

BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA KORUMA TEDBİRİ

Yrd. Doç. Dr. Yusuf YAŞAR^(*)

Yrd. Doç. Dr. İsmail DURSUN^(**)

ÖZET

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134 üncü maddesinde düzenlenmiştir. CMK.'nun 134 üncü maddesinde düzenlenen bu koruma tedbiri, CMK.'nun 116 ve 123 üncü maddelerinde düzenlenen "arama" ve "elkoyma" koruma tedbirlerinin özel bir şeklini oluşturmaktadır. Buna göre, bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir. Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Çalışmada, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma" koruma tedbirine hangi şartlarda başvurulabileceği, tedbirin ne şekilde uygulanacağı, tedbir neticesinde elde edilen verilerin delil değeri konuları üzerinde durulmuştur.

Anahtar kelimeler: Bilgisayar, bilgisayar programları, bilgisayar kütükleri, arama, kopyalama, elkoyma.

^(*) Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

^(**) Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi

Search, duplication and confiscation protection measure about computers, computer softwares and computer files has been regulated in the Code of Criminal Procedure with the number of 5271, in article 134. This protection measure, that is regulated in the CMK Art. 134, is a special form of the “search” and “confiscation” protection measures which are regulated in Art. 116 and Art. 123 in CMK. According to this regulation, in a crime investigation which there is no other way of evidence obtention; the computer, computer softwares and computer files may be searched, the records of these may be duplicated and put into writing by analyzing that are used by the suspected with the will of public prosecutor and judicial decision. Computers, computer softwares and computer files may be confiscated in case of no access cause of unsolved passwords or no access to hidden files for analyzing and having the required copies.

In which conditions and which way the protection measure “Search, duplication and confiscation in computers, computer softwares and computer files” will be applied and the evidence value of the data that is obtained as a result of the measure, are been analyzed in this study.

Keywords: computer, computer softwares, computer files, search, duplication, confiscation.

1-Giriş

Günümüzde mesafe ve zaman farkı olmaksızın sesli ve görüntülü iletişimi, bilgi aktarımını mümkün kılan cihazlar ile bilgiyi işleyen, depolayan ve aktaran bilgisayarlar hayatımızın bir parçası haline gelmiştir.

Teknolojik ilerlemenin temelde üç olguyu ortaya çıkardığı söylenebilir: Birincisi suç ve suçluluktan bağımsız olarak, günlük hayatta kişisel ve ekonomik pek çok faaliyet sanal ortamda gerçekleştirilebilmektedir. İkincisi kişiler, bu sistemleri kullanarak, bizzat teknolojik gelişmelerden istifade ederek bazı suçları işleyebilmekte ya da bunlarla bağlantılı olsun veya olmasın işledikleri suçların iz ve eserleri bu cihazlarda saklanabilmekte, kalabilmektedir. Gerçekten bilişim sistemine yetkisi olmaksızın girerek bir kimse- nin banka hesabından, failin banka hesabına para aktarılması birincisine, internet yoluyla bağlanılan bir web sitesinden indirilen müstehcen görüntülerin failin bilgisayarına depolanması ikincisine örnektir. Nihayet üçüncü olarak; maddi gerçeğe ulaşmayı hedefleyen ceza muhakemesi hukuku, teknolo-

jik ilerlemeye, bilişim sistemlerinin bu özelliklerine kayıtsız kalmaz. Böylece hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delilin kullanılabilir olduğu bu alanda, bireyin günlük yaşamının ayrılmaz parçası haline gelen bilgisayarlar, mobil telefonlar, harici diskler, flaş bellekler, kişilerin iz bıraktıkları delil kaynakları olarak önem kazanmaya başlamıştır.

Ceza yargılamasında delilin elde edilmesi süreci değerlendirildiğinde, karşımıza çıkan temel kavram koruma tedbirleridir. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, temel hak ve özgürlüklere müdahale oluşturan koruma tedbirleri, belirli şartlara bağlı olarak ayrıntılı biçimde düzenlenmiş, diğer yandan gelişen teknolojinin imkânları sayesinde delil elde etmeyi kolaylaştıran, koruma tedbirlerine de yer verilmiştir¹. Bunlardan biri de, Kanununun 134 üncü maddesinde düzenlenen “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” koruma tedbiridir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinin ceza muhakemesinin öngördüğü ilke ve amaçlar doğrultusunda uygulanabilmesi, bilişim alanındaki birtakım teknik kavram ve tanımlamaların izah edilmesini gerekli kılmakta ve bu kapsamda ortaya çıkan adli bilişim dalı da, ceza muhakemesi açısından giderek önemini artırmaktadır². Zira, bilgisayarlar üzerinde başvurulacak koruma tedbirleri –arama, kopyalama ve elkoyma kararı, delillerin değerlendirilmesi her ne kadar hukuki bir süreci içerse de, bu tedbirin uygulandığı araçların teknolojik özelliklere sahip olması, sürecin bilişim alanına özgü teknik kavramlarla da izah edilmesi gerekliliğini ortaya koymaktadır.

Çalışmamızda, 5271 sayılı CMK.'da öngörülen “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” koruma tedbirine hangi şartlarda başvurulabileceği, tedbirin ne şekilde uygulanacağı, tedbir neticesinde elde edilen verilerin delil değeri konularına temas edeceğiz.

¹ 5271 sayılı CMK.'da teknolojik imkânların kullanıldığı koruma tedbirleri olarak; “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” (CMK. m.134), “Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi” (CMK. m.135) ve “Teknik Araçlarla İzleme” (CMK. m.140) koruma tedbirleri gösterilebilir.

² Ceza Muhakemesi Hukuku ve Adli Bilişim ilişkisi için bkz. **Baştürk, İhsan**, “Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”, Fasikül Dergisi, Ağustos 2010, S:9, s.23.

2- Yasal Düzenleme, Hukuki Niteliği

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, CMK.’nun 134 üncü maddesinde;

“(1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması halinde, Cumhuriyet savcısının istemi üzerine şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde arama yapılmasına, bilgisayar kayıtlarından kopya çıkarılmasına, bu kayıtların çözülerek metin hâline getirilmesine hâkim tarafından karar verilir.

(2) Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir. Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.

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

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

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

Bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama tedbirinin usul ve esasları maddenin 1 inci fıkrasında düzenlenmiştir. Maddenin 1 ve 5 inci fıkralarında, kopyalama işlemine ilişkin düzenlemelere yer verilmiş, bu araçlara elkoyma tedbirine ise 2, 3 ve 4 üncü fıkralarda, arama ve kopyalamadan bağımsız olarak yer verilmiştir.

CMK.’nun 134 üncü maddesinde düzenlenen koruma tedbiri, CMK.’nun 116 ve 123 üncü maddelerinde düzenlenen “arama” ve “elkoyma” koruma tedbirlerinin özel bir şeklini oluşturmaktadır.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri üzerinde yapılacak arama ve elkoyma işlemleri, genel arama ve elkoyma içinde düzenlenmemiş,

bireyin özel hayatına ve kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri göz önünde tutularak³, “son çare” olarak başvurulabilecek “özel koşullara bağlı” bir koruma tedbiri olması öngörülmüştür⁴.

Bununla birlikte CMK.’nın 116-134 üncü maddeleri arasında düzenlenen “arama ve elkoyma”ya ilişkin genel hükümler, elverişli olduğu ve aksine bir hüküm bulunmadığı ölçüde özel nitelikteki “bilgisayarlarda ve bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” koruma tedbiri açısından da uygulanabilir⁵.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri üzerinde yapılacak arama ve özellikle inceleme işlemleri aynı zamanda adli bilişim kapsamına giren bir çalışma türüdür.

Adli bilişim; Elektromanyetik ve elektrooptik ortamlarda muhafaza edilen veya bu ortamlarca iletilen ses, görüntü, veri, bilgi veya bunların birleşiminden oluşan her türlü bilişim nesnesinin, mahkemede sayısal delil niteliği taşıyacak şekilde tanımlanması, elde edilmesi, saklanması, incelenmesi ve mahkemeye sunulması çalışmalarının tamamı olarak ifade edilebilir⁶.

Belirtilen tanıma göre adli bilişimin kapsamına giren işlemler oldukça fazladır. Bu yönüyle, bilgisayar ve bilişim teknolojileri kullanılarak işlenen fiillerin işlendiği süreçten başlayarak analiz edilmesi, verilerin toplanması, bu verilerin incelenmesi, fiillerin suç teşkil etmesi halinde ilgili suçla ilişkilendirmeler yapılarak varılan sonuçların rapor halinde soruşturma veya kovuşturma makamlarına sunulmasının yanında bilişim teknolojilerine ilişkin güvenliğin sağlanmasına kadar yapılan işlemlerin tümü adli bilişimin kapsamında değerlendirilir⁷.

Bu yönüyle “bilgisayarlarda ve bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” koruma tedbiri, adli bilişimin en önemli araçlarından birini oluşturmaktadır. Zira insan yaşamının her alanında kullanmaya ihtiyaç duyduğu bilgisayarlar, veriyi depolayan, işlemeye ve

³ **Özbek, Veli, Özer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s.362.

⁴ **Parlar, Ali-Hatipoğlu, Muzaffer**, Ceza Muhakemesi Kanunu Yorumu, Ankara 2008, s.530;

⁵ **Çolak, Haluk-Taşkın, Mustafa**, Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, Ankara 2007, s.607; **Yaşar, Osman**, Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2009, s.609; **Parlar-Hatipoğlu**, s.533.

⁶ http://tr.wikipedia.org/wiki/Adli_bili%C5%9Fim, Erişim Tarihi, 02 Ağustos 2013.

