

T.C.
YAŞAR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE
ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA**

Betül Gül ŞARSEL

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Mustafa Ruhan ERDEM

İzmir, 2017

TEZ JÜRİSİ ONAY SAYFASI

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Prof. Dr. Mustafa Ruhan Erdem

22.05.2017

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Doç. Dr. Burcu Dönmez

22.05.2017

Bu tezi okuduğumu ve görüşüme göre yüksek lisans derecesi için bir tez olarak kapsam ve nitelik açısından tam olarak yeterli olduğunu onaylarım.

Yrd. Doç. Dr. Koray Doğan

22.05.2017

Doç. Dr. Çağrı Bulut
Enstitü Müdürü

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

22.05.2017

Betül Gül ŞARSEL



ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve
Elkoyma
Betül Gül ŞARSEL
Yaşar Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Yüksek Lisans Programı

Günümüzde bilgisayar teknolojisinin hızla gelişmesi ve birçok işlemin bilgisayar aracılığı ile gerçekleştirilmesi, yapılan işlerde büyük kolaylık ve verim artışı sağlamasına karşın bilgisayarların işlenen suçlarda yaygın şekilde kullanılmasına yol açmıştır. Diğer taraftan bilgisayar teknolojisinin kullanılması suretiyle işlenen suçlarda, klasik delil elde etme yöntemlerinin yetersiz kaldığı görülmüştür. Bir bilgisayarın içerisinde veya birbirlerine ağ şeklinde bağlanmış olan bilgisayarların bağlı bulunduğu sistem içerisinde delil aranması ve bunlara elkonulması ayrı bir işlem niteliğindedir. Bu bakımdan CMK m.134’te, genel nitelikteki arama ve elkoyma tedbirlerinin özel bir şeklini ifade eden, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” tedbiri düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme, temel hak ve özgürlüklere yaptığı müdahale açısından son derece önemlidir. Tedbir, hukuk dünyamıza girişinin 11. yılını doldurmuş olsa da sürekli gelişen bilişim teknolojileri sayesinde güncelliğini hala korumaktadır. Biz de tezimizde, güncelliğini koruyan CMK m.134’ü, ayrıntılarıyla ve bağlantılı olduğu konularla birlikte ele alarak; tedbirin hukukumuzda doğru bir şekilde uygulanabilmesi için kimi tartışmalı noktalarda fikirlerimizi beyan ederek, bu konuya katkıda bulunmaya çalışacağız.

Çalışmamızın ilk bölümünde, Bilgisayarla ilgili temel kavramlara, Adli Bilişim ve Elektronik Delil kavramlarıyla ilgili terminolojiye yer verilmiştir. İlgili terminolojileri takiben, Adli Bilişim Uzmanlığı ve Adli Bilişimin Evreleri açıklanmış; elektronik delil elde edilirken dikkat edilecek hususlardan ve elektronik delilin ceza muhakemesindeki yerinden bahsedilmiştir. Çalışmamızın ikinci bölümünde, “Arama ve Elkoyma” koruma tedbirleri incelenmiş; bu tedbirlerin tanımlarına, hukuksal niteliklerine, tarihsel gelişimlerine, amaçlarına, çeşitlerine ve koşullarına değinilmiş; bu tedbirlere hâkim olan ilkeler açıklanmış; bu tedbirlere karşı başvurulabilecek kanun yolundan/yollarından ve tedbirlerin uygulanması sırasında tesadüfen elde edilen delillerin akıbetinin ne olacağından bahsedilmiştir. Çalışmamızın esas konusunu değerlendirdiğimiz üçüncü bölüm olan son bölümde ise, CMK m.134’ün amaç ve kapsamına, hukuksal niteliğine, tarihsel gelişimine, koşullarına, uygulanma şekline değinilmiş; tedbir temel hak ve özgürlükler açısından değerlendirilmiş; Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin genel ve ülkemizdeki durumundan söz edilmiş; mukayeseli hukukta bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirildiği açıklanmış; bu tedbire karşı başvurulabilecek kanun yolundan/yollarından, tedbir sonucunda elde edilen verilerin delil olma özelliğinden ve tedbirin hukuka aykırı bir biçimde gerçekleştirilmesi halinde kaynaklanacak zararların tazmininin nasıl olacağından bahsedilmiştir. Ayrıca ilgili yerlerde Yargıtay ve AİHM Kararları’ndan örnekler verilmiştir.

Anahtar Kelimeler : Bilgisayar, Arama, Kopyalama, Elkoyma, Adli Bilişim, Elektronik Delil

ABSTRACT
Master Thesis
Search, Copy and Seizure in Computers, Computer Programs and Their Files
Betül Gül ŞARSEL
Yaşar University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Master of Public Law Program

Despite the fact that the fast development in computer technology and the realization of a vast number of computer operations nowadays facilitated great easiness in the tasks that are done and the increase in efficiency, it resulted in widespread use of computers in the crimes committed. On the other hand, it has been seen that the classical methods of obtaining evidence has been insufficient for crimes committed by the use of computer technology. The seeking of evidence and its seizure inside a computer or inside a system wherein computers are connected to each other in the form of a network is a separate transaction. It is for this reason that the measure of “Search, Copy and Seizure in Computers, Computer Programs and Their Files” has been arranged in Article 134 of CCP (Code of Criminal Procedure), which expresses a special way of the search and seizure measures in general terms. The aforementioned arrangement is of great importance due to the intervention it has on fundamental rights and freedoms. Even though this measure has completed 11 years since its entry into our legal world, it is still up to date thanks to the ever-developing information technologies. By handling Article 134 of CCP, which is still up-to-date, in detail and together with the subjects to which it relates to, we will try, in this thesis, to contribute to this subject by declaring our thoughts on controversial topics in order for the measure to be applied in the most correct form in our legal world.

In the first part of this study, basic concepts related to computers and terminology related to the concepts of Computer Forensics and Electronic Evidence have been discussed. Following the related terminologies, Computer Forensics Expertise and Phases of Computer Forensics have been explained; points of attention that is required while obtaining electronic evidence and the position of electronic evidence in criminal procedure have been mentioned. In the second part of this study, “Search and Seizure” protection measures have been analyzed; definitions, legal qualities, historical developments, purposes, varieties and circumstances of these measures have been touched upon; principles possessing these measures have been explained; legal way/ways to be applied against these measures and the fate of evidence obtained by coincidence during application of these measures have been mentioned. The last part, being the third part, where the main subject of this study is evaluated, the purpose and content of Article 134 of CCP, its legal quality, historical development, conditions and method of application has been touched upon; the measure has been evaluated from the view point of basic rights and freedoms; the position of European Cyber Crime Convention in general and in our country has been mentioned; the way how search and seizure operations are realized in comparative law information systems has been explained ; legal way/ways to be applied against this measure , the characteristic of the data that is obtained as a result of the measure being the evidence and the way to compensate for the damages that could result in the case when the measure is realized against law has been mentioned. Besides, in relevant parts examples are given from the decisions of Supreme Court and ECHR (European Court of Human Rights).

Key Words : Computer, Search, Copy, Seizure, Computer Forensics, Electronic Evidence

İÇİNDEKİLER

TEZ JÜRİSİ ONAY SAYFASI	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	xi

BİRİNCİ BÖLÜM BİLGİSAYARLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR, ADLİ BİLİŞİM VE ELEKTRONİK DELİL

I. BİLGİSAYARLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR.....	1
A. Bilgisayar	1
B. Bilgisayar Programı	3
C. Bilgisayar Kütüğü	3
D. Veri.....	4
E. Yazılım.....	5
F. Donanım.....	5
G. IP Adresi	6
II. ADLİ BİLİŞİM	7
A. Tanımı ve İlgili Temel Kavramlar	9
1. Bilişim	9
2. Adli Bilişim	9
3. İmaj Alma.....	11
4. Hash Değeri	12
B. Adli Bilişim Uzmanı	14
C. Adli Bilişimin Evreleri.....	16
1. Delil Toplama.....	17
2. İnceleme	18
3. Çözümleme.....	18
4. Raporlama	18
III. ELEKTRONİK DELİL.....	19
A. Tanımı ve İlgili Temel Kavramlar	21
1. Delil	21
2. Elektronik Delil	23
3. İnternet.....	24
4. Elektronik Posta (E-Posta)	24
B. Elektronik Delil Elde Edilirken Dikkat Edilecek Hususlar	25
C. Elektronik Delilin Ceza Muhakemesindeki Yeri	27

İKİNCİ BÖLÜM ARAMA VE ELKOYMA

I. TANIM	31
A. Aramanın Tanımı	31
B. Elkoymanın Tanımı.....	32

II.	HUKUKSAL NİTELİK.....	33
	A. Aramanın Hukuksal Niteliği	33
	B. Elkoymanın Hukuksal Niteliği.....	35
III.	TARİHSEL GELİŞİM.....	36
	A. Aramanın Tarihsel Gelişimi.....	36
	B. Elkoymanın Tarihsel Gelişimi	38
IV.	ARAMA VE ELKOYMAYA HÂKİM OLAN İLKELER	39
	A. Hukuk Devleti İlkesi	39
	B. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi	41
	C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi	42
	D. Orantılılık İlkesi	43
	E. Adil Yargılanma İlkesi.....	44
	F. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi.....	45
V.	AMAÇ	46
	A. Aramanın Amaçları.....	46
	1. Yakalama Amaçlı Arama	46
	2. Delil Elde Etme Amaçlı Arama.....	47
	3. Elkoyma Amaçlı Arama	48
	B. Elkoymanın Amacı	49
VI.	ARAMA ÇEŞİTLERİ.....	50
	A. Önleme Araması	50
	B. Adli Arama.....	52
VII.	ARAMANIN KOŞULLARI.....	53
	A. Makul Şüphe	53
	B. Hâkim Kararı veya Yetkili Mercinin Yazılı Emri	54
	1. Hâkim Kararı.....	54
	2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri	55
	3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri	55
	C. Arama Yapılacak Kişiye İlişkin Koşullar	56
	1. Şüpheli veya Sanık Hakkında Yapılan Arama	56
	2. Diğer Kişiler Hakkında Yapılan Arama	56
	D. Aramanın Zamanına İlişkin Koşullar.....	57
	E. Arama Yapılacak Yere İlişkin Koşullar.....	57
	1. Üstte Arama.....	57
	2. Eşyada Arama.....	58
	3. Konutta Arama	58
	4. İşyerinde Arama	58
	5. Araçta Arama	59
	6. Avukat Bürolarında Arama	59
	F. Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı.....	62
	G. Arama Kararı Olmadan Yapılan Aramalar	62
	1. AÖAY'nin 8. Maddesinde Belirtilen Durumlar	62
	2. Rıza İle Arama.....	63
	H. Aramanın Yerine Getirilmesi.....	64
VIII.	ELKOYMANIN KOŞULLARI.....	65
	A. Şüphe.....	65
	1. Basit Şüphe.....	66
	2. Makul Şüphe.....	66
	3. Yeterli Şüphe.....	66
	4. Kuvvetli Şüphe.....	67

B. Hâkim Kararı veya Yetkili Mercinin Yazılı Emri	67
1. Hâkim Kararı	67
2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri	67
3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri	68
C. Elkoymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması	68
D. Elkoymaya Yasağı Olan Eşyanın Söz Konusu Olmaması.....	69
E. Elkoymaya Maruz Kalabilecekler.....	70
F. Elkoymaya Kararı ve Elkoymaya Emrinin Kapsamı	71
IX. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ	71
A. Basit Elkoymaya	71
B. Özel Elkoymaya.....	72
1. Postada Elkoymaya	72
2. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoymaya	72
3. Avukat Bürolarında Elkoymaya.....	74
4. Basılmış Eserlere Elkoymaya	75
5. Kaçaklara İlişkin Elkoymaya	75
X. ELKOYMANIN SONA ERMESİ.....	77
XI. KANUN YOLU	77
XII. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER	78

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA

I. TEDBİRİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	80
A. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması.....	80
B. Haberleşme Özgürlüğü	81
C. AİHM'in Konuya Yaklaşımı	82
D. Anayasal İlkeler Açısından Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoymaya	86
II. AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ	87
A. Sözleşmenin Genel Durumu	87
B. Türkiye'nin Sözleşme Karşısındaki Durumu.....	89
III. MUKAYESELİ HUKUKTA BİLİŞİM SİSTEMLERİNDE ARAMA VE ELKOYMA	91
A. ABD'de Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoymaya	91
B. İngiltere'de Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoymaya	93
C. Almanya'da Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoymaya	95
D. Fransa'da Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoymaya	96
IV. AMAÇ VE KAPSAM	97
A. Amaç	97
B. Kapsam.....	98
1. Kişi Bakımından	98
2. Bilgisayarlar, Bilgisayar Programları, Bilgisayar Kütükleri ve Diğer Cihazlar Bakımından	99
V. HUKUKSAL NİTELİK.....	100
A. Genel Olarak	100
B. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama ve Elkoymanın Genel Arama ve Elkoymaya Hükümleriyle İlişkisi.....	102

C. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma ile Benzer Koruma Tedbiri Olan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması Arasındaki Farklar	104
VI. TARİHSEL GELİŞİM	106
VII. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMANIN KOŞULLARI	107
A. Suç Dolayısıyla Yürütülen Bir Soruşturmanın Bulunması	107
B. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı	107
C. Başka Surette Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması	108
D. Cumhuriyet Savcısının İstemi ve Hâkim Kararının Olması	109
VIII. TEDBİRİN UYGULANMA ŞEKLİ	110
A. Genel Olarak	110
B. Arama Sonucunda Kayıtlardan Kopya Çıkarılması ve Bu Kayıtların Çözülerek Metin Haline Getirilmesi	110
C. Bilgisayara Elkonulması ve Yedekleme Yapılması	112
1. Bilgisayar, Bilgisayar Programları ve Bilgisayar Kütüklerine Şifrenin Çözülememesinden Dolayı Girilememesi veya Gizlenmiş Bilgilere Ulaşılabilmesi Hâlleri	112
2. Yedekleme Yapılması	113
D. Şüpheliye veya Vekiline Yedekten Bir Kopya Verilmesi	114
IX. KANUN YOLU	115
X. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA SONUCUNDA ELDE EDİLEN VERİLERİN DELİL OLMA ÖZELLİĞİ	116
XI. HUKUKA AYKIRI ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMADAN KAYNAKLANACAK ZARARLARIN TAZMİNİ	117
SONUÇ	119
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACMK	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AK	: Avrupa Konseyi
AÖAY	: Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği
AY	: Anayasa
BK	: Borçlar Kanunu (818 Sayılı)
bkz.	: bakınız
CD	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CGTİHK	: Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun (5275 Sayılı)
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu (5271 Sayılı)
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (1412 Sayılı)
CPU	: Central Process Unit
E.	: Esas
EGM	: Emniyet Genel Müdürlüğü
E.T	: Erişim Tarihi
ETCK	: Eski Türk Ceza Kanunu (765 Sayılı)
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu (6100 Sayılı)
IP	: Internet Protocol
İİK	: İcra ve İflas Kanunu (2004 Sayılı)

K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükümünde Kararname
m.	: madde
No	: Numara
OHAL	: Olağanüstü Hâl
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu (2559 Sayılı)
RAM	: Random Access Memory
RG	: Resmî Gazete
ROM	: Read Only Memory
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu (6098 Sayılı)
TCK	: Türk Ceza Kanunu (5237 Sayılı)
TDK	: Türk Dil Kurumu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
www	: world wide web

GİRİŞ

Dünyada teknolojinin her geçen gün akıl almaz bir hızda gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan bilgisayar ve cep telefonu gibi ürünler, insan hayatını geçmişe nazaran daha rahat ve daha kolay bir hale getirmiştir. Yirminci yüzyılın ortalarında icat edilen bilgisayar, hayatımızı her geçen gün daha kolay hale getiren ürünlerin başında gelmektedir. Günümüzde bilgisayarın kullanılmadığı bir alan hemen hemen hiç kalmamıştır. Bu da, bilişim suçlarının etki sahasını inanılmaz biçimde artırmıştır.

Bilişim suçlarında delillerin, çoğunlukla bilişim sistemlerinde yani elektronik ortamda yer aldığı görülmektedir. Bilişim sistemleri, bir suçun işlenmesinde doğrudan veya dolaylı olarak kullanıldıklarında, konusunda uzman kişiler vasıtasıyla içlerinde barındırdıkları delillerin tespit edilerek ortaya çıkarılması, dolayısıyla ceza muhakemesinin temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşılması adına büyük önem taşımaktadır. Elektronik ortamda yer alan bu deliller çok kolay bir şekilde bozulabilmekte, yok edilebilmekte veya gizlenebilmektedir. Dolayısıyla bunların elde edilmesi, taşınması, saklanması hatta sahtelik iddiasında bulunulması halinde sahte olup olmadığının ispatı, ancak özel yöntemler kullanılarak ortaya konulabilecek uzmanlık gerektiren hususlardandır. Bilişim sistemlerinden, delil elde edilmesi, adli bir bilim olan Adli Bilişim'in alanına girmekte; elde edilen deliller Elektronik Delil olarak adlandırılmaktadır. Bu iki kavram, çalışmamızın ilk bölümünde, ilgili terminolojiyle birlikte açıklanacaktır.

Gelişen bilişim teknolojileri, hem suç işlemeyi kolaylaştırıp hem de işlenen suçların gizlenmesini sağlarken aynı zamanda işlenen suçların izinin sürülmesinde özellikle ceza yargılamasında büyük faydalar sağlamaktadır. Bu durum bilişim teknolojilerinin sadece ceza yargılaması alanında yardımcı olduğu anlamına gelmemekte; aynı zamanda hukuki uyuşmazlıklarda da zaman içerisinde önemli bir rol oynaması beklenmektedir.

Bilişim suçları, bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de artmaktadır. Bunun yanı sıra klasik suçlar açısından da bilişim sistemlerinin kullanımının artmakta olduğu görülmektedir. Bunun sebebi, bilişim artık her alanda kullanılır hale gelmiş olmasıdır. Dolayısıyla gerek bilişim suçlarında gerek klasik suçlarda maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla bilişim sistemlerinin incelenmesi zorunluluk arz etmektedir. Ne var ki elektronik ortamda yer alan delillerin izinin sürülmesi, toplanması, muhafazası, incelenmesi, çözümlenmesi ve raporlanması klasik delillerle karşılaştırıldığında büyük farklılıklar barındırmaktadır. Çalışmamızda, bu farkın üzerinde durup; elektronik delil elde edilirken dikkat edilecek hususlara ve elektronik delilin ceza muhakemesindeki yerine değineceğiz.

Elektronik delillerin elde edilmesi sırasında, şüphelilerin bilişim sistemleri üzerinde uygulanacak koruma tedbirlerinin, kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale anlamını taşıdığı da bir gerçektir. Zira bu koruma tedbirleriyle, şüphelilerin özel hayatlarına doğrudan müdahale edildiği gibi kişisel verilerinin de deşifre olmasına neden olunmaktadır. Bu sebeple, çalışmamızda, tez konumuz olan tedbiri, temel hak ve özgürlükler açısından da değerlendireceğiz.

Ceza muhakemesinde delil elde etme araçlarının başında koruma tedbirleri gelmektedir. Özellikle arama ve elkoyma tedbirleri, hem şüphelinin ya da sanığın yakalanması, hem de delil toplanması için vazgeçilmez araçlardır. Ancak bu tedbirler bilişim sistemlerinden delil etmek için yetersiz kalmıştır. Bunun üzerine, 5271 sayılı CMK'nın 134. maddesinde, tez konumuz olan, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde, Arama, Kopyalama ve Elkoyma" koruma tedbiri düzenlenmiştir. Bu madde, arama ve elkoyma tedbirlerinin özel bir şeklidir. Tez konumuz, mevzuatımızda, "Arama ve Elkoyma" ile ilgili başlık altında düzenlendiğinden; çalışmamızın ikinci bölümünde arama ve elkoyma tedbirlerine yer verilecektir.

Çalışmamızın bir bütün olarak baştan sona anlaşılması adına, tez konumuzun nesnesi olan bilgisayarın ne olduğuna ve bilgisayarla ilgili temel kavramlara ilk bölümde yer verilecektir. Esas konumuz ise, son bölüm olan üçüncü bölümde incelenecektir. Ayrıca son bölümde, konumuzun, uluslararası boyutta en detaylı şekilde ele alındığı uluslararası ilk düzenleme olan AK Siber Suç Sözleşmesi'nin üzerinde durulacak; ABD, İngiltere, Fransa ve Almanya'da bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma işlemlerinin ne şekilde gerçekleştirildiğinden bahsedilecektir. İlgili yerlerde, Yargıtay ve AİHM Kararları'ndan yararlanılacaktır. Sonuç kısmında ise, tedbirle ilgili genel değerlendirmemizi yapıp; tedbirin hukukumuzda doğru bir şekilde uygulanabilmesi için kimi tartışmalı noktalarda fikirlerimizi beyan ederek, bu konuya katkıda bulunmaya çalışacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİLGİSAYARLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR, ADLİ BİLİŞİM VE ELEKTRONİK DELİL

I. BİLGİSAYARLA İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

Tezimizin bu ilk bölümünde; tez konumuz olan, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma”nın daha iyi anlaşılması için konuyla ilgili temel kavramlar öncelikle açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca konuyu yakından ilgilendiren Adli Bilişim ve Elektronik Delil kavramlarıyla ilgili terminolojiye bu ilk kısımda yer verilmiştir.

A. Bilgisayar

Bilgisayar, ortaya çıkışından itibaren “sayısal makine”, “matematiksel makine”, “otomatik makine”, “otomatik sayısal makine”, “elektronik sayısal intergratör” ve “hesap makinesi”, “ordinatör”, “hesap otomati” gibi kavramlarla tanımlanmışsa da; Batı’da “*computer*” kelimesiyle en yaygın kullanıma sahiptir¹. ‘Hesaplayarak sonuca ulaşma, sayma, toplama, hesaplama, hesap etme’ anlamlarına gelen *to compute* sözcüğünden türetilmiş olan *computer* sözcüğü, bilgisayarı icat eden Amerikalılar tarafından bu makineye verilen addır².

Ülkemizde, “kompütür”, “komputer”, “elektronik beyin”, “elektronik hesap makinesi” şeklinde ifadeler kullanılmış, zamanla *bilgisayar* kelimesi Türkçe’ye yerleşmiştir³.

Bilgisayarda olduğu gibi, bir buluşun hem gündelik yaşama bu kadar girmiş olması hem de hukuksal düzenlemelere konu olması tanım ve kavramların içeriğinin doğru olarak doldurulmasını daha da önemli hale getirmektedir⁴.

Amerika Birleşik Devletleri Bilgisayar Sahtekârlığı ve Bilgisayarların Kötüye Kullanılması Yasası’nda (1984) bilgisayar: ‘Her türlü elektronik, optik, elektrokimyasal verileri veya yüksek hızda bilgileri işleyebilen, aritmetik işlem veya depolama fonksiyonuna sahip olan ve herhangi bir bilgiyi depolama imkânı bulunan veya doğrudan bu bilgiyi ilgili yere ileten veya bu bilgileri birleştirme işlemi yapan bir aygıt’ olarak tanımlanmıştır⁵.

AK Siber Suç Sözleşmesi⁶, bilgisayarı bir sistem olarak ele almıştır. Buna göre bilgisayar sistemi: ‘Bir program çerçevesinde, otomatik veri işlemi yapan bir veya birden fazla birbirine bağlı veya ilgili cihaz ve cihaz grupları’ olarak m.1-a’da tanımlanmıştır.

¹ Karagülmez, Ali, *Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri*, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Ankara, Temmuz 2014, s.48

² Dülger, Murat Volkan, *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6.Baskı, Ankara, Eylül 2015, s.62

³ Karagülmez, Ali, s.48

⁴ Dülger, Murat Volkan, s.61

⁵ Orta, Mesut, *Bilişim Suçlarında Adli Analiz*, (Danışman:Prof.Dr.Mustafa Avcı), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-393117), s.32

⁶ <https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirligiSiberSuclarSozlesmesi.doc>

TDK'nın Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü'nde yer alan tanıma göre bilgisayar⁷: 'Çok sayıda aritmetiksel ya da mantıksal işlemlerden oluşan bir işi, çalışması sırasında bir işletmenin işe karışması gerekmeksizin, önceden verilmiş bir izleneye göre, özdevimli olarak yürüten bir veri işleyici. 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, orta boy ya da küçük dizgeler olarak sınıflandırılır.'

Adalet Bakanlığı'nın özel bir komisyona hazırlattığı, "Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı"nın⁸ 2/1-b bendindeki tanıma göre bilgisayar: 'Belleğindeki programa uygun olarak aritmetik ve mantıksal işlemleri yapabilen, karar verebilen, yürüteceği programı ve işleyeceği verileri ezberinde tutabilen, çevresiyle etkileşimde bulunabilen araçları' ifade etmektedir.

Tanımlardan anlaşılacağı üzere bilgisayar, elektronik tarzda tasarlanmış bir cihaz olup, içerisine yerleştirilen mikroçipler ve devreler sayesinde veri işleme görevini yerine getirmektedir. Veri işleme bilgisayarı diğer elektronik cihazlardan ayıran en önemli özelliklerden biridir. Bu özellik, bilgisayarın, diğer elektronik cihazlardan farklı olarak kendine özgü bir "bilişim yeteneği"ne sahip olduğunu göstermektedir. Mevzuattaki düzenlemelere bakıldığında, bilgisayarın, bilişim yeteneğine sahip olması ile TCK'daki bilişim sistemi⁹ tanımı da birbiriyle örtüşmektedir¹⁰. Bilgisayarlar sadece verileri işlemekle kalmaz, aynı zamanda onları saklayabilme veya kayıt altına alma işlemlerini de yapabilmektedirler. Bu sayede veriler birçok kez kullanılabilirler.

Tanımlarda bulunan aritmetik ve mantıksal işlemlerin yanında bilgisayarlar, otomatik olarak girdi (*input*), çıktı (*output*), saklama ve programlanma işlemleri de yapabilmektedir. Verinin bilgisayara aktarılması, programın yüklemeye alınması ve işlemlerle ilgili komutların girilmesi işlemlerine girdi işlemi adı verilmektedir. Girdi işlemlerinin yapılması, bilgisayara bağlanabilen klavye, fare (*mouse*), mikrofon, disket, CD, DVD, tarayıcı vb. gibi girdi birimlerine (*input units*) bağlıdır. Girilen verilerin dış ortama geri gönderilmesi işlemleri çıktı işlemi olarak adlandırılır. Girilen bilgilerin birer çıktı olarak görünebilmesi için ekran, yazıcı, çizici, ses çıkışı, hoparlör vb. gibi çıktı birimlerine (*output units*) ihtiyaç duyulur¹¹.

⁷http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58c29cfd1fd09.28745025

⁸ <http://www.tbd.org.tr/bilisim-agi-hizmetlerinin-duzenlenmesi-ve-bilisim-suclari-hakkinda-kanun-tasarisi/>

⁹ TCK m.243'ün gerekçesi : '...Bilişim sisteminden maksat, verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tâbi tutma olanağını veren manyetik sistemlerdir. ...' şeklindedir.

¹⁰ Ünal, Osman Gazi, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Fatih Selami Mahmutoglu), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-280254), s.5-6

¹¹ Ünal, Osman Gazi, s.6-7

B. Bilgisayar Programı

Bilgisayar programı (*Computer program*), verileri toplayıp yerleştirdikten sonra bunları otomatik işlemlere tutma olanağını veren manyetik sistemler olarak tanımlanabilir¹². Diğer bir tanımda ise bilgisayar programı, bir bilgisayar vasıtasıyla belirli bazı görevleri gerçekleştirmek için oluşturulan yazılı talimatlar dizisi olarak tarif edilmektedir¹³.

Ayrıca, bilgisayar programının ne olduğu, FSEK'in 1-B maddesinin "g" bendinde 'Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmalarını ifade eder.' şeklinde tanımlanmıştır.

Bilgisayar programları, telif hakları ihlal edilerek çoğaltılan programlarda olduğu gibi bizzat kendileri suça konu olabilecekleri gibi işleyiş tarzları veya içerdikleri kaynak kodları ya da anlamlı hale getirdikleri veriler sebebiyle elektronik delil olarak soruşturma ve kovuşturmaya, dolayısıyla da arama ve elkoymaya konu olabilirler. Esasen elektronik delillerin özet değerlerini almaya yarayan adli bilişim yazılımları da birer bilgisayar programıdır¹⁴.

Bilgisayar programları, sistem, çevirici ve uygulama programları olarak üç kategoride sınıflandırılır¹⁵. Sistem programları, bilgisayar sisteminin ya da uygulama programlarının çalıştırılmasını sağlayan program türleridir. Bu programlara *MS-DOS*, *IBM-DOS*, *UNIX* ve *XENIX* gibi programlar örnek gösterilebilir. Çevirici programlar, farklı formatlama ya da programlama dilleri ile hazırlanan programları, bilgisayarın anlayacağı şekle dönüştüren veya bilgisayarla uyumlu hale getiren programlardır. Uygulama programları ise, belirli bir işin yapılması için oluşturulan özel nitelikteki programlardır. Günlük hayatımızda kullandığımız ve belirli bir fonksiyona sahip her türlü program, uygulama programıdır.

C. Bilgisayar Kütüğü

Bilgisayar kütüklerinin "*hard disk (sabit disk)*" şeklinde anlaşılması gerekir. İngilizce "*log*" kelimesinin karşılığı olan "*kütükler*" daha çok internet servis sağlayıcılarının internet erişimi sağladıkları kullanıcılara ait IP numaralarını ve diğer erişim bilgilerinin depoladıkları veri tabanlarını ifade etmektedir¹⁶. Sadece veri tabanı bilgisayar kütüklerini tanımlamakta yetersiz kalabilir. Örneğin, evrakların IBM türü bir sistemde saklandığı içerik yönetim uygulamaları ve donanımları da CMK m.134 anlamında bir bilgisayar kütüğü olarak

¹² Özbek Veli Özer / Kanbur Mehmet Nihat / Doğan Koray / Bacaksız Pınar / Tepe İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, Ekim 2015, s.423 ; Tanrıku, Cengiz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Cumhur Şahin), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-376401), s.318 ; Ölmez, Aslan, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma*, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:30, Şubat 2009, s.45-46

¹³ Tanrıku, Cengiz, s.318

¹⁴ Tanrıku, Cengiz, s.318

¹⁵ Yaşar Yusuf / Dursun İsmail, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri*, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001574/5000000684>, s.18

¹⁶ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.423 ; Ölmez, Aslan, s.46

kabul edilebilecektir. Bu anlamda bilgisayar kütüğünün sabit diskleri de kapsadığı şeklindeki görüşler doğru olacak, sabit diskleri veya verilerin saklandığı ortamları veya veri taşıyıcılarını bilgisayar kütüğü kavramı içerisinde değerlendirmek gerekecektir¹⁷.

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 paylaşıma ve kullanıma açık diğer bilgisayarlardaki veri depolama araçlarına ulaşabilmek mümkündür. Özellikle, dosya transfer protokolü (*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 gelmektedir¹⁸.

