir. Yeni halinde ise hangi tarafın, hangi taraf elindeki belgeye dayandığı fark etmeksizin hâkimin o belgenin mahkemeye sunulmasını kendiliğinden talep edebilmesi düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu yenilik esasında medenî yargılama hukukunda daha serbest bir bakış açısının bir sonucudur.¹⁶³⁹ Özetle bu anlayış iki temel kavramla açıklanmaktadır.¹⁶⁴⁰ İspat yükü meselesi ve ispat yükü altında olmasa bile diğer tarafın yükümlü olduğu kabul edilen vakıaların aydınlatılmasına katkıda bulunma yükümlülüğü.¹⁶⁴¹

Özetle Alman Medenî Usûl Kanununda elektronik belgelerin ibrazı bakımından, m. 142 başta olmak üzere 422 ve 423. maddelere göz atmak gerekmektedir. Buna göre delil olarak gösterilen bir elektronik belgenin karşı tarafın elinde bulunması halinde o belgenin ibrazına m. 422 ve 423 kapsamında hükmedilebilecektir. Alman Medenî Usûl Kanununun 422. maddesi, elektronik belgenin ibrazı mecburiyeti örneğinde, bu mecburiyetin maddi hukuka dayanmasını düzenler. Bu durumda ispat yükü altında olmayan tarafın, maddi hukuktan kaynaklanan bir sebeple ibraz zorunluluğu altında olması veya karşı tarafın diğer tarafın elinde olduğu bilinen bir elektronik belgeye dayanmış olması gerekir.¹⁶⁴²

Alman Medenî Usûl Kanunundaki bu hükümlerden yola çıkılarak, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerindeki düzenlemelerle kıyaslandığında, Alman hukukundaki uygulamanın daha sıkı şartlara bağlanmış olduğu tespit edilmektedir. Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesi 2002 yılında bu nedenle bir değişikliğe uğramıştır.¹⁶⁴³ Bu değişiklikle bir bakıma ispat zorluğuna neden olan uygulamanın önüne geçilmek

¹⁶³⁹ Prütting/Gehrlein, **ZPO Kommentar**, § 142 Rn. 2; Peter Gruber/ Erik Kießling, “Die Vorlagepflichten der §§ 142 ff: ZPO nach der Reform 2002”, **ZZP**, V. 116, 2003, s. 310 vd.

¹⁶⁴⁰ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 324 vd.

¹⁶⁴¹ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 325.

¹⁶⁴² Frank Peter Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur im Zivilprozess in Deutschland und Österreich**, Hannover, 2003, s. 17.

¹⁶⁴³ Münchener Kommentar, § 144 Rn. 15; BGH, 26.6.2007, XI ZR 277/05. (<https://lexetius.com/2007,1945>); Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşılma İmkânları**, s. 794, dn. 33.

istenmiştir¹⁶⁴⁴. Böylece m. 142’de yapılan 2002 yılındaki değişiklik sonrasında, hâkime daha geniş bir takdir yetkisinin tanınması amaçlanmıştır.

Belgelerin ibrazına ilişkin yeni anlayışın pek çok tartışmayı da beraberinde getirdiği açıktır. Özellikle bu çalışma bakımından mercek altına alınan elektronik belgelerde sahiplik ve elinde bulundurma unsurları son derece karmaşık bir hale geldiğinden, ibrazla ilişkin kuralların uygulanması kolay olmaz. Neticede tartışmaların odağına ilkeler yerleştirildiğinde, en önemli endişenin medenî usûl hukukunun ruhunu zedeleyecek ve kimilerince zorlama olarak nitelendirilebilecek yenilik beklentisinden ileri geldiği görülmektedir. Buna örnek olarak, hâkime tanınmış olan re’sen delile başvurma imkânının gereğinden fazla geniş olması verilmektedir. Çünkü bu imkân, taraflara tanınandan çok daha geniş bir yetki olarak yorumlanmaktadır¹⁶⁴⁵. Bunun da medenî yargılama hukukunun en temel ilkelerinden biri olan taraflarca getirilme ilkesine (*Verhandlungsmaxime*) aykırı olduğu görüşünün doğmasına neden olduğu ifade edilmiştir¹⁶⁴⁶. Görüldüğü üzere en önemli endişe yargılamada aktörlerin karakteristik rolleri ve geleneksel dengeler çerçevesinde toplanmaktadır. Yukarıda ifade edilen bu endişeyi taşıyan yazarlar, özetle taraf egemenliği (*Parteiherrschaft*) ve hâkim egemenliği (*Richterherrschaft*) arasında dengenin bozulmasının önüne geçmek istemektedirler¹⁶⁴⁷.

Özetle elektronik belgelerin ibrazına ilişkin olarak şu tespiti yapmak mümkündür: Alman hukukundaki uygulama, Türk ve İsviçre hukukundaki uygulamadan farklılık gösterir. Çünkü Türk ve İsviçre hukukunda bir taraf bir delile

¹⁶⁴⁴ Burada ifade etmek gerekir ki yukarıda sözü edilen m. 142, 422 ve 423 birlikte ele alındığında, öncelikle ispat yükü altında olan ve olmayan taraf bakımından bir ayrım yapmak gerekir. İspat yükü altında olmayan taraf bakımından ise m. 142’nin uygulanabilmesi için, aynı zamanda m. 422 ve 423’deki şartlara bakılması gerekip gerekmediği hususunun tartışmalı olduğu ifade edilmektedir. Bu yönde bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 141. Ayrıca bkz. Heinrich Andreas Müller, „Beweisen nach der ZPO“, **Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier**, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 487-505, s. 491.

¹⁶⁴⁵ Kraayvanger/Hilgard, **Urkundenvorlegung**, s. 572; Saenger, **Beweisrecht**, s. 145, 146; Zekoll/Bolt, s. 3129; Stein/Jonas, **ZPO**, § 142 Rn. 20 vd.; Wiczorek/Schütze, § 142 Rn. 13; Adolf Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, **Zivilprozessordnung**, § 142 Rn. 6; S. Lang, **a.g.e.**, s. 195; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 794.

¹⁶⁴⁶ Saenger, **Beweisrecht**, s. 145, 146.

¹⁶⁴⁷ Saenger, **Beweisrecht**, s. 145, 146; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 794.

dayanıyor ve o delil diğer tarafın elinde bulunuyorsa belge ibrazı sözkonusu olur. Ancak Alman hukukunda hâkim takdir ederse, hangi tarafın dayandığına ve hangi tarafın elinde bulundurduğuna bağlı olmadan bir belgenin ibrazına karar verebilmektedir.¹⁶⁴⁸

2. Elektronik Belgeler Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

a. Taraflar Bakımından Keşfe Katlanma Zorunluluğu

Keşfe katlanma zorunluluğu Hukuk Muhakemeleri Kanununda 291. maddede düzenlenmiştir. Buna göre; taraflar ve üçüncü kişiler keşif kararının gereğine uymak ve engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadırlar. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda düzenlenmemiş olan ve haliyle HMK m. 291’de ilk kez düzenlenmiş olan keşfe katlanma zorunluluğunun bir genel hüküm niteliğinde olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁴⁹ Bunun anlamı, keşif malzemesinin ne olduğundan bağımsız olarak; ister klasik bir keşif malzemesi olsun isterse klasik olmayan yeni nesil bir keşif ikame malzemesi olsun, kural olarak keşfe katlanma zorunluluğunun tüm keşif malzemeleri için geçerli olmasıdır.¹⁶⁵⁰

HMK’nın 291. maddesinin ikinci fıkrasına göre, keşif yapılmasına taraflardan birinin karşı koyması hâlinde, o kimse ispat yükü kendisine düşen taraf ise bu delilden

¹⁶⁴⁸ Erdönmez, **Belgelerin İbrazi**, s. 216, 217; Beckhaus, **a.g.e.**, s. 88-122; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 142:

¹⁶⁴⁹ Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 274. Keşfe katlanma zorunluluğunun İsviçre kantonları usûl kanunlarında uzun zamandan beri yer alan bir prensip olduğu görülmektedir. Örneğin Bern Kantonu Usûl Kanununun 263/a ve 350. maddelerinde keşfe katlanma zorunluluğuna ilişkin hükümlerin yer almakta olduğunun bilinmektedir. Bu yönde bkz. Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukuku**, s. 763. Ayrıca bkz. Schmid/Baumgartner, **KUKO ZPO**, Art. 181, Rn. 8 vd.

¹⁶⁵⁰ Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 274.

vazgeçmiş; diğer taraf ise, iddia edilen vakıayı kabul etmiş sayılır. Bu noktada hâkime bir takdir yetkisinin tanındığı görülmektedir. 291. maddenin ikinci fıkrasının devamında, hâkimin karşı koyma eylemine dair, vicdani kanaatine göre karar vermesi düzenlenmiştir. Yani salt tarafın keşfin yapılmasına karşı koyması hâkimin doğrudan delilden vazgeçme ya da vakıayı kabul etme sonucuna varmasına neden olmaz. Şu kadar ki, hâkim duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabilir. Hâkime böyle bir takdir yetkisinin tanınmış olması, delilden vazgeçme veya vakıayı kabul etme yaptırımının, hayati öneme sahip neticeler doğurmasından kaynaklanmaktadır.

Ayrıca önemli bir nokta, katlanma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için, yalnız keşfin icrasını engellemek de yeterli olabilmektedir¹⁶⁵¹. Yani katlanma yükümlülüğünün pasif olarak yerine getirilmesi de mümkündür. Ancak elektronik belgeler bakımından genellikle katlanma yükümlülüğü bir elektronik ortama ya da platforma girişi mümkün kılma, gerekli şifreleri verme, biyometrik imza için bizzat hazır bulunma gibi aktif eylemler gerektirebilir. Dolayısıyla elektronik ortam keşiflerinde keşfe katlanmanın mahiyeti değişiklik gösterebilir.

Elektronik belgeler bakımından keşfe katlanma zorunluluğuna dair bir özellik, bu zorunluluktan kaçınmaya ilişkin olarak ortaya çıkar. Çünkü hâkimin duruma ve karşı koyma sebebine göre karar vermesi gerekecektir. Dolayısıyla yeni nesil keşif malzemeleri olan elektronik belgelerin keşfi gerektiğinde, çoğunlukla kişisel kullanıma özgülümlenmiş cihazlarda elektronik ortam keşfi yapılması söz konusu olabilir. Dolayısıyla, tarafın kişisel alanına yapılan bu müdahaleye karşı koymak için pek çok sebebi olabilir. İşte bu noktada hâkim önüne gelen somut olaya, keşfin konusuna ve amacına; ayrıca keşfin ispata katkısına göre, tarafın karşı koyma sebebini değerlendirmeli ve kaçınmayı olumlu değerlendirebilmelidir. Bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır¹⁶⁵².

¹⁶⁵¹ Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 275.

¹⁶⁵² Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 284.

Örneğin bir mobil telefon veya bilgisayar üzerinde keşif yapılmasına karar verilmişse, tarafın kişisel bilgilerinin yer aldığı bu cihazlar üzerindeki keşfe kişisel sırlarının ya da mesleki sır niteliğindeki bilginin yayılmaması için karşı koyması mümkündür.¹⁶⁵³ Bu halde hâkim, o keşfin yargılamaya katkısını ve tarafın katlanacağı yükün ağırlığını dengeleyerek buna göre bir karar vermelidir. Ayrıca hâkim, özellikle elektronik ortam keşiflerindeki ifşa risklerine karşı hazırlıklı olarak, keşif yapılsa bile tarafın kişilik haklarını zedelememek için elektronik keşfe özel olarak bazı tedbirlerin alınmasına da karar verebilmelidir. Örneğin, keşif esnasında tarafın kişisel bilgisayarından elde edilen bilgilerin yalnız oradaki kişiler tarafından görülüp, daha başka ortamlara yayılmaması için keşifte hazır bulunan kişilerin görüntü kaydı almasının önüne geçmek üzere bir tedbir alınmasına karar vermesi mümkündür. Zira, örneğin tarafın kişisel bilgisayarında keşif konusu vakıadan bağımsız bir içerik tesadüfen keşif incelemesi esnasında ekranda görüntülendiğinde, bu içerik eğer yargılamadaki çekişmeli vakıaları ilgilendirmiyorsa keşif bakımından da önemsizdir. Ancak keşif esnasında hazır bulunan kişilerden biri (örneğin zabıt katibi veya tanık), kendi cep telefonu ile hâkimin izni olmaksızın o tesadüfi kişisel bilgiyi kaydetse ve yaysa, bu halde keşfe katlanan taraf aynı zamanda geri dönülmez bir kişilik hakkı ihlaline de katlanmak zorunda kalır. Bu halde özellikle elektronik ortam keşiflerinde kişisel kaçınma sebepleri ve bunlara ilişkin tedbirler bakımından daha dikkatli olunması gerekir.

Keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getiren tarafın, yardım yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilir.¹⁶⁵⁴ Hatta bu yardım ve aydınlatma yükünün artık yüksek seslerle dile getirilir olmasının bir sonucu olarak, “*nemo tenetur contra se edere*” ilkesinin, yani kimsenin kendi aleyhine olan delilleri getirmeye zorlanamamasının sınır çizgilerinin aşınmakta olduğu görülmektedir.¹⁶⁵⁵ Bu görünüm, en fazla dijitalleşmenin bilgiye erişimde getirdiği sonsuz hız ve sınırsız bilgi akışıyla

¹⁶⁵³ Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 284. Keşfe katlanma zorunluluğunda, üçüncü kişiler bakımından kabul edilen tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak bu zorunluluktan kaçınma hali taraflar bakımından düzenlenmemiş olsa da doktrinde hâkimin takdir yetkisini bu sebepleri de gözeterek kullanabileceğine işaret edildiği yönünde bkz. **a.g.e.** Ayrıca bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 58 vd; Aşık, **Keşif**, s. 149 vd.

¹⁶⁵⁴ Higi, **ZPO Kommentar**, s. 1290 vd.

¹⁶⁵⁵ Bu yönde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 27; Aşık, **Keşif**, s. 147; Atalay, **a.g.e.**, s. 147; Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 284.

sınanmaktadır. Bir kişisel elektronik ortama keşif yoluyla girilmesi, o kişinin lehine ya da aleyhine pek çok verinin saniyeler içinde görüntülenmesine yol açar. Bu halde o taraf esasında davadaki ispatsızlık riskini ortadan kaldırmak adına, özellikle elektronik veri keşfinde kendi aleyhine de olsa bir adım atmış olmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasındaki dengeyi korumak için, keşfe katlanan tarafın zarar görmek pahasına katlandığı bu yükümlülüğünün bir mükâfatı olması gerektiği ifade edilmiştir.¹⁶⁵⁶ Buna göre, bir taraf keşfe katlanırken, diğer taraf bu katlanmadan yarar sağlamaktadır. İşte bu nedenle, burada keşfe katlanmayan fakat keşif incelemesi neticesinde ayrıntılı açıklamalardan kendi vakıasını besleyen tarafa bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır.¹⁶⁵⁷

Bu noktada Türk, Alman ve İsviçre hukukunda keşif delilinin ve genel olarak delil sistemlerinin yapısının farklı olmasından dolayı farklı uygulamalar akla gelmektedir. Örneğin İsviçre’de Federal Medenî Usûl Kanununun 164. maddesinden yola çıkılarak, keşfe katlanmamanın yaptırımının, delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında olduğunu hatırlamak ve buna göre bir çözüm düşünmek gerekecektir.¹⁶⁵⁸ Alman hukukunda da Alman Medenî Usûl Kanununun 372 ve 427. maddelerinin yol gösterici olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁵⁹ Burada da her ne kadar delil sistemleri aynı olmasa da esasında İsviçre’dekine benzer şekilde ispatsızlık riskini ortaya çıkarmaya doğru giden bir yolu ifade etmekte olan bu durum, yine hâkimce delillerin serbestçe değerlendirilmesi esasına göre çözümlenir.¹⁶⁶⁰

Keşfe katlanma zorunluluğunun bir yük mü yoksa bir yükümlülük mü olduğu da tartışılmaktadır. Burada taraflar ve üçüncü kişiler bakımından bir ayırım yapıldığını belirtmek gerekir. Özetle tarafın keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getirmemesi halinde karşılaştığı yaptırım, davasının aleyhe sonuçlanması riskidir. Bu nedenle de bunun bir yükümlülük değil, bir yük olduğu söylenir. Yani bir zorlama değil, üzerine

¹⁶⁵⁶ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 290.

¹⁶⁵⁷ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 290. Yardımcı bu tartışmaları, somutlaştırma yükü ve bu yükü taşıyan taraf bakımından ele almaktadır. Bu yönde bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 290.

¹⁶⁵⁸ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 290; Rüetschi, **BK – Berner Kommentar**, Art. 164, Prg. 4, 5; Waldmann, 238; Bolayır, **Hâkimin Rolü**, s. 475.

¹⁶⁵⁹ Stein/Jonas/Berger, **ZPO**, § 371, Rn. 42; § 427, Rn. 1.

¹⁶⁶⁰ Yardımcı, **Somutlaştırma**, s. 290; Stein/Jonas/Berger, **ZPO**, § 371, Rn. 42; § 427, Rn.1.

düşen bir yükü yerine getirmemenin sonucuna katlanma şeklinde bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Neticede burada bir yük olduğu kabul edildiğinde, bunun bir usûli yük olarak kabul edilmiş olduğu da vurgulanır.¹⁶⁶¹

Alman hukukundaki durumu anlamak için yukarıda da değinildiği gibi, Alman Medenî Usûl Kanununun 422 ve 423. Maddelerini incelemek gerekir. Zira, ispat yükü altında olmayan tarafın, katlanma zorunluluğu bu maddedeki şartlara göre değerlendirilir.¹⁶⁶² Örneğin bir elektronik belge üzerinde keşifte, elektronik belgeyi sunmak gibi bir zorunluluk için tarafın önce ispat yükü altında olup olmadığına sonra da ilgili maddelere bakılmalıdır.¹⁶⁶³

Özetle elektronik belgeler üzerinde keşifle bağlantılı sayılabilecek yükümlülükler ve ortaya çıkabilecek yaptırımlarla ilgili Hukuk Muhakemeleri Kanununda, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununda ve Alman Medenî Usûl Kanununda farklı düzenlemeler yer almaktadır.¹⁶⁶⁴ İsviçre Medenî Usûl Kanununda m. 164’de hem belgeyi ibraz etmeme hem de keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getirmeme halinde ispatın engellenmesine yönelik bir davranış olduğu kabul edilir. Bu davranışın yaptırımı ise daha önce de ifade edildiği gibi delillerin serbestçe değerlendirilmesi kapsamında ele alınmaktadır.¹⁶⁶⁵ Alman Medenî Usûl Kanununda da m. 371, f. 3’de ve 427’de, benzer şekilde ispatın engellenmesine yönelik taraf davranışı, hâkimin takdir yetkisi kapsamında delillerin serbestçe değerlendirilmesi esasına göre değerlendirilir.¹⁶⁶⁶ Hukuk Muhakemeleri Kanununda ise ispatın engellenmesine yönelik davranış halinde, her olumsuz sonucun yaptırımı ayrıca

¹⁶⁶¹ Bu vurgunun sebebi bunun bir maddi yük olmamasıdır. Yani, örneğin Alman hukukunda olduğu gibi tarafa aydınlatma ödevinin yüklenmesi için, maddi hukuktan doğan bir yükümlülük olması aranmaz. Usûli bir yük olarak düzenlenmiş olması yeterlidir.

¹⁶⁶² Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 290; Bolayır, **Hâkimin Rolü**, s. 475. Alman hukukunda temel haklar kapsamında, tarafın konutunun keşfin yeri ya da doğrudan malzemesi olarak belirlenmesi halinde ortaya çıkabilecek ihtimaller de değerlendirilmiştir. Bu yönde bkz. Klaus Jankowski, „Der Ortstermin im Zivilprozessrecht und der Eingriff in die Umletztlichkeit der Wohnung“, **NJW**, 1997, s. 3347-3350, s. 3348.

¹⁶⁶³ Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17.

¹⁶⁶⁴ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 140; Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17.

¹⁶⁶⁵ Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17.

¹⁶⁶⁶ Kimmel, **Beweiskraft der Elektronischen Signatur**, s. 17; Meller-Hannich, **a.g.e.**, s. 159, 160.

düzenlenmiştir. Temelde İsviçre hukuku ve Türk hukukunda özellikle belge ibrazı mecburiyeti düzenlemeleri benzerlik gösterse de bu noktada kanun maddeleri bakımından farklılaşma vardır.¹⁶⁶⁷

Örneğin İsviçre hukukunda taraflara, keşfe konu olacak keşif malzemesinin mahkemeye sunulması için Türk hukukundaki gibi genel bir usûlü yük yüklenmiştir.¹⁶⁶⁸ Bu nedenle Türk ve İsviçre hukuklarında, özellikle keşif malzemesinin hâkimin incelemesine sunulmasına izin verilmesi bakımından iki ülke hukukunun paralelliğinden söz edilmektedir.¹⁶⁶⁹ Tabi ki bu paralellik Türk hukukunda HUMK döneminden beri süregelen ve HMK döneminde de büyük ölçüde korunmuş olan İsviçre Medenî Usûl Hukuku hükümlerinden yararlanılmış olmasından kaynaklanmaktadır.

b. Üçüncü Kişiler Bakımından Keşfe Katlanma Yükümlülüğü

HMK' nın keşfe katlanma zorunluluğunu düzenleyen 291. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, keşif, üçüncü kişi için uygun olan zamanda yapılır. Keşif zamanı ve yeri üçüncü kişiye bildirilir. Gecikmesinde zarar umulan hâllerde bildirim yapılmaksızın keşif icra edilir. Keşfe karşı koyma hâlinde hâkim, üçüncü kişiyi karşı koymanın sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasından beşbin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına mahkûm eder; gerektiğinde zor kullanılmasına karar verebilir. Ancak, üçüncü kişi tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak keşfe katlanma yükümlülüğünden kaçınabilir.

¹⁶⁶⁷ Erdönmez, **Belgelerin İbrarı**, s. 32; Atalay, **Pekcanitez Usûl**, s. 1725; Aşık, **Keşif**, s. 145; Dırenisa, **Keşfe Katlanma**, s. 276.

¹⁶⁶⁸ Gottwald, **Aufklärungspflicht**, s. 307, 308; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 172.

¹⁶⁶⁹ Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 172.

Görüldüğü gibi, üçüncü kişiler bakımından tam anlamıyla bir yükümlülük hali düzenlenmiştir. Zira, keşfe karşı koyması halinde para cezası gibi bir yaptırıma maruz kalması sözkonusudur. İsviçre hukukunda da İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 167. maddesinde benzer şekilde para cezası öngörülmüştür¹⁶⁷⁰.

Üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanma zorunluluğuyla ilgili önemli bir diğer nokta 291. maddenin yukarıda yer verilen üçüncü fıkrasının son cümlesidir. Buradaki tanıklıktan çekinme sebeplerine yapılan gönderme elektronik veriler üzerinde keşifte ayrıca önem arz edebilmektedir. Özellikle HMK'nın 249. maddesinde düzenlenen sır nedeniyle kaçınma, elektronik veri keşfinde incelenen verinin niteliğine ve düşünce içeriğine göre önemli bir kaçınma sebebi teşkil edebilir.

Alman Medenî Usûl Kanununa göre, bir belge tarafların değil de üçüncü bir kişinin elinde bulunuyorsa, hâkim ibraz kararı verebilmektedir. Burada önemli bir husus, Alman Medenî Usûl Kanununun 428. maddesindeki bu ibraz düzenlemesine, kanunun başka bir hükmüne atıf eklenmiş olmasıdır. Buna göre, hâkimin re'sen ibraz kararı verebilmesini düzenleyen m. 142'ye bir göndermeyle üçüncü kişilerin durumuna ilişkin yeni bir hal ortaya çıkmıştır. Böylece üçüncü kişinin elinde bulunan elektronik belge için, hâkimden üçüncü kişiyi ibraz yükümlülüğüne dair sorumluluk altına sokan bir karar vermesi istenebilmektedir¹⁶⁷¹. Bu durum, üçüncü kişinin elinde bulunan bir dava malzemesinin mahkemeye sunulmasının birinci yöntemi olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹⁶⁷⁰ İsviçre hukukunda da keşfe katlanmanın usûlî bir yük olmayıp yükümlülük olduğu yönünde bkz. Schmid, **ZPO**, Art. 160, Rn. 8; Meier, s. 300. İsviçre'de özellikle aile hukukuna ilişkin olarak bazı hallerde sınırlı bir şekilde mahkemenin "*kendi takdirine bağlı olarak olağandışı bir şekilde de delil toplayabileceği ve kendi inisiyatifıyla raporlar alabileceği*" (BGE 5A_42/2009 E 3; 5P.44/2007 E 2.2.2; 122 I 53 E 4a) ifade edilmiştir. Buna örnek olarak vasiler ve çocuklarla yapılan gayri resmi görüşmeler ve gerekirse ilgili kişilerin yokluğunda habersiz keşif incelemeleri verilmektedir. Bu yönde bkz. Schmid, **ZPO**, Art. 446 N. 2; Steck, **FamKomm ZGB**, Art. 446 N. 11. Ancak bu durumlarda daha sonra dinlenilme hakkının tanınması için yargılamaya dahil olan kişilere görüş bildirme fırsatı verilmelidir. Bu yönde bkz. Steck, **BSK ZPO**, Art. 296 Rn. 20; Daniel Steck, **CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht**, 3. A., 2016, s. 1419, prg. 4b.

¹⁶⁷¹ Bu yönde bkz. Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşılma İmkânları**, s. 796.

Ancak yukarıda anılan yöntemin “dolaylı” olduğu gözden kaçırılmamalıdır. İkinci olarak, benzer bir düzenleme Alman Medenî Usûl Kanununun 144. maddesinde yer almaktadır. 144. madde, keşif ile doğrudan ilgilidir¹⁶⁷². Buna göre, keşif malzemesi olan şeyin hâkimin incelemesine nasıl sunulacağı düzenlenmiştir. Özellikle geleneksel olmayan bir keşif malzemesi olarak elektronik belgeler düşünüldüğünde, 144. maddeyle hâkimin o elektronik veriyi ibraz için yargılamanın ilgililerini zorlayacak yetkilerle donatıldığı görülmektedir. Hatta Alman hukukunda üçüncü kişiler bakımından keşfe katlanmanın bir usûli yük değil, başlı başına kamu hukukundan kaynaklanan bir yükümlülük olduğu ifade edilir¹⁶⁷³.

Ancak Alman Medenî Usûl Kanununun 371. maddesinin ikinci paragrafına eklenen bir hükümle, taraflara Alman Medenî Usûl Kanununun 144. maddesi uyarınca keşif konusu nesnenin ibrazına karar verilmesini isteme yetkisi tanınmıştır¹⁶⁷⁴. Böylelikle hâkimin ibraz kararı üzerine delile ulaşılmasıyla, taraflarca gerçekleştirilen bir ispat faaliyeti sonucu delile ulaşılması arasında eşitlik sağlandığı ifade edilmiştir¹⁶⁷⁵. Bu düşünceyi ölçülülük yaklaşımıyla desteklemek de mümkündür¹⁶⁷⁶.

Doktrinde, tarafların ispat hukuku bakımından mümkün olduğunca sınırlandırılmaması gerektiği, böylece bazı durumlarda çok güç olabilen gerçeğin tespitindeki o güçlüğü aşılmasının daha kolay olabileceği ifade edilmektedir¹⁶⁷⁷. Bu yaklaşımın dürüstlük kuralıyla da bağı vardır. Ayrıca, bu yaklaşım, elektronik verilerin yerinin ve kimin elinde olduğunun tespitinin zaman zaman imkânsız olabilmesinden kaynaklanan zorluğu aşmaya yardımcı olur.

¹⁶⁷² Hille, *Begutachtung von Amts wegen*; s. 182; Huber, *Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil*, (beck-online.de); Stein/jonas/Althammer, *ZPO*, Art. 144, Rn. 1; Basler/Meßerschmidt, *a.g.e.*, (beck-online.de); Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 724, Rn. 16.

¹⁶⁷³ Direnisa, *Keşfe Katlanma*, s. 290. Ayrıca bkz. Jauernig/Hess, s. 214, Rn. 9; Zimmermann, Art. 371, Rn. 7; Musielak/Voit, *ZPO*, § 371, Rn. 5; MüKoZPO, Art. 144, Rn. 16.

¹⁶⁷⁴ Ünal Kaya, *Belgeye Ulaşabilme İmkanları*, s. 796. Ayrıca bkz. Huber, *Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil*, (beck-online.de).

¹⁶⁷⁵ Bu yönde bkz. Münchener Kommentar, § 144 Rn. 1; Prütting/Gehrlein, § 144 Rn. 1; Musielak/Voit, *ZPO*, § 144 Rn. 1. Ayrıca bkz. Ünal Kaya, *Belgeye Ulaşabilme İmkanları*, s. 796.

¹⁶⁷⁶ Basler/Meßerschmidt, *a.g.e.*, (beck-online.de).

¹⁶⁷⁷ Özkaya-Ferendeci, *Belge Terimi*, s. 823.

Alman Hukukunda 27 Temmuz 2001 tarihli Medenî Yargılama Reform Kanununda, keşif ve bilirkişi delillerini düzenleyen hükümlerde birtakım değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler çerçevesinde, delil tespiti yapılırken, genel hükümlere göre inceleme yapılacağı düzenlenmiştir (ZPO 492, 1).¹⁶⁷⁸ Buna göre, delil tespiti yapılırken, hem tarafların hem de üçüncü kişinin Alman Medenî Usûl Kanunu m. 144, 1 uyarınca katlanma zorunluluğu altında olduğu belirtilmektedir.¹⁶⁷⁹

Üçüncü kişiler bakımından, öncelikle Alman Medenî Usûl Kanununun 142. maddesinin ikinci paragrafında tanıklığa ilişkin hükümlere yapılan atıf ayrı bir önem arz eder. Buna göre, belgeyi geçerli bir sebebi olmaksızın mahkemeye sunmayan kişiye, yaptırım uygulanması söz konusudur. Bu yaptırım disiplin para cezası ve hatta disiplin hapsi dahi olabilmektedir. Ayrıca üçüncü kişinin haksız bir şekilde ibrazdan kaçınmasının sebep olduğu fazladan yargılama giderlerine de mahkûm edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu husus Alman Medenî Usûl Kanununun 390. maddesinde düzenlenmektedir.¹⁶⁸⁰

İsviçre hukukunda iş birliği yapma görevlerinin kapsamının, İsviçre Konfederasyonu topraklarıyla sınırlı olduğu vurgulanarak bu katlanmanın yerel bir katlanma olarak anlaşılması gerektiği belirtilmektedir. Bu sınırlama, üçüncü tarafların iş birliği açısından belirleyicidir. Örneğin, delillerin toplanması sırasında yurt dışında ikamet eden üçüncü kişiler için adli yardımlaşma yoluna başvurulmalıdır ve bu halde keşfe katlanma yükümlülüğünün geçerli olmayacağı ifade edilmiştir.¹⁶⁸¹

¹⁶⁷⁸ Ayrıca bu yönde bkz. Akil, **Delil Tespiti** (online). Eberhard Schilken, “Gedanken zum Anwendungsbereich von Strengbeweis und Freibeweis im Zivilverfahrensrecht“, **Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhossler zum 70. Geburtstag Band II Zivilrecht**, Karlsruhe 2004, s. 649-662. Ayrıca bu yönde bkz. Akil, **Delil Tespiti** (online).

¹⁶⁷⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 804. Ayrıca bu yönde bkz. Akil, **Delil Tespiti** (online).

¹⁶⁷⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 804. Ayrıca bu yönde bkz. Akil, **Delil Tespiti** (online).

¹⁶⁸⁰ Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkanları**, s. 794, dn. 33. Ayrıca bkz. Wiczorek, Bernhard/Schütze A. Rolf, *Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Groß- kommentar*, 4. Auflage, 2013, § 142 Rn. 1; Musielak/Voit, **ZPO**, § 142 Rn. 1.

¹⁶⁸¹ Higi, **ZPO Kommentar**, s. 1293, dn. 13; Leu, **ZPO Kommentar**, s. 1106, prg. 32; Nicolas Bracher, prg. 204; Sven Rüetschi, BK ZPO, Madde 160 Rn. 3, 5.

Bu çalışmada açıklanmaya gayret edilen elektronik veri, ortam ve belge çeşitliliğiyle bağlantılı olarak keşfin soyut ve somut konusunun tespiti, üçüncü kişinin katlanma yükümlülüğünün kapsamı açısından önemlidir. Genel olarak kabul edilen, keşif konusu olan şeyin veya bu şeye ulaşmaya sağlayan araçların üçüncü kişinin elinde bulunmasının, bir keşfe katlanma yükümlülüğü doğurmasıdır.¹⁶⁸² Bu halde çok çeşitli olabilen elektronik verilerin keşfinde, sahiplik ya da elde bulundurma hususlarının öncelikle tespit edilmesi gerekir.

Örneğin, bir elektronik ortam keşfi yapılması gerektiğinde, bu elektronik ortama başka türlü ulaşılması mümkün değilse ve söz konusu elektronik bilgi taşıyıcı (örneğin ana sağlayıcı bir bilgisayar ya da bir konsol) üçüncü kişinin hâkimiyetinde bulunuyorsa, keşfe katlanma yükümlülüğüyle o kişi zorlanabilir. Ancak, öncelikle menfaatler dengesinin hâkimce tartılması gerekir ve üçüncü kişinin katlanmadan kaçınmaya ilişkin bir sebebinin bulunmaması gözetilir.

Burada bir başka önemli husus, üçüncü kişinin keşif konusu üzerindeki hâkimiyeti önceden biliniyorsa, elektronik veri keşfinden önce, keşif kararında incelemenin esaslarına ilişkin bilgilerin de üçüncü kişiye verilmiş olması gerekir. Örneğin keşif zamanının ve keşif incelemesi için tam olarak neyin hazır edilmesinin beklendiğinin üçüncü kişiye ihtar edilmesi gerekir. Böylece keşif yükümlüsüne keşif için kendi kişisel durumunu hazırlaması imkânı verilmiş olur. Bu hal, mevcut verilerin keşif zamanından önce silinmesi ya da manipüle edilmesi gibi riskler doğursa da aslanan keşif yükümlüsüne bu imkânın verilmesidir.

¹⁶⁸² Direnisa, **Keşfe Katlanma**, s. 287.

İ. Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği ve Keşif İlişkisi

Delil başlangıcı kurumu ispat hukukunda son derece önemli bir yere sahiptir. Kesin delil – takdiri delil ayrımının benimsendiği bir yargılama sisteminde kesin delille ispat edilmesi gereken bir hukuki işlem, delil başlangıcı var ise takdiri delille de ispat edilebilir hale gelir. Yani delil başlangıcı senetle ispat ve senede karşı senetle ispat kurallarının benimsendiği hukuk sistemlerinde yer bulan ve bu kurallara istisna teşkil eden bir kurumdur.¹⁶⁸³

Delil başlangıcı, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 202. maddesinde düzenlenmiştir. Maddenin ikinci fıkrasında ise delil başlangıcının tanımı yapılmıştır. Buna göre delil başlangıcı, iddia edilen hukuki işlemi tamamen ispat etmeye yeterli olmamakla birlikte, o hukuki işlemi muhtemel gösteren ve kendisine karşı ileri sürülen kimsenin kendisi veya temsilcisi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş bir belgedir. Buna göre, delil başlangıcı her şeyden önce bir belge olarak kabul edilmiştir.¹⁶⁸⁴

HMK m. 202'nin gerekçesinde, haberleşmenin önemli bir türünü oluşturan faks metnlerinin delil değerini delil başlangıcı olarak kabul eden içtihatlarla vurgu yapılarak, faks metnlerini de delil başlangıcı olarak tereddütsüz kabul edebilmek adına, “teknik araçlarla gönderilen” belgelerin de delil başlangıcı sayılacağı ifade edilmiştir. Kanun maddesinden anlaşıldığı ve doktrinde de kabul gördüğü üzere delil başlangıcının belirgin üç koşulu vardır: Bunlardan birincisi bir belge olması, ikincisi

¹⁶⁸³ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 21; Postacıoğlu, **Şahadetle İspat**, s. 132; Nart, **Senetle İspat**, s. 229; Keser, **a.g.e.**, s. 33; Ünal Kaya, **Belgeye Ulaşabilme İmkânları**, s. 786. Senetle ispat zorunluluğuna *birinci ispat kuralı*, senede karşı senetle ispat kuralına ise *ikinci senetle ispat kuralı* denilmektedir. Ayrıca *Göksu*, senetle ispat kuralında bir zorunluluk düzenlenirken, senede karşı tanıkla ispat yasağında ise bir yasağın düzenlendiğine dikkat çekmektedir. Bu yönde bkz. *Göksu*, **Senetle İspat**, s. 57; Karaaslan, **Senetle İspat**, s. 817.

¹⁶⁸⁴ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 1053. HMK m. 199'daki geniş belge tanımına dahil olan ses ve görüntü kayıtlarının uyumsuzluğun konusu olan vakıa ya da vakıalara ilişkin bilgileri taşıyan birer delil başlangıcı olarak kabul edilebilmesinin ses ve görüntü kaydının gerçek olmasına bağlı olduğu ifade edilmiştir. Bu görüş, elektronik belgeler bakımından gerçeklik ve orijinallik kavramlarının önemini vurgular niteliktedir. Bu yönde bkz. Erdönmez, **Pekcanitez Usûl**, s. 1848.

hukuki işlemin yapıldığını en azından muhtemel göstermesi, üçüncüsü ise aleyhine ileri sürülen kişi tarafından verilmiş ya da gönderilmiş olmasıdır.

Delil başlangıcının, tek başına iddianın ispatı için yeterli olamasa da keşif deliliyle birlikte takdir edilebilir olduğu ifade edilmektedir¹⁶⁸⁵. Esasında yalnız keşif deliliyle değil, tanık gibi diğer takdiri delillerle de birlikte değerlendirilebilir. Delil başlangıcı sözkonusu olduğunda, delillerin değerlendirilmesinde bir “*kıyas*” diğer adı ile “*syllogisme*” sözkonusu olacağı ifade edilmiştir¹⁶⁸⁶. Delil başlangıcı kurumunun bir ispat tamamlayıcısı ya da bir ispat yardımcısı gibi kabul gördüğü söylenebilir. Bu kurumun karakterinde, tek başına yeterli olmamak ve fakat başka takdiri delillerle desteklenmek gibi bir özellik vardır. Bu nedenle bir elektronik belge için, delil başlangıcıdır denilebiliyorsa, o elektronik belgenin örneğin bir senet olmadığı ya da olamayacağına kesin gözüyle bakıldığı söylenebilir.

Burada belirtmek gerekir ki Alman hukukunda serbest delil sistemi benimsendiğinden delil başlangıcı kavramı bulunmamaktadır¹⁶⁸⁷. Benzer şekilde İsviçre hukukunda da delil başlangıcı yer almamaktadır¹⁶⁸⁸. Türk hukukuna ise delil başlangıcı kurumu ilk olarak 1927 tarihli Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu ile girmiştir. Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununda “*yazılı delil başlangıcı*” olarak anılan kurum, Türk hukukuna Fransız hukuku esas alınarak dahil edilmiştir¹⁶⁸⁹. Bu noktada Türk hukukunda senetle ispat kuralının bir sonucu olarak senede karşı tanık deliline (delil başlangıcı ve diğer istisnalar olmadan) başvurulamaması doktrinde eleştirilmiş, bu hususun maddi gerçeğe ulaşma amacını zedelediği ifade edilmiştir. Bu bakımdan Türk hukukundaki durumun Alman hukukundan farkı vurgulanarak, Alman

¹⁶⁸⁵ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 135; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 1053. *Erdönmez*, fotokopi üzerinde sağlıklı bir yazı ve imza incelemesi yapılamayacağını, bu nedenle tarafın iddiasını desteklemek için tanık dinletmesine izin verilemeyeceğini, yani fotokopinin delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceğini ifade eder. Ancak fotokopinin içeriğindeki bilgileri emarelerle desteklemek mümkünse, ancak o halde fotokopinin delil başlangıcı olarak kabul edilmesi mümkün olabilir. *Erdönmez*, **Pekcanitez Usûl**, s. 1848, 1849. Bu halde fotokopiyi keşif delilinden elde edilen bilgilerle desteklemek de mümkün kabul edilmelidir.

¹⁶⁸⁶ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 135.

¹⁶⁸⁷ Zöller, **ZPO**, s. 145.

¹⁶⁸⁸ Saenger, **ZPO**, s. 453.

¹⁶⁸⁹ Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s. 20; Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, s. 568; Yavaş, **a.g.e.**, s. 264 vd.; Özkaya-Ferendeci, **Belge Terimi**, s. 823; Karaaslan, **Senetle İspat**, s. 825.

hukukunda örneğin senet deliline karşı tanık delili ileri sürülebiliyorken, Türk hukukunda kabul edilen sistem gereği ileri sürülememesinin yol açacağı ispatsızlık zaman zaman eleştirilmiştir¹⁶⁹⁰.

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde delil başlangıcı yukarıda da söz edildiği gibi, yazılı delil başlangıcı olarak anılmaktaydı ve yazıllık delil başlangıcının unsurlarından biriydi. Hatta Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, yazılı delil başlangıcının en önemli unsurunun yazıllık olduğu belirtilmekteydi¹⁶⁹¹. Bu nedenle yıllar boyu yargı kararlarında sıkça sözü geçen ve son derece yerleşmiş olan yazılı delil başlangıcı ifadesi, bugün dahi eski Kanundan kaynaklanmasına rağmen kullanımına rastlanan bir ifadedir. Ancak 2011 yılında yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu “*yazılı delil başlangıcı*” ifadesi yerine “*delil başlangıcı*” ifadesini kullanmayı tercih etmiştir. Kanun koyucunun bu tercihi aslında tesadüfi değil, tamamen bilinçli bir tercihtir. *Yazılı delil başlangıcını*, yalnız *delil başlangıcı* olarak anarak kanun koyucu aslında belge tanımını geniş yorumlayarak, delil başlangıcının da kapsamını genişletmek istemiştir¹⁶⁹². Yani artık delil başlangıcını yazıllıktan ari düşünmek gayet mümkün hale gelmiştir. Bu farklılaşma, bugünkü geniş belge tanımına özellikle elektronik özellik gösteren veri topluluklarını dahil etme ihtiyacıyla örtüşmektedir. Bir elektronik belge doğrudan

¹⁶⁹⁰ Bu yönde bkz. Nart, **Senetle İspat**, s. 231; Keser, **a.g.e.**, s. 41.

¹⁶⁹¹ Konuralp, **İspat Kuralları**, s. 39 vd.; Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt III, s. 1789; Taşpınar Ayvaz, **a.g.e.**, s. 389; Özkaya-Ferendeci, **Belge Terimi**, s. 823. HUMK döneminde, yazılı delil başlangıcının kapsamının genişletilmesinin uygun olacağı, böylece gerçeğe ulaşmak için her türlü ispat aracından yararlanılması ve bunun sonucu olarak da adaletin daha inandırıcı şekilde gerçekleşmesinin mümkün olacağı ifade edilmiştir. Bu yönde bkz. Yıldırım, **Delillerin Değerlendirilmesi**, s. 218; Konuralp, **Delil Başlangıcı**, s.161-162. HUMK döneminde yapılan tartışmalarda elektronik belgelerin delil başlangıcı niteliğine de yer verildiği görülmektedir. Buna göre, elektronik imzalı belgelerde yazıllık ve cisim bulma özelliklerinin karşılanamaması nedeniyle, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyecekleri yönünde bir düşünce de bulunmakla birlikte, buna karşın savunulan görüş ise yazıllık kavramının geniş yorumlanması gerektiği ve elektronik belgelerin de yerine göre “yazılı delil başlangıcı” olarak kabul edilebileceği yönündedir. Bu yönde bkz. Leyla Keser Berber, “İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza”, Ankara, 2002, s. 210. Ayrıca bkz. Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 13. Konuralp, Haluk: TBB tarafından 4 Mart 2004 tarihinde düzenlenen toplantıda sunulan tebliği. Bkz. <http://www.tbb.org.tr/turkce/konferans.htm>, burada eğer elektronik belge bir sertifika hizmet sağlayıcısının garantisini taşııyorsa, yazılı delil başlangıcı olarak kabul edilemeyeceği, bu haldeki bir elektronik belge bakımından HUMK m. 367 hükmünün uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Bkz. Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 14; Konuralp, **TBB Konferansı**, s. 4.

¹⁶⁹² Özkaya-Ferendeci, **Belge Terimi**, s. 823; Keser, **a.g.e.**, s. 34.

yazılı olma özelliğini karşılamasa da yeni anlayışa göre delil başlangıcı olarak kabul edilebilmelidir.

Elektronik belgelerin Hukuk Muhakemeleri Kanununun sistemine bakıldığında delil başlangıcı olarak kabul edilebilir nitelikte olduğu ifade edilmektedir.¹⁶⁹³. Buna göre, eğer bir elektronik belge elektronik imzayla imzalanmamışsa Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre, kanunun emredici hükmü bunu gerektirdiğinden, ancak delil başlangıcı olarak kabul edilebilmelidir.¹⁶⁹⁴. Burada ilave etmek gerekir ki elektronik belgeler yeri geldiğinde, delil başlangıcı olabileceği gibi keşif ya da bilirkişi delilinin de konusu olabilirler. Belgedeki elektronik imza – eğer gerekli nitelikleri taşıyorsa- elektronik belgeler senet hükmünde dahi olabilirler. Bu nedenle elektronik belgelerin delil başlangıcı olabilmesini dar yorumlayarak, elektronik belgeler için ancak ve ancak delil başlangıcı niteliğinde olabilir demek, elektronik belgenin özelliklerini tam olarak karşılamamaktadır.