⁷ <http://be.gazi.edu.tr/posts/view/title/adli-bilisim-70721>, Erişim Tarihi, 02 Ağustos 2013.

aktarmaya yarayan cep telefonları, taşınır bellekler kişilerin iz bıraktıkları bir delil kaynağı olarak adli bilişimin en temel konusunu oluşturmaktadır.

Çalışmamızda, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirini, şartları itibariyle iki başlık altında ele alacağız. Buna göre, birinci kısımda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama, ikinci kısımda ise elkoymaya ilişkin şartları inceleyeceğiz⁸.

3- Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama ve Kopyalama Koruma Tedbirinin Şartları

A- Bir suç şüphesiyle başlatılmış soruşturmanın bulunması

CMK. 134 üncü maddesine göre, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama koruma tedbirine suç dolayısıyla başlatılan bir soruşturmada başvurulabilir. Buradaki soruşturmada maksat, adli soruşturmalar olup, idari ya da disiplin soruşturmaları bakımından, bu tedbire başvurulamaz⁹.

Kovuşurma aşamasında tedbire başvurulup başvurulmayacağı hususunda CMK. m.134'te bir hüküm bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine –CMK.'da da kovuşurma aşamasından bahsedilmemesi sebebiyle- yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabilir¹⁰. Keza CMK. m.134'teki tedbire, başka türlü delil elde etme imkânı bulunmadığı durumlarda başvurulabildiğinden ve kamu davası açıldığında şüphe oluşturulan delillere ulaşılmış olduğundan, bu tedbire kovuşurma aşamasında başvurulamaz¹¹. Yine kovuşurma aşamasında bilgisayarda arama, kopyalama kararı verilmesiyle, sanık bilgisayarındaki verileri sileceğinden, tedbirin pratik bir faydası olmayacaktır¹².

⁸ Kanun koyucu CMK. 134 üncü maddenin 2 nci fıkrasında, bilgisayarlara, bilgisayar programlarına ve kütüklerine elkoymaya ilişkin şartları, arama ve kopyalamadan bağımsız olarak düzenlemiştir.

⁹ **Baştürk**, s.25.

¹⁰ Tedbirin yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabileceğini ileri süren görüş için bkz. **Kunter, Nurullah-Yenisey, Feridun-Nuhoğlu, Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2010, s.1098; **Turhan, Faruk**, Ceza Muhakemesi Hukuku Ankara 2006, s.253; **Çolak-Taşkın**, s.957.

¹¹ Görüş için bkz. **Yaşar**, s.957.

¹² **Centel, Nur-Zafer, Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2013, s.398; **Yaşar**, s.957.

Bu kapsamda diğer bir görüşe¹³ göre; Bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde arama yapılabilmesi ve elkoyma işleminin uygulanabilmesi için, su. Şüphesiyle başlatılan soruşturmaya ilişkin başka surette delil elde etme olanağının bulunmadığı hallerde bilgisayarın da şüpheli tarafından kullanılıyor olma koşuluna bağlı olarak “C. Savcısının istemi üzerine hakim tarafından verilmiş” bir kararın mevcudiyeti bulunması gerekir. Bu koşulların tümünün birden mevcut olmadığı hallerde bilgisayarlarda, program ve kütüklerinde arama yapılamayacağı gibi elkoyma işlemi de uygulanamayacaktır.

Tedbirin kovuşturma aşamasında da uygulanabileceğini ileri süren görüşe göre¹⁴ ise, kovuşturma aşamasında mahkeme re’sen delil toplayabileceğinden, tedbire kovuşturma aşamasında da başvurulabilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Benzer biçimde, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama koruma tedbirine kovuşturma aşamasında da başvurulabileceği savunan diğer bir görüşe¹⁵ göre; CMK. 134 üncü maddesinde yalnızca “soruşturma”, “hakim” ve “şüpheliden” bahsedilmiş olması bunun yanında madde içeriğinde “kovuşturma”, “mahkeme” ve “sanık” ifadelerine yer verilmemiş olması bu tedbirin her ne kadar soruşturma aşamasında uygulanabileceği izlenimi vermekte ise de maddenin içeriğinden anılan tedbire yalnızca soruşturma aşamasında başvurulabileceği sonucu çıkarılamaz. Zira CMK. asıl olarak delillerin kovuşturma aşamasında toplanmasını öngörmektedir. Diğer yandan CMK. sistematüğinde kovuşturma aşamasında delil toplanmasını yasaklayan, engelleyen veya sınırlayan bir hükümde yer almamaktadır. Tam aksine kovuşturma aşamasında mahkemenin re’sen araştırma yetkisi bulunmaktadır. Bu yönüyle “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama” koruma tedbirine kovuşturma aşamasında da başvurulabilir.

Kanaatimize de, kovuşturma aşamasında şartları olduğu takdirde mahkeme, CMK. 134 üncü maddede düzenlenen koruma tedbirinin uygulanmasına re’sen karar verebilmelidir.

¹³ **Öztürk, Bahri-Tezcan, Durmuş- Erdem, Mustafa, Ruhan-Sırma, Özge- Kırıt, Saygılar Yasemin, F.- Özeydin, Özdem- Akcan, Alan, Esra- Efser, Erden;** Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ders Kitabı, 6. Baskı, Ankara, 2013, s. 512.

¹⁴ **Baştürk,** s.25.

¹⁵ **Şahin, Cumhur,** Ceza Muhakemesi Hukuku -I-, 3. Baskı, Ankara 2012, s.250-251.

Zira, kamu davası açıldığında suçun işlendiği hususunda en azından yeterli şüphe bulunmaktadır¹⁶. Belirtmek gerekir ki kamu davasının açılması için gerekli “yeterli şüphe” işlenen fiilden dolayı bir mahkûmiyet kararı verilebilmesi için yeterli değildir. Dolayısıyla kovuşturma aşamasında, mahkeme delilleri, mahkûmiyet hükmü kurmak bakımından yetersiz görmüşse ve suçun sübutu, bilgisayarlarda yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin alınmasını gerektiriyorsa, CMK. m.134’teki koruma tedbirine başvurulmasına istem üzerine yahut re’sen başvurulabilmelidir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama koruma tedbirinin hangi suçlar bakımından uygulanacağı hususunda CMK. m.134’te bir hüküm mevcut değildir¹⁷.

Bilindiği üzere, CMK.’da örneğin, “tutuklama (CMK. m.100)” koruma tedbirine adli para cezasını gerektiren suçlarda ve hapis cezasının üst sınırı iki yıldan fazla olmayan suçlarda başvurulamayacağı öngörülmüşken, “taşınmazlara, hak ve alacaklara elkoyma (CMK. m.128)”, “şirket yönetimi için kayyım tayini (CMK. m.133)”, “iletişim tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması (CMK. m.135)”, “gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK. m.139)” ve “teknik araçlarla izleme (CMK. m.140) gibi koruma tedbirleri yönünden de, katalogta yer alan suçların varlığı aranmıştır. Gerek ceza üst sınırı, gerekse katalog suçların düzenleniş amacı, her suç bakımından tedbire başvurulmasını önleyerek, koruma tedbirlerinin orantılı uygulanmasını sağlamaktır¹⁸.

İfade etmek gerekir ki, CMK. m.134’te düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama koruma tedbiri bakımından ceza üst sınırı veya katalog suçların öngörülmemesi hatalı olmuştur.

Özellikle, iletişimin denetlenmesi ve bilgisayarlarda arama ve kopyalama koruma tedbirleri, teknolojinin olanakları kullanılarak gerçekleştirilen ve bu yönüyle bireyin temel haklarına ağır müdahale oluşturan koruma tedbirleridir. İletişimin denetlenmesi bireyin haberleşme hakkına, haberleşmenin ve

¹⁶ C.savcısı, soruşturma aşaması sonunda toplanan delillerin, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturmasıyla birlikte, iddianame düzenler (CMK. m.170/2). Kovuşturma aşaması, iddianamenin kabulüyle ve bununla birlikte kamu davasının açılmasıyla başlar (CMK. m.175).

¹⁷ CMK. tasarısının ilk şeklinde, 134 üncü maddenin 1 inci fıkrasında mevcut bulunan “iki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler” ifadesi, Adalet Komisyonunca metinden çıkarılmıştır.

¹⁸ **Özbek**, s.365.

özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil ederken, bilgisayarların, bilgisayar programlarının ve kütüklerinin aranması, kopyalanması, bireyin özel hayatına, ticari, bilimsel sırlarına, dahası kişisel verilerine yönelik müdahale oluşturmaktadır. Anayasada ve yasalarda güvence altına alınan bu hukuki değerler arasında bir hiyerarşiden söz edilemez. Bu bakımdan, 134 üncü maddede, tedbirin hangi suçlar bakımından uygulanacağını belirtmemesi, koruma tedbirinin orantılılığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁹.

B- Makul suç şüphesinin bulunması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinde, birçok koruma tedbirinde öngörülen tarzda, belirli bir “suç şüphesi derecesine” yer verilmemiştir. Doktrinde bir görüşe göre, CMK. m.134’teki tedbire ilişkin şüphe derecesinin belirtilmemiş olması nedeniyle, basit şüphe halinde dahi bu tedbire başvurulabilir²⁰. Bir diğer görüşe göre ise, CMK. m.135’te düzenlenen iletişimin denetlenmesi koruma tedbirinde aranan kuvvetli şüphe bulunması şartı, kıyasen CMK. m.134’e de uygulanmalıdır²¹.