D. Veri

Bilişim sistemlerinin temel birimi, üzerinde yükseldiği yapı taşları olan verilerdir. Veri, bilgilerin formata dönüştürülmüş halidir. Bilişim sistemlerinin amacı verileri saklamak, işlemek ve sonuç çıkarmaktır¹⁹.

İngilizce'den “*data*” kelimesinin karşılığı olarak dilimize aktarılmış olan veri: ‘Bilgi taşıyan herhangi bir simge, damga ya da analog bir büyüklük’ şeklinde tanımlanabileceği gibi; ‘Olgu, kavram ya da komutların iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimsel ve uzlaşım sal bir gösterimi’ denilmek suretiyle de tanımlanabilir²⁰. Dülger²¹ ise veriyi şu şekilde açıklamıştır: ‘Bilişim sistemlerinin üzerinde işlem yapabildiği, bu işlemlere dayalı sonuçlar üretebildiği, saklayabildiği, sakladıklarını sonradan tekrar okuyup işleyebildiği ve diğer bilişim sistemlerine iletebildiği her türlü bilgi.’

AK Siber Suç Sözleşmesi²²’nde bilgisayar verisi: ‘Bir bilgisayar sisteminin belli bir fonksiyonu yerine getirmesini sağlayan uygun programları içeren, bir bilgisayar sistemi içinde işlem yapmaya uygun bir formda bilgi veya konsept ve bilgilerin sunumu anlamına gelir.’ şeklinde m.1-b’de tanımlanmıştır. Ayrıca, TCK m.243’ün gerekçesinde ‘*Sistem içindeki bütün soyut unsurlar, fıkra da geçen veri teriminin kapsamındadır*’ denilerek veriye ait sınır çizilmiş ve verinin soyut alanda bulunması gerektiği belirtilmiştir²³.

Adalet Bakanlığı’nın özel bir komisyona hazırlattığı, “Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı”nın²⁴ 2/1-n bendindeki tanıma göre veri: ‘Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer’dir.

¹⁷ Berber, Fatih, Bilgisayar Kütüğü Ne Demektir, <http://fatihberber.com/bilgisayar-kutugu-ne-demektir/>, s.1 ; Tanrıku lu, Cengiz, s.319

¹⁸ Yaşar/Dursun, s.20

¹⁹ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.423 ; Ölmez, Aslan, s.46

²⁰ Ünal, Osman Gazi, s.10

²¹ Dülger, Murat Volkan, s.85

²² <https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirligiSiberSuclarSozlesmesi.doc>

²³ Orta, Mesut, s.43 ; Ünal, Osman Gazi, s.10

²⁴ <http://www.tbd.org.tr/bilisim-agi-hizmetlerinin-duzenlenmesi-ve-bilisim-suclari-hakkinda-kanun-tasarisi/>

Elektronik veri kaydetmeye elverişli disket, CD, DVD vb. tüm veri taşıyıcılarda kayıtlı bulunan elektronik veriler de ceza muhakemesinde delil olarak kullanılabilirler²⁵. Ancak elektronik verilerin hukuka uygun delil (CMK m.217/2) olarak kullanılabilmesi için, CMK m.216'da açıklandığı üzere, “*kanuna aykırı olarak elde edilmemiş olması*” gerekir.

E. Yazılım

Bir bilgisayarın belirli bir işlem yapabilmesi, gerekli komutların bilinen bir düzende sıralanması işlemine bilgisayarın programlanması denir. Belli bir işin yapılmasını tarif eden her ifadeye program denir. Bütün programların toplamına da yazılım (*software*) denir. Yazılım, uygulama yazılımları, sistem yazılımları olmak üzere iki ana gruba ayrılır. Uygulama yazılımları; programlama dilleriyle yazılan kullanıcıya yönelik yazılımlardır. Sistem yazılımları ise uygulama yazılımlarının belli bir donanım grubu üzerinde pürüzsüz olarak çalışmasını sağlayan zemin programlarını içerir²⁶.

Sistem yazılımları, çoğunlukla konunun uzmanı olan yazılım şirketleri ya da bilgisayar üreticisi şirketler tarafından geliştirilmektedir. En iyi bilinen sistem yazılımı işletim sistemidir. Bilgisayarın donanım birimleri ile kullanıcı arasında köprü görevi gören ve donanım parçalarının yönetimini sağlayan kodlardan oluşan yapılara işletim sistemi yazılımları denilir. Diğer sistem yazılımları ise programlama dilleri ve hizmet programları sistemidir. Hizmet programlarına örnek olarak, veri ve program hazırlama veya düzeltme, karşılaştırma veya sıralama hizmetlerinde kullanılan programlar sayılabilir. İşletim sistemleri, donanım ile kullanıcı arasındaki köprü görevi görmekte iken uygulama yazılımları, işletim sisteminin kullanıcının ihtiyaç duyduğu uygulamaların tamamını karşılayamadığı durumlarda ihtiyaç duyulan muhasebe, ofis, personel, bordro gibi yazılımlar olarak tanımlanabilirler²⁷.

Bilgisayarlar, dolayısıyla içerisinde çalışan işletim sistemleri, bilişim suçları açısından birer delil deposu mahiyetindedir. Uzman bir kişinin yapacağı delil toplama işlemi sayesinde pek çok olay aydınlatılabilir. Ancak, işletim sistemleri arasında büyük farklar bulunduğu, uzmanların gözden kaçırmaması gereken bir konudur²⁸.

F. Donanım

Donanım (*Hardware*), bilgisayarı oluşturan her türlü fiziksel ve elektronik parçaya verilen addır. Yazılımlar bilgisayarların soyut kısımlarını oluştururken, donanımlar ise bilgisayarların somut kısımlarını oluşturmaktadırlar²⁹. Bir bilgisayarda teknik açıdan bulunması gereken asgari donanım unsurlarını, merkezi işlem birimi (*CPU-Central Process Unit*), salt okunur bellek (*ROM-Read Only Memory*), rastgele erişimli bellek (*RAM-Random Access Memory*), çevre giriş (*input*), çıkış (*output*) birimleri oluşturmaktadır. Bunlarla birlikte

²⁵ Yenisey Feridun / Nuhoğlu Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2015, s.421

²⁶ Avşar, Yakup, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Enver Bozkurt), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-308661), s.92

²⁷ Orta, Mesut, s.12-13

²⁸ Orta, Mesut, s.12

²⁹ Ünal, Osman Gazi, s.7 ; Dülger, Murat Volkan, s.66

Veri Depolama birimleri ve bilişim sistem ağlarına ve özellikle internete bağlanmak için gerekli olan ağ erişim araçları bulunmaktadır³⁰.

Bilgisayarlar, verileri tutmak için iki tür saklama yöntemi kullanırlar³¹:

- Birincisi, verilerin anlık olarak kullanılmak amacıyla tutulduğu, Türkçe’de *bellek*, İngilizce orijinalinde *Rastgele Erişimli Bellek (RAM-Random Access Memory)* olarak ifade edilen bellek, bilgisayarın işlemleri gerçekleştirirken kullandığı alan veya mikro işlemcili sistemlerde kullanılan bir tür veri deposu olarak tanımlanabilir. Bellek, bilgisayarın ana kartı üzerinde yer almakta olup; bilgisayar, işlem yaparken program kodları ve verileri tutmak için belleği (*RAM’i*) kullanır. Bu bilgilere erişmek ve bilgileri değiştirmek mümkündür. Bu belleğe aynı zamanda okunup/yazılabilir bellek de denilmektedir. Bilgisayarın en önemli parçalarından birisini oluşturan ve yüksek erişim hızına sahip bulunan bellek (*RAM*), yapısı gereği bilgisayarın kapanmasıyla birlikte tutmakta olduğu bilgileri kaybeder, bu sebeple belleğin sabit disk gibi bilgi tutma özelliği bulunmamaktadır.
- İkinci tür veri saklama yöntemi ise, verilerin kalıcı olarak saklandığı ve ileride tekrar kullanılmak üzere depolandığı disk sistemleridir. Adli bilişim açısından önemli olan, kullanıcı tarafından diskteki bilgilerin silinmesi durumunda, silinen bu verilerin uygun araç ve yöntemler kullanılarak tekrar elde edilebiliyor olmasıdır. Bunun nedeni, diskin çalışma sistemi olup, disk üzerinde gerçekleşen silme işlemi kalıcı değildir; dolayısıyla silinmiş bu veriler, uzmanlarca çeşitli yöntemlerle kurtarılabilir. Sabit disk, bilgisayarda okuma ve yazma olayının, diğer adıyla saklama işleminin gerçekleştiği, bilgilerin kalıcı olarak yazıldığı, bilgisayarın güç ünitesinin devre dışı bırakılmasıyla bilgilerin kaybolmadığı fiziksel bir ünedir. Bilgiler, sabit diskte manyetik olarak saklanır. *Sabit diskler, bir bilgisayardaki en önemli delil kaynaklarıdır*. Üzerlerinde çok hızlı şekilde ileri ve geri hareket edebilen kolların bulunduğu üst üste bindirilmiş plakalar vardır ve bu plakalar disklerin en önemli parçalarıdır. Diskler, dış dünyaya karşı özel bir koruma içerirler. Bir sabit disk, neredeyse küçük bir kütüphanede bulunabilecek bilgilerin tamamını barındırabilmektedir. Kullanıcının yaptığı işlemlerin, kullandığı yazılımların, en önemlisi kaynaklarını yönettiği işletim sisteminin bütün bilgileri çoğunlukla sabit disk üzerinde yer almaktadır. Bilgiler, sabit disk üzerinde adeta bir dosya dolabında depolandığı gibi belirli bir yöntemle dizilirler. Herhangi bir şekilde bilişim suçlarında kullanılmış bulunan bir bilgisayar, suça ilişkin delilleri kendi üzerinde, yani çoğunlukla diski içerisinde barındırır.

G. IP Adresi

TDK’nın Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü’nde yer alan tanıma göre IP adresi³²: ‘Bir terminalin bilgisayar ağındaki yerini ve bağlantı ucunu kesinleştiren dört parçalı 32 bitten oluşan numarası’dır. Bir başka tanımıyla IP adresi, internete bağlanmak isteyen bilgisayarlara İnternet Servis Sağlayıcıları tarafından atanan kimlik numarasıdır. Bunlar 0 ile 255 sayıları arasından değişen, genellikle noktalı onluk (*desimal*) formatta gösterilen 32 bitlik adreslerdir

³⁰ Avşar, Yakup, s.92

³¹ Orta, Mesut, s.8-11

³²http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58c3e1b15fdda5.23744732

(örneğin, 155.212.56.73.). Şu an “*Internet Protocol Version 4 (IPv4) Standard*” denilen bir standart kullanılmaktadır. Bu standart ile yaklaşık dört milyar IP adresi kullanılabilir³³.

IP adresleri, dinamik ve statik olmak üzere ikiye ayrılır³⁴. İnternet Servis Sağlayıcısı tarafından internete bağlanmak isteyen bilgisayara geçici olarak atanan IP adresleri dinamiktir. Statik IP adresleri ise, değişmeyen adreslerdir. Sunucu bilgisayarlarda statik IP kullanılır.

IP adresinin iki önemli işlevi bulunmaktadır. Birincisi, bilişim ağı üzerindeki cihazın tanımlanması ve bu sayede tanınması, ikincisi ise cihazın coğrafi olarak yerinin bilinmesidir. Hangi bilgisayara hangi IP adresinin atanmış olduğu İnternet Servis Sağlayıcı tarafından bilinmektedir. Bu nedenle bir suçta kullanılmış bilişim cihazları sahip oldukları IP adresi kullanılarak takip edilebilmektedir³⁵.

Soruşturma ve kovuşturma esnasında yapılan en büyük hatalardan birisi herhangi bir eylemin gerçekleştirildiği şüphesiyle bir IP numarası elde edildiğinde, bu numarayı kullanan kişinin doğrudan şüpheli, sanık ve suçlu yapılmasıdır³⁶. Yargıtay’ın 8. CD’nin 24.10.2013 T. 2012/21817 E. 2013/25428 K. sayılı kararında isabetli bir şekilde belirtildiği üzere, IP numarası kullanılan bilgisayarı göstermeyip internetle olan bağlantıyı göstermektedir³⁷.

Pek çok soruşturma sonuna kadar hakkıyla yürütüldüğünde IP numarasını kullanan kişinin ya da kurumun gerçekleştirilen hukuka aykırı eylemden haberinin dahi olmadığı ortaya çıkmaktadır³⁸. Yargıtay da IP adreslerinin doğru ve gerektiği gibi araştırılmamasını bozma nedeni yapmaktadır³⁹.

II. ADLİ BİLİŞİM

Bilgisayarın 80’li yılların başından itibaren hızla yayılması sonucu, bilgisayarı işlerinde kullanan kişi, şirket veya kurumlar kadar soruşturma makamları da suçlarda kullanılan bilişim sistemlerinde esasen nelerin olup bittiğini ve gerçekleştirilen işlemlerde nasıl delil elde

³³ Dülger, Murat Volkan, s.802

³⁴ Dülger, Murat Volkan, s.802 ; Orta, Mesut, s.40

³⁵ Orta, Mesut, s.40

³⁶ Dülger, Murat Volkan, s.802

³⁷ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

³⁸ Dülger, Murat Volkan, s.803

³⁹ ‘... Sanığın, ... elektronik posta adresini kullanarak mağdur adına bir internet sitesine verdiği ilanda, mağdura ait olduğu anlaşılan telefon numaralarını yayımlayarak TCK’nın 136. maddesinde tanımlanan kişisel verileri hukuka aykırı şekilde yaymak suçunu işlediği iddiasıyla açılan davada ... ; mağdura ait kişisel verileri içeren elektronik posta gönderisinin, sanığa ait internet kafeden gönderildiğinin IP adresiyle tespit edilmesi, aynı elektronik posta adresi hesabının oluşturulması sırasında elektronik posta hizmeti veren şirkete beyan edilen bilgilerin de doğru olmadığına anlaşılmaması karşısında; elektronik posta adresi oluşturulurken kullanılan IP adresinin ve bu adresi kullanan kişinin, elektronik posta adresinin aktive edilmesi için ... net adli internet sitesinin yedek elektronik posta adresi isteyip-istemediğinin, istemişse bu adresin ne olduğu, hangi IP adresini kullandığı ve sahibinin kim olduğu ... adındaki elektronik posta adresinin gerçek kullanıcısının, gerekirse bu adresten posta alan kişiler Türkiye İletişim Kurumu Başkanlığı’ndan sorulup, tespit edilerek dinlenilmek suretiyle belirlenmesinden sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik inceleme ile beraat kararı verilmesi yasaya aykırı görüldüğünden HÜKMÜN BOZULMASINA...’ 4. CD’nin 13.12.2010 T. 2010/19559 E. 2010/20604 K. sayılı kararı

edilebileceğini öğrenmek istemişlerdir⁴⁰. Soruşturma makamları, suçta kullanılan veya suçun sonuçlarının ortaya çıktığı bilgisayarlar da nelerin olup bittiğini işin uzmanlarına inceletmişler ve bu işlemler konusunda uzmanlara raporlar hazırlatmışlardır⁴¹. Bilişim sistemlerinin kullanılmasının artmasına paralel olarak, bilişim sistemleri ve bu sistemlerde tutulan veriler, delil olarak soruşturmacıların karşısına daha çok çıkmış; böylece bu delillerin toplanmasında göz önünde bulundurulması gerekli olan kurallar yavaş yavaş, ülkeden ülkeye farklılık arz edecek şekilde düzenlenmeye başlamış; bu kuralların gelişimi ile amacı bilimsel yöntemlerle elektronik ortamlarda güvenilir deliller elde etmek olan “Adli Bilişim Bilimi” ortaya çıkmıştır⁴².

Ülkemizde adli bilişim alanındaki çalışmaların temeli, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde, “Bilişim Suçları Bürosu”nun kurulmasıyla atılmış olup; 2001 yılında bu büronun adı, “İnternet ve Bilişim Suçları Şube Müdürlüğü” olarak değiştirilmiştir⁴³. Daha sonra EGM’de, Kaçakçılık ve Organize Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı bünyesinde “Bilişim Suçları ve Sistemleri Şube Müdürlüğü”ne yer verilmiştir⁴⁴. Son olarak, bilişim teknolojileri kullanılarak işlenen suçların soruşturulması ve elektronik delillerin incelenmesi için destek veren görevli daire başkanlıklarının ve taşra teşkilatındaki birimlerin dağınık yapısının tek bir çatı altında toplanmasını, mükerrer yatırımların önüne geçilmesini, bilişim suçlarıyla mücadelenin etkin ve verimli olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla 2011/2025 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile EGM bünyesinde “**Bilişim Suçlarıyla Mücadele Daire Başkanlığı**”⁴⁵ kurulmuştur⁴⁶.

Adli bilişimin doğmasının önemli bir nedeni de internettir⁴⁷. İnternet kullanımı dünyada 1990’ların sonunda bilinmeye, dikkatleri üzerine çekmeye başlamıştır. Bilgisayarlar, akıllı cep telefonları, tablet vb. günümüzde yaygın şekilde ve internet ile birlikte kullanıldığından çok önemli delil kaynakları arasında sayılmaktadır⁴⁸.

Adli bilişim ağırlıklı olarak ceza yargılamasında kullanılmakla birlikte zaman içerisinde hukuk yargılaması konularında da yardımcı olabilecek bir alandır. Bilgisayar ve manyetik ortamlardan elde edilen deliller yaklaşık otuz yıldır yargılamada delil olarak kullanılmaktadır⁴⁹.

Adli bilişim suçla ilgili olarak düşünüldüğünde ceza muhakemesine ait bir alandır. Günümüz dünyasının en yaygın ve etkin iletişim mecrası olan internet ağının özgürlükçü yanının korunması, ancak diğer yandan da ağ aracılığıyla işlenen suçlarla etkin bir mücadelenin olmazsa olmazı unsur, demokratik bir ceza muhakemesi hukukuna sahip olmaktır. Yürütülecek adli bilişim sürecinde de; suç delillerine ulaşılması hedeflenirken,

⁴⁰ Tanrıkulu, Cengiz, s.60

⁴¹ Tanrıkulu, Cengiz, s.60

⁴² Tanrıkulu, Cengiz, s.60-61

⁴³ Karagülmez, Ali, s.490

⁴⁴ Karagülmez, Ali, s.490

⁴⁵ <https://www.egm.gov.tr/Sayfalar/SiberSuclarlaMucadeleDaireBaskanligi.aspx>

⁴⁶ Karagülmez, Ali, s.490

⁴⁷ Karagülmez, Ali, s.490

⁴⁸ Orta, Mesut, s.129

⁴⁹ Orta, Mesut, s.129

iletişim özgürlüğü ve özel hayatın korunması başta olmak üzere, şüpheli hakları ile diğer temel hak ve özgürlüklerin gözden çıkarılmaması gerektiği unutulmamalıdır⁵⁰.

A. Tanımı ve İlgili Temel Kavramlar

1. Bilişim

TDK'nın Bilim ve Sanat Terimleri Sözlüğü'nde yer alan tanıma göre bilişim⁵¹: 'İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin, özellikle elektronik makineler aracılığıyla, düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi. Bilgi olgusunu, bilgi saklama, erişim dizgeleri, bilginin işlenmesi, aktarılması ve kullanılması yöntemlerini, toplum ve insanlık yararı gözeterek inceleyen uygulamalı bilim dalı. Disiplinler arası özellik taşıyan bir öğretim ve hizmet kesimi olan bilişim bilgisayar da içeride olmak üzere, bilişim ve bilgi erişim dizgelerinde kullanılan türlü araçların tasarlanması, geliştirilmesi ve üretilmesiyle ilgili konuları da kapsar. Bundan başka her türlü endüstri üretiminin özdevimli olarak düzenlenmesine ilişkin teknikleri kapsayan özdevim alanına giren birçok konu da, geniş anlamda, bilişimin kapsamı içerisinde yer alır.'

Dülger⁵²'e göre bilişim: İnsanların teknik, ekonomik, siyasal ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı bilginin, özellikle bilgisayar aracılığıyla düzenli ve akılcı biçimde işlenmesi, her türden düşünsel sürecin yapay olarak yeniden üretilmesi, bilginin bilgisayarlarda depolanması ve kullanıcıların erişimine açık bulundurulması bilimdir. Öğretide bilişim sözcüğünün birçok tanımı yapılmıştır. Bu tanımlarda dikkati çeken ortak yön veri işleme, veri aktarımı ve bunların bilgisayarlar aracılığıyla yapılmasıdır.

Bilişim sözcüğünün kaynağı aynı kökten gelmekte olan Fransızca *informatique* sözcüğüdür, bu sözcük Türkçe'ye çevrilerek *enformasyon* olarak kullanılmıştır. Ancak sonradan bu yabancı kaynaklı sözcük terk edilerek Türkçe karşılığı olan "*bilişim*" sözcüğü kullanılmaya başlanmıştır⁵³.

Ülkemizde bilişim kavramı hukuk alanında ilk kez 1989 tarihli TCK ön tasarısında kullanılmıştır. 5237 sayılı TCK'ya ait gerekçede ise bilişim kavramının tanımı bulunmamaktadır⁵⁴.

2. Adli Bilişim

Tıp, fen ve sosyal bilimler alanındaki bilgilerin adaletin hizmetine sunulması ile ilgilenen bilim dallarının tamamı adli bilimleri oluşturur⁵⁵. Adli patoloji, adli psikoloji, adli

⁵⁰ Özen Muharrem / Baştürk İhsan, *Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Ekim 2011, s.92-94

⁵¹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&arama=kelime&guid=TDK.GTS.58c4497d39b186.91418512

⁵² Dülger, Murat Volkan, s.75

⁵³ Dülger, Murat Volkan, s.73

⁵⁴ Dülger, Murat Volkan, s.76-77

⁵⁵ Yetim, Servet, Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:11, Temmuz 2007, s.123 ; Yetim, Servet, Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20083/ibd2008312.pdf>, s.1 ; Özmestik, Fehmi

toksikoloji, adli seroloji, adli travmatoloji, adli hemogenetik, adli otomotiv, balistik, adli belge incelemesi, adli odontoloji, adli osteoloji, adli entomoloji, adli mikrobiyoloji, adli arkeoloji, adli sosyoloji, adli genetik, adli mühendislik ve adli antropolojiyi, adli bilimlerin başlıca çalışma alanları olarak saymak mümkündür⁵⁶. Adli bilişim de bir adli bilim dalıdır⁵⁷. Adli bilişimi, şimdilik kendi alanında bilgisayar, yazıcı, tarayıcı, dijital video, dijital fotoğraf, mobil telefon, depolama aygıtları, e-posta, internet vb. şeklinde ayırmak mümkündür⁵⁸.

Adli Bilişim teriminin orijinal ismi “*Computer Forensics*”tir. Bu kavram “bilgisayar (*computer*)” kelimesi ile mahkemeye ait olan, adli anlamına gelen “*forensic*” kelimelerinden oluşmaktadır. Dilimize tam olarak çevrildiğinde “bilgisayar kriminalistiği” ya da “bilgisayar adli bilimi”⁵⁹ denilebilir; ancak doktrinde ağırlıklı olarak “*Adli Bilişim*” terimi tercih edilmektedir⁶⁰.

Disketlerden, sabit disklerden ve çıkartılabilir disklerden delil elde etme amacıyla veri kurtarma işlemi olan ve elektronik delillerin muhteva ettiği bilgileri, delil inceleme süreçlerini, hukuki ve etik sorumlulukları göz önünde bulundurarak, delilin bütünlüğünü koruyarak ve maddi gerçeği açığa çıkarmak amacıyla; kopyalama, belirleme, çözümlenme, yorumlama ve belgeleme süreçlerinin bütününe adli bilişim adı verilmektedir⁶¹. Bu veriler, bilgi saklamak amacıyla kullanılan medyaların aktif alanlarında, silinmiş alanlarında veya artık alanlarında bulunmaktadır.

Verilerin kurtarılması, imha edilmesi, saklanması, dönüştürülmesi; şifreleme, şifre çözme, gizli dosya bulma vb. gibi birçok işlem adli bilişimin çalışma alanı olarak kabul edilmektedir⁶².

Adli bilişim, bilgisayarın sabit disk sürücüsünün (*hard disk drive*) otopsi işlemini yapmaktadır⁶³. Çünkü bilişim suçu sonrasında, bilişim sisteminde (özellikle sabit disk sürücüsünde) çeşitli seviyelerde depolanan bilgiler, uzman ekiplerce, özel yazılım araçları ve tekniklerle bulunup gömülü bilgi keşfedilmeye çalışılmaktadır⁶⁴.

Adli bilişimin temel amacı; potansiyel olarak görülen yasal ve elektronik delillerin sırasıyla keşfedilmesi, toplanması, analiz edilmesi ve sunulması olarak tanımlanabilir⁶⁵. Adli

Ünsal, Bilişim Sistemleri Üzerine Arama ve Elkoyma Tedbirine İlişkin Mevzuat ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Leyla Keser Berber), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-419083), s.50

⁵⁶ Yetim, Servet, s.123 ; Yetim, Servet, s.1

⁵⁷ Ünal, Osman Gazi, s.12 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.50 ; Yetim, Servet, s.123 ; Yetim, Servet, s.1

⁵⁸ Yetim, Servet, s.123-124 ; Yetim, Servet, s.1

⁵⁹ Karagülmez, Ali, s.488 ; Dülger, Murat Volkan, s.806 ; Tanrıku, Cengiz, s.65

⁶⁰ Orta, Mesut, s.136 ; Tan, Aydoğan, Adli Bilişim (Computer Forensic), <http://www.hukuksokagi.com/kaynak/adli-bilisim-computer-forensic/>, s.1

⁶¹ Özen Muharrem / Özocak Gürkan, Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m.134), <http://www.ankarabaru.org.tr/siteler/ankarabaru/tekmakale/2015-1/01.pdf>, s.44-45

⁶² Ünal, Osman Gazi, s.13 ; Tan, Aydoğan, s.1 ; Şen, Osman Nihat, Adli Bilişim Bilimi ve Diğer Bilimlerle Olan İlişkisi, <http://www.adlibilirkisi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=121>, s.2

⁶³ Karagülmez, Ali, s.490

⁶⁴ Karagülmez, Ali, s.490

⁶⁵ Özen/Özocak, s.45

bilişimin temel varlık sebebi, herhangi bir kişiyi suçlu ya da masum göstermek değil; adli birimlere sayısal delillerin eksiksiz ve tarafsız bir biçimde sunulmasını sağlamaktır⁶⁶. Adli bilişim herhangi bir yorum faaliyeti içermeyen, tamamen teknik bir inceleme yöntemidir; zira delillerin yorumlanması ve bir kişinin suçlu olup olmadığının belirlenmesi faaliyeti, bu delillerin adli bilişim süreçlerinden geçerek adli birimlere aktarılması sonucu, yargı makamları tarafından gerçekleştirilmektedir⁶⁷.

3. İmaj Alma

Adli bilişim kavramlarından bir diğeri imaj almadır. İmaj alma (*Forensic image*), inceleme için alınan birebir kopyaya, bilgisayar kriminalistiğinde verilen isimdir⁶⁸. İmaj alma işlemi neticesinde elde edilen kopya, “*adli kopya (forensic duplicate)*” olarak adlandırılmaktadır⁶⁹. Uygulamada bilgisayarın incelenmesini gerektiren davalarda, delil karartmanın mümkün mertebe önüne geçilebilmesi açısından, yapılan ilk iş bilgisayarın imajını almaktır⁷⁰.

Bu birebir kopyalama yani imaj alma işlemi, incelemeye tabi hedef sistem üzerindeki verilerin bit bazında düşük seviyede kopyalanması ile gerçekleştirilmelidir⁷¹. Alınan kopyanın geçerli bir imaj olabilmesi için sistem üzerindeki verilerin bit seviyesinde yansısının alınması yani düşük seviyede kopyalanması gerekmektedir. Kopyalama işlemi esnasında daha istikrarlı olmaları sebebiyle donanımsal yazma koruma araçlarının kullanılması tavsiye edilmektedir. Kopyası alınacak sistemin delil bütünlüğünün bozulmaması için gerekli önlemler alındıktan sonra imaj alma işlemi gerçekleştirilmelidir⁷².

İmaj almada aşağıda sayılan hususlara dikkat edilmelidir⁷³:

- a) İmaj alma programı ile orijinal delilin birebir (*bit-to-bit, sector-by-sector*) kopyasını almalı, ham görüntü (*raw image*) veya birebir kopya ve ek bilgileri (tarih, saat, imajı alan kişinin ismi, olayın ismi, vb.) beraberce alabilmeli.
- b) İmaj alma işleminde geçerli asgari adli bilişim standartları sağlanarak kullanılan program orijinal medyada herhangi bir değişiklik yapmamalı.
- c) Program her türlü disk arabirimi (*IDE, SCSI, ATA, vb.*) ile çalışabilmeli, program orijinal diske ait imajı bir başka diske alabileceği gibi USB disk veya benzeri harici medyaya

⁶⁶ Özen/Özocak, s.45

⁶⁷ Özen/Özocak, s.45

⁶⁸ Orta, Mesut, s.153 ; Ekizer, Ahmet Hakan, Adli Bilişim (Computer Forensics), <http://www.adlibilirkişi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=499>, s.3 ; Bostancı Ümit / Benzer Recep, Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayarlarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma, <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/download/3385/1571>, s.1214 ; Dülger, Murat Volkan, s.821 ; Çakır Hüseyin / Kılıç Mehmet Serkan, Bilişim Suçlarına İlişkin Delil Elde Etme Yöntemlerine Genel Bir Bakış, http://uv.tulakbim.gov.tr/uv.t/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS&c=ebSCO&ano=176271_1f1e48a9390170643986a5f64b336129&?, s.27

⁶⁹ Bostancı/Benzer, s.1215

⁷⁰ Kaya, Muhittin, Adli Bilişim, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Bilişim ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 2, Ankara, 8-11 Ocak 2008, s.103

⁷¹ Ekizer, Ahmet Hakan, s.3 ; Bostancı/Benzer, s.1214

⁷² Bostancı/Benzer, s.1214

⁷³ Yetim, Servet, s.1210-1211

alabilmeli ve alınan imajı bir dosya halinde tutabileceği gibi kullanıcının belirteceği ve teknolojinin müsaade edeceği büyüklükte parçalar halinde alabilmeli.

- d) Program arızalı disklere ait imajı alabilmeli ve imaj alma sırasında meydana gelen bütün hata mesajlarını sırayla kayıt altına almalı.
- e) Veri yedekleme üniteleri kolay zarar görmeyecek ünitelerden seçilmeli, mümkünse imaj alma işlemleri video ile kayıt altına alınmalı.
- f) Herhangi bir sistemin imajı alınırken bağımsız başka bir bilgisayar kullanılmalı.
- g) Sabit disk vb. aygıtların tamamıyla suretleri çıkartılmalı.
- h) Dosya sisteminin suretini almadan ziyade bölüm bazlı kullanım mevcut ise kullanıcı erişim alanları ayrı ayrı alınmalı.
- i) Alınan imajlar sürücülerle eşleştirilmeli ve birbirine karıştırılmamalı.
- j) Orijinal sürücüler güvenli bir ortamda saklanmalı.
- k) İmaj alma sırasında mümkün olduğu kadar saldırılara daha az maruz kalan ve uzun süre bilgileri muhafaza edebilen bant üniteleri tercih edilmeli.