Delil başlangıcı kurumu, zaman zaman kanuni delil sisteminin fazlasıyla zorlaştırabildiği ispat faaliyetini biraz olsun kolaylaştırabilmek için kabul edilmiş bir kurumdur. Böylece çoğu zaman maddi gerçek ortada olsa bile, kesin delille ispatı imkânsız olabileceğinden maddi gerçeğin bir hükme dönüşmesi de imkânsız olabilmektedir.¹⁶⁹⁵.

¹⁶⁹³ Göksu, **Senetle İspat**, s. 53; M. Yaşar Demircioğlu, “Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Teşebbüsler Arası Elektronik Yazışmaların Delil Değeri”, **Bankacılar Dergisi**, Sayı 88, 2014, s. 27-79, s. 58.

¹⁶⁹⁴ Göksu, **Senetle İspat**, s. 53; Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 58.

¹⁶⁹⁵ Hükme dönüşmeyen bir maddi gerçek ise ne icra edilebilir ne de talep edilebilirdir. Bu noktada ise usûli bir gerçekle karşı karşıya gelinmektedir. Bir sübjektif hakkın “dava edilebilir” olması o sübjektif hakka bağlı “talep hakkı”nın bir sonucudur ve hakkın tanımının da bir parçasıdır. Neticede hakkın gerçek dünyada ideal olarak varlığını sürdürüyor olması ya da sahibince talep hakkı bağlamında “dava edilebiliyor” olması, onun her zaman sahibi lehine bir mahkeme hükmü olarak elde edileceği anlamına gelmez. Bu sonuç ideal olarak, ancak tamamen doğru, sağlıklı ve güvenli bir ispat faaliyetinin sonucunda mümkün olur. Aksi halde gerçek hak, ispat araçlarının yanlış kullanımı ve katı ispat kuralları arasında kaybolup gidecektir. İşte bu nedenle ispat araçlarının doğru nitelendirilmesi ve anlaşılması gerekir. İspat temsilcileri olan delil araçlarının da mümkün olan hat safhada yargılamaya dahil edilmesi büyük önem arz etmektedir. Bu düşünce özellikle elektronik belgeler bakımından, keşfe elverişlilik yaklaşımlarını ve keşif malzemelerinin geniş yorumlanmasını desteklemektedir. Bu yönde bkz. I. Bölüm, I, D ve E.

Talep edilebilirlik imkânını sunmayan bir hakkın hukuk dünyasında gerçek bir değeri olduğundan söz edilemez. Talep hakkının hak sahibine tanıdığı son çare ise -dava öncesi yöntemler yeni hukuk düzeninde yeğ olsa da- hakkın dava yoluyla temin edilmesinin talep edilmesidir. Bu noktadan sonra ise hakkın yerine getirilmesi için yargılama faaliyeti başlar. Yargı faaliyetinin, isabetle bu hakkı sahibine sunabilmesinin anahtarı ise iyi bir tahkikatın yürütülmesidir. İşte bu nedenledir ki delil sistemleri ve delil çeşitleri geliştirilmiştir. Her bir delil kurumunun tarihçesi incelendiğinde, bunların her birinin temelde ispat faaliyetinin sağlıklı ve emin bir şekilde yürütülmesine hizmet etmekten başka bir amacı olmadığı görülür. Tüm bu nedenlerle ispat faaliyeti gereği gibi yerine getirilemez ve ispat malzemeleri adresine gereği gibi yerleştirilemezse bu halde ortaya çıkan ispatsızlık, sübjektif hakkın yerine getirilmesine bir engel teşkil eder. Böylece yargılamanın gayesi de zarar görmüş olur.

Bu açıklamalardan sonra, delil başlangıcına ilişkin olarak, örneğin elektronik belgelerin belki de uygulamayı en çok meşgul eden çeşitlerinden biri olan elektronik posta iletilerini ele almak mümkündür. Elektronik posta iletilerinin genel itibarıyla delil başlangıcı özelliklerini karşılar nitelikte olduğu bugün çoğunlukla kabul edilmektedir.¹⁶⁹⁶ Ancak özellikle yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun geniş belge tanımına yer vermesi ve yazılı delil başlangıcını kasti olarak delil başlangıcı olarak kabul etmesi öncesinde yaklaşımların daha farklı olduğunu bu noktada hatırlamak gerekir. Zira elektronik posta iletilerinin yazılı delil başlangıcı olarak kullanılamayacağı da ifade edilmiştir.¹⁶⁹⁷ Bunun gerekçesi olarak elektronik posta hesabına dair kişisel oturumu açabilmek için gerekli olan şifrenin sağladığı korumanın, kişinin kimliğinin tespit edilmesi bakımından yeterli olmadığı gösterilmiştir. Bu halde yalnızca bu şifrenin ele geçirilmesi, herhangi birinin, gönderen kişinin yerine geçebilmesi için yeterlidir. Başkaca bir güvenlik unsuru olmadığından kimlik tespiti işlevi bakımından son derece zayıf kalmaktadır. Bu nedenle gönderen kişiden sadır olma özelliğinin tam olarak tespit edilebilmesi mümkün olamayacaktır.¹⁶⁹⁸ Ancak burada bir diğer görüş

¹⁶⁹⁶ Bu yönde bkz. I. bölüm, I, C, 2.

¹⁶⁹⁷ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 10.

¹⁶⁹⁸ Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 38; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 10.

ise, yazılı delil başlangıcındaki yazıllık unsurunun geniş yorumlanması ve elektronik belgelerin kural olarak yazılı delil başlangıcı olabileceği yönündedir.¹⁶⁹⁹

Bu noktada özellikle HUMK döneminde yapılan tartışmalarda şöyle bir çözüm ileri sürülmüştür. Buna göre, elektronik belgedeki elektronik imzanın öncelikle dikkate alınması gerektiği, bu imzanın bir paraf olarak kabul edilmesinde herhangi bir engel olmadığı ve dolayısıyla elektronik belgelerin yazılı delil başlangıcı olabileceği ifade edilmiştir.¹⁷⁰⁰ Eğer ki genel anlamda dijital imza, borçludan sadır olmuş bir paraf olarak dahi kabul edilemeyecekse bu ihtimalde de sözkonusu elektronik belge, özel hüküm sebepleri kapsamında kabul edilerek, bir keşif malzemesi olabilmelidir. Görüldüğü gibi burada iki aşamalı bir yaklaşım ileri sürülmektedir. Bu bakış açısı esasında keşifle delil başlangıcı kurumları arasındaki yakın ilişkiyi doğru bir şekilde ortaya koyan bir yaklaşımdır.

Alman hukukunda belge ve senet kavramlarından; esasında her iki kavramın nasıl örtüşmekte olduğundan yukarıda söz edilmişti.¹⁷⁰¹ Buna göre aslında Alman hukukunda Türk hukukunda olduğu gibi belge ve senet ayrımı bulunmamaktadır. Yani Türk hukukunda sıklıkla eserlerde belge ve senet ayrımına dikkat çekmek için kullanılan; “her senet bir belgedir ancak her belge bir senet değildir-“ önermesi Alman hukuku bakımından doğruyu yansıtmaz. Alman hukukunda her senet bir belge olduğu gibi, her belgede esasında bir senettir, demek mümkün olabilir. Ne var ki Türk hukukundaki gibi keskin bir ayrım bulunmasa da Alman hukukunda da bir belgenin imzalı olup olmamasına göre, eğer imzalanmışsa da taşıdığı imzanın niteliğine göre özelliği yine de değişebilmektedir. Örneğin imzasız bir belge, yine belge vasfını taşımakla birlikte ispat gücü bakımından daha zayıf olabilecektir.¹⁷⁰² Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesinin genel olarak geçerli olmasıyla, hâkim takdir yetkisine dayanarak bu belgeye takdirine uygun bir değer biçecektir. Ayrıca

¹⁶⁹⁹Pekcanıtez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 766.

¹⁷⁰⁰ Pekcanıtez, **Elektronik Ticaret**, C.1, s. 766.

¹⁷⁰¹ Bu yönde bkz. I. bölüm, I, C, 2.

¹⁷⁰² Nart, **Senetle İspat**, s. 230.

imzalanmamış bir belge bakımından Alman Medenî Usûl Kanununda öngörülmüş bir gerçeklik karinesi de bulunmamaktadır.¹⁷⁰³

Yukarıdaki örnek üzerinden devam edilirse, imzalanmamış alelade bir bilgi açıklamasının, Türk hukukunda senet olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı aşîkardır. İmzadan kastedilen el yazılı imza ise de burada tek istisna güvenli elektronik imzayla imzalanmış bir elektronik belge olacaktır. Zira, bu belge el yazılı imzayla imzalanmamış olsa da taşıdığı güvenli elektronik imzaya Kanun tarafından özel olarak bir işlev yüklenmiş olduğundan, güvenli elektronik imza belgeyi senet hükmünde saymanın bir geçer sebebidir. Bu bağlamda geleneksel anlamda imza taşımayan bir belgenin, senet olarak kabulünün tek yolunun güvenli elektronik imza olduğu söylenebilir. Bunun dışında imzasız bir belgenin Alman hukukundaki gibi senet delili kapsamında kabulü, Türk hukukunda mümkün değildir.

Ancak bir belgenin imza edilmemiş olması o belgenin ispat hukuku bakımından hiçbir değere sahip olmadığı anlamına da gelmemektedir.¹⁷⁰⁴ Bu halde o belgenin ispat faaliyetinde yer bulabileceği araçlardan biri şüphesiz ki delil başlangıcı kurumudur. Yani delil başlangıcı kurumu için bir nevi imzasız belgelerin ispat kolaylaştırıcısı denebilir.

Tüm bu tespitlerden sonra denilebilir ki bir elektronik belge taşıdığı elektronik imzanın niteliğine göre senet dahi sayılabilirken, eğer bu kuvveti haiz değilse ve koşulları varsa delil başlangıcı olarak kabul edilebilir. Bu kabul, belgeye dayanarak kendi lehine hak çıkaran tarafın ispat faaliyetini sürdürebilmesine olanak sağlar. Delil başlangıcı kurumu bu bakımdan önemlidir. Ancak, delil başlangıcından söz edebilmek için, senetle ispat mecburiyetini gerektiren bir hukuki işlemin varlığının gerektiği unutulmamalıdır.¹⁷⁰⁵ Elektronik belgenin delil başlangıcı olarak kabul edilsin ya da edilmesin hâkim tarafından keşif suretiyle incelenmesi ise onun ne şekilde inceleme

¹⁷⁰³ Nart, **Senetle İspat**, s. 230.

¹⁷⁰⁴ Nart, **Senetle İspat**, s. 229.

¹⁷⁰⁵ Postacıoğlu, **Şehadetle İspat**, s. 38 vd.

konusu yapılacağına ilişkin bir durumu ifade etmektedir. Yani bir elektronik belge, delil başlangıcı olarak kabul edilse de yerine göre, yine hâkim tarafından keşif yoluyla incelenebilecektir.

Bir elektronik belgenin delil başlangıcı olarak kabul görmesi, onun keşfin kapsamı dışında kalması anlamına gelmez. Yani bir elektronik belge ya delil başlangıcı ya da keşif malzemesidir diye bir tercih yapılmamaktadır. Elektronik belge, niteliğine ve keşfe elverişli olup olmamasına göre; keşif, bilirkişi, senet delillerinin konusu ya da belge incelemesi kapsamında ele alınabilen bir bilgi aracı olabileceği gibi¹⁷⁰⁶; Hukuk Muhakemeleri Kanununun 202. maddesi gereğince delil başlangıcı da olabilecektir.

¹⁷⁰⁶ Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 7, 8.

III. ELEKTRONİK KEŞİF (E-KEŞİF) VE DİJİTAL KEŞİF

A. Genel Olarak

Elektronik keşif ya da kısaca e-keşif kavramı genel olarak dijital deliller üzerinde yapılan keşif faaliyetini ifade eder.¹⁷⁰⁷ İlk bakışta bu kavram daha çok bilişim, rekabet ve ceza hukukunda kullanılıyor gibi görünse de daha fazla derinliğe sahip mutlidisipliner bir kavramdır.

Elektronik keşif, elektronik ortamda oluşturulan, değiştirilen, iletilen veya saklanan veri, kayıt ve belgeler üzerindeki ispat faaliyetinde kullanılmak üzere delil elde etmek amacıyla yapılan inceleme ya da muayeneyi ifade etmektedir.¹⁷⁰⁸ Elektronik keşif ile veri kurtarma, inceleme, toplama ve değerlendirme işlemleri yapılır. Böylece, elektronik ortamda bulunan bir bilginin toplanması ve tespit edilmesi mümkün olur. Elektronik keşfe konu olan veriler arasında, başlıcaları elektronik posta iletileri, belgeler, sesli mesajlar, sunum dosyaları, ses ve video kayıt dosyaları, sosyal medya verileri ve web siteleri içerikleri olmak üzere çok çeşitli veriler bulunmaktadır.¹⁷⁰⁹ Her türlü elektronik dava malzemesi, elektronik keşfin konusunu teşkil edebilir.¹⁷¹⁰ Bununla birlikte bugün için günlük hayatta hukuki işlemlerin gerçekleştirilmesi için kullanılmakta olan belgelerin yaklaşık olarak yüzde doksanın

¹⁷⁰⁷ Metin Turan, **Bilişim Hukuku**, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 45 vd.

¹⁷⁰⁸ Çetin Aslan, “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, **CHKD**, Cilt 3, Sayı 2, 2015, s. 253-266, s. 254 vd.; Metadata kavramı hakkında bkz. Mustafa Bayter, **Web Sitelerinin Kimliklenmesi: Üst veri (Metadata)**, Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2009, s. 22 vd.; PwC Türkiye Fraud Forum, **E-Bülten**, Sayı 4, Kasım 2015, s. 3-9, s. 4, (<https://www.pwc.com.tr/en/fraud-forum/publications/fraud-forum-e-bulten-kasim-2015.pdf>), (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷⁰⁹ Bu yönde bkz. <https://www.emt.com.tr/tr/cozumler/elektronik-kesif-e-discovery-3>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.05.2020).

¹⁷¹⁰ Keşif malzemesi olmaları bakımından elektronik verilerin çeşitleri için bkz. II. bölüm, I, E ve III.

üzerinde bir kısmının elektronik ortamlarda oluşturulduğu ya da saklandığı ifade edilmektedir.¹⁷¹¹

Elektronik keşif faaliyeti, elektronik veriler üzerinde yapılan her türlü inceleme faaliyetini ifade eder. Bu inceleme genellikle adli bir amaca hizmet etmek üzere yapılır. Burada adli inceleme çoğunlukla ceza yargısını ilgilendirir gibi görünse de diğer yargılama usûllerinde de elektronik keşif faaliyetinin yeri vardır. Ancak, çoğunlukla dijital verilerin toplanması bakımından olay yeri güvenliğinin sağlanması, elektronik delillerin toplanması, toplanan elektronik verilerin mümkün olan en etkili şekilde incelenebilmesi elektronik keşif faaliyetiyle olur.¹⁷¹²

Günümüzde, elektronik verilerin okunabilmesi için hizmet veren ticari kuruluşlar vardır. Bu kuruluşlar kurumsal bilişim donanım ve yazılımları satmaktadır. Bu firmaların bilişim hizmetleri adı altında gerçekleştirdikleri faaliyetlerin bir kısmına da elektronik keşif adı verilmektedir. Buna göre, elektronik keşif (*e-discovery*); veri tabanı ve sunucular gibi elektronik ortamlarda depolanabilen ve delil olabilecek verilerin, toplanması, tanımlanması, kurtarılması ve raporlanması anlamına gelmektedir.¹⁷¹³ Bu şirketler çoğunlukla, NUIX ve OPENTEXT adı verilen özel yazılımları kullanarak elektronik keşif hizmeti vermektedir.¹⁷¹⁴

Elektronik keşifte, yukarıda sözü edilen NUIX ve OPENTEXT haricinde başka yazılımlar da kullanılmaktadır. X-WAYS FORENSICS (veri inceleme), STELLAR (veri kurtarma), STC (adli ses tanıma, ses iyileştirme ve analiz), SALVATION DATA (veri kurtarma, adli görüntü inceleme ve mobil adli inceleme), PASSWARE (şifre kurtarma), OXYGEN FORENSICS (mobil cihaz inceleme), NEMESYSO (ses duygu analizi), MSAB (mobil cihaz inceleme), MH-SERVICE (hard disk kopyalama),

¹⁷¹¹ PwC Türkiye Fraud Forum, **E-Bülten**, s. 4, (<https://www.pwc.com.tr/en/fraud-forum/publications/fraud-forum-e-bulten-kasim-2015.pdf>), (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷¹² <https://hukukbilisimi.wordpress.com/2017/09/19/turk-hukukunda-elektronik-kesif-ve-elektronik-islemlere-iliskin-hukumler-nelerdir/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022); pwc.com.tr, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷¹³ Turan, **Bilişim**, s. 92 vd. Ayrıca bkz. Teomete Yalabık, **Hâkimin Rolü**, s. 237 vd.

¹⁷¹⁴ Turan, **Bilişim**, s. 92 vd.

MEDIACLONE (adli veri inceleme, elektronik keşif, kurumsal güvenlik, bilişim güvenliği), APEXSQL (SQL server inceleme ve veri kurtarma), AMPED SOFTWARE (adli görüntü inceleme) bu yazılım ve donanımlardan bazılarıdır.¹⁷¹⁵

Elektronik keşif ya da diğer adıyla e-keşif faaliyeti, ceza yargılaması dışında, medenî yargılama hukukunda da yeri olması gereken bir kurumdur. Örneğin Türk Ticaret Kanununda elektronik ortamda yapılabilecek işlemlere dair pek çok düzenleme yapılmış olmasının, elektronik keşif uygulamalarının özel hukuk alanında da yaygınlaşmasına zemin hazırlamış olduğu ifade edilmiştir.¹⁷¹⁶

Elektronik keşif, dijital ortamda bulunan her türlü verinin toplanması, saklanması ve son olarak incelenmesi için kopyalar oluşturma süreçlerini kapsar. Bu süreçler belirli kurallara göre yapılmalıdır, aksi halde hukuka aykırı uygulamaların ortaya çıkması son derece olasıdır. Zira, incelenen veriler çoğunlukla kişilerin özel olarak depoladığı ya da sakladığı birtakım dosyaların içinde yer almaktadır. Bu nedenle, elektronik keşifte amaç, elektronik kaynaklardan toplanan elektronik verilerin toplanma ve incelenme süreçlerinin bir standarda bağlı olarak yapılmasıdır.¹⁷¹⁷ Yani elektronik keşif bu araştırmaları standart hale getirmeyi amaçlar.

¹⁷¹⁵ Ayrıca, MD5 (imaj canlandırma), MEDIAMAGER (adli kopyalama), LOGICUBE (yazma koruma, mobil kopyalama iş istasyonları ile hard disk silme ve kopyalama), INTIMUS (güvenli veri imha donanımı), EDEC (mobil cihaz inceleme yazılımları ve Faraday kafesleri), ICS (hard disk kopyalama ve silme, yazma koruma donanımları), ELCOMSOFT (şifre kurtarma yazılımları), INPUTICE (adli görüntü inceleme), DIGITAL INTELLIGENCE (yazma koruma donanımı ve adli iş istasyonu), DME FORENSICS (adli görüntü inceleme), CELLEBRITE (mobil cihaz inceleme), BLACKBAG TECH (veri inceleme), BLACK RAINBOW (bilişim laboratuvarı yönetim sistemleri), BERLA (adli araç inceleme yazılımı), BELKASOFT (adli veri inceleme), ACELAB (hard disk ve flasdhisk tamir yazılım ve donanımları), PARABEN (adli inceleme), MOBILEEDIT (mobil cihaz inceleme) yazılım ve donanımlarının da elektronik keşif faaliyetinde adı geçmektedir. Türkiye’de bu yazılım ve donanımları kullanarak elektronik keşif faaliyetini gerçekleştiren prefosyonel şirketler vardır. Bu şirketler “elektronik mühendislik” ve “elektronik keşif” faaliyeti adı altında hizmet vermektedir. Bu yönde bkz. <https://www.emt.com.tr/tr/kurumsal/cozum-ortaklarimiz-7> (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.07.2020). Ayrıca elektronik içeriklerin üzerinde veri keşfi yapılması konusunda hizmet veren bu şirketler, yukarıda sözü edilen yazılım ve donanımları kullanarak, dijital çözüm adı verdikleri hizmetler sunmaktadır. Bkz. <https://www.etb.com.tr/etb/2/kurumsal/kurumsal> (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.07.2020).

¹⁷¹⁶ <https://hukukbilisimi.wordpress.com/2017/09/19/turk-hukukunda-elektronik-kesif-ve-elektronik-islemlere-iliskin-hukumler-nelerdir/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.12.2022).

¹⁷¹⁷ PwC Türkiye Fraud Forum, **E-Bülten**, s. 4 (<https://www.pwc.com.tr/en/fraud->

İnceleme süreçlerinin açık ve denetlenebilir olarak yerine getirilmesi elektronik keşif kurumunun bu amacının bir görünümüdür. Elde edilen dijital veriler güvenli şekilde yerine göre ilgili otoriteye, mahkemeye ya da adli süreçle ilgili yetkili kişiye usûlüne uygun şekilde sunulmalı ve incelemeye hazır hale getirilmelidir. Böylece, burada sözü edilen elektronik keşif faaliyetlerinin, hâkimin elektronik belgeler üzerinde gerçekleştireceği keşif incelemesi için hazırlık işlemlerini yerine getirme işlevinden de söz edilmelidir. Özetle, elektronik keşif kavramı, medenî usûl hukukunda düzenlenen keşif delilinin bir elektronik belgeyi keşif konusu etmesiyle bağdaşan özellikler gösterse de, bu iki kavram birbirinden oldukça farklı keşif faaliyetlerini ifade etmektedir. Aşağıda iki kavramın ortak ve birbirinden ayrılan özellikleri ele alınacaktır.

B. Elektronik Keşif Kavramını Klasik Keşif Kavramından Ayıran Özellikler

Elektronik keşif kavramı, medenî yargılama hukukunun temel delil çeşitlerinden olan klasik keşif kavramından farklıdır. Her şeyden önce elektronik keşif kavramının doğrudan medenî yargılama hukukunun bir parçası olduğunu söylemek en azından şu an için doğru olmaz. Ancak, elektronik keşif medenî yargılama hukukunu da yakından ilgilendiren bir kavramdır. Özellikle elektronik belgeler üzerinde keşifle elektronik keşif birbiriyle iç içe olan iki kavramdır. Bununla birlikte, medenî usûl hukukunda yeni bir keşif anlayışı benimsenecekse bunun elektronik keşif kavramından yararlanılarak bazı teknik temeller edinebilmesi mümkündür.

Elektronik keşif kavramını bir disiplin altında konumlandırma gayretleri genel itibariyle “bilişim ve teknoloji hukuku”, “bilişim hukuku” ya da “bilişim teknolojileri

hukuku” isimleri altında yer alan bir kavram olarak açıklanmasıyla son bulmaktadır. Ancak bilişim hukukunun da başlı başına bir disiplin olup olmadığı ve hangi temel anabilim dallarına dahil olabileceği de tartışmalıdır.¹⁷¹⁸. Zira bilişim hukuku ya da bilişim ve teknoloji hukuku görece yenidir. Yeni bir disiplin olduğu gibi, aynı zamanda hem ceza hukuku hem medenî hukuk öğelerini bünyesinde barındırmakta, ayrıca idare hukukunu ilgilendiren öğeler de içermektedir. Ayrıca, hukuk dışı bilimlerin de ilgi alanındadır. Bu nedenle denilebilir ki tam bir karma öğeler disiplindir ve bu nedenle kategorize etmek son derece zordur.

Ancak yukarıda ifade edildiği gibi, genel olarak bilişim hukukunu ilgilendiren bir kavram olarak kabul gören elektronik keşif kavramıyla medenî usûl hukukumuzun klasik bir kurumu olan keşif delili birbirinden ayrılan kavramlardır. Geleneksel olmayan bir keşif çeşidi olarak elektronik belgeler üzerinde keşif, elektronik keşif kavramıyla keşif delilinin en çok birbirine yaklaştığı alandır.

Elektronik keşif kavramının usûl hukukunu ilgilendiren pek çok yönü vardır. Öncelikle bilinmektedir ki elektronik keşif uygulamalarının gerçekleştirildiği pek çok hukuk sisteminde bu incelemelerin sağlıklı ve hukuka uygun şekilde yapılabilmesi için usûl kuralları getirilmiştir.¹⁷¹⁹. Yani elektronik keşif uygulamalarının belirli bir usûle göre yapılmasını düzenleyen kurallar mevcuttur. Bu da elektronik keşif kavramını usûl hukukunun konusu haline getirmektedir.

İkinci özellik, elektronik keşif incelemelerinin yöneldiği amaçtır. Elektronik keşif adli bir süreci beslemek için yapılır. Yani elektronik keşif incelemesinin temel amacı yargılama ya da yargılamaya hazırlık süreci için malzeme elde etmedir. Bir

¹⁷¹⁸ Bilişim ve Teknoloji Hukuku ayrı bir anabilim dalı olarak kabul edilmiş ve hukuk fakültelerinde bu anabilim dalına münferit olarak öğretim üyesi atamaları yapılmaya başlanmıştır. Bu yönde bkz. yok.gov.tr. Ayrıca bkz. https://www.uak.gov.tr/Documents/docentlik/2023/2023-mart-donemi/basvuru-sartlari/TA_Tablo5_2023M_24022023.pdf, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷¹⁹ Jochen von Bernstoff, “The discovery of technological law in the digital Bukovina: Lawrence Lessig's Code and other Laws of Cyberspace”, **German Law Journal**, Volume 2, Issue 17, 2001, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022); Brand, **Wahrheit und Gerechtigkeit**, s. 3558 vd.

diğer deyişle, elektronik keşif ispat faaliyetine destek olacak delil araçları elde etmek üzere gerçekleştirilir.

Elektronik keşif ve klasik keşif kavramını birbirinden ayıran bir özellik, elektronik keşif sadece elektronik veriler üzerinde gerçekleştirilebilirken, geniş anlamda keşif kavramının taşınır, taşınmaz tüm malzemeler üzerinde gerçekleştirilmesidir. Medenî usûl hukuku anlamında keşif kavramının ancak elektronik belgeler üzerinde gerçekleştirilen çeşidi elektronik keşifle yakın ilişki içindedir.

Elektronik keşif yoluyla elde edilen, kayıt altına alınan veya analiz edilmeye hazır hale getirilen tüm elektronik veriler esasında bir yargı sürecine katkı sağlamak için yapılır. Yani tüm bu veriler bir yargı kararına ve yargılamanın tahkikat aşamasına katkı sağlamak için toplanmaktadır. Bu nedenle, elektronik keşif kavramı, usûl hukukundaki keşif deliline konu olabilecek elektronik keşif malzemelerinin toplanmasına ilişkin aşamaların tamamını karşılayan bir üst kavramdır¹⁷²⁰.

Elektronik keşif, medenî usûl hukukuna uyarlanmak istendiğinde, büyük ölçüde elektronik belgeler üzerinde keşif öncesi hazırlık işlemlerini de kapsayan bir süreci ifade eder. Elektronik keşif denildiğinde bugün için pek çok adli işlemi içeriğinde barındıran geniş bir araştırma anlaşılmaktadır. Bu araştırmalar çoğunlukla teknik bilgi gerektirmekte ve oldukça geniş kapsamlı belgeler ve veriler üzerinde yapılabilmektedir¹⁷²¹. Bu tip keşif faaliyeti bugün için çoğunlukla özel teknoloji ve bilişim şirketlerinin organizasyonları tarafından yerine getirilen bir hizmet olarak sunulmaktadır.

¹⁷²⁰ PwC Türkiye Fraud Forum, **E-Bülten** s. 4. (<https://www.pwc.com.tr/en/fraud-forum/publications/fraud-forum-e-bulten-kasim-2015.pdf>) (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷²¹ Stephan Lorenz, “Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US- amerikanischen Zivilprozeß-recht-Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?”, **ZZP**, S. 111, 1998, s. 35-65, s. 36 vd.

Bunu bir keşif hizmeti olarak adlandıran keşif şirketleri kurulmuştur. Hem yerli hem yabancı pek çok özel kuruluş şu an halihazırda adli belge inceleme, analiz etme ve kurtarma gibi faaliyetlerle yargılama süreçlerine katkı sağlamaktadırlar. Buna göre Adli Bilişim ve Elektronik Keşif (*Computer Forensics & E-Discovery*) başta olmak üzere, elektronik keşif kapsamında başka alanlarda da çalışmaktadırlar. Örneğin, elektronik keşif hizmetini tanıtırken, “*delil toplamak için, geniş bir servis yelpazesi sunmaktayız*” demek suretiyle elektronik veri üzerindeki bu adli amaçlı keşif faaliyetini, bir ticari keşif hizmeti olarak kullanıcıya sunma hedeflerini ifade eden kuruluşlar bulunmaktadır.¹⁷²² Buna göre, “Adli Bilişim ve Elektronik Keşif” faaliyeti kapsamında; dava konusuyla ilgili olarak kişi ve veri kaynaklarının tanımlanması, farklı veri kaynaklarından (ağ, bulut, sunucu, ortak alan gibi) veri toplama işlemi (yerinde ve/veya uzak bağlantı ile), kısmi veya tam sistem incelemeleri ve değerlendirmeleri, dizüstü, masaüstü, sunucu, iş istasyonu (*workstation*) ve paylaşımlı ağların (*network shares*) adli bilişim prosedürlerine uygun şekilde kopyalanması, elektronik imaj alınması, akıllı telefonların ve mobil cihazların adli bilişim prosedürlerine uygun şekilde kopyalanması, elektronik posta ve metin içeren belgeler gibi düşünce içerikli verilerin elde edilmesi, anahtar kelimelerle araştırılması ve incelenmesi.¹⁷²³ elektronik ortamda depolanmış verilerin analiz edilerek; silinmiş veya gizlenmiş verilerin kurtarılması ya da ortaya çıkarılması, detaylı incelemeler yapılarak; hukuki ilişkilere, kayıtlardaki tutarsızlıklara ve düzensizliklere, uyumsuzluğu aydınlatmaya elverişli bilgilere ve dosyalara ulaşılması, veri kurtarma ve fidye yazılımı (*ransomware, cryptolocker*) çözme hizmetleri gibi faaliyetlerin tamamı elektronik keşif faaliyeti olarak tanımlanmaktadır.¹⁷²⁴

Yukarıda sayılanların yanında, bu kuruluşlar ayrıca ceza hukuku alanında da hizmet vermektedir. Buna göre, başta siber suçlar ve siber olaylara müdahale olarak tanımladıkları hizmetler olmak üzere; siber saldırı, oltalama saldırıları (*phishing*), veri kaybı, fikri mülkiyet ve kimlik hırsızlıkları, fidye yazılımı saldırıları gibi bilişim

¹⁷²² Bu yönde bkz. pwc.ch; ey.com; deloitte.ch, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷²³ Görüldüğü üzere tüm bu sayılan faaliyetlerin tamamına elektronik keşif adı verilmekle birlikte, bu faaliyetin teknik anlamda da “elektronik keşif” olarak adlandırıldığı görülmektedir. Bu yönde bkz. ey.com, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

¹⁷²⁴ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022).

alanında suç teşkil edebilecek eylemlerle karşı karşıya geldiklerinde, olayı ve krizi yönetmeye yönelik destekte bulundukları ve özel anlamda bilgi amaçlı soruşturma hizmetleri verdikleri görülmektedir.¹⁷²⁵

Örneğin bir siber saldırı gerçekleştiğinde, saldırıya karşı anlık koruma sağlamak için çok fazla zaman kaybetmeden hızlıca harekete geçmek gerekmektedir. Buna göre, elektronik keşif faaliyeti kapsamında; bu uzmanlar saldırıya uğrayan kişi ya da özel ve kamu tüzel kişilerine, siber olayı yönetme (*incident response*), bu bağlamda daha sonra mahkemede delil olarak kullanılmak üzere bilgi ve delil toplama (*evidence gathering*), analiz ve inceleme, etkiyi sınırlandırma ve izolasyon, elektronik ortam tehdidini yok etme (*eradication*), toparlama ve iyileştirme (*recovery and recommendations*) gibi faaliyetlerle destek sunmaktadırlar.¹⁷²⁶

Ayrıca bir suç araştırmasından ya da herhangi bir güvenlik tehdidinden bağımsız olarak, yalnız bilişim amacıyla koruma sağlamak için de çeşitli keşif işlemleri yapılabilmektedir. Burada tüm bu faaliyetlerin odak noktasında bilgi teknolojilerinin kullanılması yoluyla adli süreçlerde gerçekleşecek olan ispat faaliyetine katkı sağlamak vardır. Ancak, bu kuruluşlar bu faaliyeti bir ticari iştiğal konusu haline getirip bir ticari faaliyet olarak sunduklarından bu desteği, kendilerine müşteri olarak başvuran tarafın lehine olarak gerçekleştirmektedirler.

Bu bağlamda, olası bir yargılama faaliyetinde kullanılmak veya halihazırda görülmekte olan bir davanın ispat faaliyetini desteklemek üzere; bilgi teknolojileri altyapısının incelenmesi ve anlaşılması, sistemler üzerinde izolasyon ve konfigürasyon değişikliklerinin önerilmesi, bellek imajı analizi (*memory forensics*) çalışmalarının yapılması ticari elektronik keşif faaliyetinin örnekleridir. Ayrıca, zararlı aktivite izlerini barındırabilecek sistem bileşenlerinin analizlerinin yapılması, siber saldırının yayılımının, sistem anomalilerinin ve zararlı yazılımın (*malware*) tespitine yönelik

¹⁷²⁵ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022). Ayrıca bkz. Turan, **Bilişim**, s. 93.

¹⁷²⁶ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 25.09.2022)..

toplanan veriler üzerinde korelasyon ve analizlerin yapılması, tespit edilen zararlı yazılımların statik ve dinamik analizlerinin yapılması ve IoC adı verilen (*indicators of compromise*) tespitlerin yapılması, elektronik ortamda gerçekleşen vakıaların taktik, teknik ve prosedürlerinin (TTP) ortaya çıkartılması için araştırma yapılması gibi faaliyetler de bu kapsamda görülmektedir.¹⁷²⁷

Uzman olarak adlandırılan ve keşif işlemini gerçekleştiren kişilerin, istemci/sunucu, sistem ve ağ bileşenleri, sanal ya da fiziksel bilgi teknolojileri kaynakları üzerinden toplanan kayıtları (*log*) gelişmiş bir düzeyde analiz etmek gibi adli süreçlere dahil edilebilecek incelemeler yaptığı ifade edilmektedir. Böylece, elektronik ortamda gerçekleştirilen ve herhangi bir hukuki sonuç doğuran elektronik işlemlerin ortaya çıkarılması, yetkisiz erişimlerin tespit edilmesi, veri ihlali söz konusuysa bunun tespiti ya da daha başka veri ihlali yaşanmasının önlenmesi gibi keşif desteği niteliğindeki çalışmaların, elektronik keşif adı altında yürütüldüğü belirtilmektedir.¹⁷²⁸

Tüm bunlara ek olarak ayrıca, yine geniş anlamda elektronik keşif faaliyetinin kapsamında kabul edilen “veri analizi”nden de söz edilmektedir. Buna göre, herhangi bir veri kaynağında yer alan büyük veri (milyarlarca kayıt mertebesinde muhasebe hareketleri, satış, üretim, insan kaynakları, stok, satın alma verisi, e-postalar, dokümanlar vb. dâhil olmak üzere tüm düzenli veya düzensiz veriler) üzerinde, adli teknoloji araçları kullanılarak analizler gerçekleştirilebilmektedir.¹⁷²⁹ Bu analizlerin sonuçları birer delil aracı olma potansiyeli taşıdığından bazı hallerde oldukça önemli dava hazırlığı araçları olabilmektedir.

¹⁷²⁷ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.08.2023). Ayrıca bkz. Turan, **Bilişim**, s. 99.

¹⁷²⁸ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.08.2023). Ayrıca bkz. Ekici, **Bilişim ve Teknoloji**, s. 291 vd.

¹⁷²⁹ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.08.2023). Ayrıca bkz. Ebru Armağan Bozkurt Yüksel, **Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukuki Bakış**, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019, s. 36 vd.

Son olarak elektronik keşif ve adli bilişim faaliyetleri kapsamında, veri mahremiyeti ve güvenliği (KVKK ve GDPR) çerçevesinde de çalışmalar yapılmaktadır. Özellikle büyük şirketlerin ya da kamu kurumlarının üretmekte olduğu devasa boyutlardaki dijital veriler düzenli veya düzensiz biçimde elektronik ortamlarda saklanmaktadır.¹⁷³⁰ Örneğin bir bankanın, elektronik veri tabanlarında tuttuğu kayıtların kişi ve bilgi çeşitliliği düşünüldüğünde, adli bilişim alanında destek almadan bu verileri usûlüne uygun bir şekilde işlemesi, koruması ve yeri geldiğinde kullanması çok zordur. Böyle bir ihtimalde ihtiyaç olması halinde, bulunamayan, ulaşılamayan ya da varlığı tespit edilebilse bile görüntülenemeyen pek çok elektronik veri olabilir.

İşte bu verilerin varlığından haberdar olsa bile verileri takip etmek ve bu verilerin durumuyla ilgili güncel kalmak özellikle büyük şirketlerde oldukça zordur. Bu nedenle dijital keşif ve veri analitiği çalışmaları, böylesi dev boyutlarda dijital veri depolayan ve üreten büyük kuruluşlar açısından ayrıca önemlidir.¹⁷³¹ Burada sözü edilen büyük kuruluşları yalnız ticaret şirketleri olarak düşünmemek gerekir. Yukarıda sözü edilen elektronik belge yönetim sistemlerinin kullanıldığı her türlü kurum ve kuruluş da bu kapsamdadır.¹⁷³² Örneğin elektronik adli iletişim sistemleri, e-devlet ve benzeri sistemler ve yine UYAP gibi elektronik yargı ağını temsil eden sistemler üzerinde yapılabilecek herhangi bir incelemede de elektronik keşif araçlarından faydalanmak mümkündür.

¹⁷³⁰ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.08.2023).

¹⁷³¹ https://www.ey.com/tr_tr/forensic-integrity-services/adli-teknoloji-ve-kesif-hizmetleri, (çevrimiçi, erişim tarihi: 28.08.2023).

¹⁷³² Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. II. bölüm, III, F, 4 ve 5. Ayrıca bkz. Altın, **E-Devlet**, s. 281-283.

C. Elektronik Keşif ve Metadata (Yardımcı Veri) Keşfi

“Metadata” ya da diğer adıyla yardımcı veri en basit haliyle elektronik verinin bizzat kendisi hakkındaki veri ya da “verinin verisi” olarak tanımlanmaktadır.¹⁷³³ Elektronik belgeler genel nitelikleri itibariyle geleneksel belgelere göre dinamik özellikli belgelerdir.¹⁷³⁴ Örneğin elektronik belgedeki tarih ve saat (saniye ve hatta bazen salise dahil olmak üzere) içeren zaman damgaları, belgenin kim tarafından oluşturulduğu, en son ne zaman değişikliğe uğradığı ve bu değişikliğin kim tarafından yapıldığı, elektronik belgeye dair paylaşım ve dosya özellikleri gibi bilgiler meta verilerdir.¹⁷³⁵ Elektronik olarak depolanan bilgiler için orijinal içeriğin ve meta verilerin korunması, karşı tarafın içerikteki bilgilerle oynandığı gibi iddialarını ortadan kaldırmak için gereklidir.¹⁷³⁶

Yardımcı veri keşfinin özellikle Amerikan Hukukunda elektronik belgeler üzerinde keşif faaliyetini daha etkin kılmak için başvurulmuş bir yöntem olduğu görülmektedir.¹⁷³⁷ Aslolan elektronik belgelerin elektronik keşfi olmakla birlikte, ihtiyaç duyulması halinde yardımcı veri keşfine de başvurulmaktadır. Bu nedenle denilebilir ki yardımcı veri keşfi, elektronik belgeler üzerinde keşifle birlikte her zaman başvurulmuş bir prosedür olmayıp, (*occasional*) olayın özelliğine göre başvurulmuş bir yöntemdir. Buna göre Keser Berber, yardımcı veri keşfine başvurulmuş bazı kararlar incelendiğinde, ancak davaya katkısı olacağı noktasında hâkimin ikna olması ihtimalinde yardımcı veri keşfinin söz konusu olduğunu tespit etmektedir.¹⁷³⁸

¹⁷³³ leylakeser.org. Keser Berber, metadata ya da yardımcı veri keşfinin, veri nesneleri hakkında bilgi veren veriler olarak da tanımlandığını aktarır. Bu yönde bkz. Keser Berber, Leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Turan, **Bilişim**, s. 257 vd.; Bayter, **Metadata**, s. 25 vd.

¹⁷³⁴ Turan, **Bilişim**, s. 257 vd.

¹⁷³⁵ Turan, **Bilişim**, s. 257 vd.; Bayter, **Metadata**, s. 25 vd.

¹⁷³⁶ Turan, **Bilişim**, s. 257 vd.

¹⁷³⁷ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Peter Hay, “Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts”, **Die verfahrensmaßeige Behandlung von Nachlassen, ausländisches Recht und internationales Zivilprozessrecht**, Bielefeld 1996, s. 1-61, s. 4 vd.

¹⁷³⁸ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). Bu yönde incelenen örnek karar için bkz. Aguilar v. Immigration & Customs Enforcement Div. of U.S. Dep’t of Homeland Sec., 2008 WL 5062700 (S.D.N.Y. Nov. 21, 2008), <https://casetext.com/case/aguilar-v-ice>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). Mahkeme bu kararda, “Davacıların zaten sahip olduğunun ötesinde yararlı bilgiler sağlayacağını” gösterememesi durumunda metaverinin keşfinin mahkeme tarafından

Örneğin burada adı geçen kararda dikkat çeken bir husus, mahkemenin yardımcı veriyi teknik olarak sınıflandırmış olmasıdır. Bu sınıflandırma, ilgili terimi literatüre katmak ve ispat faaliyetinde nasıl bir yeri olduğunu ortaya koymak bakımından dikkate değerdir.¹⁷³⁹ Amerikan hukukunda hukuk anlayışı büyük ölçüde kararlar üzerinden şekillendiğinden, bir kararda genel olarak tanımı yapılan nispeten yeni bir kavram, diğer davalar ve uygulamalar bakımından da önemli hale gelmektedir. Özellikle ispat faaliyetine ve yargılamanın işleyişine ilişkin bu tür tespitler gelişmekte olan elektronik ispat hukukuna katkı sağlamaktadır.

Buna göre kararda mahkeme yardımcı veri keşfine ilişkin üçlü bir ayrım yapmıştır. Bunlardan ilki bağımsız yardımcı veri (*substantive metadata*)dir. Bağımsız yardımcı veri, elektronik belgeyi oluşturmaya yarayan yazılımın barındırdığı bir özellikle arka planda kaydedilen ve belgenin değişiklik geçmişini gösteren bir veri bütünü olarak ifade edilebilir.¹⁷⁴⁰ Bu yardımcı veri, kullanılan yazılımla ilgilidir.

Yardımcı verinin ikinci çeşidi olarak, sistem yardımcı verisinden (*system metadata*) söz edilir. Bu yardımcı veri çeşidinde, sistem kullanıcısının kaydettiği ve düzenlediği elektronik belgelerin künye bilgilerinin detayları yer alır. Buna göre, belgenin oluşturulma tarihi, saati ve hatta yeri, hangi cihaz ve program kullanılarak düzenlendiği, ne zaman ve nerede yeniden açılmış ve değiştirilmiş olduğu gibi yardımcı bilgiler bu kapsamdadır.¹⁷⁴¹ Örneğin, bir kullanıcının bilgisayar aygıtında *Windows* işletim sisteminin “*Office*” programlarından herhangi birini kullanarak oluşturduğu bir elektronik dosyada, bu elektronik belgeye ilişkin düşünce içeriği belgenin bizzat metin içeriğini oluştururken, *Office* programının ayrıca kaydettiği bazı istatistiksel bilgiler de o elektronik belgenin sistem yardımcı verilerini oluşturur.

reddedilebileceğini vurgulamaktadır.

¹⁷³⁹ Veri çeşitlerine ilişkin açıklamalar ve sınıflandırma için bkz. II. bölüm, I, B, C ve E.

¹⁷⁴⁰ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Turan, **Bilişim**, s. 261.

¹⁷⁴¹ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

İhtiyaç duyulması halinde elektronik keşif faaliyeti çerçevesinde bu ikincil verilere de ulaşılması mümkündür¹⁷⁴².

Üçüncü olarak sözü edilen gömülü yardımcı veri (*embedded metadata*) kavramıysa diğerlerine göre daha teknik bir kavramdır. *Keser Berber*, bunları yerel bir dosyaya kullanıcı tarafından girilen içerik, veri ve diğer bilgiler olarak genel çerçevede adlandırarak açıklamıştır ve veritabanları, hesap çizelgesi formülleri ve hyperlinkler olarak örneklendirmiştir¹⁷⁴³.