Kanaatimizce, CMK. m.134’te düzenlenen koruma tedbirinin, bireyin haklarına ağır müdahale teşkil etmesi nedeniyle, basit şüphe halinde tedbire başvurulabilmesi mümkün olmamalıdır. CMK.’nın “şüpheli veya sanıkla ilgili arama” başlıklı 116 ncı maddesinde yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda, şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerin aranabilmesi bakımından “makul şüphe”nin varlığı aranmıştır. Kanun koyucunun, bireyin haklarına daha ağır müdahale teşkil eden bir koruma tedbiri bakımından, daha düşük bir şüphe derecesi öngörmesi beklenemez. Her ne kadar CMK. m.134’te şüphe derecesi açıkça belirtilmemiş olsa da, 134 üncü maddedeki koruma tedbiri bakımından, en azından arama koruma tedbirine (CMK. m.116) ilişkin “makul şüphe” şartı aranmalıdır.

¹⁹ Koruma tedbiriyle elde edilecek menfaat ile tedbirin uygulanması neticesinde ortaya çıkacak zarar arasında makul bir ölçü, orantı bulunmalıdır. Bkz. **Öztürk-Tezcan-Erdem-Sırma-Saygılar-Alan**, s.384, 385. **Baştürk**, s.27; **Centel-Zafer**, s.312.

²⁰ CMK. m.134’deki koruma tedbiri bakımından basit şüphenin varlığının yeterli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Parlar-Hatiopoğlu**, s.531; **Centel-Zafer**, s.398; **Özbek**, s.364; **Ölmez, Aslan**, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma, Terazi Hukuk Dergisi, Şubat 2009, S:30, s.48;

²¹ **Baştürk**, s.26.

Makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphedir. Makul şüphede, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin²² 5 inci maddesine göre; belirtilen konularda şüphenin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda suça ilişkin belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.

CMK. 134 üncü maddedeki koruma tedbiri bakımından, şüpheli veya sanığın kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programlarında, soruşturulan ya da kovuşturulan suça ilişkin olarak delil niteliği taşıyacak verilerin bulunduğu hususunda bir kanaat ortaya çıkmışsa, makul şüphenin varlığından söz edilebilir.

C- Başka surette delil elde etme imkânı bulunmaması

Bu koşul, “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliğin” 4/c üncü maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre; *“soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması”* halinde, başka surette delil elde etme imkanının bulunmadığından bahsedilir. Böylece bireyin özel hayatına ve kişisel verilerine önemli bir müdahale teşkil eden bu koruma tedbirine, son çare (ultima ratio) olarak başvurulması amaçlanmıştır²³.

Bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesi ve verilerin kopyalanabilmesi için, yürütülen soruşturmada başka türlü delil elde etme imkânının bulunmaması gerekir. Yürütülen soruşturmada, iddianame hazırlanabilmesi bakımından yeterli olabilecek delillerin toplanabilmesi amacıyla, kanunda düzenlenen başka koruma tedbirlerine başvurulmuş ve sonuç alınamamış ya da başka bir tedbire başvurulduğunda, söz konusu delillerin toplanamayacağı hususunda bir kanaat oluşmuşsa ya da kovuşturma aşamasında eldeki delil-

²² R.G, 01 Haziran 2005 tarih ve 25832 sayı.

²³ **Kunter-Yenisey-Nuhoglu**, s.1098; **Baştürk**, s.27; **Çolak-Taşkın**, s.607; **Parlar-Hatipoğlu**, s.531.

ler, mahkûmiyet hükmü kurma bakımından yeterli olmayıp, suçun sübutu tedbire başvurulmasını zorunlu kılıyorsa, CMK. m.134'te düzenlenen koruma tedbiri bakımından "başka türlü delil elde etme imkânı bulunmaması" şartının gerçekleştiği söylenebilir.

D- Hâkim kararı bulunması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalamaya, soruşturma aşamasında C.Savcısının talebi üzerine, hâkim tarafından karar verilir (CMK. m.134/1). CMK.'daki bazı koruma tedbirlerinde "gecikmesinde sakınca bulunan hallerde" C.savcısına verilen tedbire başvurma yetkisi, CMK. m.134'te öngörülmemiştir. CMK. m.134'te düzenlenen koruma tedbiri bakımından ceza üst sınırı veya katalog suçlar öngörülmemiş olmasına karşın, tedbire yalnızca hâkim tarafından karar verilebilmesi, tedbirin muhatapları açısından güvenceyi artıran bir unsurdur²⁴.

Her ne kadar CMK. m.134'te düzenlenen koruma tedbirine kovuşturma aşamasında başvurulabileceğine ilişkin maddede açık bir hüküm bulunmasa da, kanaatimizce şartları olduğu takdirde, kovuşturma safhasında mahkeme talep üzerine yahut re'sen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama kararı verebilir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 14.11.2005 tarih ve 3891/3230 sayılı kararında; "*olay tarihinde sanıkla maktulün internet üzerinde sohbet ettikleri söylenen kafede sanığın Kaan kod adıyla 21 nolu masada ve maktulün kullandığı belirtilen bilgisayarların ve kullandıkları programın saptanarak bilgisayarlarda ve bilgisayar programının merkezi sisteminde sohbet kaydının mevcut olup olmadığı ve içeriğinde hakaret ve tahrik içeren sözler olup olmadığı tespit edilmeden ..*" hüküm kurulmasını bozma sebebi saymıştır.

4- Bilgisayarlara ve Bilgisayar Programlarına Elkoyma Koruma Tedbirinin Şartları

A- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama tedbirine karar verilmiş olması

Bilgisayarlara ve bilgisayar programlarına elkonulabilmesi için, öncelikle bu araçlar üzerinde hukuka uygun olarak verilmiş bir arama ve kopya-

²⁴ Özbek, s.365; Baştürk, s.27; Ölmez, s.49.

lama kararı bulunmalıdır. CMK. m.134/2’de düzenlenen tedbir, CMK. m.123 vd. maddelerinde düzenlenen elkoyma koruma tedbirinin özel bir biçimidir. CMK. m.123’te düzenlenen elkoyma koruma tedbirinden farklı olarak, 134 üncü madde kapsamında elkonulacak araç ve gereçler üzerinde, daha önceden verilen bir arama ve kopyalama kararı mevcut bulunmalıdır. Zira, bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine elkonulabilmesi için CMK. m.134/2’de öngörülen “bu araçlara şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamamış olması” şartının gerçekleşebilmesi, her şeyden önce bu araçlar üzerinde hukuka uygun olarak verilen arama ve kopyalama kararını gerekli kılmaktadır.

B- Bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması

Bilgisayarlara ve bilgisayar programlarına ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması halinde çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir (CMK. 134/2).

Soruşturma ya da kovuşturma aşamasında makul şüphenin ortaya çıkması ile birlikte verilen arama ve kopyalama kararı neticesinde, bilgisayarlar, bilgisayar programları ve kütükleri üzerinde gerçekleştirilen aramada, tedbiri bizzat gerçekleştiren adli kolluğun uzman birimleri ya da bu hususta görevlendirilen uzman bilirkişi, soruşturma konusu suçla bağlantılı olarak, arama konusu veriyi bulamamışsa, verilerin kopyalanması mümkün değildir. Bu ihtimalde, arama neticesinde suçla bağlantılı bir veri bulunmadığından, hâkim tarafından verilen kopyalama kararı da konusuz kalmaktadır.

Hâkim tarafından verilen arama ve kopyalama kararı neticesinde, bilgisayarlar ve diğer araçlar üzerinde yapılan aramada soruşturulan suçla bağlantılı bir veriye rastlanmışsa, söz konusu veri ya da veriler bakımından kopyalama işlemi gerçekleştirilir. Bu aşamada, bilgisayardaki tüm verilerin ya da soruşturmaya ilgisi bulunmayan verilerin, kopyalanması mümkün değildir. Zira, koruma tedbirine başvurulmasında amaç, maddi gerçeği ortaya çıkarmaya elverişli delil ya da delillere ulaşmaktır.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve diğer araçlarda, sistemin bütününe ya da bir kısmına girilebilmesi için şifre konulmuş ise ve bu şifre

çözülemediği, çözümün yapılabilmesi ve kopyaların alınabilmesi amacıyla, bilgisayarlara ve diğer araçlara elkonulabilir. Diğer bir ihtimalde, sistemlerde herhangi bir şifre yoksa ya da şifre bulunup da bu şifrenin çözümü yapılmışsa, ancak sistem içerisindeki gizli bilgilere ulaşamıyor ise ve dolayısıyla sistem üzerinde daha detaylı bir arama yapılması ihtiyacı ortaya çıkmışsa, yine söz konusu araçlara elkonulabilir (CMK. m.134).

C- Hâkim kararı bulunması

Arama ve kopyalama tedbirinde olduğu gibi, bilgisayar ve diğer araçlara elkoyma tedbirinde de, soruşturma aşamasında -C.savcısının istemi üzerine- hâkim, kovuşturma aşamasında ise re'sen mahkeme tarafından karar verilebilir.

Arama ve kopyalama neticesinde, elkoymaya ilişkin şartların oluşup oluşmadığına ilişkin ilk değerlendirme C.savcısı tarafından gerçekleştirilir ve C.savcısının istemi üzerine hâkim tarafından elkoyma kararı verilebilir. Kovuşturma aşamasında ise, elkoymaya ilişkin şartlar mahkeme tarafından değerlendirilerek, re'sen elkoyma kararı verilebilir.

5- Tedbirin konusu

A- Genel Olarak

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirlerinin konusu, tedbirin uygulama alanının tespiti bakımından önem taşımaktadır.