İmaj alma iki tür yapılabilmektedir: birincisi donanım kullanarak imaj alma, ikincisi ise yazılım yoluyla imaj alma işlemidir⁷⁴. İçerisinde özel olarak hazırlanmış yazılım bulunan bir donanım cihazı yardımıyla imaj alma işlemi gerçekleştirilebileceği gibi bir bilgisayar aracılığı ile bu konuda geliştirilmiş özel yazılımlar kullanılarak imaj alınması da mümkündür⁷⁵. İkinci yöntemde imajı alınacak cihazın bilgisayar bağlantısının bir şekilde sağlanması gerekmekte olup bu sırada kopyası (imajı) alınacak sistem hiçbir şekilde çalıştırılmamalı; yani sistemin kaynak depolama ünitesi kapalı/pasif olmalıdır⁷⁶.

Güvenilir bir imaj alma cihazının sahip olması gereken özellikler şunlardır⁷⁷:

- a) Orijinal disk ve bölümünün bit dizisi olarak birebir kopyasını alabilmeli,
- b) Orijinal diskte değişiklik yapmamalı,
- c) Alınan imajın bütünlüğünü doğrulayabilmeli,
- d) Girdi/Çıktı (*Input/Output*) hatalarını kaydedebilmelidir.

4. Hash Değeri

Hash değeri, bilgisayar medyasında bulunan tüm 0 ve 1'lerin birbirleri ile belirli bir algoritma kullanılarak çarpılması sonucu elde edilen değerdir⁷⁸.

Teknik bir terim olan hash değerinin, birebir Türkçe karşılığı bulunmamaktadır. Kanımızca bu terim için “Özet Değeri” ifadesi kullanılabilir. Bu tamamen öneri niteliğinde olup; çalışmamızda ifade bütünlüğünün bozulmaması açısından terimin orijinalini kullanmaya devam edeceğiz.

⁷⁴ Orta, Mesut, s.154

⁷⁵ Orta, Mesut, s.154

⁷⁶ Orta, Mesut, s.154-155

⁷⁷ Çakır Hüseyin / Kılıç Mehmet Serkan, *Adli Bilişim ve Elektronik Deliller*, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Ağustos 2014, s.173 ; Bostancı/Benzer, s.1215 ; Dülger, Murat Volkan, s.823

⁷⁸ Bostancı/Benzer, s.1215

Hash değeri için, “bir dijital belgenin DNA’sıdır” benzetmesi yapılmaktadır⁷⁹. Adli bilişimde hash algoritması insanın parmak izi ile aynı işlevi yerine getirmektedir. Çünkü parmak izinde olduğu gibi, hash algoritması da ait olduğu dosya ya da diske özel ve tektir⁸⁰.

Hash algoritması standardı olarak birçok seçenek olmasına karşın, en çok kabul gören iki standart 128 bit MD5 (*Message Digest Algorithm 5*) ve 160 bit SHA-1 (*Secure Hash Algorithm*)’dir⁸¹. Uygulamada hash değeri çıkarılırken MD5’in tercih edilmesinin sebebi: pratik, kolay, hızlı ve her türlü işletim sisteminde sorun çıkarmadan çalışabilen bir program olmasıdır⁸².

Hash fonksiyonlarının “tek yönlü algoritma” özelliği, kriptografik hash algoritmalarının en önemli karakteristiklerindedir⁸³. Tek yönlü algoritma, “elektronik delilin hash değerini değiştirmeden değiştirilemeyeceğini”⁸⁴ ifade eder; yani bir dosyanın hash değeri değişmemiş ise dosya da değişmemiştir⁸⁵. Hash değerleri çok hassas olup, dosyada bir bitin değişmesi tamamen farklı bir hash değeri meydana getirir; dosyaya tek bir karakterin eklenmesi ile takip eden bütün blokların hash değeri değişir⁸⁶.

Yapılan inceleme sonucunda hazırlanan raporda yer alan hash değeri ile inceleme yapılan şüphelinin kullandığı bilgisayarın sabit diskinin imajının alınması esnasında oluşturulan ve imajı alınan diskin kullanıcıya da bir kopyası verilen hash değerinin aynı olması gerekmektedir⁸⁷. Aksi takdirde yapılan analiz sonrasında elde edilen bulgulara itiraz edilmesi söz konusu olacak ve bunun geçerli bir delil olarak kabul edilmesi mümkün olmayacaktır⁸⁸.

Sabit disk üzerinde verilerin bulunduğu alanlar sarsıntı, nem, manyetik etkiler gibi sebeplerle kullanılamaz hale gelebilmektedir. Bu alanlara *bozuk alan (bad sector)* denilmektedir. Belge özetinin hesaplanmasında bu bozuk alanlar dikkate alınmamaktadır. Bu nedenle bozuk alan sayısı önem arz etmektedir⁸⁹.

Özdilek⁹⁰’e göre: ‘İyi bir hash algoritması iki özelliğe sahiptir: tek yönlüdür ve çok az sayıda çatışmaya (*collision*) yol açar. Tek yönlü olma, sabit bir girdi verilerek sabit bir sonuç üretmekte kullanılan, ancak orijinal girdilerin tersine mühendislik yöntemleriyle doğru bir

⁷⁹ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.23 ; Dülger, Murat Volkan, s.823 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.324 ; Orta, Mesut, s.270

⁸⁰ Dülger, Murat Volkan, s.823 ; Çakır/Kılıç, s.176 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.23 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.324

⁸¹ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.23 ; Dülger, Murat Volkan, s.824 ; Çakır/Kılıç, s.177 ; Orta, Mesut, s.270

⁸² Keser Berber, Leyla, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/Hm12.pdf>, s.478

⁸³ Çakır/Kılıç, s.177

⁸⁴ Kaya, Muhittin, s.105

⁸⁵ Çakır/Kılıç, s.177

⁸⁶ Çakır/Kılıç, s.177

⁸⁷ Dülger, Murat Volkan, s.824

⁸⁸ Dülger, Murat Volkan, s.824

⁸⁹ Orta, Mesut, s.270-271 ; Dülger, Murat Volkan, s.824 ; Kılıç, Mehmet Serkan, Elektronik Delillerin Hukuken Geçerliliği Açısından İlk Müdahalenin Öneme İlişkin Bir İnceleme, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:10, Sayı:102, Şubat 2015, s.40 ; Bostancı/Benzer, s.1215

⁹⁰ Özdilek, Ali Osman, CMK m.134 Uygulamasında Verilerin MD5 Algoritması ile “Hash” Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1 Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan 2.Cilt, s.1499

biçimde geri getirilemediği bir algoritmaya sahip olmak demektir. Çatışma (*collision*) ise, hash fonksiyonu içinde ortaya çıkan ve delilerin bütünlüğünü ve doğruluğunu doğrudan etkileyen konulardan biridir. Çatışma aynı hash değeriyle sonuçlanan iki farklı verinin ortaya çıkması durumudur.⁹¹ Ülkemizde kolluk kuvvetlerinin CMK m.134 kapsamında yaptıkları uygulamalarda yaygın olarak kullandıkları MD5 algoritmasının bu tür çatışmaları içinde barındırdığı tespit edilmiştir⁹¹. Bu durum MD5 algoritmasının verilerin bütünlüğünü ve delil değerini kanıtlama konusunda şüphe yaratan bir delil gücüne sahip olduğunu göstermektedir. MD5 yerine geliştirilmiş olan SHA-0 ve SHA-1 algoritmalarının da bugün için çok düşük ihtimalle de olsa çatışmaya açık oldukları tespit edilmiştir⁹².

Uygulamada karşılaşılan en önemli ihmallerden biri, hash değerinin sıkı bir şekilde kontrol ve takip edilmemesidir. Delillerin elde edilmesi ve imaj alma işlemleri sırasında kolluk kuvvetleri tarafından elde edilen ve rapora işlenen hash değerinin, bilirkişi raporunda yer alan hash değeri ile tutarlı olmadığı gözlenmekte; bu sebeple de bilirkişinin incelemiş olduğu imajın gerçeğinden farklı olduğu ve bu imaj üzerinden elde edilen bulguların adli bilişim açısından delil niteliği taşımadığı sonucuna ulaşılmaktadır⁹³.

Hash değeri üzerindeki hassasiyet nedeniyle, adli bilişim uzmanlarının üzerinde çalışmalarını yaparak çalışacakları disk imajlarını, öncelikle başka bir diske kopyalamaları ve kendilerine verilen imaj üzerinde çalışma yapmamaya özen göstermeleri gerekmekte olup; aksi halde imaj üzerinde herhangi bir nedenle meydana gelebilecek değişiklik hash değerinin değişmesine ve sonrasında yapılan tüm inceleme işlemlerinin geçersiz olmasına neden olacaktır⁹⁴.

B. Adli Bilişim Uzmanı

Adli bilişim uzmanının amacı, çeşitli yöntemler ve araçlar kullanarak elde ettiği veriyle bu veriyi üreten ya da kullanan kişi/kişiler arasındaki bağı bulup, ortaya çıkarmaktır. Adli bilişim uzmanları, karmaşık ve ileri düzey yazılımlar kullanarak sabit disk, taşınabilir (*flash*) bellek, hafıza kartı vb. cihazları inceleyebilirler; bu incelemelerin yapılabilmesi için son teknoloji donanım ve yazılım ürünlerinin kullanılması gerekmekte olup, kolluk içinden de bu cihaz ve yazılımları etkin şekilde kullanabilecek eğitilmiş ve deneyimli uzmanlar istihdam edilmelidir⁹⁵. Keza adli bilişim uzmanları, gerek yazılım gerek donanım olarak teknolojinin sunmuş olduğu en son olanakları kullanarak, bozulmuş ya da hasar görmüş bir sabit disk, yedekleme ünitesi vb. medya aygıtlarından bilginin ne şekilde kurtarılacağına yol ve yöntemlerini bilmeli ve kullanmalıdırlar⁹⁶. Bu yöntemler, bilgisayarla ilintili birçok suçun çözülmesi açısından önemlidir⁹⁷.

Adli bilişim uzmanı, bilişim teknolojileri konusunda güçlü bir altyapıya sahip olmalı, disklerin nasıl çalıştığından, verilerin nerelerde bulunabileceğinden, dosya sistemlerinin

⁹¹ Özdilek, Ali Osman, s.1499

⁹² Özdilek, Ali Osman, s.1501

⁹³ Dülger, Murat Volkan, s.824

⁹⁴ Dülger, Murat Volkan, s.825

⁹⁵ Orta, Mesut, s.182

⁹⁶ Orta, Mesut, s.182

⁹⁷ Çakır/Kılıç, s.26

çalışma mantığından, silinen verilerin nerelerden elde edilebileceğinden haberdar olduğu gibi çalıştığı alan ile ilgili olarak hukuki çerçeveden de haberdar olmalı, üzerinde çalıştığı delillerin hangi durumlarda yargı mercileri tarafından reddedilebileceği konusunda da temel bilgisi bulunmalıdır⁹⁸.

Adli bilişim alanında yapılan bilirkişi incelemesi diğer inceleme alanlarına nazaran farklılıklar göstermektedir. Çünkü bir bilişim aygıtı her ne kadar ilgililerce elde edilmiş olsa da içeriğindeki delil niteliği taşıyan dosya, belge, kayıt veya bilgiler genellikle inceleme sonucunda tespit edilmekte ve bilirkişi raporunda tanımlanmaktadır⁹⁹. Bazı durumlarda faili bulmak, adli bilişim uzmanının kapasitesine bağlı olmaktadır. İşlenen suç ile ilgili olarak neler olup bittiğinin net bir biçimde ortaya konulması, adli bilişim uzmanı için bir görevdir.

Adli bilişim uzmanı kabul edilmek için birtakım sertifika programları mevcuttur. Bu programlardan birine devam ederek sertifika almak ve adli bilişim uzmanı sıfatına sahip olmak mümkündür. Bilişim Suçları ve Adli Bilişim alanında uluslararası alanda en çok kabul görmüş sertifikasyonlardan bazıları şunlardır¹⁰⁰: ‘ENCE (Encase Certified Examiner), CCE (Certified Computer Examiner), CCCI (Certified Computer Crime Investigator), CFCE (Computer Forensic Computer Examiner), CIFI (Certified Information Forensics Investigator), PCI (Professional Certified Investigator).’

Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı’nda adli bilişim uzmanlarının ancak yetki belgesi olarak bilirkişilik yapabileceği; adli bilişim uzmanlığının ve yetki belgesiyle ilgili hususların yönetmelikle düzenleneceği ve CMK’daki bilirkişilik düzenlemelerinin bu konuda genel bir norm olduğu vurgulanmıştı¹⁰¹. Ancak tasarının sonraki metinlerinde adli bilişim uzmanlarıyla ilgili düzenlemeler tasarıdan çıkarılmıştır.

Türkiye’de adli bilişim incelemelerinde mahkemelere resmi bilirkişilik yapacak bir tane kurum vardır; o da, adli bilişim incelemelerinde mahkemelere destek olması amacıyla Adli Tıp Kurumu bünyesinde 2004 yılı içinde kurulan “**Fizik İhtisas Dairesi Başkanlığı**”¹⁰²dir¹⁰³.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, 24.11.2016 tarihli 29898 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kanun’un “Amaç ve Kapsam”ı, 1. maddesinde şu şekilde açıklanmıştır: ‘*Bu Kanun’un amacı; bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve*

⁹⁸ Orta, Mesut, s.183

⁹⁹ Çakır/Kılıç, s.494

¹⁰⁰ Ekizer, Ahmet Hakan, Adli Bilişim Uzmanlığı Sertifikasyonları, <http://www.adlibilirkişi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=136>, s.1 ; Tan, Aydoğan, s.7 ; Ünal, Osman Gazi, s.15

¹⁰¹ Ünal, Osman Gazi, s.15

¹⁰² 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.30: ‘... Fizik İhtisas Dairesi ve Trafik İhtisas Dairesinin raporları Adli Tıp Üst Kurullarında incelemeye alınamaz. Bu dairelerden birinin verdiği raporlar ile diğer bilirkişi raporları arasında çelişki bulunması halinde mahkeme veya Cumhuriyet Savcılıklarınca gerekçesi belirtilmek suretiyle talep edilmesi üzerine raporlar, ilgili ihtisas dairesinin en az yedi uzmanının katılımı ile oluşan genişletilmiş uzmanlar heyetince incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kararlar katılanların oy çokluğuyla alınır, eşitlik halinde başkanın bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış olur. Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin genişletilmiş uzmanlar heyetinin çalışma usul ve esasları yönetmelikle düzenlenir.’

¹⁰³ Keser Berber, Leyla, s.477 ; Keser Berber, Leyla, Adli Bilişim, CMK md.134 ve Düşündürdükleri, <http://www.leylakeser.org/2008/07/adli-biliim-cmk-md-134-ve-dndrdkleri.html>, s.3

esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulmasıdır. Bu Kanun adli, idari ve askeri yargı alanında yürütülen her türlü bilirkişilik faaliyetini kapsar. Kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşları bu Kanun'un kapsamı dışındadır.' Bu kanunun yürürlüğe girmesiyle birlikte 1. maddeye istinaden mevcut durum açısından, ikili bir ayrıma gidilmesi gerekmektedir. Adli bilişim uzman(lar)ının Fizik İhtisas Dairesi Başkanlığı bünyesinde çalışan uzmanlardan veya yargı mercilerinin talebi üzerine "Kamu Kurum ve Kuruluşları"¹⁰⁴ndan tayin edilmesi durumunda, uzman(lar) Bilirkişilik Kanunu kapsamı dışında kalacak olup; uzman(lar)ın Fizik İhtisas Dairesi Başkanlığı bünyesinde çalışan uzmanlar dışındaki kişilerden veya yargı mercilerinin talebi üzerine görevlendirilen kamu kurum ve kuruluşları dışındaki özel kurum ve kuruluşlardan tayin edilmesi halinde ise bu uzman(lar) Bilirkişilik Kanunu'na tabi olacaklardır.

C. Adli Bilişimin Evreleri

Adli bilişimde elektronik bir bulgunun hukuki bir delile dönüşmesi için takip edilmesi gereken aşamalara "Adli Bilişim Evreleri" denilir. Bu aşamalar takip edilmeden elektronik delilin, somut olayın çözülmesinde ve yargılama makamları önünde maddi gerçeğin aydınlatılmasında kullanılması söz konusu olamaz.

Amerika başta olmak üzere dünya genelinde birçok ülkede adli bilişim evreleri ya dört ya da beş başlık altında toplanmaktadır¹⁰⁵:

- İlk evre, polisin olayla karşılaşp delilleri topladığı evredir. Polisin olay karşısında ne şekilde hareket edeceği, delilleri nasıl toplayacağı, olay yerinde karşılaştığı kişilere nasıl davranacağına dair kurallar vardır.
- İkinci evre, ayna görüntüsünün alındığı; bizim yedekleme dediğimiz kopyanın (imajın) alındığı evredir. Bu tam bir adli bilişim sürecidir yani teknik olarak yürütülen bir süreçtir. Keza burada da delillerin bütünlüğünün korunması için uyulması gereken kurallar vardır.

¹⁰⁴ 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu m.1'in gerekçesi: '... Bu çerçevede, adalet işlerinde resmi bilirkişilik yaparak bilimsel ve teknik görüş bildirmekle görevli Adli Tıp Kurumu; adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişilik yapan yükseköğretim kurumları ve birimleri; sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermekle görevli Yüksek Sağlık Şurası; uzmanlık alanlarına giren adli soruşturma ve kovuşturmalar ile idari soruşturmalarda rapor hazırlayarak görüş bildirmekle görevli jandarma kriminal laboratuvarları; adli ve idari soruşturmalarda elde edilen maddi delilleri, bilimsel usullere göre inceleme ve değerlendirme yaparak, suç ve suçlunun tespitinde görevli polis kriminal laboratuvarları; soruşturma veya kovuşturma evresinde ele geçirilen ve sahteliğinden şüphe edilen banknotları inceleme ve değerlendirmekle görevli Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası; soruşturma veya kovuşturma evresinde ele geçirilen ve sahteliğinden şüphe edilen madeni para ve sikkeleri inceleme ve değerlendirmekle görevli Darphane ve Damga Matbaası Genel Müdürlüğü; suç gelirlerinin aklanması alanındaki gelişmeler ile aklama suçunun önlenmesi ve ortaya çıkarılmasına yönelik yöntemler konusunda araştırmalar yapmakla görevli Mali Suçları Araştırma Kurulu; basılmış eserlerin küçükler için mızır olup olmadığı hususunda yargı mercilerine resmi bilirkişilik yapmakla görevli Küçükleri Mızır Neşriyattan Koruma Kurulu gibi kendi kuruluş kanunlarına göre bilirkişilik hizmeti veren kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren TÜBİTAK, Hıfzıssıhha Enstitüsü ve halk sağlığı laboratuvarları gibi kamu kurum ve kuruluşları Kanun'un kapsamı dışında tutulmaktadır.'

¹⁰⁵ Keser Berber, Leyla, s.476 ; Keser Berber, Leyla, s.1

- Üçüncü evre “inceleme ve analiz” evresi olup; bu evre, alınan kopyanın incelendiği ve arzu edilen delil ne ise o delile ulaşılmaya çalışıldığı; işe yaramayan diğer bilgilerin bilgisayarda bırakıldığı evredir. Dolayısıyla delil olarak mahkemeye sunulacak veriler bu evrede tespit edilir ve ortaya çıkarılır.
- Son evre “rapor” evresidir; raporlama önemlidir, çünkü bu evre, mahkemeye delil olarak sunulacak hususların ne olduğunun, adli bilişim incelemesinin ne şekilde yapıldığının, delilin hukuka uygunluğunun ne şekilde garanti edildiğinin, bu süreçte söz konusu ilkelere uyulup-uyulmadığının, kısacası incelemenin ne şekilde yapıldığının anlatıldığı ve sonuç olarak elde edilen deliller şunlardır diye mahkemeye raporun sunulduğu evredir.

Adli bilişim evrelerini, ülkemizde de bazı yazarlar dörde ayırarak incelerken; bazı yazarlar ise bu evreleri beşe ayırarak incelemektedir¹⁰⁶. Biz adli bilişimin evrelerini; “delil toplama, inceleme, çözümlenme ve raporlama”¹⁰⁷ olmak üzere dört ana başlık altında inceleyeceğiz.

1. Delil Toplama

Toplama, delillerin elde edilmesidir. Delillerin sağlıklı biçimde toplanabilmesi, olay yerinde yapılan ilk müdahalenin ne kadar sağlıklı olduğuna bağlıdır. Deliller ne kadar sağlıklı toplanırsa, sonraki aşamalar o kadar başarılı bir şekilde sonuçlanacaktır¹⁰⁸. Olay yerinde elde edilen delillerin laboratuara getirilmesine kadar olan zaman diliminde delillerin bozulmadan saklanması ve laboratuara sevk edilmesi de bu süreç içerisinde¹⁰⁹.

Delil elde etme çalışması sırasında, olay yerinde varsa konu hakkında bilgi ve tecrübesi olmayan kişilerin aygıt ve sisteme müdahaleleri kesinlikle engellenmelidir. Yanlış bir müdahalenin, delilleri tümüyle yok edebileceği göz ardı edilmemelidir¹¹⁰.

Güvenlik kontrolleri ve hizmetleri ile ilgili uluslararası standart komitesi olan *ISO/IEC JTC1 SC27 Çalışma Grubu 4* tarafından hazırlanan ve geliştirilen *ISO/IEC 27037 standardı*; sayısal delilin tespiti, toplanması, elde edilmesi ve muhafazası konularında kılavuz niteliğindedir¹¹¹.

Uluslararası standartlarda belirtilen ilkeler gereğince değerlendirme yapıldığında sayısal delillerin elde edilmesinde göz önüne alınacak ilkeler şunlardır¹¹²:

- a) Toplanılan, muhafaza edilen, incelenen ve nakledilen delilin, delil güvenliği ve doğruluğunun uygun bir şekilde sağlanması için kolluk kuvvetleri ve adli bilim organizasyonları etkili kalite kontrol sistemleri oluşturulmalıdır.
- b) Elektronik delili inceleyen ve elektronik delile elkoyan tüm birimler, uygun standart yönetim süreçlerine bağlı kalmalıdır.

¹⁰⁶ Tan, Aydoğan, s.4 ; Orta, Mesut, s.157

¹⁰⁷ Dülger, Murat Volkan, s.815 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.55

¹⁰⁸ Dülger, Murat Volkan, s.815

¹⁰⁹ Dülger, Murat Volkan, s.815

¹¹⁰ Karagülmez, Ali, s.500 ; Çakır/Kılıç, s.26 ; Özen/Özocak, s.53

¹¹¹ Orta, Mesut, s.278

¹¹² Özmestik, Fehmi Ünsal, s.55-56

- c) İlgili birimlerin yönetimi, yıllık bazda söz konusu standart yönetim süreçlerini, uygunluğunu ve etkinliği sağlamak için gözden geçirmelidirler.
- d) Kullanılan süreçler, alanda genel olarak kabul görmeli veya veri toplanması veya kaydedilmesinde bilimsel yöntemlerle desteklenmelidir.
- e) İlgili birimler, uygun teknik süreçlerin yazılı nüshalarını muhafaza etmelidirler.
- f) Elkoyma ve inceleme süreçleri için etkili ve uygun donanım ve yazılımlar kullanılmalıdır.
- g) Sayısal delile elkonulması, delilin muhafazası, incelenmesi ve nakledilmesiyle ilgili tüm işlemler, daha sonraki gözden geçirme ve tanıklık işlemleri için yazılı şekilde kaydedilmelidir.
- h) Esas delili herhangi bir şekilde değiştirecek, esas delile zarar verecek veya esas delili yok edecek potansiyel eylemler, bu alanda nitelikli personeller tarafından yerine getirilmelidir.

2. İnceleme

İnceleme sırasında somut olayın şartlarına göre çeşitli yöntemler gerçekleştirilerek, delilin bütünlüğüne zarar vermeyecek ve güvenilirliği uluslararası standartlarda kabul görmüş programlar kullanılmalıdır¹¹³. Bu evrede, somut olaya göre şüpheli kelimelerin araması yapılabileceği gibi, şifrelenmiş verilerin geri getirilmesi, silinmiş verilerin disk üzerine geri getirilmesi, diskte tanımlanmış veya tanımlanmamış alanlarda bulunan gizli verilerin bulunması vb. çalışmalar da yapılmaktadır¹¹⁴.

3. Çözümleme

Verilerin çözümlenmesiyle, toplanan verilerin birbiriyle ilişkilendirilmesi ve bunlardan muhakemede kullanılacak sayısal delillerin elde edilmesi sağlanır. Bu evrede, veriler bir zaman dizgesine sokularak, suç içeren eylemler dizesi yeniden yapılandırılır. Adli bilişim uzmanı, maddi olayı yeniden yapılandırırken, günlük dosya analizi (*log file analysis*) ve dosya sistem analizi (*file system analysis*) olmak üzere iki temel analiz sistemi kullanmaktadır¹¹⁵. Günlük dosya analizi, zaman damgalarının kontrolü, günlük kayıtlarına girdi yapan sürecin tanımlanması ve girdinin yaratılma nedenlerinin kontrolünü içermekte olup; zaman damgalarının kontrolünde, sistem saatinin zaman damgasının yaratıldığı sistemlere göre farklılık arz edebileceği gözden kaçırılmamalıdır¹¹⁶.

4. Raporlama

Adli bilişim sürecindeki son evre, CMK'da ve ilgili yönetmeliklerde öngörülen usul kurallarına uygun olarak toplanmış delillerin, yapılan inceleme sonrasında değerlendirilerek, savcılık makamına sunulmasını içeren raporlama evresidir.

¹¹³ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.56

¹¹⁴ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.56

¹¹⁵ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.57

¹¹⁶ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.57

Adli bilişim uzmanı, süreç içerisinde karşılaştığı tüm detayları belgelemek zorundadır. Bu belgeleme bazı durumlarda video kamera ile kaydetme, bazı durumlarda fotoğrafıma şeklinde olabileceği, bazı durumlarda kayıt tutma şeklinde de gerçekleşebilmektedir¹¹⁷.

Bir adli bilişim raporunda şu hususların bulunmasına dikkat edilmelidir¹¹⁸:

- a) Olay tarihi, zaman, adres bilgileri,
- b) Donanımların üretici, seri numarası, modeli, unsurları gibi sisteme ait bilgiler,
- c) Verilerin toplanması esnasında sistemin durumuna ilişkin bilgiler,
- d) Olaya ilişkin dosya numarası, şikâyetçi veya şüpheli bilgileri,
- e) Verinin analiz edilmesi esnasında tüm aşamalar ve özellikle kullanılan araçlar, süreçler, konular, hata mesajları gibi bilgiler,
- f) Olay yerinden toplanan fotoğraflar ve fiziksel deliller varsa tanık bilgileri.

Adli süreçte teknik ve özel bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi raporları vicdani kanaatin oluşmasında hâkimin en büyük dayanaklarından birisini oluşturduğundan söz konusu raporların açık ve anlaşılır, etkin ve doyurucu, bilimselliğe uygun olması ceza yargılaması açısından önemlidir¹¹⁹.

III. ELEKTRONİK DELİL

Elektronik delil kavramı, ABD’de bilişim suçları kavramından sonra ortaya çıkmış, bu suçların artışına paralel olarak gelişmiş ve günümüzde de gelişmeye devam etmekte olan bir kavramdır.

Elektronik, eksi yüklü elektronların hareketlerinden yararlanarak çeşitli donanımları yapma bilimine denilmektedir; *dijital* ise sayı temeline dayanan ya da sayısal anlamına gelmektedir¹²⁰. Elektronik, serbest elektron hareketlerinin denetimini konu edinir ve bu yapı; radyo, televizyon, bilgisayar, cep telefonu gibi pek çok aygıtın temelini oluşturur. Elektronik; analog (örneksel) ve dijital (sayısal) olmak üzere iki kısımda ele alınmaktadır¹²¹: ‘Analog temelli devrelerde sinyalin değişimi küçük zaman aralıklarında olmaktadır; yani sinyalin değeri her an farklıdır ve sonsuz sayıda ara değer söz konusudur. Dijital özellikli devrelerde ise devreden akım geçmekte ya da geçmemektedir. Anlatımlarda akımın geçme anı (1) ile geçmeme anı (0) ile gösterilmektedir. Sonuç olarak analog devreler, ölçerek örnekleme; dijital devreler ise sayma işlemi yapmaktadır.’

Her dijital yapı, aynı zamanda elektrondur; fakat her elektronik yapı aynı zamanda dijital değildir; bu açıdan, *elektronik* kelimesi, *dijitale* göre, daha üst bir nitelik taşımakta

¹¹⁷ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.57 ; Çakır/Kılıç, s.26

¹¹⁸ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.57-58 ; Şen, Osman Nihat, s.3

¹¹⁹ Çakır/Kılıç, s.497-499 ; Orta, Mesut, s.162-163

¹²⁰ Karagülmez, Ali, s.51

¹²¹ Karagülmez, Ali, s.51

olup; *dijital* yapı, *elektronik* yapının kapsamı içerisinde kalmaktadır¹²². Dünyada da, bilişim alanında “*elektronik*”¹²³ kelimesi daha yaygın olarak kullanılmaktadır¹²⁴.

ETCK’da ve CMUK’ta, elektronik ya da dijital kelimelerine yer verilmemiştir. TCK’da m.6/1-g ile m.297/1’de “elektronik” kelimesi kullanılmış, “dijital” kelimesi yer almamıştır. CMK’da yalnızca m.43/2’de “elektronik posta” ibaresi kullanılmış, “dijital” kelimesine yer verilmemiştir. Biz de tezimizde, özel açıklamalar dışında, “*elektronik*” kelimesini kullanmayı tercih edeceğiz.

Elektronik delilin temelini; bilgisayar ve bilgisayar sistemlerinde bulunan, suç veya uyuşmazlıkla ilgili olan, veriyi ifade eden her türlü bilgi veya değer oluşturmaktadır¹²⁵. Elektronik veriler gizli (*latent*) bir yapıda olması, bu delillerin açığa çıkarılabilmeleri için özel cihaz ve yazılımlarla incelenmeleri gerekliliğini ortaya koymaktadır¹²⁶.

Elektronik verilerin özellikleri şunlardır¹²⁷:

- a) Elektronik veriler, kolaylıkla kopyalanabilir ve çoğaltılabilirler.
- b) Elektronik veriler, manyetik alan, sıcaklık, nem gibi sebeplerle bozulabilirler.
- c) Elektronik veriler, üzerlerinde işlem yapılmak suretiyle kolayca değiştirilebilirler.
- d) Elektronik veriler, tekrar elde edilemeyecek şekilde silinebilirler.
- e) Elektronik veriler, gizlenmiş veya şifrelenmiş başka verileri üzerlerinde barındırabilirler.