Bu teknik açıklamalardan sonra, yargılama hukuku bakımından önemli olan bu teknik özelliklerin ispat faaliyetine katkı sağlayacak şekilde nasıl kullanılabileceğidir. Bu noktada metadatanın keşfe elverişliliği ya da keşfedilebilirliği tartışılmıştır¹⁷⁴⁴. Bu noktada özellikle Amerikan hukukundaki bu tartışmalar çerçevesinde, Amerikan Federal Medenî Yargılama Kuralları bakımından metadatanın nasıl konumlandırılacağı ele alınmıştır¹⁷⁴⁵.

Burada yapılan ilk tespit Federal Medenî Yargılama Kurallarında yardımcı veri keşfine ilişkin herhangi bir hüküm olmadığı, bunun doğrudan düzenlenmemiş olduğudur. Bu nedenle, öncelikle keşif deliline ilişkin genel hükümlere bakılması gerekir. Yani burada mahkemenin tespiti, metadata keşfinin de keşif incelemesine ilişkin genel hükümlere tabi olduğu yönündedir¹⁷⁴⁶.

¹⁷⁴² *Microsoft* ayrıca elektronik keşif faaliyetini kendi platformlarındaki veriler bakımından destekleyen “e-discovery” adında bir hizmet sunmaya başlamıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. <https://learn.microsoft.com/en-us/purview/ediscovery>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.08.2023).

¹⁷⁴³ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Turan, **Bilişim**, s. 261.

¹⁷⁴⁴ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Turan, **Bilişim**, s. 261. Ayrıca bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2007cv08224/313398/347/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁴⁵ Bu kurallardan, ispat ve delillerle ilgili olabilecek olan bazıları yukarıda ele alınmıştır. Bu yönde bkz. I. bölüm, V, 5, 3.

¹⁷⁴⁶ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020); Ayrıca bkz. <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/new-york/nysdce/1:2007cv08224/313398/347/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

Mahkemenin tespitini kurallarla somutlaştırmak gerektiğinde, Federal Medenî Yargılama Kuralları m. 26'ya atıf yapılarak¹⁷⁴⁷; keşif konusu yapılacak elektronik belgenin ispat faaliyetine muhtemel katkısının ve bu yardımcı veri keşfinin getireceği muhtemel yüklerin bir karşılaştırmasının yapılması gerektiği tespit edilmektedir.¹⁷⁴⁸ Bunun anlamı m. 26'da vurgulanan “dengeleme testinin” olaya uygulanması olabilir.¹⁷⁴⁹

Menfaatler dengesinin tüm bu açıklamalar dikkate alındığında yardımcı veri keşfinde önemli bir unsur olduğu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme elektronik posta iletileri üzerinde gerçekleştirilen elektronik keşif incelemesiyle bağlantılı olarak, menfaatler dengesine vurgu yaparak şöyle bir karar vermiştir: Özellikle Federal Medenî Yargılama Kuralları m. 26'ya dayanarak oluşturduğu bu görüşte mahkeme, tarafları elektronik keşif faaliyetini desteklemek için katlanmak zorunda kalacakları masraflar ve diğer yükler yönünden “makul olma”ya teşvik etmiştir. Bu bakımdan makul bir şekilde erişilmesi mümkün olmayan ve erişilmesi son derece detaylı ve teknik araştırma gerektirecek düzeydeki bilgilerin, mahkemece değerlendirilmesi ve anlaşılması da zor olacağından, taraflara bu tür bilgi yığılmasından kaçınmaları önerilmektedir. Çünkü her şeyden önce böyle bir faaliyet şüphesiz gereğinden fazla mahkeme masrafına yol açabilecektir. Bu bakımdan da yargılamanın temel ilkeleri bağlamında ideal olmayan bir durum ortaya çıkabilecektir.¹⁷⁵⁰

Görüldüğü üzere mahkeme burada denge unsurunu gözetmektedir. Burada Türk hukukunda yargılama kurallarından aşına olduğumuz üç temel medenî usûl hukuku kurumuna atıfta bulunulmuş olduğu tespiti yapılabilir. Bunlardan ilki usûl

¹⁷⁴⁷ Amerikan Federal Yargılama Kurallarının 26, B 2 c maddesi şu şekildedir: “*When Required: On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that: (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive; (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or (iii) the proposed discovery is outside the scope permitted by Rule 26(b)(1)*”.

Bu yönde bkz. https://www.uscourts.gov/sites/default/files/federal_rules_of_civil_procedure_december_1_2022_0.pdf, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.08.2023).

¹⁷⁴⁸ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁴⁹ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁵⁰ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

ekonomisi ilkesidir. Diğerleri ise menfaatler dengesi ve silahların eşitliği ilkeleridir.¹⁷⁵¹.

Yargılama sistemleri ve tarihçesi tamamen farklı olsa da yargılamanın amacı maddi gerçeklik temelinde hakların yerine getirilmesidir. Hakların yerine getirilmesinin en önemli enstrümanı da başarılı bir ispat faaliyetidir. Bu nedenle, sistemler farklı olsa da ortak amaçlardan ve araçlardan yola çıkılarak iyi yönde örneklerden yararlanmak mümkündür. Böylece faydalı bazı modeller oluşturulup Türk hukuk sistemine uyarlamak da söz konusu olabilir. İşte bu nedenle elektronik keşfe ilişkin tartışmalara yer vermek ve onları değerlendirmek önemli görülmektedir.

Elektronik belgelerin mahkemelerde ispat faaliyeti kapsamında çözümlemesi yapılırken karşılaşılabilecek belki de en önemli sorun, o belgenin sonradan bir değişikliğe uğrayıp uğramadığının tespit edilmesidir. Bu bir bakıma senet üzerinde tahrifat yapılmasına benzer bir durumdur. Örneğin senet üzerinde yazan borç miktarı 3.000.000 Türk Lirası iken, alacaklının sonradan o senet üzerinde kendi eliyle, bir sıfır daha ekleyerek 30.000.000 Türk Lirası olarak oynama yapması gibidir. Tıpkı örnekteki gibi elektronik ortamda da belge üzerinde oynamalar ve değişiklikler yapılması mümkündür. Hatta bu değişikliklerin el yazılı belgelere göre tespiti de belirli koşullarda daha zordur. İşte bu nedenle elektronik belgelerin keşif yoluyla incelenmesi ve bu incelemenin bizzat hâkim tarafından yapılması önem arz etmektedir.

Doktrinde elektronik belgelerin değiştirilmiş olup olmadığının tespitindeki bu güçlüğü, elektronik belgelerin yargılamada ispat aracı olarak kullanımını zorlaştırdığı dile getirilmiştir.¹⁷⁵² Bu zorlukların aşılması için geliştirilen çözümlerden biri elektronik imzaya dair özel düzenlemeler getirilmesi ve elektronik belgedeki güven unsurunun pekiştirilmesidir.¹⁷⁵³ Tüm bunlara ek olarak burada izah edilen metadata

¹⁷⁵¹ Bu yönde bkz. Bilgehan Yeşilova, “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, **TBB Dergisi**, Sayı 86, 2009, s. 47-101, s. 49 vd. Ayrıca bkz. Schöpflin, **Parteianhörung**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁵² Erturgut, **Elektronik İmza**, s. 66; Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 2.

¹⁷⁵³ Albayrak, **Elektronik Belge**, s. 2. Elektronik imzaya ve işlevlerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. II. bölüm, II, B, 1, b.

keşfi verinin güven unsurunu pekiştirmeye yardımcı olabilecek önemli ve güvenilir bir keşif faaliyetini ifade etmektedir.

D. Multidisipliner Bir Kurum Olarak Adli Bilişim ve Elektronik Keşif İlişkisi

1. Genel Olarak

Adli bilişim, ispat faaliyetinde kullanılabilecek bilginin bilimsel yöntemlerden faydalanılarak okunabilir hale gelmesini amaçlar. Teknik yöntemler kullanılmak suretiyle, bilgisayar tabanlı elektronik veri taşıyıcıları üzerinde “delil elde etme amacıyla” analiz ve incelemeler yapılmasına yarayan her türlü araştırma sürecine adli bilişim denilmektedir.¹⁷⁵⁴

Adli bilişim incelemesinin sonucunda dijital veri okunmaya hazır hale gelir. Dijital veriler, sabit disk veya taşınabilir bellek (USB) gibi elektronik veri taşıyıcılarının içinde depolanan gözle görülemeyen, elle tutulamayan “sanal” olarak nitelendirilen verilerdir.¹⁷⁵⁵ Bu veriler adli bilişim incelemesi sayesinde gerçek dünyayla ilişkilendirilir ve ispata elverişli hale getirilir. İşte adli bilişim incelemesine konu olan bu dijital veriler “dijital delil” olarak adlandırılmaktadır.¹⁷⁵⁶

Dijital veriler fiziki varlıkları bulunmadığından, anlık olarak şekil ve yer değiştirebilmektedir.¹⁷⁵⁷ Bu nedenle, dijital veriler incelenirken iki konuda dikkatli

¹⁷⁵⁴ leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). Adli bilişimin orijinal adının “*computer forensic*” olduğu yönünde **a.g.e.** Ayrıca bkz. Turan, **Bilişim**, s. 86, 87.

¹⁷⁵⁵ Alastair Irons/Harjinder Singh Lallie, “Digital Forensics to Intelligent Forensics”, **Future Internet**, Vol. 6, Issue 3, September 2014, s. 584-596, s. 585 vd.; Murat Volkan Dülger, “Adli Bilişim ve Ülkemizde Uygulanması”, s. 20-26, s. 21, www.hplusdergi.com, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). Dijital veriler yukarıda ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Bu yönde bkz. II. bölüm, I, B, C.

¹⁷⁵⁶ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21. Veri ve dijital veri hakkında bkz. II. bölüm, I, B, C.

¹⁷⁵⁷ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21.

olunması gerekir. Bunlardan birincisi, verinin bozulmasını ya da kaybolmasını önlemek için gerekli önlemlerin alınmasıdır. Buna önleme aşaması denilebilir. İkincisi ise verinin korunduğundan, daha doğru bir ifadeyle değiştirilmediğinden emin olunmasıdır.¹⁷⁵⁸ Buna da teyit aşaması denilebilir.

Adli bilişim incelemelerini gerçekleştirmek ya da yönetmek üzere uzmanlaşan “adli bilişim uzmanları” vardır.¹⁷⁵⁹ Bu kişiler dijital verilerin yukarıda sözü edilen değiştirilme ya da kaybedilme risklerine karşı çeşitli yöntemler uygulayabilen, genellikle tecrübeli ve bu alanda bilgi sahibi kişilerdir. *Dülger*, dijital delillerin incelendiği ortamın da son derece önemli olduğunu ifade etmektedir. İnceleme; kolluk, hâkim, keşif yardımcısı ya da bilirkişi tarafından yapıldığı fark etmeksizin, sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi için laboratuvar ortamında gerçekleştirilmelidir.¹⁷⁶⁰ Böylece elektronik veriler zarar görmemeleri adına her türlü tedbir alınarak, uygun ortam sağlanarak incelenmiş olacaktır.

Keser Berber, adli bilişimi her aşamasıyla bir prosedür ve şekiller bütünü olarak açıklamaktadır.¹⁷⁶¹ Buna göre, genel olarak adli bilişim toplama, inceleme, analiz ve raporlama aşamalarından oluşur ve bu aşamalar arasında en önemli aşamanın toplama aşaması olduğu ifade edilmektedir.¹⁷⁶² Dijital deliller üzerindeki incelemeler çoğunlukla adli imaj dosyası üzerinden yürütülmektedir.¹⁷⁶³

¹⁷⁵⁸ Elektronik veride gerçeklik ve orijinallik kavramları ve bu kavramların önemi bakımından bkz. II. bölüm, I. D.

¹⁷⁵⁹ *Dülger*, **Adli Bilişim**, s. 21.

¹⁷⁶⁰ *Dülger*, **Adli Bilişim**, s. 21.

¹⁷⁶¹ leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁶² leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). *Keser Berber* ayrıca ceza muhakemesi hukukunu ilgilendiren Suç Eşyası Yönetmeliğinde adli bilişimin toplama aşamasına ilişkin önemli hükümlerin yer aldığından söz eder. Suç Eşyası Yönetmeliğinin 9. maddesine göre, bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu gibi veri taşıyıcılarından alınan elektronik verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi veri taşıyıcılarının nasıl saklanması gerektiğini düzenlemektedir. Buna göre, bu tip veri taşıyıcıları nem, ısı, manyetik baskı ya da fiziksel darbeler gibi okunmalarını engelleyecek zararlardan muhafaza edilecek şekilde toplanmalı ve saklanmalıdır. Bu yönde bkz. leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020). Ayrıca bkz. *Turan, Bilişim*, s. 98.

¹⁷⁶³ *Dülger*, **Adli Bilişim**, s. 21. *Dülger*, adli bilişim uzmanlığı bakımından ülkemizde bir standart bulunmaması sebebiyle, her elektronik belge incelemesinde farklı kalitede raporlar ortaya çıktığını ifade etmektedir. Bilirkişilik Kanununda da buna ilişkin bir hüküm olmadığını belirterek, nitelikli bir birimin oluşturulmasının bir zorunluluk olduğunu dile getirmektedir. Bu yönde bkz. *Dülger, Adli Bilişim*, s. 22. *Aslan* da adli bilişim konusunda mahkemelere ihtiyaç duyulduğunda hizmet verecek bir “Adli

2. Bilişim ve Teknoloji Hukuku ile Elektronik Keşif Kavramlarının Özel Hukukla İlişkisi

Bilişim hukuku terim olarak ilk kez literatürde kullanılmaya başlandığı zamanlarda, özellikle bilişim suçlarıyla bağlantılı olmak üzere anılmaktaydı¹⁷⁶⁴. Bunun sonucu olarak da bugün için halen ceza hukukunun bir alt dalı gibi düşünülmekte olduğu belirtilmektedir.¹⁷⁶⁵ Fakat zaman içinde görülmüştür ki başta elektronik imza olmak üzere, elektronik ticaret, elektronik para ve elektronik belgelerle ispat gibi kavramların doğurduğu ihtiyaç bilişimi özel hukuk terimi haline getirmiştir.¹⁷⁶⁶ Hatta bugün için bilişim hukukunun ve araçlarının kamu hukukundan çok özel hukuku ilgilendiren yönlerinin ağır basmaya başladığı ifade edilmektedir.¹⁷⁶⁷ Bu nedenle, bilişim ve bağlı alt terim ve kurumları artık doğrudan ceza hukukunun ilgi alanı olarak görmek doğru olmaz.

Elektronik belgelerin incelenmesinde, bilirkişi deliline başvuruluyorsa bu esasında adli bilişim hukukunun konusuna giren bir inceleme yapılıyor demektir. Yani adli bilişim hukukunu yalnızca ceza hukukunun konusuna giren hususlarda inceleme yapan bir alan olarak görmek doğru değildir. Hukuk yargılamasında da elektronik delillerin yeri yadsınamayacak seviyeye ulaşmaktadır. Hâkim her elektronik belgeyi kendi başına incelemekte mutlaka zorluklar yaşar ve yardıma ihtiyaç duyabilir¹⁷⁶⁸. Bu halde ihtiyaç duyduğu teknik yardım her zaman olmasa da çoğu zaman bilişim desteği olabilmektedir.¹⁷⁶⁹

Bilişim Kurumu'nun kurulması gerektiğine işaret etmektedir. Bu bağlamda hukuk fakültelerinde veya enstitülerde adli bilişime yönelik derslere yer verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Aslan, *Dijital Delil*, s. 265.

¹⁷⁶⁴ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 27.

¹⁷⁶⁵ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 27.

¹⁷⁶⁶ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 27.

¹⁷⁶⁷ Ekici, *Bilişim ve Teknoloji*, s. 27.

¹⁷⁶⁸ Bu yönde bkz. III. bölüm, I. B.

¹⁷⁶⁹ Dülger, *Adli Bilişim*, s. 23

Bu noktada örneğin, elektronik belge bilirkişi sıfatıyla atanan bir kişi tarafından incelenmişse, elektronik belgenin incelenmesi sonucunda hazırlanan raporda, özellikle sonuç kısmında inceleme sonucunun açıkça yazılması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁷⁷⁰ Tespit edilmesi gereken husus ne ise, onun tespit edilip edilemediği raporun sonuç kısmında açıkça ifade edilmeli, tespit edildiyse de nasıl ve hangi yöntemle yapıldığı, süreç özetlenerek rapora yazılmalıdır. Esasında bu tespit keşif yardımcısı olarak görevlendirilen kişiler bakımından da geçerlidir. Mutlaka bilirkişi sıfatıyla görev almaları gerekmez. İnceleme sonucu hakkında rapor sunulacaksa, bunun açıkça tespit edilmesi ve hangi hususları incelemek için görev verildiyse bunların ayrıntılı olarak dava dosyasına dahil edilmek üzere bildirilmesi gerekir.

Özellikle rekabet ihlallerine yönelik dijital ortamlarda yer alan verilerin tespiti ve ortaya çıkarılmasında adli bilişim uygulamalarının önemi büyüktür.¹⁷⁷¹ Rekabet Kurumunun 2014-2018 dönemine ait Stratejik Planında şu ifadeler yer verilmiştir.¹⁷⁷²: *“Teknolojik gelişmelerin teşebbüslere delillerin gizlenmesi yönünde sunduğu avantajlar, rekabet ihlallerine ilişkin inceleme, araştırma ve soruşturmalarda delil temini konusunda birtakım zorlukların yaşanmasına neden olmaktadır. Bu tehdidin bertaraf edilmesine yönelik olarak, bir yandan denetim faaliyetinin daha etkin sürdürülmesine olanak verecek bir örgütsel yapılanmaya gidilmesi, diğer yandan da adli bilişim imkânlarından daha fazla yararlanılmasını sağlayacak altyapının oluşturulması gerekmektedir.”*

Bu bağlamda Meslek Personeli Yönetmeliğinde değişiklik yapılarak adli bilişim alanında uzmanlığa sahip kişiler de kurum bünyesine dahil edilmeye başlanmıştır.¹⁷⁷³ Rekabet Kurulunun yaptığı yerinde incelemelerde, klasik arama

¹⁷⁷⁰ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 23.

¹⁷⁷¹ Zahide Orman, **Rekabet Hukuku Uygulamaları Kapsamında Adli Bilişim**, Ankara, 2017, s. 13.

¹⁷⁷² Plan için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/File/?path=ROOT%2F1%2FDocuments%2FSayfalar%2Fstarejikplan.pdf>. Ayrıca Rekabet Kurumunun 2019-2023 Stratejik planı için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/geneldosya/1-rk-stratejik-plani-pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 01.08.2023).

¹⁷⁷³ Orman **Adli Bilişim**, s. 14.

araçlarıyla yapılan aramalar yüzeysel arama olarak nitelendirilmektedir.¹⁷⁷⁴ Bu aramalar bilgisayarlar üzerinde yapılan kavramsal aramalardır. Örneğin bir anahtar kelimeyle bir metin içerisinde yapılan aramalar gibi. Ancak bu klasik aramalar yüzeysel kaldığı için, delil elde etme imkânı da sınırlı olmaktadır. Bu yüzden bu tür elektronik belgeler üzerinde yapılacak incelemelerde klasik yöntemler dışında adli bilişim uygulamalarından da destek almak gerekmektedir.

Adli bilişim alanında *Nuix* ve *EnCase* adında özel girişimciler tarafından geliştirilmiş adli bilişim programları vardır.¹⁷⁷⁵ Bu programlar gizli ya da silinmiş elektronik verileri ortaya çıkarabilmektedir. Hatta böyle programların yardımıyla şifrelenmiş yazışmaların ve belgelerin de tespit edilmesi mümkün olmaktadır.¹⁷⁷⁶ Bu tip adli bilişim programlarının ve uygulamaların desteğiyle aslında klasik delil elde etme yöntemleriyle tespit edilemeyecek elektronik belgelere ulaşılması mümkün olmaktadır. Bu kavramlar, medenî usûl hukuku bağlamında elektronik veriler üzerinde keşif faaliyetine nispeten yabancıdır. Ancak, bu kavramların medenî usûl hukukuna adaptasyonu, böylesi teknik imkânların da tartışılması anlamına gelir.

Örneğin, 2010 yılında adli bilişim ve teknoloji hukukuna ilişkin bir Hukuk Kurultayı gerçekleştirilmiştir.¹⁷⁷⁷ Bu çalıştayda adli bilişim ve hukukun kesiştiği noktalarda ortaya çıkan sorunlar ve çözüm önerileri tartışılmıştır. Buna göre öne çıkan bazı tespitler aşağıdaki gibi olmuştur: Özel hukuk alanında adli bilişim ve elektronik belgelerin delil olmasına ilişkin özel düzenleme yapılması ihtiyacı olduğu; elektronik delillerin muhafaza edilmesi bakımından yaşanan sorunlar olduğu; adli bilişimin yönetsel yönünün geliştirilmesi gerektiği; adli bilişim araçlarının akredite edilme ihtiyacı; Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uygulamaları, haksız rekabet uygulamaları ve Rekabet Kurumu uygulamaları bakımından daha etkili ve güvenli bir elektronik belgelerle ispat faaliyeti yürütülmesi gerektiği; yine İcra ve İflâs Kanunundaki

¹⁷⁷⁴ Orman, *Adli Bilişim*, s. 13.

¹⁷⁷⁵ Orman, *Adli Bilişim*, s. 13. Ayrıca diğer önde gelen program ve yazılımlar için bkz. III. bölüm, III, A, C.

¹⁷⁷⁶ Orman, *Adli Bilişim*, s. 12.

¹⁷⁷⁷ leylekeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

hükümler ve kurumlar bakımından adli bilişimin daha etkin kullanılabileceği vurgulanan konular arasında yer almıştır.¹⁷⁷⁸.

Bugün için Türkiye’de adli bilişim ve bağlantılı elektronik keşif incelemeleri çoğunlukla emniyet müdürlükleri bünyesindeki adli bilişim birimleri tarafından gerçekleştirilmektedir.¹⁷⁷⁹. Bunu yanında jandarma kriminal laboratuvarları da elektronik keşif ve benzeri elektronik ortam keşfi araştırma faaliyetleri yürütebilmektedir. Ayrıca, Adli Tıp Kurumu’nda da adli bilişim incelemelerini “resmi bilirkişi” sıfatıyla yerine getirmek için gerekli organizasyona sahip olan birimler vardır. *Keser Berber*, 2004 yılında Fizik İhtisas Dairesi Başkanlığı’nın görev tanımları arasında, adli bilişim incelemelerinde mahkemelerde bilirkişilik yapmak görevinin düzenlendiğine işaret eder. Buna göre, uygun altyapıya ve idari dayanağa sahip olan Adli Tıp Kurumunun elektronik keşif alanında mahkemelerce yapılacak incelemelerde rol alabileceği ifade edilmiştir.¹⁷⁸⁰. Ayrıca, Alman hukukunda özellikle dijital veriler üzerinde manipülasyon yapıp yapılmadığını tespit etmek üzere yeni bir dal ortaya çıkabileceği vurgulanmaktadır. Böylece, özellikle hukuk yargısında kullanılabilecek elektronik belgelerin incelenmesini konu edebilecek ayrı bir araştırma alanı ortaya çıkmaktadır. Buna da “dijital adli tıp” adı verilebileceği ifade edilmiştir.¹⁷⁸¹.

Burada somut bir model örneği olması açısından, (FTS) adı verilen, merkezi İsviçre’de bulunan bir denetim şirketinin bünyesindeki, çok çeşitli soruşturmaları yürütmek için teknik altyapı sağlamak üzere organize edilmiş Adli Teknoloji Çözümleri departmanı verilebilir.¹⁷⁸². Böyle bir birimin Türk mahkemeler teşkilatına uyarlanması elektronik belge incelemelerinin tekdüze ve sistemli gerçekleştirilmesi için oldukça isabetli bir adım olarak görülebilir. Zürih’te özel bir adli tıp laboratuvarı ile elektronik verilerin elde edilmesi ve analizi konusunda iş birliği içinde olan bu

¹⁷⁷⁸ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁷⁹ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁸⁰ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.06.2020).

¹⁷⁸¹ Knopp, **Digitalfotos als Beweismittel**, s. 157. Ayrıca bkz. Matthias Kirchner, “Digitale Forensik – Spuren in Digitalfotos”, http://events.ccc.de/congress/2006/Fahrplan/attachments/1117-23C3_Kirchner.pdf, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

¹⁷⁸² Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/services/consulting/forensic-technology-solutions.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

departman, hem henüz yargıya taşınmamış ya da alternatif çözüm yollarında çözülmesi umulan ticari uyuşmazlıklarda hem de birden fazla yargı kolunda elektronik keşif alanında veri gizliliği ve analizi bakımından uzmanlaşmaktadır. Böyle bir modelin mahkemelere entegre edilmesi, özellikle elektronik belge yığılması yaşanan hukuki uyuşmazlıklarda son derece faydalı olabilir.

Burada tek sorun bunun profesyonel şirketler tarafından özel bir hizmet olarak sunulması ve geliştirilmesidir. Yani böyle bir altyapı ve uzman kişilerin bir araya getirilmesinin maliyeti vardır. Çünkü örneğin bu merkezde, adli hizmetlerin bir parçası olarak, adli muhasebe bilgisi de dahil olmak üzere, teknoloji uzmanlığı adı altında, yalnız yerel olarak değil, küresel bir hizmet sunulmaktadır.¹⁷⁸³ Esasında böyle bir hizmet, özellikle büyük sermayeli ve küresel olarak faaliyet gösteren ticari kuruluşların delil kaynaklarını henüz uyuşmazlık çıkmadan önce kurgulama ve yönetme bakımından başvurdıkları önemli bir adli süreçlere hazırlık prosedürünü karşılamaktadır. Aynı titiz yaklaşımın birebir devlet mahkemelerinin organizasyonuna yansıtılabilmesi maliyetler gereği ilk bakışta çok kolay gözükmesine de böyle bir model hâkimlerin elektronikleşme karşısında yaşadıkları sıkıntıları büyük ölçüde çözmeye katkı sağlar. Elbette tüm bu önerilere ek olarak yargı mensuplarının yargıda ve delil araçlarında dijitalleşme konusunda eğitilmesi zorunluluğu da ön plana çıkmaktadır.

¹⁷⁸³ Burada örnek olarak gösterilen PwC Topluluğu, beş yüz ellinin üzerinde yüksek vasıflı profesyonel keşif aracıyla şu an için toplamda otuz beş ülkede altmış beş FTS departmanından oluşan bir ağa bağlı olarak faaliyet göstermektedir. Bunun yanında pek çok müfettiş ve adli muhasebecinin de yarı zamanlı olarak destek vermesiyle küresel bir adli bilişim ağı kurulmuştur. Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/services/consulting/forensic-technology-solutions.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

E. Elektronik Belgelerde Delil Zinciri ve Delil Güvenliği Kavramları

Elektronik delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi sürecinde teknik bir kavramın önemi ortaya çıkar. Bu kavram “delil zinciri” kavramıdır. Yargılamada başvurulacak elektronik belgenin toplanması ya da elde edilmesi kadar, o delilin bir platformdan diğerine aktarılırken korunabilmesi de önemlidir. Çünkü, elektronik belgeler nitelikleri itibarıyla manipüle edilmeye son derece elverişlidir ve bu manipülasyonun tespiti de keşif yardımcılarının başvurulmadıkça oldukça zordur¹⁷⁸⁴. Bir elektronik belge depolanırken, takip edilen yolun güvenli olması demek, o belgenin dijital ortamda geçtiği her durağın, belirli ve bilinebilir olması demektir. Diğer bir deyişle, her durak öncesinde ve sonrasında elektronik belgenin yolculuğu kayıt altına alınmış olmalıdır. Böylelikle her durak sonrasında, belgenin değişikliğe uğramadığının sağlanması yapılmış olur¹⁷⁸⁵.

Elektronik belgenin uğradığı her bir durak bir halkayı ve bu halkalar da bir zinciri oluşturur. İşte bu zincir “delil zinciri (chain of evidence)” olarak ifade edilmektedir¹⁷⁸⁶. Bir elektronik belgenin elektronik delil niteliğini tartışırken, öncelikle orijinali hali ile elde edildiğinin ve korunduğunun tespit edilmesi gerekir.

Bugün için elektronik verilerde “sayısal doğrulama değeri” de denilen tek yönlü algoritma tabanlı bir fonksiyonu ifade eden doğrulama işlem özeti kullanılarak doğrulama yapılmaktadır¹⁷⁸⁷. Bu algoritmanın tek yönlü olması, sayısal doğrulama değerinin bir kez hesaplanmasından sonra geriye dönülememesini ifade etmektedir. Bugün için kullanılmakta olan sayısal doğrulama değerlerinden; Snefru, N-Hash, MD4, MD5, SHA serisi en çok bilinenlerdir¹⁷⁸⁸. Bunun somut görünümü ise

¹⁷⁸⁴ Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. III. bölüm, I, B, 3.

¹⁷⁸⁵ Turan, **Bilişim**, s. 87 vd.

¹⁷⁸⁶ Turan, **Bilişim**, s. 87 vd.

¹⁷⁸⁷ Çatalakaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16; Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

¹⁷⁸⁸ Çatalakaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16; Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023)..

çoğunlukla; elektronik verilerin hash değerlerinin doğrulanması ve kaydedilmesi, kopya ve imaj alınırken yazım engelleme programlarının kullanılması ve seri numarası içeren kaydedicilerin kullanılması şeklinde gerçekleştirilmektedir.¹⁷⁸⁹

“*Hash Değeri*”, bir diğer adıyla “*Veri Özet Değeri*”, dijital delilin güvenle incelenmesi bakımından oldukça önemli bir kavramdır.¹⁷⁹⁰ Veri özet değeri, *Hash değeri* ya da *Hash* olarak da ifade edilmektedir ve esasında bir matematik algoritmasıdır.¹⁷⁹¹ Bu algoritmayla dijital verinin değiştirilip değiştirilmediğinin kontrolü sağlanabilmektedir. Yani aslında veri özet değeri ya da *hash* değeri delil güvenliğini sağlayan ve buna hizmet eden bir kavramdır. Birden fazla veri özet değeri hesaplama algoritması bulunur. Her algoritmada ortaya çıkan verinin özet değerinin sayısal uzunluğu farklıdır. Sayısal uzunluk ise hesaplanan verilerin özet değerinin aynı olması ihtimalini düşürmektedir.¹⁷⁹²

Burada ifade etmek gerekir ki elektronik deliller elde edilirken, özellikle çalışan sistemler üzerinden alınan kopyalarda, kopya alınırken sistem halen çalışıyor olduğundan hash değeri bakımından tutarsızlık ortaya çıkabilmektedir.¹⁷⁹³ Elektronik delillerin doğrulanması bakımından en önemli araç olarak bilinen “hash değeri”

¹⁷⁸⁹ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 49; Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

¹⁷⁹⁰ Hash Değeri kavramı daha önce ele alınmıştı. Bu yönde bkz. II. bölüm, II, C, 1, e, ii. Ayrıca bkz. Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

¹⁷⁹¹ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21; Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

¹⁷⁹² Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21. Dülger konuya ilişkin şu örneği vermiştir: “*Adli Bilişim*” yazısından oluşan bir verinin özet değerini, MD5 (Message-Digest 5) adlı algoritmayı kullanarak hesaplayacak olursak; “07ffec3f75b3b9b01c4fc3fe85de247” şeklinde bir sayısal değer üretilir. Oluşan veri özet değeri 32 adet 16’lık sayı sisteminin rakamlarını içerir. Bu kadar rakam ile oluşturabileceğimiz değer miktarı 2128, yani kullandığımız sayı sisteminde 36 rakamlı, çok büyük bir sayı olup, iki farklı veriye ait özet değerinin aynı çıkma olasılığının ne kadar düşük olduğunu gösterir. Eğer “*Adli Bilişim*” verisinin veri özet değeri, SHA1 (Secure Hash Algorithm 1) algoritması ile hesaplanırsa “b16a22679c9550ad-85cd97621fd9640595ecdb84” sayısal değeri üretilir. Oluşan özet değeri ise bu sefer 40 adet 16’lık sayı sisteminin rakamlardan oluşan başka bir sayıdır. Ancak burada rakamlar arttığı için olasılık logaritmik olarak düşer. Veri özet değeri hesaplanacak bilgi ister 1 TB boyutunda bir diskin içeriği olsun ister içerisinde sadece “*Adli Bilişim*” yazan bir metin dosyası olsun oluşan veri özet değerinin uzunluğu hep aynı olacaktır. Olasılık değerlerinin aşırı düşük olması sebebiyle, oluşan veri özet değerinin veriyi temsil ettiği kabul edilir. Adli bilişim incelemelerinde bir dijital delilin veri özet değeri için hem MD5 hem de SHA1 algoritmaları kullanılır. Bu yönde bkz. a.g.e. Ayrıca bkz. Uzunay/Bıçakçı, **A3D3M: Doğrulama Modeli**, (emo.org), (çevrimiçi, erişim tarihi: 27.04.2023).

¹⁷⁹³ Özbek, **Adli Bilişim**, s. 122.

doğrulaması yapılamadığından o elektronik verinin güvenilirmez olduğu ya da üzerinde oynanmış olduğu düşünülebilir. Ancak burada, bu yanılgıya sebep olan aslında elektronik verinin alındığı cihazın halen veri işlemeye devam ediyor olmasıdır. Örneğin birer elektronik veri taşıyıcısı olarak, bilgisayardan ya da mobil telefondan alınan adli bilişim verilerinde durum böyledir. Sistem halen işlemeye devam ettiğinden delil incelemesine konu olan elektronik veri kaydedilirken sistem, orijinal elektronik veri üzerinde birtakım değişiklik ya da bozulmaya sebebiyet verebilir.¹⁷⁹⁴ Ancak, bu o verinin artık orijinal veri olmadığı anlamına gelmemelidir. Böyle bir durumda, özellikle çalışan sistemler üzerinden elde edilen verilerde, yine çözümün hash değeriyle bulunabileceği ifade edilmektedir.¹⁷⁹⁵ Bu halde, eldeki elektronik veri kopyasının (adli kopyanın), hash değerinin yeniden hesaplanmasıyla çözülmesi gerektiği belirtilir.¹⁷⁹⁶ Böylece, orijinal elektronik belgeden alınan ilk kopyanın hash değeriyle, sonradan sağlama yapmak için yeniden hesaplanan hash değeri incelenmiş ve karşılaştırılmış olur. Delil güvenliği de bu şekilde temin edilir. Aksi halde yeniden orijinal elektronik belgeden alınacak hash değeri ile karşılaştırma yapılması halinde, hash değerleri birbirini tutmayabileceğinden, karışıklık ortaya çıkacaktır.

Görüldüğü üzere hash değeri kavramı delil güvenliği bakımından son derece önemlidir. Özellikle elektronik keşif kavramı bakımından itimat edilebilir elektronik delil güvenliği araçlarındandır. Delil güvenliğinin sağlanmasıyla delil bütünlüğü ve veri bütünlüğü de sağlanmış olur. Bu da ispat faaliyetinin sağlıklı bir şekilde yerine getirilmesine hizmet eder. En nihayetinde de elektronik delillerin güvenliği ve hâkim tarafından güven içinde tahkik edilmesi sağlandığında, elektronik veri üzerinde keşifte adalete erişim ve hukuk güvenliğinin temin edilmesine ilişkin güvenli adımlar atılmış olur.

¹⁷⁹⁴ Özbek, **Adli Bilişim**, s. 122.

¹⁷⁹⁵ Özbek, **Adli Bilişim**, s. 122.

¹⁷⁹⁶ Özbek, **Adli Bilişim**, s. 122.

F. Elektronik Keşif - Dijital Keşif Kavramlarının Kullanıldığı Başlıca Alanlar Olarak Rekabet Hukuku ve Ceza Hukuku Örnekleri

1. Rekabet Hukuku Bakımından Elektronik Keşif

a. Genel Olarak

Çağın bir gereği olarak, özellikle ticari ilişkilerde belgeler çoğunlukla elektronik ortamda hayat bulmakta ve saklanmaktadır. Çeşitli idari otoritelerin yaptıkları inceleme ve denetimlerde, zaruri olarak elektronik belgeler de inceleme konusu olmaktadır. Son yıllarda Rekabet Kurumunca yürütülen soruşturmaların raporları incelendiğinde, delil ve belge olarak çoğunlukla elektronik posta yazışmalarının yer aldığı görülmektedir.¹⁷⁹⁷

Teşebbüslerin aralarında anlaşması ya da uyumlu eylemler sergileyerek bir piyasadaki rekabeti engellemeleri ve hâkim durumlarını kötüye kullanmaları rekabet ihlali olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁹⁸ Hukukumuzda rekabetin korunmasına ilişkin 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun; Rekabet Kurumunun yapısı, teşkilatı ve rekabetin korunmasını sağlamaya yönelik yapacağı inceleme ve denetimlerin usûl ve esaslarını düzenlenmiştir. Kanunun 14 ve 15. maddelerinde Kurum adına soruşturmaları yürüten Rekabet Kurulunun “bilgi isteme” ve “yerinde inceleme” yetkileri de yer almaktadır. Bu yetkilerle kurum hâkim kararı

¹⁷⁹⁷ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 27. Örneğin Rekabet Kurumunun Rekabet Kurulu aracılığıyla Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi Hakkında elektronik posta iletilerini diğer delillerle birlikte değerlendirerek vermiş olduğu, Turkcell İletişim Hizmetleri Anonim Şirketi'nin distribütörlerine ve bayilerine yönelik uygulamalarının 4054 sayılı Kanun'un 4. ve 6. maddelerini ihlal ettiği iddiası hakkındaki kararı için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=085517df-2bb0-43e7-ad3b-5491a64dc072>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁷⁹⁸ Orman, **Adli Bilişim**, s. 10; C. Bellamy/G. Child, **Common Market Law of Competition**, 3rd edition, London, 1987, s. 389- 390, s. 390 vd.

bulunmaksızın, dijital belgelerin örneklerini ve özellikle çalışanların elektronik posta yoluyla yaptıkları yazışmaları inceleme altına almaktadır.¹⁷⁹⁹

Son yıllarda, bankacılık, medya, telekomünikasyon, reklamcılık, ilaç endüstrisi, otomotiv, beyaz eşya gibi sektörler başta olmak üzere Rekabet Kurumu tarafından yürütülen soruşturmalarda, teşebbüs çalışanlarının elektronik posta haberleşmeleri başta olmak üzere, elektronik iletişim verilerine delil olarak dayanıldığı bilinmektedir.¹⁸⁰⁰ Bu nedenle elektronik verilerin delil elde etme amacıyla keşif benzeri bir yöntemle incelenmesi burada genel hatlarıyla ele alınmıştır.

b. Rekabet Kurumu Faaliyetlerinin ve Kurul Kararlarının Niteliği

i. Genel Olarak

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinde yerinde inceleme yetkisi düzenlenmiştir. Bu yerinde inceleme yetkisi bakımından doktrinde tartışmalar mevcuttur. Burada yoğunlaşılan nokta, kurumun faaliyetlerinin niteliğidir.

¹⁷⁹⁹ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 27; Möhler, **ZPO Kommentar**, s. 438, prg. 4. Tahkim yargılamasında hakemlerin de bilgi isteme yetkisinin mevcut olduğu ifade edilmektedir. Ancak bu yetkinin resmi olmayan bir yetki olduğu da vurgulanmaktadır. HMK m. 431’de tahkim yargılamasında “bilirkişi seçimi” ve “ tarafların bilirkişiye gerekli açıklamayı yapmaları, bilgi ve belgeleri vermeleri” hükümleri yer almaktadır. Benzer şekilde tahkim yargılamasında hakemlerin keşfe karar verebileceği de düzenlenmiştir. Rekabet Kurulu ihlale ilişkin bir karar verdiğinde, bu karara dayanan tazminat talepleri gündeme gelebilir. Bu tazminat taleplerine ilişkin yargılamaların ise tahkim suretiyle gerçekleştirilmesi mümkündür. Bu bağlamda Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesinde düzenlenen yerinde inceleme yetkisinin, Hukuk Muhakemeleri Kanununun 431. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde düzenlenen hakemlerin keşif yetkisi ile bağdaştığı ifade edilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Didem Uluç, **Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları**, Ankara, 2012, dn. 142 (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020). Buna benzer bir başka uygulamada keşif yapılıp yapılamayacağına ilişkin bkz. Dominik Infanger, „Der Schlichtungsversuch nach Art. 197 ff. ZPO“, **der Weiterbildungsveranstaltung zur Schweizerischen ZPO des bündnerischen Anwaltsverbandes BAV**, Chur, 17. September 2010, s. 21.

¹⁷⁹⁹ Uluç, **Tahkim**, dn. 143 (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸⁰⁰ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28.

Her ne kadar Rekabet Kurumu ve Rekabet Kurulu yetkilerini kanundan da alsa, girdiği incelemelerdeki yetkilerinin genişliği ve adeta bir mahkeme gibi delil toplayarak keşif yapması bu hususta tartışmaların şiddetlenmesine yol açmaktadır¹⁸⁰¹.

Bu konuda doktrinde, Bankacılık Denetleme ve Düzenleme Kurulu ve Sermaye Piyasası Kurulu'nun da belirli ölçüde kişilerin özel hayatına müdahale sayılabilecek ancak kanundan doğmakta olan uygulamaları olduğu vurgulanmaktadır¹⁸⁰². Bu müdahalelerin dayanağı olarak üstün yararın gözetilmesi gösterilmektedir¹⁸⁰³. Fakat, Rekabet Kurumu bakımından durum biraz daha farklı kabul edilmekteydi. Çünkü Rekabet Kurumunun yerinde inceleme yetkisinin yasal dayanağı olan Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, teşebbüste rastlanan kişisel elektronik yazışma ve verilerin okunması ile kopyalanmasına dair açık bir düzenleme içermemekteydi¹⁸⁰⁴.

Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenen koruma tedbirlerinden olan arama ve el koyma tedbirlerinde, hükümler inşa edilirken Anayasa hükümlerinin dikkate alındığı, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesi bakımından ise böyle bir hususun gözetilmemiş olduğu ifade edilmektedir¹⁸⁰⁵.

Sonuç olarak bireysel alanlara ciddi ölçüde temas eden rekabet hukuku uygulamalarının, pek çoğu Kanunda açıkça zikredilmediğinden aslında hukuka aykırı olduğu savunulmaktaydı¹⁸⁰⁶. Bu bağlamda özellikle Kurumun gerçekleştirdiği bilgisayar ve elektronik posta hesapları üzerindeki incelemelerin hukuki dayanaktan

¹⁸⁰¹ 08.10.2020 Kabul Tarihli ve 20-45/617 Karar Sayılı Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>. Bu kılavuzun, yerinde incelemeye ilişkin tartışmaları ve soru işaretlerine gidermek amacıyla ve Kanunun 15. maddesi uyarınca dijital verilerin incelenmesi süreçlerinde uygulanacak usûle ilişkin açıklamalarda bulunulmakta olduğu açıkça kılavuzda ifade edilmiştir.

¹⁸⁰² Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 53.

¹⁸⁰³ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 53.

¹⁸⁰⁴ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 53.

¹⁸⁰⁵ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 53; Ayrıca bkz. Nissen, *Beweis*, s. 762.

¹⁸⁰⁶ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 54.

yoksun olduğu ifade edilmekteydi.¹⁸⁰⁷ Ancak 16 Haziran 2020 tarihli ve 7246 sayılı Kanunun 4. maddesiyle 15. maddenin a bendi değiştirilmiştir. Buna göre Kurul teşebbüslerin ve teşebbüs birliklerinin defterlerini, fiziki ve elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir, bunların kopyalarını ve fiziki örneklerini alabilir.

Dolayısıyla yukarıda anılan tartışmalar, Kanunda elektronik ortam incelemelerinin ismen anılmasından öncesine ait olmakla birlikte, esasında halen bir bakıma geçerliliğini korumaktadır. Çünkü her şeyden öte Kurumun niteliği tartışmalıdır. Kurumun faaliyetinin, bir mahkeme ya da hâkimin yargı faaliyeti olmadığı halde; Kurumun yalnız mahkemelere tanınmış olan bazı münhasır yetkileri kullanmakta olduğu ifade edilmektedir. Bu tartışmalar en çok da Kurumun delil toplama ve değerlendirme aşamaları bakımından yapılmaktadır. Özellikle elektronik verilerin incelenmesinde, keşif benzeri bir yetkiyi kullanan Kurumun; üstlenmiş olduğu faaliyet tam bir yargı faaliyeti olarak görülemediğinden, Kurul aracılığıyla yürütülen elektronik keşif faaliyeti de tam anlamıyla bir keşif olarak görülemez. Buna göre Rekabet Hukuku soruşturmalarının genel itibariyle yargı değil ancak yargı benzeri niteliği kabul edildiğinden, elektronik veri üzerinde keşif faaliyetlerini de keşif değil, keşif benzeri faaliyet olarak değerlendirmek gerekir. Konunun daha iyi anlaşılması açısından aşağıda Rekabet Hukuku soruşturmalarının yargı benzeri niteliğine kısaca yer verilecektir.