Tedbirin konusu, diğer bir ifadeyle üzerinde tedbir uygulanabilecek araçlar CMK.'nın 134 üncü maddesinde “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri” olarak belirtilmiştir.

Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17/3 üncü maddesinde ise; “Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır” denilmektedir. Yönetmeliğin 17/3 üncü maddesinde belirtilen diğer araçlar, yalnızca elkoyma tedbiri açısından öngörülmüştür. Maddenin 1 inci fıkrasında yer alan arama ve kopyalama tedbirleri açısından 17/3'de belirtilen araçlar sayılmamıştır.

Ceza muhakemesi hukukunda sınırlı olarak kıyas yapılabilmesi mümkündür. Bunun istisnaları, sınırlayıcı ya da istisnai hükümlerin söz konusu olmasıdır. Bunun dışında genel nitelikteki hükümler, kıyasa konu edilebilir²⁵. Bu bakımdan, Yönetmelikte yalnızca elkoyma koruma tedbirini açısından, tedbirin konusu olan araçların genişletilmiş olması nedeniyle, arama ve kopyalama tedbirleri bakımından bu hükmün genişletilmesinin mümkün olamayacağı düşünülebilir.

Buna karşılık kanaatimizce, CMK. m.134/1'e göre arama işlemine konu olmamış araçların, doğrudan elkoyma işlemine konu edilmesi, mümkün değildir. Zira, veriye ulaşılabilmesi için her şeyden önce arama yapılması gerekir. Elkoyma, aramadan sonra yapılması gereken bir işlemdir. Diğer taraftan arama yapılmadan elkoyma işleminin yapılması, elkoymaya ilişkin CMK. m.134/2'deki şartlara da aykırılık oluşturacaktır. Bu bakımdan, bilgisayar ağları, uzak bilgisayar kütükleri ve çıkarılabilir donanımlar hakkında da arama ve kopyalama işlemi yapılabilirdir.

CMK. m.134 ve Adli ve Önleme Arama Yönetmeliği'nin 17 nci maddesindeki düzenlemeler çerçevesinde, inceleme konumuzu oluşturan koruma tedbirinin konusunu, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri ile bilgisayar ağları, uzak bilgisayar kütükleri ve çıkarılabilir donanımlar oluşturmaktadır.

Çalışmamızın bu kısmında, tedbirin konusunu oluşturan kavramların tanımlarına yer verecek ve bu kavramların kapsamı üzerinde duracağız.

B- Bilgisayar

Bilgisayar, kelime anlamı itibariyle, “elektronik beyin, bilgileri otomatik işleme tabi tutan araç, sistem” olarak ifade edilmiştir. Sözlük anlamı olarak bilgisayar; “çok sayıda aritmetiksel veya mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, önceden verilmiş bir programa göre yapıp sonuçlandıran elektronik araç, elektronik beyin” anlamına gelmektedir²⁶.

²⁵ Centel-Zafer, s.49.

²⁶ Bir bilgisayar dizgesi elektronik ve mekanik birimlerden oluşan donanım ile bu donanım birimlerini ya da kaynakları istenen işlere yöneltip verimli bir çalışma düzeni içerisinde kullanabilmek için gerekli tüm izlencelerden ve veri yapılarından oluşan yazılım öğelerini kapsar. Minibilgisayar, mikrobilgisayar tanımlarının dışındaki geleneksel bilgisayarlar ana işlem birimlerinin hız ve yapısına, ana belleklerinin sığasına, dış belleklerin ve giriş-çıkış birimlerinin türünlüğüne, sayısına ve hızına göre büyük, ortaboy ya da küçük dizge-

Bilgisayarın, herkesçe kabul edilen teknik bir tanımı bulunmamakla birlikte, belirli bir fiziki yapısı ve belleği bulunan, verilen komutlara göre otomatik işlem yapabilen, belleğindeki yazılımlar aracılığı ile verilerin depolanmasını, işlenmesini, tasnifin edilmesini, iletilmesini sağlayan, üzerine farklı yazılımlar yüklenip kaldırılabilen, veri iletişimi yapabilen, elektronik ve manyetik akımlara dayalı olarak çalışan, elektronik aygıt, elektronik makine ya da veri işlem sistemi olarak tanımlanabilir²⁷.

Bilgisayar, donanım (hardware) ve yazılım (software) denilen iki ana unsurun bir araya gelmesiyle oluşur. Bu unsurlardan ilki donanımdır. Bilgisayar donanımı, “merkezi işlem birimi (CPU)”, “salt okunur bellek (ROM)”, “rastgele erişimli bellek (RAM)”, “çevre birimleri (input, output)” nden oluşmaktadır²⁸. Donanım, bilgisayarın fiziki yapısını oluşturur. Bilgisayarın ikinci unsuru ise yazılımdır. Yazılım, bilgisayarın temel fonksiyonlarını yerine getirmesini sağlayan, verilen komutları otomatik olarak yerine getiren, elektronik olarak depolanabilen, işlenebilen, komutlar bütünüdür²⁹.

Bilgisayarın ayırt edici özelliği, uygulama yazılımlarının silinip yerine yeni yazılımlarının yüklenebilmesi ve bu özelliğinin genel amaçlı olmasıdır. Buna göre, bilgisayarlar tek bir konuya özgülenmemiş, genel nitelikteki veri işlem makineleridir.

C- Bilgisayar programı

Bir bilgisayarın, belirli bir alanda işlem yapabilmesini ve belirli bir fonksiyonu icra edebilmesini sağlayan ve bu işlemlerin yapılabilmesi için bilgisayara komut veren, kodlar bütününe bilgisayar programı denir³⁰. Bilgisayar programı, genel nitelikte işlem gören bilgisayarın, belirli bazı işlemlerin yerine getirilmesi amacıyla oluşturulmuş özel bir formatlama işlemidir³¹.

ler olarak sınıflandırılır. Bilgisayarın kelime ve sözlük anlamı için bkz. www.tdk.gov.tr (Erişim Tarihi: 23.03.2012)

²⁷ Bilgisayar tanımı için bkz. **Topaloğlu, Mustafa**, Bilişim Hukuku, Adana 2005, s.1; **Ke-tizmen, Muammer**, Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Ankara 2008, s.15, 16; **Kurt, Levent**, Bilişim Suçları ve Türk Ceza Kanunundaki Uygulaması, Ankara 2005, s.31. **Dülger, Murat Volkan**, Bilişim Suçları, Ankara 2004, s.43.

²⁸ **Topaloğlu**, s.3; **Ke-tizmen**, s.15, 16; **Kurt**, s.31; **Dülger**, s.37.

²⁹ **Kurt**, s.34.

³⁰ Bilgisayar programı kavramı için bkz. **Topaloğlu**, s.4.

³¹ Bilgisayar programı program akışı, algoritma, kaynak kodu ve kullanıcı arayüzü alt unsurlarından oluşmaktadır. Bkz. **Topaloğlu**, s.5-9.

Bilgisayar programları, sistem, çevirici ve uygulama programları olarak üç kategoride sınıflandırılır. Sistem programları, bilgisayar sisteminin ya da uygulama programlarının çalıştırılmasını sağlayan program türleridir. Bu programlara MS-DOS, IBM-DOS, UNIX ve XENİK gibi programlar örnek gösterilebilir. Çevirici programlar, farklı formatlama ya da programlama dilleri ile hazırlanan programları, bilgisayarın anlayacağı şekle dönüştüren veya bilgisayarla uyumunu sağlayan programlardır³². Uygulama programları ise, belirli bir işin yapılması için oluşturulan özel nitelikteki programlardır. Günlük hayatımızda kullandığımız ve belirli bir fonksiyona sahip her türlü program, uygulama programlarıdır³³.

D- Bilgisayar kütüğü

Bilgisayar dosyaları olarak da ifade edilebilecek (computer file) bilgisayar kütükleri, bir bilgisayar programı aracılığıyla kullanabilen, verilerin saklandığı genellikle dayanıklı ve uzun ömürlü bir çeşit depolama aracıdır³⁴.

Bilgisayar kullanımını gerektiren çoğu işler çok sayıda veri kullanır. Üstelik aynı konularda bilgi veren verilerin gruplandırılarak bilgisayar izlenmesinin her yürütülüşünde yeniden kullanılması gerekebilir. Örneğin, bir sınıfta ders alan öğrencilerin isimlerinin yer aldığı izlencenin her sınav dönemi yürütülüşünde tüm öğrencilerin adı, soyadı, numarası, önceden aldığı not gibi bilgiler ana belleğe aktarılacaktır. Program yürüyüşü bitip, veriler ana bellekten silince, yeniden girilene kadar o verileri kullanma olanağı olmayacaktır.

Her sınav dönemi bu verilerin, kullanıcı tarafından yeniden girilmesi pratik bir yol değildir. Bunun yerine, her zaman kullanılacak verilerin ana bellek dışında kalıcı bir kayıt ortamına kaydedilerek, gerektiğinde oradan ana belleğe aktarılabilmeye hazır durumda tutulması daha uygun bir yöntem olacaktır. Bu biçimde, bir dış ortama kaydedilerek saklanan veri kümelerine dosya (kütük, file) denilir³⁵.

³² Çevirici programlar, yorumlayıcılar, derleyiciler olarak ikiye ayrılır. Bkz. **Topaloğlu**, s.13.

³³ **Topaloğlu**, s.14.

³⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Computer_file, (Erişim Tarihi, 25 Ağustos 2013)

³⁵ <http://www.baskent.edu.tr/~tkaracay/etudio/ders/prg/c/kutuk.htm>, (Erişim Tarihi, 25 Ağustos 2013)

E- Bilgisayar ağları

Bilişim sistemlerinin temel taşı olan verilerin yer ve zaman sınırı olmaksızın paylaşımına olanak sağlayan sistem, bilgisayar ağı olarak adlandırılabilir³⁶.

Küçük bir alan içerisindeki veya uzak mesafelerdeki bilgisayarların iletişim hatları aracılığıyla birbirine bağlanması, bilgisayarların bilgi ve sistem kaynaklarının farklı kullanıcılar tarafından paylaşılması, bir yerden başka bir yere veri aktarımı en az iki bilgisayarın birbirine bağlanarak bir ağ oluşturmasıyla olanaklı hale gelmektedir³⁷.

Bilgisayar ağları aracılığıyla farklı yerlerdeki kişiler arasında iletişim kurulabilmekte, paylaşımına açık donanımlar üzerinde tasarruf edilebilmekte, dosya veri ve diğer bilgi paylaşımları yapılabilmekte, ağ üzerinden nakledilmesi yoluyla uygulama programlarının yazılımları aktarılabilir hale gelmektedir.

Bilgisayar ağları büyüklüklerine, topolojilerine ve kullanılan protokollere göre çeşitli türlere ayrılırlar³⁸.

Büyüklüklerine göre ağlar; Kişisel alan ağı, (PAN-Personal Area Network); Yerel alan ağı (LAN - Local Area Network); Metropol alan ağı (MAN - Metropolitan Area Network); Geniş alan ağı (WAN - Wide Area Network); Sanal özel ağ (VPN - Virtual Private Network); Kontrolör alan ağı (CAN - Controller Area Network); Veri depolama alan ağları (SAN - Storage Area Network).

Topolojilerine Göre ağlar; Yıldız (Star) Topolojisi; Halka (Ring) Topolojisi; Ortak Yol (BUS) Topolojisi³⁹; Ağaç (Hiyerarşik) Topolojisi; Örgü (Mesh) Topolojisi; Gelişmiş Yıldız Topolojisi⁴⁰ olarak ayrıştırılabilir.

³⁶ http://web.deu.edu.tr/bid/index.php?option=com_content&view=article&id=79&Itemid=55, (Erişim Tarihi, 25 Ağustos 2013)

³⁷ <http://bilgisayaragi.nedir.com/>, (Erişim Tarihi, 02 Eylül 2013)

³⁸ http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_a%C4%9F%C4%B1, (Erişim Tarihi, 02 Eylül 2013)

³⁹ **Demirkol, Zafer**, İnternet Teknolojileri, İstanbul 2001, s.3-4.

⁴⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Bilgisayar_a%C4%9F%C4%B1, (Erişim Tarihi, 02 Eylül 2013)

F- Uzak bilgisayar kütükleri

Bilgisayar kütükleri (computer files) yalnızca kullanıcının kendi bilgisayarında yer alan bir bilgisayar programı aracılığıyla kullanabilen, verilerin saklandığı depolama araçlarıyla sınırlı değildir. Bunun yanında bir bilgisayar aracılığıyla ağ üzerinden ulaşılabilen gerek kullanıcıya ait ve gerekse kullanıcıya ait olmayıp ancak ortak paylaşımına ve kullanıma açık diğer bilgisayarlardaki veri depolama araçlarına ulaşabilmek mümkündür.

Özellikle, dosya transfer protokolü⁴¹ (FTP- File Transfer Protocol) ile ağ üzerinden erişilebilen uzak bilgisayardaki saklanmış verilerin tutulduğu alanlara girmek suretiyle uzak bilgisayarlardaki istenen dosya kütüklerinin transfer edilmesi ya da bir kopyalarının araç bilgisayara indirilmesi olanaklı hale gelmektedir.

G- Çıkarılabilir donanımlar

Bilgisayar donanımları, bilgisayarın çalışması için gerekli zorunlu donanım birimleri (ana donanımlar) ile bilgisayara monte edilmesi durumunda bilgisayara ek özellikler sağlayan ancak bilgisayarın temel işlevine olmazsa olmaz derecesinde etkisi olmayan donanım (çıkarılabilir donanımlar) birimlerinden ibarettir⁴².

Ana donanım birimleri, ana kart, işlemci, geçici bellek (RAM), ROM, Ekran Kartı, kasa güç kaynağı ve sabit ya da çıkarılabilir disk sürücüler, ekran, klavye ve fare gibi donanımlardır. Çıkarılabilir donanımlar ise, ses kartı, tv kartı, ağ kartı, modem, tarayıcı, web kamerası, mikrofon, hoparlör, yazıcı, kesintisiz güç kaynağı gibi donanımlardır. Ana donanım birimleri içerisinde yer alan disk sürücüler arasında takılıp çıkarılabilen donanımlar arasında depolama aygıtları ve birimleri de yer alabilir.

6- Tedbirin muhatabı

CMK. m.134/1’de tedbirin “şüphelinin kullandığı bilgisayar ve bilgisayar programları ile bilgisayar kütüklerinde” arama ve kopyalama işleminin

⁴¹ <http://www.cenkhocca.org/kaynakvealistirmalar/btgiris/bilgisayaraglariveinternet.pdf>
Erişim Tarihi, 03 Eylül 2013)

⁴² http://ali.pau.edu.tr/2012guz/temelbt/1_ana_donan%C4%B1m_birimleri.pdf, (Erişim tarihi 5 Eylül 2013)

yapılabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, söz konusu maddede arama ve kopyalama işlemlerinin yapılacağı araçların şüpheliye ait olmasını aramamış, şüphelinin fiilen bu araçları kullanıyor olmasını yeterli görmüştür. Bu itibarla, üçüncü bir kişiye ait olup da, şüphelinin fiilen kullanımında bulunan bilgisayarlar ve diğer araçlar bakımından arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir⁴³.

Diğer kişilere ait bilgisayarlar ve diğer araçlar üzerinde arama ve kopyalama yapılabilmesi, CMK. m.117'deki şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır. CMK. m.134'de tedbirin uygulanacağı araçların üçüncü bir kişiye ait olması yönünden herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle, CMK. m.134'te düzenlenen koruma tedbirinde, tedbirin konusunu oluşturan araçların şüpheli veya sanıktan başka birine ait olması durumunda, CMK. m.117 hükmü kıyasen uygulanmalıdır.

Buna göre, diğer kişinin bilgisayarında arama yapılabilmesi, suçun delillerinin şüpheli veya sanığın kullanımında bulunan ancak üçüncü bir kişiye ait bilgisayarda bulunduğu kabul edilmesine olanak sağlayan olayların varlığına bağlıdır (CMK. m.117).

7- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanması

A- Arama

Bilgisayarlarda yapılacak aramanın hukuki niteliği, adli aramadır⁴⁴. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama tedbirine, başlayan bir soruşturmada makul suç şüphesinin ortaya çıkmasıyla C.Savcısının istemi üzerine, hâkim tarafından karar verilecektir. Kararla birlikte, kolluk güçleri vasıtasıyla ilk olarak tedbirin konusunu oluşturan araçlarda arama faaliyeti gerçekleştirilecektir.

Aramanın bizzat kim tarafından yapılacağı ile ilgili olarak CMK. m.134'te bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, konunun uzmanlık gerektirmesi sebebiyle

⁴³ **Parlar-Hatipoğlu**, s.530.

⁴⁴ Adli arama, bir suç işlemek veya buna iştirak veyahut yataklık etmek makul şüphesi altında bulunan kimsenin, saklananın, şüphelinin, sanığın veya hükümlünün yakalanması ve suçun iz, eser, emare veya delillerinin elde edilmesi için bir kimsenin özel hayatının ve aile hayatının gizliliğinin sınırlandırılarak konutunda, işyerinde, kendisine ait diğer yerlerde, üzerinde, özel kâğıtlarında, eşyasında, aracında yapılan araştırma işlemidir (Adli ve Önleme Aramaları Yön. m.5.).

adli kolluğun uzman birimlerince, ya da CMK. m.63'e istinaden atanacak uzman bilirkişilerce -kolluk güçleri ve diğer kişilerin huzurunda- tedbirin konusu oluşturan araçlarda arama yapılabileceğini söylemek mümkündür.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılabilmesi, söz konusu araçlara ulaşılmasıyla mümkündür. Arama ve kopyalama işleminin yapılabilmesi için, araçların bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesine ihtiyaç yoktur⁴⁵. Bu araçlar, kişinin konutunda ya da işyerinde olabilir. Bu durumda, tedbirin konusu araçların fiziki olarak konutta veya işyerinde bulunması ve ardından bizzat bu araçlar içerisinde "veri" aramasının yapılması gerekir. Konutta veya işyerindeki araçların yetkililerce bulunması sırasında konut veya işyeri içerisinde de arama gerçekleştirileceğinden, ayrıca 116 ncı madde uyarınca arama kararı verilmesi gerekip gerekmediği sorusu gündeme gelmektedir.

Şüphelinin veya sanığın, kullandığı bilgisayarın, bilgisayar programları veya çıkarılabilir diğer donanımların, şüphelinin kendisine veya bir başkasına ait konutta ya da işyerinde bulunması olağandır. Konutta veya işyerinde, CMK. m.134'teki tedbirin konusunu oluşturan araçların bulunabilmesi için yapılacak aramanın niteliği de adli arama olup, bu arama CMK. m.134'teki aramanın zorunlu bir unsuru olarak görülmelidir. Bu bakımdan kanaatimizce, bilgisayarın veya diğer araçların bulunabilmesi amacıyla konutta ya da işyerlerinde yapılacak aramalarda CMK. m.116 vd. daki düzenlemelere göre ayrıca bir arama kararının verilmesine ihtiyaç yoktur. Buna karşılık, CMK. m.134'teki koruma tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararda genel nitelikteki aramada öngörülen, aramanın nedenini oluşturan fiilin, bilgisayarında veya diğer araçlarında arama yapılacak kişinin, bilgisayarın ve diğer araçların aranacağı konutun veya işyerinin adresinin, buralarda aranacak araçların (bilgisayar, bilgisayar programları, çıkarılabilir donanımlar vb.) ve aranan verinin ne olduğunun açıkça gösterilmesi gerekir (CMK. m.119).