Elektronik delillerin taşınması gereken nitelikler şunlardır¹²⁸:

- a) Kabul edilebilir olmalıdır (*admissible*). Elektronik delil, mahkemede görülmekte olan davada elverişli, kullanılabilir olmalıdır.
- b) Güvenilir, aslına uygun olmalıdır (*authentic*). Elektronik delil, mahkemede dava konusu olayla ve faille bağlantılı olmalıdır.
- c) Hatasız, doğru olmalıdır (*accurate*). Elektronik delil ve toplanma usulü, aslına uygunluğuna, güvenilirliğine gölge düşürmemelidir.
- d) Eksiksiz, tam olmalıdır (*complete*). Elde edilebilen tüm deliller toplanmalıdır. Bu deliller, yalnızca failin suçlanmasına ilişkin değil, varsa suçsuzluğuna ilişkin olanları da kapsamalıdır.
- e) Mahkemeyi inandırıcı olmalıdır. Elektronik delil, kanıtlama değerine sahip olmalıdır. Sanal yapıda olsa da, uygulamalı bir sunum testine tabi tutulmalıdır.
- f) Yasal kurallara uygun olmalıdır. (CMK m.134’e aykırı olarak bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma işlemi yapılmışsa, elde edilen elektronik delil, yukarıda sayılan ilk beş koşulu taşısa bile yasaya uygun sayılmayacaktır.)

¹²² Karagülmez, Ali, s.51-52 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.16 ; Çakır/Kılıç, s.144

¹²³ Elektronik ticaret (*e-ticaret*), elektronik posta (*e-posta, e-mail*), elektronik haberleşme gibi...

¹²⁴ Karagülmez, Ali, s.52

¹²⁵ Ünal, Osman Gazi, s.17

¹²⁶ Çakır/Kılıç, s.145 ; Özen/Özocak, s.59 ; Sarsıkoğlu, Şenel, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı, http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=3&vtadi=THUK&ts=1481708927&keyword=bili%FEim&s_f=1&page=9&detailed=1, s.440

¹²⁷ Çakır/Kılıç, s.146

¹²⁸ Karagülmez, Ali, s.509

Dijital aygıtlardan elde edilebilecek ve delil oluşturabilecek nitelikteki elektronik deliller şunlar olabilir¹²⁹:

- Video görüntüleri,
- Fotoğraflar,
- Yazı dosyaları (*Word, Excel, PowerPoint* vb. dosyaları),
- Çeşitli bilgisayar programları,
- İletişim kayıtları (*SMS, MMS, WhatsApp, Facebook Messenger*, vb. kayıtları),
- Gizli veya şifreli dosyalar veya klasörler,
- Dosyaların oluşturulma, değiştirilme ve erişim tarih kayıtları,
- Son girilen ve sık kullanılan internet siteleri,
- İnternet ortamından indirilen (*download*) dosyalar,
- Yukarıda sayılan türlerden olup, silinmiş dosya veya klasörler.

A. Tanımı ve İlgili Temel Kavramlar

1. Delil

İspat faaliyetleri sırasında kullanılan ve hukuk düzeni tarafından kabul edilen, olayı temsil veya aksettirebilen ve “beş duyu”¹³⁰ ile öğrenilebilen araçlara delil denilir¹³¹. Başka bir tanımla delil¹³²: Cezai uyuşmazlığın konusu olan olayı temsil eden, olayın mahkeme önünde canlandırılmasına yarayan araçtır. TDK’da yer alan tanıma göre delil¹³³: insanı aradığı gerçeğe ulaştırabilecek iz, emaredir.

Deliller, beyan delilleri, belge (vesika) delilleri ve belirti (maddi) delilleri olarak üç ana grupta incelenmektedir¹³⁴: ‘Beyan delilleri; şüpheli-sanık beyan delili, tanık ve diğer kişilerin beyan delilleri olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Belge delilleri; yazılı, şekil tespit eden ve ses tespit eden belgeler olmak üzere kendi içinde üçe ayrılmaktadır. Belirti delilleri ise, olaylardan geriye kalan iz ve eserler olarak tarif edilebilir.’ Bir suç soruşturması sırasında, şüphelinin kullandığı bilgisayar kayıtlarından çıkarılan kopya, veri tespit eden belge (elektronik belge) olup, belge delilidir¹³⁵.

¹²⁹ Özen/Özocak, s.59-60 ; Uzunay Yusuf / Koçak Mustafa, Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller, <http://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf>, s.3 ; Tan, Aydoğan, s.2 ; Dülger, Murat Volkan, s.808

¹³⁰ Gündem, Kemal, *CMK md.138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Berrin Akbulut), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.27

¹³¹ Orta, Mesut, s.231

¹³² Sarsıkoğlu, Şenel, s.431

¹³³ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58c8f85a283193.92680730 ; Çakır/Kılıç, s.140 ; Orta, Mesut, s.232

¹³⁴ Tanrıkulu, Cengiz, s.37

¹³⁵ Çakır/Kılıç, s.142 ; Aksi görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004171/1023003765>, s.188-189 (Elektronik belge, belge delili değil, belirti delilidir.)

Muhakeme konusu maddi olayın kanıtlanması için delile gerek duyulmakta olup; bu bakımdan delil bir ispat vasıtasıdır¹³⁶. Uyuşmazlık konusu olayın sabit olduğundan bahsedebilmek için söz konusu olayı doğrudan veya dolayısıyla temsil eden tüm delillere ihtiyaç duyulmakta olup; olayla veya olguyla ilgili tüm deliller değerlendirilmeden, hâkimin vicdani kanaatinin oluştuğundan veya olaya ilişkin bir yargıya varıldığından bahsedilemeyecektir¹³⁷.

Delillerin sahip olması gereken özellikler şunlardır¹³⁸:

- a) Deliller *gerçekçi* olmalıdır.
- b) Deliller geçmişte vuku bulan somut olayı *temsil edici* nitelikte olmalıdır. Bir başka deyişle, ceza muhakemesinde deliller geçmişte gerçekleşen olaylarla ilgili olduğundan, ortaya konulan deliller bu olayın tamamını veya bir kısmını yansıtmalı, bu hususta sağlam ve güvenilir emareler taşınmalıdır.
- c) Deliller *akılcı* olmalıdır. Bu bağlamda delillerin, maddi gerçeği akla uygun, gerçekçi ve objektif niteliklere dayanan verilerle ispat eder özellikte olması gerekmektedir.
- d) Delillerin *elde edilebilir* olması gerekli olup; somut olarak elde edilerek mahkemenin takdirine sunulması imkân dâhilinde olmalıdır.
- e) Deliller *kanuna uygun* olmalıdır. Bu kanuna uygunluk iki biçimde ortaya çıkmaktadır. Buna göre deliller, hem kanuna uygun nitelikte delillerden, hem de kanuna uygun yollardan elde edilen delillerden olmalıdır.
- f) Deliller *müşterek* olmalıdır. Buna göre, delilin içeriğini yalnız mahkeme makamının bilmesi yetmemekte, bu delilleri muhakemenin taraflarının da bilmesinin sağlanması gerekmektedir.

Hukuk sistemimizde delil serbestisi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi geçerli olduğundan, delil tespiti yoluyla elde edilen delillerin değerinin, mahkeme veya hâkim serbestçe takdir edecektir¹³⁹. Hukuka aykırı olarak elde edilen bir bulgunun delil olamayacağı bizzat Anayasa¹⁴⁰, da hükme bağlanmış olup; bu husus gereği, yasak yöntemlerle elde edilen bilgiler mahkeme sürecinde kullanılamayacaktır. Delil güvenliği; maddi delillerin usulüne uygun bir şekilde tespiti, toplanması, saklanması, aktarılması ve bu işlemler yapılırken hukuk kurallarına uyulması hususlarını kapsamaktadır¹⁴¹. Hukuk sistemimizde delillerin güvenilirliği hususunda alınan tedbirler, klasik suç delillerinin yanı sıra elektronik delilleri de kapsamakta olup; elektronik delillerin silinmesi veya değiştirilmesi işlemleri yaptırımı olan bir durum haline getirilmektedir¹⁴².

¹³⁶ Değirmenci, Olgun, Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:9, Sayı:97, Eylül 2014, s.16

¹³⁷ Değirmenci, Olgun, s.16

¹³⁸ Özen/Özocak, s.57-58 ; Gündem, Kemal, s.27-30 ; Değirmenci, Olgun, s.19-20 ; Sarsıkoğlu, Şenel, s.433-436

¹³⁹ Çakır/Kılıç, s.142 ; Özen/Özocak, s.56-57

¹⁴⁰ AY m.38/6: 'Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez.'

¹⁴¹ Çakır/Kılıç, s.143

¹⁴² Çakır/Kılıç, s.143

2. Elektronik Delil

Elektronik delil; herhangi cihaz, bilgisayar ya da bilgisayar sistemi ile oluşturulan, işlenen, depolanan ya da iletilen ya da iletişim sistemi ile aktarılan, hüküm süreci ile ilgili olan verilerden (dijital formdaki verilerden ya da analog cihaz çıktılarında) oluşur¹⁴³. Başka bir tanımla elektronik delil, elektronik bir cihaz üzerinde saklanabilen veya bu cihazlar aracılığıyla iletilebilen muhakeme bakımından değeri olan bilgi ya da verilerdir¹⁴⁴.

2001 yılında Fransa'nın Lyon şehrinde yapılan 13. Interpol Adli Bilişim Sempozyumu'nda, "*elektronik delil, elektronik yapıdaki bir iletimi veya depolanmış değeri kanıtlayan bilgidir*" şeklinde tanımlanmıştır¹⁴⁵.

Elektronik delillerle fiziksel delilleri karşılaştıracak olursak¹⁴⁶:

- a) Fiziksel deliller, kural olarak sabit bir yapıdadır ve yapısal olarak değiştirilmesi zordur. Oysa elektronik deliller, bilgisayar ve uzun iletişim hatları içerisinde her an yapıları değiştirilebilir.
- b) Fiziksel delillerde mümkün olan değişiklik yapıldığında bunun fark edilebilmesi kolaydır. Oysa elektronik delillerin yapılarında, hiçbir iz bırakılmadan kolaylıkla değişiklik yapılabilmesi mümkündür.
- c) Fiziksel delillere göre elektronik deliller, özellikle elde edilmesi aşamasında da kolaylıkla değişikliğe uğrayabilir. Bu bakımdan, elektronik delilin elde edilmesi sırasında çok daha fazla özen gösterilmelidir.
- d) Elektronik deliller, elde edildiklerinde, insanlar tarafından hemen okunamaz; içeriği hakkında bilgi sahibi olunamaz. Çoğunlukla, bilgisayar yazıcı çıktısı alındıktan sonra belli şekillerde elektronik delil hakkında ilk bilgiler görülebilir. Alınan kâğıt dökümünde bile, eğer elektronik delil hakkında kolluk görevlilerince bir rapor düzenlenmemişse, bir şey anlamak zor olabilir.
- e) Elektronik delil, bilgisayarların onu kaydettikleri ölçüde elde edilebilir.
- f) Teknolojinin değişim hızı, elektronik delil özelliklerinde, elde edilme olanaklarında önemli etkiye sahiptir.

Mukayeseli hukukta elektronik delil ile klasik delil arasındaki ilişki bakımından, elektronik delili klasik delile eşdeğer sayma yönünde yaygın bir eğilim görülmektedir¹⁴⁷. Bu eşdeğerlilik, kendini üç alanda göstermektedir: en yaygın eşdeğerlilik, elektronik belgenin, kâğıt bazlı belgeye eşdeğer sayılması; ikincisi, elektronik delil olarak kabul edilen "elektronik

¹⁴³ Keser Berber, Leyla, Bilişim Hukukunda Delillerin Toplanması, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Bilişim ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 2, Ankara, 8-11 Ocak 2008 s.173

¹⁴⁴ Sarsıkoğlu, Şenel, s.439 ; Ünal, Osman Gazi, s.16 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.21 ; Dülger, Murat Volkan, s.807 ; Tan, Aydoğan, s.2

¹⁴⁵ Karagülmez, Ali, s.507 : Şahin, Engin, s.91

¹⁴⁶ Karagülmez, Ali, s.58 ; Şahin, Engin, Sayısal Delilin Ortaya Çıkarılması Kapsamında Koruma Tedbirleri, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/legalprogress/article/download/5000164087/5000148477>, s.92 ; Orta, Mesut, s.240-243 ; Ayrıntılı bilgi için bkz. Göksu, Mustafa, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*, (Danışman:Prof.Dr.Ramazan Arslan), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.39-46

¹⁴⁷ Değirmenci, Olgun, s.18

imzanın¹⁴⁸, el ile atılan imzaya eşdeğer sayılması; üçüncüsü ise, elektronik postanın, klasik posta usullerine eşdeğer sayılmasıdır¹⁴⁹.

3. İnternet

İnternet, “*Inter*”*national* ve “*Net*”*work* kelimelerinin birleşiminden oluşmakta ve dünya üzerindeki bilgisayar ağlarını birbirine bağlayan ağ olarak tanımlanmaktadır¹⁵⁰. Başka bir tanımıyla internet; birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdiği metin, resim, müzik, grafik, yazılı metin vb. gibi dosyalar ile bilgisayar yazılımlarının, kısaca insanlar tarafından oluşturulmuş her türlü bilginin veri halinde paylaşıldığı ve iletiildiği bilişim sistemleri arasındaki ağıdır¹⁵¹.

Amerikan Yüksek Mahkemesi kararlarına göre internet¹⁵²: ‘Birbirleri ile bağlı bulunan bilgisayarlardan oluşan uluslararası ağıdır. İnternet, bireylerin dünya çapında haberleşmesi için tamamen yeni ve benzeri olmayan bir ortamdır.’

Çağımızın en önemli araçlarından birisi haline gelmiş bulunan internet ağının (*www-world wide web*) temelleri 1980’in sonlarında atılmış; 1990’ın başlarında kamuoyuna açılmış ve grafik tabanlı internet tarayıcısı kullanıma sunulmuştur¹⁵³.

İnternete bağlanan her bilgisayar bir IP adresi almaktadır. Günümüzde bilgisayar dışında internet bağlantısı sağlayabilen akıllı telefonlar, TV’ler vb. de IP adresi almaktadır.

Bilgisayarların internet üzerinde bilgi ve mesaj paylaşımı yapmalarını sağlayan sistem, basit olarak şöyle özetlenebilir¹⁵⁴: ‘İlk olarak her mesaj ve bilgi, paket denilen ufak parçalara ayrılır, daha sonra bu paketler bir yol boyunca gidecekleri yere ulaştırılır, paketler gidecekleri yere ulaştıktan sonra yeniden birleştirilerek ilk orijinal hallerine dönüştürülür. Bu işleri yapmak, internet üzerinde en önemli iki iletişim protokolü olan *TCP* ve *IP*’nin görevidir. *TCP* (*Transmission Control Protocol*), gönderilecek paketlere, ayırma ve yeniden birleştirme işini yapar. *IP* (*Internet Protocol*), gönderilecek paketlerin doğru hedefe gitmelerini sağlamakla yükümlüdür.’

4. Elektronik Posta (E-Posta)

Elektronik posta, bilgisayar uç birimlerinde hazırlanan ve bilgisayar ağları üzerinden iletilen mesajlardır¹⁵⁵. Başka bir tanımıyla elektronik posta, insanların birbirleriyle mektupla iletişim isteklerinin internet ortamında gerçekleşmesini sağlayan bir hizmettir. İletişim

¹⁴⁸ Sadece imza sahibinin tasarrufunda bulunan, özel bir araçla oluşturulan, nitelikli elektronik sertifikaya dayanarak imza sahibinin kimliğinin tespitini ve imzalanmış elektronik veride sonradan herhangi bir değişiklik yapıp-yapılmadığının tespitini sağlayan imza (http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.58c92f9b4ed100.40415114)

¹⁴⁹ Değirmenci, Olgun, s.18

¹⁵⁰ Orta, Mesut, s.31

¹⁵¹ Dülger, Murat Volkan, s.86-87

¹⁵² Karagülmez, Ali, s.53

¹⁵³ Orta, Mesut, s.31

¹⁵⁴ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.5

¹⁵⁵ Özen/Baştürk, s.25

mektup gibi yazılı bir biçimde olmaktadır. Buradaki fark yazının kâğıt üzerinde değil; “HTML (Hyper Text Markup Language)”, biçimindeki elektronik belge üzerinde olmasıdır¹⁵⁶.

E-posta yazışmalarından bahsederken, son dönemin popüler uygulaması olan; hem akıllı telefonlar hem de tablet bilgisayarlar üzerinde kullanılabilen “WhatsApp”¹⁵⁷ uygulamasından da bahsetmek gerekir. Günümüzde gencinden yaşlısına, akıllı telefon kullanıcılarının çok büyük bir kısmı hızlı ve pratik olması açısından karşılıklı mesajlaşma ve dosya (fotoğraf, video, müzik, ses kaydı gibi) gönderme programı olarak WhatsApp’ı tercih etmektedir. WhatsApp yazışmaları, e-posta yazışmaları gibi internet aracılığıyla yapılmaktadır ve kanımızca bu yazışmalar da elektronik belge niteliğine haizdir.

E-postaların okunabilmesi için sürekli internete bağlı olmak gerekmemektedir. Gelen e-postalar internete girildiğinde dünyanın her yerinden okunabildiği gibi; e-postalara, bilgisayar, akıllı cep telefonu vb. cihazlara kurulan e-posta alma-gönderme yazılımlarıyla da erişilebilmektedir¹⁵⁸.

E-posta kalıntılarının büyük delil değeri olsa da, incelenmeleri zaman almakta ve bu durum yüksek maliyetlere sebep olmaktadır. E-posta dosyalarının incelenmesinde, bilgisayarda varsayılan olarak bulunan e-posta istemci programların veya sonradan kurulan programların aktif olup-olmadığı incelenip kullanılan e-posta adresi/adresleri tespit edilir, gönderilen ve alınan tüm iletiler listelenir; diğer e-posta kalıntılarının tespiti için ise bilgisayarda anahtar kelime ile arama yapılabilir¹⁵⁹.

E-posta yazışmaları, sadece kamu hukuku alanında değil özel hukuk alanında da çok önemli bir delil olabilir. Örneğin, tazminat davalarında, boşanma davalarında, ticaret hukukunu ilgilendiren haksız rekabet davası gibi davalarda, vb.¹⁶⁰

Dünyada e-posta şeklindeki mesajların mahkemelerde delil olarak kullanımı giderek yaygınlaşmakta olup; yapılan bir araştırmaya göre, ABD’de e-postaların (özellikle özel hukukla ilgili) davalarda delil olarak kullanılma oranı yıllara göre artış göstermektedir¹⁶¹. ABD’de 2000 yılında mahkemelerdeki en yaygın kullanılan elektronik delil olan “e-mail” kavramı yerine, “evidence mail” kavramı kullanılmaya başlanmıştır ve elektronik delilin kullandığı hemen her davada posta delil (evidence mail) bulunmaktadır¹⁶².

B. Elektronik Delil Elde Edilirken Dikkat Edilecek Hususlar

Bilişim sisteminde veya internette bulunan verilerin, ceza muhakemesinde delil olarak kullanılması açısından ikili bir ayırım yapmak gerekir¹⁶³: İlk husus, belli bir bilişim sisteminde kaydedilmiş, saklanmış olan verilerle ilgilidir. Bu tür kayıtlarda delil, en son yapılan kayıt tarihi esas alınarak belirlenir; yani failin daha önce kaydettiği veriyi, artık değiştirme

¹⁵⁶ Ünal, Osman Gazi, s.35

¹⁵⁷ Keza “Facebook Messenger” uygulaması da bu şekilde değerlendirilmelidir.

¹⁵⁸ Orta, Mesut, s.42

¹⁵⁹ Çakır/Kılıç, s.38-39

¹⁶⁰ Göksu, Mustafa, s.191

¹⁶¹ Karagülmez, Ali, s.521

¹⁶² Karagülmez, Ali, s.521

¹⁶³ Yenisey/Nuhoğlu, s.427

imkânına sahip olmaması gerekir. İkinci husus ise bir bilgisayardan başka bir yere nakledilen verilerle ilgilidir. Veri nakli yapılırken, her veri bilgisayar ağı içerisinde bir akış izi bırakır ve iletişimin denetlenmesi açısından buna sinyal bilgisi (CMK m.135/1) adı verilmektedir. Sinyal bilgilerinin daha sonra kamu makamları tarafından incelenmek üzere uzunca bir süre saklanması, özel bir yetkiyi gerektirir. Bu nedenle, bir verinin bir yerden başka bir yere akışını tespit eden veri ile gönderilen verinin içeriğini oluşturan veri arasında fark vardır¹⁶⁴.

Bilgisayarlarda kayıtlı bulunan verilerin bilgisayarda arama yoluyla elde edilmesi sırasında, yukarıda belirtilen veri tipleri arasında fark olduğuna ve bu farklı veri tiplerinin farklı mahkeme kararları gerektirdiğine dikkat edilmelidir: sinyal bilgisi niteliğindeki verilerin elde edilmesi için, iletişimin denetlenmesi kararı verilmesi gerekirken (CMK m.135), gönderilen verinin içeriğine ulaşmak açısından, “*production order*” denilen ve CMK m.134’te kısmen düzenlenmiş olan ayrı bir karar verilmesi gerekir¹⁶⁵. Şifrelenmiş olan ve farklı bilgisayarlarda bulunan verilerin bir araya getirilmesiyle anlam ifade eden verilerin söz konusu olduğu hallerde, bu tür şifrelenmiş verilere ulaşmak açısından, ayrı bir tür karar verilmesi gerekecektir¹⁶⁶.

Canlı (adli kolluk müdahalesi sırasında açık/aktif bulunan) bilişim sistemlerinde, delil toplama sırasında aşağıdaki hususlara dikkat edilmelidir¹⁶⁷:

- 1) Öncelikli ve uçucu olmayan delillerin toplanmasında geleneksel delil toplama yöntemleri uygulanmalı,
- 2) Minimum seviyede olsa dahi olaya karışan bütün kullanıcılar tespit edilmeli,
- 3) Delillerden veri edinmede en küçük eylemler dahi tespit edilmeli,
- 4) Orijinal verilerden kopya almada ya da bu delilleri ortaya çıkarmada delillerin orijinalliyi bozulmamalı ve deliller üzerindeki zaman damgası bozulmamalı,
- 5) Delil araştırma sırasından sistem saatinin doğruluğu kontrol edilmeli,
- 6) Delil toplama sırasında yapılan bütün faaliyetler video kullanılmak suretiyle kayıt altına alınmalı,
- 7) Delil toplama sırasında araştırma konusu cihazlar kesinlikle herhangi bir kayıt vb. işlemde kullanılmamalı,
- 8) Olaya konu bilişim sisteminde gerçekleştirilen delil tespit etme yöntemleri en az iki yol ile doğrulanabilmeli,
- 9) Olaya konu bilişim sisteminde kullanılan hafıza araçlarının tamamındaki veriler büyük-küçük ayrımı yapılmaksızın toplanmalı,
- 10) Delillerin toplanmasında zaman kısıtlılığı göz önünde bulundurulmak suretiyle öncelikle araştırılan konuya ilişkin delillere öncelik verilerek deliller toplanmalı, daha sonra bütün verilerin toplanmasına geçilmeli,
- 11) Toplanan veriler ulaşılabilir ve test edilebilir nitelikte olmalı,
- 12) Toplanan veriler bütünlük arz etmeli,
- 13) Toplanan deliller şüphe konusu ile bağlantılı olmalı,

¹⁶⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s.427

¹⁶⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.427-428

¹⁶⁶ Yenisey/Nuhoğlu, s.428

¹⁶⁷ Yetim, Servet, s.125-127

- 14) Delil toplanırken sistemlerin açık/aktif kalması sağlanmalı,
- 15) Fiziksel ve özel hafızalar kontrol edilmeli,
- 16) Olay görüntüleyici kütükler gözden geçirilmeli,
- 17) Dosya ve kayıt sistemi kontrol edilmeli,
- 18) Son yapılan işlemler bilgisi kontrol edilmeli,
- 19) Bilişimin sisteminin bağlı olduğu ağ bilgileri kontrol edilmeli,
- 20) Genel ağ bilgileri kontrol edilmeli,
- 21) İnternet erişiminde kullanılan programlar kontrol edilmeli,
- 22) Anti virüs programlarının kütükleri kontrol edilmeli,
- 23) Son kullanıcı bilgileri kontrol edilmeli,
- 24) Kullanıcı bilgilerinin tamamı kontrol edilmeli,
- 25) Sistem yapılandırma bilgileri kontrol edilmeli,
- 26) Mevcut olan işlemler (açık olan işlemler) kontrol edilmeli,
- 27) Mevcut olan servisler kontrol edilmeli,
- 28) Makine güncellemeleri kontrol edilmeli,
- 29) Dosya ve kayıt sistemi kontrol edilmeli,
- 30) Önemli olup-olmadığına bakılmaksızın sistemde yapılan bütün faaliyetler oluşturma, erişim ve değiştirme zamanlarına göre tespit edilmeli,
- 31) USB ve harici disklerin kullanılıp-kullanılmadığı kontrol edilmeli,
- 32) İnternet ağı (*web*) tarayıcılarının geçmişleri ve sistemde ulaşılabilecek nitelikte şifrelerin hafızada kayıtlı olup-olmadığı kontrol edilmeli,
- 33) Zamanlanmış görev olup-olmadığı kontrol edilmeli,
- 34) Sistemde otomatik çalışan programların olup-olmadığı kontrol edilmeli,
- 35) Geri dönüşüm kutusu kontrol edilmelidir.

C. Elektronik Delilin Ceza Muhakemesindeki Yeri

Ceza yargılamasında elektronik delillerin soruşturma ve kovuşturma aşamasında delil olarak kabul edilmesi konusunda ülkemizde olduğu gibi neredeyse bütün ülkelerde halen bir takım tartışmalar yaşanmaktadır¹⁶⁸. Maddi gerçeğe ulaşmada elektronik delillere başvurmanın adeta zorunluluk haline geldiği günümüzde eski alışkanlıkların da etkisiyle elektronik delillere de klasik delil muamelesi yapılabilmektedir¹⁶⁹. Elektronik delil bir vakıanın doğrudan ispatını sağlayabileceği gibi, tam aksini, yani soruşturma ve kovuşturma konusu fiilin fail tarafından işlenmediğini de ortaya koyabilir¹⁷⁰. Elektronik verilerin bir uyumsuzlukta delil olarak sunulup değerlendirilebilmeleri için, tüm delillerin sahip olmaları gereken temsil niteliğini taşıyor olmaları, yani bir vakıanın gerçekliği konusunda hâkimde başlı başına kanaat oluşturabilecek nitelikte olmaları kaçınılmaz bir gerekliliktir; aksi halde bunlar ancak emare gibi dolaylı ispat vasıtaları olabilirler¹⁷¹.

¹⁶⁸ Orta, Mesut, s.283

¹⁶⁹ Orta, Mesut, s.283

¹⁷⁰ Arslan, Çetin, s.195 ; Karagülmez, Ali, s.606

¹⁷¹ Çakır/Kılıç, s.147-148

Ceza muhakemesinde şekli gerçekte yetinilmeyip işin esası araştırılır¹⁷². Yargıtay CGK'nın 19.04.1993 T. 1993/6–81 E. 1993/110 K. sayılı ilke kararına¹⁷³ göre¹⁷⁴: ‘Ceza yargılamasının amacı, hiç bir duraksamaya yer vermeden maddî gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır, Ceza yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet kararından söz edilemez. Bu ilke evrenseldir.’

Elektronik deliller bilimsel delillerin bir türüdür¹⁷⁵. Bilgisayarlarda yer alan verilerin bilirkişi incelemesinden geçtikten sonra delil olarak değerlendirilmesi ve ceza hukukunda kullanılması mukayeseli hukukun kabul ettiği zorunluluklardandır¹⁷⁶. Elektronik delil, elde edilirken bir takım değişikliklere uğrarsa yargılamada delil olarak kullanılamayacaktır; ancak, değişiklik sonuca etkili değilse, yani meydana gelen değişiklik delilin niteliğini bozmuyorsa söz konusu delil bu haliyle göz önünde bulundurulabilecektir¹⁷⁷.

Delilin bilimsel olması konusunda Amerikan hukukunda geçmişten günümüze yargısal içtihatlar ile çeşitli ölçütler getirilmiştir. Amerikan mahkemelerinin yetmiş yıllık bir süre zarfında uyguladıkları “genel kabul ölçütü” 1923 yılındaki *Frye v. United States Kararı*'na dayanmaktadır¹⁷⁸: ‘Delilin elde edilmesi için kullanılan standardın bilim tarafından genel olarak kabul edilir bir uygulama olması gerekmektedir. Genel kabul ölçütü halen bazı Amerikan mahkemelerinde kabul ediliyor olmasına rağmen, muhakeme makamını teşkil eden hâkimin bilimsel test sonuçlarını bilim tarafından kabul edilebilir olmadığı sürece muhakeme dışında tutabilmesi nedeniyle çok sınırlayıcı bir ölçüt olduğu ifade edilmektedir.’ Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin 1993 yılındaki *William Daubert v. Merrell Dow Pharmacueticals Kararı* ile genel kabul ölçütünün federal delil kurallarına göre bir delilin kabulü için gerekli şartlardan yoksun olduğu kararlaştırılmıştır¹⁷⁹: ‘Bilimsel delilin güvenilirliği konusunu belirleme yetkisi muhakeme makamı olan hâkime ait olup, hâkim sanki bir kapı denetçisi (gatekeeper) gibi delilin kabul edilirliliği öncesindeki denetimi yapacaktır.’

Bilgisayarlardan ve bilişim sistemlerinden elde edilen delillerde, mahkemece iki konu üzerinde durulması gereklidir: birincisi, davayla ilgili elektronik delillerin güvenilir olup-olmadığı; ikincisi ise, kolluk görevlilerince işin başından itibaren elektronik delilin elde edilmesi ve muhafaza altına alınması işlemlerinin güvenilir olup-olmadığıdır¹⁸⁰.

¹⁷² Orta, Mesut, s.231 ; Dülger, Murat Volkan, s.808 ; Değirmenci, Olgun, s.15 ; Çakır/Kılıç, s.140

¹⁷³ Sinerji Mevzuat ve İchtihat Programı Sürüm: 6.0.0

¹⁷⁴ Orta, Mesut, s.231 ; Dülger, Murat Volkan, s.808 ; Değirmenci, Olgun, s.15 ; Çakır/Kılıç, s.140

¹⁷⁵ Ünal, Osman Gazi, s.19 ; Orta, Mesut, s.285

¹⁷⁶ Orta, Mesut, s.285

¹⁷⁷ Orta, Mesut, s.285

¹⁷⁸ Sarsıkoğlu, Şenel, s.438 ; Değirmenci, Olgun, s.23

¹⁷⁹ Sarsıkoğlu, Şenel, s.438 ; Değirmenci, Olgun, s.23

¹⁸⁰ Karagülmez, Ali, s.607

Daubert Testi'nde aşağıdaki faktörler dikkate alınmalıdır¹⁸¹:

- 1) Elektronik delilin elde edilmesinde kullanılan teoriler ve tekniklerin, bilimsel uzmanlar tarafından test edilip-edilmediği,
- 2) Elektronik delilin elde edilmesiyle ilgili örnek teşkil edecek bir uygulama ya da yayımın olup-olmadığı;
- 3) Elektronik delilin elde edilmesinde kullanılan tekniklerin, uzmanlar tarafından hata oranının bilinip-bilinmediği,
- 4) Elektronik delilin elde edilmesinde kullanılan uygulamaların standartlarının olup-olmadığı,
- 5) Elektronik delilin elde edilmesinde kullanılan teoriler ve tekniklerin, uzmanlarca geniş oranda kabul edilip-edilmediği.