¹⁸⁰⁷ Kurumun elektronik posta hesapları ve arşivleri üzerinde yaptığı incelemelerin Anayasanın 22. maddesinde düzenlenen haberleşme hürriyetine aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir. Ancak burada ifade etmek gerekir ki, Kurumun yerinde inceleme yetkisine dayanarak elde ettiği elektronik belgelere delil olarak dayanarak verdiği kararlarda, Danıştay herhangi bir hukuka aykırılık tespit etmemektedir. Yani Danıştay, teşebbüslerin bilişim ortamında yer alan evraklarında, yani elektronik belgeler üzerinde yapılan keşif benzeri incelemenin hukuka uygun olmayan bir yönünü tespit etmemiştir. Bu yönde bkz. Danıştay 13. HD, T. 16.2.2010, E. 2007/11670, K. 2010/1346, (legalbank.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

ii. Rekabet Hukuku Soruşturmalarının “Quasi Judicial” (Yargı Benzeri) Niteliği

Rekabet Kurumunun yürüttüğü incelemelerdeki tahkikat sürecinin ve elektronik belgelerin incelenme yöntemlerinin anlaşılabilmesi için, kurumun faaliyetlerinin nitelendirilmesi önem taşımaktadır. Bu faaliyetlerin niteliğiyle ilgili yapılan tartışmalarda, bunların idari, yargısal, yarı yargısal ve yargı benzeri faaliyetler olduğu ileri sürülmüştür.¹⁸⁰⁸ Konumuzun kapsamı dışında kaldığından bu tartışmaların bütününe yer verilmesi de kurumun elektronik belgeler üzerinde yaptığı incelemenin niteliğini belirlemek açısından kısaca kurul kararlarının niteliğine değinilecektir.

Yargı faaliyetinin tanımını yaparken belirli kıstaslar geliştirilmiştir. Bunlardan biri “şekli” kıstas, diğeri ise “maddi” kıstastır. Şekli kıstasa “organik” kıstas da denilmektedir. Şekli kıstasa göre, neticesinde bir karar verilen bir inceleme/değerlendirme faaliyetinin, yargı faaliyeti sayılması için bağımsız mahkemeler tarafından yerine getirilmesi gerekir.¹⁸⁰⁹

Maddi kıstas ise bağımsız bir mahkemenin her faaliyetinin yargı faaliyeti olmadığını ifade etmektedir. Örneğin mahkemelerin yazı işleri faaliyetleri ya da mahkeme kalemi çalışanlarına ilişkin yönetsel işleri maddi kıstasa göre gerçek bir yargı faaliyeti değildir.¹⁸¹⁰ Bütün bu işlemler geniş anlamda yargılama faaliyeti olarak görülmektedir. Ancak maddi kıstasa göre bunlar yargılama faaliyeti değildir. Çünkü,

¹⁸⁰⁸ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28; Ali Cem Budak, “Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”, çevrimiçi, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸⁰⁹ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28; Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸¹⁰ Kuru, **Usûl Şerhi**, Cilt I, s. 5.

yargılama faaliyetinin idare tarafından, kamu gücü kullanılarak yapılması ve taraf ya da ilgililerin hukuki durumunu etkiliyor olması gerekir.¹⁸¹¹.

Yargı faaliyetine ilişkin kriterler bu şekilde iken, bir de çeşitli kamu kurumlarının yürüttüğü incelemeler vardır. Bu faaliyetler ne tam olarak yargı faaliyeti ne de tam olarak bir idari faaliyettir. Çünkü hem yargılamaya özgü karakter barındırmakta hem de faaliyeti gerçekleştiren kurum teknik anlamda bir mahkeme olmadığından, yukarıda bahsedilen organik kıstası karşılamamaktadır.¹⁸¹² İşte bu halde “*quasi judicial*” faaliyetten söz edilmektedir.¹⁸¹³ Bu faaliyetler, bünyesinde bir tahkikat safhası barındırır ve sonucunda ilgililerin hukuki durumunu etkileyen bir karar ya da yaptırım söz konusudur.¹⁸¹⁴.

Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanundaki safhaların mahkemelerin yaptığı yargılama safhalarıyla paralellik gösterdiğini belirtmiştir.¹⁸¹⁵ Rekabet Kurulunu ise geniş anlamda bir yargı organı olarak nitelendirmiştir.¹⁸¹⁶ Budak, rekabet hukuku ihlallerine ilişkin inceleme işlemlerinin, “yargı benzeri” işlemler olduğunu, Rekabet Kurulunun incelemelerinde uygulanan usûl kurallarının “yargılama hukuku güvenceleri” ışığında yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.¹⁸¹⁷.

¹⁸¹¹ Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸¹² Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020). Ayrıca, Rekabet Kurumunun, ekonomik kolluk makamı ve bağımsız idari otorite kimliğinden söz edilir. Bu yönde bkz. Emin Koç, “Ekonomik Kolluk Makamı ve Bağımsız İdari Otorite Kimliği”, **TBB Dergisi**, S. 98, 2012, s. 231-282, s. 232 vd.

¹⁸¹³ Bahtiyar Akyılmaz, İdari Usûl İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usûlü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000, s. 30-31; Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸¹⁴ Bu tür faaliyetlere örnek olarak şunlar sayılmıştır: disiplin işlemleri, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulunun bazı kararları, Sermaye Piyasası Kurulunun bazı kararları, Türk Patent Enstitüsünün bazı kararları. Bu yönde bkz. Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020). Burada şunu ifade etmek gerekir ki, bu sayılan kurumların tüm kararları ya da faaliyetleri değil, kendi mevzuatlarında düzenlenen ve ilgililer hakkında itiraz üzerine ya da resen verdiği ve bir iddia, savunma ve delil toplama ile tahkikat süreci içeren yargı benzeri faaliyet olarak nitelendirilebilecek kararlarıdır. Bu yönde bkz. **a.g.e.**

¹⁸¹⁵ Ejder Yılmaz, “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, **Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II**, Kayseri, 2004, s. 67-88, s. 86.

¹⁸¹⁶ Yılmaz, **Rekabet Hukukunda Deliller**, s. 86.

¹⁸¹⁷ Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

Diğer bir görüşe göre, Rekabet Kurumu yasama değil yürütme erkine dahildir ve idarenin bir parçası durumundadır.¹⁸¹⁸ Bir başka görüşe göre ise, bağımsız idari otoritelerin faaliyetleri yargı fonksiyonu kapsamında değildir, dolayısıyla bu otoritelerin kararları kesin hüküm fonksiyonuna sahip olmayıp yargı kararı olarak nitelendirilemez.¹⁸¹⁹ Her ne kadar bu otoritelerin kurullarının tamamıyla “yargı fonksiyonuna benzer” bir fonksiyonları olsa ve çalışma usûlleri mahkemelerinkine benzese de kararları kesin hüküm oluşturmaz. Bu nedenledir ki kararları aleyhine yargı organlarında dava açılabilir.¹⁸²⁰

Sonuç olarak, yargı benzeri faaliyetler, gerçek anlamda bir yargılama faaliyetinin sunduğu olanakların tamamını sunamaz.¹⁸²¹ Bu olanaklardan söz edebilmek için mahkemelerde uygulanan kapsamlı usûl hükümlerine ve bağımsız statüde hâkimlere ihtiyaç olduğu ifade edilmiştir.¹⁸²² Ancak yargı benzeri faaliyetler, gerçek yargı faaliyetine paralel olup, yargı faaliyetine hâkim olan bazı temel kuralları da bünyesinde barındırmaktadır.¹⁸²³ Dolayısıyla, örneğin bir teşebbüs bilgisayarında kayıtlı bulunduğu tespit edilen ve genel müdürlerin gizli çevrimiçi toplantısına dair görüntüler içeren bir teknik kaydın, Kurul tarafından incelenmesi, keşif incelemesine büyük ölçüde benzerlik göstermektedir.

¹⁸¹⁸ Ulusoy, **a.g.e.**, s. 8; Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 37; Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸¹⁹ Gözler, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 37; Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸²⁰ Gözler, **a.g.e.**, s. 50 vd.; Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 37.

¹⁸²¹ Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸²² Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

¹⁸²³ Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2020).

c. Rekabet Hukukunda Elektronik Yazışmalara El Konulması Yetkisi ve Bu Yetkinin Hukuki Niteliği

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 14. ve 15. maddelerinde elektronik delillerin toplanmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Rekabet Kurumu yürüttüğü incelemelerde elektronik belgeleri elde ederken ve değerlendirirken bu maddelere dayanmaktadır. Elektronik ortamda her türlü ses ya da görüntü nakli yoluyla iletişim imkânının artmış olması, teşebbüsler arasında da klasik anlamda belge alışverişinin azalması sonucunu doğurmuştur.¹⁸²⁴ Ticari yaşamda saniyelik ve hatta anlık olarak mal ve hizmet bedeli değişebilmekte, bu değişiklikler ise ancak sesli veya görsel dijital platformlarda ve dijital iletişim imkânlarıyla takip edilebilmektedir. Buna örnek olarak borsa, döviz, altın, hisse senedi işlemleri verilebilir.¹⁸²⁵ Bu tip ticari işlemler basılı evrak gerektirmeyen elektronik ortamda ses ya da görüntü aktarımı suretiyle teklif ya da kabul aşamalarından geçmekte ve bu şekilde paraya dönüşmektedir.¹⁸²⁶ Benzer şekilde elektronik ortamda verilen onayla banka işlemleri yapılmakta ve yapılan işlemler yine elektronik ortamda kayıt altına alınıp arşivlenmektedir.¹⁸²⁷ Tüm bu elektronik işlem trafiği Rekabet Hukukunda elektronik belgelerin ayrı bir yer edinmesine sebep olmuş, bu da beraberinde farklı tartışmaları getirmiştir.

Rekabet Kanununun “Bilgi İsteme” başlıklı 14. maddesine göre, Kurul, Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken, gerekli gördüğü her türlü bilgiyi tüm kamu kurum ve kuruluşlarından, teşebbüslerden ve teşebbüs birliklerinden isteyebilir. Bu makamlar, teşebbüsler ve teşebbüs birliklerinin yetkilileri, istenen bilgileri Kurulun belirleyeceği süre içinde vermek zorundadır.

¹⁸²⁴ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 47.

¹⁸²⁵ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 47.

¹⁸²⁶ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 48.

¹⁸²⁷ Demircioğlu, *Elektronik Yazışmaların Delil Değeri*, s. 48.

Görüldüğü üzere burada öncelikle her türlü bilginin teşebbüslerden istenebileceği düzenlenirken, ikinci fıkrada ise teşebbüslere istenen bilgileri istenen süre içinde verme zorunluluğu yüklenmiştir. Bunun gerçek anlamda bir yükümlülük olduğunu söylemek mümkündür. Buna *duty to cooperate* ya da işbirliği yapma yükümlülüğü denilmektedir.¹⁸²⁸ Bu yükümlülüğü medenî usûl hukukundaki tarafın katkıda bulunma yükümlülüğüne benzetmek mümkündür ancak orada ispat yükü üzerinde olmayan tarafa yüklenen bu hal, burada daha çok bir zorlama ve karşılığında yaptırıma uğrama şeklindedir. Yani teşebbüsün bu yükümlülük karşısında sırtlandığı yük, ispatsızlık riskinden daha ağırdır.

Aynı Kanunun yukarıda da anılmış olan 15. maddesinde ise Kurul'un "Yerinde İnceleme" yetkisi düzenlenmiştir. Buna göre, Kurul, Kanunun kendisine verdiği görevleri yerine getirirken gerekli gördüğü hallerde, teşebbüs ve teşebbüs birliklerinde incelemelerde bulunabilir. Burada önemli bir yenilik olarak, 15. maddenin a bendine "...elektronik ortam ile bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verilerini ve belgelerini inceleyebilir...ve fiziki örneklerini alabilir" ifadelerinin eklenmiş olmasıdır. Bendin önceki hali ise "defterlerini, her türlü evrak ve belgelerini inceleyebilir ve gerekirse suretlerini alabilir" şeklindeydi. Böylece bu değişiklik ile özel olarak elektronik ortam ve bilişim sistemlerinde tutulan her türlü verinin incelenip fiziki örneklerinin alınabileceği açıkça düzenlenmiş oldu.

Rekabet Kanununun 15. maddesinin devamında, Kurulun belirli konularda yazılı veya sözlü açıklama isteyebileceği, teşebbüslerin her türlü mal varlığına ilişkin mahallinde incelemeler yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu incelemeler, Kurul emrinde çalışan uzmanlar tarafından yapılır. Uzmanlar incelemeye giderken yanlarında incelemenin konusunu, amacını ve yanlış bilgi verilmesi halinde idari para cezası uygulanacağını gösteren bir yetki belgesi bulundurlar. İlgililer istenen bilgi,

¹⁸²⁸ Gökşin H. Kekevi, "Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi", **Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Targı Kararları Sempozyumu II**, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 69-129, s. 73 vd; Hamdi Pınar, "Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi", **Rekabet Dergisi**, Cil 12, Sayı 4, 2011, s. 127-154, s. 130 vd.; Çiğdem Akkan, **Rekabet Hukukunda Rakipler Arası Bilgi Değişimi**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023, s. 309.

belge, defter ve sair vasıtaların suretlerini vermekle yükümlüdür. Yerinde incelemenin engellenmesi veya engellenme olasılığının bulunması durumunda sulh ceza hâkimi kararıyla yerinde inceleme yapılır. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 15. maddesine benzer düzenlemelere, Avrupa Topluluğu'nun 17/62 sayılı Rekabet Hukuku Tüzüğü'nün m.11, f. 4, m.12, f. 2 ve m. 14 hükümlerinde de rastlanmaktadır.¹⁸²⁹.

Yukarıda metinleri verilen hükümler incelendiğinde HMK'nın ilgili hükümlerine ne kadar benzer olduğu görülebilmektedir. Her ne kadar Rekabet Kurulunun yürüttüğü işlere yargı faaliyeti demek mümkün olmasa da benzerlikler nedeniyle yargı benzeri bir faaliyet olduğu konusunda neredeyse genel bir kabul sözkonusudur. Zira bu hükümlerde düzenlenen inceleme yetkisi hâkimin keşif yapmasına benzer özellikler göstermektedir. Özellikle karakteristik olarak, gerekirse yerinde inceleme yapabilmesi ve teşebbüsler bakımından katlanma yükümlülüğünün düzenlenmiş olması da bunu destekler niteliktedir. Bu vesileyle burada yapılan incelemeye “keşif benzeri” bir uygulama denmesine dair öneriyi bu şekilde pekiştirmek mümkündür.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki 15. maddede 2020 yılında yapılan değişiklikten önce burada bir boşluk olduğuna işaret edilmekte idiye de¹⁸³⁰ bu değişiklikten önce de uygulamada Rekabet Kurumu bu iki maddeye dayanarak teşebbüslerin çalışanlarının elektronik yazışmalarını zaten incelemekteydi ve bu elektronik belgelere delil olarak dayanarak karar vermektedir¹⁸³¹. Dolayısıyla, Kanun değişikliğinden önce de bilişim sistemlerinde ve elektronik ortamda elektronik keşif ve benzeri faaliyetlerin yürütülmekte olduğunu söylemek mümkündür. Ancak büyük çoğunluğu elektronik ortamda tutulduğu keşfedilen rekabet ihlallerine ilişkin delil

¹⁸²⁹ Burada sözü geçen Konsey Tüzüğü, yürürlükten kaldırılmış yerine 1/2003 Tüzüğü getirilmiştir. Ancak Rekabet hukukundaki etkileri devam ettiğinden buradaki açıklamalarda yine de yer verilmiştir. Bu yönde bkz. http://www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/wp_modern_en.pdf , (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸³⁰ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 48.

¹⁸³¹ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 48; Akkan, **Rekabet Hukuku**, s. 309.

niteliğindeki kayıtların incelenmesinin açıkça düzenlenmiş olması daha isabetli görülmektedir.

d. Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Özel Olarak Elektronik Deliller ve Dijital Keşif

Rekabet Kurumu tarafından yürütülen incelemelerde elektronik delillere her geçen gün daha fazla yer verildiği görülmektedir¹⁸³². Bu nedenle, Rekabet Hukukundaki elektronik belgeleri ayrı bir başlık altında inceleme gereği hasıl olmuştur. Elektronik belgelerin kolayca manipüle edilebilen ya da değiştirilebilen belgeler olmasından dolayı bir muhafaza ve tespit sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Rekabet Kurumunun yürüttüğü incelemelerde dijital belgelerin tespiti ve korunması ayrı bir uzmanlık gerektirmektedir¹⁸³³. Rekabet Kurulu kararlarında en çok rastlanan elektronik delillerin, teleks, elektronik posta, fotoğraf, power point dosyaları (slaytlar), manyetik bantlar, bilgisayar programları, çevrimiçi toplantı kayıtları, CD ve mikrofilmler olduğu ifade edilmektedir¹⁸³⁴. Ayrıca örneğin geleneksel sayılabilecek bir haberleşme metni olarak faks metinleri Rekabet Kurumu incelemelerinde dayanan deliller arasındadır. *Yılmaz*, medenî yargı yönünden faks metinlerinin başlı başına bir delil olarak kabul edilmediğini belirtmekle birlikte, rekabet hukuku uygulamasında Rekabet Kurulunun faksı bir delil olarak kabul ettiğine işaret etmektedir¹⁸³⁵.

¹⁸³² Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28.

¹⁸³³ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28; Pınar, **Rekabet Hukuku**, s. 138.

¹⁸³⁴ Yılmaz, **Rekabet**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸³⁵ Yılmaz, **Rekabet**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022). Ayrıca faks metinlerinin delil olarak kabul edilmesinin rekabet hukukunun özelliği sebebiyle doğru olduğu görüşü yönünde bkz. Yılmaz, **Rekabet**, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022). Faks metinlerine ilişkin tartışmalara daha önce yer verilmişti. Bu yönde bkz. II. bölüm, I.

Özellikle kartellerin niteliği gereği gizlice oluşturulmaları ve teşebbüslerin sözkonusu işlerde son derece profesyonel olması gibi sebeplerle, rekabetin korunması bakımından girilen faaliyetlerde ispat zorlukları yaşanmaktadır. Bu zorlukların yaşanmasında en önemli etkenlerden biri, delil kaynağı olabilecek verilerin büyük bir kısmının elektronik ortamda bulunmasıdır¹⁸³⁶. Bu yüzden özellikle rekabet hukukunda elektronik belgeler üzerinde keşif ve elektronik keşif kavramlarının ayrı bir yeri ve önemi sözkonusudur. İşte bu nedenlerle bu çalışmada Rekabet Kurumunca yapılan incelemelerde başvuru elektronik keşif kavramına ayrıca yer vermenin uygun olacağı düşünülmüştür.

Kılavuzda, görevli meslek personelinin, teşebbüse ait sunucu, masaüstü/dizüstü bilgisayar, taşınabilir cihaz gibi bilişim sistemleri ile CD, DVD, USB, harici hard disk, yedekleme kayıtları, bulut servisleri gibi depolama araçlarında inceleme yapmaya yetkili olduğu düzenlenmiştir. Buna göre, teşebbüse ait sistemlerdeki anahtar kelime arama araçlarından ya da dijital verilerde nitelikli arama yapılmasına imkân tanıyan adli bilişim yazılım ve donanımlarından faydalanılması mümkündür. Söz konusu adli bilişim araçları, inceleme esnasında dijital verilerde arama yapılmasına, bu verilerin kopyalanmasına ve silinen verilerin geri getirilmesine imkân tanırken teşebbüse ait veri ve sistemlerin orijinalliğinin ve bütünlüğünün korunmasını sağlamaktadır¹⁸³⁷.

Yukarıda da sözü edildiği üzere, Kanun Rekabet Kuruluna teşebbüslerde bulunan her türlü evrak üzerinde yerinde inceleme yetkisi vermektedir. Yerinde uygulama yetkisine dayanılarak yapılan uygulamalarda, teşebbüs çalışanlarının Kurul tarafından şu şekilde arandığı belirtilmektedir¹⁸³⁸: Kurul çalışanların bilgisayarında mevcut olan dosyaları ve özellikle elektronik posta iletilerini basit arama terimleri

¹⁸³⁶ Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 28.

¹⁸³⁷ Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz ve özellikle 3. madde için bkz. <https://www.rekabet.gov.tr/Dosya/kilavuzlar/yerinde-inceleme-kilavuz1-20201009091644514-pdf>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸³⁸ Orman, **Adli Bilişim**, s. 11.

yardımla taramaktadır. Bu tarama sonucunda rekabet ihlali teşkil ettiği düşünülen verilerin bir kopyası basılı halde elden teslim alınmaktadır.¹⁸³⁹

Görüldüğü gibi yerinde inceleme yetkisi kullanılarak yapılan incelemelerde çoğunlukla bilgisayar ortamında yer alan belgeler inceleme konusu olmaktadır. Bunun bir sebebi elbette çağın bir gereği olarak elektronik belgelerin yerinin gittikçe genişlemesidir. Ancak bir diğer önemli sebep de teşebbüslerin tecrübeleri dolayısıyla Kurumun geleneksel yöntemlerle delil bulma imkânını ortadan kaldıracak tedbirler almasıdır.¹⁸⁴⁰ Bu nedenle elektronik belgeler üzerinde yapılan incelemeler ve dijital keşif kavramları rekabet hukuku bakımından ayrı bir önem ifade etmektedir.

Bazı durumlarda teşebbüse inceleme için fiilen gidilen zamanla incelemeye başlama zamanı arasında geçen süre içinde delil değeri taşıyan dijital veriler yok edilebilmektedir.¹⁸⁴¹ Bu bağlamda örneğin, Rekabet Kurumunun TTNET A.Ş. hakkında 2013 yılında verdiği bir kararı.¹⁸⁴², dijital keşif kavramı bakımından yenilikçi bir karar olarak anılmaktadır. Karara konu incelemede, Kanunun 15. maddesine dayanarak yerinde inceleme yapmak suretiyle 28.05.2013 tarihinde şirketin yerleşkesine gidildiğinde, çalışanlardan birinin bilgisayarında yapılan incelemede bilgisayardaki bir klasörün ilk açıldığında, çok sayıda Word dosyasının bulunduğu, fakat inceleme devam ederken klasör içinde sadece o an itibarıyla açık durumda olan yalnızca dört word dosyasının kaldığı fark edilmiştir. Bunun üzerine, teşebbüs ilgili dosyaların 13 saat önceki hallerini gösteren belgeler sunmuş olsa da kurul belgeler üzerinde bu süreçte herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespit edilemeyeceğini gerekçe göstererek, TTNET AŞ aleyhine 4054 sayılı Kanunun 16.

¹⁸³⁹ Orman, **Adli Bilişim**, s. 11.; İrem Toprakkaya, “Rekabet Kurumu’nun Yayımladığı “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”un Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/rekabet-kurumunun-yayimladigi-yerinde-incelemelerde-dijital-verilerin-incelemenmesine-iliskin-kilavuz-un-degerlendirilmesi/>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸⁴⁰ Orman, **Adli Bilişim**, s. 12. Örneğin çimento sektöründe, belge ve bilgiye ulaşmanın neredeyse imkânsız olduğu ifade edilmektedir. Bunun nedeni ise defalarca soruşturma ve incelemeler geçirmiş bu sektör teşebbüslerinin bu tür incelemelere hazırlıklı olduğu olarak tespit edilmektedir. Bu yönde bkz. Orman, **Adli Bilişim**, s. 12; Rekabet Kurumu 8 Yıllık Rapor, s. 182, rekabet.gov.tr/rapor,hdh11, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸⁴¹ Orman, **Adli Bilişim**, s. 11.

¹⁸⁴² Kurul’un T. 8.07.2013 ve S. 13-46/601-M kararının tam metni için bkz. rekabet.gov.tr/13-46/601/karar/, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

maddesinin birinci fıkrasının d bendi uyarınca, bazı bilgi ve belgelerin saklanması ya da ortadan kaldırılması suretiyle yerinde incelemenin engellendiği gerekçesiyle 15.512.258,87 TL idari para cezası verilmesine karar vermiştir.¹⁸⁴³ Bu ceza tutarı 2012 mali yılı için TTNET şirketinin gayri safi gelirinin binde beşi oranında olacak şekilde hesaplanmıştır.

Görüldüğü gibi, rekabet hukukunda elektronik belgelerin yeri ve yerinde inceleme yetkisi oldukça yüksek bir önem arz eder. Bu nedenle hukuk yargılamasının konusu olmadığından bahisle araştırmanın dışında bırakmak yerine, halen yeni kabul edilen ve henüz tam olarak anlaşılamamış kurumları, usûl hukukunun köklü kurumlarından destek alarak işlevsel hale getirmek son derece faydalı olur. Tatbikat bakımından büyük yer teşkil eden böyle uygulamaların, medenî yargılama hukukunun köklü prensipleriyle temellendirilmeye ihtiyacı vardır.

Bu sebeple denilebilir ki, 4054 sayılı Kanunda Rekabet Kuruluna verilen yerinde inceleme yetkisi aslında keşif yerine geçen bir uygulamadır. Hatta yukarıda anılan kararda sözü geçen idari para cezasının hukuki dayanağı olan 16. madde ise keşfe katlanma yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yaptırımına benzetilmeye ilişkin daha önce ifade edilen görüşlerin somut bir örneğidir. Her ne kadar Hukuk Muhakemeleri Kanununda para cezası yalnız üçüncü kişiler bakımından söz konusu olsa da rekabet hukukunun idari boyutu sebebiyle yaptırım idari para cezası şeklinde kendini göstermektedir. Hukuk yargılamasında bunun karşılığı ise ispatsızlıktır. Kaldı ki keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getirmeyen tarafın karşılaştacağı yaptırım da o delile dayanmaktan vazgeçmiş sayılarak, esasında eğer davacıysa iddiasını ispatlayamamak ve davasını kaybetmek; davalıysa savunmasını ispat edememek ve yine aleyhe bir kararla yüzleşmek olacaktır.

¹⁸⁴³ Karardaki ceza miktarının ölçülülük ilkesine aykırı olduğu yönünde bkz. Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 56. Demircioğlu ayrıca, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 14. ve 15. maddelerindeki genel yetkilerden hareket edilerek elektronik verilere el konulması uygulamasının tartışmalı bir hukuki niteliğe sahip olduğu ve bu işlemlerin “yok hükmünde” olduğunu belirtmektedir. Bu yönde bkz. Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 54. Ayrıca bu yönde başka bir karar için bkz: 05.08.2009 tarihli, 09-34/837-M sayılı *Koçak Petrol* kararı ve bu karara ilişkin Danıştay 13. Dairesi’nin 26.03.2013 tarihli, E: 2009/5890, K: 2013/847 kararı. Kararlar için bkz. rekabet.gov.tr/karararsivi, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

**e. (Hukuk Muhakemeleri Kanunu
Bakımından) Rekabet Kurumu
Tarafından İncelenen Elektronik
Yazışmaların Delil Değeri**

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 59. maddesinde, rekabeti sınırlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaların her türlü delille ispat edilebileceği düzenlenmiştir. Buna göre denilebilir ki, Rekabet hukukunda serbest delil sistemi geçerlidir. Bunun anlamı her türlü delile başvurulabilmesi ve rekabeti zedeleyen uygulamaların varlığı bakımından, ispata elverişli her türlü ispat aracına -kanunda düzenlenmiş olmasa da- müracaat edilebilmesidir.

Ancak şunu belirtmek gerekir ki her türlü delil ile ispat edilebilir olmak, hukuka aykırı yoldan elde edilmiş delillerin de caiz kabul edilmesi demek değildir. Elde edilme yöntemi bakımından hukuka aykırı olan deliller kural olarak herhangi bir karara esas alınamamalıdır.¹⁸⁴⁴ Rekabet ihlallerine ilişkin incelemelerde belki de en önemli tartışma konularından birini bu husus teşkil etmektedir. Rekabet Kurumunun yürüttüğü incelemelerde elde ettiği belgeler, her ne kadar 4054 sayılı Kanunun 14 ve 15. maddelerine dayanılarak elde edilse de hukuka uygunluk bakımından tartışmalar sözkonusudur.

Bu tartışmalar temelde iki boyutta yoğunlaşmaktadır. Birincisi Kurumun yetkisinin hukuki niteliğinin tam olarak oturtulamamış olması, ikincisi ise kurumun faaliyetlerinin tam olarak yargı faaliyeti olarak görülememesidir. Bir mahkeme yargılama yaparken, delillerin toplanmasında ve değerlendirilmesinde daima

¹⁸⁴⁴ Kılıçoğlu, **Hukuka Aykırı**, s. 74; Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 49 vd.; Nissen, **Beweis**, s. 762 vd.

yargılama kurallarını uygular. Bu kurallar ceza mahkemelerinde ceza muhakemeleri hukukundan, hukuk mahkemelerinde medenî usûl hukukundan, idare mahkemelerinde ise idari yargılama hukukundan kaynaklanır. Rekabet Kurumunda ise aslında her birinden belirli ölçülerde bünyesinde barındıran karma bir karakter sözkonusudur. İşte bu sebeplerledir ki, rekabet kurumunun yürüttüğü incelemeler ve soruşturmalarda yetki tartışmaları gündeme gelmektedir. 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunda düzenlenen yetki ve imkânların, -bir mahkeme olmamasından kaynaklı- Anayasa ve diğer kanunlarla güvence altına alına temel hakları ihlal etmemesi gerektiği vurgusu yapılmaktadır.¹⁸⁴⁵

Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 47. maddesine göre, sözlü savunmada ilgili taraflar Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanununun İkinci Babının Sekizinci Faslında düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasından yararlanabilirler. Elbetteki bu atfı bugün Hukuk Muhakemeleri Kanununun ilgili maddeleri olarak anlamak gerekir.

Doktrinde Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer alan yemin delili ve senetle ispat zorunluluğuna ilişkin hükümlerin kurul soruşturmalarında uygulanabilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁴⁶ Benzer şekilde 4054 sayılı Kanunun Hukuk Muhakemeleri Kanununa yaptığı atfın, ancak rekabet hukukunun ruhuna uyacak şekilde kıyasen anlaşılması gerektiği de ifade edilmiştir.¹⁸⁴⁷

¹⁸⁴⁵ Doktrinde özellikle Rekabet Kurumunun soruşturma raporlarında, elektronik yazışmalardan elde edilen özel bilgilerin, kişilerin özel yazışma içeriklerinin, isimlerine de açıkça yer verilerek yer alması ve bu raporların kurumun internet sayfasında açıkça duyurulması eleştirilmektedir. Bu yönde bkz. Demircioğlu, **Elektronik Yazışmaların Delil Değeri**, s. 49; Nissen, **Beweis**, s. 762.

¹⁸⁴⁶ Budak, **Rekabet**, s. 148, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).; Yılmaz, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸⁴⁷ Yılmaz, **Rekabet**, s. 102, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022). Yılmaz, Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun çeşitli hükümlerinde belge, evrak, delil, kanıt ve ispat vasıtası gibi aslında eş anlamlı kelimelerin sanki farklı anlamları varmışçasına peşpeşe sayıldığından söz etmektedir. Özellikle “kanıt”, “delil” ve “ispat vasıtası” tabirlerinin yargılama hukukunda aynı anlamlara geldiğini fakat bu kanunda sanki farklı anlamlara geliyormuş gibi peşpeşe sayıldıklarını ifade etmektedir. Bu yönde bkz. Yılmaz, **Rekabet**, online, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

Sonuç olarak Rekabet Kanununda deliller bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanununa atıf yapılmış olsa da bu atıf aslında kurumun kendisinin yürüttüğü incelemeler bakımından değil, soruşturulan teşebbüslerin savunmaları bakımından yapılmıştır. Şu halde, rekabetin korunmasına ilişkin incelemelerde yine karma bir nitelikten söz etmek gerekir. Hem hukuk hem de ceza yargılamasından atıflar ve özellikler barındırmakla birlikte, inceleme sonucunda idari nitelikte bir yaptırım (para cezası) söz konusu olmaktadır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki HMK'ya yapılan atıf dolayısıyla bu incelemelerin hukuk yargılamasına has özellikler taşıdığı da açıktır.

Burada şu soruyu sormak gerekebilir: Acaba ilgili taraflar kuruldan keşif yapmasını talep edebilecekler midir? Zira, Rekabet Kanununun atfı ile teşebbüslerin Hukuk Muhakemeleri Kanununda düzenlenen her türlü delil ve ispat vasıtasına başvurmasının mümkün olduğu kabul edilmiştir. Bu halde keşif de bir delil çeşidi olduğuna göre, ilgili tarafın bunu kuruldan talep edebilmesinin mümkün olup olmadığını değerlendirmek gerekir.

Ayrıca yukarıdaki soruya ek olarak Rekabet hukuku ihlallerine ilişkin davalarda, rekabet ihlallerinin tespiti için gerekli olan piyasaya özgü bilgilerin değerlendirmesi çoğu zaman teknik bilgiyi gerektirebilir. Bu sebeple çoğu zaman rekabet ihlallerine ilişkin hukuk davalarında bilirkişi deliline başvurulması sözkonusu olur. Fakat bu alanda uzman bilirkişileri bulmanın özellikle büyük şehirler dışında kolay olmayacağı vurgulanmaktadır.¹⁸⁴⁸ Bu noktada hukuk mahkemeleri hâkimlerinin çekeceği zorluk dolayısıyla, olması gereken hukuk bakımından, Rekabet Kurumu'nun resmi bilirkişi olarak kabul edilmesi önerilmiştir.¹⁸⁴⁹

Sonuç olarak Hukuk Muhakemeleri Kanununun keşif hükümlerinin Rekabet Kurulu tarafından kıyasen uygulanabilmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir. Rekabet Kuruluna verilen yerinde inceleme yetkisinin de aslında bir anlamda keşifle

¹⁸⁴⁸ Aslan, **Dijital Delil**, s. 254 vd.; Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022). Yazar, resmi bilirkişilik örnekleri olarak şunları saymıştır: Adli Tıp Kurumu Kanunu m. 1; Kamulaştırma Kanunu m. 15'den örnekler vermiştir.

¹⁸⁴⁹ Budak, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

paralel bir yetki olduğu ifade edilmektedir. Öyle ki, *Yılmaz* toplu mahkemelerde keşif için naip hâkim tayin edilebilmesinin bu paralelliğin daha iyi anlaşılmasını sağladığını belirtmektedir¹⁸⁵⁰. Dolayısıyla, kurul tarafından özellikle elektronik ortamda yapılacak bir incelemede ya da örneğin bir video teknik kaydının görüntülenmesinde niteliğine uygun düştüğü ölçüde elektronik verilerin keşif yoluyla incelenmesine ilişkin esaslar uygulanabilir. Benzer şekilde burada ortaya çıkan kendine has elektronik veri inceleme özellikleri de hukuk yargılamasındaki elektronik belge üzerinde keşif uygulamalarına katkı sağlayabilir.

2. Ceza Yargılaması Bakımından Elektronik Keşif

Dijital delil kavramı hukuk yargılaması kadar ceza yargılamasında da yer bulan bir kavramdır. Hatta şimdiye kadar ceza yargılamasında hukuk yargılamasından daha fazla tartışılmakta olduğu bilinmektedir¹⁸⁵¹. Bu nedenle burada da kısaca ceza yargılaması bakımından elektronik keşif uygulamalarına değinmek, elektronik delil kavramını yargılama hukukunu bir bütün olarak görerek anlamak bakımından önemlidir. Dijital delil, elektronik delil veya bir diğer adıyla sayısal delil aynı anlamda kullanılmaktadır¹⁸⁵². Dijital delil multidisipliner bir kavram olarak aslında tüm hukuki yargılama süreçlerinde yeri olan genel bir delil sınıfını ifade eder. Ancak özellikle ceza yargılamasında, kamu yararı düşüncesi nedeniyle kendiliğinden delil araştırmasının konusudur ve bu nedenle ciddi bir yer tutar. Özellikle arama ve el koyma güvenlik tedbirleriyle bağlantılı olarak pek çok uygulama örneğine konu olur¹⁸⁵³.

Dijital delil sözkonusu olduğunda akla gelmesi gereken ilk soru bu delilin nasıl inceleneğidir. Ceza hukukunda bu sorunun cevabı bizi adli bilişim esaslarına götürür¹⁸⁵⁴. Adli bilişimde belki de en önemli hususun elde edilen elektronik delilin

¹⁸⁵⁰ Yılmaz, **Rekabet**, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.06.2022).

¹⁸⁵¹ Turan, **Bilişim**, s. 75 vd.

¹⁸⁵² Aslan, **Dijital Delil**, s. 254 vd.; Turan, **Bilişim**, s. 75 vd.

¹⁸⁵³ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21; Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15.

¹⁸⁵⁴ Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16.

herhangi bir değişikliğe uğramadığından emin olmak olduğu ifade edilir.¹⁸⁵⁵. Aksi halde o elektronik delil, güvenilirliğini kaybeder.

Ceza Muhakemesi Kanununun 134. maddesi ceza hukukunda elektronik delillerin toplanmasıyla ilgilidir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma başlığını taşıyan maddede, bir soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programlarıyla bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine karar verileceği düzenlenmiştir.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması ya da işlemin uzun sürecektir olması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.¹⁸⁵⁶.

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Ayrıca alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır. Ayrıca 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. Tüm bu işlemler TCK m. 134'de düzenlenen esaslardır ve madde adında ya da içeriğinde

¹⁸⁵⁵ Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16.

¹⁸⁵⁶ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 21; Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15.

keşif adı geçmese de bu yapılan faaliyetlerin tamamı teknik anlamda elektronik keşif adıyla anılan adli bilişim esaslı inceleme faaliyetidir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 134. maddesinin birinci fıkrası yukarıda da anıldığı gibi elektronik verilerden kopya alınmasını ve bunların yazılı hale getirilmesini düzenlemektedir. Bunun anlamı aslında elektronik verilerden adli imaj dosyalarının elde edilmesidir.¹⁸⁵⁷ Bu da o elektronik delil üzerinde keşif incelemesi ve gerekli ise bilirkişi incelemesi yapılması anlamına gelir. Bu maddeye göre bir kişinin (şüphelinin) bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri üzerinde delil elde etme amacıyla bir “elektronik arama” yapılması sözkonusudur. Bunun için, bu hükme göre; öncelikle bir soruşturma mevcut olmalı, Cumhuriyet savcısının talebi ve bunun üzerine arama yapılmasına dair bir hâkim kararının verilmiş olması ve başka surette delil elde etme imkânının olmaması gereklidir.¹⁸⁵⁸ Ceza Muhakemesi Kanununun 134. maddesinin ilk fıkrasıyla böylece “elektronik arama”nın ceza yargılaması bakımından temel esasları düzenlenmiştir. Burada başka surette delil elde etme imkânının bulunmamasının aranması dikkat çekmektedir. Kanun Koyucu burada elektronik aramaya başvurmayı adeta bir son çare olarak düşünmüştür. Bu halde, önce başkaca ve nispeten daha kolay yollardan delil araştırması yapılmalı, eğer yeterli olmazsa ya da başka delil elde edilememişse ancak o zaman elektronik arama tedbirine başvurulmalıdır. Bu hüküm dikkat çekicidir. Kanun koyucu elektronik aramanın diğer delil elde etme yöntemlerine göre, meşakkatli olacağını öngörmüştür. Ayrıca bu hüküm, Ceza muhakemesindeki elektronik aramayı hukuk yargısındaki elektronik ispat faaliyetinden ayıran bir yön olarak değerlendirilebilir. Hukuk yargılamasında elektronik delil araçlarına başvurmak bakımından son çare olma gibi bir anlayış sözkonusu değildir.

Adli imaj dosyası, elektronik veri taşıyıcısının içindeki verinin tamamını içeren bir bilgisayar dosyasıdır.¹⁸⁵⁹ Aslında incelenmesi ve delil olarak değerlendirilmesi

¹⁸⁵⁷ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 22.

¹⁸⁵⁸ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2020).

¹⁸⁵⁹ Dülger, **Adli Bilişim**, s. 22. *Dülger*, bazı elektronik belge incelemelerinde, yalnızca elektronik delil olarak tespit edilen elektronik veriye ilişkin bilgilere yer verildiğini ifade ederek, bunun raporda elde edilen sonucun doğrulamasını yapmak için yeterli bilgi olmadığını, bu nedenle elektronik verinin nasıl

sözkonusu olan elektronik belgenin bir kopyasıdır. Ancak bu kopya halen elektronik ortamdadır ve sabitlenmiştir. Bunu o elektronik belgenin anlık bir görüntüsünün kaydedilmesi olarak düşünmek mümkündür. Böylece üzerinde bir değişiklik yapılmadan mevcut haliyle kaydedilmiş olur. Sonradan değişikliğe uğrasa bile adli imaj dosyası o elektronik belgenin orijinal görüntüsünü koruyacak ve sağlayacaktır. İşte bu nedenle adli imaj dosyası almak, elektronik belgelerin incelenmesinde çok önemlidir. Bu kavram yalnız ceza muhakemesi hukukunda değil, medenî yargılama hukukunda da kullanılan bir kavramdır.

CMK m. 134'ün ikinci fıkrası bakımından şu hususa dikkat çekilmektedir: Cihazlara el konulabilmesi için, şifrenin çözülememesi ya da bazı gizlenmiş bilgiler olup bunlara ulaşılamaması düzenlenmiştir. Ancak bu ihtimallerde araç ve gereçlere el konulabileceği ve elkoyma tedbirinden sonra gerekli kopyalar alınır alınmaz, bir gecikme olamadan araç ve gereçlerin iade edileceği hüküm altına alınmıştır. Yani bu hükmün, elkoyma tedbirini doğrudan uygulamamak üzerine kurgulanmış bir hüküm olduğunu söylemek yanlış olmaz. Ancak doktrinde Kanunun bu düzenlemesi karşısında şu ifade edilmektedir: Adli bilişim incelemeleri ve bu bağlamda gerçekleştirilen elektronik keşif incelemelerinde, uzmanlar çoğunlukla şifreye dahi gerek olmadan her türlü sisteme ve oturuma giriş yapabilecek yetenektedirler. Bu nedenle ikinci fıkradaki bu düzenlemenin uygulamada pek bir anlamı olmadığı ifade edilmiştir.¹⁸⁶⁰ Uygulamada elkoymaya başvurulmasının, şifre çözülemediğinde değil ancak elektronik veri arayışının uzun sürecektir olmasından dolayı gerekli olduğu belirtilmiştir. İşte bu nedenle *Keser Berber*, bu hükmün yeniden düzenlenmesi gerektiğine işaret etmektedir.¹⁸⁶¹

CMK m. 134'de metin içinde ve başlıkta kullanılan “bilgisayar” ifadesinin kapsamı da doktrinde tartışılmıştır.¹⁸⁶² Bilgisayar sözcüğünden, yalnız teknik anlamda

elde edildiğine ve elektronik veri analiz edilirken hangi işlemlerin uygulandığına da yer verilmesi gerektiğine işaret etmektedir. Buna göre bir incelemenin kalitesini gösteren en önemli noktalardan biri bu detaylandırmanın yapılmış olmasıdır. Bu yönde bkz. **a.g.e.**

¹⁸⁶⁰ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2020).

¹⁸⁶¹ leylakeser.org, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2020).

¹⁸⁶² Aslan, **Dijital Delil**, s. 257.

bilgisayar sayılan cihazlar mı anlaşılmalı, yoksa elektronik veri taşıyan her türlü bilgi taşıyıcısı bu hüküm kapsamında bilgisayar mı sayılmalıdır, bu soruların cevabı aranmaktadır.¹⁸⁶³ Burada bilgisayar kavramını geniş ya da dar anlamda ele alarak soruya farklı cevaplar verilmesi mümkündür. Burada bilgisayar kavramının geniş anlamda ele alınması isabetli olabilir. Bu çalışmada örnekler yoluyla ayrıntılı bir şekilde ele alınmış elektronik bilgi taşıyıcılarının her biri.¹⁸⁶⁴ geniş anlamda bir bilgisayar olarak kabul edilebilmelidir.

Ceza Muhakemeleri Kanununun 134. maddesiyle birlikte, arama tedbirinin yürütülmesine ilişkin aytıntılar düzenleyen Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliğinin 17. maddesi de eleştirilmektedir.¹⁸⁶⁵ Yönetmeliğin 17. maddesinde net olmayan ifadeler yer aldığı ve bu muğlak ifadelerin kötüniyetli uygulamalara zemin hazırlayabileceği endişesi dile getirilmiştir. Bu noktada önemli olan hususun, bir elektronik verinin ispat faaliyeti kapsamında nasıl kopyalanmış¹⁸⁶⁶ olduğu kadar, kopyalama işleminden sonra güvenliğinin ve bütünlüğünün nasıl sağlandığını da olduğuna işaret edilmektedir.¹⁸⁶⁷ Bunu sağlamak için uygun nitelikte donanım ve yazılımların adli makamlarca kullanılması mühimdir. Bu yaklaşım, hukuk yargılaması dahilindeki adli makamlar bakımından da dikkate alınmalıdır.

Tüm bu açıklamalar ışığında ceza hukukunda elektronik belgelerin incelenmesinin keşif yoluyla, uzmanların tanık olarak dinlenmesiyle ya da bilirkişi raporu istenerek gerçekleştirileceği belirtilmektedir.¹⁸⁶⁸ Elektronik delilleri incelemek için yapılan işlemler ve bu incelemede elde edilen bulgular ve uygulanan yöntemler yargılama sürecine dahil edilmelidir. Bu da ancak sürecin raporlanması ve

¹⁸⁶³ Aslan, **Dijital Delil**, s. 259.

¹⁸⁶⁴ Bu yönde bkz. II. bölüm, I, B.