Bu karar çerçevesinde, konutta veya işyerinde yapılacak aramada yalnızca bilgisayarlar ya da diğer araçlar aranabilecek, ancak bu kapsamın dışına çıkılarak, örneğin şüpheliye ait evrak ya da çeşitli belgelerin aranması, hukuka aykırı olacaktır.

Bilgisayar ve diğer araçların aranması sırasında yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak diğer bir suçun işlendiği şüp-

⁴⁵ **Baştürk**, s.29.

hesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse, bu takdirde tesadüfen elde edilen delillere ilişkin CMK.'nın 138 inci maddesi hükümleri uygulanabilecektir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programları, bilgisayar kütükleri veya diğer araçlarda yapılacak aramanın konusu “elektronik veri”dir⁴⁶. Elektronik verinin araştırılması ya da sorgulanması, bilgisayarlarının, bilgisayar programlarının ya da diğer araçların içerisinde yer alan verilerin taranması suretiyle, elektronik ortamda gerçekleştirilir⁴⁷.

Bu tarama işlemi sırasında, arama konusu suçla bağlantısı olmayıp, şüpheli veya sanığın özel hayatına ilişkin verilerin bilerek ve istenerek açılması durumunda, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinde sınır kasten aşılmış olacağından, TCK. m.134'te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan, tarama işlemi sırasında, gerekli araştırma yapılmadan, suçla bağlantılı olduğu düşünülen ve fakat şüpheli veya sanığın özel hayatına ilişkin dokümanların açılması durumunda, sınır taksirle aşılmış olacağından ve TCK. m.134'teki suç yalnızca kasten işlenebileceğinden, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmaz (TCK. m.27).

Bilgisayarlarda ve diğer araçlarda yapılan arama işleminde amaç, suçla bağlantılı her türlü elektronik veriye ulaşmaktır. Bu kapsamda, bilgisayarda mevcut klasörlerdeki dokümanların tamamı aranabilir.

Bilgisayarda, şüpheli veya sanığın -internet ortamında çeşitli programlar ya da sosyal iletişim siteleri (Msn Messenger, Facebook, Twitter, vb.) vasıtasıyla- gerçekleştirdiği iletişime ilişkin kayıtların aranması, CMK. m.135' göre değil, CMK. m.134' göre yapılabilir. Zira CMK. m.135'te düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri teknik araçlarla iletişimin tespitini, dinlenmesini ve kayda alınmasını kapsamaktadır. CMK. m.135'e göre yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydı geçmişe dönük olarak değil, geleceğe dönük olarak yapılabilir. Diğer bir ifadeyle geçmişte gerçekleşen iletişimin dinlenebilmesi, kayda alınabilmesi mümkün değildir. Ancak internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından, bu iletişim kayıtları hakkında -CMK. m.134'teki koruma tedbiri kapsamında- arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir.

⁴⁶ Kavram için bkz. **Bıçak, Vahit**, Suç Muhakemesi Hukuku, Ankara 2010, s.581.

⁴⁷ **Baştürk**, s.29.

Teknik olarak, bilgisayardaki verilere uzaktan erişim de mümkündür. Ancak CMK. m.134'teki koruma tedbiri, bilgisayara uzaktan erişim yoluyla aramaya imkân vermemektedir. Uzaktan erişim yoluyla bilgisayardaki verilere ulaşılması, hukuka aykırıdır. Bilgisayarda arama, fiziki olarak bilgisayardaki verilerin aranması suretiyle gerçekleştirilebilir.

CMK. m.135'te düzenlenen telekomünikasyon yoluyla iletişimin denetlenmesi koruma tedbiri, iletişime teknik araçlar vasıtasıyla müdahale etmektedir. CMK. m.135'teki tedbirin konusunu, her türlü veriyi işaret, sembol, ses ve görüntü ile elektrik sinyallerine dönüştürülebilir, kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektro kimyasal, elektro mekanik ve diğer iletim sistemleri oluşturmaktadır (Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı Ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik m.4/1-j). Bu itibarla, internet ortamında gerçekleştirilen konuşmaların teknik araçlarla dinlenilmesi, kayda alınması, CMK. m.134'e göre değil, CMK. m.135'e göre gerçekleştirilecektir.

Aramada hazır bulunabileceklerle ilgili olarak CMK. m.134'te bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu konuda genel aramaya ilişkin CMK.'nın 120 nci maddesi uygulanabilir. Buna göre aranacak bilgisayarın veya diğer araçların sahibi veya zilyedi aramada hazır bulunabilir; kendisi bulunmazsa temsilcisi veya ayırt etme gücüne sahip hısımlarından biri veya kendisiyle birlikte oturmakta olan bir kişi veya komşusu hazır bulundurulur (CMK. m.120/1). Şüpheli veya sanığın kullandığı ancak üçüncü bir kişiye ait araçlar bakımından yapılacak aramalarda, üçüncü kişinin bulunmaması durumunda, yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir (CMK. m.120/2). Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz (CMK. m.120/3).

Avukat bürolarında bulunan bilgisayar ve diğer araçlar üzerinde gerçekleştirilecek arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri hakkında CMK.'nın 130 uncu maddesi uygulanmalıdır. Buna göre avukat bürolarında yer alan bilgisayarlar ve diğer araçların aranması ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet savcısının denetiminde yapılabilir. Baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulur (CMK. m.130/1).

Arama sonucunda CMK.'nın 134 üncü maddesine göre elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bilgisayarda arama yapılan avukat, baro

başkanı veya onu temsil eden avukat, verilerin avukat ile müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyduğunda, suçla bağlantılı olduğu hususunda makul bir şüphe varsa bu veriler CMK. m.134'e göre kopyalanabilir. Kopyalanan verilerin içinde bulunduğu CD, hard disk, flaş disk gibi veri kaydedicileri, ayrı bir zarf veya paket içerisinde konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde sulh ceza hâkiminden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Arama sırasında şartları olduğu takdirde CMK. m.134'e göre araçlar üzerinde elkoyma kararı da verilebilir. Yetkili hâkim, suçla bağlantısı olduğu hususunda makul şüphe bulunan ve bu suretle kopyalanan verilerin, avukatla müvekkili arasındaki meslekî ilişkiye ait olduğunu saptadığında, kopyalanan veriler derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. Bu kararlar, yirmidört saat içinde verilir (CMK. m.130/2).

Arama sonunda verilecek belgeye ilişkin olarak da, genel aramaya ilişkin 121 inci madde hükümleri uygulanmalıdır. Buna göre, bilgisayar veya diğer araçlar üzerinde gerçekleştirilen arama neticesinde, hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 134 üncü maddelere göre yapıldığını ve 134 üncü maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan verilerin listesini içeren bir defter ve eğer şüpheliyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilmelidir (CMK. m.121/1).

B- Kopyalama

CMK. m.134'e göre yapılan arama neticesinde, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçla bağlantılı bir veriye rastlanırsa, bu verilerin kopyası alınabilir (CMK. m.134/1). Suçla bağlantılı olması şartıyla sistemdeki verilerin tamamının kopyasının alınabileceği gibi, bir kısmının kopyası da alınabilir. Kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve ilgililer tarafından imza altına alınır. Bu tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.17/5).

Suçla bağlantılı olarak kopyalanan verilerle birlikte, suçla bağlantısı olmayan ve şüpheli veya sanığın kişisel verilerininin kopyalanması durumunda TCK. m.135'de düzenlenen kişisel verilerin kaydedilmesi suçu gündeme gelebilir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun düzenlendiği TCK. m.135’te, tipiklikte “hukuka aykırı olarak” ibaresi yer aldığından, bu suç ancak doğrudan kastla işlenebilir.

Kopyalama işlemine tabi tutulan verilerin kaydedildiği CD, hard disk, flaş disk vb. araçların tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK. m.121/3).

C- Elkoyma

CMK.134 ncü maddesinde yer alan düzenlemenin bir elkoyma hükmü değil arama nitelikli ceza muhakemesi işleminin, bilgisayar kütük ve programlarında icra edilmesine dair özel bir hali olduğu ileri sürülmüştür⁴⁸. Ancak 134 üncü maddede ceza muhakemesi işlemlerinden “arama”, “elkoyma ile aynı zamanda “kopyalama” türünden işlemlerin bir arada yapılabileceği bir koruma tedbirine yer verildiği açıktır. Bu nedenle CMK 134 ncü maddenin elkoyma hükmünü içermediği yalnızca aramanın özel bir işlem türü olduğu görüşüne katılmıyoruz⁴⁹.

Bilgisayarlara, bilgisayar programları veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır. Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır (Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.17/3).

Yedekleme işlemi, elkoyma öncesinde veya sırasında yapılmalıdır. Elkoyma işleminden sonra yapılacak yedekleme işlemi, verilerin güvenliği açısından sakıncalar yaratabilir⁵⁰. Uygulamada bu işlemin olay yerinde yapılmamasına gerekçe olarak sunulan personel veya teknik ekipman yetersizliğinin ileri sürülmesi yerinde değildir. Bilgisayarların başka yere transfer edilmesi sonucu sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması neticesinde elde edilen deliller CMK.217/2 nci maddesi gereğince hukuka aykırı delil olma niteliği kazanabilecektir⁵¹.