Bu faktörler, konuya belirli bir bakış açısı getirmekte ise de, kontrol listesi veya test tanımı için yeterli değildir¹⁸².

Bilişim sistemlerinde veri arama sonucunda elde edilen delillerin bilimselliği, özellikle akıllı telefonlardan elde edilen deliller bakımından Amerikan hukukunda tartışmalıdır. Akıllı telefon teknolojisinin hızla gelişmesi, akıllı telefonlardan veri elde etmek için kullanılan araçların test edilememesine neden olmaktadır. Akıllı telefonlardan elde edilen verilerin, tam ve doğru olduğunu test edebilmek için bağımsız kişilerce uygulanan tekniğin doğrulanması gereklidir¹⁸³. Nitekim *People v. Young Kararı*'nda, '*Bilimsel gelenek, yeni usullerin bağımsız taraflarca doğrulanmasını beklemektedir. Diğer bilim insanları testleri tekrarlayıp, analiz ettiğinde, önyargılı rapor vermenin tehlikelerini bertaraf ederler.*' demek suretiyle, bağımsız bilim insanları tarafından uygulanan usulün testinin yapılmasının önemine işaret edilmiştir¹⁸⁴.

Elektronik delillerin güvenilirliği, Yargıtay kararlarında da sık sık tartışılmakta ve bu türden delillerin değerlendirilmesinde dikkatli ve özenli davranılması gerektiğine işaret edilmektedir¹⁸⁵. Örneğin, 9. CD'nin 09.10.2013 T. 2013/9110 E. 2013/12351 K. sayılı kararında¹⁸⁶ şu ifadeler yer verilmiştir: '*... Dijital delillerin yapısı gereği manipülasyona açık olduğu bilinmektedir. Diğer delil türlerine göre özellik arz eden bazı yönleri olmakla birlikte dijital deliller de sonuçta, deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği, delil serbestisinin benimsendiği ceza muhakemesi sistemimizde bir ispat aracıdır. İspat aracı olan delilin değerlendirilmesinde, ceza muhakemesi hukukunda bir delil için öngörülen nitelikleri taşıyıp taşımadığı nazara alınıp, genel olarak; somut olayın özellikleri, yüklenen suçun işleniş biçimi, dosyadaki diğer deliller gibi hususlar gözetilip, özel olarak da; delilin temsil ettiği olayın niteliği, ele geçiriliş yeri, şekli ve zamanı, bu delilin sair karakteristik özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır. (...) Dijital deliller de, ... diğer tüm deliller gibi ... gizlenmeye, değiştirilmeye, bozulmaya elverişlidir. (...) Ancak, dijital delillerin değiştirilebilme kolaylığı ve sanal oluşundan hareketle hükme esas alınamayacak olduğunun*

¹⁸¹ Karagülmez, Ali, s.608

¹⁸² Karagülmez, Ali, s.608

¹⁸³ Değirmenci, Olgun, s.24

¹⁸⁴ Değirmenci, Olgun, s.24

¹⁸⁵ Arslan, Çetin, Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi, <http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=3&vtadi=TSOS%20CTHUK&ts=1481709428&keyword=bili%FEi> m%20hukuku&s_f=1&page=2&detailed=1, s.194-195

¹⁸⁶ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

ileri sürülmesi delil olgusuna aykırıdır. Kaldı ki, dijital deliller Türk ceza muhakemesi sisteminde ilk kez bu dava ile gündeme gelmiş olmayıp, geçmişte de pek çok davada tartışılmış ve hükme esas alınmıştır. ... Karardan da anlaşılacağı üzere, elektronik delillerin kolay bir şekilde değiştirilebilir ve sanal olması bu delillerin hükme esas teşkil etmesine engel değildir. Özellikle silindikten sonra kurtarılan veya adli analiz yöntemleri kullanılarak yapılan çalışmalar sonucu elde edilen delillerin üzerinde kolayca oynanabileceğinden itirazlara maruz kalılabilmektedir. Ancak bu ihtimalin varlığı her zaman delillerin üzerinde oynandığı anlamına gelmeyeceğinden değişiklik yapıldığı iddiasının araştırılması gerekmektedir¹⁸⁷.

Yargıtay, doktrindeki bazı görüş sahipleri gibi, ses kayıtlarının tek başına delil olamayacağı ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiği görüşünde olsa da; yine doktrinde, bu görüşün dayanaksız olması nedeniyle izahının mümkün olmadığı yönünde görüşler de bulunmaktadır¹⁸⁸. Centel/Zafer'e göre CMK'nın ilgili 214. ve 215. maddelerinde, bir belgenin okunmasından hareketle metni dar yorumlamak gerekmekte, okunamayan ve görülerek veya dinlenerek içeriğine vakıf olunan teknik aletlerle elde edilen delillerin belgeden çok keşfe konu belirti olarak değerlendirmek gerekmektedir¹⁸⁹. Alman doktrini de çoğunluk olarak bu yönde görüş belirtmektedir. Öztürk/Erdem bu görüşün aksine, ses ve görüntü kayıtlarının, usulüne göre elde edilmek kaydıyla esasen belge olduklarını ve fakat tek başına delil olamayacağını ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiğini ileri sürmektedir¹⁹⁰.

Son olarak, ceza mahkemelerinin verdikleri kararların hukuk mahkemeleri açısından taşıdıkları öneme değinmekte fayda görüyoruz. TBK m.74 (BK m.53) gereğince, ceza mahkemelerinin verdikleri kararlar, hukuk mahkemelerini bağlamaz. Ancak bu konuda bazı istisnaların var olduğu, doktrin ve Yargıtay kararları¹⁹¹ ile ifade edilmektedir. Hukuk mahkemeleri her ne kadar kusur, kusurun oranı, illiyet bağı ve zarar gibi konularla bağlı olmasalar da, verilen hükmün maddi vakıyyla ilgili olan tespiti ile bağlıdırlar; bu sebeple CMK'da elektronik deliller ile ilgili olan hükümler, kısmen de olsa, hukuk yargılamasında önem arz edecektir¹⁹². Hukuk mahkemesi, ceza mahkemesince verilen delil yetersizliği yönündeki hükümle bağlı olmayacağı için, CMK'da delillerin ortaya çıkarılması ile ilgili kurallara aykırı olması sebebiyle bir delilin kullanılamamış olması ve bu sebeple delil yetersizliği kararı verilmiş olması halinde, bu karar hukuk mahkemesini bağlamayacaktır, meğerki söz konusu delil hukuka aykırı olarak elde edilmiş olsun¹⁹³.

¹⁸⁷ Orta, Mesut, s.286

¹⁸⁸ Tanrıkulu, Cengiz, s.38

¹⁸⁹ Özbek, Veli Özer, s.187 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.39

¹⁹⁰ Tanrıkulu, Cengiz, s.39

¹⁹¹ HGK'nın 17.06.1998 T. 1998/19-523 E. 1998/508 K. sayılı kararı ; HGK'nın 06.02.2002 T. 2002/19-16 E. 2002/47 K. sayılı kararı

¹⁹² Göksu, Mustafa, s.206

¹⁹³ Göksu, Mustafa, s.206

İKİNCİ BÖLÜM

ARAMA VE ELKOYMA

I. TANIM

A. Aramanın Tanımı

Arama, şüpheli ya da sanığın, delillerin veya müsadereye konu eşyanın ele geçirilmesi amacıyla konutta veya kişi üzerinde gerçekleştirilen gizli tutulan bir şeyin ortaya çıkarılmasına yönelik araştırma işlemidir¹⁹⁴.

¹⁹⁴ Öztürk Bahri / Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sırma Özge / Kırıt Yasemin / Özaydın Özdem / Akcan Esra / Erden Efser, *Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, Ekim 2015, s.495 ; Sırma, Özge, Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:4, Sayı:34, Haziran 2009, s.29 ; Erdem, Mustafa Ruhan, Olağanüstü Hâl ve Avukat Büroalarında Arama, *İzmir Barosu Dergisi*, Yıl:81, Sayı:3, Eylül 2016 ; Farklı tanımlar için bkz. Özbek, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Mayıs 1999, s.17 ; Özbek Veli Özer / Bacaksız Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, *Ceza Hukuku Dergisi*, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s.149 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.359 ; Eryılmaz, M.Bedri, *Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama*, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Mart 2003, s.33 ; Çalışır, Kurtuluş Tayanç, *Uygulamada Arama ve Elkoyma*, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Nisan 2012, s.5 ; Ünver Yener / Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2015, s.389 ; Centel Nur / Zafer Hamide, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, Ekim 2015, s.400 ; Avşar, Yakup, s.5 ; Koparan, M.Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/193.doc>, s.4 ; Özelce, Cuma, *Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Danışman:Prof.Dr.M.Bedri Eryılmaz), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.5 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Yalçın, Hüseyin, *Önleme Araması*, (Danışman:Doç.Dr.İbrahim Dülger), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.6 ; Polat, Levent, *Haksız Arama Suçu*, (Danışman:Prof.Dr.Mehmet Emin Artuk), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.6 ; Bilen, Mesut, *Adli Arama ve Önleme Araması*, (Danışman:Doç.Dr.Mustafa Avcı), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.13 ; Çokmutlu, Metin, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.İsa Döner), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Açar, Mustafa, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Ahmet Bilgin), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.15 ; Onan, Ozan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, (Danışman:Prof.Dr.Veli Özer Özbek), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.3 ; Erdagöz, Özcan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Kasım Karagöz), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.18 ; Ökten, Pınar, *Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Devrim Güngör), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.3 ; Aksoy, Şemsettin, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Danışman:Doç.Dr.Fatih Selami Mahmutoğlu), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Arslan, Tülay, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, (Danışman:Doç.Dr.İlhan Üzülmöz), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Arısoy, Uğur Kaan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Ali Akyıldız), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Baki, Yunus, *Adli Arama*,

AÖAY¹⁹⁵ m.5'te 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 işlemi' olarak tanımlanmıştır.

Arama işlemi ortada olmayan, gizli-saklı şeylerin ortaya çıkartılması için yapılır. Bu nedenle gözle görülen, koklanarak algılanan veya iştirakle varlığı anlaşılan delil veya emarelerin arama kavramı içine girmediği kabul edilmektedir¹⁹⁶. Örneğin, polis, otomobilin arka koltuğunda duran tabancayı görerek aracı durdurup tabancaya elkoyması; "gözlem ya da gözetleme yapılması"¹⁹⁷ arama olarak kabul edilemez.

Aramanın konusu: aranan araç, gereç ve maddeler ile bir çalıntı mal veya uyuşturucu olabileceği gibi; suç işlemek için kullanılacak veya bir suçta kullanılmış olan, bıçak, silah gibi her türlü tehlikeli, zarar verici madde veya delil niteliği taşıyan bilgi, belge veya kâğıt olabilir¹⁹⁸.

B. Elkoymanın Tanımı

Elkoyma, ceza muhakemesinde delil olan ya da ileride delil olarak kullanılacak veya müsadereye tabi olan eşyanın, eşyayı elinde bulunduran kişinin rızası olmaksızın adliyenin eli altına alarak, eşyayı elinde bulunduran kişinin eşya üzerindeki tasarruf yetkisini ortadan kaldırmak olarak tanımlanabilir¹⁹⁹.

AÖAY²⁰⁰ m.4'te elkoyma, 'Suçun veya tehlikelerin önlenmesi amacıyla veya suçun delili olabileceği veya müsadereye tâbi olduğu için, bir eşya üzerinde, rızası olmamasına rağmen, zilyedin tasarruf yetkisinin kaldırılması işlemi ifade eder' şeklinde tanımlanmıştır.

(Danışman:Doç.Dr.Ayşe Nuhoğlu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.2

¹⁹⁵ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

¹⁹⁶ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.359 ; Özbek/Bacaksız, s.149 ; Özbek, Veli Özer, s.17-18 ; Avşar, Yakup, s.5

¹⁹⁷ Amerikan Yüksek Mahkemesi, California v. Ciralo Kararı'nda, uçaktan yapılan gözlemin fiziksel müdahale olmadığı için arama sayılmayacağına çoğunlukla karar vermiştir.

¹⁹⁸ Avşar, Yakup, s.5-6 ; Eryılmaz, M.Bedri, s.33

¹⁹⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.507 ; Avşar, Yakup, s.48 ; Farklı tanımlar için bkz. Centel/Zafer, s.412 ; Ünver/Hakeri, s.416 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.426 ; Çalışır, Kurtuluş Tayanç, s.117-118 ; Ölmez, Aslan, 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma, (Danışman:Doç.Dr.Hamide Zafer), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.4 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.9-10 ; Uğuz, İsmail, Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak "Elkoyma", (Danışman:Prof.Dr.M.Emin Artuk), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.3 ; Ökten, Pınar, s.58 ; Erçakal, Taner, Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Feyzullah Ünal), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.11-12 ; Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, Ağustos 2015, s.329

²⁰⁰ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

Elkoyma işlemi, eşya malikinin rızasıyla gerçekleştirildiğinde “*muhafaza altına alma*” olarak adlandırılmaktadır. Elkoyma bir koruma tedbiri olup, ceza muhakemesinin işleyişini garanti altına almayı sağlar ve geçicidir; bu nedenle elkoyma, müsadereye farklıdır²⁰¹.

Elkoyma ile müsadereyi karşılaştıracak olursak²⁰²:

- Elkoyma bir koruma tedbiri iken; müsadere TCK’da bir güvenlik tedbiri olarak düzenlenmiştir.
- Elkoyma mülkiyeti sona erdirmez iken; müsadere mülkiyeti sona erdirir.
- Müsaderenin uygulanması mutlaka bir suçun varlığına bağlı değildir. Ancak elkoymanın uygulanması için en azından bir suçun işlendiği şüphesinin mevcut olması gerekir.

Elkoyma ile muhafaza altına alma arasındaki farka işaret etmesi açısından şu Yargıtay kararı²⁰³ faydalı olacaktır: ‘*Sanığın yasak silah taşıma eylemine ilişkin; trafik kazası nedeniyle şüpheli sıfatıyla karakola getirilip üst araması sonucu Cumhuriyet Savcısının yazılı izniyle elkonulan sustalı bıçağın, elkoyma kararının Hâkim onayına sunulmaması nedeniyle hukuka aykırı olarak elde edilmiş kanıt kabul edilmiş ise de, 09.02.2006 tarihli tutanakta sanığın üzerinden çıkan bıçağı teslim etmekten kaçındığından söz edilmemesi karşısında, CYY’nin 123/1. maddesi uyarınca muhafaza altına alma işlemi ile yetinilmesi gerekirken yasaya aykırı olarak elkoyma işlemi yapılmasının hukuki sonuç doğurmayacağı ve öte yandan sanığın sustalı bıçak taşıdığını sorgusunda kabul etmesi ve kanıtların sadece elkoyma kararından ibaret olmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi (yasaya aykırıdır)...’ Kısacası, muhafaza altına alma işlemi ile alınmış bir eşya söz konusu ise ayrıca elkoyma kararına gerek bulunmamaktadır.*

Elkoymanın konusu şunlar olabilir: ispat aracı olarak yararlı görülen malvarlığı değerleri, eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri.

Bu koruma tedbiri için CMUK’ta, “zabıt”, “zapt”, “haciz” terimleri kullanılmıştır. CMK’da ve günümüz doktrininde, elkoyma terimi kullanıldığı için biz de çalışmamızda “elkoyma” terimini kullanacağız.

II. HUKUKSAL NİTELİK

A. Aramanın Hukuksal Niteliği

Adli arama, duruma göre kişi dokunulmazlığına, genel olarak özel yaşama, özel olarak da konut dokunulmazlığına yönelik müdahale oluşturan bir koruma tedbiridir²⁰⁴. Bu nedenle koruma tedbirleri için geçerli olan, hüküm verilmeden önce temel hak ve özgürlükleri sınırlama, geçici olma, araç olma, gecikmede sakınca ve oranlılık özellikleri adli arama

²⁰¹ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.426 ; Aynı görüş için bkz. Aldemir, Hüsnü, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Mart 2012, s.198 ; Ölmez, Aslan, s.6

²⁰² Özbek/Kanbur/Doğan..., s.426 ; Aynı görüş için bkz. Aldemir, Hüsnü, s.198 ; Ölmez, Aslan, s.6

²⁰³ 4. CD’nin 13.06.2011 T. 2009/10672 E. 2011/8117 K. sayılı kararı

²⁰⁴ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.495-496 ; Sırma, Özge, s.30 ; Aynı görüş için bkz. Eryılmaz, M.Bedri, s.36-37 ; Özbek, Veli Özer, s.20-21 ; Özelce, Cuma, s.8 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.14 ; Yalçın, Hüseyin, s.10-11 ; Bilen, Mesut, s.18 ; Çokmutlu, Metin, s.7 ; Açar, Mustafa, s.20 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.23-24

bakımından da aranır²⁰⁵. Aksi bir görüşe göre adli arama, koruma tedbiri niteliğinde olmayıp, delile ulaşmak için başvuru bir araştırma vasıtasıdır²⁰⁶. Ancak bu işlemin, bir araştırma vasıtası olarak kabulü, kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alacak şekilde koruma tedbirlerine paralel olarak düzenlenmesini engellemektedir²⁰⁷. Yasallık ilkesinin, kişi hak ve özgürlüklerini kısıtlayan hükümler açısından ceza muhakemesi hukukunda da geçerli olduğu hatırlandığında, koruma tedbirleri için öngörülen bütün teminatların bu işlem açısından da kabul edilmesi zorunludur²⁰⁸.

Adli arama temel haklara müdahale niteliğini iki boyutta gerçekleştirmektedir: birincisi olarak arama, icrası nedeniyle özel hayatın gizliliğini ihlal eder; ikinci olarak arama, arama sonucunda ele geçen taşınırların muhafaza altına alınması ve hatta müsadere edilebilmesi nedeniyle mülkiyet hakkına müdahale eder²⁰⁹.

Adli aramadan farklı olarak, önleme araması bir koruma tedbiri değil, önleme tedbiridir²¹⁰. Tehlike uzak ise önleme tedbirine, yakın ise koruma tedbirine başvurulması gerekmektedir²¹¹. Önleme araması, genel anlamda kamu güvenliğinin tehlikeye düşme ihtimaline karşı başvuru bir tedbir olup, burada uzak tehlike söz konusudur²¹². Kamu güvenliği tehlikeye düşmeden ve henüz bir suç işlenmeden gerçekleştirildiği için, önleme araması ceza muhakemesinin değil, idare hukukunun alanına giren bir işlemdir²¹³.

Biz tezimizde adli aramadan, sadece “arama” kelimesini kullanmak suretiyle bahsedeceğiz.

Anayasa'nın 20/2 maddesi ile 21. maddesinde kişinin üstünün, eşyalarının ve konutunun hangi sebeplerle ve hangi koşullar yerine geldiğinde aranacağı; arama kararının kimler tarafından verilebileceği ayrıntılı olarak düzenlenmiştir²¹⁴. Bunun yanında 4771 sayılı

²⁰⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.495-496 ; Sırma, Özge, s.30 ; Aynı görüş için bkz. Eryılmaz, M.Bedri, s.36-37 ; Özbek, Veli Özer, s.20-21 ; Özelce, Cuma, s.8 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.14 ; Yalçın, Hüseyin, s.10-11 ; Bilen, Mesut, s.18 ; Çokmutlu, Metin, s.7 ; Açar, Mustafa, s.20 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.23-24

²⁰⁶ Centel/Zafer, s.401

²⁰⁷ Centel/Zafer, s.401

²⁰⁸ Centel/Zafer, s.401

²⁰⁹ Bilen, Mesut, s.21

²¹⁰ Özelce, Cuma, s.12 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.10 ; Bilen, Mesut, s.16 ; Çokmutlu, Metin, s.7

²¹¹ Özelce, Cuma, s.12 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.10 ; Bilen, Mesut, s.16 ; Çokmutlu, Metin, s.7

²¹² Özelce, Cuma, s.12 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.10 ; Bilen, Mesut, s.17 ; Çokmutlu, Metin, s.7

²¹³ Özelce, Cuma, s.12 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.10 ; Bilen, Mesut, s.17 ; Çokmutlu, Metin, s.7

²¹⁴ AY m.20/2: ‘*Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranmaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*’

AY m.21: ‘*Kimsenin konutuna dokunulamaz. Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin konutuna girilemez, arama yapılamaz ve buradaki eşyaya el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*’

Kanunla, 03.08.2002 tarihinde PVSK m.9’da yapılan değişiklikle, polis tarafından yapılacak aramalar için usulüne göre verilmiş hâkim kararı ya da bu nedenlere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, diğer kanunlarda yetkili kılınmış merciin yazılı emri aranmıştır²¹⁵. AİHS m.8’de de, Anayasa m.20 ve 21’e paralel olarak özel yaşamın gizliliği güvence altına alınmıştır. AİHM, arama için hâkim kararı zorunluluğu aramamıştır (AİHS m.8/2). AİHM, arama konusunda özellikle ulusal hukukta kötüye kullanmalara karşı yeterli güvence bulunup-bulunmadığını araştırmakta, bu bağlamda özellikle aramayı haklı gösterecek yeterli şüphenin mevcut olup-olmadığı üzerinde durmakta; ayrıca aramanın oranlılığı açısından da bir inceleme yapmaktadır²¹⁶.

B. Elkoymanın Hukuksal Niteliği

Delil araçlarını veya müsadereye konu eşyayı güvence altına almak, şüpheli veya sanığı ele geçirmek amacıyla başvurulmuş elkoyma, kesin hükümden önce temel hak ve özgürlüklere (örneğin, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, mülkiyet) müdahale oluşturması nedeniyle bir koruma tedbiridir²¹⁷.

Elkoyma, çoğunlukla arama ile ilişkili olarak uygulanan bir koruma tedbiridir²¹⁸. Ancak sadece arama için verilmiş bir karar olması halinde, arama sonucunda bulunan eşyaya elkonulamaz; elkoyma için ayrıca veya arama kararıyla birlikte karar verilmiş olması gerekir²¹⁹. Bu elkoymanın yasada aramadan ayrı bir koruma tedbiri olarak düzenlenmesinin bir sonucudur²²⁰.

Elkoyma işlemi, muhakeme hukukunun diğer alanlarında da ortaya çıkan bir işlem türüdür. Medeni Muhakeme Hukuku’nda “*ihiyati tedbir*” (HMK m.389), İcra İflas Hukuku’nda ise “*ihiyati haciz*” (İİK m.257) adı altında düzenlenen önlemler de birer elkoyma olup; bunlar da hukuk dalları içinde, kişilerin haklarına kavuşmalarını güvence altına almaya yarar²²¹. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ile elkoymanın farkına değinecek olursak; elkoyma bir ceza hukuku kurumudur ve suçlulukla mücadeleyi amaçlar, diğerleri ise özel hukuk kurumlarıdır²²². İhtiyati tedbir dava konusu hakkı, ihtiyati haciz ise alacak borç ilişkisinden kaynaklanan takipleri güvenceye alır²²³. Bunlara mahkeme karar verirken, elkoymaya hâkim, gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı ve ona ulaşılamıyorsa kolluk amiri karar verecektir²²⁴.

Elkoyma, AİHS tarafından güvence altına alınmış mülkiyet hakkıyla yakından ilgili bir tedbirdir ve Anayasa m.35’de ‘*Herkes, mülkiyet ve miras hakkına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir...*’ şeklinde geçmektedir. Elkoyma bireylerin

²¹⁵ Sırma, Özge, s.30

²¹⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.496

²¹⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.507 ; Aynı görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan..., s.428 ; Ölmez, Aslan, s.11 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.14 ; Uğuz, İsmail, s.4 ; Erçakal, Taner, s.12 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.144

²¹⁸ Erçakal, Taner, s.13 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.46

²¹⁹ Erçakal, Taner, s.13 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.46

²²⁰ Erçakal, Taner, s.13 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.46

²²¹ Avşar, Yakup, s.47 ; Ölmez, Aslan, s.6 ; Yenisey/Nuhoğlu, s.408

²²² Ökten, Pınar, s.59

²²³ Ökten, Pınar, s.59

²²⁴ Ökten, Pınar, s.59

mülklerinde tasarruf etmesini sınırlayan bir özelliğe sahip olduğundan AİHM içtihatlarına da uygun olmak zorundadır²²⁵.

III. TARİHSEL GELİŞİM

A. Aramanın Tarihsel Gelişimi

Arama tedbirinin tarihsel gelişimi, devlet otoritesi ve ceza muhakemesinin tarihi gelişimiyle paralellik gösterir. İnsanlar topluluklar halinde yaşamaya başladıklarından beri, düzenin ve güvenliğin korunması gereğini duymuşlardır. Genel güvenlik ve düzenin korunması, önceleri toplumu oluşturan tüm bireylerin görevi iken, zamanla bu görev devlet tarafından oluşturulan uzmanlaşmış örgütlere devredilmiştir²²⁶.

*Eski Yunan*²²⁷'da bugünkü anlamda bir arama koruma tedbiri yoktu. Bir kurum olarak arama var olsa da, buna ilişkin yasal düzenlemeler bulunmamaktaydı. Var olan kurallar ise uygulamadan ortaya çıkan ve daha ziyade hırsızlık suçuna ilişkin meskende yapılan aramaya yönelikti.

*Roma Hukuku*²²⁸'nda da arama bir kurum olarak var olsa da bugünkü niteliği ve anlamından uzaktı. Bu dönemde arama daha çok bir delil aracı olarak kabul edilmekteydi ve aramanın bir çeşidi olan mesken araması şeklinde gerçekleştiriliyordu. Arama ile ilgili yazılı ilk düzenleme, Roma dönemine ait 12 Levha Kanunları'nda "*hırsızlık suçu*"na ilişkindir.

*Cermen ve Frank Hukuku*²²⁹'nda da, eski dönemlerde arama ile ilgili yazılı bir düzenleme bulunmamaktaydı. Ancak, milattan sonra 5. yüzyıldan itibaren aramaya ilişkin yasal düzenlemelerin ortaya çıkmaya başladığı görülür. Bu dönemde, kanunların yanında gelenekler de etkili olmaya devam etmiştir. Bu hukuk sisteminin geçerli olduğu dönemde geceleyin evde arama yapılması mümkün değildi.

1789 Fransız İhtilali ile birlikte oluşan liberal akımın etkisiyle, devlet gücünün kötüye kullanılmasını önleyen ve bireyi koruyan bir muhakeme sistemi oluşturulmuştur²³⁰. Bu dönemde '*sanık, suçlu olduğu sabit oluncaya kadar masum sayılır*' temel ilkesi hâkim olmuştur²³¹. Bu akımın etkisi ile hazırlanan 1849 tarihli ACMK'nın 140. maddesinde konut dokunulmazlığı koruma altına alınmış, konutta yapılacak arama işleminin koşulları

²²⁵ Ökten, Pınar, s.60

²²⁶ Yalçın, Hüseyin, s.32 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.20 ; Açar, Mustafa, s.32 ; Ozan, Onan, s.7 ; Aksoy, Şemsettin, s.10-11 ; Baki, Yunus, s.9

²²⁷ Özbek, Veli Özer, s.36 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.8 ; Yalçın, Hüseyin, s.33 ; Çokmutlu, Metin, s.20 ; Açar, Mustafa, s.32-33 ; Baki, Yunus, s.9

²²⁸ Özbek, Veli Özer, s.36 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.33 ; Çokmutlu, Metin, s.20 ; Açar, Mustafa, s.33 ; Erdagöz, Özcan, s.51 ; Baki, Yunus, s.9

²²⁹ Aksoy, Şemsettin, s.13 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.37-38 ; Yalçın, Hüseyin, s.34 ; Onan, Ozan, s.9-10 ; Erdagöz, Özcan, s.52-53 ; Avşar, Yakup, s.9-10

²³⁰ Yalçın, Hüseyin, s.34 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.21 ; Açar, Mustafa, s.33 ; Onan, Ozan, s.10 ; Aksoy, Şemsettin, s.13

²³¹ Yalçın, Hüseyin, s.34 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.21 ; Açar, Mustafa, s.33 ; Onan, Ozan, s.10 ; Aksoy, Şemsettin, s.13

belirlenerek bu konuda keyfiliğe izin verilmemesi hedeflenmiştir²³². Aydınlanma çağı olarak adlandırılan bu dönemde, sanığın korunması asıl amaç olduğundan, ona yönelik soruşturma işlemlerinin yapılmasında ve bu bağlamda arama tedbirinin uygulanmasında da genel bir kısıtlama olduğundan söz edilebilir²³³.

*İslam Hukuku*²³⁴,nda arama konusunda açık ve ayrıntılı bir düzenleme bulunmasa da, özel hayatın gizliliğine ve konut dokunulmazlığına özel bir önem verilmekteydi. Devlet kuvvetleri ancak suçüstü hallerinde veya mahkeme kararıyla konuta girebilmekteydi. Bu haller dışında başkasının konutuna girilebilmesi mümkün değildi. Kur'an da başkasının evine ancak onun izniyle ve kapıdan girilebileceği emredilmiştir. Bu kurala aykırı davranılması suç olarak kabul edilmiş, bu yöntemle elde edilen delillerin de ceza yargılamasında kullanılmasına izin verilmemiştir.

Osmanlı Devleti'nde arama, 1876 Anayasası ve 1879 tarihli Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu çıkarılana kadar İslam Hukuku uygulamasına göre icra edilmiştir.

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde, bu dönemin ilk Anayasası olan 1921 Anayasası'nda aramaya ilişkin herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Anayasanın yapıldığı dönemin, İstiklal Savaşı yılları olan olağanüstü bir döneme ait olması ile bu durum açıklanabilir. 1924 Anayasası'nın ise 76. maddesinde arama ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, '*Kanunda yazılı usul ve haller dışında kimsenin konutuna girilemez ve üstü aranamaz.*'

1961 Anayasası'nda özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını güvence altına alan düzenlemeler bulunmaktadır. Özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı söz konusu Anayasa'nın 15. ve 16. maddelerinde aynı isimler altında düzenlenmiştir.

1982 Anayasası'nın ise 20. ve 21. maddelerinde özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığına ilişkin hükümler bulunmaktadır. 20. maddede herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı, 21. maddede, kimsenin konutuna dokunulamayacağı vurgulanmıştır.

1982 Anayasası'nda 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı yasa ile değişiklik yapılmadan önce özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak tıpkı 1961 Anayasası'nda olduğu gibi, '*Adli kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır.*' şeklinde hüküm bulunmaktaydı. Ancak söz konusu kanunla yapılan değişiklikle bu hüküm madde metninden çıkarılmıştır. Ayrıca yapılan bu değişiklikle 13. maddedeki genel sınırlama sebepleri anayasadan çıkarılmış ve her bir özgürlükle ilgili sınırlama sebepleri özgürlüklerin düzenlenmiş olduğu ilgili maddelerde her bir özgürlüğe özgü olarak ayrıca düzenlenmiştir.

²³² Yalçın, Hüseyin, s.34 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.21 ; Açar, Mustafa, s.33 ; Onan, Ozan, s.10 ; Aksoy, Şemsettin, s.13

²³³ Yalçın, Hüseyin, s.35 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.21 ; Açar, Mustafa, s.33 ; Onan, Ozan, s.10 ; Aksoy, Şemsettin, s.14

²³⁴ Onan, Ozan, s.10 ; Aynı görüş için bkz. Yalçın, Hüseyin, s.35 ; Çokmutlu, Metin, s.21 ; Açar, Mustafa, s.33-34 ; Aksoy, Şemsettin, s.14

Cumhuriyet döneminde arama konusu ile ilgili olarak Anayasa'dan sonraki en temel ve teferruatlı düzenleme 1929 tarih ve 1412 sayılı CMUK olup; bu kanun 2005 tarih ve 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmıştır²³⁵. Mülga CMUK'taki arama ile ilgili hükümler Alman CMUK'taki hükümlerin hemen hemen aynen tercümesiyken; 5271 sayılı yeni CMK, mülga CMUK gibi tümüyle Alman CMUK'tan alınmamıştır²³⁶. Mülga CMUK ile CMK arasında arama konusu ile ilgili olarak genel anlamda paralellik bulunmakla birlikte bir kısım farklılıklar da bulunmaktadır²³⁷. Ayrıca, PVSK, OHAL Kanunu gibi bazı kanunlarda da, kanunların kendi düzenleme alanı ile ilgili olarak, arama konusunda hükümler bulunmaktadır²³⁸.

B. Elkoymanın Tarihsel Gelişimi

Temel hak ve özgürlükler açısından önemli bir yere sahip olan mülkiyet hakkının toplumların demokratik ve sosyal yapılarına göre tarihin boyunca tartışmalara ve hatta çatışmalara neden olduğu görülmüştür. Mülkiyet hakkıyla ilgili olan zilyetliği sınırlaması, hatta bir süreliğine sona erdirmesi sonucunu doğurabilecek bir yaptırım olarak elkoyma kurumu da bu değişime göre sürekli farklılık göstermiştir²³⁹.

*Eski Roma Hukuku*²⁴⁰'nda kanun tarafından düzenlenmiş bir elkoyma müessesesinden bahsetmek mümkün değildir. Bununla birlikte elkoymanın ön aşamasını teşkil eden bir takım hukukî işlemlere eski Roma hukukunda rastlanmaktaydı. Bu devirde uygulanmakta olan itham sisteminde şahitliğin yanı sıra ev defteri gibi özel nitelikte olan belgeler de delil kıymetine haizdi. Davacı olan şahıs, şüpheli kişinin evinde bu tür maddi ispat vasıtalarının ortaya çıkarılması amacıyla şekle tabi bir arama yapma ve bulduğu eşya üzerine elkoyma hakkına sahipti. Bundan başka, resmî makamlar tarafından da arama ve elkoyma gibi tedbirlere başvurulabilmekteydi, özellikle devlete karşı işlenen suçlarda, sanığın elinde bulunan belgelere ve sair ispat vasıtalarına elkonulabilirdi.

Ortaçağın ikinci yarısında ise, Kilise Hukuku'nun etkisiyle itham sistemi terk edilip yerine tahkik sistemi getirildi²⁴¹. Bununla hâkim, hem davacı, hem de hüküm veren kişi; suçtan zarar gören ise önemli bir tanık; sanık ise soruşturma konusu oldu²⁴². Her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin bulunması temel prensip, ikrar da en önemli delil sayıldı ve bu düzenlemenin tabii sonucu olarak da işkence olağan hale geldi²⁴³.

*İslam Hukuku*²⁴⁴'nda, elkoyma ile ilgili doğrudan bir müessese bulunmasa da, ilk devirlerden itibaren müsadereye tabi eşya ve müsadere uygulaması mevcuttur. İslam hukukunda bazı eşyaların Müslümanlar nezdinde bulunması suçtur ve bulunduğu takdirde

²³⁵ Avşar, Yakup, s.18 ; Erdagöz, Özcan, s.63

²³⁶ Avşar, Yakup, s.18 ; Erdagöz, Özcan, s.63

²³⁷ Avşar, Yakup, s.18 ; Erdagöz, Özcan, s.63

²³⁸ Avşar, Yakup, s.18 ; Erdagöz, Özcan, s.63

²³⁹ Erçakal, Taner, s.19-20

²⁴⁰ Erçakal, Taner, s.20-21 ; Aynı görüş için bkz. Açar, Mustafa, s.125 ; Uğuz, İsmail, s.29-30 ; Avşar, Yakup, s.52

²⁴¹ Avşar, Yakup, s.53

²⁴² Avşar, Yakup, s.53

²⁴³ Avşar, Yakup, s.53

²⁴⁴ Avşar, Yakup, s.59 ; Açar, Mustafa, s.125

zapt ve müsaderesi gerekir. Özellikle bu yasak eşyalardan şarap ve domuz eti en çok bilinenlerdendir. İslam hukukunda müsaderenin amacı, suçluya mani olmak, suç işlenmesini önlemektir. Genellikle suç eşyası imha edilmek maksadıyla müsadere edilmektedir. İslam hukukunda, mesken masuniyeti ve özel hayatın gizliliği kabul edilmiştir. İslam'a göre başkalarının meskenlerine girerken izin istenmeli, izin verilmezse oraya girilmemelidir. Devlet kuvvetlerinin bir eve girmesi suçüstü halleri dışında, ancak hâkim kararı ile mümkündür.

*Osmanlı Devleti*²⁴⁵'nde, 1879 yılında kabul edilen Usul-ü Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun elkoymaya dair hükümleri, 1412 sayılı CMUK yürürlüğe girene kadar uygulanmıştır. Kanunun 32. maddesinde savcılık makamının, suçta kullanılan her türlü eşya, silah, suçtan husule gelen eşya veya olayı aydınlatmaya yarayacak eşyaya elkoymak ve olayın açıklanmasını sağlamak için sanığa göstermek mecburiyetinde olduğunu belirtmektedir. Bu işlemten sonra tutulan tutanak sanık tarafından imzalanmalıdır. Eğer sanık imzadan çekinirse bu husus da tutanakta belirtilmelidir. Fiilin türünden sanık nezdinde bulunan kâğıt ve eşyanın olayın aydınlatılması açısından faydalı olacağı anlaşılıyorsa savcılık, gecikmeden sanığın evini aramalıdır (m.33). Sanığın evinde bulunan kâğıt ve yazılar, suçu açıklıyor veya sanığın beraatini gerektiriyorsa bu durumda da savcılık bir tutanak tutmak suretiyle söz konusu eşyaya elkoyar (m.34). Aynı yasanın 35. maddesine göre elkonulan eşya mümkünse bağlanıp mühürlenmelidir. Bu eşyanın dışına yazı yazmak mümkün olmadığı hallerde, bir kasa veya çuval içine konmalı ve bir bantla tespit edilerek savcılığın mührü basılmalıdır. Kanunun 36. maddesinde ise, burada bahsedilen muamelelerin, sanık yakalanmışsa onun huzurunda, eğer kendisi bulunmak istemezse bir temsilcisinin mevcudiyetiyle, imzalarının da alınmak suretiyle yapılacağı belirtilmektedir. Böylece emniyet altına alınan eşya, kolay teşhis edilebilecektir. Bu dönemde arama ve elkoyma yetkisini hâkime veren İslam Hukuku hükümlerinin de yürürlükte bulunduğu unutulmamalıdır.

“Aramanın Tarihsel Gelişimi” başlığı altında, Cumhuriyet dönemiyle ve bu dönemde yer alan anayasalarla ilgili yaptığımız açıklamalar bu başlık için de geçerlidir. Ayrıca, Anayasa'nın 28. maddesinde de basılmış eserlere elkoyma konusu düzenlenmiştir.

CMUK'taki konumuzla ilgili hükümler, değişikliğe uğramadan günümüze kadar gelmiş olup; bu kanun, 5271 sayılı CMK ile yürürlükten kaldırılmıştır. Elkoyma koruma tedbiri, CMK'da 123 ile 134. maddeler arasında düzenlenmiştir.

IV. ARAMA VE ELKOYMAYA HÂKİM OLAN İLKELER

A. Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasa'sının 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, lâik ve sosyal bir “*hukuk devleti*” olduğu belirtilmektedir.

²⁴⁵ Erçakal, Taner, s.29-30 ; Avşar, Yakup, s.61

Anayasa Mahkemesi²⁴⁶, bir kararında hukuk devletini, ‘*eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa’ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlet*’ olarak tanımlamıştır.

Ceza muhakemesi hukuku açısından hukuk devleti, suç ve suçlulukla insan hakları ihlallerine yol açmadan mücadele eden, maddi gerçeğe bu tür ihlallere sebep olmadan ulaşmaya çalışan devlettir²⁴⁷.

Hukuk devleti üç sütun üzerine inşa edilmiştir. Bunlar²⁴⁸:

- 1) İnsan haklarının gerçekleştirilmesi,
- 2) Adaletin sağlanması,
- 3) Güvenliğin temin edilmesidir.

Buna göre hukuk devleti, insan haklarına saygılı temel hak ve özgürlüklerin yaşatılmasını hedefleyen, adaleti sağlayan ve bunun için öncelikle toplumsal düzen ve güvenliği temin eden bir yönetim biçimidir.

Toplum halinde yaşamının ön şartı olan güvenlik ve sosyal düzen, aynı zamanda hukuk devletinin de ilk şartıdır. Hukuk devletinin bir diğer şartı da, kanunla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız mahkemelerin bulunması, adil yargılanma koşullarının sağlanmış olmasıdır.

Hukuk devletinin kişi hak ve özgürlüklerine verdiği değer, bu hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan koruma tedbirlerini de etkiler. Gerçekten, her bir koruma tedbirinin geçici olarak askıya aldığı bir veya birden fazla hak ve özgürlük vardır. Hukuk devletinin, arama ve elkoyma tedbirine başvurusu ile kişi hak ve özgürlüklerine yapacağı müdahale arasında adil bir denge olmalıdır. Temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınmadığı, hukukun evrensel kurallarına saygı gösterilmediği ve adaletli bir düzenin gerçekleşmediği bir ortamda hukuk devletinden söz edilemez.

Temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren arama tedbirinin, yasalarda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, belirli koşullara bağlanması ve yargısal denetime açık olması gerekir²⁴⁹. Arama tedbirine başvurulması gereken durumlarda ise temel hak ve özgürlüklerin korunması ile toplumsal düzen ve güvenliğin sağlanması arasındaki hassas dengenin korunması gerekir²⁵⁰. Bu dengenin korunamaması keyfi uygulamalara yol açacağından bunun sonucunda hukuk devleti ilkesi zarar görecektir²⁵¹.

²⁴⁶ Genel Kurul’un 18.01.2017 T. 2016/136 E. 2017/9 K. sayılı kararı

²⁴⁷ Erdagöz, Özcan, s.29 ; Bilen, Mesut, s.22 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.26

²⁴⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.109 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.9 ; Açar, Mustafa, s.22 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.18 ; Yalçın, Hüseyin, s.15-16 ; Erdagöz, Özcan, s.30 ; Aksoy, Şemsettin, s.15-16 ; Erçakal, Taner, s.32-33 ; Arslan, Tülay, s.9 ; Baki, Yunus, s.12

²⁴⁹ Özelce, Cuma, s.16 ; Özbek, Veli Özer, s.24

²⁵⁰ Özelce, Cuma, s.16 ; Özbek, Veli Özer, s.24

²⁵¹ Özelce, Cuma, s.16 ; Özbek, Veli Özer, s.24

Hukuk devleti ilkesine, elkoyma koruma tedbiri açısından bakıldığında, Anayasa'nın 35. maddesinde düzenlenen mülkiyet hakkı dikkat çekmektedir. Zira bu maddeyle elkoyma ile mülkiyet hakkına önemli sınırlamalar getirilmektedir. Burada önemli olan elkoymanın, ancak hukuk devletini fiilen gerçekleştirme amacı ile yapılmasıdır. Anayasa'nın ve kanunun öngördüğü esaslara uyulmadan yapılan elkoyma hukuk devleti ilkesinin ihlali demektir²⁵².

Hukuk devleti ilkesinin bir gereği de bağımsız mahkemelerce verilen kararların denetlenebilmesidir. Bu sayede, arama ve elkoyma işlemine maruz kalan kişiler, kendileri hakkında uygulanan bu kararlara itiraz edebilecek ve hukuk devleti ilkesi gereği, bu kararların denetimi sağlanacaktır.

B. Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İnsan hayatının, genel ve özel olmak üzere iki temel yönü vardır. Hayatın genel yönü, kişinin herkese açık olan alenî davranışları olup, konumuz dışında kalmaktayken; hayatın özel yönü ise, özel hayat ve hayatın gizli alanı olmak üzere iki bölüme ayrılmaktadır²⁵³. Hayatın gizli alanı kişinin inançları, cinsel yaşamı, vicdani kanaati gibi kendisine özgü dünyası olup, müdahalelere karşı etkili bir korumanın konusunu oluşturur²⁵⁴. Özel hayatı ise daha çok aile bireyleri, yakın arkadaş çevresi ve akrabaları ile olan ilişkilerini içerir ve yine müdahalelere karşı koruma altında olmakla birlikte, bu koruma hayatın gizli alanındaki korumaya göre daha gevşek bir konumdadır²⁵⁵.

Kişinin özel hayatına, Anayasa'da belirtilen sebeplerle ve ancak kanunla ve zorunluluk halinde müdahale edilebilmesi kabul edilmesine karşın, özel hayatın gizli alanına müdahale söz konusu olamaz²⁵⁶. Hayatın gizli alanı mutlak dokunulmazlığa sahip olduğundan, bu alana müdahale anlamına gelecek arama işlemi de gerçekleştirilemez; aksi halde bu arama işlemi hukuka aykırı olacaktır²⁵⁷.

Arama ve elkoyma koruma tedbirleri başta olmak üzere, koruma tedbirlerinin çoğu, kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal sonucunu doğurur. Bu ihlallerin önüne geçmek için hem ulusal hem de uluslararası alanda kanuni düzenlemeler yapılmıştır. AY m.20, 21, ve 22'de ve AİHS m.8'de, bireylerin devletin müdahalelerinden korunmuş, dokunulmaz bir alana sahip buldukları açıkça ifade edilmiştir.

Anayasa'nın ilgili maddelerinden çıkan sonuca göre²⁵⁸: 'aramanın (CMK m.116 vd.); elkoymanın (CMK m.123) yani, basit elkoymanın, basılmış eserlere elkoymanın, yani basılmış eserlere basit elkoyma ile toplatmanın, postada elkoyma ve haberleşmenin denetlenmesinin, kaçaklara ilişkin elkoymanın ve diğer elkoyma türlerinin kanunlarda ve

²⁵² Ölmez, Aslan, s.13

²⁵³ Akbey, Evren, *Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi*, (Danışman:Prof.Dr.Ioanna Kuçuradi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-314074), s.56 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.28 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.24-25

²⁵⁴ Akbey, Evren, s.56 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.28 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.25

²⁵⁵ Akbey, Evren, s.56 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.28 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.25

²⁵⁶ Onan, Ozan, s.16 ; Erdagöz, Özcan, s.42 ; Arslan, Tülay, s.17

²⁵⁷ Onan, Ozan, s.17 ; Erdagöz, Özcan, s.42 ; Arslan, Tülay, s.17

²⁵⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.138

kanun haline getirilmiş bulunan uluslararası sözleşmelerde aranan şartları gerçekleşmedikçe bu koruma tedbirlerine başvurulamayacaktır. Bu şartların gerçekleşmiş bulunup-bulunmadığı yetkililerce hukuk devleti ilkesi esaslarına uygun olarak titiz bir şekilde araştırılacak; şartlardan biri gerçekleşmiş değilse, arama ve/veya elkoyma yapılamayacaktır.’

Arama ve elkoyma tedbirleri ile kişinin hayatının özel yönüne müdahale edileceği zaman, bundan beklenen fayda ile ihlâl edilen menfaat arasındaki denge her zaman gözetilmek zorundadır. Denge, ihlâl edilen menfaat lehine bozulduğu an hayatın özel alanı yani, özel hayatın gizliliği ihlâl edilmiş olur.

C. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

Onur, insana; bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür, insanın hür iradesidir²⁵⁹. İnsan onurunun korunmadığı bir ortamda diğer temel hakların bir anlamı kalmayacağından, insan onuru bütün temel hakların özüdür; dolayısıyla insan onurunun korunması, özgürlükçü demokrasilerin ve hukuk devletinin işlevini sağlayabilmesi için vazgeçilmez bir koşuldur²⁶⁰.

İnsan onuruna saygı ancak hukuk devletinde mümkündür. İnsan onuru, dil, ırk, renk, cinsiyet, din ve siyasi düşünce gibi farklılıklar gözetilmeksizin herkesin sahip olduğu, korunması gerekli bir değerdir²⁶¹. Şüpheli, sanık ya da hükümlü olmak da insan onurunu ortadan kaldırmayacağı gibi onun belli bir süre askıya alınmasını da gerektirmez²⁶².

Yargıtay²⁶³ bir kararında insan onurunun önemine şu şekilde vurgu yapmıştır: ‘*Hukuk devleti kişilere huzurlu, onurlu ve özgür bir ortam ve yaşam sunmayı garanti eder... insan onuru her tür değer üzerinde. Nasıl ki devlet, her vatandaşının onurunu korumakla yükümlü ise, suçluluğu ispatlanıncaya kadar şüphelinin de onuruna saygı göstermek, onu incitebilecek her türlü davranıştan kaçınmak zorundadır... Ceza yargılamasında maddi gerçeğin aranması amaçtır. Bunun sonucu olarak bu hukuk dalında her şey delil olur ilkesi geçerlidir. Fakat bu ilke sınırsız değildir. Bu ilkenin sınırı, insanlık onuru ve yasaların tanıdığı sınırlar içinde delil elde etmek ve bunları yargılamada kullanmaktır. Burada vurgulanması gereken nokta, çağdaş ceza yargılamasında her şeye rağmen gerçeğin bulunması sonucunun artık reddedilmesi gerektiğidir.*’

İnsan onurunun korunması ilkesi, temel hak ve özgürlüklere meşru bir müdahale sırasında, kişiye, sırf insan olması dolayısıyla, ruhsal ve bedensel bütünlüğüne ve sosyal yaşamına değer verilmesi ve saygı gösterilmesini isteme hakkını belirtmektedir²⁶⁴. Adli veya

²⁵⁹ Özelce, Cuma, s.21 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.25 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.113 ; Yalçın, Hüseyin, s.22-23 ; Çokmutlu, Metin, s.14 ; Açar, Mustafa, s.28 ; Onan, Ozan, s.13 ; Erdagöz, Özcan, s.31

²⁶⁰ Özelce, Cuma, s.21 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.25 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.113 ; Yalçın, Hüseyin, s.22-23 ; Çokmutlu, Metin, s.14 ; Açar, Mustafa, s.28 ; Onan, Ozan, s.13 ; Erdagöz, Özcan, s.31

²⁶¹ Özelce, Cuma, s.21 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.25 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.113 ; Yalçın, Hüseyin, s.22-23 ; Çokmutlu, Metin, s.14 ; Açar, Mustafa, s.28 ; Onan, Ozan, s.13 ; Erdagöz, Özcan, s.31

²⁶² Özelce, Cuma, s.21 ; Aynı görüş için bkz. Özbek, Veli Özer, s.25 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.113 ; Yalçın, Hüseyin, s.22-23 ; Çokmutlu, Metin, s.14 ; Açar, Mustafa, s.28 ; Onan, Ozan, s.13 ; Erdagöz, Özcan, s.31

²⁶³ CGK'nın 15.03.2005 T. 2005/10-15 E. 2005/29 K. sayılı kararı

²⁶⁴ Akbey, Evren, s.54

önleme araması işleminin kanuna uygun olması yanında, işlemin icrasının da hukuka ve insan haklarına uygun şekilde yerine getirilmesi; yanıltıcı ve amacı aşan davranış şekillerinden kaçınılması insan onuruna saygı ilkesinin bir gereğidir²⁶⁵. Anayasal açıdan sadece ahlaki değil, aynı zamanda yasalarla korunan insan onurundan vazgeçmek mümkün değildir; bu nedenle insan onurunun dokunulmazlığının ihlali ile elde edilen deliller bir olayın aydınlatılmasına yardımcı olsa bile, bu deliller ret edilecek (CMK m.206/2a); hakları ihlal edenin rızası olsa dahi geçersiz sayılacaktır²⁶⁶.

Hayatın gizli alanına yapılan müdahaleler de, insan onurunun doğrudan doğruya ihlalidir²⁶⁷.

Anayasa'nın 17/3 maddesindeki '*... kimse insan haysiyeti ile bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*' hükmü dolayısıyla, bir ceza muhakemesi işlemi olan elkoyma da, insan haysiyeti dikkate alınarak icra edilecek ve bu değere aykırı olarak uygulanan elkoyma, hukuka uygun sayılamayacaktır.

Canlı insan vücudu, insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin bir gereği olarak, eşya niteliğinde olmadığı için elkoyma işleminin konusu olamaz²⁶⁸.

D. Orantılılık İlkesi

Orantılılık (ölçülülük) ilkesi, 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla yapılan anayasa değişikliği sonucunda 1982 Anayasa'sına girmiştir. Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması başlıklı 13. maddede, '*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet'in gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*' denilmek suretiyle bu ilke vurgulanmıştır.

Ceza muhakemesi hukuku açısından orantılılık ilkesi, 'bir ceza muhakemesi işleminin yapılması ile ulaşılmaya umulan yarar ve ortaya çıkması olanak içinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunmasını, oransızlığın bulunması halinde bu işlemin yapılmamasını' ifade eder²⁶⁹.

Orantılılık ilkesinin amaç ve işlevi, temel hak ve özgürlükleri güvence altına almak için kamu gücünü hak ve özgürlükler lehine sınırlandırmak, müdahalelerde aşırılığa gidilmesini önlenmektir²⁷⁰. Orantılılık ilkesine göre, iki menfaat arasında makul bir oran bulunması esastır. Kolluk daha hafif bir tedbir ile sonuca ulaşıyor ise ağır olan tedbir uygulamamalıdır.

Arama koruma tedbiri temel hakları ihlal ettiği için aramada orantılılık ilkesi çok özel bir anlama sahiptir. Bu ilkeye göre, arama yapılmasıyla sağlanacak fayda, arama yapılması ile kişi haklarına verilecek zarardan daha önemli görülüyorsa ya da arama yapılması durumunda

²⁶⁵ Akbey, Evren, s.54

²⁶⁶ Akbey, Evren, s.54

²⁶⁷ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.115 ; Özbek, Veli Özer, s.27 ; Aksoy, Şemsettin, s.25

²⁶⁸ Ölmez, Aslan, s.15

²⁶⁹ Özbek, Veli Özer, s.33 ; Avşar Yakup, s.87

²⁷⁰ Özelce, Cuma, s.24

istenilen amaca ulaşıldığında elde edilecek faydanın önemi aramanın hiç yapılmamasına tercih edilebiliyorsa arama yine yapılmalıdır²⁷¹. Buna karşın arama ile ihlal edilecek hakkın önemi arama sonucu elde edilecek faydadan daha önemliyse bu kez orantılılık ilkesi gereği arama yapılmamalıdır²⁷².

Arama tedbirine başvurmakta amaç, yakalama ve delil elde etme olduğuna göre, şüpheli veya sanık yakalanmış ya da deliller elde edilmişse, artık arama tedbirine başvurmaya gerek yoktur; zira aramaya başvurulması, ulaşılmak istenen yararı elde etmeye elverişli ve gerekli değildir²⁷³. Tam tersine temel hak ve özgürlüklere getireceği sınırlama ile bir zararı ifade eder²⁷⁴.

Kısacası arama tedbiri yönünden, “*orantılılık ilkesi*”nin varlığından söz edebilmek için²⁷⁵: arama tedbirine başvurulmasına gerekçe gösterilen olay veya suç ile başvuru arama tedbirinin orantılı olması, arama işlemiyle amaca ulaşılabileceğine dair makul şüphe veya haklı sebepler bulunması, arama işleminin amacına uygun olarak icra edilmesi gerekir.

Elkoyma tedbiri ise, iki menfaat arasında makul bir oran bulunduğu takdirde uygulanabilecektir: yani tedbirin amacı delil elde etmekse ve bu delile daha hafif bir tedbir veya yöntemle ulaşılabilecekse, daha az mahrumiyeti gerektiren ikame tedbirlerine müracaat edilmelidir²⁷⁶. Aksi takdirde hukuka aykırılık söz konusu olacaktır²⁷⁷.

E. Adil Yargılanma İlkesi

Anayasamızın 36. maddesinde, ‘*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir*’ hükmüne yer verilerek, adil yargılanma hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Bu ilke ayrıca, AİHS’in 6. maddesinde de düzenlenmiştir²⁷⁸.

²⁷¹ Çalışır, Kurtuluş Tayanç, s.15

²⁷² Çalışır, Kurtuluş Tayanç, s.15

²⁷³ Özbek, Veli Özer, s.33-34 ; Yalçın, Hüseyin, s.22 ; Çokmutlu, Metin, s.13 ; Açar, Mustafa, s.26-27 ; Erdagöz, Özcan, s.44

²⁷⁴ Özbek, Veli Özer, s.34 ; Yalçın, Hüseyin, s.22 ; Çokmutlu, Metin, s.13 ; Açar, Mustafa, s.27 ; Erdagöz, Özcan, s.44

²⁷⁵ Yalçın, Hüseyin, s.22 ; Çokmutlu, Metin, s.14 ; Açar, Mustafa, s.27

²⁷⁶ Ölmez, Aslan, s.14

²⁷⁷ Ölmez, Aslan, s.14

²⁷⁸ AİHS m.6: ‘1)Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar aleni olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir. 2)Bir suç ile itham edilen herkes, suçluluğu yasal olarak sabit oluncaya kadar masum sayılır. 3)Bir suç ile itham edilen herkes aşağıdaki asgari haklara sahiptir: a)Kendisine karşı yöneltilen suçlamanın niteliği ve sebebinden en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak haberdar edilmek; b)Savunmasını hazırlamak için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olmak; c)Kendisini bizzat savunmak veya seçeceği bir müdafinin yardımından yararlanmak; eğer avukat tutmak için gerekli maddi olanaklardan yoksun ise ve adaletin yerine gelmesi için gerekli görüldüğünde, resen atanacak bir avukatın yardımından ücretsiz olarak yararlanabilmek; d)İddia tanıklarını sorguya çekmek veya çektirmek, savunma tanıklarının da iddia tanıklarıyla aynı koşullar altında

Ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın, hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunla öngörülmüş bulunan esaslar çerçevesinde yapılmasıdır²⁷⁹.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; Batılı ülkelerde **silah eşitliği** olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem ilkesi içinde mütalaa ettiğimiz ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder²⁸⁰. Silah eşitliği demek, ülkemizin de dâhil bulunduğu Kıta Avrupa Hukuk Sistemi'ne göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir²⁸¹. Bugün silah eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları **gerçekten** kullanabilmesidir²⁸².

AİHM kararlarına göre soruşturma evresini de kapsayan bu temel ilkeye göre altı alt unsurun uygulamada bir arada göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Buna göre; adil yargılamanın unsurları şunlardır²⁸³:

- 1) Bağımsızlık ve tarafsızlık,
- 2) Kanunla kurulmuş mahkeme,
- 3) Makul sürede yargılama,
- 4) Aleniyet,
- 5) Denetim,
- 6) Silahların eşitliği; şüpheli veya sanığın savunma için gerekli zaman ve kolaylıklara sahip olması.

Bu ilke arama tedbiri açısından değerlendirildiğinde; suç delillerine ulaşmak veya suç faillerini yakalamak amacıyla yapılacak bir arama sırasında sürecin kolaylaştırılmasını sağlamak adına hakkında arama tedbiri uygulanacak kişi aleyhine hileli ve dürüst olmayan yöntemlerin izlenmesi kabul edilemez bir durumdur. Hâkim kararı olmadan veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise yetkili merciin yazılı emri alınmadan yapılan arama kadar usulüne uygun bir arama kararına dayanan fakat kanunda belirtilen esaslara aykırı olarak yapılan bir arama da adil yargılama ilkesine aykırılık oluşturacaktır.

F. Maddi Gerçeğin Araştırılması İlkesi

Ceza muhakemesi hukukunda, hukuk muhakemesi hukukundan farklı olarak, şekli gerçeğe yetinilmeyip, işin esası yani maddi gerçek araştırılır. Ceza muhakemesinde soruşturma ve kovuşturma organları maddi gerçeği re'sen araştırmakla yükümlüdür²⁸⁴. Maddi

davet edilmelerinin ve dinlenmelerinin sağlanmasını istemek; e)Mahkemede kullanılan dili anlamadığı veya konuşamadığı takdirde bir tercümanın yardımından ücretsiz olarak yararlanmak.

²⁷⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.119 ; Ölmez, Aslan, s.16 ; Özelce, Cuma, s.25-26 ; Çokmutlu, Metin, s.16 ; Açar, Mustafa, s.30

²⁸⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.119 ; Yalçın, Hüseyin, s.29 ; Çokmutlu, Metin, s.17 ; Açar, Mustafa, s.31

²⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.119 ; Yalçın, Hüseyin, s.29 ; Çokmutlu, Metin, s.17-18 ; Açar, Mustafa, s.31

²⁸² Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.119 ; Yalçın, Hüseyin, s.29 ; Çokmutlu, Metin, s.18 ; Açar, Mustafa, s.31

²⁸³ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.121

²⁸⁴ CMK m.160: '1)Cumhuriyet Savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar. 2)Cumhuriyet Savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi

gerçek araştırılırken delillere ihtiyaç duyulur. Ceza muhakemesinde, hukuk muhakemesinin aksine, delil serbestliği ilkesi geçerlidir. Bu konuda her türlü delile başvurulabilir.

Maddi gerçeğin bulunması için başvurulabilecek delillerin akla uygun olması, olayla ilgili ve sonuca etkili olması ve en önemlisi hukuka uygun olması gerekir²⁸⁵. Ceza muhakemesi hukukunda arama işlemi, maddi gerçeğin araştırılması için gerçekleştirilen bir koruma tedbiri olup, olayın aydınlatılması için delil bulmak amacıyla kullanılan araçlardan biridir²⁸⁶.

Elkoyma işlemi de diğer koruma tedbirleri gibi maddi gerçeğe ulaşmaya hizmet eden bir koruma tedbiridir. Ancak bir hukuk devletinde, maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılması kabul edilmemekte; delil yasakları ile bu ilkeye bazı sınırlamalar getirilmektedir²⁸⁷.