¹⁸⁶⁵ Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15. Burada, elektronik verilerin incelenmesi süreçlerinde kullanılan yazılımların yüksek maliyetlere neden olabilmesi nedeniyle, bazı hallerde açık kaynak adli inceleme ve kopyalama yazılımlarının kullanıldığına, ancak bu yazılımların güvenlik ve bütünlük unsurları bakımından yeterli nitelikte olmayabileceğine işaret edilmiştir. Bu yönde bkz. Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16.

¹⁸⁶⁶ Kopyalama işlemine imaj oluşturma ya da imaj alma işlemi de denilmektedir. Bu yönde bkz.

Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 16.

¹⁸⁶⁷ Çatalkaya/Karaman/Koca, **Adli İmaj**, s. 15.

¹⁸⁶⁸ Aslan, **Dijital Delil**, s. 257.

belgelendirilmesiyle mümkün olur¹⁸⁶⁹. Elektronik keşif süreci genellikle şu şekilde işlemektedir: Karar alma, toplama, inceleme, analiz etme, belge hazırlama ve raporlama¹⁸⁷⁰.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 2011 yılında bir karar vererek UYAP sisteminde kayıtlı elektronik verilerin delil niteliğinde olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁷¹. Yukarıda anılan kararın verildiği tarih itibariyle, UYAP'ta kayıtlı verilerin delil değeri ile ilgili bir hüküm bulunmamaktaydı. Ancak 2012 yılında 6352 sayılı Kanun ile Ceza Muhakemesi Kanununa 38/A maddesi eklenmiştir. Bu madde; UYAP, güvenli elektronik imza ve elektronik verilerin kaydedilmesi gibi hususları düzenlemektedir. Yargıtay'ın UYAP sisteminde kayıtlı elektronik veriler bakımından yaklaşımı, hukuk yargılamasındaki uygulama bakımından da yol göstericidir. Çünkü; hukuk yargılamasında da UYAP sisteminde kayıtlı elektronik verilerin delil elde etme amacıyla incelenmesi ve bu bağlamda sistem üzerinde keşif yapılabilmesi mümkündür¹⁸⁷².

Elektronik işlemler başlıklı m. 38/A'ya göre, her türlü ceza muhakemesi işlemlerinde Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi kullanılır. Bu işlemlere ilişkin her türlü veri, bilgi, belge ve karar, UYAP vasıtasıyla işlenir, kaydedilir ve saklanır. Kanunlarda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere, dosyalar güvenli elektronik imza kullanılarak UYAP'tan incelenebilir ve her türlü ceza muhakemesi işlemi yapılabilir. Kanunda fiziki olarak hazırlanması öngörülen her türlü belge ve karar elektronik ortamda düzenlenebilir, işlenebilir, saklanabilir ve güvenli elektronik imza ile imzalanabilir.

¹⁸⁶⁹ Sarah V. Hart, "Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement", U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, 2004, s. 2, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/forensic-examination-digital-evidence-guide-law-enforcement>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2022); Aslan, *Dijital Delil*, s. 257.

¹⁸⁷⁰ Bkz. İsmail Ergün, *Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye'de Durum*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 47-48; Aslan, *Dijital Delil*, s. 257.

¹⁸⁷¹ Karar için bkz. Yargıtay CGK, T. 13.12.2011, E. 2011/5-231, K. 2011/262 (kazanci.com). Çetin Aslan, *Dijital Delil*, s. 257.

¹⁸⁷² Örneğin, UYAP üzerinden gönderilen bir dilekçenin, süresi içinde gönderilip gönderilmediğine ilişkin bir ihtilaf ortaya çıktığında ve bunun gerçekte hangi tarih ve saatte gönderildiğinin tam olarak tespit edilmesi gerektiğinde, yapılabilecek işlem UYAP sistemi üzerinde bir elektronik ortam keşfinin gerçekleştirilmesidir. Bu halde UYAP başlı başına delil toplanan bir ortama, bir diğer deyişle bir keşif mahaline dönüşebilmektedir. Bu yönde örnekler için bkz. II. bölüm, III, F.

Güvenli elektronik imzayla imzalanan belge ve kararlar diğer kişi veya kurumlara elektronik ortamda gönderilir. Güvenli elektronik imza ile imzalanarak gönderilen belge veya kararlar, gerekmedikçe fiziki olarak ayrıca düzenlenmez ve ilgili kurum ve kişilere gönderilmez. Elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belge geçerli kabul edilir. Örneğin, bu gibi bir durumda elle atılan imzayla düzenlenmiş geleneksel bir belgeyle, UYAP üzerinde kayıtlı güvenli elektronik imzalı belge arasındaki çelişkinin giderilebilmesi için, hâkimin UYAP sistemi üzerinde gerçekleştirilecek bir keşfe karar vermesi mümkündür.

Güvenli elektronik imza ile imzalanan belge ve kararlarda, mühürleme işlemiyle kanunlarda birden fazla nüshanın düzenlenmesini öngören hükümler uygulanmaz (f. 6). Yukarıda da değinilmiş olduğu gibi, zaten elektronik belgelerde bir belgenin birden fazla nüsha olarak düzenlenmesi pek mümkün değildir. Doğal olarak bir elektronik belgenin tek bir orijinal versiyonu bulunabilir. CMK'nın 38/A maddesinin altıncı fıkrası da elektronik belgenin bu özelliğini desteklemektedir.

Yine m. 38/A'da zorunlu nedenlerle fiziki olarak düzenlenmiş belge veya kararların, yetkili kişilerce taranarak UYAP'a aktarılacağı ve gerektiğinde ilgili birimlere elektronik ortamda gönderileceği hüküm altına alınmıştır. Elektronik ortamdan fiziki örnek çıkartılması gereken hallerde tutanak veya belgenin aslının aynı olduğu belirtilerek hâkim, Cumhuriyet savcısı veya görevlendirilen yetkili kişi tarafından imzalanır ve mühürlenir. Ayrıca yine önemli bir hüküm, yargı birimlerinin ihtiyaç duyduğu nüfus, tapu, adlî sicil kaydı gibi dış bilişim sistemlerinden UYAP vasıtasıyla temin edilen bilgi, belge ve kayıtların, zorunlu olmadıkça ayrıca fiziki olarak istenilmeyeceği hükmüdür. Yine benzer şekilde, UYAP'tan dış bilişim sistemlerine gönderilen bilgi ve belgeler ayrıca zorunlu olmadıkça fiziki ortamda gönderilmez (f. 10). Böylece, elektronik ortamda bulunan orijinal elektronik belgelerin asıl incelenecek delil araçları olduğu kabul edilmiş, ayrıca fiziki ortamda kopyalar yaratılması ve gönderilmesi gerekli dahi görülmemiştir. Bu da elektronik keşif

incelemelerinin elektronik ortamda başlayıp elektronik ortamda neticelendirilmesi; fiziki ortama taşınmasına hiç gerek olmaması anlamına gelir.

Böylece UYAP'ta kayıtlı verilerin “delil” olarak kabul edilmesine ilişkin “yasallık” tartışmalarının bertaraf edildiği ifade edilmektedir.¹⁸⁷³ Yargıtay ayrıca çeşitli kararlarında, işyeri güvenlik kameraları, MOBESE kameraları gibi video kaydı yapan elektronik veri kaydediciler araştırılmadan verilen yerel mahkeme kararlarını bozmuştur.¹⁸⁷⁴ Bu maddede yukarıda da değinildiği gibi, dikkat çeken önemli düzenlemelerden biri, elektronik imzalı belgenin elle atılan imzalı belgeyle çelişmesi halinde UYAP'ta kayıtlı olan güvenli elektronik imzalı belgenin geçerli olacağına kabul edilmesidir. Bu kabul, bu çalışmanın temelinde yatan elektronik belgenin kendi orijinal ortamında incelenmesinin en güvenilir yol olduğu düşüncesini desteklemektedir.

Ceza yargılamasında elektronik deliller bakımından, elektronik belgenin çözümlendiğinin bir tutanağa bağlanarak dava dosyasına girmesi aranmaktadır. Yargıtay çeşitli kararlarında, bir olayın gerçekleşme anına ilişkin kayıtlar varsa, yalnız bu görsel kayıtları içeren elektronik veri taşıyıcısının (örneğin bir CD-ROM) dosyaya konmasının yeterli olmayacağına hükmetmektedir. Elektronik veri taşıyıcısının içerdiği görsel verilerin mahkemece ne zaman, nerede ve nasıl incelendiğine ilişkin bilgilerin bir tutanağa bağlanması gerekir. Elektronik belgeler üzerinde keşif gerçekleştirilmeden ve bu keşif bilirkişi incelemesiyle birlikte ya da tek başına

¹⁸⁷³ Aslan, **Dijital Delil**, s. 257.

¹⁸⁷⁴ Bu yönde kararlar için bkz. 5. CD, T. 01.10.2007, E. 2007/9856 K. 2007/6957; 9. CD, T. 25.10.2010, E. 2008/21562, K. 2010/10946; 1. CD, T. 14.05.2008, E. 2007/9024, K. 2008/4006 (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2022). Ayrıca bu yönde bkz. Aslan, **Dijital Delil**, s. 260. Benzer şekilde, işçinin fazla mesai iddiasına ilişkin olarak, işyerinde keşif yapılarak işin niteliği, yoğunluğu, işin şekli de dikkate alınarak işyeri (kamera, elektronik sistem) kayıt ve belgelerinin de incelenip davacının fazla mesai yapıp yapamayacağı, fazla mesai yapmış işe bunun haftalık kaç saat olduğu tespit edilip deliller yeniden değerlendirmeye tabi tutularak oluşacak sonuca göre karar verilmesi gerektiği yönünde bkz. Yargıtay 22. HD, E. 2012/21103, K. 2013/7468, T. 5.4.2013, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.04.2023)..

tutanağa bağlanıp, bu tutanak da dosyaya girmeden, mahkûmiyet kararı verilmemesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁸⁷⁵

Ceza yargılamasında rastlanan bir diğer elektronik delil örneği de “IP numaraları” üzerinde yapılan incelemedir. Soruşturma aşamasında şüphelinin kimliğinin teşhis edilebilmesi bakımından, özellikle sanal alemde işlenen suçlar bakımından “IP Adresleri”nin büyük önemi vardır. Çünkü tıpkı gerçek hayattaki vatandaşlık kimlik numaraları yada vergi kimlik numaraları gibi, bilgisayarların da birer IP (*internet protocol*) numarası vardır. Bu numaralar sayesinde elektronik ortamda işlem yapan bilgisayarın kimliği ve dolayısıyla da kullanıcısının kim olduğu tespit edilebilmektedir. IP numarasına dair inceleme gerektiğinde, hukuk yargısında da bu inceleme bir elektronik ortam keşfinin konusu olabilmektedir.¹⁸⁷⁶

Kovuşturma aşamasına geçildiğinde de özellikle hakaret, tehdit ve cinsel taciz suçlarına ilişkin davalarda IP numaralarının tespitine ilişkin keşif tutanağı kilit rol oynamaktadır.¹⁸⁷⁷ Yargıtay, IP adreslerinin tespitini bir elektronik delil olarak saysa da bu bilginin diğer delillerle de desteklenmesi için araştırma yapılmasının önemine işaret etmektedir. Kararlarda failin kimliğini ve eylemini IP adresi dışında başka delillerle de ortaya koymanın “maddi gerçeğe ulaşmak” açısından önemli olduğuna vurgu yapılmaktadır.¹⁸⁷⁸

Görüntü ve ses kayıtları bakımından en önemli tartışmalar “hukuka uygunluk” bakımından yapılmaktadır. Hukuka aykırı bir şekilde kayıt altına alınan ses ve görüntü kayıtlarının kural olarak delil olarak kabul edilmemesi esastır. Bu hem ceza hukukunda, hem de medenî yargılama hukukunda böyledir.¹⁸⁷⁹ Hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ya da ele geçirilmiş görüntü ve ses kayıtları hükme dayanak kabul

¹⁸⁷⁵ 1. CD, T. 16.01.2012, E. 2008/10249, K. 2012/48, (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.06.2022); Aslan, **Dijital Delil**, s. 261.

¹⁸⁷⁶ IP numaralarının incelenmesine ilişkin ayrıca bkz. II. bölüm, I, A, 2, b, i.

¹⁸⁷⁷ Aslan, **Dijital Delil**, s. 262.

¹⁸⁷⁸ Y. 14. CD, T. 20.10.2011, E. 2011/17352, K. 2011/1065 (kazanci.com). Ayrıca bu yönde bkz. Çetin Arslan, **a.g.e.**, s. 262.

¹⁸⁷⁹ Bu yönde bkz. III. bölüm, I, A, 3, b, v, (4). Ayrıca bu yönde bkz. Kılıçoğlu, **Hukuka Aykırı**, s. 653.

edilemeyeceği gibi, bir de tazminat talepleri ile karşı karşıya kalınmasına da sebep olabilecektir. Çünkü gizlice ses ve görüntü kaydı alınması kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. Yargıtay bu konuyla ilgili bir kararında, gizlice video kaydı alınmasının davacının şeref ve haysiyetine saldırı anlamına geldiğine, bu nedenle TMK'nın 24. maddesi gereği manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir.¹⁸⁸⁰

Elektronik delillerin dava dosyasına keşif tutanağı ile ya da bilirkişi raporu ile girdiğinde hükme esas alınması gerektiği belirtilmektedir. Elektronik deliller bakımından en önemi tartışma ise güvenilirlik meselesidir. Esasında bir elektronik verinin güvenilirliği sağlandığında ve orijinalliyi teyit edilebildiğinde olayı temsil edici niteliği son derece kuvvetlidir.¹⁸⁸¹ Fakat pozitif hukukta mevcut düzenlemelerin, elektronik delillerin varlığını tam olarak karşılamadığı görülmektedir. Mevcut kavram ve kurumlar, geleneksel delil anlayışına tam anlamıyla hizmet etmekte, ancak elektronik deliller bakımından yetersiz kalmaktadır.¹⁸⁸²

Klasik delil anlayışına göre hazırlanmış kurallar, elektronik delillerin değerlendirilmesini gerektiren yargılama süreçlerini tam olarak karşılamamakta ve böylece elektronik deliller yargılamada “maddi gerçeğe ulaşmak” adına daha iyi bir araç olabilecekken, çoğu zaman sınırlı olarak faydalanılan bir delil çeşidi olarak kalmaktadır.¹⁸⁸³

Ceza hukukunda deliller kaynaklarına göre kişi delilleri ve şey delilleri olarak bir ayrıma tabi tutulmaktadır.¹⁸⁸⁴ Şey delilleri denilen deliller, beyan delilleri dışında kalan ve nesnelerden kaynaklanan delillerdir. Bunlar belgeler ve duyularla

¹⁸⁸⁰ 4. HD, T. 26.10.2007, E. 2006/13723, K. 2007/13089 (kazanci.com), (çevrimiçi, erişim tarihi: 26.04.2023); Aslan, **Dijital Delil**, s. 264.

¹⁸⁸¹ Aslan, **Dijital Delil**, s. 265.

¹⁸⁸² Aslan, **Dijital Delil**, s. 264.

¹⁸⁸³ Aslan, **Dijital Delil**, s. 265.

¹⁸⁸⁴ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza**, s. 177 vd. Ceza muhakemesi bakımından delilleri sınıflandırırken başvurulmuş bir diğer ayrım da maddi olayı temsil kabiliyetine göre yapılmaktadır. Bu ayrıma göre, deliller maddi olayı doğrudan ve dolaylı olarak temsil eden deliller olarak sınıflandırılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünver/Hakeri, **Ceza**, s. 601; Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza**, s. 178; Urs Kindhauser, **Strafprozessrecht**, Baden-Baden, 2016, § 21 Rn. 1.

algılanabildiği için keşif konusu olan belirtilerdir¹⁸⁸⁵. Doktrinde ses ve görüntü tespit eden nesnelerin belge mi yoksa belirti mi olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür¹⁸⁸⁶. Bu ayrımı izah etmeye çalışmadan önce belge ve belirtiyi birbirinden ayırt eden unsurun ne olduğunu açıklamakta fayda olabilir. Zira ikisi ilk bakışta beyan delillerinden olmayıp sanki aynı şey gibi görülebilmektedir. Belge delilinin konusu daha çok bir düşünce içeriğinin aktarılmasıyken, belirti delili duyu organlarıyla algılanabilen şeylerden oluşur¹⁸⁸⁷. Bu yüzden de ceza hukukunda keşiften söz ederken önce belirtinin ne olduğunu anlamak gerekir.

Burada çoğunlukla kabul edilen görüş, ses ve görüntü tespit eden şeylerin belirti delili niteliğinde olduğu yönündedir¹⁸⁸⁸. Buna göre bir eylemin gerçekleştiğine işaret eden izler belirti olarak tanımlanır ve bunların delil olarak incelenmesi keşif yoluyla yapılabilecektir¹⁸⁸⁹. Doktrinde Alman Ceza Kanununda keşif deliline ilişkin düzenlemelere bakıldığında burada da keşif delili bakımından medenî usûl hukukundakine benzer bir anlayışın hâkim olduğu görülür. Alman Ceza Kanununun 267. maddesi bağlamında yazılı olmayan, ispat için uygun olan ve düşünceleri belirli bir forma dönüştüren şeylerin Alman Medenî Usûl Kanunu açısından belgelerin bir alt şeklini oluşturmalarına rağmen; bunların senet olarak nitelendirilemeyeceğine dikkat çekilmiştir¹⁸⁹⁰. Bunlar genel anlamda keşif nesneleri arasında görülmektedir¹⁸⁹¹. *Nart*'a göre, aynı şekilde fotoğraf, ses kayıtları, filmler, disket vb. teknik araçlar senet kavramına dahil olmayıp keşif nesneleri (*Augenscheinsobjekte*) arasında görülmektedir¹⁸⁹². *Nart*, burada Alman Ceza Kanunu bakımından yazılı olmayıp ispat için uygun olduğu kabul edilen ve düşünce içerikli bu belgelere genel itibariyle delil

¹⁸⁸⁵ Dilek Özge Uğraş, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma, **TBB Dergisi**, S. 154, 2021, s. 97-134, s. 99.

¹⁸⁸⁶ Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza**, s. 178; Ünver/Hakeri, **Ceza**, s. 616; Ali Kemal Yıldız, “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, **CHD**, 2006/2, s. 258.

¹⁸⁸⁷ Kindhauser, **Strafprozessrecht**, § 21 Rn. 105.

¹⁸⁸⁸ Yıldız, **İspat Fonksiyonu**, s. 258; Werner Beulke, **Strafprozessrecht**, München, 2010, § 10 Rn. 204; Kindhäuser, **Strafprozessrecht**, § 21 Rn. 105; Uğraş, **Arama, Kopyalama ve El Koyma**, s. 100.

¹⁸⁸⁹ Uğraş, **Arama, Kopyalama ve El Koyma**, s. 100.

¹⁸⁹⁰ Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 1b; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 697; Nart, **Senetle İspat**, 211, dn. 16.

¹⁸⁹¹ Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 1b; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 697; Nart, **Senetle İspat**, 211, dn. 16.

¹⁸⁹² Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 1b; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 697; Nart, **Senetle İspat**, 211, dn. 16.

işaretleri denildiğine de dikkat çekmektedir., Bunlara örnek olarak plakalar, armalar, Alman Ceza Kanununun 68. maddesi gereğince tutulan teknik kayıtlar ve buna benzer diğer kayıtları örnek göstermektedir.¹⁸⁹³. Sonuç olarak ceza yargılamasında elektronik delillerin incelemesi de yeri geldiğinde keşif ve bilirkişi delilleri aracılığıyla gerçekleştirilebilmektedir. Karakteristik özellikler bakımından bazı farklar olsa da teknik yardım ihtiyacı, elektronik verilerdeki orijinallik kaygısı ve teknik kayıtlar üzerinde keşif anlayışı burada da hâkimdir.

G. Belge Keşfi ve Adli Refleks Kavramları

Delil keşfi usûlü bir tahkikat öncesi delil toplama faaliyetini ifade eder. Bu usûlde tahkikat aşamasından önce ve fakat davanın açılmasından sonra adeta tahkikata hazırlık niteliğinde bir delil toplama faaliyeti sözkonusudur.¹⁸⁹⁴. Böylece tahkikata geçilmeden önce bir ön aşama olarak delil keşfi yapılmış ve davanın hangi deliller ve vakıalar üzerinden yürüyeceği önceden görülmüş olmaktadır.¹⁸⁹⁵.

Burada Amerikan ve İngiliz usûl hukukunda yeri olan “kamera usûlü”nden de kısaca söz etmek faydalı olacaktır.¹⁸⁹⁶. Kamera usûlü keşif karakteri taşıyan bir bilgi incelemesidir ve bir çeşit delil keşfi olduğu kabul edilmektedir. Kamera usûlünde amaç özellikle ticari sırları korumaktır. Bu ticari sır korunmaya değer olup taraflardan birine ya da üçüncü bir kişiye ait olabilir. Bu halde eğer saklanmak istenen ticari sır

¹⁸⁹³ Stein/Jonas/Leipold, **ZPO**, § 415 Rdnr. 1b; Rosenberg/Schwab/Gottwald, **ZPO**, s. 697; Nart, **Senetle İspat**, 211, dn. 16. Nart, Alman hukukundaki kanunlardan alıntılar yaparken, madde yerine paragraf ifadesini tercih etmiştir. Anlam itibarıyla paragraf ifadesinin daha isabetli bir karşılık olduğu düşünülse de Türk hukukundaki kullanıma daha uygun hale getirmek adına bu çalışmanın genelinde madde ifadesi kullanıldığından Nart’ın eserinden yapılan alıntılarda yazarın “paragraf” ifadesi tercihi “madde” olarak değiştirilerek çalışmaya alınmıştır.

¹⁸⁹⁴ Bu aşama tahkikat öncesi “pre-trial” olarak anılmaktadır. Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. Tobias Lüpke/Robert Müller, “Pre-Trial Discovery of Documents“ und 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?”, **NZI**, 2002, s. 588-589, s. 588 vd. Ayrıca bkz. Teomete Yalabık, **Hâkimin Rolü**, s. 225.

¹⁸⁹⁵ Lüpke/Müller, **Pre-Trial Discovery of Documents**, s. 588.

¹⁸⁹⁶ Kamera usûlü yukarıda keşif yardımcısı bahsinde kısaca ele alınmıştı. Bu yönde bkz. III. bölüm, I, B, 3, a, iii. Ayrıca bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrası**, s. 437 vd.

tarafardan birine aitse diğer taraf ve vekili katılmaksızın yapılacak bir delil keşfi sözkonusudur. Eğer ticari sır taraflardan birine değil de üçüncü kişiye aitse bu halde her iki tarafın ve hatta her iki taraf vekilinin katılımı olmaksızın söz konusu sır içeren verilerin keşfi, bu usûle göre gerçekleştirilir.¹⁸⁹⁷

Delil keşfi usûlünde hâkimin rolünün ne olduğunu incelemek gerekir. Delil keşfi bizim sistemimizdeki keşif delilinden farklı bir kavramdır. Bu nedenle hâkimin rolü bakımından da değişik yönleri bulunur. Keşif delilindeki kendiliğinden başvurulabilme ve takdir edilebilme esasları burada farklılaşmaktadır. Çünkü çoğunlukla bu usûlde hâkim dahil olmadan taraflar delil keşfi usûlünü yürütmektedir.¹⁸⁹⁸

Her şeyden önce, korumanın kamuya karşı mı yoksa davacıya veyahut davalıya karşı mı talep edildiği ayırt edilmelidir.¹⁸⁹⁹ Davanın taraflarının birbirleriyle ve aynı zamanda avukatlarıyla olan ilişkilerinde, ispat yükü altında olmayan tarafın kendi iş veya ticari sırlarını rakibinin delillerinden faydalanmak için ifşa etmesi gerekip gerekmediği veya bir tarafın kendi iddia ve ispat yükünü yerine getirmek için kendi iş sırlarını kullanması gerekip gerekmediği konusunda öncelikle bir ayırım yapılmalıdır.¹⁹⁰⁰

Delil keşfi usûlünde, temelde adı geçen ticari sırrın gizliliğinin korunması ve bu gizliliğe saygı duyulması vardır. Çünkü ticaret hayatında adı geçen bu ticari sırrın maddi değeri son derece yüksek olabilmektedir. Amerikan usûl hukukunda kamera

¹⁸⁹⁷ Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 438; Stadler, **Unternehmensgeheimnissen**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023); Koch, **Internet-Recht**, s. 54. Ayrıca bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 274, dn. 148.

¹⁸⁹⁸ Kamera usulünün özellikle sınai hakların korunmasında uygulama alanı bulduğu yönünde bkz. Erdönmez, **Belgelerin İbrazı**, s. 438. Örneğin, bir belgede sır niteliğinde bilgiler olması halinde hâkimin bu bilgileri korumak için belgenin tamamını değil yalnız belirli bir kısmının diğer tarafla paylaşılması yönünde bir karar almasının da mümkün olduğuna işaret edilmiştir. Bu yaklaşım, yeni Federal Medenî Usûl Kanunundan önce var olan kanton usûl kanunlarında da yer almıştır. Bu yönde bkz. Leuenberger, **Behaupten, Bestreiten und Beweis**, s. 12. Ayrıca bkz. Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 97, 98.

¹⁸⁹⁹ Stadler, **Unternehmensgeheimnissen**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023).

¹⁹⁰⁰ Stadler, **Unternehmensgeheimnissen**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023).

usûlü uygulandığında tarafların avukatları da gizli delil keşfinin dışında bırakılırken, İngiliz usûl hukukunda uygulamanın daha farklı olabileceği ifade edilmiştir. Buna göre taraflar yine delil keşfinin dışında bırakılırken, tarafların avukatları bu bilgilere ulaşabilmektedir. Ancak avukatın vakıf olduğu bu gizli bilgileri ifşa etmemeye ilişkin bir yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. Yani burada iki aşamalı bir sır saklama hali söz konusu olmaktadır. Avukat davada ticari sır olarak nitelendirilen ve gizlice keşfi yapılan bu verileri müvekkilinden gizli tutmakla yükümlüdür. Yani avukatın müvekkiliyle arasındaki sır saklama yükümlülüğüne ek olarak, bir de müvekkiline karşı sır saklama yükümlülüğü doğmaktadır. Avukat bakımından bu durum, alışılmışın dışında bir sır saklama yükümlülüğü anlamına gelir. Çünkü kural olarak vekilin bu yükümlülüğü müvekkilinin sırlarını müvekkili dışındaki herkesle paylaşması yönünden geçerlidir¹⁹⁰¹.

Ayrıca tıpkı genel anlamda elektronik keşif faaliyetlerindeki gibi, delil keşfinde de profesyonel bir iş çeşidi olarak bunu benimseyen ve hizmet veren teknoloji ve yazılım şirketleri bulunmaktadır. Bunlar elektronik ortamda gerçekleştirilecek bilgi keşfi aracılığıyla henüz dava açılmadan önce gerçekleştirilecek bir davaya hazırlık desteği ya da açılmış ve görülmekte olan bir davada dava desteği sunmaktadırlar¹⁹⁰².

Özellikle bir ticari işletmenin, aleyhine yürütülmekte olan bir davada ya da idarenin kendisine karşı başvurduğu herhangi bir idari yaptırım ya da düzenleyici talepte; davada ispat faaliyetine iyi bir şekilde hazırlık yapabilmek; bir adli ya da idari para cezasından kaçınabilmek veya itibar zedelenmesi riskiyle karşı karşıya gelmemek için bu tür adli işlemlere karşı hızlı ve doğru davranması önemlidir. Bu bir hukuki sürece dahil olmanın karşılığında gösterilecek “adli refleks” olarak tanımlanmaktadır. Bir gerçek ya da tüzel kişinin adli refleksi ne kadar güçlü ve hızlıysa bir yargılamada kendi lehine sonuç alma ihtimali de o kadar yüksek olur. Bu durum gerçek kişilerden ziyade tüzel kişiler bakımından geçerlidir. Çünkü onlar organlar tarafından

¹⁹⁰¹ Koch, **Internet-Recht**, s. 61; Yardımcı, **Somutlaştırma Yükü**, s. 274; dn. 148. Ayrıca bkz. Stadler, **Unternehmensgeheimnissen**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023).

¹⁹⁰² Bu yönde ayrıntılı bilgi için bkz. pwc.ch; deloitte.com; et.org; paikslab.com, (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.04.2023).

yönetilmektedir ve karar süreçleri genellikle daha yavaş olmaktadır. Özellikle büyük şirketlerde bir uyuşmazlıkta kullanılabilecek belgelerin ve bunların delil olma kabiliyetinin bir yargılama henüz başlamadan yahut başlar başlamaz incelenmesi önem arz eder¹⁹⁰³.

Adli reflekse bir örnek olarak daha önce de sözü edilmiş olan yapı uyuşmazlıklarında yapının inşa sürecindeki değişimi karşısında yaşanan ispat zorlukları ve hatta imkânsızlıklar verilebilir. Buna göre, yapının inşası henüz devam ederken, pek çok iş sürecinin iç içe geçmesi nedeniyle, yapılan işlere ilişkin herhangi bir uyuşmazlığın tespiti çok zor ve hatta imkânsız olabilmektedir¹⁹⁰⁴. İşte bu halde taraflar önceden anlaşarak, iş süreçlerinin henüz bir diğer iş süreci diğerinin üzerini örtmeden kayıt altına alınmasına karar verebilirler¹⁹⁰⁵. Bu davranış, tarafların adli refleks hazırlığına bir örnektir. Böylece elde edilen kayıtlar örneğin video veya fotoğraf kayıtlarıysa keşif yoluyla incelenir. Bu kayıtların taraflarca bir delil sözleşmesi gibi, her iki tarafça imzalanarak veya başka bir şekilde (açıkça veya zımnen) onaylanarak hazırlanması da mümkündür¹⁹⁰⁶. Böylece iki taraflı gösterilmiş olan bu adli refleks, tarafları öncelikle tatsız anlaşmazlıklar henüz ortaya çıkmadan çözmeye teşvik edecek ve büyük ölçüde mahkemeleri birçok davadan kurtarabilecektir¹⁹⁰⁷. Eğer taraflar yine de mahkemeye hak aramak için başvururlarsa adli refleks göstererek öncelikle hazırlamış oldukları bu belge ve teknik kayıtlardan yararlanabileceklerdir.

¹⁹⁰³ Stadler, **Unternehmensgeheimnissen**, (beck-online.de), (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023).

¹⁹⁰⁴ Bkz. 13/14 Haziran 2008 tarihli 2. Alman İnşaat Mahkemesi Konferansı, Çalışma Grubu VII: Mahkeme Dışı Uyuşmazlık Çözümü, **BauR**, 2008, s. 1769'da bu husus şöyle ifade edilmiştir: *"Mahkemeler, inşaat projesi tamamlandıktan çok sonra ve geriye dönük olarak gerçekleri açıklama girişimlerinde düzenli olarak başarısız olmaktadır."* Ayrıca bu yönde bkz. Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

¹⁹⁰⁵ Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

¹⁹⁰⁶ Burada yazar, teknik kayıt örneği olarak, kanıt kayıt sistemlerinin bir alt türü olarak SIA Standardı 118'in inşaatla eşlik eden performans kayıt sisteminden söz etmektedir. Bu yönde bkz. Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

¹⁹⁰⁷ Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

Böylece burada en iyi yöntem olarak önerilen, inşaat sırasında (sürekli) bir delil toplama sistemidir.¹⁹⁰⁸ Bu da yukarıda ifade edildiği gibi esasında bir çeşit klasik keşif malzemesinden bilinçli olarak teknik kayıtlar elde edilmesine benzemektedir.¹⁹⁰⁹ Böyle bir sistemle; yalnızca inşaat işinin kapsamı hakkında değil, aynı zamanda işin kalitesi ve yürütülmesindeki aksaklıklar hakkında da örneğin kimin sorumlu olduğu (müşteri, yüklenici, üçüncü taraf, mücbir sebep) bakımından pek çok bilgi kaynağına ulaşabilmek mümkün olur.¹⁹¹⁰

Bu bağlamda özellikle elektronik delil keşfi bakımından; verilerin ve meta verilerin tespit edilmesi, korunması ve gözden geçirilmesi için gelişmiş araçlar ve teknikler kullanılmaktadır. Burada ilginç bir özellik, bu kapsamda hazırlanan kayıtlarda ve bilgi keşfinde kullanılan dilin ve yapılan işlemlerin yerel olmayıp, her ülke bakımından geçerli olmasıdır. Bu anlamda bilgi keşfi araçları ve kullanılan yöntemler küresel bir metodoloji sunmaktadır. Böylece, bir dava için delil toplama işlemleri elektronik keşif faaliyetleriyle desteklenerek, verimli ve başarılı bir dava kurgulamak için, küresel olarak erişilebilir bir sanal güvenli oda sağlanmaktadır.¹⁹¹¹ Bu delil keşfi ve elektronik keşif işlemleri öncelikle gerçekleştirildikten sonra, aslında bütün ispat faaliyeti kurgulanmış olmaktadır. Karşı taraf yargılama esnasında sürpriz bir belge, örneğin bir ses veya görüntü kaydını ya da bir senedi delil göstermediği sürece, yargılama başlangıçta kurgulandığı gibi gitmekte ve dava sonucu böylece az çok öngörülebilmiş olabilmektedir.

¹⁹⁰⁸ Yazar burada bir çeşit delil güvenliği sisteminden - "*beweissicherungssystem*"den söz eder, Schumacher, **Baurecht**, s. 29. Benzerlikler olmakla birlikte daha farklı bir anlamda kullanılan delil güvenliği kavramı için ayrıca bkz. III. bölüm III, E.

¹⁹⁰⁹ Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

¹⁹¹⁰ Schumacher, **Baurecht**, s. 29.

¹⁹¹¹ Örneğin, bu hizmeti dünya çapında sunan önemli bir kuruluş olan PwC, verilerini İsviçre merkezli sunucularda saklamakta ve verilerin iç ve dış tehditlere karşı savunmasının temin edilmesini ve yetkisiz erişime karşı korunmasını sağlamak üzere önemli tedbirler almaktadır. Ayrıca veri bütünlüğünün korunması için ISO/IEC 27001 sertifikalı veri güvenliği programları kullanılmaktadır. Tüm bu organizasyonun amacı sağlıklı bir şekilde veri saklama ve gerekli olduğunda bir uyuşmazlıkta bu verilerin ispat faaliyetlerinde ulaşılabilir olmasını sağlamaktır. Bu yönde bkz. <https://www.pwc.ch/en/services/consulting/forensic-services/dispute-analysis-litigation.html>, (çevrimiçi, erişim tarihi: 23.04.2023).

SONUÇ ve DEĞERLENDİRME

Talep sonucu bakımından bir kanaat oluşturmak için, dava malzemesiyle hâkimin usûlüne uygun temas kurması gerekir. Hâkimin dava malzemesi ile arada hiçbir engel olmaksızın buluşabildiği yegâne delil ise keşif delilidir. Bu anlamda keşfe elverişli olan her türlü dava malzemesi keşfin konusunu oluşturabilir ve bu malzemeler hâkimin doğrudan inceleme yoluyla kanaatini oluşturmaya imkân verir.

Esasında tüm yargılama usûllerinde “keşif” ya da benzeri bir delile ihtiyaç duyulur. Çünkü yargılayıcının ya da duruma göre soruşturmacının sözkonusu olayı araştırırken bizzat vakıaların oluş biçimi bakımından kendi duyularıyla bir tecrübe edinme ihtiyacı baş gösterir. Geçmişte gerçekleşmiş bir olayı anlamaya çalışmanın en etkili yollarından biri, o olayı temsil eden bir takım eşya, olay ve kişilerin görme ya da duyma gibi doğrudan araçlarla gözlemlenmesidir. İşte bu nedenle keşif bir delil olarak hemen hemen tüm yargı ve yargı benzeri süreçlerde yeri olan bir delil çeşididir.

Keşfin amacı temelde medenî usûl hukukunun amacıyla aynıdır. Keşif gerçeğe ulaşmayı amaçlar. Bu bağlamda keşfin amacına ulaşmasına yardımcı araçların bulunduğu ve bu araçların çeşitleri, çalışmanın tespit ettiği esaslı meselelerden olmuştur. Kendisi de bir delil elde etme ve gerçeğe ulaşma aracı olan keşif delili, bir araç olarak kendi amacına ulaşmak için birtakım başka yardımcı araçlar kullanmaktadır. Keşfin amacı ve keşfin konusu arasında sıkı bir bağ vardır. Keşfin amacı ortaya konduktan sonra, özellikle keşif deliline ilişkin sınırları belirlemek için elzem olan medenî usûl hukukuna hâkim bazı ilkelerle keşfin bağlantısı incelenmiştir. Özellikle elektronik veriler üzerinde keşfe ilişkin açıklamalara geçmeden önce, keşif deliliyle bağlantılı olabilecek ve medenî usûl hukukunda hâkimiyeti kabul edilmiş olan ilkelerin tespit edilmiş olması ayrı bir önem arz eder. Çünkü yeni nesil keşif malzemeleri olarak kabul edilen elektronik verilerin keşif marifetiyle incelenmesinde,

usûl hukukunun esaslarına zarar vermeden bu yenilikçi keşif malzemesinin ruhuna en uygun düzenleme ve uygulamaları sağlam bir zemin üzerinde inşa edebilmek için ilkeleri temel almak gerekmektedir.

Keşif delilinin karakteristik özellikleri duysal algılarla sınırlı değildir. Duysal algılamının bizzat hâkim tarafından yerine getirilmesi ve bu algının azami ölçüde doğrudan doğruya olması gerekmektedir. Doğrudan doğruya olma özelliği, elektronik belgeler üzerinde keşif konusunda en çok tartışılan hususlardan biridir. Hem keşif deliline delil olma özelliğini kazandıran bir unsur olması hem de medenî usûl hukukuna hâkim ve önemli bir ilke olan doğrudanlık ilkesiyle arasındaki yakın ilişki nedeniyle, elektronik verilerin keşif konusu olmasına ilişkin en çok tartışılan konunun dolaysızlık olduğu tespit edilebilmektedir. Bu çalışmada elektronik veri ve keşif ilişkisinin tartışıldığı hemen her başlıkta bir dolaysızlık (*unmittelbarkeit*) değerlendirmesine yer verilmiş olduğu görülebilir.

Neticede bir ihtiyaç doğmadıkça bir ürünün ya da kurumun kendiliğinden gelişmesi çok rastlanır bir durum değildir. Elektronik belgelerin yargılamada kapladığı alan genişledikçe mahkemece etkili bir şekilde incelenmesi için en makul yöntem hukukçular tarafından tartışılmaktadır. Bu çalışmada değinilmekte olan yaklaşımlar, elektronik veri ve keşif ilişkisinin hukuk yargılamasında da kurulması ihtiyacına odaklanmaktadır. Bu bağlamda bu çalışmada; fiziksel gereklilik, gerçeğe ulaşma ve adalete erişme gayesi, nesnel araçların kullanımı, bilişimin doğrudanlığı ve hâkimin elektronik algısı gibi yeni nesil keşif malzemelerini destekleyen yaklaşımlara yer verilmiştir.

Elektronik veri kavramı, teknik anlamda sayısal veri olarak oluşturulmuş bir bilgi yığını temsil etmektedir. Yani dijital veri, sayılardan oluşan ve herhangi bir veri taşıyıcısında görüntülenen bilgi bütünüdür. Bu bilgiler, her zaman anlamlı olmak zorunda değildir. Bilgisayar ekranında görünen her veri, hukuki anlamda bir değer taşımaz. Ancak ne zaman ki bir veri düşünce içeriğine sahip kabul edilir, işte o zaman bir ispat faaliyetinde bir taraf lehine ya da aleyhine çoğunlukla bir hukuki işlemin varlığına işaret eden bir ispat aracına dönüşür.

Elektronik verilerin, kanuni düzenlemeler çerçevesinde ispat aracı olduğunun tespit edilebilmesi için öncelikle o verinin niteliğinin belirlenmesi gerekir. Elektronik verinin niteliği belirlendikten sonra ise orijinal olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Elektronik veriler açısından orijinal ve suret kavramlarının ayrı ve özel bir önemi vardır. Bu nedenle bu konuda ayrıntılı bir incelemeye yer verilmiş ve böylece bir sonuca ulaşılmıştır: Özellikle keşif konusu olabilecek elektronik belgeler bakımından o belgenin orijinal ortamında incelenmesi anlayışı, elektronik verilerdeki orijinal olma özelliğinin öneminden ileri gelmektedir.

Elektronik verilerin medenî usûl hukuku bakımından nasıl bir potansiyele sahip olduğunu anlamak için bugün mahkeme dosyalarına sunulan ya da sunulacağı zikredilen veyahut belirli yerlerde bulunup mahkemece getirtilmesi/incelenmesi talep edilen belgelere kısaca bir göz atmak yeterlidir. Bunların büyük bir çoğunluğunun orijinalleri elektronik ortamda bulunmakta olan elektronik belgeler olduğu görülecektir.

Verinin çeşidi bir verinin bulunduğu ortama göre değişiklik gösterebilir. Bir verinin düşünce içerikli olup olmaması o verideki insan faktörünü ortaya koyan bir özelliktir. Hukuki metinler; örneğin sözleşmeler, senetler ve irade açıklaması içeren her türlü hukuki elektronik metin birer düşünce içerikli veri örneğidir. Ancak bunlar sınırlı sayıda değildir. Örneklerin çoğaltılması mümkündür.

Elektronik imza, geleneksel imza anlayışından izler taşıyan bir yeni nesil imza teknolojisidir. Geleneksel imzada kişinin bizzat eliyle yazı yazmak suretiyle oluşturduğu imza, elektronik ortamda kalem yerine uygun araçlarla bırakmış olduğu bir ize anlam yüklenmesi şeklinde gerçekleşir. Elektronik imza kişinin elektronik ortamda kendi kimliğini belirlemeye yarayacak bir iz bırakmasıdır. Bırakılan bu elektronik işaretin çeşidine göre elektronik imzanın da niteliği değişir. Delil değeri de bu niteliğe bağlı olarak farklılaşır. Bunun bir sonraki adımı olarak da o elektronik belgenin ne şekilde inceleneceği, hangi delil çeşidinin konusu olacağı belirlenir.

Elektronik imza, temelde iki çeşide ayrılarak incelenmektedir. Bunlar basit elektronik imza ve güvenli elektronik imzadır. Ayrıca gelişmiş elektronik imza olarak anılan bir imza çeşidi de bulunmaktadır. Güvenli elektronik imza, bir sertifika hizmet sağlayıcısının varlığını gerektirir. Buna göre, geleneksel imzada olduğu gibi, kişinin kendi başına bir güvenli elektronik imza oluşturması ve kullanması kural olarak mümkün değildir.

Elektronik belgelerin çeşitlendirilmesi başlı başına ayrı bir araştırmanın konusu olacak genişlikte bir çalışmayı gerektirmektedir. Bu nedenle burada yalnızca belli başlı olan ve en çok bilinen elektronik belge çeşitleri ele alınmaya çalışılmıştır. Elektronik belgelerin çeşitlerinin ortaya konması yanında, bir de bu elektronik belgelerin hukuki uyumsuzluklarda hâkimin önüne gelmesine sebep teşkil eden başlıca kullanım alanlarını da ele almak gerekmiştir. Zira bu alanlar, elektronik belgelerin üretilmesine zemin olan çoğunluğu dijital olan ortamları işaret eder. Bu bağlamda şöyle bir tespite ulaşmak mümkün olmuştur: Elektronik ödeme sistemleri, elektronik ticaret faaliyetleri ve bu faaliyetler kapsamında tutulan elektronik kayıtlar, elektronik belgelerin süreklilik arz edecek şekilde kullanıldığı ve üretildiği en bilinen alanlardır.

Bunun yanında internet ortamı genel itibariyle elektronik belge iletişimin sağlandığı geniş bir etkileşim alanı olarak, çoğu yeni nesil keşif incelemesinin gerçekleştirildiği yer olmaktadır. İnternet ortamında üretilen ve gönderilen elektronik belgelerin tipik bir örneği olarak elektronik posta iletileri de keşif konusu olabilecek elektronik belgelerin başlıca kullanım örneklerindendir. Ayrıca elektronik ortamda iletişim sağlamaya yarayan diğer elektronik iletişim araçları da benzer şekilde keşfin konusu olabilecek belgeler üretebilmektedirler.

Tıpkı elektronik posta iletileri gibi, genel olarak internet ağını kullanmakta olan ve yaygın olarak hukuki uyumsuzluklara konu olabilen elektronik veri sağlayan pek çok platform vardır. Bunların başında kategorik olarak sosyal medya platformları ve eğlence platformları gelmektedir. Bunlardan eğlence platformları, büyük teknoloji

şirketlerinin genellikle uluslararası pazarda hizmet vermek üzere geliştirdiği yüksek kullanıcı sayılarına ulaşan büyük bütçeli platformlardır. Burada oyun, müzik, dizi ve film gibi içerikler, elektronik ortamda gerçekleştirilen bir abonelik sözleşmesine dayanan bir sistem üzerinden izleyiciye belirli bir ücret karşılığında sunulmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan ilki, bu eğlence platformlarının sağlayıcısı ile kullanıcısı arasında gerçekleştirilen her türlü işlem, elektronik ortamda gerçekleşmektedir. İkincisi ise sunulan hizmetin kendisinin dahi bir “dijital hizmet” olarak anılıyor olmasıdır. Kullanıcıya, bilfiil elektronik ortamda bulunan içerikler bir anlamda süreli olarak kiralanmakta olduğundan, bu hukuki işlemlere ilişkin her türlü bilgi ve veri doğal olarak elektronik ortamda yer almaktadır. Bu tür platformların kullanımı, üyelik sözleşmesinin kurulması, ihlal edilmesi, sona erdirilmesi ya da koşullarında bir değişiklik sözkonusu olması halinde ortaya çıkabilecek uyuşmazlıklarda elektronik belgelerin ispat amacıyla incelenmesi kaçınılmazdır. İşte bu nedenle elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından bu platformların da ayrıca anılmasına ihtiyaç duyulmuştur. Bugün için hemen her evde bu tür platformlara dair en az bir abonelik bulunmaktadır.