⁴⁸ Ünver, Yener - Hakeri, Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Cilt I, 8. Baskı, Ankara 2013, s.578.

⁴⁹ Arama işleminden farkı bakımından daha detaylı bilgi bkz. Özbek s.361.

⁵⁰ Bkz. Baştürk, s.30.

⁵¹ Ünver-Hakeri, s. 580.

Ancak CMK. 134/2 nci maddesine göre; Bilgisayara veya bilgisayar kütüklerine erişimin şifreli olması halinde ya da gizlenmiş bilgilere ulaşımın mümkün olmaması halinde çözümlene ve gerekli kopyaların alınabilmesine olanak tanınması bakımından bu araç ve gereçler üzerinde elkoyma işleminin uygulanabilmesi ve bu suretle başka yere nakledilmeleri mümkündür.

Yedekleme işlemi sonrasında, istemesi hâlinde, bu yedekten elektronik ortamda bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır (CMK. m.134/4).

Bu aşamada önemli bir sorun karşımıza çıkmaktadır.

Bilgisayar sisteminde mevcut bütün verilerin yedeklemesi yapıldıktan sonra bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi en azından bu veriler üzerinde sonradan ekleme veya çıkarma yapma ya da değişiklikler yapılmasını önleme amacını güttüğü açıktır.

Bununla birlikte bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yer alan kayıtların bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi halinde konusu suç oluşturan veya suç işlemede araç olarak kullanabilecek veriler üzerinde şüpheliye yeniden tasarruf etme hakkı ortaya çıkacaktır.

CMK. 134 ncü madde ortaya çıkacak sorunları çözmeye yetersizdir. İçeriğinde bulundurulması suç sayılan veya diğer suçların işlenmesinde kullanılacak bilgisayar kayıtlarının bir suretinin şüpheliye bırakılması yerinde olmayacaktır. Bu gibi hallerde bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yer alan kayıtların bir kopyasının şüpheliye bırakılması yerine, ilerde müsadereye tabi olabilecek eşya olması gerekçesiyle⁵², bu araç ve gereçler üzerinde CMK.127 nci madde hükümlerine göre elkoyma kararı verilmelidir⁵³.

Elkoyma koruma tedbiri sırasında, bilgisayarında arama işlemi uygulanan kimsenin, elkonulan bilgisayarın veya diğer araçların mülkiyetine ilişkin görüş ve iddialarına da yer verilir (CMK. m.121/2). Elkonulan araçların tam bir defteri yapılır ve bu eşya resmî mühürle mühürlenir veya bir işaret konulur (CMK. m.121/3).

Elkoyma koruma tedbiri, diğer koruma tedbiri gibi geçici niteliktedir. Ancak CMK. m.134'teki elkoyma bakımından önemli olan eşyalara elkonulması değil verilere elkonulmasıdır. Bu bakımdan verilerin kopyalanması

⁵² Özbek, s. 365.

⁵³ Ünver- Hakeri, s. 580.

neticesinde elkonulan araçların, içeriğinde bulundurulması suç olmayan veya içeriğinde yer alan bilgilerin yeni suçların işlenmesinde kullanılması mümkün olmaması halinde, şüpheli veya sanığa geri verilmesine bir engel bulunmamaktadır.

Bu nedenle CMK. m.134'teki elkoyma bakımından da genel elkoymaya ilişkin CMK. m.131 hükümleri kıyasen uygulanmalıdır. Buna göre şüpheliye, sanığa veya üçüncü kişilere ait elkonulmuş araçların içerisinde yer alan verilerin incelenmesi neticesinde, soruşturma ya da kovuşturma konusu suçla bağlantılı verilerin kopyalanması ile birlikte, elkonulan araçların re'sen veya istem üzerine geri verilmesine Cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından karar verilir. İstem reddi kararlarına itiraz edilebilir (CMK. m.131).

8- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirini sonucunda elde edilen verilerin delil değeri

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde hukuka uygun olarak verilen arama, kopyalama ve elkoyma kararı neticesinde elde edilen deliller, hükme esas alınabilir. Bu delillerin, delil değerinin bulunduğuna şüphe yoktur⁵⁴.

⁵⁴ “...gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından; öncelikle e-posta yoluyla virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması ya da inceleme yapılacak bilgisayarın veya bilgisayara ait veri içeren ünitelerin, olaydan sonra inceleme yapılana kadar hiç kullanılmaması gerektiği, incelenecek bilgisayarın diskine bazı bilgilerin yazılması, değişmesi veya silinebilmesini önlemek ve söz konusu diskin bütünlüğünü sağlamak için bilgisayarda virüslü dosya üzerinde inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir (sector-by-sector) yedeğinin alınması (yani incelemenin orijinal dosya üzerinde yapılmaması), daha sonra ikinci olarak alınan yedeğin değiştirilip değiştirilmediğini tespiti yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkanı sağlayan değer (hash) belirlenmesi, bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması (örneğin, şikayetçiye gelen e-postanın seçeneklerinden e-posta üst bilgisinin belirlenmesi ve bu üst bilginin uzman kişiler tarafından incelenmesi veya şikayetçiye gelen e-postanın göndericisinin ya da alıcısının e-posta sunucusunun sahibi şirkete belirtilen tarih ve saatte bahse konu e-postanın hangi IP adresinden gönderildiğinin sorulması ile) daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığı ve o abonenin açık adres ve kimlik bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılması gerektiği hususları da göz önüne alınarak, bilgisayardaki virüslü dosya veya dosyaların orijinallerinin korunup korunmadığı, e-posta veya e-postaları gönderenin IP adresinin bilirkişi raporları doğrultusunda tespiti, bulunacak adresin sanıkla ilgisinin belirlenmesi gerektiği.” (Yarg. 11. CD.’nin, 16.04.2007 tarihli kararı). Karar için bkz. **Parlar-Hatipoğlu**, s.534, 535.

Ceza muhakemesinde delil serbestisi vardır. Hukuka uygun elde edilmiş, her türlü delil ceza muhakemesinde kullanılabilir ve hükme esas alınabilir. Delilin ağırlığı, tek başına suçu sübuta erdirip erdirmeyeceği, suçun niteliğine ve somut olayın özelliklerine göre değişebilir⁵⁵. Hâkim, mevcut delilleri duruşmada değerlendirir ve vicdani kanaatiyle bir neticeye varır. Hâkim, suçun işlendiği hususundaki şüpheyi tam olarak yenmişse mahkûmiyet, yenememişse “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi uyarınca beraat kararı verir (CMK. m.223).

Bilgisayarlar ve diğer araçlar üzerinde uygulanan arama sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir. Tesadüfen elde edilen bu verilerin, kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. CMK. m.134'teki koruma tedbiri bakımından katalog suçlar öngörülmediğinden, herhangi bir suça ilişkin olarak elde edilen deliller de yargılamada kullanılabilir. Bu noktada, tesadüfen elde edilen verilerin şikâyete bağlı bir suça ilişkin olması durumunda nasıl hareket edilmesi gerektiği sorusu gündeme gelmektedir.

İfade etmek gerekir ki, CMK. m.138/1'de, tesadüfen elde edilen delillere ilişkin şikâyete bağlı ya da re'sen kovuşturulan suç ayrımı yapılmamıştır. Arama işlemini bizzat gerçekleştiren yetkililerce, şikâyete bağlı olsun ya da olmasın diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir veri elde edilirse, bu veriler muhafaza altına alınarak durum Cumhuriyet Savcılığı'na bildirilmelidir. Bu verileri bakımından, suçun şikâyete bağlı olup olmadığı hususunda hukuki inceleme yapma yetkisi C.Savcısına aittir. Verilerin re'sen soruşturulabilir bir suça ilişkin olması durumunda, C.Savcısı o suça ilişkin olarak soruşturma başlatabilir (CMK. m.160/1).

⁵⁵ “Bilgisayar programları ve lisans konularında tecrübeli bilgisayar mühendisi ve bu işlerden anlayan hukukçulardan oluşan üç kişilik bilirkişi heyetine dosya tevdi edilerek hazırlık aşamasında tespiti yapılan programlar ile bu programlara ilişkin olduğu belirtilerek, sanık tarafından dosyaya ibraz edilen lisansla ilgili belgelerin kullanılan programlara ait olup olmadığı, dolayısıyla bilgisayar programlarının kullanımının şirket yönüyle yasal olup olmadığının tespitinden sonra hasil olacak sonuca göre sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerekirken, hüküm kurmaya elverişli olmayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi” (Yarg. 7. CD., 09.03.2006, 12232/1736).

9- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanması nedeniyle tazminat istemi

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemi CMK.'nın 141 inci maddesinde düzenlenmiştir. CMK.'nın 141 inci maddesinin 1 inci fıkrasının i ve j bentlerinde; “(i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde elkonulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

Kişiler, maddî ve manevî her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler” denilmek suretiyle arama ve elkoyma koruma tedbirleri bakımından tazminat istemine yer verilmiştir.

CMK.'nın 134 üncü maddesinde düzenlenen bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir şekli olduğundan, bu tedbir bakımından da, şartları oluştuğu takdirde CMK.'nın 141 inci maddesi hükümlerinin uygulanabileceğini ifade etmek gerekir.