V. AMAÇ

A. Aramanın Amaçları

Arama, şüpheli veya sanığın yakalanması ve/veya delil olarak elkonulabilecek şeylerin ele geçirilmesine yönelik olduğuna göre aramanın iki amacından söz edilebilir: yakalama ve elkoyma. Arama koruma tedbiri bu amaçlardan sadece birine yönelik olabileceği gibi her iki amacı da taşıyabilir²⁸⁸. Aramanın her iki amacına bakıldığında, ikisinin de ayrı birer koruma tedbiri olduğu görülmektedir. Arama tedbiri, yakalama ve elkoyma tedbirlerine aracılık ederek, bunların ön basamağını oluşturur; dolayısıyla arama, araç bir koruma tedbiridir²⁸⁹. Bu açıdan arama tedbirinin doğrudan amacının yakalama ve delil elde edip elkoyma olduğu, dolaylı amacının ise söz konusu iki koruma tedbirinin uygulanmasını sağlamak olduğu söylenebilir²⁹⁰.

AÖAY'nin 5. maddesinde adli aramanın, 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 yapılabileceği belirtilerek aramanın amacı ayrıntılı bir şekilde ortaya konulmuştur.

1. Yakalama Amaçlı Arama

"Yakalama", ceza muhakemesinin sağlıklı bir şekilde yapılmasını sağlamak için, hakkında suç şüphesi bulunan kişinin, kanunda belirtilen şartların varlığı halinde, geçici olarak özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğuran bir koruma tedbiridir²⁹¹.

için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.'

²⁸⁵ Çokmutlu, Metin, s.19 ; Onan, Ozan, s.22

²⁸⁶ Çokmutlu, Metin, s.19 ; Onan, Ozan, s.22

²⁸⁷ Avşar, Yakup, s.89

²⁸⁸ Özbek, Veli Özer, s.53 ; Özbek/Bacaksız, s.152 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.361

²⁸⁹ Özbek, Veli Özer, s.53 ; Özbek/Bacaksız, s.152 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.361-362 ; Avşar, Yakup, s.34

²⁹⁰ Özbek, Veli Özer, s.53 ; Özbek/Bacaksız, s.152 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.362 ; Avşar, Yakup, s.34

²⁹¹ Avşar, Yakup, s.34 ; Erdagöz, Özcan, s.66

Bir kişinin yakalanması dört halde mümkündür²⁹²:

- 1) Kişinin bir suç işlediği anda suçüstü tespit edilmesi (CMK m.90),
- 2) Kişi hakkında yetkili mercilerce yakalama emri çıkartılmış olması (CMK m.98 ; CGTİHK m.19),
- 3) Kişi hakkında tutuklama kararı bulunması (CMK m.101),
- 4) Kişi hakkında zorla getirme kararı bulunması (CMK m.43, 44, 146).

Yakalama amaçlı arama işlemi ceza muhakemesinin soruşturma ve kovuşturma safhasında yapılabileceği gibi verilmiş olan hükmün yerine getirilmesini sağlayan infaz aşamasında da söz konusu olabilir²⁹³. Soruşturma aşamasında, hem yakalama emrine dayalı (müzekkereli) yakalama, hem de yakalama emrine dayanmayan (müzekkeresiz-suçüstü) yakalama yapılabildiği halde; kovuşturma ve infaz aşamasında sadece yakalama emrine dayalı yakalama işlemi yapılmaktadır²⁹⁴. Bu aşamaların hepsinde, yakalama emirlerinin yerine getirilmesi amacıyla yapılacak aramalarda CMK'nın 116. ve devamındaki genel ilkeler geçerli olup, arama için hâkim kararı veya gecikmede sakınca halinde yetkili merciin yazılı emri gereklidir²⁹⁵.

Basit suçlarda yakalama amacıyla arama yapılmamalı, arama sadece delil bulma amacına yönelik olmalıdır; zira suçun hafifliği arama gibi ağır bir koruma tedbirini gereksiz kılar²⁹⁶. Aksi durum oranlılık ilkesinin zedeler²⁹⁷.

2. Delil Elde Etme Amaçlı Arama

Ceza muhakemesinin amacının maddi gerçeğe ulaşmak olduğuna yukarıdaki bölümlerde değinmiştik. Ceza mahkemelerinin maddi gerçeğe ulaşması ise, yargılama konusu olayla ilgili delillerin mevcut olmasına bağlıdır. Şayet delil yoksa veya var olan delil mahkûmiyet için yeterli değilse, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, söz konusu iddia ile ilgili olarak kovuşturma aşamasında, beraat kararı verilir (CMK m.223/2). Soruşturma aşamasında ise, suça konu olayla ilgili olarak, *yeterli şüphe oluşturacak delil* elde edilememiş olursa, kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verilir (CMK m.172). Buradan çıkan sonuç delil elde etmenin ceza muhakemesi için hayati bir öneme haiz olduğudur.

Maddi gerçeği araştırmanın bir sonucu olarak ceza muhakemesi hukukunda delil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. Buna göre, hukuka aykırı olmamak şartıyla suça konu olayın aydınlatılması için her şey delil olarak kabul edilir²⁹⁸.

Aramanın delil elde etme amacının konusunu oluşturan deliller, yazılı açıklamalar (belgeler), görüntü ve/veya ses kaydeden araçlar (filmler, fotoğraflar, teyp bantları, videokasetleri gibi) olabilir²⁹⁹. Yazılı açıklamalar, muhakeme konusu olay hakkında delil

²⁹² Avşar, Yakup, s.35 ; Erdagöz, Özcan, s.66-67 ; Ökten, Pınar, s.7-8 ; Aksoy, Şemsettin, s.22

²⁹³ Avşar, Yakup, s.39 ; Erdagöz, Özcan, s.71

²⁹⁴ Avşar, Yakup, s.39 ; Erdagöz, Özcan, s.71

²⁹⁵ Avşar, Yakup, s.40 ; Erdagöz, Özcan, s.71

²⁹⁶ Özbek/Bacaksız, s.153 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.362 ; Özelce, Cuma, s.37 ; Ökten, Pınar, s.8

²⁹⁷ Özbek/Bacaksız, s.153 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.362 ; Özelce, Cuma, s.37 ; Ökten, Pınar, s.8

²⁹⁸ Avşar, Yakup, s.40 ; Erdagöz, Özcan, s.72

²⁹⁹ Özbek, Veli Özer, s.55-56 ; Özbek/Bacaksız, s.153 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.363

niteliği taşıyabilen bir fikri içeren her türlü yazılı belgedir, ufak yazı parçası dahi belge sayılmalıdır³⁰⁰.

Mülga CMUK'un 94. ve 95. maddeleri aramanın delil elde etme amacından açık bir şekilde bahsetmişti. CMK'nın 116. ve 117. maddeleri de aramanın bu amacından açık bir şekilde söz etmiştir. Kanun maddelerinden de anlaşılacağı üzere, arama koruma tedbiri, gerçeğe ulaşılması için delil elde etmede araç olarak kullanılan koruma tedbirlerindedir.

Suç delili elde etmek amacıyla yapılacak arama, şüphesiz kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleyi gerektirecektir. Bu nedenle delil elde etmek amacıyla arama yapılabilmesi için, suçun iz ve delillerinin ele geçirilebileceğine dair makul şüphenin bulunması yanında, arama tedbirinin suçun niteliğiyle orantılı olması gerekir³⁰¹.

3. Elkoyma Amaçlı Arama

CMK'nın 116. ve 117. maddelerinde '*suç delillerinin elde edilebilmesinden*' söz edilmektedir. Buradaki elde etmeden maksat elkoyma olarak anlaşılmalıdır³⁰². Zira ilgilinin rızası varsa, muhafaza ve emniyet altına alma söz konusu olacaktır.

Elkoyma işlemi, mülga CMUK'un 95. maddesinin 1. fıkrasında "*eşyanın zaptı*" ifadesi ile düzenlenmiş olup; buradaki zapttan maksat elkoymadır. Her ne kadar CMUK 94. maddede elkoymadan (zapt) bahsedilmemişse de tabiidir ki, 94. maddeye göre yapılan arama sonucu şayet delil elde edilirse bunlara da elkonulacaktır³⁰³. Ayrıca CMUK m.99'da '*zapt olunan veya emniyet altına alınan eşya*'dan bahsedilmekte, m.86'da ise, '*müsadereye tabi olan eşya muhafaza veya başka bir suretle emniyet altına alınır*' denilmektedir. Buradan çıkan sonuç, muhafaza ve emniyet altına alma tedbirinin de ayrı bir tedbir olarak CMUK'ta kabul edilmiş olduğudur³⁰⁴. Buna göre, elkoymanın konusunu oluşturan eşyayı elinde bulunduran kişi eğer eşyayı rızası ile verirse eşya muhafaza ve emniyet altına alınacaktır; aksi takdirde eşyaya elkonulacaktır³⁰⁵.

Elkoyma yasağının söz konusu olduğu hallerde elkoyma amacıyla arama yapılamaz. Başka bir ifadeyle, arama sonucu elkoyma ancak elkoyma yasağının bulunmadığı hallerde mümkündür³⁰⁶.

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgelerin incelenmesi CMK'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Bu belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Yani bir suça ilişkin delil elde etmek için yapılan aramada ele geçen belgelerin devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiği ileri sürüldüğünde bu belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilecektir. Bu belgelerde yer alan ve sadece

³⁰⁰ Özbek, Veli Özer, s.55-56 ; Özbek/Bacaksız, s.153 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.363

³⁰¹ Özelce, Cuma, s.41

³⁰² Özbek/Bacaksız, s.154 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.363 ; Avşar, Yakup, s.42 Erdagöz, Özcan, s.74

³⁰³ Avşar, Yakup, s.42 ; Erdagöz, Özcan, s.74

³⁰⁴ Avşar, Yakup, s.42 ; Erdagöz, Özcan, s.74

³⁰⁵ Avşar, Yakup, s.42 ; Erdagöz, Özcan, s.74

³⁰⁶ Özbek, Veli Özer, s.57 ; Özbek/Bacaksız, s.154 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.364 ; Özelce, Cuma, s.39

yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydettirilecektir. Hapis cezasının alt sınırı beş yıldan az olan suçlarda bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulabilir ve bu belgelere elkonulamaz. Hapis cezasının alt sınırı beş yılın üzerinde ise bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulamaz ve bu belgelere elkonulabilir.

CMK'nın 126. maddesinde de, şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde bulundukça elkonulamayacağı düzenlenmiştir. Buna göre, tanıklıktan çekinme hakkına sahip olan kimseler ile şüpheli arasındaki mektuplara ve belgelere elkoyma amaçlı arama yapılamayacaktır. Söz konusu mektuplar sanık veya tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerden başka kişilerin üstünde, mesela arkadaşının üstünde bulunursa, işte o zaman elkoyma mümkündür.

1982 Anayasa'sının 07.05.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanun'un 4. maddesi ile değişik 30. maddesine göre, '*Kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.*' Maddenin amacı, basın özgürlüğünün korunmasıdır. Bu madde ile getirilen elkoyma yasağı sebebiyle elkoyma amaçlı arama da yapılamayacaktır.

B. Elkoymanın Amacı

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda bütün koruma tedbirlerinde olduğu gibi, adli elkoymanın da temel amacı, muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamak; muhakeme sonucunda verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmasını önlemek ve uygulanmasını garanti altına almaktır³⁰⁷.

Elkoymanın birinci amacı, elkonulacak eşyanın delil değeri olması nedeniyle delillerin kaybolmasını önlemek ve bu suretle muhakemenin sağlıklı bir şekilde yapılabilmesini sağlamaktır. Delil niteliğini haiz bir eşyaya elkonuluyor ise delil elde etme ve buna bağlı olarak muhakemeyi yürütme amacıyla elkoyma işlemi yapılmış olur.

Elkoymanın ikinci amacı, verilecek kararların kâğıt üzerinde kalmasını önlemektir. Bir başka deyişle müsadere imkânsız hale gelmesini engellemektir. Elkoyma işlemi ileride müsadere karar verilecek eşya hakkında veya kazanç müsadere söz konusu olacak ise, suçtan elde edilen kazanç veya eşya hakkında yapıyor ise müsadere amaçlı elkoyma söz konusudur³⁰⁸. Bu amaçla yapılan elkoyma ile müsadereye konu olacak eşyaların kaçırılması ve yok edilmesi önlenerek ileride verilmesi muhtemel müsadere kararının kâğıt üzerinde kalmasının önlenmesi, müsadere kararının uygulanmasının garanti altına alınması amaçlanır³⁰⁹.

³⁰⁷ Keskin Kızıroğlu, Serap, Türk Hukuku'nda Arama ve El Koyma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1, s.148 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.63 ; Ölmez, Aslan, s.12 ; Uğuz, İsmail, s.43-44 ; Açar, Mustafa, s.114 ; Ökten, Pınar, s.64 ; Erçakal, Taner, s.43

³⁰⁸ Erçakal, Taner, s.44

³⁰⁹ Erçakal, Taner, s.44

CMK'nın 248. maddesi uyarınca yapılacak elkoyma işleminin amacı ise, CMK m.247/1'de tanımlanan kaçağın, Cumhuriyet Savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamaktır. Bu elkoyma işlemi, sanığın mahkemeye gelmesini sağlayarak, muhakemenin yürütülmesi amacıyla yapılır.

Elkoyma kararı, belirlenen amaç doğrultusunda ve bu amaçla orantılı olarak icra edileceğinden, elkoyma tedbirine hangi amaçla hükmedildiğinin bilinmesi zorunludur. Kararda belirtilen amacın gerçekleşmesi ile eşya üzerindeki elkoyma tedbiri de kalkacağından, bu tedbire hangi amaçla başvurulduğunun bilinmesi çok önemlidir. Bu nedenle elkoyma tedbirine ne amaçla başvurulduğunun kararda açıkça belirtilmesi şarttır³¹⁰.

VI. ARAMA ÇEŞİTLERİ

Arama amacına göre, “Önleme Araması” ve “Adli Arama” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Her iki arama türünün yasal dayanağı, 1982 Anayasa'sının 20. ve 21. maddeleridir.

A. Önleme Araması

Önleme araması; somut ve muhtemel tehlikenin yok edilmesi amacıyla, kişilerin üstünde, eşyasında ve araçlarında, silah, patlayıcı madde gibi suç unsurları ile bizzat suç unsuru oluşturmamakla birlikte duruma göre suç işlemekte kullanılabilecek (pet şişe, bozuk para, çakmak gibi) eşyanın bulunması için gerçekleştirilen araştırma faaliyeti olup, aynı zamanda toplum için tehlike oluşturabilecek kişilere ulaşmak amacı ile de başvuru bir tehlike tedbiridir³¹¹.

AÖAY'nin 19. maddesine göre, *önleme araması; a) Milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, b) suç işlenmesinin önlenmesi, c) taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mülki amirin yazılı emriyle, kişilerin üstlerinde, aracında, özel kâğıtlarında ve eşyasında yapılan arama işlemidir.*

Önleme aramasının hangi hallerde ve nerelerde yapılabileceği 2002 tarihli 4471 sayılı Kanunla değişik 2559 sayılı PVSK'nın 9. maddesinde açıkça belirtilmiştir. Buna göre polis, milli güvenlik ve kamu düzeninin, genel sağlık ve genel ahlakın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, taşınması veya bulundurulması yasak olan her türlü silah, patlayıcı madde veya eşyanın tespiti amacıyla usulüne göre verilmiş hâkim kararı veya bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde mahallin en büyük mülki amirinin vereceği yazılı emirle aşağıda gösterilen yerlerde önleme araması yapabilecektir.

³¹⁰ Aldemir, Hüsnü, s.200 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.146

³¹¹ Eryılmaz, M.Bedri, s.161 ; Yalçın, Hüseyin, s.43 ; Çokmutlu, Metin, s.26 ; Açar, Mustafa, s.38 ; Baki, Yunus, s.31 ; Avşar, Yakup, s.19

Bu yerler şunlardır:

- a) 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu kapsamına giren toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin yapıldığı yerde veya yakın çevresi,
- b) Özel hukuk tüzel kişileri ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları veya sendikaların genel kurul toplantılarının yapıldığı yerin yakın çevresi,
- c) Halkın topluca bulunduğu veya toplanabileceği yerler,
- d) Eğitim ve öğretim özgürlüğünün sağlanması için her derecede eğitim ve öğretim kurumlarının idarecilerinin talebiyle ve 20. maddenin ikinci fıkrasının (A) bendindeki koşula uygun olarak girilecek yüksek öğretim kurumlarının içinde, bunların yakın çevreleri ile giriş ve çıkışları,
- e) Umumî veya umuma açık yerler,
- f) Her türlü toplu taşıma araçlarında, seyreden taşıtlar.

Bu yerlerden başka, AÖAY'nin 19/2 maddesine göre:

- a) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda öngörülen suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla, ticarethane, işyeri, eğlence ve benzeri yerler ile eklentilerinde,
- b) 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun'un 12. maddesi kapsamında spor müsabakası öncesinde, esnasında ve sonrasında spor alanının çevresinde ve müsabakanın yapılacağı yer gidiş ve geliş güzergâhında,
- c) 5253 sayılı Dernekler Kanunu'nun 20. maddesi kapsamında, derneklerde veya eklentilerinde önleme araması yapılabilir.

Konutta, yerleşim yerinde ve kamuya açık olmayan işyerlerinde ve eklentilerinde önleme araması yapılamaz (PVSK m.9/5 ; AÖAY m.19/son). Bu alanlarda ancak koruma tedbiri olan ve suç işlendikten sonra yapılması mümkün olan adli arama yapılabilir. Bunun tek istisnası PVSK'nın 20. maddesinde sayılan toplum için veya kişiler bakımından mevcut bulunan hayati bir tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrıları üzerine kolluk görevlilerinin kapalı alanlara girebilmesidir³¹². Sayılan bu istisna dışında, hâkim kararıyla dahi konutta, yerleşim yerinde, kamuya açık olmayan özel işyerleri ve eklentilerinde önleme amaçlı arama yapılamaz³¹³.

Spor karşılaşması, miting, konser, festival, toplantı ve gösteri yürüyüşünün düzenlendiği veya aniden toplulukların oluştuğu hallerde gecikmesinde sakınca bulunan hal var sayılır (PVSK m.9/6).

Polis, tehlikenin önlenmesi veya bertaraf edilmesi amacıyla güvenliğini sağladığı bina ve tesislere gelenlerin; herhangi bir emir veya karar olmasına bakılmaksızın, üstünü, aracını ve eşyasını teknik cihazlarla, gerektiğinde el ile kontrol etmeye ve aramaya yetkilidir. Bu yerlere girmek isteyenler kimliklerini sorulmaksızın ibraz etmek zorundadırlar. Milletlerarası anlaşmalar hükümleri saklıdır (PVSK m.9/7).

³¹² Polat, Levent, s.10 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.27 ; Açar, Mustafa, s.39-40 ; Baki, Yunus, s.32 ; Avşar, Yakup, s.21

³¹³ Doğan, Duygu Çağla, Ceza Muhakemesinde Adli Arama, http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf, s.163

Önleme aramasının sonucu, arama kararı veya emri veren merci veya makama bir tutanakla bildirilir (PVSK m.9/8).

Önleme aramasında (adli arama tedbirinde olduğu gibi) kural, hâkim kararıyla arama işleminin yapılmasıdır. Anayasa'nın 20. ve 21. maddelerinde önleme araması içinde hâkim kararı alınması veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde arama emrinin hâkim onayına sunulması yönünde getirilen düzenleme karşısında, artık önleme aramasının idari niteliğini kaybettiği öne sürülmektedir³¹⁴.

Önleme aramasında, CMK'nın aksine (CMK m.119), kolluk amirinin arama emri verme yetkisi bulunmamaktadır³¹⁵. Önleme araması yapılabilmesi için öncelikle, AY m.20-21'de ve PVSK'nın 9. maddesinde sayılan sebeplere bağlı olarak, korunan hukuki menfaatin tehlike altında bulunması gereklidir³¹⁶. Önleme araması yapılabilmesi için, kolluk tehlikenin oluştuğuna dair makul sebepleri gerekçeleri ile birlikte o yerin mülki amirine yazılı olarak bildirmelidir³¹⁷ (AÖAY m.20). Mülki amir, gecikmesinde sakınca olan bir durumu var ise arama emrini kendisi vermeli, gecikmesinde sakınca bulunan bir hal yoksa arama kararını hâkimden istemelidir³¹⁸.

Hâkimden önleme araması kararı alınması gerektirmeyen haller de vardır. Bunlar Arama Yönetmeliği'nin 25. maddesinde sayılmıştır:

- a) Kamu hizmetine ayrılmış binalara girerken yapılan üst ve eşyada arama,
- b) Sivil hava meydanlarına girişte yapılan kontrol ve aramalar,
- c) Olağanüstü halde yapılan aramalarda,
- d) Sıkıyönetim zamanında yapılan aramalarda,
- e) Yakalandıktan sonra muhafaza altına alınan kişilerin üst ve eşyasının aranması,
- f) Seçimlerde silah taşınmasını önlemek amacı ile yapılan aramalara, hâkimden karar alınması gerekmez.

B. Adli Arama

Adli arama bir suç işlendikten sonra söz konusu olan ve CMK'da (m.116 vd.) düzenlenmiş bulunan arama şeklidir. Buna karşılık önleme araması yapabilmek için bir suçun işlenmiş olması gerekmez. Tersine bir suçun işlenmesinin önlemleri amaçlanır³¹⁹.

Koşullarını, aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız adli aramadan, tezimizde sadece "arama" kelimesini kullanmak suretiyle bahsedeceğimizi yukarıda belirtmiştik.

³¹⁴ Centel/Zafer, s.409 ; Avşar, Yakup, s.21

³¹⁵ Çokmutlu, Metin, s.29 ; Açar, Mustafa, s.40 ; Avşar, Yakup, s.22

³¹⁶ Çokmutlu, Metin, s.29 ; Açar, Mustafa, s.40 ; Avşar, Yakup, s.22

³¹⁷ Çokmutlu, Metin, s.29 ; Açar, Mustafa, s.40 ; Avşar, Yakup, s.22

³¹⁸ Çokmutlu, Metin, s.29 ; Açar, Mustafa, s.40-41 ; Avşar, Yakup, s.22

³¹⁹ Özbek/Bacaksız, s.163 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.370

VII. ARAMANIN KOŞULLARI

A. Makul Şüpheler

CMK m.116'ya göre, 'yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüpheler varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.' 06.03.2014 RG tarihli ve 6526 sayılı Kanun, daha önce arama kararı verilebilmesi için aranan "makul şüpheler" yerine "somut delillere dayanan kuvvetli şüpheler" deyimini getirmiş, ancak 12.12.2014 RG tarihli ve 6572 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle yeniden "makul şüpheler" formülüne dönmüştür³²⁰.

Aramaya, suç şüphesi altında olmayan kişilere yönelik olarak da başvurulabilir. Buna göre, üçüncü kişiler nezdinde yapılacak arama için delillerin veya aranan kişinin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olayların bulunması gerekir (CMK m.117/2). Üçüncü kişiler nezdinde arama yapılabilmesi için CMK m.117/2 ile getirilen bu sınırlama, şüpheli veya sanığın bulunduğu yerler ile izlendiği sırada girdiği yerler hakkında geçerli değildir (CMK m.117/3).

AÖAY m.6'ya göre makul şüpheler: 'Makul şüpheler, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphelerdir. Makul şüpheler, aramanın yapılacağı zaman, yer ve ilgili kişinin veya onunla birlikte olanların davranış tutum ve biçimleri, kolluk memurunun taşındığından şüpheler ettiği eşyanın niteliği gibi sebepler göz önünde tutularak belirlenir. Makul şüphelerde, ihbar veya şikâyeti destekleyen emarelerin var olması gerekir. Belirtilen konularda şüphelinin somut olgulara dayanması şarttır. Arama sonunda belirli bir şeyin bulunacağını veya belirli bir kişinin yakalanacağını öngörmeyi gerektiren somut olgular mevcut bulunmalıdır.'

İhbar makul bir şüphelerdir. İhbarda bulunulan kişinin güvenilir ve verdiği bilgilerin detaylı olması durumunda ihbar makul bir şüpheler oluşturur. Kişiyeye güvenilemiyorsa veya ihbarı destekleyen somut olgular detaylı bilgiler bulunmasa da kolluğun evvelki bilgi dağırcığı ihbarı teyit ediyorsa, ihbar makul bir şüpheler oluşturur³²¹.

Amerikan Yüksek Mahkemesi 1983 yılında verdiği *Gates Kararı*³²² ile yeni bir bakış açısı getirmiştir. Mesela, güvenilir bir muhbir, belli bir evde uyuşturucu bulunduğunu ihbar etmiş ise, sadece onun daha evvelce bu tür bilgiler vermiş olması veya ihbarda bulunmasının kendi cezai menfaatine uygun olması gibi gerekçeler onun güvenilir biri olduğunu göstermeye yetmez. Bu nedenle ihbarda bulunanın evde uyuşturucu olduğunu bizzat görmüş olması, ihbarda bulunduğu kişinin şüpheli hareketlerini bizzat işlemiş olması gibi, fiili bir takım emarelerin de ihbarda yer alması aranmalıdır. Ancak bu gibi bilgilerle desteklendiği takdirde, muhbirin yaptığı ihbar makul şüpheler sebebi olarak değerlendirilebilir.

AİHM'e göre, makul şüpheler kavramı, aramanın yapılacağı yerde şüpheli veya sanığın yakalanabileceği veya suç delili elde edilebileceği hususunda objektif bir gözlemciyi iknaya

³²⁰ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.497

³²¹ Avşar, Yakup, s.26 ; Çokmutlu, Metin, s.46 ; Açar, Mustafa, s.46

³²² Çokmutlu, Metin, s.46 ; Açar, Mustafa, s.46

yeterli emare ve bilgilerin mevcudiyetini varsayar. Bu şüphe bir suçlamayı gerektiren şüphe kadar yoğun değildir. Bununla beraber “makul” nitelemesi somut olaya has koşulların tamamı göz önünde bulundurularak yapılmalıdır.

B. Hâkim Kararı veya Yetkili Mercinin Yazılı Emri

1. Hâkim Kararı

CMK'nın 01.06.2005 RG tarihli 5353 sayılı Kanunla değişik “Arama Kararı” başlıklı 119. maddesine göre; ‘*Hâkim kararı üzerine veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Ancak, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda arama, hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabilir. Kolluk amirinin yazılı emri ile yapılan arama sonuçları Cumhuriyet Başsavcılığı’na derhal bildirilir.*’ Buna göre, adli aramaya karar verme yetkisi kural olarak hâkime aittir. Bu konuda karar verme yetkisi soruşturma aşamasında aramanın yapılacağı yerdeki “Sulh Ceza Hâkimi”ne (CMK m.162), kovuşturma aşamasında ise davanın görüldüğü mahkemeye aittir (CMK m.192).

Arama işlemine hâkim tarafından karar verilmesi kuralının getirilmesinin nedeni, aramanın konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği gibi önemli temel hak ve özgürlükleri ihlal edecek olması olup; hukuk devleti olmanın bir gereğidir³²³. Hâkim, aramanın hem yasaya uygunluğunu hem de amaca uygunluğu gözeterek, hakkında arama kararı verilen kişi için bir güvence oluşturur³²⁴. Gerçekten, arama kararı çoğu kere devlet menfaatleri ile birey menfaatleri arasında denge gözetmek, bazı temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilebilip edilemeyeceğine karar vermek gibi alınması zor bir karardır ve bu bakımdan hâkime bırakılması gereklidir³²⁵.

Karşılaştırma açısından, Alman Federal Yüksek Mahkemesi’ne göre de, aramaya karar vermeye yetkili olan makam, soruşturma makamının yetki alanındaki veya talepte bulunan kimsenin oturduğu yerdeki Sulh Ceza Hâkimi’dir³²⁶.

Suç ilk olarak kolluğa bildirilmiş ise, kolluk, arama kararı alınması için, makul şüphe sebeplerini ve aranan eşyanın niteliğini içeren ayrıntılı ve gerekçeli bir rapor hazırlar ve Cumhuriyet Savcısına başvurur. Cumhuriyet Savcısı da kolluğun talebini yerinde görürse, arama kararı için hâkime başvuracaktır³²⁷.

Hâkimin, savcının arama talebini ret etmesi halinde, savcı herhangi bir düşünce ile kendisi arama yapamayacağı gibi, arama emrini vererek arama yaptıramaz. Ancak, redde

³²³ Baki, Yunus, s.46

³²⁴ Baki, Yunus, s.46-47

³²⁵ Baki, Yunus, s.46

³²⁶ Ökten, Pınar, s.13

³²⁷ Eryılmaz, M.Bedri, s.151 ; Avşar, Yakup, s.28 ; Çokmutlu, Metin, s.49 ; Açar, Mustafa, s.49 ; Baki, Yunus, s.47-48

uğrayan arama kararı talebinden sonra yeni vakıa ve emarelerin elde edilmesi halinde, bu vakıa ve emarelere dayanarak tekrar hâkimden arama kararı isteyebilir³²⁸.

Arama kararı dosya üzerinden verilir. Hâkimin verdiği bu karara da itiraz edilebilir. Ancak itirazın yapılması, kural olarak aramayı durdurmaz. Buna karşılık, aramaya mahkeme tarafından karar verilmişse, bu takdirde mahkeme kararlarına itiraz yolu kapalı olduğundan, ancak son kararlar birlikte temyiz yoluna başvurulabilir. Keza, arama kararına karşı kanun yararına bozma yoluna da gidilebilir³²⁹.

2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

CMK'nın 119. maddesine göre, hâkim kararı üzerine veya “*gecikmesinde sakınca bulunan hallerde*”³³⁰ Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile kolluk görevlileri arama yapabilirler. Gecikmesinde sakınca bulunan hal deyimi, AÖAY m.4'te, ‘*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi ihtimalinin ortaya çıkması ve gerektiğinde hâkimden karar almak için vakit bulunmaması*’ olarak tanımlanmıştır.

Burada gecikmede sakınca bulunmasından maksat, hâkime gidilmekle meydana gelecek zaman kaybının aramayı güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır. Yani mevcut olayda hâkimden karar alınmasının beklenemeyeceği bir durum vardır. Diğer bir ifadeyle hâkimden karar almak için geçen sürede aramanın sonuçsuz kalması kuvvetle muhtemeldir. Aramanın amaçları bakımından bir zarar doğması beklenmiyorsa, yani delillerin karartılması, şüpheli veya sanığın kaçma tehlikesi bulunmuyorsa gecikmede sakınca yok demektir. Ancak böyle bir zarar mümkün ve muhtemel ise gecikmede sakınca vardır³³¹.

Sulh Ceza Hâkimi, *istisnai olarak* suçüstü hali ile gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet Savcısına erişilemiyor veya olay genişliği itibarıyla Cumhuriyet Savcısının iş gücünü aşıyor ise savcının talebi olmadan *tüm soruşturma işlemlerini* yapabilir (CMK m.163/1). Bu durumdaki Sulh Ceza Hâkimi, *zorunlu savcı* olarak da adlandırılmaktadır³³². Sulh Ceza Hâkimi'nin zorunlu savcı sıfatını taşıdığı hallerde, kolluk amir ve memurları, onun tarafından emredilen tedbirleri almak ve araştırmaları yerine getirmekle yükümlüdür³³³.