Sosyal medya platformları ise nispeten daha eski ve daha aşina olduğumuz sosyal iletişim ve paylaşım platformlarını ifade eder. Bu platformların yaygınlaşması eğlence platformlarına göre daha eskidir, yani bunlar aslında yirmi yılı aşan bir süredir hayatlarımızda çokça yer kaplayan içerik paylaşım ve iletişim sitelerinden bugüne gelmiş elektronik sosyal iletişim alanlarıdır. Bugün için örneğin boşanma davalarının yaklaşık yüzde altmışında sosyal medya içeriklerinden elde edilen elektronik belgelerin ispat amacıyla mahkemeye sunulduğu belirtilmektedir. Buradan yola çıkılarak dahi denilebilir ki mahkemelerin elektronik belgeye ilişkin keşif incelemelerinin büyük bir kısmının bu sosyal medya platformlarının sağladığı veriler üzerinde yapılması sözkonusudur.

Bu çalışmanın konusu bakımından özel olarak belge ve elektronik belge kavramları önem arz ettiğinden, bu noktada belge kavramı ve elektronik belge kavramı detaylı bir şekilde ele alınmıştır. Çünkü hukuk mahkemelerinde ispatın konusu edilen hukuki ilişkilere şahitlik eden bilgi taşıyıcılarının büyük bir çoğunluğu belgelerdir.

Günümüz itibariyle de bu belgelerin büyük çoğunluğu birer elektronik belge olarak hâkimlerin önüne yığılmaktadır. Daha önce izah edilmiş olan elektronik veriler bakımından orijinal ve suret kavramlarının önemini gözden kaçırmadan, hâkimler bu elektronik belgeleri aidiyetlerine en uygun olacak yöntemi belirleyerek inceleyecektir. Bu nedenle o elektronik belgenin ne olduğunun anlaşılması ve unsurlarının ortaya konması önemlidir. Çünkü elektronik belgenin taşıdığı unsurların tespit edilmesiyle, hâkim tarafından ne şekilde inceleneceği ve delil olarak kıymetinin ne olacağı tespit edilmektedir.

Bu bağlamda elektronik belgeler üzerinde keşif için önce elektronik belgenin ne olduğu ve hangi ölçüde keşfe elverişli olduğunun değerlendirilmesi gerekmiştir. Buna göre elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından iki ihtimal sözkonusudur. Hâkim elektronik belge üzerinde keşfi bir yardım almadan bizzat kendisi gerçekleştirebilir ya da keşif için bir yardım alır.

Bu çalışmanın ana fikri şöyle bir formülle özetlenebilir: Burada merkezde yer alan özne ya da diğer bir deyişle baş aktör hâkimdir. Hâkimin elindeki temel araç ise keşiftir. Keşfin yöneldiği amaç ispattır. İspatın konusu ise bu çalışma bakımından yeni nesil keşif malzemeleri olarak adlandırılan elektronik verilerdir. Böylece bu formüle göre, elektronik verilerin, hâkim tarafından, keşif aracılığıyla, ispat amacıyla incelenmesinde rolü bulunan yardımcı araçlar ise bilirkişi ve diğer keşif yardımcılardır.

Keşfe yardımcı araçlardan söz ederken, bunların keşif yardımcıları olarak genel bir isimle anılabileceği ancak kendi içinde önce iki gruba daha sonra da özelliklerine göre diğer alt çeşitlere ayrılabilceği tespit edilmiştir. Keşif yardımcıları insan keşif yardımcıları ve nesnel keşif yardımcıları olarak ikiye ayrılarak incelenmektedir. Bunlardan insan keşif yardımcıları, başta hâkim yardımcılığı olmak üzere, keşifte hakime yardımcı olabilecek diğer kişilerdir. Bilirkişi de bu gruba dahil olmakla birlikte bilirkişi statüsünde olmayıp teknik müşavir ya da başka bir adla anılabilecek diğer yardımcılar da burada rol alabilirler. İnsan olmayan keşif yardımcılığı ise özellikle elektronik veri keşfi bakımından dikkat çeken bir sınıftır.

Delil toplamada hakime yardım anlayışı, modern medenî yargılama hukukunda ilkeler çerçevesinde kalmak suretiyle yaygınlaştığı takdirde pek çok anlamda kolaylık ve şeffaflık sağlayabilecek potansiyele sahiptir. Örneğin, keşfe yardımcı fiziki araçlar, bir görüntüleme cihazı, bir ses/görüntü aygıtı veya bir bilgisayar olabilir. Son dönemde çokça tartışılmakta olan yapay zeka ve robotik araştırmalarının adli süreçlerde aktif olarak kullanılması meselesi de bu kapsamda ele alınmıştır. Örneğin bir yapay zeka temelli hâkim yardımcısının, hakime keşifte destek olması mümkündür. Ancak burada hakime alternatif bir aktörün değil; yalnızca bir yardımcının; bir kolaylaştırıcının önerilmekte olduğunu gözden kaçırmamak gerekir.

Keşifle bağlantılı olarak ulaşılan önemli bir netice, elektronik belge üzerinde keşif gerçekleştirildiğinde, keşfin fiziki ortamının mahkeme salonu olup olmaması önemli olmaksızın, elektronik belgenin kendi ortamının, adeta keşfin yeri haline gelmesidir. Yani bir bakıma hâkimin algısının bir elektronik algıya dönüşmesi ve elektronik veriyi kendi orijinal ortamında incelemesi sözkonusudur. Bir elektronik belge üzerinde gerçekleştirilebilecek en sağlıklı keşif incelemesi verinin ait olduğu elektronik ortamda incelenmesidir. Bu elektronik ortam da işte bu çalışmada ele alınan; çevrimiçi, çevrimdışı, genel ağ ya da bulut bilişim adı verilen elektronik ortamlardan herhangi biri olacaktır. Hâkim en azından bu elektronik ortamlar arasındaki farkı ya da bağlantıyı bilebilmeli ve bir elektronik belgeyi, keşif incelemesine elverişli bir belge olduğu sürece kendi ortamında doğrudan inceleyebilmelidir. “Hâkimin elektronik algısı” yaklaşımının önemi burada bir kez daha ortaya çıkmaktadır.

Yargılama bakımından bu denli önem arz eden keşif delili, bu çalışmada yeni bir ispat malzemesiyle bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Bir elektronik belgenin keşif yoluyla incelenmesi, yeri geldiğinde çok boyutlu ve çok yönlü bilgi sağlayıcıları olan elektronik verilerin hâkim tarafından en iyi şekilde muayene edilmesini sağlar. Buna göre, elektronik belgeler üzerinde inceleme yapılırken karşılaşılmaması muhtemel önemli sorunlardan biri, öncelikle o belgenin içeriğinin orijinal olup olmadığının tespit edilmesi sorunudur.

Bu sorunu aşabilmenin bazı adımları ile bu adımları destekleyen çözüm önerileri aşağıda bir bütün halinde kısaca özetlenecektir. Tüm bunların yanında elektronik belgenin bizzat hâkim tarafından keşif yoluyla incelenmesi yargı makamlarının elektronikleşme karşısındaki geri kalmış görüntüsünün aşılmasına yardımcı olacak yaklaşımlardan bir tanesidir. Çünkü hâkimin bizzat inceleyip vakıf olduğu bir belgede, kendi görsel ya da işitsel algısıyla o belgenin içeriğini değerlendirme imkânı olacaktır. Böylece bizzat hâkimce duyu organlarıyla incelenmiş o belgenin, gerçeği yansıttığı inancı daha kuvvetli olacaktır.

Hâkimin belgenin içeriğinin sonradan değiştirilip değiştirilmediğini bilirkişi yardımına dahi başvurmaksızın keşif deliline başvurmak suretiyle bizzat inceleyerek tespit etmesi mümkündür. Ancak bunun için bazı yardımcı araçlar ve programlar kullanması gerekebilir. İşte yapılması gereken hâkimin bu araçları özellikle bilirkişi deliline başvurmaya ihtiyaç olmaksızın kendi bilgisiyle kullanabilmesini mümkün hale getirmektir. Eğer hâkim bir teknik araç kullanmak durumundaysa bu halde de bu teknik organizasyonun mahkeme organizasyonu içinde kurulması gereklidir. Bu halde hâkim, delilleri doğrudan inceleme ve bizzat algılama imkânına sahip olur.

Teknik kayıtların yapıldığı aygıtlar klasik keşif nesnelerinin teknik kayıtlarının üretildiği (kameralar, ses kayıt cihazları veya video kameralar gibi), teknik olarak gelişmiş yardımcılar olarak kabul edilmektedir. Belirli yardımcı araçların kullanımı bakımından tartışmalı olan konu ise şu olmuştur: Araçların kullanımı doğrudan müdahaleyi ortadan kaldırdığı için duyuşsal algıyı dolaylı hale getirme riski taşır. Bu nedenle de keşifte kullanılan yardım bakımından dikkatli olunması gerekir. Aksi halde keşif etkisizleşerek, doğrudan bilirkişi incelemesine dönüşmüş olur. Hâlbuki hâkimin bizzat yapacağı inceleme gerçeğe ulaşmada çok önemli bir ispat adımıdır.

Keşifte kullanılan teknik yardımcılar, geleneksel yardımcılardan kullanımından farklı olarak yeni nesneler yaratır. Yani teknik kayıtlar, mahkemenin bunlardan bağımsız olarak inceleyebileceği klasik keşif nesnelerinden ari olarak yeni keşif nesnelerine dönüşürler. Yalnızca klasik keşif nesnesiyle arasında bir temsil ilişkisi vardır.

Burada bir kez daha hatırlamak gerekir ki elektronik imzayla ilgili açıklamalar yapılırken belirli aralıklarla bunun gibi tanım güncellemelerinin yapılacağı ve hatta bunun kaçınılmaz olduğu bu alanda çalışma yapanların sıklıkla vurguladıkları bir tespittir. Zaman içinde ihtiyaca göre bugün kabul gören imza çeşitlerinin tamamı yeniden sınıflandırılacak ve yeni tanımlar üretilecektir. Çünkü pazar ihtiyaçları, dolaşım ve iletişim; teknolojik imkânlar el verdikçe daima en hızlı, en güvenli, en ucuz ve pratik olanı yakalama eğilimindedir. Bu eğilim kaynaklarda tıpkı coğrafi olarak en uygun yolu kendine seçerek denize doğru akmakta olan doğal bir nehir ve o nehrin kendine çizmiş olduğu nehir yatağına benzetilmektedir. Beşerî müdahaleler olmadığı sürece, su akarken çevre faktörlerinden fayda sağlayarak kendine en doğal ve en pratik yolu bulacaktır. İnsan aklı da her zaman mevcut olanın ötesini düşünmek ve makul olanı tercih etmek üzere evrimleşmiştir. Elektronik imza da günümüzde geleneksel imzanın çağa adaptasyonunu sağlayan bir buluş olarak, insan aklının ürettiği bir faydalı ürün örneğidir. Böylece, hem imzalayan hem de diğer taraf (örneğin mevzu bahis bir satım sözleşmesi ise alıcı ve satıcı ya da bir kamusal işlem ise işlem yapan ilgili ve işlemin diğer tarafı olan kurum) daha kolay ve güvenli işlem yapma imkânına sahip olmuş olur. Böyle işlemlerde birinci öncelik kolaylık olmakla birlikte, ikinci öncelik ise güvenlidir.

Son olarak, olası manipülasyon itirazı söz konusu olduğunda, şu hususun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Örneğin bir ses kaydı, tıpkı bir fotoğraf kaydının fotomontaj yoluyla manipüle edilebildiği gibi, bir sesin eklenmesi veya kesilmesi yoluyla manipüle edilebilmektedir. Özellikle geliştirilen yeni medya içeriği düzenleme uygulamaları görsel içerikli elektronik kayıtlar üzerinde gerçeğe çok yakın olacak şekilde düzenleme yapılabilmesi imkânı sunmaktadır.

Burada tarafların keşif incelemesinde hâkime yardımcı olması o belgenin gerçekliği bakımından yapılacak araştırmada önem arz eder. Örneğin bir video görüntüsü delil olarak sunulduğunda, diğer taraf bunun orijinal olmadığını ileri sürerse hâkim incelemesini öncelikle bu kaydın orijinalliği araştırmasını yaparak sürdürür. Yani tarafın itirazı bu noktada hâkimi harekete geçirir. Eğer elektronik belge içeriğine

diğer taraftan herhangi bir itiraz ya da iddia gelmezse bu halde o kaydı inceleyip incelememek gerçeklik noktasında hâkimin takdirindedir.

Bu çalışmada keşif malzemeleri olarak sınıflandırılan elektronik keşif nesneleri bakımından dikkat edilmesi gereken bir husus, bunların birbirlerinden ayırt edilmesinin her zaman çok da kolay olmamasıdır. Özellikle son iki tür keşif analog nesnesinin hem birbirinden hem de diğer keşif nesnelerinden ayırt edilmesi daha zor olduğundan bu nesneler, örneklendirilmeye çalışırken ayırt edici özelliklerini vurgulamak zor olmuştur. Ancak genel itibarıyla elektronik keşif malzemeleri denildiğinde bunların başlıcaları; görüntü, ses ve veri taşıyıcılarını da içeren belgeler, keşif malzemesinden elde edilen teknik kayıtlar, belgelerle doğrudan bağlantılı keşif inceleme nesneleri, orijinal elektronik belgeler ve elektronik belgelerin çıktıları olarak sayılmaktadır.

Ancak, belirtmek gerekir ki burada bulunan çözümler, genellikle tüm yasal sorunlarda olduğu gibi - diğer olası çözümleri yanlış olarak ortaya koyan, dışlayan ya da doğruluğunun mutlak geçerliliği iddia edilen çözümler değildir. Bu nedenle burada bulunan çözümlerin şu an için keşifle elektronik belge ilişkisi bakımından doğrudan yasal bir düzenleme bulunmamasından kaynaklanan bir hareket özgürlüğüne dayanmakta olduğu unutulmamalıdır. Bu itibarla burada önerilen çözümler çoğunluğun bakış açısıyla ve geleneksel keşif anlayışıyla farklılıklar gösterebilecektir. Böyle bir konuda pek çok farklı yaklaşımın ortaya atılması mümkün olduğundan, çoğunun ortak bir büyük paydada buluşması ve herkesin aynı neticelere varması imkânsız olacaktır. Ancak amaç, aynı değilse de en azından benzer neticelere ulaşmaktır.

Elektronik belgelerin yaygın olarak üretildiği ve dolaşımda olduğu alanlardan biri de elektronik belge yönetim sistemleridir. Bu sistemler kamu kurumları ya da özel kurumlar tarafından çoğunlukla kurum içi evrakların gönderimi, alımı, saklanması ve yönetiminin sağlandığı elektronik platformu ifade eder. Tıpkı UYAP gibi güvenli elektronik imzayla doğrudan bağlantı içindedir.

Burada elektronik belgelerin başlıca kullanım alanlarından söz ederken elektronik adli iletişim sistemlerine de ayrıca yer verilmiştir. Bu bağlamda özellikle son yıllarda pek çok ülkede yargının elektronik ortama taşınabilmesi adına çeşitli çalışmalar ve projeler yürütülmektedir. Pek çok ülke yargıda dijitalleşme çalışmaları kapsamında yasal düzenlemeler yapmakta ve UYAP benzeri modelleri ülkelerinde hayata geçirmiş ya da geçirmektedirler. Türk Hukukunda UYAP sisteminin kabul edildiği yıl düşünüldüğünde, böyle bir reformu hayata geçirmek için erken davranılmış olduğu görülmektedir. Bunun yargıda dijitalleşmenin bundan sonraki adımları bakımından bir avantaj olabileceği dile getirilmektedir. Zira yıllar içinde uygulamadan kaynaklanabilecek sorunlar görülebilmekte ve kazanılan tecrübe sonraki adımlar için yol gösterici olabilmektedir. Elektronik adli iletişim sistemleri kapsamında, örneğin ses ve görüntü bilişim sistemi ve çevrimiçi duruşma gibi elektronik yargı faaliyeti kapsamında sayılan usûl kurumlarına da bu başlık altında kısaca değinilmiştir. Bunların her biri geniş birer adli elektronik belge kaynağı olduğundan hem keşif malzemelerini barındırmaları bakımından hem de bizzat keşif işleminin gerçekleştirilebileceği elektronik ortam olmalarından dolayı ayrı bir önem taşımaktadırlar.

Buna göre, bu çalışmanın sonucunda sunulmak istenen öneriler; bir kısmı çalışmanın çeşitli bölümlerinde dile getirilen bazı çıkarımların tekrarı olmak üzere özetle şu şekildedir: Hukuk Muhakemeleri Kanununa «Elektronik belgelerin keşif yoluyla incelenmesi» adıyla yeni bir kanun maddesi ve yeni bir delil çeşidi düzenlenmesi zaman içinde daha da belirgin hale gelecek hâkimin elektronik ortamda veri inceleme ihtiyacını karşılayacak bir öneri olarak görülmektedir. Böylece hukukun teknolojiyle aynı çember içinde kalabilmesi sağlanabilir. Bu öneride dikkat edilmesi gereken, mevcut keşif anlayışını koruyarak, onun temelleri üzerinden bir düzenleme yapılmasıdır. Burada yeni bir delil çeşidinden kasıt, klasik keşif anlayışının elektronik ortama taşınmış modern bir versiyonunun oluşturulması gibidir. Örneğin, nasıl ki belge geniş bir kavram olup, senet bunun içinde farklı ve özel bir sınıf oluşturmaktaysa ve kendine özgü bir ispat değerine sahipse; buna benzer şekilde klasik keşif uygulamaları ve elektronik keşif uygulamaları birbirinden ayrılabilir.

Elektronik ortam keşfinde, keşif tutanağı, keşfin yeri ve keşifte hazır bulunabilecek kişiler bakımından geleneksel keşif anlayışına göre farklılıklar vardır. Bu nedenle bu keşif türünde tüm bu işlemlerin kendi karakterine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekir. Elektronik ortamda gerçekleştirilen her türlü işlemde pratik ve hızlı olma gayesi ön plandadır. Keşif prosedürü bakımından bu anlayışın, eğer elektronik ortamda keşif bakımından bir düzenleme yapılacaksa mutlaka göz önünde bulundurulması gerekir. Aksi halde, geleneksel keşif faaliyetinden ayrı bir düzenleme yapmanın beklenen faydası gerçekleşmez.

Burada ikinci önemli öneri ve tespit, bilişim destek birimlerinin kurulması düşüncesidir. Mahkemeler teşkilatı bünyesinde yer alacak bilişim destek birimleri ve hâkimlerin elektronik belgelere doğrudan erişimini sağlayan uygulamalar oluşturulmalıdır. Elektronik veri üzerinde keşif incelemesi gerektiğinde, örneğin bir elektronik belge mahkemeye ibraz edildiğinde, bunun keşfi için belgenin çıktısının alınması yerine, keşfin fiziki ortamdan elektronik ortama taşınması daha sağlıklı bir incelemeye imkân verecektir. Ayrıca bir öneri: Bağımsız bir kurum olarak “adli bilişim enstitüsü” kurulmasıdır. Böyle bir enstitü bilişim alanında hem akademik hem adli hizmet sunabilir. Hukuk ve ceza yargısında bilişim ve elektronik keşif ihtiyacında adli makamlara destek verebilir. Hatta nitelikli bir organizasyon kurulması mümkün olabilirse, “adli bilişimin ihraç edilmesi” dahi söz konusu olabilir. Dünya genelinde yazılım bilen ya da genel anlamda bilişim teknolojileri hakkında bilgi sahibi olan hukukçulara ciddi bir ihtiyaç duyulduğu görülmektedir.

Hâkimlerin ve yargı mensuplarının eğitilmesinin önemi, bu çalışmanın ulaştığı önemli sonuçlardan biri olmuştur. Hâkim ve savcı adayları halihazırda bir meslek içi eğitimden geçmekte ve Adalet Akademisinde eğitim görmektedirler. Bu eğitime ilave olarak, gelişen alanlar dikkate alınarak özellikle bilişim ve teknoloji hukuku alanında ayrıca eğitim almaları son derece faydalı olacaktır. Böyle bir eğitim programının en kısa sürede hakimlerin temel meslek öğrenimlerine dahil edilmesi gereklidir. Benzer şekilde hukuk fakültelerinde de bilişim ve teknoloji hukuku eğitimine daha fazla ağırlık verilmelidir.

Elektronik belgeler üzerinde keşfe ilişkin özel bir kanun maddesi ve usûl belirlenmelidir. Bunun için de son bölümde ele alınan elektronik keşif kavramından; rekabet hukuku uygulamalarından ve ceza muhakemesinde halihazırda uygulanmakta olan elektronik keşif uygulamalarından faydalanılması mümkündür. Bunların hukuk yargılamasının özüne ve temel ilkelerine uyarlanarak ispat faaliyetine katkı sağlayacak şekilde dahil edilmesi imkân dahilinde görünmektedir.

Türk hukukunda müstakil bir e-belge kanunu bulunmamaktadır. Müstakil bir kanun olmadıgından belgenin tanımı ve kapsamı değişebilmektedir. Bu değişim çoğunlukla genişleme şeklinde olmaktadır. Bu nedenle, en azından standartların belirlenebilmesi açısından genel bir e-belge kanunu hazırlanmalı ve bu kanunda elektronik belgelerin hem sınıflandırılması, saklanması ve oluşturulması hem de resmi makamlarca incelenmesi standart oluşturacak şekilde düzenlenmelidir.

Son bölümde ele alınan keşfe katlanma yükümlülüğünün genel itibariyle tartışılan bir kurum olduğunu öncelikle tespit etmek gerekir. İsviçre ve Türk medenî usûl hukukundaki belgelerin ibrazı ve keşfe katlanma zorunluluğu bakımından bir paralellik olduğu sonucuna varmak yanlış olmayacaktır. Bu paralelliği tespit ederken Alman hukukuyla yapılan kıyaslamalarla, Alman medenî usûl hukukundaki anlayışın İsviçre ve Türk hukukundakinden farklı olduğu tespitini de eklemek gerekir. Zira deliller ve ispat konularını odağına alan çalışmalara bakıldığında, genellikle her üç ülke hukukunun karşılaştırılmasıyla bir sonuca varılmaya çalışıldığı gözlemlenecektir. Bu bir tesadüf değildir. Her üç hukuk sistemi de birbirine benzer özellikler taşımakta ve kabul ettikleri bazı farklı uygulamalar nedeniyle de birbirinden ayrılmaktadır. Ancak bu farklı uygulamalar ve kurallar, genel olarak medenî usûl hukuku sistemlerinin birbirine benzer ve yakın olduğu gerçeğini değiştirmez. Mevcut bir kuraldan ötürü yaşanan bir tartışmada ya da uygulama sorununda, bir diğerine bakarak ve karşılaştırma yaparak bir öneriye veya bir çözüme ulaşmak mümkündür. O nedenle özellikle bu üç ülkenin medenî usûl hukuku alanındaki monografilerde sıkça karşılaştırıldığı görülmektedir.

Yapay zekâ bir derin öğrenme ya da makine öğrenmesiyle çalışan ve neticede insanın kendisine öğrettiği kadarını bilebilen bir teknolojiyi ifade etmektedir. Bu nedenle yapay zekânın, bir hâkimin tam anlamıyla yerini almasından söz edilmemelidir. Zira yapay zekânın duyuşsal algısı olmadığından, vakıalara ve delil araçlarına bir hâkim gibi vakıf olması beklenemez. Bu nedenle yargılama hukukunda önemli bir kavram olan hâkimin takdir yetkisi yapay zekanın dahil olduğu sistemlerde eksik kalacaktır.

Ancak yine de yapay zekâ araçlarının hâkimlere yardımcı olarak kullanılabileceği pek çok alan olabilir. Özellikle hâkimin elektronik veri üzerinde keşif gerçekleştirmesi gereken hallerde, doğrudan yapay zekâ temelli keşif yardımcısından destek alabileceği bir sistem kurulması mümkündür. Bu sistem UYAP portalı üzerinden hâkimin erişimine açılmalı ve elektronik belgeleri analiz etmede, gerçeklik ve orijinallik tespitinde veya içeriğin algılanmasında hâkime destek verebilmelidir. Ayrıca bu yardım yalnız keşifle sınırlı düşünülmemeli, her türlü elektronik işlemde hâkime yardımcı olarak tanımlanabilmelidir. Bu nedenle, yargılama faaliyetinde rol alabilecek yapay zekâ araçlarını genel manada “hâkim yardımcısı” olarak adlandırmanın isabetli olacağı düşünülmektedir.

Bu hususta esnek bir yaklaşım benimsenmesi halinde, bu yaklaşımın bir sonucu olarak, her mahkemenin böyle bir donanımla donatılmış olması bir zorunluluk değildir. Buna göre, her adliyede bir teknik görüntüleme merkezi bulunması ve bu merkezin o adliyedeki tüm mahkemelere hizmet dağıtması mümkündür. Böylece teknik imkânsızlıkların, elektronik belgenin incelenmesine engel olmasının önüne geçilmiş olacaktır. Bir diğer olumlu yön ise uygulamada yeknesaklık sağlamak için tek bir merkezin bulunmasının faydalı olacağıdır. Burada bir başka olumlu özellik olarak, mahkemelerin ve özellikle hâkimlerin bilişim alanında çıkmaza girmeksizin, teknik kayıtları inceleyen merkezden destek almak suretiyle bir yükten de kurtulmuş olacağı gösterilmektedir.

Özellikle günlük ve ticari hayatta elektronikleşmenin artması, ispat faaliyetlerinin de elektronik ortama taşınması sonucunu doğurduğundan, hâkimin

algısını ispat araçlarıyla en iyi şekilde buluşturan keşif delilini elektronik malzemeleri de kapsayacak kadar geniş yorumlamak gerekir. Yapılması gereken keşif kurallarını bu malzemelere şu an mevcut yasal düzenlemeler dahilinde uygulamaktır. Ancak olması gereken hukuk bakımından, elektronik verilerin incelenmesi için, “hukuk yargılamasında elektronik keşif” adıyla özel bir düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Hatırlanacağı gibi keşfin bir bilgi aracı olarak da kullanılabileceği kabul edilmektedir. Özellikle bir durumun veya bir nesnenin incelenmesi gerektiğinde, keşfin sağladığı bilgiye ulaşma araçları genellikle daha kapsayıcıdır. Bu nedenle, keşfin örneğin bir belge incelemesinden her zaman daha iyi bir resim sunduğu ifade edilmektedir. İşte bu düşünce, keşif malzemelerini mümkün olduğunca geniş yorumlayarak, bu malzemelere keşif hükümlerinin doğrudan uygulanabilir olmasını destekler niteliktedir.

Burada özetle, Alman hukukunda FormVAnpG öncesindeki yeni keşif nesnelerinde olduğu gibi, keşif düzenlemelerine bir benzerlik düşünülebileceği savunulmaktadır. Ancak karşılaştırma yoluyla bir çözüm bulmanın yanı sıra, burada kanunda planlanmamış bir boşluğun da bulunduğu söz edilir. Yani buradaki düşünce, şimdiye kadar ele alınan elektronik belge çeşitlerinden öngörülmeyenler varsa, bunların düzenlenmemiş olmasının bir kanun boşluğu olarak kabul edilmesi, böylece keşifle ilgili hükümlerin kıyas yoluyla bu elektronik belge çeşitlerine uygulanmasıdır. İşte bu nedenle bu çeşit elektronik belgelere analog keşif objeleri denilmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanununda da elektronik belgelerin nasıl inceleneceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Son yıllarda verilen mahkeme kararlarında dayanan delillerin büyük bir çoğunluğunun elektronik belgeler olduğu düşünüldüğünde zaman içinde kanunun delil sisteminin bu belgeleri gereği gibi incelemekte yetersiz kalması muhtemeldir. Bu nedenle şimdiden mevcut belge çeşitleri ve elektronikleşme beklentisiyle ileriye dönük bir öneri oluşturmak faydalı olabilir. En azından örnekler üzerinden yapılan tartışmaları fikir olması açısından dikkate almak gerekir.

Yakın zamanda şimdiye kadar sınıflandırılmamış ve kullanımı hızlıca yaygınlaşan elektronik belge çeşitleriyle karşılaşılması ihtimali yüksektir. İşte böyle bir ihtimalde, henüz mevzuatta yeri bulunmayan fakat uygulamada özellikle hukuki uyumsuzluklara konu edilecek şekilde kullanılmaya başlanan farklı bir veri türüyle karşılaşıldığında, bunları analog keşif malzemeleri olarak kabul etmek, keşfin konusu olmalarına imkân verir. Böylece, bu malzemeleri hâkimin bizzat incelemesini sağlamak mümkün olabilecektir.

İşte elektronik belgeler üzerinde keşif bakımından hem HMK m. 218 hükmü hem de genel olarak keşif hükümleri kapsamında, mahkeme salonu dışında keşif ya da belge incelemesi söz konusu olduğunda, belgenin yerini tam olarak tespit etmek her zaman mümkün değildir. Bu nedenle elektronik belgeler için özel olarak yeni teknolojilerin de dikkate alındığı elektronik belge üzerinde keşif düzenlemesi getirilmesi en uygun çözüm olarak görünmektedir. Bu düzenlemeyle keşfin yeri bakımından da elektronik belgenin ruhuna uygun kurallar getirilebilir. Böylece mahkeme salonu dışında keşifle ilgili elektronik belgenin karakterine uygun bir çözüm bulmak mümkün olur.

Neticede elektronik belgelerin genel itibarıyla hem fiziksel varlığının yani cismani varlığının şüpheli olması hem de coğrafi olarak düzenleme yerinin klasik belgeler gibi kolay tespit edilememesi, keşfin yeri tartışmaları bakımından elektronik belgelerin kendine has bir değerlendirmeye tabi tutulmasını zorunlu kılmaktadır.

Eğer elektronik belgeler üzerinde keşif yaygınlaşırsa istinabe yoluyla keşif ihtiyacının azalabileceğini söylemek mümkündür. Tele-keşif uygulamalarının yeknesak hale getirilmesi de aynı şekilde istinabe suretiyle keşif yoluna gidilmesi ihtiyacını azaltabilecektir. İstinabe suretiyle keşif daha ziyade geleneksel keşif malzemeleri için kullanılan bir yöntem olarak uygulanmaya devam edilebilecektir. Ancak elektronik belgeler ve elektronik ortam keşifleri bakımından keşif konusunun

coğrafi konumu her zaman önemli olmadığından, istinabeye başvurma gereği duyulmayabilir.

Burada önem arz eden bir diğer husus şudur: Klasik keşif anlayışında keşif incelemesinin, keşif konusu taşınmaz ya da taşınır eşya her neredeyse onun bulunduğu yere gidilerek yapılması esastır. Ancak, elektronik veriler üzerinde keşif gerçekleştirilirken, elektronik verilerin vatansızlığı nedeniyle, bulundukları yere gidilmek suretiyle inceleme yapılması her zaman mümkün değildir. Bir diğer elektronik veri üzerinde keşif malzemesi türü olan, klasik keşif malzemelerinden elde edilen teknik kayıtlar üzerinde keşifte de durum benzerdir. Burada aradaki fark şudur: Normal şartlarda, klasik bir keşif malzemesinin, örneğin bir taşınmazın bulunduğu yere gidilerek mahallinde incelenmesi esastır. Fakat tele-keşif yöntemiyle bu incelemenin, elektronik veri aktarımı suretiyle o mahale hiç gitmeden yapılması imkânı sözkonusudur. Bu hal, çoğu zaman bir kolaylıkken bazen bir zorunluluktan da ileri gelebilir. Sonuç olarak klasik bir keşif malzemesinin teknik aktarımı yoluyla da keşif incelemesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir.

Ayrıca, tele-keşif durumunda klasik keşif nesnesi, görüntü aktarımı açısından iki boyutlu algılanır. Bir video kaydının (keşif ikame nesnesi olarak) mahkeme tarafından keşif yoluyla incelenmesi durumunda olduğu gibi, iki boyutlu olmanın algıda yaratabileceği dezavantajlar göz ardı edilmemelidir. Örneğin ses ve görüntü nakli yoluyla tanık dinlenmesinde olduğu gibi, manipülasyon riskinin söz konusu olduğu da unutulmamalıdır. Hâkim iki boyutlu görmenin ya da yalnızca duymanın yaratabileceği algı kaybının bilincinde olmalıdır.

Bu gibi hallerde, mahkemenin, keşfe özel olarak organize edilmiş cihazların yardımıyla, gerektiğinde yakınlaştırma, görüş açısını değiştirme ve benzeri fonksiyonları kullanarak daha iyi görüş elde etmesi mümkündür. Ayrıca, tele-keşif incelemesi, bir çeşit canlı iletim sağlayacağı için hâkimin anlık olarak görüntüdeki aktörleri yönlendirme imkânı da bulunabilir. Bu da aslında interaktif olmayan bir keşif ikame nesnesi incelemesinden daha avantajlı inceleme sağlar.

Sonuç olarak, delillerin doğrudanlığı ilkesi, tele-keşif kurumunun kabul edilmesiyle çelişmez. Her şeyden önce, davanın esasına bakan mahkeme tele-keşif muayenesini kendisi yapmaktadır. Bu nedenle, delillerin toplanması şekli doğrudanlığı ilkesi ihlal edilmemektedir. Aynı şekilde delillerin toplanmasında maddi doğrudanlık bakımından da ihlal olmadığı ifade edilmektedir. Bunun yanında aleniyet ilkesi ve taraf aleniyetinin de bundan olumsuz etkilenmediği, etkilense dahi bunun katlanılamayacak boyutlarda olmadığı ifade edilmektedir.

Keşfe katlanma zorunluluğunu yerine getiren tarafın, yardım yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilir. Hatta bu yardım ve aydınlatma yükünün artık yüksek seslerle dile getirilir olmasının bir sonucu olarak, “*nemo tenetur contra se edere*” ilkesinin, yani kimsenin kendi aleyhine olan delilleri getirmeye zorlanamamasının sınır çizgilerinin aşınmakta olduğu görülmektedir. Bu görünüm, en fazla dijitalleşmenin bilgiye erişimde getirdiği sonsuz hız ve sınırsız bilgi akışıyla sınanmaktadır. Bir kişisel elektronik ortama keşif yoluyla girilmesi, o kişinin lehine ya da aleyhine pek çok verinin saniyeler içinde görüntülenmesine yol açar. Bu halde o taraf esasında davadaki ispatsızlık riskini ortadan kaldırmak adına, özellikle elektronik veri keşfinde kendi aleyhine de olsa bir adım atmış olmaktadır. Bu nedenle, taraflar arasındaki dengeyi korumak için, keşfe katlanan tarafın zarar görmek pahasına katlandığı bu yükümlülüğünün bir mükâfatı olması gerektiği ifade edilmiştir. Buna göre, bir taraf keşfe katlanırken, diğer taraf bu katlanmadan yarar sağlamaktadır. İşte bu nedenle, burada keşfe katlanmayan fakat keşif incelemesi neticesinde ayrıntılı açıklamalardan kendi vakıasını besleyen tarafa bir yaptırım uygulanıp uygulanmayacağı tartışılmıştır.

Bu çalışmada varılan bir sonuç şudur: Mahkemenin yargı çevresi, bulunduğu yer ve görevine giren işlerin ne olduğu fark etmeksizin, önünde gelen uyuşmazlıkta her mahkeme, Kanuna göre yargılamada takip etmesi gereken yargılama usûlüne bağlı olarak, delillerin değerlendirilmesi aşamasında aynı yöntemlerle aynı sonuca ulaşabiliyor olmalıdır. Yargılamanın aşamaları hukuk güvenliğine hizmet eden şekli kurallarla oluşur. Yargılama safhalarının yardımıyla usûli olarak bir yol çizilmiştir ve

bu yol yargılamada öngörülebilirliği sağlayarak hukuk güvenliğine hizmet etmektedir. Yargılamanın aşamaları içinde ise delillerin değerlendirilmesi aşaması olan tahkikat, adeta yargılamanın kalbi olarak nitelendirilmektedir.

Neticede klasik keşif nesnelerinin teknik transferleri, keşif ikamesi denilen keşif malzemelerinin dışında kalmaktadır. Çünkü biri diğerinin yerine geçebilecek yeni bir nesne yaratılmamıştır. Böylece, klasik keşif nesnelerinin teknik olarak iletilmesi durumunda, daha ziyade tele-keşif olarak adlandırılan ve daha önce keşif yardımcıları bahsinde adı geçen yeni bir keşif türü ortaya çıkmaktadır. Bu türün varlığı bu bölümde, ses ve görüntü nakli yoluyla keşif tartışmaları etrafında pekişmektedir. Burada klasik bir keşif nesnesi maddi bir yardım vasıtasıyla görüntülenmekte ve bu sayede keşif nesnesi dava malzemesi olarak dava dosyasına ve hâkimin algısına böylesi kendine has bir yöntemle dahil edilmektedir.

Son olarak, bir insanın duyduklarının hiçbirine inanmayıp, gördüklerinin ise ancak yarısına inanması gerektiğine dair bir söyleyiş vardır. Bu ifade bir vakıanın oluş şekline bizzat tanık olunması halinde dahi o gerçeğin olduğu gibi algılanamaması riskini gözler önüne seren bir tespittir. Maddi gerçeğe ve olayların oluş şekline böylesine şüpheyile yaklaşılması bir tesadüf değildir. Çünkü bir bilgi ilk kaynağından başka bir aracıya aktarılırken bilginin gerçekliğiyle ulaşacağı yer arasında zaman, yer ve kişi bakımından kaç birim mesafe varsa, o bilginin kendi gerçeğiyle arasındaki mesafe de o ölçüde açılmaktadır. Bu nedenle gerçeğe ulaşma arzusunu yerine getirebilmek için aslolan o gerçeğe mümkün olan en sade, en dolaysız ve aracısız şekilde ulaşılmasıdır. Tüm bu açıklamalar ışığında, keşif delili hâkimin gerçeğe ulaşmasında sahip olduğu en etkili araç olduğundan, mümkün olduğunca doğrudan yerine getirilmeli ve daha etkin kullanılmalıdır. Keşif malzemelerinin geniş yorumlanması da keşif delilinin yargılamada daha etkin kullanılmasının yollarından biridir. Keşif deliliyle hâkim, duyduklarından daha çok gördükleriyle kanaat oluşturma imkanına sahip olur. Bu nedenle keşif malzemelerinin geniş yorumlanması, yargılamaya katkı sağlar. Burada son olarak dikkat edilmesi gereken, keşifte kullanılan araçlar bakımından seçici olunması, keşifte başvuru yardımı olan öznel varlığının hâkimin algısının önüne geçmemesine dikkat edilmesidir.

KAYNAKÇA

- Acabey, Mehmet Beşir; Soybağı, İzmir, 2002.
- Acar, Ayşe Ece; Medenî Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2013.
- Acar, Sami/Gürsoy, Hülya; “Türkiye Mahkemelerinde Sesli Görüntülü Kayıt ve Video Konferans Sistemi Uygulamasına Geçiş: Ceza Mahkemeleri Örneği”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt 2012/4, s. 111- 137.
- Ackermann, T.; Gerichtlichen Augenschein im Zivilprozess, München, 1877.
- Açan, İbrahim; “Delil”, ABD, 1975/4, s. 478-485.
- Adloff, Daniel; Vorlagepflichten und Beweisvereitelung im Deutschen und Französischen Zivilprozess, Mohr Siebeck, 2007.
- Adolphsen, J.; Zivilprozessrecht, 2.A., Nomos, 2009.
- Affolter-Fringeli/ Vogel; Berner Kommentar, Bern, 2016.

Agnieszka; Janczuk-Gorywoda, “Public-Private Hybrid Governance for Electronic Payments in the European Union”, German Law Journal, Vol. 13, No. 12, 2012, s. 1438-1458.

Ahrens, Hans-Jürgen; “Elektronische Dokumente und technische Aufzeichnungen als Beweismittel”. Zum Urkunden und Augenscheinsbeweis der ZPO. Festschrift für Reinhold Geimer zum 65. Geburtstag, München, 2002, s. 1-14.

Ahrens, Hans-Jürgen; Der Beweis im Zivilprozess, Köln, 2015.

Akbal, Erhan/

Doğan, Şengül/

Baloğlu, İbrahim; “Android İşletim Sisteminde Whatsapp Uygulamasının Adli Bilişim Açısından İncelenmesi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi 11 / 2 (Nisan 2018), s. 147-156. <https://doi.org/10.176cx71/gazibtd.339802>.

Akbulut, Olgun; “Adil Yargılanma Hakkı (AHİS m. 6)”, GSÜHFD (Prof. Dr. Kemal Oğuzman’a Armağan), 2002/1, s. 175-207.

Akcan, Recep; “Medenî Usûl Hukuku Açısından Faks Metinlerinin Önemi ve Hukuki Niteliği”, SDÜHFD 2001, C. 9, S. 1-2, s. 159 vd.

- Akcan, Recep; Usûl Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara, 1999.
- Akil, Cenk; “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD, Yıl 2008, C. LVII, S. 3, s. 1-32.
- Akil, Cenk; “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, AÜHFD, Yıl 2009, C. LVIII, S. 1, s. 1-62.
- Akil, Cenk; “Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hâkimin Bilirkişi Raporuyla Bağlı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E.2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili”, AÜHFD, Yıl 2011, C. LX, S. 3, s. 693-731.
- Akil, Cenk; İstinaf Kavramı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2011.
- Akkan, Çiğdem; Rekabet Hukukunda Rakipler Arası Bilgi Değişimi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Akkan, Mine; “Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmza”, Eskişehir Barosu Dergisi, Haziran 2006, S.10, s. 31-40.

- Akkaya, Tolga; Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Hasredilmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir, 2003.
- Akkaya, Tolga; Medenî Usûl Hukukunda İstinaf, Ankara, 2009.
- Akkurt, Sinan Sami; “Elektronik Ortamda Hizmet Sunumu ve Buna İlişkin Sözleşmelerin Hukuki Özellikleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 60, Sayı 1, Mart 2011, s. 19-46.
- Aksu, Mustafa, Yapay Zeka ve Hukuk – Teknik ve Hukuki Çerçeve-, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2023.
- Aksoy Dursun, Sanem; “Soybağının Belirlenmesi Bakımından MK m. 284 ve HMK m. 292’nin Değerlendirilmesi”, Kazancı HD, Yıl Temmuz Ağustos 2012, S. 95-96, s. 109- 124.
- Aktepe Artık, Sezin; Medenî Usûl Hukukunda Adil Yargılanma Hakkı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.
- Akyılmaz, Bahtiyar; İdari Usûl İlkeleri Işığında İdari İşlemin Yapılış Usûlü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2000.
- Akyol Aslan, Leyla; Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti, Ankara, 2011.

Alangoya, Yavuz;

“Yargılamanın Sevkindeki Prensipler ve Bu Açıdan 1711 SA. K. ile Değiştirilen 409. madde Hakkında Düşünceler”, HUMK’nu Değiştiren 1711 sayılı Kanun ve Noterlik Kanunu Hakkında Sempozyum, İstanbul, 1976, s. 85-118.

Alangoya, Yavuz;

Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul, 1979.

Alangoya, Yavuz;

“Anayasanın Medenî Usûl Hukukuna Etkisi”, MHB, 1981/2, S. 3-4, s. 3-4.

Alangoya, Yavuz;

“Senede Karşı Senetle İspat Kuralı ve Hayatın Olağan Akışı Kavramı”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, Ankara, 2004, s. 521-531.

Alangoya, Yavuz;

“Dava Temeli, Hâkimin Dava Malzemesinin Toplanmasındaki Rolü ve Bu Konudaki Gelişmeler Hakkında”, Kazancı Hukuk Dergisi, Mayıs 2005, S. 8, s. 83-113.

Alangoya, Yavuz;

“Medenî Usûlün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi (Medenî Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 8-9 Eylül 2006), s. 33-54.

Alangoya, Yavuz/

Yıldırım, Kamil/

Deren Yıldırım, Nevhis;

Medenî Usûl Hukuku Esasları, Sekizinci Bası, Beta Yayınları, İstanbul, 2011.

Albayrak, Hakan;

“Elektronik Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi”, (online), (hakanalbayrak.blogspot.com), E.T. 03.02.2019.

Albayrak, Hakan;

Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Albayrak, Zeynep;

Medenî Yargıda İnsan Bedeni Üzerinde İnceleme”, TAAD, Yıl 9, Sayı 33, Ocak 2018, s. 721-751.

Albayrak Açı, Zeynep;

Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Adalet Yayınevi, Ankara, 2019.

Alır, Gülten;

E-Türkiye Uygulamaları: Elektronik Belge Yönetimi ve Üst Veri, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Bilgi ve Belge Yönetimi Anabilim Dalı, 2008.

Altay, Sıtkı Anlam;

“Ticari Defterlerin İspat Gücüne Özgü Hukuki Sorunlar”, Yeni Türk Ticaret Kanunu’nun Ticari İşletme Hukuku Alanında Getirdiği Yenilikler

Sempozyumu, İstanbul 25-26 Kasım 2011, s. 100-109.

Altın, Esin; “Türkiye’de Elektronik İmza ve Elektronik Devlet Uygulamaları: Elektronik Belge Yönetimi Açısından Bir Değerlendirme Denemesi”, Türk Kütüphaneciliği, Sayı 22 (3), 2008, s. 279-295.

Anders, A./ Gehle, A./ Bader, y A.; Handbuch für den Zivilprozess, Werner-Verlag, 1992.

Ansary, Sabri Şakir; “İslah”, Adliye Ceridesi, 1936, s. 1838-1847.

Ansary, Sabri Şakir; “Yemin”, Adliye Ceridesi, 1940, s. 255-294.

Ansary, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usûlleri, Yedinci Baskı, Ankara, 1960.

Apaydın, Bahadır; “1298/1879 Tarihli Usûl-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu”, Kazancı Hukuk, İşletme, Maliye ve Bilim Dergisi, 2005/8, s. 114-131.

Aras, Aslı; Çekişmesiz Yargıda Yargılama Usûlü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Aras, Bahattin; “Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısının Getirdiği

Düzenlemeler”, Legal Hukuk Dergisi, Mayıs 2008, s. 1613-1652.

Aras, Bahattin;

Hukuk ve Ceza Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Arens, Peter;

“Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozeß”, ZZZ 96 (1983), S. 1-24.

Arens, A./ Lücke, A.;

Zivilprozessrecht, München 1992.

Armgarth, Matthias/

Spalko, Adrian;

“Der Anscheinsbeweis gemäß § 371a Abs. 1 S. 2 ZPO vor dem Hintergrund der bestehenden Sicherheitslücken bei digitalen Signaturen”, Kommunikation und Recht Zeitschrift, 2007, Heft 1, 26-32.

Arslan, Aziz Serkan;

Doğrudanlık İlkesi”, SDÜ Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı, s.133-144.

Arslan, Aziz Serkan;

Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Toplanması ve Doğrudanlık İlkesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Arslan, Ramazan;

“Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın Etkisi”, YD, Ocak-Ekim 1989, s. 156-183.

- Arslan, Ramazan; “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000.
- Arslan, Ramazan; “Dava ve Cevap Dilekçelerinin Hazırlanması ve Ön İnceleme”, Bankacılar Dergisi, Mart 2012, S. 80, s. 67-81.
- Arslan, Ramazan; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, Ocak 2013, s. 67-71.
- Arslan, Ramazan; “Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği”, ABD, Aralık 1988, S. 5-6, s. 722-737.
- Arslan, Ramazan; Medenî Usûl Hukukunda Dürüstlük Kuralı, Ankara, 1989.
- Arslandoğan, Birce; Medenî Yargılama Hukukunda Delil Tespiti, On İki Levha Yayıncılık, İkinci Baskı, İstanbul, 2020.
- Aslan, Çetin; “Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi”, CHKD, Cilt 3, Sayı 2, 2015, s. 253-266.
- Aslan, Kudret; Medenî Usûl Hukukunda Davanın Geri Alınması, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.

- Aşçıoğlu, Çetin; Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesi ve Kanayan Yara Bilirkişilik, Ankara, 2010.
- Aşık, İbrahim; “Alman Hukukunda Dolaylı Aleniyete İlişkin Gelişmeler ve Düşünceler”, MİHDER, C.13, S. 38, 2017/3, s. 686-719.
- Aşık, İbrahim; Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Aşık, İbrahim; Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2019.
- Atalay, Oğuz; “Delil Kavramı Üzerine”, Haluk Konuralp’e Armağan, C.1, S. 129, Ankara, 2009, s. 133 vd.
- Atalay, Oğuz; “Emare İspatı”, Manisa Barosu Dergisi, 1999, S.3, s. 3 vd.
- Atalay, Oğuz; “Hukuk Yargılamasında Bilirkişilik Uygulamasına İlişkin Bazı Sorunlar, BD, Ocak 1995, s. 133-142.
- Atalay, Oğuz; Menfi Vakıaların İspatı, İzmir, 2001.
- Atalay, Oğuz; Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, On Beşinci Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Atalay, Özcan; “Hakem-Bilirkişi Kavramı”, ABD, 1976/5, s. 870-874.

Atalı, Murat/

Ermenek, İbrahim/

Erdoğan, Ersin;

Medenî Usûl Hukuku, Beşinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Atalı, Murat;

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ve Hukuki Konularda Bilirkişilik, Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi, 65 (4) 2016: 3271-3282.

Atalı, Murat;

“Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Vakıalar Hakkında Dava Dışında Edindiği (Şahsi) Bilgisini Kullanması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara, 2009, s. 139-161.

Atalı, Murat;

Medenî Usûl Hukukunda Aleyhe Bozma Yasağı, İstanbul, Yetkin Yayınları, 2014.

Ataman Figanmeşe, İnci;

“Hukuki ve Ticari Konularda Yabancı Ülkelerde Delil Sağlanması Hakkında 1970 Tarihli Lahey Sözleşmesi”, MHB 1-2/2003, Gülören Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2004, s. 19 vd.

Ateş, Mustafa;

“Güncel Yargıtay Kararları Işığında HMK Uygulaması”, Medenî Usûl ve İcra İflas

Hukukçuları Toplantısı XI, Gaziantep, 2013, s. 356 vd.

Ateş, Mustafa; HMK Yargıtay İlke Kararları (2 Cilt), Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Aydemir Toprak, İpek Betül; Anahtar Teslim İnşaat Sözleşmesi, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

Bacher, Klaus; “Eingang von E-Mail-Sendungen bei Gericht”, MDR, 12/2002, s. 60 vd.

Bacher, Klaus, “Xjustiz – Elektronischer Datenaustausch zwischen Gerichten und Verfahrensbeteiligten”, JurPC, Web-Dok., 160/2003.

Bacher, Klaus; “Der Elektronische Rechtsverkehr im Zivilprozess, NJW 2015, s. 2753-2758.

Bachman, Gregor; “Allgemeines Prozessrecht- Eine kritische Untersuchung am Beispiel von Videovernehmung und Unmittelbarkeitgrundsatz”, ZZP. 118, 2005, s. 133-159.

Bağdatlı, S.; Hukuk Sözlüğü, İstanbul, 2002.

Baloğlu, İbrahim; “Android İşletim Sisteminde Whatsapp Uygulamasının Adli Bilişim Açısından

İncelenmesi”, Bilişim Teknolojileri Dergisi 11 / 2 (Nisan 2018), s. 147-156.
<https://doi.org/10.17671/gazibtd.339802>.

Baltzer, Johannes; “Elektronische Datenverarbeitung in der kaufmanischen Buchführung und Prozessrecht”, Gedachtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, s. 73-91.

Balzer, Christian; Beweisaufnahme und Beweiswürdigung im Zivilprozess, 3.A, Berlin, 2011.

Barlas, Nami; Türk Hukuk Sisteminde Banka Teminat Mektupları, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1987.

Basler, Christopf/

Meßerschmidt,

Klaus;

“Zumutbarkeit von Beweiserhebungen und Wohnungsbetroffenheit im Zivilprozess”, NJW 2014, s. 3329-3334.

Başözen, Ahmet;

Medenî Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Baumbach, Adolf/

Lauterbach, Wolfgang/

Albers, Jan/

Hartmann, Peter;

Zivilprozessordnung, 75. Auflage, München

2017.

- Baygın, Cem; Türk Hukukuna Göre İstisna Sözleşmesinde Ücret ve Tabi Olduğu Hükümler, 1999.
- Bayraktaroğlu, Suzan; Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 1997.
- Bayram, Aziz Erman; Güncel Gelişmeler Işığında Elektronik Sözleşmelerin Kurulması”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt 28, Sayı 119, Temmuz 2015, s. 331-366.
- Baytemür Köksal, Deniz; “Kripto Varlık Piyasalarına İlişkin AB Tüzük Teklifi”, Bilişim ve Teknoloji Yıllığı 2022, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 326-350.
- Bayter, Mustafa; Web Sitelerinin Kimliklenmesi: Üst veri (Metadata), Hiperlink Yayınları, İstanbul, 2009, s. 22 vd.
- Becht, Ernst; “Der Beweis der Echtheit einer Urkunde im Urkundenprozeß”, NJW, 1991, s. 1993-1996.
- Becht, Ernst; Einführung in die Praxis des Zivilprozesses, 2.A., München 2002.

- Becker, Arnd; Elektronische Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, Peter Lang, 2004.
- Becker, Maritz; “Die Pflicht zur Urkundenvorlage nach 142 Abs. 1 ZPO und das Weigerungsrecht der Parteien”, MDR 2008, s. 1309-1315.
- Belgesay, Mustafa Reşit; “Tatil Günlerinde Keşif, Hâkim Olmayan Bir Kimse Keşif İçin İstinabe Edilebilir mi?”, İBD, 1950/6, s. 305-309.
- Belgesay, Mustafa Reşit; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu (Rasyonel Tefsiri, Gerekli Tadilleri, Bir Proje), İstanbul, İstanbul Matbaacılık, 1947.
- Belgesay, Mustafa Reşit; Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt II, Duygu Matbaası, İstanbul, 1939.
- Belgesay, Mustafa Reşit; Hukuk ve Ceza Muhakemesinde Deliller, İstanbul, Güven Basımevi, 1940.
- Belgesay, Mustafa Reşit; İsbat Teorisi, İstanbul, 1950.
- Belgesay, Mustafa Reşit; Kanuni ve Takdiri Deliller ve Temyiz Mahkemesinin Delilleri Tetkiki, İstanbul, 1938.
- Belgin, Derya; “Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değeri”, Hukuk Gündemi II, s. 37-54, (ankarabarusu.org.tr).

- Bellamy, C./Child, G.; Common Market Law of Competition, 3rd edition, London, 1987, s. 389- 390.
- Berger, Christian; “Beweisführung mit Elektronischen Dokumenten”, NJW, 2005, s. 1016-1020.
- Bergfelder, M.; Der Beweis im Elektronischen Rechtsverkehr, Hamburg 2006.
- Bergman,
Margarethe/
Streitz, Sirgfried; “Beweisführung durch EDV-gestützte Dokumentation”, CR 1994, s. 77-83.
- Berkin, Necmettin; Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul, 1969.
- Bernstoff, Jochen von; “The discovery of technological law in the digital Bukovina: Lawrence Lessig's Code and other Laws of Cyberspace”, German Law Journal, Volume 2, Issue 17, 2001, <http://www.germanlawjournal.com/index.php?pageID=11&artID=110>.
- Beulke, Werner; Strafprozessrecht, München, 2010.
- Bienert-Niesel,

Renate; Materielrechtliche Auskunftspflichten im Zivilprozeß: Zugleich eine Untersuchung der prozessualen Mitwirkungspflichten der Parteien, Taschenbuch, 2003.

Bilge, Necip/

Önen, Ergun;

Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Üçüncü Bası, İstanbul, 1978.

Bilge, Necip;
1978.

Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, İstanbul,

Bilgin, Hikmet;

Medenî Usûl Hukuku Açısından Babalık Davası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Binder,

Jens-Hinrich;

“Pflichten zur Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen im deutschen Zivilprozess am Beispiel der Unternehmensdokumentation”, ZZP 122, 2009, s. 187-225.

Birinci Uzun, Tuba;

“Eser Sözleşmelerinde Keşif Bedeli ve İş Sahibinin Keşif Bedelinin Aşırı Derecede Aşılmasına Karşı Korunması”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 9, Sayı 100, Aralık 2014, s. 89.

- Birtek, Fatih; Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat: AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Blechtschmidt, Rolf; “The German Basic Electronic Data Interchange Agreement versus the European Model EDI Agreement: Some Reflections on German Law”, The EDI Law Review 3, 1996, s. 107-124, (HeinOnline).
- Blomeyer, A.; Zivilprozessrecht, Berlin, 1986.
- Blount, P. J.; “Renovating Space: The Future of International Space Law”, Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 40, No.1, 2011-2012, s. 515-532.
- Bohnet, François/
- Droese, Lorenz; Zivilprozessordnung, Bern, 2018.
- Bohrer, Michael; “Notarielle Form, Beurkundung und elektronischer Rechtsverkehr”, DNotZ, 2008, s. 39-59.
- Bolayır, Nur; Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014.

- Bolayır, Nur; "İstinafta Yeni Vakıa ve Delil İncelemesi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2018/134, 2018, s. 293-312.
- Bolayır, Nur; Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Bolayır, Nur; "Fransız Hukukundaki Düzenlemeler Işığında Ses ve Görüntü Nakledilmesi Yoluyla Duruşmaların İcrası", GSÜHFD, 2020/2, s. 1175-1204.
- Boran Güneysu, Nilüfer; Medenî Usûl Hukukunda Karar, Ankara, Adalet Yayınevi, 2014.
- Borges, Georg; Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2. A., Nomos, 2007.
- Bozkurt Yüksel, Ebru Armağan; Yapay Zeka Endüstri 4.0 ve Robot Üreticiler Hukuki Bakış, Aristo Yayınevi, İstanbul, 2019.
- Börü, Levent; Dava Konusunun Devri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2012.
- Börü, Levent; Medenî Usûl Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.

- Bracher, Nicolas; Mitwirkungspflichten und Verweigerungsrechte Dritter bei der Beweiserhebung im Zivilprozess, Basel, 2011.
- Brand, Peter Andreas: “Grenzen Zivilprozessualer Wahrheit und Gerechtigkeit, Disclosure- und Discovery-Elemente im deutschen Zivilverfahrensrecht”, NJW, 2017, 3558, (beck-online.de).
- Brandli, B.; Prozessökonomie im schweizerischen Recht – Grundlagen, bundesgerichtliche Rechtsprechung und Auswirkungen im schweizerischen Zivilprozess, Bern, 2013.
- Brunner, Alexander/
Gasser, Dominik/
Schwander, Ivo ZPO Kommentar, 2. A., Dike Verlag, 2016.
- Budak, Ali Cem/
Karaaslan, Varol; Medenî Usûl Hukuku, Altıncı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Budak, Ali Cem; “Avukatlık Kanunu’nun İkinci maddesine Göre Avukatın Bilgi ve Belge İsteme Yetkisi”, YÜHFD, 2004/1, s. 363 vd.
- Budak, Ali Cem; “Alangoya’ya Göre Yargılamanın Amacı ve Hâkimin Gerçeği Aramaktan Vazgeçmesi”,

İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dergisi, Cilt 6, Sayı 2, 2019, s. 34 vd.

Budak, Ali Cem;

“Rekabet Hukukunda Deliller ve İspat”,
çevrimiçi, (kazanci.com).

Busser, Els De;

“EU-US Digital Data Exchange to Combat
Financial Crime: Fast is the New Slow”, German
Law Journal, Vol. 19, No. 5, 2018, s. 1251–1267.

Büchting, H.U. / Heussen, B.;

Beck’sches Rechtsanwalts-Handbuch 1997/98,
München, 1997.

Bütter, Michael/

Aigner, Kathrin;

“Ausschluss des Urkundenprozesses für Banken
und Versicherung? Zur Urkunden- und
Beweisqualität von Reproduktionen
mikroverfilmter Dokumente im Rahmen des
Urkundenprozesses”, Zeitschrift für Wirtschafts-
und Bankrecht, 2005, s. 1729-1739. Q

Can, Mustafa Cemre;

Bulut Bilişim Sözleşmelerine Uygulanacak
Hukuk, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.

- Clemens, Rudolf; “Die elektronische Willenserklärung”, NJW 1985, s. 1998-2005.
- Commichau, G.; Die anwaltliche Praxis in Zivilsachen, 3.A., Band 2, Kohlhammer 1989.
- Coşkun, Mahmut; İnşaat Sözleşmelerinden Kaynaklanan Davalar, İkinci Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Czeguhn, Ignacio; “Beweiswert und Beweiskraft digitaler Dokumente im Zivilprozess”, JuS, 2004, s. 124-126.
- Çağlar, Tacar; Tebligat Hukuku, Altıncı Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Çağlayan Aksoy, Pınar; Akıllı Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Çakır, Tuğrul; “Uzay Hukuku Bağlamında “İnsanlık” ve Uluslararası Hukuk Kişiliği Meselesi”, SÜHFD., C. 30, S. 1, 2022, s. 371-398.
- Çam, Ali Rıza; Adli Kolluk ve Bilişim, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 190.
- Çatalkaya, Hayrettin/
Karaman Muhammer/

- Koca, Erdal; “Elektronik Kopyanın (Adli İmaj) Alınmasında Açık Kaynak Uygulamalarının Güvenilirliği”, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Cilt 1, No 2, 2015, s. 15-19.
- Çatlı, Mehmet; “Yargı Kararlarının Gerekçelendirilmesinde Yapay Zekanın Rolü”, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 118-130.
- Çelikoğlu, Cengiz Topel; “Medenî Usûl Hukuku Açısından Türk Hukukunda Avukatın Bilgi ve Delil Toplama Yetkisi”, TBB Dergisi, 2012 (100), s. 281-316.
- Çetin, İbrahim; “Yargılamada Etkinlik Arayışları: Medenî Usûl Hukukunda Usûl Ekonomisi”, Sayıştay Dergisi, S. 78, 2010, s. 81 vd.
- Çınarlı, Serkan; “İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2018, s. 11-25.
- Çiftçi, Murat Özgür; Medenî Yargılama Hukukunda İstinaf, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.
- Çiftçi, Pınar; Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınları, Ankara, 2018.

- Çon, Ömer; Hâkimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Dalamanlı, Lütfü; Kanunda Süreler ve Mahkemelerin Görevleri, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1984.
- Dammert, S.; “Die Beweislast im Zivilprozess – Wer Muss was beweisen?”, Detektel Online-Finden 2017.
- Demircioğlu, M. Yaşar; “Rekabet Kurumu Tarafından Yürütülen Soruşturmalarda Teşebbüsler Arası Elektronik Yazışmaların Delil Değeri”, Bankacılar Dergisi, Sayı 88, 2014, s. 27-79.
- Demirtas, S./
- Zhyakpov, Z./
- Giraud, F./
- Hosseini, M./
- Türkmen, D.; “The Non-Glove Haptic Glove: A soft robotic haptic interface for VR”, V2, 2022, <https://www.paikslab.com/rrl-projects>.
- Deubner, Karl G; “Aktuelles Zivilprozessrecht”, JuS, 2010, s. 506-510.
- Dika, M.; “Some Thoughts about the Object of the on-Site Inspection in Civil Proceedings – Zu Augenscheinsgegenstand im Zivilverfahren”, 31 Zb. Prav. Fak. Sveuc. Rij., 2010, (HeinOnline).

Direnisa, Efe;

Medenî Usûl Hukukunda Keşfe Katlanma Zorunluluğu, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 18, Sayı: 2, Temmuz 2019, Sayfa: 257-317.

Dirim, Vuslat;

“Ceza Yargılamasında Adil Yargılama İlkesi (Dava Süresi – Aleniyet – Şüpheli ve Sanık Hakları)”, Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi / Journal of Penal Law & Criminology, 3 (2017), 161-180.

Doğan, Vahit;

“Banka Teminat Mektupları Hakkında Mto’nun Birörnek Kuralları”, Prof. Dr. Tuğrul Arat’a Armağan, Ankara, 2012, s. 385-404.

Donatsch, A./

Schwarzenegger, A./

Wohlers, A.;

Zürcher Grundrisse des Strafrechts, 2.A., Schulthes Juristische Medien AG, 2014.

Drehse, Marcel;

Der Gerichtliche Augenschein im Zivilprozess, Bonn, 2017.

Duman, İlker Hasan;

İnşaat Davalarında İspat, Dördüncü Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.

- Dumitrescu, Adrian; “Die Folgen fehlender Mitwirkung im Vaterschaftsprozess”, AJP 2017, s. 826-836.
- Durak, Niyazi; Gayrimenkul Davalarında Keşif Yapma Kayıt Uygulama ve Kapsamlarını Tayin Etme Yöntemleri, Ankara, Turhan Kitabevi, 1997.
- Dülger, Murat Volkan; “Adli Bilişim ve Ülkemizde Uygulanması”, www.hplusdergi.com, s. 20-26.
- Dülger, Murat Volkan; “Günümüz Yapay Zeka Teknolojisi ve Robot Yargıç/Avukat Gerçeği”, www.hplusdergi.com, s. 4-9.
- Dülger, Murat Volkan; Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Üçüncü Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul, 2020.
- Dülger, Murat Volkan; Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, Onuncu Baskı, Seçkin Yayınları, 2023.
- Düzgün, Metin; Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1992.
- Eberhard, S.; Zeuge, Sachverständiger und Augenscheinsgehilfe”, ZZP, 72, 1959, s. 365-402.
- Ebnetter, S.; Der Prozessbetreuung im Zivilprozess, Schulthes

Juristische Medien AG, 2016.

Ege, Önder; Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2014.

Ekşi, Nuray; “Milletlerarası İstinabe”, Baki Kuru’ya Armağan, Ankara, 2004, s.337 vd.

Elzer, Oliver; “Der Beweis”, Stand Juni, W. Kollhammer, Stuttgart, 2009, W. Kollhammer, Stuttgart, s.1-69, (beck-online.de).

Endemann, Wilhelm; Die Beweislehre des Zivilprozesses, Scientia Verlag, Aalen, 1973.

English, Susanne; Elektronisch gestützte Beweisführung im Zivilprozeß, 1999.

Ensthaler, Jürgen/

Füßler, Andreas/

Nuissl, Dagmar;

“Dokumentationspflicht, Aufbewahrungspflicht sowie Pflicht zur Einsichtnahmegewahrung”, Juristische Aspekte des Qualitätsmanagements, s. 145-151.

Erbayraktar, Burcu;

Güvenli Elektronik İmza, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Ercan, İbrahim/

Arslan, Aziz Serkan;

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Öngörülen Gider Avansının Uygulanması ile İlgili Olarak Ortaya Çıkan Bazı Meseleler ve Bunların Değerlendirilmesi”, SÜHFD, 2012, S. 2, s. 170 vd

Erdemir, İlter;

Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Basım, Ankara, 1998.

Erdoğan, Mustafa;

Medenî Usûl Hukukunda Keşif Tutanağı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Bitirme Projesi, Ankara, 2007.

Erdoğan, Cemal;

Avrupa Birliği’nde Elektronik Ödeme Sistemlerindeki Gelişmeler”, Bankacılar Dergisi, Sayı 48, 2004, s. 80-92.

Erdönmez, Güray;

Medenî Usûl Hukukunda Belgelerin İbrazi Mecburiyeti, İkinci Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.

Erdönmez, Güray;

Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku, On Beşinci Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.

Ergün, Çağdaş Evrim;

“Elektronik İmza Kanunu”, TBB Dergisi, Cilt 17, Sayı 52, Mayıs 2004, s. 149-154.

- Ergün, İsmail; Siber Suçların Cezalandırılması ve Türkiye’de Durum, Adalet Yayınevi, Ankara, 2008.
- Erişir, Evrim; Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyadi Tedbir Türleri, İstanbul, 2013.
- Ermenek, İbrahim; Medenî Usûl Hukukunda Davayı Kabul, Ankara, 2009.
- Ernst, Stefan; “Beweisprobleme bei E-Mail und anderen Online-Willenserklärungen”, MDR 2003, s. 1091-1094.
- Erol, A. Nevzat; Hukukta Deliller ve İkamesi, Ankara, 1969.
- Ertanhan, Murat; Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Ankara, 2005.
- Erten, Rıfat/
- Ertuğrul, Hüseyin; “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XII, Y. 2008, Sayı 1-2, s. 687-699.
- Erturgut, Mine; “Elektronik İmza Bakımından E-Belge ve E-İmza”, Bankacılar Dergisi, S. 48, 2004, s. 66 vd.

- Erturgut, Mine; Medenî Usûl Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Olarak Değerlendirilmesi, Ankara, 2004.
- Eryılmaz, Ahmet; “Medenî Yargılama Hukukunda Ses Bantlarının İspat Kuvveti”, İTİAD, 1981, S. 1, s. 114 vd.
- Esskandari / Schmitt; Grundriss des Zivilprozessrechts, C.F. Müller, 2012.
- Kılıçoğlu, Evren; Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Fink, Andreas; Das selbständige Beweisverfahren in Bausachen, Bonn, Deutscher Anwaltverlag, 2005.
- Fink, S.; Private Zeugenbefragung im Zivilprozess, ZStV – Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/ Nr. 179, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 1-12.
- Fischer-Dieskau, Stephanie/
Gitter, Rotraud/
Paul, Sandra/
Steidle, Roland; “Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, MMR, 2002, s. 709-713.

- Fischer-Dieskau, Stefanie; “Der Referentenentwurf zum Justizkommunikationsgesetz aus Sicht des Signaturrechts”, MMR, V. 11, 2003, s. 702 vd.
- Förschler, A./
- Steinle, A.; Der Zivilprozess, 7.A., Kohlhammer, 2010.
- Frank, Rainer; “Die zwangsweise körperliche Untersuchung zur Feststellung der Abstammung”, FamRZ, 1995, s. 975-981.
- Frank, Richard/
Sträuli, Hans /
Messmer, Georg /
Wiget, Niklaus/
Wiget, Gregor; Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung Gesetz über den Zivilprozess vom 13. Juni 1976 (mit einem Anhang zu verfahrensrechtlichen Bestimmungen des zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetzes), Schiedsgerichte und Schiedsgutachten neu bearbeitet von Niklaus Wiget und Gregor Wiget, 3. Auflage, Verlag Schulthess Juristische Medien AG, Zürich, 1997.
- Fröhlich, D.; Die Beweisvereitelung im Zivilprozess, Hammelburg, 2008.

- Furrer, A.; Schweizerisches Fracht-, Speditions- und Lagerrecht, Stampfi Verlag AG, 2016.
- Furrer, Andreas; “Beweisrechtliche Fragen in Transportrechtlichen Verfahren/ III – IV”, Schaden im Warentransport Vertragsgestaltung – Versicherung – Schadenersatz, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 352-382.
- Galli, Andreas; “AJP 2016 S. 1687”- Bundesgerichtliche Rechtsprechung 2015 (2. Teil), Rechtsprechungspanorama Zivilprozessrecht, Aktuelle Juristische Praxis, 2016, s. 1687-1708.
- Gander, T.; “Verwaltungsrechtsplege”, Kolloquium für Rechtspraktikantinnen und Rechtspraktikanten, 20 Oktober 2017.
- Gauch, Peter; Der Werkvertrag, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 2011.
- Gaul, Hans Friedhelm; “Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses”, AcP 168 (1968), S. 27-62.
- Gayretli Aydın, Seda; “Medenî Yargılama Hukukunda Ses Ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşmaya Katılma”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref Ertaş’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2101-2126.

- Geier, E.B.; ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2.A., Orell Füssli Verlag AG, 2015.
- Geipel, A.; Handbuch der Beweiswürdigung, 2.A., München, 2013.
- Gençcan, Ömer Uğur; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.
- Gençcan, Ömer Uğur; Boşanma Usûl Hukuku, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018.
- Genya, H.; “Hukuk Davalarında Mahallinde Tapu Uygulaması Nasıl Yapılır?”, AD, 1964/3-4, s. 250-253.
- Geppert, Klaus; “Der Augenscheinsbeweis”, JURA 1996, s. 307-313.
- Gibson, James. J.; The Ecological Approach to Visual Perception, MA: Houghton Mifflin, Boston, 1979.
- Gießler, Hans; “Vernehmung des nicht geladenen Zeugen”, NJW 1991, s. 2885-2886.
- Gietl, Andreas; “Assessorexamensklausur – Zivilrecht: Fremdländisches Nadelgehölz”, JuS, 2017, 453-461.

- Girnth, Joachim; Der Augenscheinsmittler und seine Einordnung in die Beweismittel des Strengbeweises, Bonn 1997.
- Gleussner, I.; Zivilprozessrecht, 2.A., C.F.Müller 2012.
- Gottwald, Peter; “Empfehlen sich im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes Maßnahmen zur Vereinfachung, Vereinheitlichung und Beschränkung der Rechtsmittel und Rechtsbehelfe des Zivilverfahrensrechts? — Gutachten A, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), Verhandlungen des einundsechzigsten Deutschen Juristentages — Karlsruhe 1996, Band I (Gutachten), München 1996, S. A 1-109.
- Gottwald, Peter; “Aufklärung über die Aufklärungspflicht der Parteien”, Festschrift für Rudolf Stürner zum 70. Geburtstag-1, Teilband Deutsches Recht, 2013, s. 301-313.
- Göertz, Susann; Der Beweis der Kausalität bei Aufklärungspflichtverletzungen, Berlin 2012.
- Göksu, Mustafa; “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Senetle İspat Kuralları ve Bunların İstisnaları”, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Haziran 2011, s. 53-65.

- Göksu, Mustafa; “Hukuk Yargılamasında Vakıa ve Hukuk”, Haluk Konuralp’e Armağan, Ankara, 2009, s. 323 vd.
- Göksu, Mustafa; Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara, 2011.
- Göksü, Tarkan; Schiedsgerichtsbarkeit, Dike Verlag AG, Zürich, 2014.
- Görgün, L. Şanal/
Börü, Levent/
Toraman, Barış/
Kodakoğlu, Mehmet; Medenî Usûl Hukuku, On Birinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2022.
- Görkem, Zeynep Ezgi; “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Delil İbraz ve İkamesi”, TAAD, Yıl:6, Sayı:21, (Nisan 2015), s. 659-691.
- Gözübüyük, Şeref/
Gölcüklü, Feyyaz; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, On Birinci Bası, Ankara, 2016.
- Greger, Reinhard; “Kamera on Board – Zur Zulässigkeit des Video-Beweises im Verkehrsunfallprozess”, NZV 2015, s. 114-118.

- Groner, Roger; Beweisrecht - Beweise und Beweisverfahren im Zivil- und Strafrecht, Bern, 2011.
- Gruber, Urs Peter/ Kießling, Erik; “Die Vorlagepflichten der 142 ff. ZPO nach der Reform2002 – Elemente der “discovery” im neuen deutschen Gerichtsverfahren?”, ZZP 116, 2003, s. 305-333.
- Grunsky, Wolfgang; Zivilprozessrecht, 13.A., München 2008.
- Guliyav, Nusrat; Türkiye ve Azerbaycan Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Konya 2014.
- Günay, Sercan; “Yeni Elektronik Ticaret Kanunu”, MHD - Cilt: 11 / Sayı: 124 / Yıl: 2015, s. 115-128.
- Gündüz, Okan; Anglo - Amerikan Hukuku Işığında Medenî Yargılama Hukukunda Dava Yönetimi, Ankara, 2009.
- Güralp, Ayşe Gülin; Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medenî Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2012.

- Gürkanlar, Metin; “Ses Alma Bantlarının Medenî Yargılama Hukukunda İspat Aracı Olarak Kullanılması”, AİTİD, 1974, S. 1-2, s. 317 vd.
- Gürler, Halil Emre; “Avrupa Komisyonu’nun Yapay Zekada Sözleşme Dışı Sorumluluğa İlişkin 28.09.202 Tarihli Direktif Önerisinin Değerlendirilmesi”, Bilişim ve Teknoloji Hukuku Yıllığı 2022, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s. 352-364.
- Özkaya-Ferendeci; Özden “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki Belge Terimi ve İspat Hukukundaki Yeri”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), C. 16, Özel Sayı 2014, s. 813-830.
- Haberbeck, Philipp; “Abgrenzung der zulässigen antiziperten Beweiswürdigung von der Verletzung des Rechts auf Beweis im Zivilprozess”, Jusletter 3. Februar 2014, (jusletter.ch).
- Haberbeck, Philipp; “Sind in Verfahren des Rechtsschutzes in klaren Fällen ausschliesslich Dokumente als Beweismittel zuzulassen?”, Jusletter 8. September 2014, (jusletter.ch).
- Hacıbekiroğlu, Ekin; Milletlerarası Tahkim Hukukunda Deliller ve Delillerin Değerlendirilmesi, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.

- Hähnchen, Susanne; “Elektronische Akten bei Gericht - Chancen und Hindernisse”, NJW, 2005, s. 2257-2259.
- Halman Çetin, Emine; “Elektronik Belgelerin Hâkim Tarafından Delil Olarak Değerlendirilmesi”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 6, Sayı 54, Şubat 2011, s. 60-71.
- Hart, Sarah V.; “Forensic Examination of Digital Evidence: A Guide for Law Enforcement”, U.S. Department of Justice Office of Justice Programs, 2004, s. 2, <https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/forensic-examination-digital-evidence-guide-law-enforcement>.
- Hasenböhler, Franz.; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2.A., Schulthess Juristische Medien AG, 2013.
- Hasenböhler, Franz; “Klares und weniger Klares beim Rechtsschutz in klaren Fällen”, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 217-226.
- Hasenböhler, Franz; Das Beweisrecht der ZPO, Schulthess Juristische Medien AG, 2015.
- Hay, Peter; “Informationsbeschaffung über schriftliche Unterlagen und Augenscheinsobjekte im

Zivilprozess unter besonderer Berücksichtigung des anglo-amerikanischen Rechts“, Die verfahrensmaÙige Behandlung von Nachlassen, ausländisches Recht und internationales Zivilprozessrecht, Bielefeld 1996, s. 1-61.

Heinze, Christian/

Ojea, Gabriel Prado;

“Der Beweis mit privaten elektronischen Dokumenten nach ZPO und eIDAS-VO“, CR 2018, (LSK 2018, 03800902), s. 37 vd.

Hellmann, Uwe;

Strafprozessrecht, 2.A., Springer, 2006.

Henrichs, Wilhelm;

“Keine Verfassungsbeschwerde wegen angeblich zu Unrecht angeordneter Blutentnahme nach 372a ZPO?“ FamRZ 1956, s. 274-275.

Higi, Peter;

Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, 2016.

Hilgendorf, Eric /

Ünver, Yener;

Alman Türk Karşılaştırmalı Ceza Hukuku, Cilt III, Prof. Dr. Köksal Bayraktar’a Armağan, İstanbul, 2010.

Hille, Christian Peter;

“Zulässigkeit und Grenzen der Anordnung einer Begutachtung von Amts wegen“, DS, 2015, s. 181-187.

Hoffman, David/

Hoffmann, Helmut;

“Die Entwicklung des Internetrechts bis Ende 2016”, NJW, 2017, s. 525-530.

Huber, Michael;

“Verfahren und Urteil erster Instanz nach dem Zivilprozessreformgesetz (ZPO-RG) - 2. Teil. Weitere besonders wichtige Änderungen im Verfahrensrecht erster Instanz”, JuS, 2002, 690-693.

Huber, Michael;

“Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz - Änderungen der ZPO”, JuS, 2004, s. 873-878.

Infanger, Dominik;

“Der Schlichtungsversuch nach Art. 197 ff. ZPO”, Vortrag gehalten anlässlich der Weiterbildungsveranstaltung zur Schweizerischen ZPO des bündnerischen Anwaltsverbandes BAV vom 17. September 2010, Chur.

Irons, Alastair/

Singh Lallie, Harjinder;

“Digital Forensics to Intelligent Forensics”, Future Internet, Vol. 6, Issue 3, September 2014, s. 584-596.

Jandt, Silke;

“Beweissicherheit im elektronischen Rechtsverkehr – Folgen der europäischen Harmonisierung”, NJW 2015, s. 1205-1211.

- Jandt, Silke; “Die Mitwirkung Dritter bei der Signaturzeugung – Das Tarbenaufmerkmal der “allgemeinen Kontrolle” und seine Auswirkungen auf die Rechtsfolgevorschriften”, Kommunikation und Recht Zeitschrift, 2009, Heft 9, 548-555.
- Jankowski, Klaus; “Der Ortstermin im Zivilprozessrecht und der Eingriff in die Umletztlichkeit der Wohnung”, NJW 1997, s. 3347-3350.
- Jauernig/ Hess; Zivilprozessrecht, 30.A., München 2011.
- Jens, Binder/ Hinrich, Pflichten; “Pflichten zur Offenlegung elektronisch gespeicherter Informationen im deutschen Zivilprozess am Beispiel der Unternehmensdokumentation”, ZZP 122, 2009, s. 187-225.
- Jungerman, Sebastian; “Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers und die Bedeutung der 371 ZPO für elektronische Dokumente”, CR 2001, 868-871.
- Kaçak, Nazif; Hukuk Davalarında İspat Rehberi (Açıklamalı, İçtihatlı), Ankara, Seçkin Yayınları, 2006.

Kale, Serdar/

Keser, Salih;

Medenî Yargılama Hukukunda Delil Sistemi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Sayı (Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan), Cilt 21, Sayı 2, Yıl 2015, s. 701-725.

Kanz, Thomas;

“Die Zulassigkeit von staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsprotokollen im Zivilprozess”, Ecolx (Verbraucherrechte – Richtlinie), Marz 2012, s. 189-276.

Kaplan, Gürsel;

“İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usûlü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Ocak 2014, s. 33-46.

Karaaslan, Varol;

“Hâkimin Tarafsızlığı İlkesi İle Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi Arasındaki İlişki”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – XII HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler 18-19 Ekim 2014 – Isparta, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 97-132.

Karafakih, İsmail Hakkı;

“Vasıtalı Deliller”, Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s. 169 vd.

Karafakih, İsmail Hakkı;

Hukuk Muhakemeler Usûlü, Ankara, 1952.

Karahacıoğlu, Ali Haydar/

Parlar, Aynur;

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi,
İkinci Baskı, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014.

Karahacıoğlu, Ali Haydar/

Parlar, Aynur;

İspat ve Deliller, İkinci Baskı, Ankara, Bilge
Yayınevi, 2014.

Karakoç, Yusuf;

Türk Vergi Yargılaması Hukukunda Delil
Sistemleri, İzmir, 1997.

Karlı, Abdurrahim;

Medenî Muhakeme Hukuku, Beşinci Bası,
İstanbul, 2020.

Karlı, Abdurrahim;

Medenî Usûl Hukukunda Usûli İşlemler,
İstanbul, 2001.

Kavasoğlu, Abdurrahman/

Ömer Çon;

“İsviçre Usûl Hukukuna Genel Bir Bakış”,
SDÜHFD, Vol: 8, N.1, Yıl 2018, s. 49-58.

Kaya, Hilal;

Die Mitwirkungspflicht der Parteien des
Zivilprozesses vor dem Hintergrund letzter
Reformen in Deutschland und der Türkei, Peter
Lang, 2018.

- Kaya, Mehmet Bedii; Elektronik Ticaret Hukuku, 2. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kaynak, Seda; “Cognitio Extra Ordinem’den Günümüze Delil ve İspat Yüğü”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Özel Sayı Cilt:2 Yıl 2015, s. 1021-1066.
- Kehren, Thomas; “Verfahrenmanagement nach der ZPO – Gestaltungsmöglichkeiten und Förderungsanreize”, 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Postdam, Dr. Otto Schmidt Verlag, s. 3-9.
- Kekevi, Gökşin H.; “Bilgi İsteme Yetkisine ve Eksik, Yanlış, Yanıltıcı ya da Geç Bilgi Verilmesine İlişkin Rekabet Kurulu ve Danıştay Kararlarının Değerlendirilmesi”, Rekabet Hukuku ile İlgili Kurul ve Targı Kararları Sempozyumu II, 25 Kasım 2011, Banka ve Ticaret Hukuku araştırma Enstitüsü, Ankara, s. 69-129.
- Kerman, Evrim: Contrat De Sous-Traitance Du Point De Vue Du Droit Turc Et Suisse, On iki Levha Yayınları, İstanbul 2018.
- Kern, Christoph / Diehm, Dirk; Zivilprozessordnung Kommentar, Berlin, 2017.

Keser Berber, Leyla;

“İmzalıyorum O Halde Varım” Dijital İmza, Dijital İmza Hakkındaki Yasal Düzenlemeler, Dijital İmzalı Elektronik Belgelerin Hukuki Değeri”, TBB Dergisi, Cilt 12, Sayı 2, Mayıs 2000, s. 503-556.

Keser Berber, Leyla;

„İlk Görünüş İspatı“, <https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/L.Keser-13.pdf>, s. 232 vd.

Kılıçoğlu, Evren;

“Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda “Hukuki Babanın Babalığının Açıklığı Kavuşturulması Talebi”nin Tanınması”, MÜHFHAD, Cilt16, Sayı 3-4, 2010.

Kılıçoğlu, Mustafa;

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu El Şerhi, İstanbul, Legal Kitabevi, 2012.

Kılıç, Sabit;

“Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme Perspektifinden Hâkimlik Mesleği Ve Engelli Hâkimler Üzerine Düşünceler”, Eşit Erişilebilir Engelsiz Hayat Dergisi, Sayı 67, 2019, <https://eeeh.engelsizerisim.com/yazi/79/>.

Kıyak, Emre;

“Bilgisayar Programının Kaynak Kodları Üzerinde Mahkemece İnceleme Yapılırken

Dikkat Edilmesi Gereken Bazı Hususlar”, Terazi Hukuk Dergisi, 2014, 97, 56, 61.

Kiener, A./

Rütsche, A./

Kuhn, A.;

Öffentliches Verfahrensrecht, Zürich, 2012.

Kießling, Erik;

“Die Vorlagepflichten der 142 ff. ZPO nach der Reform2002 – Elemente der “discovery” im neuen deutschen Gerichtsverfahren?”, ZJP 116, 2003, s. 305-333.

Kimmel, Frank Peter;

Beweiskraft der Elektronischen Signatur im Zivilprozess in Deutschland und Österreich, Hannover, 2003.

Kiper, Osman;

Hukuk Davalarında Kanıtlar, Ankara, Adil Yayınevi, 1995.

Kiraz, Taylan Özgür;

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2012.

Kiraz, Taylan Özgür;

Medenî Yargılama Hukukunda İkrar, İkinci Bası, Ankara, 2013.

Kirchner, Matthias;

“Digitale Forensik – Spuren in Digitalfotos”, <http://events.ccc.de/congress/2006/Fahrplan/atta>

[chments/1117-23C3_Kirchner.pdf](#), (çevrimiçi, erişim tarihi: 21.04.2023).

Klamaris, Nikolaos;

“Die einzelnen Beweismittel nach dem griechischen Zivilprozessrecht”, Das Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für Professor Thomas Sutter-Somm, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

Klein, Susanne;

“Die Beweiskraft elektronischer Verträge zur Entwicklung der zivilprozessrechtlichen Vorschriften über die Beweiskraft elektronischer Dokumente”, JurPC Web-Dok. 198/2007, Abs. 1 – 71.

Klinke, Thomas;

“Technologische Faktoren zur gutachterlichen Beurteilung von Kunst auf Papier am Beispiel einiger Zeichnungen von Peter Paul Rubens”, DS, 2008, s. 291-295.

Knopp, Michael;

“Rechtliche Perspektiven zur digitalen Beweisführung”, 2009 (HeinOnline).

Knopp, Michael;

“Digitalfotos als Beweismittel”, ZRP, 2008, s. 156-159.

Koç, Emin;

“Ekonomik Kolluk Makamı ve Bağımsız İdari Otorite Kimliği”, TBB Dergisi, S. 98, 2012, s. 231-282.

- Koç, Evren; Evren Koç, Medenî Usûl Hukukunda Belge Kavramı, Sümer Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Koç, İlker/
Çakır, Hüseyin, Denetim süreçlerinde dijital delillerin elde edilmesi ve korunması. International Journal of Human Sciences, 12(2), 2015, 1092-1110.
- Konuralp, Halûk; “İstinafta Kamu Düzeni Kavramı”, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-VI, Medenî Usûl Hukukunda Kanun Yolları ve Arabuluculuk Kanun Tasarısı, İzmir/Çeşme 19-20 Ekim 2007, s. 133-148.
- Konuralp, Haluk; Medenî Usûl Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara, 1999.
- Konuralp, Haluk; Medenî Usûl Hukukunda Yazılı Delil Başlangıcı, Ankara, 2009.
- Korkmaz, F.; “Roma Usûl Hukukunda Sistem Dışı Yargılamanın Özellikleri ve Günümüz Usûl Hukuku ile Benzerlikleri”, KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 1, Ocak 2019, s. 11-29.
- Korkmaz, Sibel; Sigorta Sözleşmelerinde İspat Sorunları, İzmir, 2004.

- Kurt Konca, Nesibe; Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Doğruyu Söyleme Yükümlülüğü, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Kurt Konca, Nesibe; Hâkim Yardımcılığı Kurumu ve Türkiye’de Uygulanabilirliği, (Sosyal, Ekonomik ve Toplum Araştırmaları Vakfı Raporu), SETA Yayınları, İstanbul, 2016, (https://setav.org/assets/uploads/2016/11/20161024155749_hâkim-yardimciligi-kurumu-pdf.pdf).
- Kurt Konca, Nesibe; “Asliye Ticaret Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Özel Mahkemeler ve Özel Mahkemelerdeki Yargılama Usulü, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Birliği XVII. Antalya Toplantısı, Emsal Matbaa Tanıtım, Ankara, 2021, s. 19-26.
- Kuru, Baki; Nizasız Kaza, Ankara, 1961.
- Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, Cilt I-VI, İstanbul, Demir Demir Yayıncılık, 2001.
- Kuru, Baki/ Aydın, Burak; Medenî Usul Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, C. I-II, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Kut, K. H.; “Men’i Müdahale Davalarında Keşif Şart mıdır?”, HİD, 1950/30, s. 327-335.

- Kuzu, M. S. D.; “Uzay Faaliyetlerine İlişkin Uluslararası Hukukun Kaynakları ve Birleşmiş Milletlerin Rolü”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Ekim 2018, Sayfa: 101-133.
- Lambelet, Melanie; Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Handkommentar, Stampfli Verlag AG 2010.
- Lang, Sonia; Die Urkundenvorlagepflichten der Gegenpartei gemäß § 142 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Peter Land.
- Lastro, Kristijana; Elektronische Archivierungssysteme im Versicherungswesen und deren Rechtliche Aspekte, Rahmen 2002.
- Law, J./
Martin, E.; Dictionary of Law, Oxford, 2013.
- Leipold, Dieter; “Die gerichtliche Anordnung der Urkundenvorlage im reformierten deutschen Zivilprozess”, Festschrift für Walter Gerhardt, Köln 2004, s. 563-585.
- Leu, Christian; Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, Zurich, 2016.

Leuenberger, Christoph/

Uffer-Tobler, Beatrice;

Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2.A., Bern, 2016.

Leuenberger, Christoph;

“Behaupten, Bestreiten und Beweis”, SVRH Schweizer Verband der Richter in Handelssachen, Tagung vom 8 November 2007, Aarau, s. 1-15.

Leuenberger, Christoph;

Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2010.

Liarakos, Petros;

Das schweizerische Beweisrecht und der Schutz des Betriebs und Geschäftsgeheimnisses im Zivilprozessrecht (kantonal Recht und ZPO), Hamburg, 2013.

Lienhard, Andreas;

“Die materielle Prozessleitung der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, SSZR-Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band/Nr. 15, Dike Verlag AG, 2013.

Lilie, Hans;

“Augenscheinseinnahme und Öffentlichkeit der Hauptverhandlung“, NStZ, 1993, s. 121-125.

Lloyd, Ian;

“Legal Barriers to Electronic Contracts: Formal Requirements and Digital Signatures”, Law and the Internet: Regulating Cyberspace, Oxford, 1997, s. 139.

- Lorenz, Stephan; “Die Neuregelung der pre-trial-Discovery im US- amerikanischen Zivilprozeß- recht- Inspiration für den deutschen und europäischen Zivilprozeß?”, ZZP, S. 111, 1998, s. 35-65.
- Lüke, Gerhard/
Prütting, Hans; Lexikon des Rechts Zivilverfahrenrecht, 2.A., Luchterhand, Berlin 1995.
- Lüpke, Tobias/
Müller, Robert; “Pre-Trial Discovery of Documents und” 142 ZPO – ein trojanisches Pferd im neuen Zivilprozessrecht?”, NZI 2002, s. 588-589.
- Lüscher, Christian; Le Code de procédure civile, 2e edition, Stampfli Verlag AG, Bern, 2015.
- Magnus, Robert; Das Anwaltsprivileg und sein zivilprozessualer Schutz, Mohr Siebeck Tübingen 2010.
- Makoski, Kyrill; “Über den (Un)Sinn von E-Mail-Disclaimern”, K&R, 2007, s. 246-250.
- Malzer, Hans Michael; “Elektronische Beglaubigung und Medientransfer durch den Notar nach dem Justizkommunikationsgesetz”, DNotZ, 2006, s. 9-32.

- Mankowski, Peter; “Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?“, NJW 2002, s. 2822-2828.
- Mehmed, Gülden; “Blokzincir Teknolojisi Çerçevesinde Akıllı Sözleşmelerin Kurulması ve Geçerliliği”, Yapay Zeka ve Hukuk, 2023, s. 423-468.
- Meier, Isaak; Die Schlichtungsbehörde als small-claims court / von Isaak Meier und Riccarda Schindler. – Literaturverz. – In: Das Schlichtungsverfahren nach ZPO. - Bern : Stämpfli, 2016. - S. 19-45.
- Meier, Isaak; “Die neue schweizerische ZPO”, ZZZ 28/2011, s. 249-256.
- Meier, Isaak; Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zurich 2010.
- Meller-Hannich, Caroline; “Die Beweiserhebung und die Kontrolle in Berufung und Revision”, Annales XLVIII, N. 65, 2016, s. 151-169.
- Meriç, Nedim; Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara, 2011.
- Michael Nugel; “Das Auslesen von Fahrzeugdaten zur Unfallrekonstruktion im Zivilprozess”, NJW, 2016, s. 193-199, (beck-online.de).

- Millar, Robert Wyness.; Formative Principles of Civil Procedure, Illionis Law Review, 18 III. L.R, 1923-1924, s. 94-117, (HeinOnline).
- Motzke, Gerd; “Der Zeugenbeweis und der Sachverständigenbeweis”, DS, 2014, s. 142-147.
- Möhler, Christine; ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2.A., Orell Füssli Verlag AG, 2015.
- Möller, Christian; “Die Verfahrensgrundsätze des Zivilverfahrens”, JA, 2010, s. 47-52.
- Musielak, Hans-Joachim/
Voit, Wolfgang; Zivilprozessordnung, 20. Auflage, 2023.
- Musielak, Hans-Joachim; Grundkurs ZPO, 10.A., München 2010.
- Muşul, Timuçin; “Medenî Usûl Hukukunda Ara Kararları”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 4 (1988), 217-262.
- Muşul Timuçin; Tebligat Hukuku, Altıncı Baskı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2016.

- Muşul, Timuçin; Medenî Usûl Hukuku, Üçüncü Bası, Ankara, 2012.
- Muthorst, Olaf; “Der Beweis im Zivilprozess”, JuS, 2014, s. 686-689.
- Mücahit Küçük, Çolpan; Genel Olarak Delil Kavramı ve İdari Yargıdaki Uygulamalar, Yüksek Lisans Tezi (Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2006.
- Müller, Heinrich Andreas; “Beweisen nach der ZPO”, Tatsachen - Verfahren - Vollstreckung Festschrift für Isaak Meier, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 487-505.
- Müller, Heinrich Andreas; Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, 2016.
- Müller, Henning; Die Übermittlung und Prüfung der elektronischen Signatur des gegnerischen Schriftsatzes”, NJW, 2015, 822 ff.
- Müller, Henning; “eJustice – Die Justiz wird digital”, JuS, 2015, s. 609-613.
- Müller, M.; Die Digitalisierung der Justiz in Deutschland, Nürnberg 2015.

- Münch, Joachim; “Die “neue” ZPO: bedeutende Änderungen im zivilgerichtlichen Verfahren (Teil I)”, DStR, 2002, s. 85-89.
- Nart, Serdar; “Alman ve Türk Hukukunda Senetle İspat”, DEÜHFD, Cilt 9, Sayı 1, 2007, s. 207-232.
- Nebel, Maxi; “Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente”, NJW 2014, s. 886-891.
- Nissen, Moritz; Das Recht auf Beweis im Zivilprozess, Mohr Siebeck, 2019, s. 760 vd.
- Norman, Don A.; The Design of Everyday Things, NY Basic Books, Newyork, 2002.
- Tekelioğlu, Numan “Dijital Ürünlere İlişkin Sözleşmeler Hakkında Alman Medeni Kanunu’ndaki Yeni Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 24, Sayı: 1, 2022, S. 289-316.
- Oberhammer, Paul/
- Domej, Tanja/

- Haas, Ulrich; Kurzkommentar ZPO, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. A., Helbing Lichtenhahn Verlag, 2021.
- Oberheim, Rainer; Zivilprozessrecht für Referendare, 10.A., München 2014.
- Oehler, Andreas; “Sachverhaltsermittlung und Beweis im Scheidungsprozess”, Substantiieren und Beweisen Praktische Probleme, Schulthess Juristische Medien AG, 2013.
- Oğlakçıoğlu, Onur; Medenî Usûl Hukuku Yönünden Elektronik Adli İletişim “UYAP Kapsamında Davaların Yürütülmesi”, Aydın, 2008 (çevrimiçi, erişim tarihi: 22.03.2023).
- Oğurlu, Yücel; İdare Hukukunda E-Devlet Dönüşümü ve Dijitalleşen Kamu Hizmeti, On İki Levha Yayıncılık, 2010.
- Oğuz, Emre Oğuz; Tesadüfen Elde Edilen Deliller, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019.

- Ojea, Gabriel Prado; “Der Beweis mit privaten elektronischen Dokumenten nach ZPO und eIDAS-VO”, CR 2018, (LSK 2018, 03800902), s. 37 vd.
- Okumuş, Nagehan; Medenî Usûl Hukukunda Özel Hüküm Sebepleri (Kanunda Düzenlenmemiş Takdiri Deliller), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, 2010.
- Onar, Sıddık Sami/
Belgesay, Mustafa Reşit; Adliye Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul, 1944.
- Orman, Zahide; Rekabet Hukuku Uygulamaları Kapsamında Adli Bilişim, Ankara, 2017.
- Öcal, Bahar; “Roma Medenî Usûl Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri “, AÜHFD, 60 (3) 2011: 523-570.
- Önen, Ergun; Medenî Yargılama Hukuku, Ankara, Sevinç Matbaası, 1979.
- Özbay, İbrahim/
Aksan Nar, Şerife; “Son Yasal Değişiklikler Çerçevesinde Tanımanın İptali Davası ve Bu Davada Uygulanacak Hukuk”, EÜHFD, 2010, C. XIV, S. 3-4, s. 187 vd.

- Özbay, İbrahim; 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ne Getirdi?, İkinci Baskı, Ankara, 2013.
- Özbek, Murat; Adli Bilişimde Delillerin Toplanması ve İncelenmesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2013.
- Özbek, Mustafa Serdar; “Elektronik Ortamda Düzenlenen Noter Senetleri”, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 2213-2282.
- Özbek, Mustafa Serdar/
Yardım, Mehmet Ertan; “Elektronik Noterlik İşlemleri“, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2016, s. 3-118.
- Özbek, Mustafa Serdar; Hukuk Yargılama Usûlünde Gider Avansı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2016.
- Özbilen, Arif Barış; “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Yıl 12 Sayı 24, Güz 2013/2, s. 99-124.
- Özçelik, Volkan; “Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Verdiği Kesin Süre”, TBB Dergisi 2017 (129), s. 133-160.

- Özdemir Kocasakal, Hatice; “Elektronik Sözleşmeler”, GSÜHFD, Sayı 1, Ocak 2006.
- Özdemir Kocasakal, Hatice; “Uluslararası Sözleşmelerde Elektronik İletilerin Kullanılması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu”, GSÜHFD, Cilt 6, Sayı 2, Temmuz 2007, s. 261-325.
- Özdemir, Enver; Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik, İkinci Baskı, İstanbul, 1985.
- Özdil, Zekai; “Yetersiz Keşif ve Soruşturmalar Adaleti Geciktiriyor”, AD, 1975/1-2, s. 66-82.
- Özekes, Muhammet; “Hâkim ve Savcı Yardımcılığı Üzerine Düşünceler ve Öneriler”, Lexpera Blog, 2022, <https://blog.lexpera.com.tr/hâkim-ve-savci-yardimciligi-uzerine-dusunceler-ve-oneriler/> (25.03.2023).
- Özekes, Muhammet; Medenî Yargılama Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003.
- Özekes, Muhammet; Pekcanıtez Usûl – Medenî Usûl Hukuku (3 Cilt), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Özen, Muharrem/
- Özkan, Hasan; Hukuk ve Ceza Davalarında Keşif ve Tatbikatı, İstanbul, 1983.

Özkaya, Eraslan;

Özel Hukukumuzda Zamanaşımı ve Hak Düşürücü Süreler, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2016.

Özmen, E. Saba;

“Telefaks Cihazları (Facsimile) ile Gönderilen İrade Beyanlarının Medenî Hukuk ve Usûl Hukuku Açısından Sonuçları”, ABD, 1990, S. 1, s. 76 vd.

Özmumcu, Seda;

“Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayısı Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı – XII HMK Çerçevesinde Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler 18-19 Ekim 2014 – Isparta, Cilt 4, Sayı 2, Yıl:2014, s. 145-171. q

Özocak, Gürkan;

“Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 43-77.

Özraşit, Ticen;

Türk, İngiliz ve K.K.T.C Medenî Usûl Hukuklarında Deliller ve Delillerin Toplanmasına İlişkin Temel Kavramlar ile Güncel Sorunlar, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.

Öztek, Selçuk;

“Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Uzman Görüşü”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 2008, s. 179-189.

Pante, A. /

Kreissl, A.;

Die Praxis des Zivilprozesses, 4.A., Kohlhammer, 2009.

Pantle, Norbert;

Die Pflicht des Berufungsgerichts zur Wiederholung einer erstinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme”, NJW 1987, s. 3160-3164.

Paulus, Christoph G.;

Zivilprozessrecht, 5.A., Springer, Berlin 2013.

Peer, Philip;

“Das elektronische Dokument im Zivilprozess”, JuS, 2016, s. 29-33.

Pekcanitez, Hakan;

“Özel Uzman Görüşü ve Değerlendirilmesi“, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, 2009, s. 397-418.

Pekcanitez, Hakan;

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi”, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s. 5 vd.

- Pekcanitez, Hakan; “Hukuki Dinlenilme Hakkı”, Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 753 vd.
- Pekcanitez, Hakan; “Medenî Usûl Hukukunda Aleniyet İlkesi”, İzmir Barosu Dergisi, Ekim 1999, s. 21 vd.
- Pekcanitez, Hakan; “Medenî Yargıda Adil Yargılanma”, İzmir Barosu Dergisi, Nisan 1997, s. 35 vd.
- Pekcanitez, Hakan; “Elektronik Ticaretin Türk İspat Hukukuna Getirdiği Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s. 389-427.
- Pekcanitez, Hakan; “Geciken Adalet”, Makaleler, Cilt I, 2016, s. 125-132.
- Pekcanitez, Hakan; “Yargının Hızlandırılmasına İlişkin Avrupa Usûl Hukukundaki Gelişmeler”, Makaleler, Cilt I, 2016, s. 623-626.
- Pekcanitez, Hakan/
Oğuz Atalay/
Muhammet Özekes; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Onuncu Bası, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2022.
- Pelli, Olivia; “Beweisverträge im Zivilprozess”, SSZR - Schriften zum Schweizerischen Zivilprozessrecht, Band/Nr. 14, Dike Verlag AG,

2012.

- Peter, Roger; "Der Augenschein in der obligatorischen Unfallversicherung", ZBJV, Ban 137, 2001, s. 509-542.
- Peters, Egbert; "Auf dem Weg zu einer allgemeinen Prozessförderungspflicht der Parteien?", Festschrift für Karl Heinz Schwab zum 70. Geburtstag, München 1990, s. 399-408.
- Peters, Egbert; "Beweisvereitelung und Mitwirkungspflicht des Beweisgegners", ZZP 82, 1969, s. 200-224.
- Pfeiffer, Thomas; "Der Vorschlag der Kommission zur Reform der Brüssel I-VO", 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Postdam, Dr. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2013, s. 24-31. q
- Pınar, Hamdi; „Avrupa Birliği Rekabet Hukukunda AB Komisyonunun İnceleme Yetkisi“, Rekabet Dergisi, Cil 12, Sayı 4, 2011, s. 127- 154.
- Pohlmann, Petra; Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2014,

- Postacıoğlu, İlhan; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Üçüncü Bası, İstanbul, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, 1975.
- Postacıoğlu, İlhan; Şahadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, İstanbul, 1964.
- Postacıoğlu, İlhan/
Altay, Sümer; Medenî Usûl Hukuku Dersleri, Yedinci Bası, İstanbul, 2015.
- Prütting, Hanns; “Discovery im deutschen Zivilprozeß?”, AnwBI 2008, S. 153-159.
- Prütting, Hanns/
Gehrlein, Markus; ZPO Kommentar, 7. Auflage, Köln, 2015.
- Puchta, Wolfgang
Heinrich; “Betrachtungen über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige und über das Verfahren bei dessen Aufnahme”, ZCP 1830, s. 31-69.
- Pukal, Friedrich; Der Zivilprozess in der gerichtlichen Praxis, Frankfurt am Main, 1988.
- Rebholz, Helene; Beweise und Beweisführungsgrundsätze im Zivilrecht”, 38. DACH-Tagung 22. – 24. Mai 2008, Graz, s. 1-17.

Retzlaff, Björn /

von Kiedrowski, Bernhard;

“Prozessuale Waffengleichheit durch Parteivernehmung”, 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. Bis 17. März 2012 in Potsdam, s. 31-37.

Richter, A. Roland;

“Dashcams, Fotos und Videos: Rechtsprechungsübersicht zur Beweisverwertbarkeit”, SVR, 2018, s. 134-136.

Riss, Olaf;

Die Gemeinschaftlichkeit der Beweismittel, Wien, 2016.

Rodoplu Şahin, Didem/

Bebitova, Matluyba;

“Uzay Madenciliğine İlişkin Zorluklar ve Potansiyel Çözüm Önerileri”. Nişantaşı Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, 1(10), 2022, s 171-188.

Rodriguez, Rodrigo;

Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO Kommentar, 2.A., Dike Verlag AG, 2016.

Rogers, Corinne;

Virtual Authenticity: Authenticity of Digital Records from Theory to Practice, Electronic Theses and Dissertations (ETDs) 2008+, University of British Columbia, 2015.

Rosenberg; Leo/

Schwab, Karl Heinz/

Gottwald, Peter;

Zivilprozessrecht, 17. A., München 2010.

Roßnagel,

Alexander/

Fischer-Dieskau,

Stefanie;

“Elektronische Dokumente als Beweismittel - Neufassung der Beweisregelungen durch das Justizkommunikationsgesetz”, NJW 2006, s. 806-808.

Roßnagel, Alexander;

“Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste”, NJF 2014, s. 3686-3692.

Roßnagel, Alexander/

Nebel, Maxi;

“Beweisführung mittels ersetzend gescannter Dokumente”, NJW 2014, s. 886-891.

Roßnagel, Alexander/

Pfitzmann, Andreas;

“Der Beweiswert von E-Mail”, NJW 2003, s. 1209-1214.

Roßnagel, Alexander/

Wilke, Daniel;

“Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente”, NJW 2006, s. 2145-2150.

- Roßnagel, Alexander; “Neue Regeln für sichere elektronische Transaktionen – Die EU-Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste”, NJF 2014, s. 3686-3692.
- Rüedi, Yves.; Materiell rechtswidrig beschafte Beweismittel im Zivilprozess, Zürich, 2009.
- Rüetschi, Sven; ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung BK - Berner Kommentar, Stämpfli Verlag AG, 2012.
- Rühl, Giesela; “Preparing Germany for the 21st Century: The Reform of the Code of Civil Procedure” 6 German Law Journal, Vol. 06 No. 06, 2005, s. 910-942, (Heinonline).
- Rüssman, Helmut; “Rechtsgeschäfte im Internet: Rechtswirksamkeit und Beweis (nach deutschem Recht)”, (Mai 2001 Internetkongress in İzmir), (Online-Saarbrücker Bibliothek, www.jura.uni-sb.de).
- Rüssmann, Helmut; “Moderne Technologien im Zivilverfahren”, 53 Annales U. Sci. Budapestinensis Rolando Eotvos Nominatae, 2012, (HeinOnline).
- Rüzgaresen, Cumhur; Medenî Muhakeme Hukukunda Usûl Ekonomisi İlkesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2013.

Saenger, Ingo/

Möller, Christina;

Das unbestechlichste Beweismittel”, JA, 2015, s. 12-16.

Saenger, Ingo;

“Grundfragen und aktuelle Probleme des Beweisrechts aus deutscher Sicht”, ZZP 121 (2008), s. 139-163.

Saenger, Ingo;

“Verfahrensmanagement im Zivilprozess – Gestaltungsmöglichkeiten und Anreize”, 6. ZPR-Symposium der Bundesrechtsanwaltskammer vom 15. bis 17. März 2012 in Postdam, s. 9-24.

Saenger, Ingo;

Zivilprozessordnung Handkommentar, 4.A., Nomos 2011.

Säcker, Franz Jürgen/

Rixecker, Roland/

Oetker, Hartmut/

Limperg, Bettina;

Münchener Kommentar zum BGB, 9. A., C.H. Beck, 2023.

Sağlam, İpek;

Elektronik Sözleşmeler, İstanbul, 2007.

Sağlık, Özhan/

Çiçek, Niyazi;

“Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Değerinin Korunmasında Mevzuatta Öngörülen Delil

Özelliklerinin İncelenmesi”, Bilgi Yönetimi Dergisi, Cilt 3, Sayı 2, Yıl 2020, s. 120 – 142 (<https://dergipark.org.tr/en/download/article-file/1404788>).

Sağlık, Özhan;

Elektronik Belge Yönetimi Uygulamalarındaki Koşullar Işığında E-İmzalı Belgelerin Delil Değerinin Arşivsel Güvenilirlik Açısından İncelenmesi, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2021.

Sarısözen, Serhat;

“Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medenî Usûl Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, TBB Dergisi 2011 (96), s. 331-382.

Schellhammer, Kurt;

Zivilprozess, 15.A, Heidelberg, 2016.

Schemmann, Till;

“Die Beweiswirkung elektronischer Signaturen und die Kodifizierung des Anscheinsbeweises in 371a Abs. 1 S. 2 ZPO”, ZZP 118, 2005, s. 161-183.

Schilken, Eberhard.;

Zivilprozessrecht, 6.A., München, 2010.

Schilken, Eberhard;

“Gedanken zum Anwendungsbereich von Strengbeweis und Freibeweis im Zivilverfahrensrecht”, Recht und Risiko – Festschrift für Helmut Kollhosser zum 70.

Geburtstag Band II Zivilrecht, Karlsruhe 2004, s. 649-662.

- Schliemann, Christian; “Procedural Rules for the Implementaiton of the OECD Guidelines for Multinational Enterprises – a Public International Law Perspective”, German Law Journal, Vol. 13, No. 01, 2012, s. 51-85.
- Schlosser, P.; Zivilprozessrecht I, 2.A., München 1993.
- Schmid, Michael J; “Die Vorschusspflicht nach 379 ZPO”, MDR 1982, s. 94-97.
- Schneider, Egon.; Beweis und Beweis-Würdigung, 5.A., München, 1995.
- Schneider, Egon.; Praxis der neuen ZPO, Recklinghausen, 2003.
- Schneider, Egon; “Die Zumutbarkeit der Urkundenvorlegung durch Dritte”, MDR, 2004, s. 1-4.
- Schneider, Egon; “Gebührenrechtliche Folgen der Terminsvorbereitung nach § 273, § 358a ZPO”, MDR, 1980, s. 177-180.
- Scholz, Peter; “Die Vorlagepflichten gemäß 142, 144 ZPO: Ein gelungener Beitrag zur Fortentwicklung des deutschen Zivilprozesses?”, Haluk Konuralp

Anısına Armağan, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

Schöpflin, Martin; “Die Parteianhörung als Beweismittel”, NJW, 1996, s. 2134-2138, (beck-online.de).

Schreiber, Klaus.; “Die Beweismittel im Zivilprozess”, JURA, Heft 4, 2009, s. 269-274.

Schreier, Marti Leonora; Parteibefragung und Beweisaussage unter der Verhandlungsmaxime, Aktuelle Juristische Praxis, 2017.

Schreier, Marti Leonora; “Ein Privatgutachten ist kein Beweismittel nach Art. 168 Abs. 1 ZPO, sondern eine blosse Parteibehauptung”, Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, ZBJV 151/2015 S. 963, s. 963-966.

Schulte, Bernd H.; “(In-)Kompetenzen des Verwaltungsrichters bei der örtlichen Augenscheinseinnahme”, NJW 1988, s. 1006-1011.

Schulze, Hans-Eugen; “Zur Mitwirkung blinder Richter”, MDR 1988, s. 736-743.

Schumacher, Rainer; “Ausmasse und Regierapporte: ein effizientes Beweissicherungssystem”, Baurecht, (Jean-Baptiste Zufferey, Hubert Stöckli, Peter Hänni,

Pascal Pichonnaz, Jacques Dubey, Martin Beyeler, Mirjam Duss), BR 2009 S. 28, s. 28-36.

Schuman, Ekkehard.; Die ZPO Klausur, 3.A., München 2006.

Schwab, Martin.; Zivilprozessrecht, 5.A., Heidelberg 2016.

Schwander, Daniel; “Befragungstechnik”, Haftpflichtprozess 2013
Heuristics and Biases, Persönlichkeitsschutz,
Regressprozess, Substanziierung,
Parteibefragung und Gutachten, Schulthess
Juristische Medien AG 2013, s.170-210.

Schwander, Daniel; “Ein vergleichender Streifzug durch das zivil-
und strafprozessuale Beweisrecht”, Das
Zivilrecht und seine Durchsetzung Festschrift für
Professor Thomas Sutter-Somm, Schulthess
Juristische Medien AG, 2016, s. 573-599.

Schwander, Ivo; “Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung,
Urteil vom 11. September 2015, BGer
4A_178/2015 = BGE 141 III 433”,
Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess- und
Zwangsvollstreckungsrecht, Dike Verlag AG, s.
226-228.

Schweizer, Mark; “Beweiserleichterungen bei
Beweisschwierigkeiten im schweizerischen
Recht”, Haftpflichtprozess 2016
Dokumentations- und Aufklärungspflicht im

Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Schultess Juristische Medien, 2016, s. 121-151.

Seçkin, Nedret;

“Dış Ticarete Elektronikleşme: E-Belge ve E-İmza”, (lexpera.blog.com.tr).

Seidel, Katrin;

“Der Ortstermin des Sachverständigen - Vorbereitung, Durchführung und Bewältigung von Konfliktsituationen”, DS, 2017, s. 188-193.

Seitz, W. / Büchel, H.;

Beck'sches Richter-Handbuch, München 1995.

Sever, Hanifi;

Adli Ses İncelemeleri ve Hukuki Boyutu, Ankara, 2008.

Soysal, Tamer;

“Teknik ve Hukuki Açıdan Elektronik İmza”, Legal Hukuk Dergisi, Mart 2006, s. 697-733.

Spickhoff, Andreas;

“Beweiserleichterungen im Arzthaftungsrecht in Deutschland”, Haftpflichtprozess 2016 Dokumentations- und Aufklärungspflicht im Arzthaftungsrecht, Beweiserleichterungen, Produkthaftung, Verjährung und gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Haftpflichtrecht, Schulthess Juristische Medien, 2016, s. 153-172.

- Stackmann, N.; “Richterliche Anordnungen versus Parteiherrschaft im Zivilprozess?”, NJW, 2007, 3521.
- Stadler, Astrid; “Der Schutz von Unternehmensgeheimnissen im Zivilprozeß”, NJW, 1989, s. 1202-1206.
- Stadler, Astrid; “Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozeß”, ZZP 110, 1997, s. 137-165.
- Stahelin, D./
Stahelin, P./
Grolimund, G.; Zivilprozessrecht Unter Einbezug des Anwaltsrechts und des internationalen Zivilprozessrechts, 2.A., Schulthess Juristische Medien, 2013.
- Stamm, Jürgen; “Zur Rechtsstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht”, ZZP 124, 2011, s. 433-459.
- Stanischewski, Flora; “Die vorsorgliche Beweisführung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung”, IMPULSE - Impulse zur praxisorientierten Rechtswissenschaft, Band/Nr. 7, Schulthess Juristische Medien AG, 2015, s. 21-57.

- Stürner, Rolf; “Schlusswort – Die prozessuale Untersuchungspflicht (372a ZPO) der Partei im Ausland”, JZ 1987, s. 607-611.
- Sutter-Somm, Thomas /
Hasenböhler, Franz /
Leuenberger, Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2010.
- Sungurtekin Özkan, Meral/
Türkoğlu Özdemir, Gökçe; Roma Hukukundan Günümüze Medenî Yargılamanın Esasları, Ankara, 2008.
- Sungurtekin Özkan, Meral; Türk Medenî Yargılama Hukuku, İzmir, 2013.
- Süral, Ceyda; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, TBB Dergisi 2012 (100), s. 167-216.
- Şanlı, Cemal /
Esen, Emre /
Ataman - Figanmeşe, İnci; Milletlerarası Özel Hukuku, Onuncu Baskı, İstanbul, 2023.
- Şerafettin Ekici, Bilişim ve Teknoloji Hukuku, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2023.
- Tahiroğlu, Fatih; Medenî Usûl Hukukunda Re’sen Araştırma

İlkesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Tanner, M.; Antizipierte Beweiswürdigung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Aktuelle Juristische Praxis, 2015.

Tanrikulu, Cengiz; “Türk ve Avusturya Hukukunda Elektronik Tebligat”, TBB Dergisi, Cilt 22, Sayı 85, Kasım 2009, s. 315-331.

Tanrıver, Süha; Hukukumuzda Bilirkişilik, Ankara, Yetkin Yayınları, 2017.

Tanrıver, Süha; “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Revizyonu Üzerine Bazı Düşünceler”, TBBD, 2012, S. 99, s. 21 vd.

Tanrıver, Süha; Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri ve Sorumluluğu, Ankara, 2002.

Tanrıver, Süha; Medenî Usûl Hukuku – Cilt I, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.

Tanrıver, Süha; Türk Aile Mahkemeleri, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

Tanverdi, Mücahit; Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul

Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991.

Taşpınar, Sema;

Delil Sözleşmeleri, Ankara, 2001.

Taş Korkmaz, Hülya;

Hukuk Davalarında Gerçek Tarafın Belirlenmesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.

Taşpınar, Sema;

„Medeni Yargılama Hukukunda Amaç Sorunu“, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 1999, s. 759-787.

Arslan, Ramazan/

Yılmaz, Ejder/

Taşpınar Ayvaz, Sema/

Hanağası, Emel;

Medenî Usûl Hukuku, Sekizinci Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2022.

Tekinay, Selahattin Sulhi;

Türk Aile Hukuku, Yedinci Bası, İstanbul, 1990.

Tektüfekçi, Fatma;

“E-Dönüşüm Sürecinde E-Muhasebe Uygulamaları: Türkiye Örneği”, Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi, Cilt XII, Sayı I, 2017, s. 79-88.

Teomete Yalabık, Fulya;

İngiliz ve Amerikan Hukuklarında Vakıaların Getirilmesi ile Delillerin Toplanması Hâkimin Rolü ve Türk Hukuku Bakımından

Değerlendirilmesi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Theimer, Clemens/

Theimer, Anette;

Mustertexte zum Zivilprozess, Band I, 6.A., München 2006.

Thomas, Heinz /

Putzo, Hans;

ZPO Zivilprozessordnung Kommentar, 38.A., München 2017.

Tiryaki, Fuat;

Nesebin, Reddi Davası, Basılmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995.

Tok, Ozan;

Medenî Usûl Hukukunda Delil Başlangıcı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016.

Toker, Ali Gümrah;

Milletlerarası Özel Hukukta İstinabe, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.

Topal, Önder;

“Tüketici Uyuşmazlıklarında İspat ve Delil”, Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, Haziran 2015, s. 191-232.

Topaloğlu, Mustafa;

“Elektronik Ticarete Ödeme Sistemleri: Kredi Kartları, Elektronik Para, Elektronik Çek”,

Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 130, Haziran 2017, s. 70-80.

Toprakkaya, İrem;

“Rekabet Kurumu’nun Yayımladığı “Yerinde İncelemelerde Dijital Verilerin İncelenmesine İlişkin Kılavuz”un Değerlendirilmesi”, <https://blog.lexpera.com.tr/rekabet-kurumunun-yayimladigi-yerinde-incelemelerde-dijital-verilerin-incelenmesine-iliskin-kilavuz-un-degerlendirilmesi/>.

Topuz, Gökçen;

Medenî Usûl Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara, 2012.

Toraman, Barış;

“Medenî Usûl Hukukunda İspat Hakkına Dair Bazı Tespit ve Değerlendirmeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 1483-1523.

Toraman, Barış;

Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.

Trittmann, Rolf/

Leitzen, Mario;

“Haager Beweisübereinkommen und pre-trial discovery: Die zivilprozessuale Sachverhaltsermittlung unter Berücksichtigung der jeweiligen Zivilprozessrechtsreformen im

Verhältnis zwischen den USA und Deutschland”,
IPRax 2003, s. 7-12.

Turan, Metin; Bilişim Hukuku, 3. Baskı, Seçkin Yayınevi,
İstanbul, 2019.

Tutumlu, Mehmet Akif; “Delil Avansına İlişkin Ara Kararının
Özellikleri”, Terazi Hukuk Dergisi, Sayı 107,
Temmuz 2015, s. 124-129.

Tutumlu, Mehmet Akif; “Hukuk Yargılamasında Delillerin İkamesi”,
Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 1990/4, s. 568-
583.

Tutumlu, Mehmet Akif; Delillerin Gösterilmesi ve Toplanması Kesin
Süre, Ankara, Seçkin Yayınları, 2008.

Tutumlu, Mehmet Akif; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Yeni ve
Değişik Hükümlerinin Yorumu, İkinci Bası,
Ankara, 2012.

Tutumlu, Mehmet Akif; Medenî Usûl Hukukunda Gider ve Delil Avansı,
Ankara, Seçkin Yayınları, 2017.

Tutumlu, Mehmet Akif; Medenî Yargılama Hukukunda Delillerin İleri
Sürülmesi, Dördüncü Bası, Ankara, 2007.

Türkel, Necmi; Cezada ve Hukukta Keşif, Edirne, 1969.

Türkoğlu Özdemir, G.

"Roma Medenî Usûl Hukukunda Formula Yargılaması", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 7, 2005, s. 167-212, s. 170 vd.

Tüzüner, Özlem;

Adli Genetik ve Tıbbi Biyoloji Bilimlerinin Soybağı Hukukuna Etkileri, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

Uğraş, Dilek Özge;

"Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Bilgisayar Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma, TBB Dergisi, S. 154, 2021, s. 97-134.

Ulrich, Jürgen/

Zielbauer, Jochen;

"Tatsachenfeststellung durch den gerichtlichen Sachverständigen – Ortstermin des Sachverständigen – Substanzeingriffe", DS, 2008, s. 12-20.

Ulrich, Jürgen;

"Grundzüge des selbstständigen Beweisverfahrens - Teil I: Grundlagen", DS, 2007, s. 184-187.

Ulrich, Jürgen;

"Gerichtliche Anhörung des privat tätigen Sachverständigen - Wann erhält er Vergütung als gerichtlicher Sachverständiger und wann nur Entschädigung als Zeuge?", DS, 2006, s. 341-345.

- Uluç, Didem; Rekabet Hukukunda Tahkim Uygulamaları, Ankara, 2012.
- Ulukapı, Ömer/
Yardımcı, Taner Emre; “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Çerçevesinde Sonradan Delil Gösterilmesi”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan), C. 16, Özel Sayı 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 483-507.
- Ulukapı, Ömer; Medenî Usûl Hukuku, Üçüncü Baskı, Konya, Mimoza Yayınevi, 2015.
- Umar, Bilge/
Yılmaz, Ejder; İsbat Yüğü, Ankara, 1980.
- Umar, Bilge; “HMK Tasarısı Değerlendirmesi”, Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara, 2006, s. 113 vd.
- Umar, Bilge; “Hususi Hukukta Karineler”, Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1964, s. 181 vd.
- Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İkinci Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014.

- Uyar, Talih; “Elektronik Posta Verilerinin “Yazılı Delil” ya da Delil Başlangıcı” Olarak Senedin “Teminat Senedi” Olup Olmadığının İspatındaki Rolü”, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 12, Sayı 125, Ocak 2017, s. 90-92.
- Uyumaz, M.; Soybağı Davalarında Usûle İlişkin Hükümler, Ankara 2015.
- Uzunay, Yusuf/
Bıçakçı, Kemal; “A3D3M: Açık Anahtar Altyapısı Destekli Dijital Delilleri Doğrulama Modeli”, http://www.emo.org.tr/ekler/4843973f9b66701_ek.pdf.
- Ünal Kaya, Hilal; “Türk ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Karşı Tarafın Elindeki Belgeye Ulaşabilme İmkanları”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 67 (4) 2018, s. 783-806.
- Üner, Bülent; “Adli Astronominin Temelleri”, Adli Bilimler Dergisi, Sayı 1, Mart 2003, s. 55-62.
- Üstündağ, Saim; Medenî Yargılama Hukuku, Yedinci Bası, İstanbul, 2000.
- Varol Karaosmanoğlu,
G.; Ses Ve Görüntü Nakli Yoluyla Duruşma Yapılmasına İlişkin Olarak 7521 Sayılı Kanun’la

Yapılan Değişikliklerin Doğrudanlık İlkesi Kapsamında Değerlendirilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 8, Sayı: 1, Ocak 2022, s. 78.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet;

Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, C. 2, Beşinci Bası, İstanbul, 1965.

Vesper-Graske, Marvin;

“Say On Pay” In Germany: The Regulatory Framework And Empirical Evidence”, German Law Journal, Vol. 14, No. 07, 2013, s. 749-795.

Vogel, Oscar/ Spühler, Karl;

Grundriss des Zivilprozess-Rechts, 2013.

von Becker, Bernhard;

“Schmerzen, wie du sie noch nie erlebt hast” - LG Koblenz erlaubt Verfilmung des Gäfgen-Falls, NJW, 2007, s. 662-664.

Von Sponeck,

Henning;

“Beweiswert von Computerausdrucken”, CR, 1991, s. 269-273.

Völzmann-Stickelbrock,

Barbara;

Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme und Parteiöffentlichkeit – Nicht mehr zeitgemäße oder unverzichtbare Elemente im Zivilprozess”, ZZP 118, 2005, s. 359-384.

Wagner,

- Peer Philip; “Das elektronische Dokument im Zivilprozess”, JuS, 2016, s. 29-33.
- Wasserman, Rudolf.; ZPO Kommentar zur Zivilprozessordnung, Luchterland 1987.
- Weibel, Thomas /
- Naegeli, Sabina; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2.A., Schultess Juristische Medien AG, 2013.
- Weibel, Thomas /
- Walz, Claudia; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3.A., (Herausgeber: Thomas Sutter-Somm, Franz Hasenböhler, Christoph Leuenberger), Schultess Juristische Medien AG, 2016.
- Weidt, Christopher; “Die E-Mail im Zivilprozess”, JA 2017, 618.
- Werner Schmid,
- Kiel; “Der Revisionsgerichtliche Augenscheinbeweis”, Erlanger Juristen Fakultät Zeitschrift, Dezember 1972, s. 893-915.
- Wieczorek, Bernhard /
- Schütze, Rolf Arno; Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Grosskommentar, 4.A., De Gruyter 2013.

- Wilke, Daniel; Die rechtliche Bedeutung gescannter Dokumente”, NJW 2006, s. 2145-2150.
- Willer, Ralf; “Das selbständige Beweisverfahren und die Grenzen richterlicher Vorlageanordnungen”, NJW 2014, s. 22-25.
- Willisegger, Daniel.; Grundstruktur des Zivilprozesses Grundlagen, Grundelemente, Gerichtsverfahren, Schultess, 2012.
- Wullschleger, Paola.; ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2.A., 2015.
- Yalçinkaya, Bahattin; “Elektronik Belge Yönetimi (Eby) Uygulamalarında Başarıyı Olumsuz Etkileyen Risk Unsurları”, Bilgi ve Belge Araştırmaları Dergisi, Sayı 4, 2015, s. 20-40.
- Yaltı, Billur; “ E-İmza ve E-Belge: Kağıtsız ve Mürekkepsiz Dünyada Hukuk-I”, Vergi Sorunları, Nisan 2001, S.151, s.131.
- Yardım, M. Ertan; Elektronik İmza ve Elektronik İmzanın Medenî Usûl Hukukumuzda Etkileri, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2006.

- Yardım, Mehmet Ertan; “Elektronik Noterlik İşlemleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Cilt 3, Sayı 1, Ocak 2016, s. 3-118.
- Yardımcı, Taner Emre; Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Yavaş, Murat; Medenî Usûl Hukukunda Delil Tespiti, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1999.
- Yavaş, Murat; Senetle İspat, Senede Karşı Senetle İspat Kuralları ve Bu Kuralların İstisnaları, İkinci Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2020.
- Yavuz, Can; Deepfake (Derin Sahte), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2022.
- Yavuz, Nihat; “Hukuk Davalarında Belgelerin Çekişmeli Taşınmazlara Uygulanması Sorunu”, ABD, 1975/1, s. 30-35.
- Yazgı, Burçak; Medenî Usûl Hukukunda Babalık Davası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2002.
- Yeşilova, Bilgehan; “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği”, TBB Dergisi, Sayı 86, 2009, s. 47-101.

- Yıldırım, Ali Nizamettin Türk Borçlar Hukuku Bakımından Akıllı Sözleşmeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2023.
- Yıldırım, Fadıl Mustafa; “Nitelikli Elektronik Sertifika Hizmet Sağlayıcısının Hukuki Sorumluluğu”, AÜEHFD, C.VIII, Y. 2004, C. 8, S. 3-4, s. 257- 283.
- Yıldırım, M. Kamil; “Medenî Yargılama Hukukunda Hâkimin Rolü”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan – Özel Sayı), Cilt 22, Sayı 3, Yıl 2016, s. 3027-3044.
- Yıldırım, M. Kamil; “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu”, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru’ya Armağan, Ankara, 2004, s. 833 vd.
- Yıldırım, M. Kamil; İlkeler Işığında Medenî Yargılama Hukuku, Beta Yayınevi, Dokuzuncu Baskı, İstanbul, 2018.
- Yıldırım, M. Kamil; Medenî Usûl Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul, 1990.
- Yıldız, Ali Kemal; “Ses ve/veya Görüntü Kayıtlarının İspat Fonksiyonu”, CHD, 2006/2, s. 258.

- Yıldız, Ali Kemal; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, İÜHFM, C. IJCV, S.J., 2007, s. 127-174.
- Yılmaz, Ejder; Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2002.
- Yılmaz, Ejder; “Usûl Ekonomisi”, AÜHFD, 2008, C. 57, S. 1, s. 243 vd.
- Yılmaz, Ejder; “Rekabet Hukukunda Deliller, Delillerin Toplanması ve Değerlendirilmesi Üzerine Düşünceler”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu-II, Kayseri, 2004, s. 67-88 (kazanci.com).
- Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) Şerhi, Cilt I, Cilt II, Cilt III, Dördüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Ejder; Medenî Usûl Hukukunda Yemin, Üçüncü Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021.
- Yılmaz, Ejder; Medenî Yargılama Hukukunda Islah, Beşinci Baskı, Ankara, 2021.
- Yılmaz, Mustafa; “Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil

Niteliği”, Cevdet Yavuz’a Armağan, s. 3435-3486.

Yılmaz, Orhan; “Hukuk Davalarında Tahkikatın Yürütülmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 4, Ocak 1989, s. 600-610.

Yılmaz, Orhan; Hukukta Keşif, Kayseri, 1955.

Yılmaz, Zekeriya; Açıklamalı - İçtihatlı 6100 Sayılı HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) ve Getirdiği Yeni Hükümler, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.

Yılmaz, Zekeriya; Hukuk Davalarında Yargılama Harç ve Giderleri ile Vekalet Ücreti, Dördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2011.

Yılmaz, Zekeriya; Medenî Usûl Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Yılmaz, Zekeriya; Yargılama Safhaları ve İşlemleri, Ankara, Adalet Yayınevi, 2013.

Yurtbaşı, Fatih; Medenî Usûl Hukukunda Keşif, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2015.

- Yüksel, Burcu; Uluslararası Elektronik Fon Transferine Uygulanacak Hukuk, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Zahrnt, Christoph “Die Rechtsprechung zur Beweislast bei Fehlern in Standardsoftware”, NJW, 2002, s. 1531-1535.
- Zeiss, A./
Schreiber, A.; Zivilprozessrecht, 11.A., Mohr Siebeck Tübingen 2009.
- Zell, Anne-Marie; “Data Protection in the Federal Republic of Germany and the European Union: An Unequal Playing Field”, German Law Journal, Vol. 15, No. 3, 2014, s. 461 – 494.
- Zender, Albert; “Rechtshilfe bei Zwangsmaßnahmen zur Blutentnahme?”, NJW, 1991, s. 2947-2948.
- Zerres, Thomas.; Bürgerliches Recht, 5.A., Springer, 2005.
- Zimmerman, W.; Zivilprozessordnung, 10.A., Bonn, 2015.
- Zimmerman, W.; ZPO-Fallrepetitorium, 10.A., C.F. Müller, 2015.
- Zoller, Edgar; “Die Mikro-,Foto- und Telekopie im Zivilprozeß”, NJW, 1993, s. 429-435.

Zotsang, Dheden C.;

Prozesskosten nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZStV - Zürcher Studien zum Verfahrensrecht Band/Nr. 178, Schultess Juristische Medien AG, 2015, s. 1-26.

Zöller, Richard;

Zivilprozessordnung, 33.A., Otto Schmidt, 2020.





ÖZGEÇMİŞ



TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Nurcan Demirtaş
Tez Başlığı : Elektronik Belgeler Üzerinde Keşif
Savunma Tarihi : 07 / 09 / 2023
Danışman : Prof. Dr. Güray Erdönmez

JÜRİ ÜYELERİ:

Unvan, Ad-Soyadı

İmza

Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez

Prof. Dr. Oğuz Atalay

Prof. Dr. Güray Erdönmez

Prof. Dr. Hülya Taş Korkmaz

Doç. Dr. Nur Bolayır

Prof. Dr. Ulun AKTURAN

Enstitü Müdürü