Bu madde uyarınca, suçla bağlantılı verilerin dışında başka verilerin aranması, kopyalanması, şartları oluşmadığı halde elkoyma kararı verilmesi ve elkonulan araçların geri verilmesine ilişkin şartlar oluştuğu halde, bu araçların geri verilmemesi durumunda, CMK. m.141'e göre tazminat isteminde bulunulabilecektir.

10- AİHM.'nin Konuya Yaklaşımı

Bilgisayarlarda yapılan arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri, bireyin özel hayatın gizliliğine, haberleşme hürriyetine ve kişisel verilerine yönelik müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle bu tür müdahaleler, AİHM.'nin içtihatlarına da konu olmuştur. Sözleşmede, insan hakları bakımından genel koruyucu normlar bulunmakla birlikte, hakların fiilen korunması AİHM.'nin içtihatlarına bırakılmıştır. Sözleşmede tüm somut olaylara uygulanabilecek genişlikte düzenlemeler yer almamaktadır. Ancak sözleşmenin koruduğu hakların kapsamı, AİHM.'nin somut olayın koşullarına göre ortaya koyduğu yorumlarla şekillenmekte ve hakların koruma alanını genişletmektedir.

AİHM. içtihatlarında, bilgisayarlarda yapılan arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri yoluyla bireyin özel hayatına, kişisel verilerine ve haberleşmesine yönelik müdahaleler, sözleşmenin 8 inci maddesi bağlamında ele alınmıştır. AİHS.'nin "Özel hayatın ve aile hayatının korunması" başlıklı 8 inci maddesinde; "1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir" denilmek suretiyle bireyin özel ve aile hayatı ile konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti güvence altına alınmıştır.

Sözleşmenin 8 inci maddesinin 2 nci fıkrasında müdahalenin şartları belirtilmiş ve AİHM.'nin içtihatlarında da bu şartlar somutlaştırılarak, müdahalenin; "orantılı olması", "demokratik toplumda gerekli olması", "meşru amaç taşınması", "kanunla öngörülmüş olması" şeklinde ifade edilmiştir.

Mahkeme, Ernst ve Diğerleri/Belçika kararında, başvuruçuların aralarında CD'ler ve bilgisayarların hard disklerinin de bulunduğu birçok eşyasına el konulmasını, bazı belgeler ve elektronik verilerin kopyalanmasını ve başvuruçulara aramaların gerçek sebepleri hakkında bilgi verilmemesini, sözleşmenin 8 inci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararında, soruşturmanın gizliliğini ihlalle mücadele konusunda sözleşmeciler Devletlerin evlerin aranması ve bazı eşyalara el konulmasını gerektiren mevzuat ve pratiğinde, kötüye kullanmaya karşı yeterli güvencelerin bulunması gerektiğini, somut olayda ise aramaların bazı usul güvencelerini içermekle birlikte, arama kararlarının geniş terimlerle ifade edildiğini ve başvuruçuların herhangi bir suç isnat edilmediğini, arama kararlarında söz konusu soruşturma ile girilecek yerle veya el konulacak eşyalarla ilgili bir bilgi yer alınmasının, soruşturmacıya geniş yetkiler verdiğini, bu nedenle müdahalenin meşru amaçla orantısız olduğunu belirtmiştir⁵⁶.

Mahkeme, Smirnov/Rusya kararında, avukat olan başvuruçunun bilgisayarında arama yapıp el konulmasını, arama bakımından yeterli şüphe

⁵⁶ Ernst ve Diğerleri/Belçika kararı için bkz. ihami.anadolu.edu.tr (Erişim Tarihi: 27.03.2011)

sebepleri bulunmadığı ve arama sırasında avukatlık mesleğinin sırlarının saklanması ile ilgili bir önlem alınmadığı gerekçesiyle 8 inci maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme söz konusu kararında, yetkili merciinin vermiş olduğu arama kararındaki gerekçeleri, karara başvurma açısından uygun ve yeterli bulmamıştır. Mahkeme, arama kararının polise çok geniş yetkiler verdiğini, bu nedenle yapılan arama neticesinde elde edilen delillerin, sınırsız bir yetki sonucu elde edildiği, bu yönüyle müdahalenin orantısız olduğuna hükmetmiştir⁵⁷.

Mahkeme Petri Sallinen ve diğerleri/Belçika kararında, sahtecilik suçlarını işledikleri iddiası ile X ve Y'nin konutunda yapılan aramadan sonra, bu kişilerin avukatı olan başvuru Sallinen'in bürosunda yapılan aramada, işlenen suçla bağlantılı verilerin yanında, Sallinen'in bilgisayarındaki verilerin tamamının kopyalanmasını, bunun dışında Sallinen'in müvekkilleriyle olan randevu defterlerinin ve müvekkillere ait kişisel verilerin de kopyalanmasını, sözleşmenin 8 inci maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararında, iç hukukta konuya ilişkin düzenlemelerin bulunduğunu ancak bu düzenlemelerin belirlilik kuralına aykırı olduğunu ve demokratik bir toplumda olması gereken yeterli yasal güvenceleri içermediğini belirterek sözleşmenin ihlaline karar vermiştir⁵⁸.

Sonuç

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir türü olarak CMK.'nin 134 üncü maddesinde düzenlenmiştir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, 5271 sayılı CMK.'da teknolojik imkânların kullandığı koruma tedbirlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu koruma tedbiri özünde, bireyin özel hayatına, kişisel verilerine yönelik müdahale oluşturmaktadır.

Tedbirin niteliği ve müdahalenin ağırlığı dolayısıyla, tedbire ancak hakim tarafından karar verilebilir. Diğer koruma tedbirlerinde öngörülen gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına ve bu halde C.Savcısı tarafından

⁵⁷ Smirnov/Rusya kararı için bkz. http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Erişim Tarihi: 27.03.2012)

⁵⁸ http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Erişim Tarihi: 24.04.2012)

tedbire karar verilmesine, tedbirin düzenlendiği CMK.'nın 134 üncü maddesinde yer verilmemiştir.

Tedbire soruşturma aşamasında başvurulabileceği gibi kovuşturma aşamasında da başvurulabilir. CMK. m.134'te her ne kadar soruşturma aşamasından söz edilmişse de, re'sen delil toplama yetkisi bulunan mahkeme maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek amacıyla kovuşturma aşamasında da – C.Savcısının istemi olmaksızın- tedbire başvurabilir.

Tedbirin uygulanması bakımından, katalog suçlara yer verilmemiş ve tedbirin uygulanacağı suçlar bakımından ceza üst sınırı da belirlenmemiştir. Bu durum uygulamada, her suç açısından tedbire başvurulmasına yol açmaktadır. Kanaatimizce bu durum, koruma tedbirlerine hâkim olan “müdahalenin, koruma tedbiri ile ulaşılmak istenen amaçla orantılı” olması gerektiği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, şartları itibariyle, arama, kopyala ve elkoyma bakımından iki başlıkta incelenebilir. Her ne kadar madde metninde arama ve kopyalama bakımından şüphe derecesi belirtilmemişse de, özel bir arama tedbiri olan CMK. m.134 bakımından, genel aramada aranılan makul şüphe şartı aranmalıdır.

Elkoyma tedbirinin uygulanması için ise, daha öncede verilmiş bir arama ve kopyalama kararına ihtiyaç vardır. Zira araçlar aranmadan, içindeki verilerin tespit edilebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla tedbirin konusunu oluşturan araçlarda veri araması yapılmadan elkoyma işlemi yapılması hukuka aykırı olur.

CMK. m.134'te düzenlenen tedbirin konusunu bilgisayarlar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri oluşturmaktadır. Ancak Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 17 nci maddesinde elkonulacak araçlar arasında bilgisayar ağları, uzak bilgisayar kütükleri ve çıkarılabilir donanımlar da sayılmıştır. Bu düzenlemeden hareketle, arama yapılmaksızın elkoyma işlemi yapılamayacağından, Yönetmelikte belirtilen bu araçların arama ve kopyalama işlemlerinin de konusunu oluşturabileceği sonucuna ulaşılmaktadır.

CMK. m.134'e göre yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinde, elverişli olduğu ölçüde genel arama ve elkoyma ilişkin hükümler uygulama alanı bulabilir. Tesadüfen elde edilen deliller bakımından da, CMK. m.138'de öngörülen hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür.

Tedbir neticesinde elde edilen verilerin delil değerinin bulunduğu kuşku yoktur. Hukuka uygun olarak verilen arama, kopyalama ve elkoyma kararı neticesinde suçla bağlantılı olarak elde edilen veriler, yargılamada delil olarak kullanılabilir. Bu verilerin tek başına delil olarak kabul edilip edilmeyeceği, mahkûmiyete yetip yetmeyeceği, her suç bakımından ayrı bir değerlendirmeye muhtaçtır.

Bilgisayarlarda ve tedbirin konusunu oluşturan diğer araçlar üzerinde gerçekleştirilen arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, AİHM.'nin içtihatlarına da konu olmuştur. Mahkeme, söz konusu müdahaleyi AİHS.'nin 8 inci maddesi bakımından değerlendirmiştir. Mahkemeye göre tedbir, bireyin özel hayatına ve kişisel verilerine müdahale oluşturmaktadır.

AİHM., önüne gelen davalarda genel olarak, arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin iç hukukta yeterli güvenceleri içeren ayrıntılı düzenlemelerin yer alması ve müdahalenin, demokratik toplumda zorunlu olan ölçülerde yapılması gerektiğini, tedbire ilişkin verilen kararların sınırlı olması, aranılacak, kopyalanacak ve elkonulacak araçların kararda açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir.