

BIYOMETRİK İMZA

Av. D. Nadide GENÇ

A-GİRİŞ

Dijitalleşme sürecinin doğal bir ürünü olan elektronik imza ile sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması, zaman ve masraf (kağıt, arşiv vb) tasarrufu sağlayacağı gibi sözleşme kayıtlarına kolay ve hızlı erişilmesine olanak sağlamasıyla da tercih sebebi olmaktadır. Sözleşmelerin elektronik ortamda kurulması, özellikle tip sözleşme kullanan veya çok sayıda müşterisi olan bankalar, sigorta şirketleri ve telekomünikasyon şirketleri gibi şirketlerin insan kaynağı yönetimi ve işlem sürelerinde büyük ölçüde tasarruf sağlanması açısından önem taşımaktadır.

Sözleşmelerin elektronik olarak kurulmasına imkan sağlayan“güvenli elektronik imza”Türk hukukunda Elektronik İmza Kanunu¹’nda(EİK) düzenlenmiştir. Güvenli elektronik imzanın kullanımı; imza sahibinin bir donanım taşımak zorunda kalması, kullanımının pratik olmaması, donanımın başkaları tarafından izinsiz kullanımının söz konusu olabilmesi gibi nedenlerle, 2004 yılından bu yana beklenildiği ölçüde yaygınlaşamamıştır.

EİK’de düzenlendiği şekli ile güvenli elektronik imza kullanımının yaygınlaşamaması, sözleşmelerin elektronik olarak kurulmasına imkân sağlayan ve yine bir elektronik imza olan “biyometrik imza” kullanımına olan ihtiyacın oluşmasına neden olmuştur.

Bu çalışmada, genel olarak sözleşmelerin şekli ve elektronik imza hakkında kısa bilgi verilmiş, biyometrik imzanın tanımı, biyometrik imza ile ıslak imza arasındaki benzerlik ve farklara kısaca değinilmiştir.

¹ RG: 23.1.2004/ S: 25355



B- GENEL OLARAK İMZA

Türk Borçlar Kanunu² (TBK) m.12 “[s]özleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir” şeklinde düzenlenmiş olup irade beyanında bulunan kişi, iradesini hangi yollarla açıklayacağı konusunda serbesttir. Bu kapsamda, hukukumuzda kural şekil serbestisidir. Ancak kanunda düzenlenen istisnai hallerde, sözleşmenin geçerliliği kanunda düzenlenen şekil şartına göre kurulmuş olmalarına bağlıdır.

TBK m.14/1 “[y]azılı şekilde yapılması öngörülen sözleşmelerde borç altına girenlerin imzalarının bulunması zorunludur” hükmünü haizdir. Sözleşmenin kurulması için şekil serbestisi olsa da herhangi bir hukuki uyumsuzlukta Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (HMK) uygulanacaktır. Bu kapsamda gerek şekil serbestisi olan sözleşmeler gerekse yazılı şekil şartına tabi sözleşmelerden doğan uyumsuzlukların çözümünde “senetle ispat” kuralı geçerli olacaktır. Diğer bir anlatımla, sözleşmenin kurulması için şekil serbestisi olsa da senetle ispat kuralı geçerli olacaktır.

² RG: 04.02.2011/ S: 27836

³ RG: 04.02.2011/ S: 27836

TBK m.15/1 “[i]mzanın, borç altına girenin el yazısıyla atılması zorunludur. Güvenli elektronik imza da, el yazısıyla atılmış imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğurur” şeklinde düzenlenmiş olup imzanın el ile atılmış olması veya güvenli elektronik imza ile atılmış olması gerekmektedir. İmza, irade beyanında bulunan kişinin kimliğini tespiti yarayan, onu diğerlerinden ayıran bir işaret olarak tanımlanmaktadır⁴.

EİK’te elektronik imza, “[b]aşka bir elektronik veriye eklenen veya elektronik veriyle mantıksal bağlantısı bulunan ve kimlik doğrulama amacıyla kullanılan elektronik veri” olarak tanımlanmıştır (m.3/a). Bu tanımın tüm elektronik imza türlerini kapsayacak şekilde yapıldığı görülmektedir. Ancak, her elektronik imza değil yalnızca güvenli elektronik imza ile atılan imzanın, elle atılan imza ile aynı hukuki sonucu doğuracağı düzenlenmiştir (m.5)⁵. Güvenli elektronik imza EİK’te, münhasıran imza sahibine bağlı olan, sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan güvenli elektronik imza oluşturma aracı ile oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini sağlayan, imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığının tespitini sağlayan elektronik imza olarak tanımlanmaktadır (m.4).

EİK m.5/2 “[k]anunların resmi şekle veya özel bir merasime tabi tuttuğu hukukî işlemler ile banka teminat mektupları dışındaki teminat sözleşmeleri, güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemez” şeklinde düzenlenmiştir. EİK m.5/2’nin ilk halinde tüm “teminat sözleşmeleri”nin güvenli elektronik imza ile gerçekleştirilemeyeceği düzenlenmişken, EİK’te yapılan değişiklikle “banka teminat mektupları”nın güvenli elektronik imza ile düzenlenmesi mümkün hale gelmiştir⁶.

⁴ Kemal Oğuzman, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Vedat Kitapçılık, 15.B, İstanbul, 207, s.147, N.463; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.B, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s.289; Zekeriya Kürşat, “Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi”, İÜHF, C.75, S.3, 2017, s. 418(413-430).

⁵ EİK ile dijital ortamda yapılan anlaşmaların elektronik imza ile bağlayıcı olarak kurulması kabul edilmiş olduğu

yönünde bkz. Oğuzman/Öz, s.146, N.461

⁶ EİK m.5/2’ye göre banka teminat mektubu haricinde teminat sözleşmeleri güvenli elektronik imza ile düzenlenemeyecektir. Ancak, 6750 sayılı Ticari İşlemlerde Taşınır Rehni Kanunu (RG: 28.10.2016/ S: 29871) m.4/3’e göre, taşınır rehni sözleşmesi güvenli elektronik imza ile imzalanabilir. Güvenli elektronik imzanın teminat sözleşmelerinde kullanımına giderek izin verildiği görülmektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na (HMK) göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler “senet” hükmündedir (HMK md. 205/ 2). Güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler, aksi ispat edilmedikçe kesin delil sayılacaktır (HMK m.205/1).

Güvenli elektronik imza, TBK ve HMK'da yer alan düzenlemeler tahtında, gerek maddi hukuk gerek ispat hukuku açısından son derece bağlayıcı olmasına rağmen uygulamada yaygın olarak kullanılamamıştır. Bunun nedeninin bireyleri konvansiyonel elektronik imzada bir donanıma yani token'a, mobil imzada ise bir SIM'e bağlı kılması olduğu belirtilmektedir⁷.



C. BİYOMETRİK İMZA

İnternetin hayatın her alanında kullanılmaya başlanması ile birlikte internete entegre şekilde yeni teknolojiler de gelişmekte veya var olan teknolojiler gelişmektedir. Biyometrik imza, bu teknolojilerden biridir⁸. Biyometrik imza, imzanın görüntüsü ile imzanın atılma hızını,

⁷ Leyla Keser Berber, Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki İmza Açısından Yeri, itlaw.bilgi.edu.tr, E.T. 07.09.2019, s.8. “Güvenli elektronik imzanın sadece Server Signing şeklinde atılması durumunda, kullanıcının imza atmak için herhangi bir donanıma ihtiyacı kalmayacak olup, sadece “imzala” butonu tıklanarak imza atılması mümkün olabilecektir” Keser-Berber, s.8

⁸ Avrupa Birliği'nin 2014 tarihli İç Pazarda Elektronik İşlemler için Kimlik Tespiti ve Güven Hizmetlerine İlişkin Regülasyonu ((eIDAS) kapsamında Gelişmiş Elektronik İmza başlığı altında değerlendirildiği belirtilen biyometrik imzanın, 2000'li yılların başından beri kullanılan bir imzalama yöntemi olduğu yönünde bkz. Keser-

hızlanma, yavaşlama, bastırma, çekme gibi davranışlarını, ritmini, yazma açısındaki değişiklik verilerini içeren; tablet, cep telefonu veya bilgisayar gibi elektronik ekrana el ile atılan imza olarak tanımlanabilir⁹.

Biyometrik imza biyometrik veriden oluşmaktadır. Bu nedenle, verilerin kriptografik yöntemlerle şifrelenmesi, verilere ancak yetkili kişilerin ihtiyaç ile sınırlı olarak erişmesi gerekir¹⁰.

Hukukumuzda, imzanın el ile atılması gerektiğine ilişkin düzenleme bulunmakla birlikte, imzanın kağıda atılmasının zorunlu olduğuna ilişkin bir düzenleme yoktur¹¹. İmzanın üzerine atıldığı, yazının üzerine yazıldığı maddenin de bir önemi bulunmamaktadır¹². Bu noktada, TBK'nın imza ile ilgili düzenlemelerin teknoloji bağımsız olduğunun kabul edilmesi gerekir¹³.

Biyometrik imza ve ıslak imzanın en büyük ortak özelliği "ilgili kişinin el yazısı ile" atılmış olmasıdır¹⁴. Farkı ise ıslak imza kâğıda atılmakta iken biyometrik imzanın tablet, cep telefonu veya bilgisayar gibi elektronik ekrana atılmasıdır. Elektronik ekrana atılan imza yalnızca bir ekran görüntüsünden ibaret değildir. Biyometrik imza, imzanın atılma hızını, hızlanma, yavaşlama, bastırma, çekme gibi davranışlarını, ritmini, yazma açısındaki değişiklik verilerini içermekte olup bu yönü ile ıslak imzadan hiçbir farkı bulunmamaktadır.

Biyometrik imzaya zaman damgası eklenebildiğinden, biyometrik imzanın ne zaman atıldığı, elektronik ortamdaki belgenin ne zaman imzalandığı kesin olarak bilinme imkânı olacaktır. Bu yönüyle mürekkep yazının tahmini olarak belirlenebildiği ıslak imzaya göre daha güvenlidir. Biyometrik imza ile elektronik ortamda gerçekleştirilen her işlem için log kaydı tutulması biyometrikimzanın ispat gücünü artırmaktadır¹⁵.

Berber, s.2

⁹ "Biyometrik imzanın, sadece görüntüden ibaret olmadığı, imzanın başlama ve bitiş noktası, hızı, ivmesi, kalemin yaptığı basınç ve kalemi tutuş açısı gibi kişiye özel biyometrik özellikleri de içerdiği belirtilmiştir". İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Enstitüsü, 24.07.2019 Tarihli Biyometrik İmza Çalıştayı Özet Raporu, s.2,

¹⁰ Keser-Berber, s.5.

¹¹ "Türk Borçlar Kanunu anlamında yazılı şekil için gerekli olan imza bakımından aranan tek koşul, imzanın el yazısı ile atılmasıdır. Bunun dışında ve ötesinde imzanın atılacağı zemin, imza atmakta kullanılacak araç bakımından bir sınırlama yoktur" Kürşat, s.418'den naklen.

¹² Oğuzman/Öz, s.142, N.450.

¹³ Keser-Berber, s.9.

¹⁴ Keser-Berber, s.7.

¹⁵ Keser-Berber, s.10-11.

Biyometrik imza ile imzalanan bir belgenin inkârı durumunda, imzanın inkâr edene ait olup olmadığı yapılacak kriminal inceleme ile tespit edilmektedir. Bu yönüyle de ıslak imzadan bir farkı bulunmamaktadır.

Ancak, biyometrik imzanın ispat gücü ile ilgili olarak HMK 199, 202 ve 205'inci maddeleri birlikte incelendiğinde tereddüt oluşmaktadır. HMK m. 202 lafzı biyometrik imzaya kesin delil vasfını verse de HMK m. 199 ve 205/2'de yer alan düzenlemeler lafzi olarak yorumlandığında biyometrik imza ile imzalanan belgelerin yazılı delil başlangıcı sayılma riski bulunmaktadır. Bu durum, teknolojik olarak ispat gücü ıslak imzaya nazaran daha fazla olsa da biyometrik imza ile imzalanan belgenin kesin delil olarak sayılmaması riskini doğurmaktadır. Biyometrik imza ile ilgili uygulamanın artabilmesi için bu tereddütlerin giderilmesi büyük önem taşımaktadır.

Biyometrik imza ile ilgili tereddütler, biyometrik imzanın el ile atılan imza olması özelliği ile TBK veya elektronik imza olması özelliği ile EİK'te düzenleme yapılarak giderilebilir.

D. SONUÇ

Elektronik imzanın bir donanıma bağlı kullanılmak zorunda olması, ancak bireylerin işlemlerini hızlı bir şekilde tamamlamak istemesi nedeni ile kullanımının beklenildiği kadar yaygınlaşmadığı bir gerçektir. Buna karşın biyometrik imzanın daha düşük işletme maliyetine sahip olması, daha hızlı ve güvenilir bir çözüm olması ile daha geniş bir kullanım alanına hitap etmesi onu donanım ile birlikte kullanılan elektronik imzaya karşı daha güçlü bir alternatif haline getirmektedir.

Kağıt kullanımının getirdiği maliyet yükü ve arşivleme sorunlarının giderilmesi için dijitalleşme sürecinin tamamlanması gerekir. Bu süreçte ilk ve en önemli adım olarak sözleşmelerin güvenli bir şekilde imzanın kime ait olduğu tespit edilebilir şekilde elektronik ortamda kurulması gerekmektedir.

Biyometrik imza el ile atıldığından TBK'da yer alan "el ile atılma" şartını taşımaktadır. Ancak ispat hukuku açısından yaşanan tereddütlerin giderilmesi adına yasal bir düzenlemeye kavuşması önerilmektedir.

KAYNAKÇA

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.B, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

Oğuzman,Kemal/ Öz,Turgut:Borçlar Hukuku Genel Hükümler C.1, Vedat kitapçılık, 15.B, İstanbul, 207, s.147, N.463; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22.B, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017

Keser Berber, Leyla: Biyometrik İmza ve Türk Borçlar Kanunu'ndaki Şekil Şartı ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki İmza Açısından Yeri, itlaw.bilgi.edu.tr

Kürşat, Zekeriya:"Yazılı Şekil Şartının Unsuru Olan İmzanın Elektronik Ekranı Atılmasının Etkisi", İÜHFM, C.75, S.3, 2017, s.413-430