

TÜRK BORÇLAR KANUNU,
TÜRK TİCARET KANUNU
VE HUKUK MUHAKEMELERİ
KANUNU'NDAKİ BİLİŞİM
ALANINA İLİŞKİN
DÜZENLEMELERİN CEZA
HUKUKUNA YANSIMALARI*

Yrd. Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER**

* Bu makale hakem incelemesinden geçmiştir ve TÜBİTAK-ULAKBİM Veri Tabanında indekslenmektedir.

** İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

Ö Z

Sanayi devriminin gerçekleştiği 19. yüzyıldan günümüze ekonomi, toplumsal yaşamın temel dinamiğini oluşturmaktadır. Bu dinamik, 20. yüzyılda düzenlenen birçok hukuki düzenlemeyi etkilemiş ve buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Zamanla ekonomik yapının istikrarının ve devamının daha da önemli hale gelmesi sonucunda bu yapı temel hukuki düzenlemelerdeki özel hükümlerle ve hatta ceza yasalarında yer alan normlarla korunmaya başlanmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK), 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK) bunlardan en önemlileridir. Bu yasalar incelendiğinde, esas itibarıyla bilişim dünyasındaki gelişmeleri içerdikleri görülmektedir. Ayrıca söz konusu yasaların bilişim sektörünün günlük ve ticari yaşama yansımalarını içeren düzenlemelere sahip oldukları görülmektedir. Ekonomik ve ticari ilişkilerde sıklıkla görülen elektronik imza kullanılması, internet üzerinden şirket genel kurul toplantısının yapılması, elektronik posta ile geçerli tebligat yapılması ya da faks yoluyla sözleşme kurulması gibi bilişim çağının araçları bu genel kodlar ile hukuksal birer uygulama haline getirilmişlerdir. Buradan hareketle çalışmada TBK, TTK ve HMK’da düzenleme konusu yapılan bilişim alanına ilişkin yeniliklerin kötüye kullanılması suretiyle aynı zamanda suç oluşturan eylemlere konu olması halinde bunların barındırdıkları riskleri ve bu eylemlerin ceza hukukuna yansımalarını, ceza hukuku açısından ne gibi ihlallere yol açabileceklerini inceleme konusu yapılmaktadır.

Anahtar sözcükler: Ekonomik suç, bilişim suçu, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Hukuk Muhakemesi Kanunu, elektronik imza, kayıtlı elektronik posta sistemi, e-Fatura uygulaması.

THE REFLECTIONS OF THE LEGISLATIONS RELATED INFORMATICS ON THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS, TURKISH CODE OF COMMERCE AND CODE OF CIVIL PROCEDURE ON THE CRIMINAL LAW

ABSTRACT

Economics, is the basic dynamic of the communal living, from the beginning of industrial revolution in 19th century. This dynamic had effected many legislation that enacted in 20th century. In process of time, this system was started to be protected by private norms in basic law and also the norms in criminal law while the economic structure's stability and continuation were becoming more significant. 6098 numbered Turkish Code of Obligation (TCO), 6100 numbered Code of Civil Procedure (CCP) and 6102 numbered Turkish Code of Commerce (TCC) are the most significant ones. When the aforementioned legislation are analysed, it's going to be seen they include legal regulation on developments of informatics and their reflections on daily and business lives. Informatic ages instruments as electronic signature that being used in economic and trade relations, meetings of the general assembly through internet, sending elektronik mails fort he legal process or entering to an agreement by fax were legislated by these general codes. Thus, the jeopardies, the reflections of those actions on criminal law and their causation on what sort of breaches in the sense of criminal law in the case of abuse and being subject to punishable actions of the innovations of informatics that legislated in TCO, CCP and TCC are being examined in this study.

Keywords: *Economic crime, cyber crime, code of commerce, code of obligations, code of civil procedure, electronic signature, registered electronic mail system, electronic billing.*

GİRİŞ

Ceza hukukunun koruduğu hukuksal değerlerin en önemlilerinden birisini ekonomik sistemin işleyişi oluşturmaktadır^[1]. Toplumsal düzene aykırılıkları tespit etmek ve bunlara aykırı davranışları suç normu olarak düzenleyip cezalandırmak amacını güden ceza hukukunun, toplumsal düzenin önemli bir bileşeni olan ekonomik sistemi bir hukuksal değer olarak kabul etmemesi ve bunu korumaması düşünülemez. İnsanların topluluk halinde yaşadığı her dönem ve yerde ekonomik bir sistem bulunmuştur. Ancak sanayi devriminin gerçekleştiği 19. yüzyıldan günümüze ekonomi, toplumsal yaşamın temel dinamiğini oluşturmaktadır. İşte bu dinamik, 20. yüzyılda yapılan birçok hukuki düzenlemeyi etkilemiş ve buna ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bunların en başında ise TMK, TBK, TTK ve HMK gelmektedir. Zamanla ekonomik yapının istikrarının ve devamının daha da önemli hale gelmesi sonucunda bu yapı söz konusu yasalardaki özel normlarla ve hatta ceza yasalarında ya da yan ceza yasalarında yer alan normlarla korunmaya başlanmıştır.

Günümüz ceza hukukunda ekonomik suçlar kavramı gündeme gelmiş ve ceza hukukunda önemli bir yer edinmiştir^[2]. Bu kavramın ortaya çıkması ve ceza yasalarında yer alması aslında ceza hukukunun evriminin farklı bir aşamaya geldiğini göstermektedir. Zira eski dönemlerin ceza yasalarına ya da ceza normu içeren yasalarına bakıldığında ekonomik suçlara ilişkin normların bulunmadığı görülmektedir. Ancak, 19. yüzyıldan itibaren uluslararası ticaretin yaygınlık kazanması ve özellikle finans sektörünün ekonomik sistemin en önemli aktörü olması ve bu yapıyı desteklemesi sonucunda, ekonomik yapı aleyhine gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemler suç olarak tanımlanmıştır.

Ceza hukukunun evriminin bir diğer basamağını ise 1990'lı yıllardan itibaren bilişim dünyasının gelişmesi, elektronik ticaretin^[3] ortaya çıkması

[1] Ekonomi, (*iktisat*) üretim ile tüketim veya arz ile talep arasında dengenin nasıl sağlanacağını ve üretim faktörlerinin (*toprak, emek, sermaye ve girişimci*) nasıl kullanılacağını inceleyen bilim dalıdır. Ancak bu tanımın ilke olarak piyasa ekonomisini kurallarına dayanan kapitalist sistem için geçerli olup, sosyalist sistem için geçerli olmadığı gözden uzak tutulmamalıdır. Ali Özgüven, *İktisat Bilimine Giriş*, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005, s.3.

[2] Ekonomik suçun tanımı ve bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz: Murat Volkan Dülger, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011, s.213–218.

[3] “*Avrupa Birliği e-ticareti basit bir şekilde “mal ve hizmetlerin internet üzerinden satılması” olarak tanımlamıştır. Buna ek olarak OECD, e-ticareti “internet üzerinden yapılan ticari işlemler” olarak tanımlamakta ve “işletmeler arası ve işletmelerle son kullanıcı arasında olan işlemler” olarak ikiye ayırmaktadır.*” Söz konusu tanım ve ayrıntılı açıklama için bkz: Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, *İnternet Girişimciliği ve E-Ticaret Eksenli Mevcut Durum Raporu*, 10 Nisan 2013, s.80 vd.

ve internetin günlük yaşama hızlı bir şekilde girmesiyle olmuştur. Çünkü bu değişimler ve bunun sonuçları, hem yeni hukuki ilişki türlerinin ortaya çıkmasına hem de eskiden beri var olan hukuki ilişki türlerinin yeni yöntemlerle gerçekleştirilmesine neden olmuş ve bunlar çeşitli yasalara da aktarılmaya başlanmıştır^[4]. Bu aktarımlar, ilişkilerin içeriğine yani bizzat hakkın kendisine ait olduğu gibi hakkın ispatına ilişkin belgelerin üretilmesine ve hakkın ispatına yani yönetime ilişkin de olmuştur.

Ülkemiz hukuk düzeni de, değişimlerden etkilenmiş ve bu yönde düzenlemeler yapılmıştır. Cumhuriyetin kuruluş yıllarında yapılan hukuk devriminin bir parçası olarak çıkarılan 1926 tarihli 743 sayılı Medeni Kanun, 1926 tarihli 818 sayılı Borçlar Kanunu ve 1927 tarihli 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile bunları takiben çıkarılan 1956 tarihli 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girdikleri ilk dönemde çağın ve Türk toplumunun ilerisinde düzenlemeler olmalarına rağmen geçen zaman içinde eskimiş, dili günümüzde konuşulan Türkçeden farklılaşmış ve yasaların düzenlendiği dönemde bulunmayan pek çok hukuksal ilişkiyi içermediği için de eksik kalmıştır. Ayrıca gelişen ihtiyaçlar nedeniyle yasalarda yapılan değişiklikler zaten çeviri hataları nedeniyle uyumsuzluklar içeren yasaları daha da uyumsuz hale getirmiştir. İşte bu düşüncelerden yola çıkılarak söz konusu yasaların yerine yeni metinler hazırlanarak ve bunlar TBMM'de kabul edilerek yasalaştırılmışlardır. Bu kapsamda her biri 2011'de yasalaştırılan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK)^[5], 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)^[6] ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'dur (TTK)^[7]. Özel olarak ele alınması gereken hukuki düzenlemeler söz konusu yasalar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Söz konusu yasalar incelendiğinde, bilişim dünyasındaki gelişmeleri ve bunların günlük ve ticari yaşama yansımalarını içeren düzenlemelere sahip oldukları görülmektedir. Ekonomik ve ticari ilişkilerde sıklıkla görülen elektronik imza kullanılması, internet üzerinden şirket genel kurul toplantısının yapılması, elektronik posta ile geçerli tebligat yapılması ya da faks yoluyla sözleşme kurulması gibi bilişim çağının araçları bu genel kodlar ile yasal hale getirilmişlerdir. Nitekim TTK'nın yeniden yapılmasına ilişkin gerekçelerden birisi de, bilişim teknolojilerine ilişkin düzenlemelere yer verilmek istenmesidir. Bu bağlamda 6102 sayılı TTK'nın çıkarılmasında etkili olan temel faktörlerden birisinin elektronik işlemlerin ve ticaretin yaygınlaştırılmasıdır. Bu bağlamda sözleşmelerin kurulmasından başlayarak belgelerin elektronik ortamda oluşturulması

[4] Murat Volkan Dülger, Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012, s.39, 40.

[5] Kabul tarihi: 11.01.2011, Resmi Gazete tarihi: 04.02.2011, No: 27836.

[6] Kabul tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete tarihi: 04.02.2011, No: 27836.

[7] Kabul tarihi: 13.01.2011, Resmi Gazete tarihi: 14.02.2011, No: 27846.

ve saklanması, şirketlerde organların toplantılarına ilişkin çağrıların elektronik posta ile yapılması, toplantıya katılma, öneri sunma ve oy kullanmanın aynı yolla gerçekleştirilmesine ilişkin hükümlerin yasaya aktarılması zorunluluğu gibi teknolojik gelişmelerin ticaret yaşamına girmesi, bunların hukuki düzenlemeye dönüştürülmesinin gerekçesi olarak gösterilmektedir^[8].

Söz konusu yasalardaki yeni düzenlemelerin kullanılması suretiyle daha fazla ve farklı suç işleme modelleriyle suç işlenmesi ise kaçınılmaz bir gerçek olarak karşımıza çıkmaktadır. Hali hazırda bilişim suçlarının işlenme sayısı ve yoğunluğu dikkate alındığında bu üç yeni yasadaki düzenlemelerin sağladığı olanakların hukuka aykırı olarak kullanılması ve bu suretle ceza normlarının ihlal edilmesi sıklıkla karşımıza çıkacaktır.

Buradan hareketle TBK, TTK ve HMK'da düzenleme konusu yapılan bilişim alanına ilişkin yeniliklerin kötüye kullanılması suretiyle aynı zamanda suç oluşturan eylemlere konu olması halinde bunların barındırdıkları riskleri ve bu eylemlerin ceza hukukuna yansımalarını, ceza hukuku açısından ne gibi ihlallere yol açabileceklerini incelemeye çalışacağız.

Genel kod niteliğindeki bu yasalardaki bilişim alanına ilişkin tüm düzenlemelerin tüketme esasıyla tek tek incelenmesi ve bunların ceza hukukuna yansımalarının incelenmesi bu çalışmanın boyutlarını aşacağı sebebiyle söz konusu düzenlemeler tüketme yoluyla değil, en göze çarpan ve ceza hukukunun alanına girmesi olası düzenlemelerin incelenmesi yöntemiyle olacaktır. Ayrıca çalışmamızda bilimsel teoremlere varan bir çalışmadan ziyade bu alanda ilk ve yeni bir çalışma olması nedeniyle “*bilimsel deneme*” yöntemini tercih etmekteyiz.

I. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDAKİ BİLİŞİM ALANINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN CEZA HUKUKUNA YANSIMALARI

1. Sözleşmenin Kuruluşunun Elektronik İmza ya da Teyit Edilmiş İmza ile Yapılabilmesinin Sahtecilik İddiaları Açısından İncelenmesi

TBK'daki bilişim alanına dair ilk dikkat çeken düzenleme, sözleşmenin kuruluşuna ilişkin 14. maddedir. Bu maddede: “*Yazılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur. Kanunda aksi öngörülmedikçe, imzalı bir mektup, asılları borç altına girenlerce imzalanmış telgraf, teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları ya da*

[8] Sami Karahan, Ticari İşletme Hukuku, 23. Bastı, Konya, Mimoza Yayınları, 2012, s.11–13.

güvenli elektronik imza ile gönderilip saklanabilen metinler de yazılı şekil yerine geçer” hükmü yer almaktadır.

Borç ilişkileri açısından temel kod olan TBK'daki bu düzenleme ile elektronik imza ile kurulan sözleşmelere aynen ıslak imza ile kurulan klasik sözleşme şeklinin sonuçları bağlanmıştır. Dolayısıyla 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (EİK) ile TBK arasında paralellik sağlanarak bu imza türüne geçerlilik tanınmakta ve güvenli elektronik imza kavramı kullanılmaktadır. Zira EİK'da sonuçlarına ve bağlayıcılığına değer tanınan, güvenlik sertifikası olan elektronik imzadır. Çünkü bu imzanın orijinalligi ve kime ait olduğu, ancak güvenlik sertifikası ile doğrulanabilmektedir. Nitekim madde gerekçesinde de, *“Güvenli elektronik imzayla gönderilen metinlerin ise, yazılı şekil yerine geçmesi için, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanuna uygun olarak gönderilmesi ve alanlar tarafından bilgisayar ortamında kaydedilerek saklanabilmesi gerekir”* denilerek bu durum teyit edilmektedir. Bu kanunla, elektronik ticaretin bütünüyle düzenlenmesi hedef alınmamış, elektronik ticaret ve kamu alanında yürütülecek *“e-devlet”* projesinin alt yapısının asli unsuru olan elektronik imza düzenlenmiştir. Sanal ortamda yapılan anlaşmanın elektronik imza ile tamamlanması, adi yazılı şekil şartının imza ile birlikte gerçekleşmesi sonucunu doğuracaktır. TBK'nın 15. maddesinin 1. fıkrasında bu husus *“...Güvenli elektronik imza da elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir.”* şeklinde ifade edilmektedir. EİK'nın 5. maddesinde *“Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü haizdir”* denilmektedir. Fakat maddenin 2. fıkrasında, kuralın uygulanmayacağı haller belirtilmektedir. Bunlar, *“Kanunlar resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile teminat sözleşmeleri...”* olarak belirtilmiştir. Bu hüküm uyarınca, sanal ortamda elektronik imza ile kefalet, rehin, üçüncü kişinin fiilini taahhüt sözleşmeleri hariç, tüm adi yazılı şekilde yapılması gereken sözleşmeler geçerli olarak yapılabilecektir. Ancak kefalet dışındaki kişisel teminat (*üçüncü kişinin fiilini taahhüt, borca katılma*) tüzel kişi tarafından veriliyorsa, esasen hiçbir şekle tabi olmayacaktır, dolayısıyla bunların da elektronik imza ile yapılması mümkün olacaktır^[9].

EİK, resmi yazılı geçerlilik koşuluna bağlanmış hukuksal işlemler için uygulama alanı bulamaz. Örneğin, finansal kiralama sözleşmesi noterde resmi yazılı yapılması koşuluna bağlanmıştır. Bu sözleşme elektronik imza yoluyla kurulamaz. Dolayısıyla ilgili yasalarda değişiklikler yapılarak e-imza ile yapılan işlemlerin noter önünde yapılmışçasına resmîyet taşıdığı hakkında düzenlemeler yapılmalıdır. Ancak an itibarıyla, elektronik imzanın güvenilirliğinden tamamen emin olunmayan ve çeşitli güvenlik açıklıkları taşıyan sisteme güvenilerek böyle

[9] M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s.148.

bir değişiklik yapılmasının uygun olmadığını düşünmekteyiz. Uygulamayı kolaylaştırıp, elektronik imza kullanımını artırırken, suç işleme oranının da yükselmesi kuvvetle muhtemeldir. Zira bu açıklıktan faydalanmak isteyen failler olacaktır. Böyle bir düzenleme yapılabilmesi için öncelikle bilişim sistemlerinin güvenlikleri artırılmalı, böylelikle bilişim sistemlerinin suça konu edilmesi riski en az düzeye indirilmelidir^[10].

Ayrıca güvenli elektronik imza dışında TBK'nın 14. maddesine göre “teyit edilmiş olmaları kaydıyla faks veya buna benzer iletişim araçları... ile gönderilip saklanabilen metinler” ile sözleşme kurulması ve bunların yazılı şekil şartını karşılaması düzenlenmiştir. Buna benzer bir düzenleme TTK'nın 21/3. maddesinde düzenlenen fatura ve teyid mektubu açısından da geçerlidir, fıkrada “Telefonla, telgrafla, herhangi bir iletişim veya bilişim aracıyla veya diğer bir teknik araçla ya da sözlü olarak kurulan sözleşmelerle yapılan açıklamaların içeriğini doğrulayan bir yazıyı alan kişi, bunu aldığı tarihten itibaren sekiz gün içinde itirazda bulunmamışsa, söz konusu teyit mektubunun yapılan sözleşmeye veya açıklamalara uygun olduğunu kabul etmiş sayılır.” denilmektedir. Dikkat çeken nokta “yazıyı alan” ifadesindeki yazının alınma şeklinin, yazının formunun ve/veya araçlarının açıkça düzenlenmeyip yoruma açık bırakılmış olmasıdır. O halde buradaki yazının TTK m.18'deki gibi örneğin güvenli elektronik imza ile veya KEPS ile gönderilmiş olması aranmamaktadır^[11]. Bize göre bu düzenlemeler hem ceza hukuku hem de ceza muhakemesi hukuku açısından sorunlara yol açabilecek niteliktedir.

TBK'yı düzenleyenler dünyanın geldiği aşama itibarıyla gündelik yaşamın değişkenliği ile ticari yaşamın hızlığı ve küreselliğini dikkate alarak gelişen iletişim araçlarından en fazla düzeyde faydalanmak suretiyle sözleşme ilişkilerin kurulmasının sağlanması yolunda bir tercihte bulunmuşlardır, nitekim bu durum madde gerekçesinde de açıkça ifade edilmektedir^[12]. Ancak aynı durum daha muhafazakâr olan ve şekil şartı yani tipiklik ile hukuksal güvenliği ön planda tutan ceza hukuku açısından aynı derecede geçerli değildir. Dolayısıyla faks ya da elektronik posta gibi “benzer iletişim aracı” sayılabilecek iletişim yollarında imza ya da onun yerine geçebilecek bir elektronik imzanın bulunmaması çeşitli sahtecilik ve dolandırıcılık suçlarının kolaylıkla işlenmesine yol açabilecektir.

[10] Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, İnternet Girişimciliği ve E-Ticaret Eksenli Mevcut Durum Raporu, 10 Nisan 2013, s.150, 151.

[11] Taner Sevim, “6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Bilişim Hukuku”, Bilişimin Ticaret Hukukuna Etkileri Paneli, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Merkezi, İstanbul, 20.2.2013, s.9.

[12] “... Tasarımın 14'üncü maddesinin ikinci fıkrasında, iletişim teknolojisinde ortaya çıkan yeni gelişmeler göz önünde tutularak, bunlara teyit edilmiş olmaları kaydıyla, faks veya buna benzer iletişim araçları ile güvenli elektronik imzayla gönderilip saklanabilen metinler de eklenmiş ve hükmün kapsamı genişletilmiştir.”

Özellikle bu belgelerde ıslak imza veya güvenli elektronik imza bulunmaması, altlarında imza bulunsa dahi imza inkarlarına yol açabilecektir. İmza inkarı halinde ise, Yargıtay'ın yerleşik kararları gereğince ıslak imzayı içermeyen belgeler üzerinde yapılan bilirkişi incelemeleri geçerli olmadığı için failin bulunması ve/veya hukuka uygun delille cezalandırılması mümkün olmayacaktır^[13].

- [13] “*Sahtecilik suçundan sanık Ü.B. 'nin, TCY.nın 342/1, 59. maddeleri uyarınca, 1 sene 8 ay ağır hapis cezasıyla cezalandırılmasına ilişkin, Bakırköy 3. Ağır Ceza Mahkemesince, 19.12.1995 gün ve 441/409 sayı ile verilen kararın, sanık müdafisi tarafından temyizi üzerine, dosyayı inceleyen Yargıtay 6. Ceza Dairesince 5.2.1997 gün ve 13330/955 sayı ile; ‘usul ve yasaya uygun bulunan hükmün onanmasına’ karar verilmiştir. Yargıtay C. Başsavcılığı ise, 5.3.1996 gün ve 26020 sayı ile; (Bilirkişi raporlarına göre ciranta yazı ve imzasının sanığın eli ürünü olduğu kesin olarak saptanamadığı gibi, raporlar arasında da çelişkiler vardır. Her ne kadar, sahteciliğe konu yazı ve imzanın sanığın eli ürünü olması koşul olmayıp, sanığın üçüncü bir kişiye bu yazıyı yazdırıp, imzalatması mümkün görülebilirse de, böyle bir kabul her zaman gerçeği yansıtmayabilir. Nitekim, çoğu zaman senetler posta veya aracı ile de gönderilmektedir. Bu itibarla, yazı ve imzanın gerçeğe aykırı olduğunu tesbit eden rapor her zaman mahkumiyet için yeterli sayılamaz. Sanık; çeki keşide edip, katılana vermesi için kızkardeşi ve katılanın karısı Ş. 'ye verdiğini cirodan haberi olmadığını savunmakta ve H.Ç. de bu savunmayı doğrulamakta ve elektronik yüksek mühendisi olan sanığın bedeli fazla olmayan bir çekte sahtecilik yaparak yüz kızartıcı bir suç işlemesi yaşamın olağan akışına uygun olmadığından, ciranta yazı ve imzasının sanığa aidiyeti yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmadığıdır.) Açıklamasıyla itiraz etmiştir. Dosya Yargıtay Birinci Başkanlığına gönderilmekle, Ceza Genel Kurulunca okundu, gereği konuşulup, düşünüldü: KARAR: İncelenen dosyaya göre; Özel Daire ile Yargıtay C. Başsavcılığı arasındaki uyumsuzluk, soruşturmanın genişletilmesine, gerek bulunup bulunmadığı hususundadır. Tarafların ortak aldıkları bir taşınmaz nedeniyle aralarında düzenledikleri protokol gereği, sanığın 30.6.1991 tarihinde 6.965.000 lira bedelli çeki keşide edip, şikayetçiye vermeyi taahhüt ettiği, sanığın sözü edilen çeki keşide etmemesi üzerine, şikayetçi F.S. 'nin protokola dayalı olarak sanık aleyhine icra takibine giriştiği, sanığın borca itiraz etmesi nedeniyle, şikayetçinin itirazın iptali davasını açtığı ve Bakırköy 5. Asliye Hukuk Mahkemesinde davanın kabul edilerek, itirazın iptal edildiği, Asliye Hukuk Mahkemesindeki duruşma sırasında sanık tarafından suça konu çekin ibraz edilmesi üzerine yaptırılan incelemede, ciranta işleminin sahte olduğunun anlaşılması üzerine, sanık hakkında, itiraza konu davanın açıldığı anlaşılmaktadır. Sanık hakkında yapılan yargılamada; suça konu çek üzerinde yaptırılan incelemede; Adli Tıp, Fizik Grafoloji İhtisas Dairesi 6.1.1994 tarihli raporunda, suça konu çekin arka yüzündeki ciro işleminin (F.S. imzasının) sahte olduğunu ve F.S. ismi altındaki imzanın, şikayetçinin eli ürünü olmadığını belirtmiştir. Aynı İhtisas Dairesi 24.3.1995 tarihli raporunda da, suça konu çekin arka yüzündeki, “F.S.” yazı ve imzalarının sanığın eli ürünü olabileceğini açıklamıştır. Yukarıda belirtilen, Adli Tıp Fizik Grafoloji Şubesinin incelemeleri suça konu çekin aslı üzerinde yapılmıştır. Buna karşılık, sanık çek fotokopileri üzerinde haricen bilirkişiler; Grafolog O.M. ve K.S. 'ye yaptırdığı incelemeler sonucu elde ettiği raporları dosyaya sunmuş, bu raporlarda, çekin arka yüzündeki “F.S.” yazı ve imzasının sanığın eli ürünü olmadığı belirtilmiş ise de, fotokopi üzerinde yaptırılan incelemenin sağlıklı sonuçlar veremeyeceği fennen saptanmış bir gerçek olduğundan, bu özel raporların inandırıcı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu durumda, sanığın sahil olarak çeki keşide çekin arka yüzünde sahte ciro işlemi yapmak suretiyle yüklenen suç işlediği, hiçbir duraksamaya yer kalmayacak biçimde anlaşıldığından, soruşturmanın genişletilmesine ilişkin itirazın reddine karar verilmelidir. SONUÇ : Açıklanan nedenlerle,*

Nitekim yazılı şekil şartının faks veya benzeri araçlarla sağlanması halinde borç altına giren kişilerin imzalarının nasıl teyit edileceğine ilişkin bu düzenleme Borçlar Hukuku uzmanları arasında da tartışmalı bir konudur. Örneğin çeşitli platformlarda dile getirilen bir çözüm önerisi, faks ya da elektronik posta altındaki imzanın aidiyetinin tespiti için bunun teyidinin noterde yapılmasıdır. Ancak bunun yavaşlığı ve masrafı dikkate alındığında uygun bir çözüm olduğunu söylemek mümkün görünmemektedir. Öğretideki bir diğer görüşe göre ise, teyidin de yine faksla yapılması gerekir ve artık bu yöntemde imza atılmasına da gerek bulunmamaktadır^[14]. Dolayısıyla borçlar hukuku açısından sorun çıkarması olası olan bu düzenleme, ceza hukuku açısından da sorunlara gebe dir.

Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının REDDİNE, 6.05.1997 tarihinde oybirliğiyle karar verildi. “Yargıtay Ceza Genel Kurulu E. 1997/6-63, K. 1997/96, T. 6.5.1997.

“1- Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 14.10.2008 gün ve 49/219 sayılı kararında da açıklandığı üzere; Ceza Yargılamasının amacı, somut gerçeğin ortaya çıkarılması olup bunun için baş vurulan kanıt lama araçlarından biri de belgelerdir. Yargılama makamları suç isnadı nedeniyle oluşan uyumsuzluğu çözümlerken ele geçirilen ve kendiliklerinden getirilen ya da iddia ve savunma doğrultusunda sunulan belgelerin güvenilirliğini de denetlemek durumundadırlar. Güvenilirliğin denetlenebilmesi için, belgenin aslının veya bunun olanaklı olmaması halinde de aslına uygunluğu yetkili makam veya kişilerce onanmış örnek ya da kopyalarının dosyaya konulması gerekir. Cumhuriyet Başsavcılıkları ile Adli Yargı İlk Derece Ceza Mahkemeleri Kalem Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin 26. maddesinde soruşturma evrakının ayrılmasına karar verildiği takdirde, belgelerin onaylı birer örneğinin ayrılan soruşturma evrakına konulacağı belirtilmektedir. Bu açıklamalar ışığında dosya içerisinde bulunan ve başka bir soruşturma evrakından ayrıldığı anlaşılan bazı soruşturma evraklarının onaysız fotokopi olduklarının anlaşılmış olması karşısında; bu evrakların asılları ya da onaylı suretleri getirilip dosya içersine konmadan onaysız evraklara dayanılarak yargılamaya devamla yazılı şekilde sanığın mahkumiyetine hükmolunması, 2- Belgelerde sahtecilik suçlarında aldatma yeteneğinin bulunup bulunmadığının takdir ve tayini mahkemeye ait olup, adli emanette kayıtlı suça konu belgeler getirilip incelenmek suretiyle, özelliklerinin duruşma tutanağına yazılması ve denetime olanak verecek şekilde dosya içine konulması gerektiğinin gözetilmemesi, Yasaya aykırı, 3- 5237 sayılı TCK.nun 7/2. maddesi gözetilerek; hükümden sonra, 08.02.2008 gün ve 26781 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak aynı gün yürürlüğe giren 5728 sayılı Yasanın 562. maddesi ile değişik 5271 sayılı CMK.nun 231. maddesinin 5 ve 14. fıkraları gereğince sanık hakkında “hükümün açıklanmasının geri bırakılması”na karar verilip verilmeyeceğinin değerlendirilmesinde zorunluluk bulunması, SONUÇ : Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görül m ü ş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükümlerin bu sebeplerden dolayı, 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK.nun 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 13.07.2009 gününde oybirliği ile karar verildi.” Yargıtay 11. Ceza Dairesi, E. 2008/10310, K. 2009/9393, T. 13.7.2009.

- [14] “...Artık, teleks, faks ve diğer benzer metinler, gönderen tarafından onaylandığı (teyit edildiği) alana bildirilmişse ve alan tarafından da kendi gönderdiği metnin onaylandığı ilk gönderene bildirilmişse, yazılı şekli gerçekleştirerek, bu onay bildirimini gönderilmedikçe şekil şartı gerçekleşmemiş sayılacaktır. Bu düzenlemede getirilen çok önemli bir diğer yenilik, faks ve benzeri mesajlarla sözleşme kurulmasında taraf imzaları olmadan da şekil şa(r)tını gerçekleştirmiş sayılabilmesidir. Gönderilen metnin onaylandığı, alan tarafından gönderene bildirildiğinde, imza aranmaksızın adi yazılı şekil gerçekleştirilmiş olacaktır. Hükümde açıklık olmamakla birlikte, onayın aynı yolla (faksla) yapılması gerekir kanısındayız. Kuşkusuz,

TBK'nın 15. maddesinde de “İmzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur” denilmek suretiyle şekil şartı aranan sözleşmelerde imzanın nasıl olacağı düzenlenmektedir. Maddenin 1. fıkrasının 2. tümcesinde güvenli elektronik imzaya aynen ıslak imzaya yüklenen işlev yüklenmektedir. Dolayısıyla yukarıda 14. maddede güvenli elektronik imzaya ilişkin yapmış olduğumuz açıklamalar bu madde açısından da geçerlidir.

EİK'nın 16. ve 17. maddelerinde güvenli elektronik imzaya ve bunların sertifikalarına ilişkin sahtecilik eylemleri suç olarak düzenlenmiştir. Bu suç normları güvenlik sertifikasına sahip elektronik imzalar açısından söz konusu olabilecektir. EİK'nın 16. maddesinde “elektronik imza oluşturma verilerinin izinsiz kullanımı suçu”, 17. maddesinde ise “elektronik sertifikalarda sahtekarlık suçu” düzenlenmiştir^[15]. Bu suç tiplerine EİK'da yer verilmesinin en önemli nedeni ise TBK'da elektronik imza ile borç ilişkisi kurulabilmesine ve özellikle sözleşme yapılabilmesine olanak sağlanacak olmasıdır. Buna göre elektronik imzanın kötüye kullanılması suretiyle işlenen suçlarla, devlet tarafından bireylere yüklenilen hukuk alanında inandırıcılığı olan bu tür verilere kısaca elektronik imzaya duyulan güven korunmakta ve dolayısıyla sözleşmeye dayalı borç ilişkilerinin şekli güvenilirliği ceza hukukuyla da sağlanmaya çalışılmakta ve buna yönelik hukuka aykırılıklar ceza normuyla korunmaya çalışılmaktadır^[16]. Buna göre; güvenli elektronik imzanın hukuka aykırı yöntemlerle kullanılması halinde, eylemin türüne göre EİK'nın 16. ve 17. maddelerinde düzenlenen suç tipleri devreye girecek, ayrıca dolandırıcılık ve belgede sahtecilik suçu da söz konusu olabilecektir. Ancak, elektronik imzanın kötüye kullanılması suretiyle sahte belge oluşturularak dolandırıcılık suçunun işlenmesi halinde, bu suçlarla korunan hukuksal değerler farklı olduğu için, bunlar arasında suçların birleşmesi halleri gerçekleşmeyip gerçek birleşme kuralı uygulanacaktır.

TBK'daki yer verilen bu hükümlerin, hukuka aykırı tüm eylemleri kapsamaya yeterli düzenlemeler olduğunu söylemek mümkün değildir. Örneklerine şimdiden rastlanılan nitelikli dolandırıcılık (TCK m.158/1-f), nitelikli hırsızlık (TCK m.142/2-e), güveni kötüye kullanma (TCK m.155) ve belgede sahtecilik suçlarının (TCK m.207 – 210) çeşitli şekillerinin TBK'daki bu düzenlemelerin oluşturduğu güven ortamından faydalanılarak gerçekleştirilmesi mümkün hale gelecektir. Örneğin güvenli elektronik imza, belgede sahtecilik suçunun

kefalet ve diğer kişisel teminat sözleşmeleri ile bazı tüketici sözleşmeleri gibi kanunen özel şekil şartı aranan hallerde bu hükümlere göre geçerlilik sağlanamayacaktır.” Oğuzman/Öz, a.g.e., s.147.

[15] Bu suç tipleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Dülger, Bilişim Suçları, s.637 – 652.

[16] Dülger, Bilişim Suçları, s.639, 640.

konusunu oluşturan belgenin altında yer alan imzayı oluşturabilecektir^[17]; böylelikle elektronik imzanın yetkili olmayan kişilerce izinsiz kullanımı söz konusu olabileceği gibi, bunlarla oluşturulan sahte belgelerin kullanılması ve bu suretle hukuka aykırı yarar elde edilmesi söz konusu olacaktır.

2. Bilişim Teknolojilerinin TBK Bağlamındaki Haksız Rekabette Kullanılması

TBK’da değinmek istediğimiz bir diğer husus “*Haksız Rekabet*” başlıklı 57. maddedir. Bu maddeye göre “*Gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması ya da dürüstlük kurallarına aykırı davranışlarda bulunulması yüzünden müşterileri azalan veya onları kaybetme tehlikesiyle karşılaşan kişi, bu davranışlara son verilmesini ve kusurun varlığı halinde zararının giderilmesini isteyebilir. Ticari işlere ait haksız rekabet hakkındaki Türk Ticaret Kanunu hükümleri saklıdır.*” hükmüne yer verilmektedir.

Bu maddenin tacir olmayan kişilerin yaptığı mesleki faaliyetler için uygulanan haksız rekabet hükmü olduğunu ifade etmeliyiz; bu nedenle aşağıda ayrıca değinecek olduğumuz TTK’daki hükümlerin saklı olduğu hükmüne yer verilmektedir.

Maddenin gerekçesine bakıldığında maddenin bilişim ve iletişim teknolojilerindeki gelişmeler göz önünde tutularak düzenlendiği görülmektedir. Nitekim gerekçe, “*818 sayılı Borçlar Kanununun 48’inci maddesinin birinci fıkrasında kullanılan ‘yanlış ilanlar’ şeklindeki ibare, iletişim teknolojilerinde meydana gelen gelişmeler göz önünde tutularak, Tasarıda ‘gerçek olmayan haberlerin yayılması veya bu tür ilanların yapılması’ şekline dönüştürülerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir*” denilerek bu husus açıkça vurgulanmıştır.

Pek çok reklam, tanıtım vb. gibi işlemler internet ya da sosyal medya üzerinden gerçekleştirilmektedir. Haksız rekabetin aynı zamanda kişilik haklarına saldırı ve hakaret boyutuna ulaşması halinde ise, TCK’nın 125. maddesinde düzenlenen hakaret suçu oluşacaktır. İşte bu durumda hakaretin yer aldığı internet sitesinin erişime engellenmesi söz konusu olabilecektir. Ancak 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da hakaret suçu katalog suçlar arasında yer almadığı için cumhuriyet savcılıklarına hakaret nedeniyle yapılan suç duyurularında aynı zamanda internet sitesine erişimin engellenmesi için tedbir talebinde bulunduğu, talep ya savcılık aşamasında ya da sulh ceza mahkemesi aşamasında reddedilmektedir.

[17] Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 12. Bastı, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.468.

Bu durum yasal bir boşluk olarak gözüktüğü de 5651 sayılı Yasanın 9. maddesinde düzenlenen “*uyar-kaldır*” yönteminin kullanılarak önce ilgililerine konuyla ilgili talebin doğrudan iletilmesi olumsuz cevap halinde ise sulh ceza mahkemesine gidilmesi yöntemi kullanılarak sonuca ulaşılabilmektedir. Şu an itibarıyla sistem genel olarak işlemektedir. Ayrıca TMK m.24 ve 25. maddeleri uyarınca hukuk yargıcından da böyle bir talepte bulunulması mümkündür. Bunun dışında TTK’da olduğu gibi TBK’da özel bir haksız rekabet suçu bulunmamaktadır.

II. TÜRK TİCARET KANUNU’NDAKİ BİLİŞİM ALANINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN CEZA HUKUKUNA YANSIMALARI

Her üç yasa arasında bilişim hukuku ile ilgili en çok düzenlemeye yer vereni TTK’dır. Bunu da doğal karşılamak gerekir, zira bilişim alanına ilişkin çözümlerin en çok kullanıldığı alanların başında ticaret ve finans sektörü gelmektedir. İşte bu sektörlerle ait uyumsuzluk çıkması olası hususların ve bunların çözüm yollarının TTK’ya aktarılması son derece olağandır. Bu bağlamda TTK bilişim teknolojilerinin ürünleriyle ilgili çok sayıda düzenleme yapılmıştır; söz konusu ürünler ve yer aldığı maddeler şunlardır: Elektronik posta (m. 18, 428, 1525, 1528), elektronik imza (m. 18, 94, 1526), internet sitesi (m. 39, 171, 174, 198, 353, 359, 399, 414, 420, 422, 428, 448, 450, 455, 460, 461, 473, 474, 483, 486, 541, 562, 966, 1524, 1527), veri tabanı (m. 24, 1526), veri taşıyıcı (m. 65, 82, 86), kayıtlı elektronik posta sistemi (m. 18, 1525), elektronik genel kurul (m. 1527), elektronik yönetim kurulu (m. 390, 1527), elektronik ortam (m. 24, 64, 65, 82, 127, 390, 1525, 1526, 1527, 1528).

1. Ticari İşletme İlanının İnternette Yapılabilmesinin Dolandırıcılık Eylemlerinin Artırması Riski

TTK’da konuyla ilgili gözümüze çarpan ilk husus 12. maddenin 2. fıkrasında yer alan tacir sayılanlara ilişkin düzenlemedir. Madde metninde “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, sirküler, gazete, radyo, televizyon ve diğer ilan araçlarıyla halka bildirmiş veya işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır*” denilmektedir. Hükme göre ticari işletmenin kurulup açıldığının klasik ilan yöntemlerinin dışında diğer ilan araçlarıyla halka bildirilmesi tacir sayılmak için yeterlidir. Söz konusu diğer araçlar içinde en yaygın olanları, internet siteleri ya da “*blog*”, “*linkedin*” gibi sosyal medya üzerinde yapılan yayınlardır.

Söz konusu düzenleme, bize göre yerinde ve çağa uygun bir düzenleme olmasına rağmen çeşitli riskleri içinde barındırmaktadır. Çünkü bilişim toplumunun geldiği aşama itibarıyla internette yer alan bilgiler genellikle sorgulanmaksızın doğru kabul edilmektedir. Hatta internet sitesi olmayan şirket ve kurumların gerçekliği hakkında şüphe duyulurken, gerçekte olmayan ancak internet sitesi bulunan şirketler, tek bir kişi ve bilgisayardan oluşsa dahi gerçek, kurumsal bir şirket ve ticari işletme olarak algılanabilmektedir. İşte bu algı, kötü niyetli kişilerin sosyal ağlar üzerinde yapacağı tanıtım vs. ile gerçek olmayan ticari işletmelerini gerçekmiş gibi gösterip dolandırıcılık suretiyle haksız ve hukuka aykırı yararlar elde etmelerine yol açabilecektir. Belirtilmesi gereken diğer bir husus TTK'nın 12. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeyle sosyal medyada böyle bir yayının yapılması halinde tacir sıfatının kazanılacağına belirtilmesi nedeniyle güvenilirlik ve bunun kötüye kullanılması eylemlerinin artması söz konusu olabilecektir.

Ancak açıklamalarımız TTK'da yer alan söz konusu maddenin kötü biçimde kaleme alındığı anlamına gelmemektedir. Yasa koyucu her türlü ilanla tacirlik sıfatının kazanılacağını düzenlerken hem yöntemi kolaylaştırmak hem de tacir gibi hareket edip belli şekil ve ilan şartlarını yerine getirmediğinden bahisle bunun sorumluluklarından kurtulmak isteyen kişileri engellemek istemiştir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere internete gereğinden fazla güven duyulması ya da bilinçsiz kullanıcıların olması, söz konusu düzenleme ile birleştiğinde dolandırıcılık eylemlerinin artmasına yol açabilecektir.

TTK, elektronik ortamdan faydalanılarak farklı durumlarda kolaylık sağlanmasına imkan vermiştir. TTK m.1524 "*Elektronik İşlemler ve Bilgi Toplumu Hizmetleri, İnternet Sitesi*" başlığını taşımaktadır. İnternet hizmetinden her konuda, öncelikle şeffaflığı sağlamak için yararlanılması hedeflenmiştir. Bu doğrultuda sitenin bilgi toplumu hizmetlerine ilişkin bölümünün herkese açık olması gerektiği düzenlenmiştir. Ancak sağlanan hizmetlerin güvenilirliğini denetleyen bir kurum ya da kuruluş oluşturulmasına dair bir düzenleme bulunmamaktadır. Uygulamada da böyle bir kurum ya da kuruluş bulunmamaktadır. Elektronik ticaret faaliyetinde bulunan işletmelerin sundukları hizmetlerin güvenilirliğini teyit etmek üzere görev yapan bağımsız kuruluşların faaliyetlerini düzenleyen herhangi bir yasa ve/veya ikincil düzenleme de bulunmamaktadır. Böyle bir kurum oluşturulmalı; ancak hem mali hem de idari açıdan tam bağımsız olmalı, TİB gibi bir başkanlık bünyesinde kurulmamalı ve üyeler seçilirken de görev yaparken de yürütme organı etkin olmamalıdır. Bu denetim; hem ticari alanda emredici hükümlerin yerine getirilip getirilmediğini, hem de müşterilerin kişisel verilerinin korunup korunmadığının tespitini yaparak uygulamada karşılaşılabilecek hukuki uyumsuzlukların önlenmesinde etkin ve faydalı olacaktır. Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı'nın

yasalaşma sürecinde bu görevi yerine getirecek bağımsız bir kurum/kuruluş oluşturulmalıdır^[18].

2. Kayıtlı Elektronik Posta Sisteminin Kötüye Kullanılması Eylemlerinin Suç Olarak Tanımlanmamasının Yasal Boşluk Oluşturması Sorunu

TTK m.18/3'de, *"Tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe, sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile yapılır"* denilmektedir. Bununla paralel bir düzenleme, 19 Ocak 2011 tarihli ve 27820 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6099 sayılı Tebligat Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'la 7201 sayılı Tebligat Kanunu'na eklenen 7/a maddesinde yer almaktadır: *"Tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilir. Anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunludur. Birinci ve ikinci fıkra hükümlerine göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde bu Kanunda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılır. Elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda yapılmış sayılır. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir"*. Ayrıca Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan Elektronik Tebligat Yönetmeliği (ETY) 19.1.2013 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir. Görüldüğü üzere TTK'da yer alan hükmün alt yapısı tebligat hukuku açısından TTK yürürlüğe girmeden önce Tebligat Kanunu'nda yapılan değişiklik ve ilgili yönetmelik ile gerçekleştirilmiştir. Söz konusu düzenlemeler kayıtlı elektronik posta sistemini ve elektronik tebligatın özellikle ticari yaşamın etkin unsuru olmak üzere düzenlendiğini göstermektedir.

Tacirler arasında her iki tarafın ticari işletmeleriyle ilgili olan bazı işlemleri gerçekleştirmek amacıyla gönderilecek ihtar veya ihbarların yasanın göstermiş olduğu şekle uygun olarak yapılması gerektiği TTK m.18/3'de düzenlenmiştir. Buna göre; diğer tarafı temerrüde düşürme, sözleşmeyi fesih ve sözleşmeden dönmeye ilişkin ihtar veya ihbarların güvenli elektronik imza kullanılarak kayıtlı elektronik posta sistemi ile gerçekleştirilmesi mümkündür^[19]. Örneğin, şekil şartı aranmayan ve ticari yaşamda çok sık uygulanan faturaya itiraz işleminin güvenli elektronik imzayla yapılması mümkün ve geçerlidir^[20]. Benzer şekilde, kayıtlı elektronik posta hizmet sağlayıcısının, kayıtlı elektronik posta sistemi

[18] Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, İnternet Girişimciliği ve E-Ticaret Eksenli Mevcut Durum Raporu, 10 Nisan 2013, s.184, 185.

[19] Sabih Arkan, Ticari İşletme Hukuku, 16. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2012, s.67, 154; Karahan, a.g.e., s.109, 110.

[20] Karahan, a.g.e., s.115.

üzerinden sunduğu hizmetlere ilişkin olarak oluşturduğu kayıtlar ile kayıtlı elektronik posta delilleri de aksi ispat edilinceye kadar kesin kanıt olarak kabul edilmektedir (*Elektronik Posta Yönetmeliği m. 15/1*)^[21]. Sonuç olarak TTK'daki bu düzenleme ile tüm tacirler açısından belirli işlemlere ilişkin tebligatların elektronik posta ile yapılabilmesi bir olanak şeklinde düzenlenmiş iken, Tebligat Kanunu'nda anonim, limited ve sermayesi paylara bölünmüş komandit şirketlere elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu tutulmuştur; aynı husus ETY'nin 7. maddesinde de tekrar edilmiştir. Her iki yasada da elektronik tebligat düzenlenmekle birlikte amaç, kapsam ve tebligat yapanlar farklıdır.

TTK ve Tebligat Kanunu'nda yer alan düzenlemeler çerçevesinde, zorunlu tutulmayan kişi ya da şirketlerin de isteğe bağlı olarak elektronik tebligattan yararlanmaları mümkündür. Buna göre, şirketler ile şirketler arasında ve şirketler ile gerçek kişiler arasında ve kurum içi her türlü yazışma, belge paylaşımı, sözleşme, tebligat, ihtar/ihbar, e-fatura, telefon görüşme dökümleri, banka talimatları, hesap ekstreleri, kredi kartı ekstre gönderimleri, siparişler, ihale teklifleri, e-ticaret işlemleri gibi sayısız alanda kullanılmaya başlanacaktır. Kullanıcılar tarafından istendiği takdirde, iletişimin gizliliği sağlanarak güvenli haberleşme ve elektronik belgelerin güvenli bir ortamda saklanması da KEPHS tarafından verilecek katma değerli hizmetleri ile mümkün olabilecektir^[22].

Bu düzenlemelerin anlaşılabilmesi için öncelikle kayıtlı elektronik posta sistemin ve olağan elektronik postadan farkının ortaya konulması gerekmektedir. Elektronik posta (*e-posta*), internetin yaygınlaşması, her türlü verinin kolaylıkla iletilebilmesi ve düşük maliyetli olması nedeniyle ülkemizde ve tüm dünyada en yoğun kullanılan iletişim araçlarından biri haline gelmiştir. E-posta yoluyla iletilen başta resmi ve ticari olanlar olmak üzere her türlü belgelerin ve yazıların (*e-posta iletilerinin*) gönderici ve alıcı açısından teknik güvenilirliği ve yasal geçerliliği büyük önem taşımaktadır. Şu anda yaygınlıkla kullanılan standart elektronik posta (*SEP*) yolu ile iletişim hukuken ve teknik olarak güvenli kabul edilmeyen, gönderici ve alıcı kimliklerinin tespit edilemediği, posta iletiminin kesin olarak sağlanamadığı, daima iletimi ve içeriği inkar edilebilen ve aksi kanıtlanamayan bir iletişim şeklidir.

Standart elektronik posta yoluyla, başta gönderici ve alıcının kimliklerinin kesin olarak tespit edilememesi olmak üzere, bir elektronik belgenin, teknik ve hukuki kesinliğe sahip olarak, başkaları tarafından değiştirilmeden veya görülmeden gönderilmesi, saklanması ve alınmasının sağlanamaması, resmi ve ticari

[21] Arkan, a.g.e., s.355.

[22] Serhat Koç/Nihan Güneli, "Kayıtlı Elektronik Posta ve Elektronik Tebligat", Bilişimin Ticaret Hukukuna Etkileri Paneli, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Merkezi, İstanbul, 20.2.2013, s.18.

işlemlerin internet üzerinden yürütülebilmesinin önünde önemli engellerden birini teşkil etmektedir.

Kayıtlı elektronik posta (KEP) (*Registered E-Mail: REM, Certified E-Mail: CEM*) ise, kısaca yasal olarak geçerli ve teknik olarak güvenli elektronik posta olarak tanımlanabilir. KEP sistemi, yasal olarak geçerli güvenli elektronik imza ve zaman damgası kullanılarak, “*kayıtlı e-posta hizmet sağlayıcı (KEPHS)*” sayesinde, bir elektronik postanın iletilmesini garanti altına almakta, gönderen ve alan tarafların kimliklerini, gönderilen iletinin ve eklerinin başkalarının değiştirilmediğini, gönderim zamanını tespit edebilmeyi ve bunlarla ilgili yasal geçerli kesin delil üretebilmeyi sağlamaktadır. KEP sistemi ile elektronik ortamda yapılan gönderilerin ne zaman yapıldığı, göndericinin ve alıcının kim olduğu ve gönderilen iletinin ve eklerinin neler olduğu kesin olarak tespit edilebilmektedir. Sistem içerisinde yer alan taraflar arasında, gönderici taraf iletinin kendisi tarafından gönderilmediğini, alıcı taraf da kendisine ulaşmadığını inkar edememektedir.

Kayıtlı elektronik posta sisteminde gönderilen ve alınan e-postalar “*güvenilir bir üçüncü taraf*” rolünde olan, ilgili otoriteden yetki almış ve denetlemelere tabi “*kayıtlı e-posta hizmet sağlayıcı (KEPHS)*” üzerinden geçmektedir. Sistemi kullananlar, istedikleri takdirde ilerde oluşabilecek bir uyuşmazlık sırasında ibraz edilmek üzere gönderilerinin (*elektronik belgelerinin*) bir kopyasının saklanması da KEPHS’ndan ayrıca talep edebilmektedirler. KEPHS, gönderilerin içeriğinin birebir kopyasını tutmak veya arşivlemek zorunda değildir, teknik olarak “*özet (hash)*”ini tutabilir. Her kullanıcı mutlaka aynı KEPHS’ndan da hizmet almak zorunda değildir, farklı hizmet sağlayıcılardan kayıtlı e-posta hizmeti alarak güvenli ve yasal geçerli şekilde birbirleriyle iletişim kurabilirler. Özet olarak, KEP sistemi yetkili KEPHS’lar tarafından işletilmektedir. Bu kuruluşların, güvenilir üçüncü taraf olarak e-imza alanındaki elektronik sertifika hizmet sağlayıcıları (*ESHS*) gibi, teknik, idari, mali ve hukuki niteliklerinin neler olacağı, sorumlulukları, yükümlülükleri ve nasıl denetlenecekleri düzenlemelerle belirlenmektedir.

Avrupa Birliğinin telekomünikasyon alanında standartlarını belirleyen Avrupa Telekomünikasyon Standartları Enstitüsü (*ETSI*), KEP sistemine ilişkin standartları ilk önce (*ETSI TS 102 640*) 20 Kasım 2008 tarihinde üç bölüm halinde yayımlamıştır. Standardın yayımlanan ilk üç bölümüne ilave olarak 4 ve 5. bölümleri, ilk üç bölümdeki güncellemelerle birlikte, Ocak 2010 tarihinde tamamen yayımlanmıştır. Günümüzde ABD, Belçika, İtalya ve

Almanya gibi ülkelerde kayıtlı elektronik posta ve elektronik tebligat sistemleri uygulanmaktadır^[23].

Ülkemizde de bu alandaki düzenlemeleri, yetkilendirmeleri ve denetlemeleri yapmakla görevli ve yetkili kurumun Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) olacağı, yeni TTK'nın 1525. maddesinin 2. fıkrasından anlaşılmaktadır. Bu hükme dayanmak suretiyle BTK tarafından “*Kayıtlı Elektronik Posta Sistemine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*” çıkarılarak gerekli düzenleme yapılmış ve bu yönetmelik 25 Ağustos 2011 tarihli ve 28026 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanmıştır. Yönetmeliğin 29. maddesine göre düzenlemenin 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi, geçici 2. maddesine göre ise KEPHS olmak isteyenlerin 1 Mayıs 2012 tarihinden itibaren kuruma başvuruda bulunabilmeleri öngörülmüştür.

KEP sistemiyle resmi, özel ve ticari her türlü belge veya yazı kurum, kuruluş ve şahıslar arasında elektronik olarak gönderilip alınabilecek, başka bir deyişle geçerli olarak elektronik yazışma ve bildirim (*beyanname, bildirge, başvuru, tebligat, ihtar, ihbar, vb.*) yapılabilecektir. Kamu kurumları arasındaki ve kurum içi yazışmalar, kamu kurumları ile özel sektör, kuruluşlar, vatandaşlar arasındaki yazışmalar, gerçek ve tüzel kişiler arasında her türlü tebligat, belge gönderilmesi, ihtar/ihbar gönderilmesi, elektronik fatura gönderilmesi, telefon görüşme dökümleri, banka hesap ekstreleri, kredi kartı ekstre gönderimleri, online alışveriş, kredi başvuruları, siparişler, sözleşmeler, ihale teklifleri, şirket içi yazışmalar gibi sayısız alanda kullanılmaya başlanacaktır. İletişimin gizliliği sağlanarak güvenli haberleşme ve elektronik belgelerin güvenli bir ortamda saklanması da KEP ile mümkün olabilecektir. Kayıtlı elektronik posta adresi edinebilmek ve KEP^[24] sistemini kullanabilmek için kişinin yasal geçerli kimlik

[23] KEP’in dünyadaki uygulamaları şu şekildedir: KEP sistemi AB ülkeleri İtalya, Fransa, Almanya, Belçika, İspanya, İsveç ve ABD gibi ülkelerde düzenlemeleri yapılarak 2000’li yıllarından başından itibaren uygulamaya geçmiş ve birçok ülkede de geçmek üzere bulunmaktadır. ETSI tarafından KEP sistemi ve bileşenleri resmi olarak bir telekomünikasyon standardı (*ETSI/TS 102 640*) olarak 5 bölüm halinde Ocak 2010 itibarıyla yayımlanmıştır. İtalya, 11 Şubat 2005 tarihinden itibaren kayıtlı e-posta sistemini “*certified e-mail (cep)*” olarak (*posta elettronica certificata – PEC*) yasal düzenlemelerini yapmış şekilde uygulamaktadır. Almanya, KEP sistemini “*E-Devlet 2.0*” programının önemli bir parçası olarak De-Mail Sistem adıyla 2009 yılının ortasından itibaren Friedrichshafen’da ve 2010 yılında da ülke genelinde yaygınlaştırma çalışmaları başlatılmıştır. ABD, 2000 yılı Haziran ayında çıkardığı “*Electronic Signatures in Global and National Commerce Act*” ile kayıtlı elektronik postanın yasal altyapısını düzenlemiş ve uygulamaya başlamıştır. Rpost (www.rpost.com), ABD hukuk düzenlemelerine göre e-posta iletişimde, özellikle delil sağlayıcı olarak faaliyet göstermektedir.

[24] (Çevrimiçi) <http://www.verion.com.tr/index.php/tr/e-kutuphane/kep-nedr/kayitli-elektronk-posta-kep.html>, 05.10.2011.

bilgilerinin tespiti mutlaka yapılmak durumundadır^[25]. KEPHS, bu iletişimle ilgili delilleri (*belgeleri*) ve gereken işlem kayıtlarını uzun süreli güvenli bir şekilde saklayacaktır. Gerekliğinde taraflara ve/veya adli makamlara ve kolluk kuvvetlerine sağlayacaktır, ^[26].

Yukarıda kısaca açıklamaya çalıştığımız KEP sistemindeki verilerin üçüncü kişiler tarafından veya bizzat KEPHS çalışanları tarafından çeşitli şekillerde kötüye kullanılması halinde başta kişisel verilerin kaydedilmesi (*TCK m.135*) ve ele yayılması (*TCK m.136*) olmak üzere, nitelikli dolandırıcılık (*TCK m.158/1-f*) ve hırsızlık (*TCK m.142/2-e*) gibi suçların işlenebileceği akla gelmektedir.

KEP'in güvenli elektronik imzada olduğu gibi özel bir yasa ile düzenlenmeyişi ve EİK'da olduğu gibi KEP'lerin sahte üretimi ve kötüye kullanımı gibi eylemlerin diğer benzer suç tiplerinden farklılığı gözetilmeden bunlar için özel suç tiplerinin oluşturulmaması bize göre önemli bir eksiklik ve yasa boşluğu oluşturmaktadır. Bunların izinsiz kullanımı ya da üretilmesi eylemleri de ayrı suçlar olarak düzenlenerek bu alandaki ceza hukuku korumasının güçlendirilmesinin daha yararlı olacağını düşünmekteyiz.

[25] Gönderici göndereceği kayıtlı e-posta iletisini (*varsa ekleriyle birlikte*) sahip olduğu kayıtlı e-posta adresini kullanarak hizmet aldığı KEPHS'na gönderir. (*Yasal olarak gönderici tarafından imzalanması gereken ve zaman damgası eklenmesi gereken bir belgelyazı ise, kendi güvenli elektronik imzasıyla imzalayarak ve yetkili bir ESHS'dan zaman damgası ile damgalayarak gönderir*) KEPHS iletiyi alınca Göndericiye iletisinin alındığına dair bir "alındı belgesi" gönderir. Alındı belgesinin içeriğinde, göndericinin kimliği, gönderim tarihi, zamanı ve iletisinin alındığına dair bilgiler bulunur ve KEPHS tarafından e-imzalanır ile zaman damgası ile damgalanır. Göndericinin iletisini Alıcıya gönderirken KEPHS, bir "gönderim zarfı" oluşturur ve güvenli elektronik imza ile imzalar ve yasal geçerli zaman damgası ekler. Böylece iletinin veri bütünlüğü sağlanmış olur ve daha sonradan bir değişiklik yapılması halinde tespit edilebilir. Gönderim zarfı, aynı normal postada olduğu gibi, Gönderici ve Alıcı kimlik ve e-posta adres bilgileri ile iletinin kendisinden oluşur. KEPHS, iletinin Alıcıya iletilmediğini, Göndericiye "iletilmedi/teslim edildi belgesi" ile bildirir. İletilemediyse iletilmediğine dair "iletilmedi belgesi" gönderir. İletim belgesi, Alıcının kimlik bilgilerini ve iletimin tarih ve zamanını içerir. Böylece e-posta iletisi (*ve varsa ekli dosyaları*) hukuki geçerli olarak güvenli bir şekilde teslim edilmiş kabul edilir.

[26] E-Dönüşüm Türkiye İcra Kurulu'na, BTK tarafından Aralık 2008 toplantısında e- KEP hakkında açıklayıcı ve bilgilendirici genel bir sunum yapılmıştır. E-DTR İcra Kurulu, 15 Temmuz 2009 tarihli 28 numaralı kararıyla BTK'nu KEP konusunda çalışmalar yapmak üzere görevlendirmiştir. Elektronik Haberleşme Kanuna göre elektronik haberleşme alt yapısı, sistemleri ve hizmetleri konusunda Ulaştırma Bakanlığı'nın belirlediği stratejiler doğrultusunda düzenleme ve denetleme yapma görevi ve yetkisi BTK'na verilmiştir. KEP sisteminin temel bileşenleri olan elektronik imza (*e-imza*) ve zaman damgası konularında, 5070 Sayılı Elektronik İmza Kanununa göre, düzenleme ve denetleme yapma yetkisi de BTK'ındadır. Yeni Türk Ticaret Kanunu ve E-Devlet Projelerinin Hızlandırılması ve Elektronik İşlemlerin Yaygınlaştırılması Hakkındaki Kanun tasarısı ile kayıtlı elektronik posta, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu'na bir madde eklenerek düzenlenmekte ve KEP sistemi ile ilgili düzenleme, yetkilendirme ve denetleme görevi de BTK'na verilmektedir.

3. TTK Bağlamındaki Haksız Rekabet Suçunda Bilişim Teknolojilerinin Kullanılmasının Bir Araç Olarak Öngörülmesi

Burada üzerinde durmak istediğimiz ceza hukukuyla doğrudan ilgili bir diğer madde ise TTK'nın 62. maddesinde düzenlenen haksız rekabet nedeniyle ceza sorumluluğunu gerektiren eylemlerdir. Aslında maddenin başlığında belirtilmese de bunun “*haksız rekabette bulunma suçu*” olarak isimlendirilmesi mümkündür. Bu suç tipi yasada şu şekilde tanımlanmaktadır:

“(1) a) 55'inci maddede yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işleyenler, b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi verenler, c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatanlar, d) Çalıştıranlar veya müvekillerden, işçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler, fiil daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmadığı takdirde, 56'ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikayeti üzerine, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılır.”

63. maddede ise tüzel kişilerin cezai sorumluluğu TCK'da yer alan benzer düzenlemelerden farklı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre: “*Tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında bir haksız rekabet fiili işlenirse 62'nci madde hükmü, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır. Haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi halinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebilir*”.

Görüldüğü üzere suç tipi, 55. maddede düzenlenen haksız rekabete yollama yapmak suretiyle düzenlenmektedir. Dolayısıyla suç tipinin maddi unsurunu oluşturan fail, mağdur ve eylem unsurları, aslında 55. maddede düzenlenmektedir. İşte söz konusu haksız rekabet hallerinin bilişim sistemleri kullanılarak ve özellikle internet üzerinden gerçekleştirilmesi kuvvetle muhtemel ve mümkündür. Hatta elektronik ticaret ile internet medyası ve reklamcılığının bu kadar geliştiği günümüzde 55. maddede belirtilen haksız rekabet eylemlerinin çoğunun belirtmiş olduğumuz alanlarda işleneceğini düşünmekteyiz. Böylelikle bu suç tipinin de bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlar arasında sayılması mümkündür. Buna göre haksız rekabetin düzenlendiği 55. maddenin ve dolayısıyla söz konusu suçun bilişim sistemleri ve alanı düşünülerek düzenlenmesini son derece yerinde bulmaktayız.

Bu hususta uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir başka sorundan da söz etmek yerinde olacaktır. Özellikle internet üzerinden yapılar yayınlar anlık olmakta, yani içerikler bir anda web sitesine yüklenebildiği gibi bir anda da kaldırılabilir. Haksız rekabet eylemlerinin internet üzerinden yapılması halinde de, aynı durum söz konusu olmaktadır. Haksız rekabetin önlenmesi, buradan doğan zararların tazmini ve bu eylemler nedeniyle suç duyurusunda bulunulması halinde eylemin faileri haksız rekabet içeriklerini anında yok etmekte ve böylelikle hem tazminat yargılaması hem de ceza soruşturması için en önemli bir delili ortadan kaldırmaktadırlar. İşte bunun önüne geçilebilmesi ve mağduriyetin giderilmesi için gecikmeye yer verilmeksizin delil tespiti yapılması gerekmektedir.

Söz konusu ihlaller ilk ortaya çıktığında bunların tespiti yani anlık olarak web sitesinden alınan çıktıyla ekran görüntüsünün aynı olduğunun tespiti noterler tarafından yapılmaktaydı. Anılan uygulama işleyişi son derece kolaylaştırmaktaydı. Ancak daha sonra Noterler Birliği'nin yayımladığı 9.7.2004 tarih ve 27 numaralı genelge ile bu tür tespitlerin mahkemelerin yetkisinde olduğu ve ancak mahkemeler tarafından yapılabileceği duyuruldu^[27]. Genelgeyle birlikte bu tür tespitler sulh hukuk mahkemeleri tarafından yapılmaya

[27] “İnternette yayınlanan uyulması gereken yayın kurallarının tespitinin noterliklerde tespit edilemeyeceğine ilişkin ilgi genelgemizin internet yayınları yönünden gözden geçirilip değerlendirilerek, hak kayıplarını önleyecek değişikliğin yapılması için bir Baro Başkanlığı'nın başvurusu üzerine konu hakkında görüşleri sorulan Adalet Bakanlığı Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü'nden alınan ve Yönetim Kurulu'nun 05.07.2004 günlü toplantısında görüşülen 22.03.2004 tarihli 06763 sayılı yazıda; “Delillerin tespiti, açılmış veya ileride açılacak olan bir dava ile ilgili delillerin, bazı şartlar altında zamanından önce toplanıp güvence altına alınmasını sağlamak için kabul edilmiş bir hukuki müessesedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesinde, görülmekte bulunan davada henüz tahkik ve tetkikine sıra gelmemiş bulunan veyahut ileride açılacak davada ileri sürülecek olan hususun şahit, keşif, bilirkişi veya diğer deliller ile tespitinin talep edilebileceği belirtilmiştir. Aynı Kanunun 370. maddesinde ise, delillerin tespiti için yetkili olan mahkemenin, davanın görüldüğü veyahut dava açılmamış ise en seri ve en az masrafla delillerin tespitinin mümkün olduğu mahkeme veya sulh hakimi olduğu ifade edilmiştir. Noterlerce yapılan tespit işleri ise Noterlik Kanunu'nun 61. maddesinde düzenlenmiş olup, bu maddede; “Noterler bir şeyin veya bir yerin hal ve şeklini, kıymetini, ilgili şahısların kimlik ve ifadelerini tespit ederler...” denilmek suretiyle noterlere bazı konularda tespit işlemi yapmak yetkisi tanınmıştır. Ancak bu yetki aynı Kanunu'nun 60. maddesi ile sınırlandırılmıştır. Noterlerin görevlerinin sayıldığı bu maddenin birinci ve ikinci fıkrasının hükümlerine göre, yapılması kanunla başka bir makam, merci veya şahsa verilmiş olan hukuki işlemleri düzenlemek ile kanunlarda resmi olarak yapılması emredilen ve mercileri belirtilmiş olan hukuki işlemleri yapmak noterlerin görevleri dışındadır. İnternet yayınlarının tespiti işi de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 368. maddesi anlamında delil tespiti mahiyetinde olup, bu yetki ve görev aynı Kanunu'nun 370. maddesi gereğince mahkemelere verildiğinden, bu tür tespit işlerinin noterlerce yapılması mümkün değildir. Bu itibarla; Konu, özü itibarıyla yargısal yorumu gerektirmekte olup, ihtilaf halinde mahkemelerce verilecek nihai kararın esas alınması gerekmeyle birlikte, internet yayınlarının tespiti taleplerinin noterliklerce yerine getirilmesinin, Hukuk Usulü

başlandı. Sulh hukuk mahkemelerinden tespit istenildiğinde hemen bir bilirkişi tayin edilmekte ve yayını yapan kişilerin nerede olduğuna bakılmaksızın tespit yapılmakta ve bu tespit hem özel hukuk yargılamasında hem de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilmekteydi. Ancak 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren HMK ile durum değişmiştir. Artık bu tür tespit taleplerinde mahkemelerin yetkisi maddesi çok katı bir biçimde uygulanmakta ve örneğin Van'da bulunan bir kişinin (*örneğin bayinin*) tüm Türkiye çapında internet üzerinden gerçekleştirdiği haksız rekabet eylemlerinin tespiti için aleyhine haksız rekabet yapılan şirketin merkezi İstanbul'da olmasına rağmen, İstanbul'dan başvuru yapıldığında yetkisizlik nedeniyle talep reddedilmektedir. Bu ise hem çok kısa ve basit bir işlem için gereksiz bir biçimde masraf ve zaman kaybına yol açmakta, hem de bundan da önemlisi zaman kaybı nedeniyle çoğunlukla durumdan haberdar olan failer içerikleri internet kaldırmak suretiyle eylemin delillerini yok etmektedirler. Kısacası adaletin sağlanması ve haksızlığın giderilmesiyle görevli olan mahkemeler uygulamalarıyla haksızlığa yol açmaktadırlar. Sorunun çözümü için ya söz konusu madde amaca uygun yorumlanmalı ve bu tür talepler karşılanmalı ya da maddede değişiklik yapılmalıdır.

Üzerinde durmak istediğimiz bir diğer husus ise TTK'nın 63. maddesinde düzenlenen tüzel kişilerin sorumluluğuna ilişkin düzenlemedir. TTK'nın 63. maddede yer alan tüzel kişilerin ceza sorumluluğuna ilişkin düzenlemede, *"tüzel kişi adına hareket ... etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında uygulanır"* düzenlemesi kusura dayanmayan objektif ceza sorumluluğunu geri getirir niteliktedir. Bu durum TCK'nın konuyla ilgili yaklaşımıyla da uyusmamaktadır. Zira 5237 sayılı TCK ile gelişmiş hukuk sistemlerinde olmayan objektif ceza sorumluluğunun son izlerinin silindiği (*neticesi sebebiyle ağırlaşan suçlarda ağırlaşan netice açısından failin en azından taksir derecesinde sorumluluğunun aranması*), kusura dayalı bir sorumluluk anlayışının yerleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir^[28]. Oysa düzenleme bu anlayışın tersine bir düzenleme olarak görülmektedir.

Kanımızca söz konusu düzenlemeye yer verilmesinin sebebi, suç tipinin karmaşık yapısından ve hem icrai hem de ihmali hareketlere aynı suç tipinde yer verilmiş olmasıdır. Nitekim suçun düzenlendiği 62. maddenin (d) fıkrasında cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemeyenler veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmeyenler denilerek suçun ihmal suretiyle işlenebileceği belirtilmiştir. 63. maddedeki söz konusu ibarenin de, 62. maddenin (d) fıkrasında yer alan düzenleme için kullanıldığı kabul edilmelidir.

Muhakemeleri Kanunu'nun 370. maddesi ile Noterlik Kanunu'nun 60. maddesinin 1 ve 2. fıkralarının hükmü karşısında mümkün olmadığı" belirtilmiştir."

[28] Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012, s.14, 15.

Aksi takdirde 63. madde halen yürürlükte bulunan ceza kanunu ve günümüzde kabul gören suç genel teorisi ile tamamen uyumsuz ve geçmişte kalmış bir anlayışın ürünü olarak görülecektir.

TTK'nın 58. maddesinde haksız rekabetin yapılmasında “*basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*” düzenlenmektedir. Bu düzenlemede esas olarak içerik sağlayıcılar sorumlu tutulmakla birlikte basın hukukundaki sorumluluk düzenine benzer şekilde bazı hallerde bunlar dışındaki kişilerin de sorumlu tutulabileceği belirtilmektedir, ancak bunlar özel hukuka ilişkin sorumluluklardır. Yine 58. maddenin 4. fıkrasının 2. tümcesinde ihtiyati tedbir olarak erişim engellemesine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre: “*Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcıyı da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dahil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.*”

Hizmet sağlayıcıya ilişkin bu düzenleme, haksız rekabetin önlenmesine yönelik olmakla birlikte ağır sonuçlara yol açabilecek niteliktedir. Bir kere içeriğin çıkarılması mümkün ve bu maddede düzenlenmiş iken, haksız rekabeti yapan hizmet sağlayıcı olmadığı halde buna yönelik tedbir uygulamak anlamsızdır. Ayrıca bu tedbir kararının verilmesi için hizmet sağlayıcının dinlenmesi gerektiği belirtilmektedir. Peki hizmet sağlayıcıya ulaşılmaz veya geçerli tebligata rağmen hizmet sağlayıcı gelmez ve dinlenmez ise ne olacaktır? Bize göre bu düzenleme failin eyleminden dolayı başkasını sorumlu tutmanın açık bir görünümüdür. Yukarıda ifade ettiğimiz delil tespitindeki güçlük nedeniyle bu maddenin uygulanması da son derece zor olmaktadır, zira delillendirilemeyen bir haksız rekabet için bu maddenin işletilmesi mümkün olamamaktadır. Sonuç olarak hizmet sağlayıcının sorumlu tutulması yerinde bir düzenleme değildir.

4. Ticari Defter, Belge ve Kayıtların Elektronik Veri Olarak Tutulmasının ve Saklanması Çeşitli Bilişim Suçlarının Konusunu Oluşturabilmesi Riski

TTK'nın 64. ve 65. maddelerinde; ticari kayıt ve belgeler ile ticari defterlerin elektronik veri şeklinde olabileceği ve bu şekilde saklanıp arşivlenebileceği, bunların geçerli kayıt olup, hem bu alandaki yükümlülüğün yerine getirilmesi açısından yeterli olduğu hem de delil olarak kullanabilecekleri düzenlenmektedir.

Tacirler için tutulması gerekli defterlerin ve diğer kayıtların, olgu ve işlemleri saptayan belgelerin dosyalanması şeklinde veya veri taşıyıcıları aracılığıyla tutulması mümkündür. Defterlerin ve gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulması durumunda, bilgilerin saklanma süresince bunlara ulaşılmasının ve bu süre içinde bunların her zaman kolaylıkla okunmasının temin edilmiş olması

şarttır. TTK m.65/4 gereğince 65. maddenin 1. ve 3. fıkraları kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır. Bu düzenleme; defter tutanlara kayıtları, olguları ve işlemleri içeren ve aynı zamanda da kanıtlayan belgelerin saklanması iki seçenek sunmaktadır. Bunlardan birincisi fiziki dosyalama, ikincisi ise veri taşıyıcıların kullanılmasıdır. Veri taşıyıcıları terimi, verilere sayısal halde barındıran CD, harici disk, USB bellek gibi her türlü veri taşıma aygıtını ifade etmektedir^[29].

Bu verilerin özellikle elektronik ortamda saklanmasına çok dikkat edilmelidir. Bu verilerin kişisel veri niteliğinde olması mümkün olduğu gibi aynı zamanda genellikle ticari sır niteliğindedir. Dolayısıyla bunların kişisel verilerin kaydedilmesi suçu (*TCK m.135*), verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçu (*TCK m.136*), verilerin yok edilmemesi suçu (*TCK m.138*) ya da ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması (*TCK m.239*) suçlarının konusunu oluşturması söz konusu olabilecektir. Ayrıca bu verilerin ele geçirilmesi suretiyle bilgi ve belge sahiplerine karşı tehdit (*TCK m.106*), şantaj (*TCK m.107*) ya da haksız rekabet (*TTK m.62*) suçlarının işlenmesi ya da bilgilerin ele geçirilip üçüncü kişilerin aldatılması için kullanılması suretiyle dolandırıcılık (*TCK m.157/158*) suçunun işlenmesi mümkün olabilecektir.

Verilerin yukarıda belirtilen suçların konusu olma riski TTK'nın 64. ve 65. maddelerindeki düzenlemelerin hatalı olduğu anlamına gelmemektedir; aksine bize göre bilişim teknolojinin ticaret hukukuna yansıtılması suretiyle olumlu ve ileri bir adım oluşturmaktadırlar. Ancak bünyesinde bu tür risklerin de bulunduğu göz ardı edilmemelidir. Karşılaşılan sıkıntı TTK'daki düzenlemeden değil ülkemizde hala kişisel verilerin ne olduğunu ve söz konusu verilerin nerede, nasıl saklanması gerektiğini, verilere kimlerin ulaşabileceğinin ve verilerin kimler tarafından, ne şekilde işlenebileceğini gösteren kişisel verilerin korunmasına ve işlenmesine ilişkin yasal bir düzenlemenin bulunmamasıdır.

Bu durum ülkemizi kişisel verilerin paylaşımı konusunda güvenilmez ülkeler kategorisine sokmakta ve sonuçta yabancı yatırımcılar ya hiç gelmemekte ya da beklenen düzeyde yatırımda bulunmamakta, böylelikle ticaret yaşamı ve ekonomi olumsuz yönde etkilenmektedir. Kişisel verilere ilişkin bir yasanın olmaması ceza hukuku açısından yapılacak girişimlere de ket vurmaktadır.

Mevzuat eksikliği sonucunda, pek çok kamu kurumu uluslararası işbirliği imkânını kullanamamakta ve hizmetlerinde çok daha etkin olma fırsatını kaçırmaktadır. Özel sektör kuruluşları ise yurtdışı ile bilgi akışını düzenleyecek ve yurtdışındaki müşterilerine ya da muadillerine güvence verecek bir ulusal mevzuat eksikliği yüzünden önemli bir ekonomik potansiyeli kaçırmaktadırlar.

[29] Karahan, a.g.e., s.300.

Türkiye’de büyümesi öngörülen bazı sektörlerin (*bilişim, sağlık, otomotiv gibi*) gelişmesi ve yurtdışından müşteri çekebilmesi için kişisel verilerin korunması kritik rol oynamaktadır. Örneğin önümüzdeki dönemde yurtdışından gelen talebin daha da artması beklenen sağlık hizmetleri için potansiyel müşterilerin, bu konuda standartlara uygun bir güvence olmaması, sebebiyle başka seçeneklere yönelmesi önemli bir ekonomik fırsatın kaybına neden olmaktadır ve olmaya devam edecektir.

Özellikle kişisel verilerin kullanımını içeren yeni teknolojilerin yaygınlaşması ve bu teknolojilerin ekonomik potansiyelinin ciddi boyutlara ulaşması bu konuda düzenlemeler yapılması ihtiyacını artırmıştır. Ayrıca yabancı firmaların bağlı oldukları ülkelerin mevzuatları ellerindeki verilerin Türkiye’deki firmalara aktarılmasına izin vermediği için ülkemizde varlık gösterememekte ve dolayısıyla önemli yatırım imkânları kaçırılmakta ve yine bu eksiklikten ötürü, yurtdışında iş yapan Türk menşeli firmalar müşteri verilerinin işlenmesi konusunda sıkıntılar yaşamakta ve artı değer yaratma imkânını kaçırmaktadırlar^[30].

Görüldüğü üzere tek başına TTK’da olumlu ve ileri yönde düzenlemelerin yapılması yetmemektedir. Ticaret ve yatırımın artırılması, bir bütün olarak düşünülmeli ve bu alanda birbirini destekleyen ya da parçası olan mevzuatlar bir bütün halinde yürürlüğe konulmalıdır.

5. Ticaret Şirketlerine Getirilen Yükümlülüklerin Özellikle Web Sitelerine Yapılacak Saldırıları Halinde Risk Oluşturması ve Haksız Yaptırımlara Yol Açma Potansiyeli Barındırması

TTK’nın “*Son Hükümler*” başlıklı bölümünün “*Elektronik İşlemler ve Bilgi Toplumu Hizmetleri*” başlıklı alt bölümünün 1524. maddesinde, her sermaye şirketinin bir internet sitesi bulundurma zorunluluğu; 1525. maddesinde, elektronik posta ile yapılması halinde geçerli olacak bildirimler; 1526. maddesinde, güvenli elektronik imza ile yapılabilecek ve yapılamayacak işlemler; 1527. maddesinde ise elektronik ortamda toplanabilecek şirket kurulları düzenlenmektedir. Böylelikle bilgi ve iletişim teknolojilerinin getirdiği katma değerler, ticari şirketler bakımından yardımcı ve ikincil nitelikte olmaktan çıkmış, bir ticari şirketin asli değerlerinden, yapı taşlarından biri haline gelmiştir^[31].

Şirketin internet sitesinde yer alan bilgilerin hukuka aykırı olarak değiştirilmesi ya da yok edilmesi, internet sitesine erişimin engellenmesi, yine sitede haksız rekabet suçu ya da hakaret oluşturacak nitelikte içeriğe yer verilmesi, elektronik postalara karşı ya da bunların kullanılması suretiyle hukuka aykırı

[30] Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, Bilgi Güvenliği, Kişisel Bilgilerin Korunması ve Güvenli İnternet Ekseni Mevcut Durum Raporu, 10 Nisan 2013, s.63.

[31] Koç/Güneli, a.g.y., s.7.

eylemlerin gerçekleştirilmesi ya da elektronik ortamda toplanan şirket yönetim kurulunun sabote edilerek yapılmasının engellenmesi ya da içeriğinin hukuka aykırı olarak elde edilmesi suretiyle yayınlanması suç oluşturacak eylemlerdir ve TTK'nın bu alandaki yerinde ve iyi niyetli düzenlemelerinin -bilgişim sektöründeki terminolojiyle- “*arka kapısını*” oluşturmaktadır.

Bu eylemlerin üçüncü kişiler tarafından ticaret şirketlerine zarar vermek amacıyla gerçekleştirilmesi halinde ticaret şirketleri hem bu saldırılar nedeniyle mağdur olacaklar hem de geçici süreyle de olsa yukarıda belirtilen yükümlülükleri yerine getiremedikleri için karşılaşmaları olası olan yaptırımlar nedeniyle ikinci kez mağdur olma potansiyeli ile karşı karşıya kalacaklardır. Dolayısıyla bu hükümler uygulanırken deliller iyi değerlendirilmeli ve katı uygulamalardan ziyade amaca uygun yorum yapılmalıdır.

6. E-Fatura Sistemine Geçilmesi Halinde, Bu Sistem Kullanılarak Vergi Kaçakçılığı, Vergi Ziyai ve Belgede Sahtecilik Suçlarının İşlenmesinin Suçun Cezasını Artıran Nitelikli Hali Olarak Düzenlenmesi Gerekliliği

Doğası gereği çok daha fazla müşteri için işlem yapan e-ticaret şirketlerinin mevzuat çerçevesinde hazırlamaları gereken belge ve dokümantasyon bu şirketlere hem iş yükü hem de dosyalama/kayıt tutma açısından zorluk yaratmaktadır. Bu zorluğu azaltmak adına atılan adımlardan biri de Elektronik Fatura Kayıt Sistemi'ni devreye almaktır.

İnternet ortamında yapılan satışlar için düzenlenecek belgelerin, geleneksel kanallardan yapılacak satışlarda düzenlenecek belgelerden farkı yoktur. Ticari iş yapan mükelleflerin düzenleyecekleri belgelerin başında “*fatura*” gelmektedir. Elektronik ticaret yapan mükellefler doğal olarak fazla işlem yapmaktadırlar. Bu nedenle, elektronik fatura düzenleyip iş yüklerini azaltmayı istemektedirler. Elektronik faturaya geçiş için öngörülen ara bir çözüm olan Elektronik Fatura Kayıt Sisteminden (EFKS), Gelir İdaresi Başkanlığı ile protokol imzalayan firmalar yararlanabilmektedirler. EFKS uygulamasından yararlanan firmalar, vergi mevzuatı gereğince düzenlemiş oldukları faturaların birer nüshalarını kağıt ortamında saklamak zorunda değildirler, alıcılarına kağıt ortamında veya manyetik ortamda fatura verebileceklerdir. Bu durumda hazırlanacak e-Faturalar PDF formatında hazırlanmalı veya güvenli elektronik imza ile imzalanmalıdır, bunun dışındaki durumlarda herhangi bir e-faturanın vergi mevzuatı çerçevesinde bir geçerliliği bulunmamaktadır.

e-Fatura uygulamasından yararlanan kullanıcılar:

- Sistemde kayıtlı kullanıcılara e-Fatura gönderebilir,
- Sistemde kayıtlı kullanıcılardan e-Fatura alabilir,
- Gönderilen veya alınan e-Faturalarını bilgisayarlarına indirerek elektronik ortamda muhafaza ve istendiğinde ibraz edebilirler.

416 Sıra No'lu Vergi Usul Kanunu Genel Tebliği uyarınca 213 sayılı Vergi Usul Kanununun (VUK) 232. maddesi uyarınca fatura düzenlemek zorunda olan mükellefler e-Fatura uygulamasından yararlanabilmektedir. e-Fatura düzenlemek ve göndermek isteyen mükelleflerin öncelikle e-Fatura Uygulaması üzerinde, kendilerine ait bir kullanıcı hesabı oluşturmaları gerekmektedir.

Elektronik fatura sisteminin avantajları olarak şunlar gösterilebilir:

- Faturaların mükellefte kalacak örneği ve eğer müşteri isterse müşteriye gidecek örneği elektronik ortamda gönderileceği için faturaların basım ve gönderim masrafları sona erecektir.
- Faturaların VUK'na göre beş yıl muhafaza ve ibraz süresi olduğundan, beş yıl boyunca saklama masrafları sona erecektir. Özellikle bazı şirketlerin profesyonel muhafaza şirketleri ile çalıştıkları düşünüldüğünde bu masraflar şirketler için önemli hale gelmeye başlamıştır.
- Faturaların fiziken zarar görmesinden (*yangın, su basması vb*) kaynaklanan, VUK'nda mevcut muhafaza ve ibraz ödevlerine uyulmamasının getirdiği cezalara katlanılma talihsizliği ortadan kalkacaktır. VUK'un 359. maddesinin getirdiği ceza kaçakçılık cezası olup, maddede bir yıldan üç yıla kadar ceza öngörülmektedir. Bunun yanında aynı kanunun 344. maddesinde yer alan vergi zıyaı halinde üç kat ceza da unutulmamalıdır^[32].

Ancak ticaret hukukunu doğrudan ilgilendiren bu düzenlemenin ceza hukukunu da doğrudan ilgilendirdiği unutulmamalıdır. Zira yukarıda belirtilen VUK'un 359. maddesinin ihlal edilmesi uygulamada sıklıkla karşılaşılan maddelerden birisidir. Buna bağlı olarak pek çok davada sahte fatura düzenlemekten dolayı failler hakkında belgede sahtecilik suçundan da dava açılmaktadır. e-Fatura uygulamasının yaygınlaşması ile birlikte, bu suçların işleniş oranında bir artma olması gözden uzak tutulmamalıdır. Hali hazırda basılı belge düzeninde bile çok sayıda suçun işlendiği bu alanda elektronik ortama geçilmesi halinde, belge hazırlanması için araya Maliye Bakanlığı anlaşmalı matbaa ya da üçüncü bir şirket gibi suç ortaklarının girmesinin gerekmediği hallerde suç

[32] Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, İnternet Girişimciliği ve E-Ticaret Eksenli Mevcut Durum Raporu, 10 Nisan 2013, s.194, 195.

ve suçlu oranındaki artış kaçınılmaz olacaktır. Bu ise hem toplum düzeninin bu alanda daha fazla bozulmasına hem devletin önemli ölçüde vergi kaybına hem de rekabette haksızlığın artmasına yol açacaktır.

Bunun bir nebze önlenmesi ve caydırıcılığın artırılarak sistemin güvenilirliğin korunması için sistemin devreye alınması halinde vergi kaçakçılığı ve vergi ziyayı suçları ile belgede sahtecilik suçlarının e-Fatura sistemi kullanılarak gerçekleştirilmesinin suçun cezasını artıran nitelikli hali olarak düzenlenmesi yerinde olacaktır. Zira klasik suçların bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesi genellikle hem daha kolay olmakta hem de faillerin yakalanması riskini azaltmaktadır.

III. HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NDAKİ BİLİŞİM ALANINA İLİŞKİN DÜZENLEMELERİN CEZA HUKUKUNA YANSIMALARI

1 Ekim 2011 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'da da bilişim alanından faydalanmaya yönelik çeşitli ve önemli düzenlemelere yer verilmiştir. HMK m.199'da; yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıların belge niteliğinde olduğu belirtilmiştir.

205. maddenin 2. Fıkrasında, usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik verilerin senet hükmünde olduğu, 3. fıkrasında ise mahkemeye delil olarak sunulan elektronik imzalı belgenin, güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş olup olmadığının yargıç tarafından resen inceleneceği düzenlenmektedir. Böylelikle yasanın gerekçesinde de belirtildiği üzere elektronik imzalı belgelerin delil gücü konusundaki tereddüt giderilmeye çalışılmıştır.

Güvenli elektronik imzalardan, daha geniş kapsamıyla dijital imzalardan beklenen yararlardan birisi, kural olarak bunların inkar edilmez nitelikte olmalarıdır^[33]. Kural olarak güvenli elektronik imza ile imzalanmış belge, imza sahibi tarafından imzalanmış kabul edilir ve gönderen taraf bu imzadan sorumlu olarak kabul edilir^[34]. Ancak bu imzaların hiçbir şekilde inkar konusu olamayacağını söylemek mümkün olmadığı gibi bunun söylenmesi hak kayıplarına da yol açabilecektir. Zira güvenli elektronik imzanın oluşturulması için gerekli olan elektronik imza oluşturma aracının çalınmış olması yahut başka bir şekilde elden çıkmış olması gibi durumlarda, imza sahibi şahıs dışında birtakım başka kişilerin de, imza sahibinin güvenli elektronik imza oluşturma verisi aracılığıyla imza

[33] Mehmet Ertan Yardım, "Güvenli Elektronik İmzanın İnkarı", (Çevrimiçi) <http://www.iscturkey.org/2010/2008/2006/pdf/bildiri/29.pdf>, 4.2.2013.

[34] Mesut Orta, Elektronik İmza ve Uygulaması, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005, s.60.

atabilmeleri mümkün olabilecektir.^[35] İşte bu nedenle 210. maddede güvenli elektronik imzayla oluşturulmuş verinin inkarı halinde, yargıç tarafından veriyi inkar eden taraf dinlendikten sonra bir kanaate varılamaması halinde bilirkişi incelemesine başvurulması gerektiği düzenlenmektedir.

Islak imzalı belgelerde, belgenin incelenmesi ile imza sahibi kendisine yakın olarak belirlenebilmekteyken, elektronik imzalı belgelerde belgeyi imzalayan kişinin kimliği kesin olarak belirlenememektedir. Çünkü elektronik imza elektronik ortamda oluşturulmakta, bu ortam ise kişinin karakteristik özelliklerini yansıtmamaktadır. Güvenli elektronik imzanın, ilgili imza sahibinin güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulup oluşturulmadığı ancak teknik inceleme ile tespit edilebilmektedir. Dolayısıyla bu tür imzalarda güvenli elektronik imzanın kime ait olduğu tespit edilebilmekte ancak imzanın bizzat kimin tarafından atıldığı tespit edilememektedir.^[36]

Elektronik İmza Kanunu'nun Uygulanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinin (f) bendine göre imza sahibi, imza oluşturma verisinin gizliliğinden veya güvenliğinden şüphe etmesi durumunda elektronik hizmet sağlayıcıyı gecikmeksizin bilgilendirmekle yükümlüdür. Elektronik sertifika hizmet sağlayıcı, nitelikli elektronik sertifikanın iptaline ilişkin taleplerin yapılabilmesini, asgari olarak telefonla ve kesintisiz olarak sağlamakla yükümlüdür. İptal talebinin alınmasından sonra nitelikli elektronik sertifikanın derhal iptal edilmesi gerekir. Bu şekilde iptal edilen nitelikli elektronik sertifika, geçerlilik süresi sonuna kadar iptal durum kayıtlarında yer alır. Elektronik İmza Yönetmeliğinin 13. maddesine göre, elektronik sertifika hizmet sağlayıcı, nitelikli elektronik sertifikalara ilişkin iptal durum kaydını herhangi bir kimlik doğrulamasına gerek olmaksızın ücretsiz ve kesintisiz olarak kamunun erişimine açık tutmakla yükümlüdür.^[37]

EİK'nın 16. maddesinde elektronik imza oluşturma amacı ile imza sahibinin rızası dışında imza oluşturma verisi ve imza oluşturma aracını elde eden, veren, kopyalayan ve bu araçları yeniden oluşturan şahıslar ve izinsiz elde edilen imza oluşturma araçları vasıtasıyla izinsiz elektronik imza oluşturanların, bir yıldan üç yıla kadar hapis ve elli günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılmaları öngörülmüştür. EİK'nın 17. maddesinde ise tamamen veya kısmen sahte elektronik sertifika oluşturanlar veya geçerli olarak oluşturulan elektronik sertifikaları taklit veya tahrif edenler ile bu elektronik sertifikaları bilerek kullananların, iki yıldan beş yıla kadar hapis ve yüz günden az olmamak üzere adli para cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Söz konusu suçların

[35] Ayşe Ece Acar, Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013, s.165.

[36] Acar, a.g.e., s.171.

[37] Acar, a.g.e., s.171.

elektronik sertifika hizmet sağlayıcısı çalışanları tarafından işlenmesi durumunda ise cezaların yarı oranında artırılması düzenlenmiştir. Bu suçlar nedeniyle oluşan zararların ayrıca tazmin ettirileceği düzenlenmişken, imza sahibi açısından bir sorumluluk düzenlenmemiştir^[38].

219. maddede elektronik belgelerin mahkemeye sunulma yöntemi, 243. maddede tanıkların elektronik posta ile davet edilebileceği, 412. maddede tahkim sözleşmenin elektronik ortamda yapılabileceği, 445. maddede ise UYAP sistemi ve elektronik ortamda güvenli elektronik imza ile dava açılabilmesi ve diğer birçok işlemin yapılabileceği düzenlenmektedir.

Buna göre HMK'da da bilişim alanının çözümlerine ve elektronik verilere büyük bir önem verilmiştir. Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) üzerinden dava açılabilmesi ve diğer her türlü işlemin yapılabilmesi, bunlar için ayrıca fiziki örnek aranmaması tek başına konuya verilen önemi göstermektedir.

Ancak bu düzenlemeler içerisinde önemli riskleri barındırmaktadır. Güvenli elektronik imzayla imzalanmış belgenin inkarı halinde özellikle bilirkişilere önemli görevler düşmektedir. Burada da bilirkişi seçiminin önemi ortaya çıkmaktadır. Tamamen teknik bir alan olan bu konuda verilen raporlar yargılamanın taraflarını ve yargıç ile taraf vekilleri olan hukukçuları bağlayacaktır. Bunun kötüye kullanılması halinde TCK'nın 276. maddesinde düzenlenen “*gerçeğe aykırı bilirkişilik ve tercümanlık suçunun*” oluşması söz konusu olacaktır. Bunun belli bir yarar karşılığında yapılması halinde ise TCK'nın 252. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen rüşvet suçunun nitelikli hali söz konusu olacaktır.

HMK m.199'a göre, elektronik verilerin belge olarak ve 205/2'ye göre elektronik imza ile imzalanmış belgeler senet hükmünde kabul edildiklerinden, artık elektronik verilerle oluşturulan belgeler üzerinde yapılan değiştirme, başkalaştırma ve yok etme eylemleri de TCK'nın 207. maddede düzenlenen özel belgede sahtecilik ve 208. maddede düzenlenen özel belgeyi bozmak, yok etmek ve gizlemek suçlarını oluşturacaktır.

HMK'nın izin verdiği yöntemlere uygun olarak elektronik verilerin kullanılması suretiyle TCK'nın 135. ve 136. maddelerindeki kişisel verilere ilişkin suçların işlenmesi ya da 244. maddedeki sistemi engelleme, bozma, verileri yok etme veya bozma suçunun işlenmesi de söz konusu olabilecektir.

Biz içerisinde barındırdığı bu risklere rağmen HMK'da bilişim alanının çözümlerinden yararlanmaya yönelik olarak yapılan düzenlemelerin de yerinde olduğunu düşünmekteyiz.

[38] Bu suçlar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz: Dülger, Bilişim Suçları, s.637 – 652.

SONUÇ

Görüldüğü üzere TTK'nın ve HMK'nın tamamında bilişim alanına ilişkin düzenlemeler yapılmış ve genel nitelikteki düzenlemelerle ilgili hali hazırda ticari yaşamda kullanılan bilişim teknolojilerinin çözümlerinin ve kolaylıklarının hukuki alt yapıya kavuşması sağlanmıştır. Benzer şekilde TBK'da da bu alanda esasa etkili çok önemli düzenlemelere yer verilmiştir. Biz bu düzenlemelerin son derece yerinde ve an itibarıyla içinde bulunduğumuz bilişim çağına uygun düzenlemeler olduğunu düşünüyoruz.

Bilişim alanı ve internet dünyası da tıpkı arabanın icadı ve atomların keşfi gibi, insanlığın yararına yapılan buluşlar olmalarına rağmen kötüye kullanıma açıktırlar. Tüm bu olumsuzluklara karşın söz konusu buluşların ya da yeniliklerin kötü olduğu düşünülmemelidir. Baştan beri ifade ettiğimiz üzere bu olanakların kötüye kullanılma riski ile ilişkili olarak, bu alandaki yaklaşık yirmi yıllık uygulama, özellikle ekonomik çıkar amaçlı bilişim suçlarının gittikçe artan sıklıkta işlendiğini göstermektedir.

İşte burada suç politikası devreye girerek ve hangi eylemlerin suç olarak düzenlenip cezalandırılacaklarının, hangi eylemlerinin ise suç olarak kabul edilmeyip, ceza hukukunda izin verilen risk kavramı içinde değerlendirilip cezasız bırakılacağına belirlenmesini sağlayacaktır. Biz yukarıda kısaca her üç yasadaki bilişim alanına ilişkin düzenlemeler hakkında bilgi verirken, bu araçların kötüye kullanım riskini taşıyan ve ceza hukukuyla suç olarak kabul edilip riski önlemeye ve/veya cezalandırmaya çalışan hususlara yer vermeye çalıştık. Bu bağlamda genel hatlarıyla tespit etmiş olduğumuz hususları şu şekilde özetleyebiliriz:

Sözleşmenin kuruluşunun elektronik imza ya da teyit edilmiş imza ile yapılabilmesi sahtecilik iddiaları açısından sorun oluşturabilecektir; bilişim teknolojilerinin TBK bağlamındaki haksız rekabette kullanılması olası bir durumdur; ticari işletme ilanının internette yapılabilmesi dolandırıcılık eylemlerinin artması riskini barındırmaktadır; TTK bağlamındaki haksız rekabet suçunda bilişim teknolojilerinin kullanılması bir araç olarak öngörülmüştür; ticari defter, belge ve kayıtların elektronik veri olarak tutulması ve saklanması çeşitli bilişim suçlarının konusunu oluşturabilecektir; ticaret şirketlerine getirilen yükümlülüklerin özellikle web sitelerine yapılacak saldırılar halinde risk oluşturma ve haksız yaptırımlara yol açma potansiyeli bulunmaktadır.

Ayrıca kayıtlı elektronik posta sisteminin olası kötü kullanımlarının şu an için suç olarak düzenlenmemesine rağmen, bu tür eylemlerin diğer suç tiplerinin içine girdiği ölçüde cezalandırılacaklarını, oysa bu sistemin ve bunun kötüye kullanımının kendine özgü özellikleri dikkate alınarak, aynen

güvenli elektronik imzada olduğu gibi, ayrı suç tipleri oluşturularak korunması gerektiğini düşünmekteyiz.

Bunun yanı sıra e-Fatura uygulamasının kabul edilmesi halinde olası ihlallerin bir nebze önlenmesi ve caydırıcılığın artırılarak sistemin güvenilirliğin korunması için vergi kaçakçılığı ve vergi ziyaı suçları ile belgede sahtecilik suçlarının e-Fatura sistemi kullanılarak gerçekleştirilmesinin suçun cezasını artıran nitelikli hali olarak düzenlenmesi yerinde olacağını, zira klasik suçların bilişim sistemleri kullanılarak işlenmesinin genellikle hem daha kolay olduğunu hem de faillerin yakalanması riskini azalttığını düşünmekteyiz.

Sonuç olarak tek başına TTK'da olumlu ve ileri yönde düzenlemelerin yapılması yetmemektedir. Ticaret ve yatırımın artırılması bir bütün olarak düşünmeli ve bu alanda birbirini destekleyen ya da parçası olan mevzuatlar bir bütün halinde yürürlüğe konulmalıdır. Dolayısıyla genel kod niteliğindeki bu üç yasanın uygulanmaya başlanmasıyla belki yeni suç tiplerinin hemen oluşturulmayacağını, ancak özellikle bilişim alanına ilişkin düzenlemelerin çok büyük orandaki amaca uygun kullanımlarının yanı sıra kötüye kullanımları karşısında öncelikle yeni suç işleme modellerini ortaya çıkaracağını ve zaman için TCK'da ya da diğer yasaların içinde yeni suç tipleri oluşturulmak suretiyle bu risklerin ve kötüye kullanımların önlenmesine ve cezalandırılmasına çalışılacağını düşünmekteyiz.

KAYNAKÇA

- Acar, Ayşe Ece, *Medeni Muhakeme Hukukunda Elektronik İmzalı Belgelerin Delil Niteliği*, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2013.
- Arkan, Sabih, *Ticari İşletme Hukuku*, 16. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, 2012.
- Artuk, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 6. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Artuk, Mehmet Emin/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 12. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012.
- Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, *İnternet Girişimciliği ve E-Ticaret Eksenli Mevcut Durum Raporu*, 10 Nisan 2013.
- Bilgi Toplumu Stratejisinin Yenilenmesi Projesi, *Bilgi Güvenliği, Kişisel Bilgilerin Korunması ve Güvenli İnternet Eksenli Mevcut Durum Raporu*, 10 Nisan 2013.
- Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, 2. Bası, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012.
- Dülger, Murat Volkan, *Suç Gelirlerinin Aklanmasına İlişkin Suçlar ve Yaptırımlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2011.
- Karahan, Sami, *Ticari İşletme Hukuku*, 23. Bası, Konya, Mimoza Yayınları, 2012.
- Koç, Serhat/Nihan Güneli, *"Kayıtlı Elektronik Posta ve Elektronik Tebligat"*, Bilişimin Ticaret Hukukuna Etkileri Paneli, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Merkezi, İstanbul, 20.2.2013.
- Oğuzman, M. Kemal/M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I.*, 10. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Orta, Mesut, *Elektronik İmza ve Uygulaması*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2005.
- Özgüven, Ali, *İktisat Bilimine Giriş*, 8. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2005.
- Sevim, Taner, *"6102 Sayılı Türk Ticaret Kanununda Bilişim Hukuku"*, Bilişimin Ticaret Hukukuna Etkileri Paneli, İstanbul Barosu Bilişim Hukuku Merkezi, İstanbul, 20.2.2013.
- Yardım, Mehmet Ertan, *"Güvenli Elektronik İmzanın İnkarı" (Çevrimiçi)* <http://www.iscturkey.org/2010/2008/2006/pdf/bildiri/29.pdf>, 4.2.2013.