3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri

AÖAY m.4'te kolluk: ‘*jandarma, polis, sahil güvenlik ve gümrük muhafaza görevlileri*’; kolluk âmiri: ‘*komuyla ilgili yetkili ve görevli olan kolluk biriminin âmiri*’ olarak tanımlanmıştır.

³²⁸ Eryılmaz, M.Bedri, s.151 ; Avşar, Yakup, s.28 ; Çokmutlu, Metin, s.49 ; Açar, Mustafa, s.49-50

³²⁹ Avşar, Yakup, s.28 ; Çokmutlu, Metin, s.49 ; Açar, Mustafa, s.50 ; Baki, Yunus, s.48

³³⁰ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-d'ye göre: ‘*Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle arama yapılabilir.*’

³³¹ Özcelce, Cuma, s.49

³³² Centel/Zafer, s.142

³³³ Centel/Zafer, s.142

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise *kolluk amirinin yazılı emri ile arama yapılabileceği*, konutta, işyerinde ve kamuya açık olmayan kapalı alanlarda aramanın, ancak hâkim kararı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile yapılabileceği CMK'nın 119/1 maddesinde belirtilmiştir.

Kolluğun, hangi nedenle olursa olsun kendiliğinden arama yapma yetkisi yoktur. Kolluk amirlerinin arama yetkisi, üç koşulun gerçekleşmesine bağlıdır: gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması, Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması, arama yapılacak yerin konut, işyeri ve kamuya açık olmayan kapalı alan olmaması.

Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri kural olarak, arama kararı veremez. Arama kararı sadece hâkim tarafından verilebilir. Cumhuriyet Savcısı ve kolluk amiri, sadece arama emri verebilirler.

C. Arama Yapılacak Kişiyeye İlişkin Koşullar

1. Şüpheli veya Sanık Hakkında Yapılan Arama

CMK'nın 2. maddesinde, şüpheli ve sanık kavramları tanımlanmıştır. Buna göre, şüpheli (m.2/1-a), '*soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişi*'; sanık (m.2/1-b), '*kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişi*' olarak anlaşılmalıdır.

Arama, kural olarak şüpheli veya sanığa yönelik olarak başvurulabilen bir koruma tedbiridir³³⁴. Bu nedenle, aramaya soruşturma evresinde de, kovuşturma evresinde de başvurulabilir. Şüpheli ya da sanık hakkında yapılacak arama, yakalama, suç delillerini ele geçirme veya müsadere amacına yönelik olabilir. Şüpheli veya sanığın kusur yeteneğinin olup-olmaması önemli değildir³³⁵.

Kanun sadece kişiden söz etmekle birlikte buradaki kişi "gerçek kişi" olarak anlaşılmalıdır. Tüzel kişiler şüpheli ya da sanık sıfatıyla aranamazlar³³⁶.

2. Diğer Kişiler Hakkında Yapılan Arama

Şüphelinin, sanığın ya da hükümlünün yakalanması ya da suç delillerinin ele geçirilmesi amacına yönelik olarak, bu kişilerin belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olguların varlığı koşuluyla üçüncü kişiler nezdinde arama yapmak mümkündür. Soruşturmaya veya kovuşturmaya konu olan fiili işleme ya da buna iştirak etme şüphesi altında olmayan kişilere

³³⁴ Bununla birlikte şüpheli veya sanık olmayan kişiler hakkında da bazı koşullarda arama yapılabilir. İster şüpheli veya sanık, isterse üçüncü kişiler nezdinde olsun, diplomasi ajanları hakkında Diplomatik İlişkiler Hakkında Viyana Sözleşmesi m.29 uyarınca arama yapılması mümkün değildir. Buna karşılık milletvekili dokunulmazlığına ilişkin Anayasa m.83/2'de yapılamayacak olan ceza muhakemesi işlemleri arasında aramadan ayrıca söz edilmediği için, milletvekilleri hakkında arama yapılması mümkündür.

³³⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.500 ; Sırma, Özge, s.34 ; Aksi görüş için bkz. Özbek/Bacaksız, s.166 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.373 (Kusur yeteneği olmayan, yani cezaî ehliyeti bulunmayan kişiler şüpheli olarak kabul edilemez ve bu kişiler sanık da olamayacaklarından, sanık sıfatıyla da aranamazlar.)

³³⁶ Özbek/Bacaksız, s.166 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.373

yönelik olarak, bunların belirtilen yerlerde bulunduğunu gösteren somut olguların bulunmaması durumunda, aramaya karar verilmesi ise mümkün değildir³³⁷.

Şüpheli veya sanık dışında herkes “diğer kişiler” kapsamındadır. Bu kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olması aramaya engel değildir. Oranlılık ilkesi, öncelikle ilgiliden, aranan şeyin talep edilmesini gerektirdiğinden, istenen şey verilmediği takdirde arama yapılması yoluna gidilir³³⁸.

D. Aramanın Zamanına İlişkin Koşullar

Arama, kural olarak gündüz yapılır. Aramanın gündüz yapılması, aramaya gündüz başlanması ve aramanın gündüz bitirilmesi demektir. Ancak gündüz başlanılmış olan aramanın “gece”³³⁹ de devam etmesi mümkündür³⁴⁰.

Konutta, işyerinde veya diğer kapalı yerlerde gece arama yapılmaması kuraldır (CMK m.118/1). Sayılan yerler dışında kalan yerlerde arama gece yapılabilir. Sayılan yerlerde gece arama yapılabilmesi ise belli hallerde mümkündür (CMK m.118/2). Buna göre, suçüstü hali söz konusu olduğunda, her yerde gece arama yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan bir hal varsa, yine, her yerde gece arama yapılabilecektir. Nihayet, yakalanmış veya gözaltına alınmış olup da firar eden kişi veya tutuklu veya hükümlünün tekrar yakalanması amacıyla da her yerde gece arama yapılabilir³⁴¹.

Önleme aramaları, denetimler ve kontroller her zaman yapılabilir (AÖAY m.31/son).

E. Arama Yapılacak Yere İlişkin Koşullar

1. Üstte Arama

Bir kimsenin üstünün aranması, giydiği elbise içinde veya altında delil aranmasıdır. Bu anlamıyla vücudun muayenesi ile üstte yapılan arama birbirinden farklıdır. Bir kimsenin üstünü aramak onun bedenine müdahale yetkisi vermez. Kişinin üstü aranırken vücut tamlığına saygı gösterilmelidir. Bu nedenle, bir üst aramasında kişinin rızası dışında saç-sakal kestirmek, ilaç şırınga etmek mümkün değildir. Bu ancak bir başka tedbir olan vücudun muayenesi yoluyla gerçekleştirilebilir. Üstte yapılan arama insan onuru ve kişi özgürlüğüne yapılan önemli bir müdahale olduğu için, özellikle polisin hâkim kararı olmaksızın arama yapabildiği durumlarda mümkün olduğunca keyfilikten uzak ve aramaya hâkim olan ilkeleri göz önünde tutarak yapılmalıdır³⁴².

³³⁷ Sırma, Özge, s.34 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.501

³³⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.501

³³⁹ Gece vakti deyimini, güneşin batmasından bir saat sonra başlayan ve güneşin doğmasından bir saat öncesine kadar devam eden zaman aralığını ifade etmektedir (TCK m.6/1).

³⁴⁰ Şahin, Cumhuriyet, s.325; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.501 ; Sırma, Özge, s.35 ; Özbek/Bacaksız, s.179 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.385 ; Centel/Zafer, s.404

³⁴¹ Şahin, Cumhuriyet, s.325

³⁴² Özbek/Bacaksız, s.176 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.383

2. Eşyada Arama

Eşyada arama, kişinin yanında bulundurduğu her türlü taşınabilir malda, gözle veya elle yapılan ve gizli bir şeyi ortaya çıkarmaya yönelik araştırma işlemidir. Bununla birlikte eşya konut veya işyerinde bulunuyorsa, konutta ve işyerinde aramaya ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Eşyanın kişinin mülkiyetinde olmasına gerek yoktur; zilyetliği altında bulunuyor olması yeterlidir³⁴³. Üst ve eşya aramasının ne şekilde yapılacağı AÖAY m.28'de ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir³⁴⁴.

3. Konutta Arama

Konut, bir kimsenin geçici de olsa oturmak için sığındığı her türlü yerdir. Konutun mutlaka ev ya da daire olması gerekmez. Cumhuriyet Savcısı hazır bulunmaksızın konutta, işyerinde ya da diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden ya da komşulardan iki kişi bulundurulur. Bu kişilere “arama tanığı” denilmektedir. Kanunda öngörülen kişi sayısının sağlanmaması aramayı hukuka aykırı hale getirir ve bu şekilde toplanan delilleri de kullanılamaz hale getirir (AY m.38/6 ; CMK m.217/2)³⁴⁵.

4. İşyerinde Arama

İşyeri, işin görüldüğü yerdir. Bazen konut ile işyeri aynı yer olabilir. İşyerine ait eklentiler, işyeri sayılır³⁴⁶. Konutta, işyerinde ve eklentilerinde aramanın ne şekilde yapılacağı AÖAY m.30'da ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir³⁴⁷.

³⁴³ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.502

³⁴⁴ AÖAY m.28: ‘Aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmasını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Kolluk görevlileri, kolluk görevlisi olduğunu ispatlayan kimliğini gösterir. Üst araması, kişinin cinsiyetinde bulunan görevli tarafından yapılır. Üst ve eşya araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Üst araması sırasında, kişinin beraberinde olan eşya da, mümkünse elektromanyetik cihazlarla, değilse beş duyu organı aracılığıyla aranır. Sahipsiz eşya hakkında da aynı hüküm uygulanır. Kişi direndiği takdirde üst ve eşya araması orantılı güç kullanılarak gerçekleştirilir. Üst ve eşya araması, kişinin veya aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Başka yere götürülerek arama yapılamaz. Gerekliğinde kolluk aracından veya yakındaki kapalı bir yerden yararlanılabilir. Üst araması sırasında, kişinin üstünde veya eşyasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açıksa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması hâlinde, üst araması aşağıda belirtilen şekilde giysiler çıkartılmak suretiyle yapılabilir: a)Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir. b)Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir. c)Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenın üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır; bedenın alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler mutlaka aranır. d)Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. e)Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir. Yapılan aramanın neticesinde bir suçla ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.’

³⁴⁵ Sırma, Özge, s.35 ; Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.502

³⁴⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.502 ; Sırma, Özge, s.35

³⁴⁷ AÖAY m.30: (Bu maddenin 1. fıkrası Danıştay 10. Dairesi'nin 13.03.2007 T. 2005/6392 E. 2007/948 K. sayılı içtihatı ile iptal edilmiştir.) ‘Kolluk, arama yapılacak kapalı yerlerde ve eklentilerinde gerekli güvenlik önlemlerini alarak kapıyı çalar. Hâkim kararı veya kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emriyle yapılan aramalarda veya karar alınmasını gerektirmeyen işlemlerde, mümkünse o yere girme izni verme yetkisine sahip kişilerle iletişim kurulmasına çalışılır, kolaylık gösterilmesi istenir. Aşağıdaki hâllerde iletişim kurmadan arama

5. Araçta Arama

Her türlü deniz, hava ve kara ulaşım aracı bu kapsamda sayılır. Ancak aranacak aracın, konutta ya da işyerinde bulunması durumunda bu yerlerde arama yapılmasına ilişkin kurallar uygulanacaktır³⁴⁸. Araçta aramanın ne şekilde yapılacağı AÖAY m.29'da ayrıntılı bir şekilde açıklanmıştır³⁴⁹.

6. Avukat Bürolarında Arama

CMK'nın 130. maddesinde yer alan düzenlemeye göre, avukat büroları ancak mahkeme kararı ile ve kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısının denetiminde aranabilir. Arama kararını düzenleyen CMK'nın 119. maddesinin aksine, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının, Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri avukat bürolarında arama yapamayacaklardır. Böylece avukat büroları, gecikmesinde sakınca bulunan haller mevcut

amacıyla kapalı yerlere ve eklentilerine girilir: a)Arama yapılacak olan yerin konut veya yerleşim yeri olarak kullanılmadığının bilinmesi, b)Arama esnasında bu yerlerde kimsenin olmadığını anlaşılması, c)Bu yerlerde oturan veya izin vermeye yetkili kişinin arama öncesinde bilgilendirilmesinin, delil karartmasına yol açarak aramanın amacını tehlikeye sokacak veya kolluk memurlarını veya diğer bireyleri tehlikeye düşürebilecek olması.

Diğer hâllerde, kolluk memurları arama kararını gösterirler. Gecikmesinde sakınca veya tehlike bulunması hâlinde, bilgilendirme içeri girildikten sonra da yapılabilir. Aramayla görevlendirilenler, aramaya karşı çıkılması hâlinde, durumun haklı kıldığı ölçüde güç kullanarak direnci ortadan kaldıracaklardır. Bilgilendirme yapıldıktan sonra, kapı açılmadığı takdirde güç kullanılacağı ihtar edilir ve buna rağmen kapı açılmazsa zorla eve girilir ve arama gerçekleştirilir. Güç, kademeli bir şekilde artarak kullanılabilir. Bulundurulması suç teşkil eden eşyanın arandığı evde bulunan kişilerin üstü, güvenlik veya suç eşyasının elde edilmesi amacıyla aranır. Arama, bulunması istenen şeyin boyutu ve niteliği göz önüne alınarak, amaca ulaşmak için gerekli olan ölçüde gerçekleştirilir. Aranacak yerde bulunan kişilerin özel hayatlarına ve mallarına gereken azami özen gösterilir. Kasa gibi, açılması özellik isteyen eşya, kolluk tarafından veya masrafları kollukça karşılanmak üzere bu konudaki meslek erbabına açtırılır. Bu işlemin o yerde yapılmasının masraflı, külfetli veya oraya zarar verebilecek nitelikte olması durumunda, eşya kolluk tarafından muhafaza edilen başka bir yere götürülerek de açılabilir. Arama sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz. Aramada hazır bulundurulacaklarla ilgili olarak aşağıdaki hükümler uygulanır: a)Aranacak yerlerin sahibi veya eşyanın 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. b)Şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin konutu, işyeri veya ona ait diğer yerlerde yapılacak aramalarda, zilyet ve bulunmazsa yerine çağrılacak kişiye, aramaya başlamadan önce aramanın amacı hakkında bilgi verilir. c)Kişinin avukatının aramada hazır bulunmasına engel olunamaz. d)Geceleyin herkesin girip çıkabileceği lokanta, bar, pavyon, gazino, meyhane gibi yerler ile kiraathane ve oyun oynatılan benzeri yerlerin aranmasında tanık bulundurulması gerekmez.'

³⁴⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.503 ; Sırma, Özge, s.35

³⁴⁹ AÖAY m.29: 'Araçlarda aramanın gerçekleştirileceği yerde, öncelikle kişilerin kaçmasını ve saldırmalarını engelleyecek şekilde gerekli güvenlik tedbirleri alınır. Araç araması sırasında, yapılan aramanın konusu olan eşyanın ne olduğu veya aramanın yapılmasına temel teşkil eden sebepler ilgiliye açıklanır. Araç araması, kişiye en az sıkıntı verici şekilde ve makul olan en kısa sürede yapılır. Araç araması, aracın ilk durdurulduğu yerde veya o yerin yakınında, mümkün olduğu kadar başkalarının göremeyeceği tarzda yapılır. Detaylı inceleme yapılması gereken hâllerde, başka yere götürülerek arama yapılabilir. Deniz şartları sebebiyle aramanın denizde mümkün olmaması veya deniz aracının ayrıntılı aranmasının gerektiği hâllerde şüpheli deniz aracı en yakın ve uygun limana çekilerek arama limanda yapılabilir. Araç araması sırasında rastlanan özel kâğıt ve zarflar, içinde müsadereye tâbi bir eşya bulunması ihtimali dışında açılmaz; açılrsa dahi yazılı bilgiler okunamaz.

Yapılan aramanın neticesinde bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delil elde edilirse, kişi yakalanır. Boş araçların aranmasında, arama yapıldığını belirten bir not bırakılır. Bu notta, arama tutanağının bir kopyasının alınabileceği yer belirtilir. Bu maddede yazılı işlemler gece de yapılabilir.'

olsa bile savcının, ona ulaşamadığı durumlarda da kolluk amirinin yazılı emri ile aranmayacak, arama için mutlaka mahkeme kararı gerekecektir. Kısacası, Anayasa ve CMK’da belirtilen istisnai durumlar avukat bürolarının aranması bakımından geçerli olmayacak, avukat büroları yalnızca mahkeme kararı ile aranabilecektir.

Avukat bürolarının aranabilmesi için karar verecek mercii “*hâkim*” değil, “*mahkeme*”dir. Sulh Ceza Hâkimliği ve tek hâkimli olan asliye ceza mahkemesi tarafından verilecek arama kararları ile avukat büroları aranmayacak olup; CMK’nın 130. maddesinde belirtilen “*mahkeme kararı*” ağır ceza mahkemesi kararını ifade etmektedir³⁵⁰.

Avukat büroları mahkeme kararı alındıktan sonra mutlaka kararda belirtilen olayla ilgili olarak Cumhuriyet Savcısının büroda hazır bulunmasıyla, onun denetiminde aranabilecektir. CMK’nın 130. maddesi gereğince, avukat bürolarının aranması Cumhuriyet Savcısı bulunmadan kolluk görevlileri tarafından gerçekleştirilemeyecektir³⁵¹. Avukat bürolarının aranması sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat aramada hazır bulundurulacaktır. Arama sırasında hazır bulunacak olan baro başkanı veya onu temsil eden avukat, büroda arama tanığı sıfatıyla hazır bulunacaktır. Baro temsilcisi, arama kararı kendisine bildirilir bildirilmez avukat bürosuna savcı ile birlikte gitmeli ve öncelikle arama kararının hukuka uygun olup olmadığını incelemelidir. Ayrıca arama bitinceye kadar yapılacak olan tüm işlemleri izlemeli ve herhangi bir olumsuzluk durumunda gerektiğinde uyarılarda bulunmalı, tespitlerini tutanağa geçirmelidir.

CMK m.130/2’yi lâfzî açıdan yorumladığımızda, *elektronik ortamda depolanan verilerin*, madde metnindeki yasak kapsamına girmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, bu tür veriler açısından herkes için geçerli olan “*bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma*”yı düzenleyen CMK.m134 hükmü, avukat bürolarında yapılan arama sonucu ele geçirilen bu tür veriler açısından da uygulama alanı bulacaktır³⁵².

Avukat bürolarında aramaya ilişkin üzerinde durulması gereken diğer husus da, avukatın evinin aynı zamanda bürosu olması halinde hangi usulle aramanın yapılacağıdır³⁵³. Avukatın hem mesken hem de büro olarak kullandığı yerde yapılan arama, onun mesleki faaliyetinden dolayı yapılan suç soruşturmasına veya kovuşturmasına ilişkinse özel düzenlemelere tabi olacak; ancak mesleğinden kaynaklanan suçlar dışında yapılacak

³⁵⁰ Örs, Cengiz Ozan, Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma, <http://tbddergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1559>, s.131-132 ; Erdem, Mustafa Ruhan, s.121

³⁵¹ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-i’ye göre: ‘*Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet Savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanun’un 130. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.*’

³⁵² Erdem, Mustafa Ruhan, s.122-123

³⁵³ Doğan, Duygu Çağla, s.169 ; Aynı görüş için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, s.125 ; Aksi görüş için bkz. Örs, Cengiz Ozan, s.141

soruşturma ve kovuşturmalardaki ev araması, herhangi bir muafiyetten yararlanamayacaktır³⁵⁴.

AIHM, 16.12.1992 tarih ve 13710/88 başvuru numaralı *Niemietz-Almanya Kararı*³⁵⁵'nda, avukat bürolarında arama ve elkoymanın genel hükümler çerçevesindeki arama ve elkoymaya göre daha sıkı koşullara tabi tutulması gerektiğini, bu koruma tedbirlerinin avukat bürolarında daha sınırlı bir şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, arama kararında suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulmasına karar verilmiş olmasının, olayda avukat bürosunda yapılan arama sırasında bağımsız gözlemcinin bulunmadığını da göz önüne alarak avukatın sır saklama yükümlülüğüne ve AIHS'in 6. maddesinde yer verilen savunma hakkına aykırı olduğunu belirtmiştir. Mahkemenin söz konusu kararına göre³⁵⁶: *'Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusuna gelince; arama kararını veren Mahkemenin gösterdiği gerekçeler izlenen meşru amaçla ilgilidir. Ancak arama kararında, hiçbir sınırlama getirilmeyerek, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve bunlara elkonulması gibi geniş terimlere yer verilmiştir. Bu durum, bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız gözlemcinin bulunması yönünde güvence de getirmeyen Alman Hukuku bakımından özel önem taşımaktadır. Daha da önemlisi, olayda incelenen belgeler dikkate alındığında, yapılan aramanın mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısız olduğu görülmektedir. Aranılan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe tecavüz edilmesi, adaletin gerektiği şekilde dağıtılması üzerinde olumsuz sonuçlar oluşturarak, AIHS'in 6. maddesinde güvence altına alınan hakları da ihlal edebilir. Ayrıca bu durum, başvurucunun mesleki itibarını da etkiler. Somut olayda, demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale sebebiyle özel yaşama saygı hakkının, konuta saygı hakkının ve haberleşmeye saygı hakkının ihlali sonucuna varılmalıdır.'*

*Smirnov-Rusya Davası*³⁵⁷'nda, avukat olan başvurucu, müvekkilinin işlediği iddia edilen suçlar hakkında devam eden bir ceza soruşturmasına bağlı olarak konutunun aranmasından yakınmıştır. AIHM, ceza soruşturmasında arama ve elkoyma yetkilerinin kullanılmasının meşruluğunu kabul etmekle birlikte, başvuruya konu olayın şartları çerçevesinde bu tedbirlere yerinde ve yeterli gerekçelerle ve orantılı olarak başvurulması gerekliliğini vurgulamıştır. *'Özellikle arama izninin verildiği sırada başka bir delilin varlığı gibi şartların, arama izninin içeriği ve kapsamı, arama sırasında bağımsız gözlemcilerin bulunması, aramanın gerçekleştirilme biçimi ve aramadan etkilenen kişinin işi ve itibarına yönelik olası etkinin boyutu'* gibi kriterlerin göz önünde tutulacağını belirtmiştir. Arama izninin kapsamı çok geniş ve açık uçlu bulunmuştur; bu iznin uygulaması da aynı şekilde kapsamlıdır. Sonuç olarak, incelenen ve elkonulan belgeler ile mesleki imtiyazı koruyacak güvencelerin eksikliği göz önünde tutularak, mesleki gizliliğe tecavüz oluşturan bu aramayı, hangi meşru amaçla gerçekleştirilirse gerçekleştirilsin orantısız bulmuştur.

³⁵⁴ Doğan, Duygu Çağla, s.169 ; Aynı görüş için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, s.125 ; Aksi görüş için bkz. Örs, Cengiz Ozan, s.141

³⁵⁵ Kararın değerlendirilmesi için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, s.127-128

³⁵⁶ Örs, Cengiz Ozan, s. 135-136

³⁵⁷ Centel, Nur, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2015, s.253-254

AİHM kararları, avukatla müvekkil arasındaki sırların korunması yükümlülüğünün, bu tür veriler bakımından da geçerli olduğunu belirtmekte ve özellikle orantılılık açısından yapılan değerlendirmede bu verilere hangi kapsamda elkonulduğunu da göz önünde bulundurmaktadır³⁵⁸.

Erdem³⁵⁹'e göre, 'CMK m.130'un, AİHM kararlarında avukat bürolarının aranmasına ilişkin güvenceleri büyük ölçüde karşıladığı söylenebilirse de; sonradan kanunlaşan 678 sayılı KHK ile bu güvencelerin kaldırılması, ileride AİHM'e yapılacak başvurular açısından sorun yaratacak gibi görünmektedir. Özellikle, CMK m.130/2'deki güvencenin ortadan kaldırılması, elektronik ortamda depolanan veriler açısından herhangi bir sınırlama getirilmeden arama ve elkoymaya olanak sağlanması, aramanın oranlılığı açısından ileride olası başvurular açısından sorun kaynağı olacaktır.'

F. Arama Kararı ve Arama Emrinin Kapsamı

Arama, bir karara veya emre dayanmak zorundadır, karar veya emir yazılı olmalıdır (AY m.20-21). Arama karar veya emrinde, sadece arama yetkisi verilebileceği gibi, aynı zamanda, elde edilen şeye elkoyma ve şüpheliyi yakalama yetkisi de verilebilir³⁶⁰.

CMK m.119/2'ye göre, arama kararı veya emrinde, 'a)aramanın nedenini oluşturan fiil, b)aranılacak kişi, aramanın yapılacağı konut veya diğer yerin adresi ya da eşya, c)karar veya emrin geçerli olacağı zaman süresi' açıkça gösterilir.

Aramanın yapılacağı zaman ve geçerli olacağı süre, belirtilmelidir. Çünkü günlük, haftalık, aylık arama kararları verilemez. Arama kararı, belirli bir olaya ilişkin, belirli bir süre için verilmek zorundadır³⁶¹.

Aramaya, soruşturmanın başlamasından ceza muhakemesinin sona ermesine kadar her zaman başvurulabilir. O halde, arama en erken ancak soruşturmaya başlandıktan sonra ve nihayet ceza muhakemesinin kesin hüküm ile sona ermesine kadar icra edilebilir. Hatta muhakemenin iadesi istenmişse bu aşamada da aramaya karar verilebilir³⁶².

G. Arama Kararı Olmadan Yapılan Aramalar

1. AÖAY'nin 8. Maddesinde Belirtilen Durumlar

Aşağıdaki hâllerde ayrıca bir arama emri ya da kararı aranmaz:

a) *Hakkında tutuklama kararı veya yakalama emri veya zorla getirme kararı bulunan kişi ile hakkında gıyabî tutuklama kararı verilen kaçak yakalandığında üstünde, yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada,*

³⁵⁸ Erdem, Mustafa Ruhan, s.123

³⁵⁹ Erdem, Mustafa Ruhan, s.147-148

³⁶⁰ Şahin, Cumhuriyet, s.323-324

³⁶¹ Baki, Yunus, s.56

³⁶² Özbek/Bacaksız, s.182 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.389

- b) Hâkim kararı veya Cumhuriyet Savcısının yazılı emri ile veya kolluk tarafından doğrudan yakalanan kişinin, kendisine, başkalarına veya yakalama işlemini yapan kolluk görevlilerine zarar vermesini önlemek amacıyla yapılacak kaba üst aramasında,
- c) Gözaltına alınan kişinin, nezarethaneye konmadan önce yapılan üst aramasında,
- d) Herhangi bir sebeple hukuka uygun şekilde yakalandıktan sonra kolluk güçlerinin elinden kaçmakta olan kişilerin veya işlenmekte olan veya henüz işlenmiş olan veya pek az önce işlendiğini gösteren belirtilerin olduğu suçun failinin yakalanması amacıyla takibi sırasında girdikleri araç, bina ve eklentilerinde yakalanması amacıyla yapılacak aramalarda,
- e) (Bu bentte, 29.04.2016 tarih 29698 sayılı RG ile değişiklik yapılmıştır.)
- 1) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında gümrük salonları ve gümrük kapılarında kaçak eşya sakladığından kuşku edilen kişilerin üzeri, eşyası, yükleri ve araçlarının gümrük kontrolü amacıyla gümrük görevlilerince aranmasında,
- 2) 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 9. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden girilmesi, çıkılması ve geçilmesi yasak olan gümrük bölgesinde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurularak bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,
- 3) 4926 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 18. maddesinin ikinci fıkrası kapsamında, 27/10/1999 tarihli ve 4458 sayılı Gümrük Kanunu gereğince belirlenen kapı ve yollardan başka yerlerden gümrük bölgesine girmek, çıkmak veya geçmek ve bu yerlerde rastlanacak kişi ve her nevi taşıma araçlarının yetkili memurlar tarafından durdurulmasında ve bu kişilerin eşya, yük ve üzerleri ile varsa taşıma araçlarının aranmasında,
- f) 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesindeki kanunun hükmü ve âmirin emrini yerine getirme, 25. maddesindeki meşru savunma ve zorunluluk hâli ve 26. maddesindeki hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası ile diğer kanunların öngördüğü hukuka uygunluk sebepleri ve suçüstü hâlinde yapılan aramalarda, toplum için veya kişiler bakımından hayatî tehlikeyi ortadan kaldırmak amacıyla veya kapalı yerlerden gelen yardım çağrılarını üzerine, konut, işyeri ve yerleşim yeri ile eklentilerine girmek için.

Danıştay 10. Dairesi'nin 13.03.2007 T. 2005/6392 E. 2007/948 K. sayılı içtihatı ile; 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG'de yayımlanan AÖAY'nin, 8. maddesinin 'a' bendindeki, '...yakalanması amacıyla konutunda, işyerinde, yerleşim yerinde, bunların eklentilerinde ve aracında yapılacak aramada...' ibaresiyle, yine 8. maddenin 'f' bendindeki '...ilgilinin rızası...' ibaresinin, iptaline karar verilmiştir³⁶³.

2. Rıza İle Arama

AÖAY m.8/f'de yer alan "ilgilinin rızası" ibaresi üst başlıkta bahsettiğimiz Danıştay 10. Dairesi'nin kararıyla iptal edilmiştir. Danıştay, Anayasa'nın özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkını düzenleyen 20. ve 21. maddelerinde sınırlama usulleri içinde

³⁶³ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

“ilgilinin rızası”na yer verilmediğini tespit etmiş; ‘özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkı ile kamu güvenliği arasında bir denge kurulmaya çalışılırken, birey ile kolluk arasındaki güç dengesizliğinin, ilgilinin rızasını sakatlayabileceği endişesiyle, bu hakların, mümkün olduğunca yargı yerlerince verilen kararlarla sınırlanması esası benimsenmiştir. Anayasa’nın sıkı bir şekilde korumakla yetinmeyip, sınırlama ölçütlerini de sıkı kurallara bağladığı temel haklardan olan özel hayatın gizliliği ve konut dokunulmazlığı hakkından tümüyle vazgeçilmesi anlamına gelen rıza müessesinin, bu hakların ihlalini kolaylaştıracağı ve Anayasa ile getirilen korumayı işlevsiz kılacağı açıktır.’ gerekçesiyle iptal kararı vermiştir³⁶⁴. Özellikle ülkemizde kolluğun elde edeceği rızanın serbest iradeye dayanıp-dayanmadığı noktasında, geçmişte yaşanan tecrübeler de dayanarak duyulan tereddüt nedeniyle, muvafakatli arama kurumunun hukuki dayanaktan yoksun bırakılması yerinde olmuştur³⁶⁵.

H. Aramanın Yerine Getirilmesi

Arama kararı, kolluk tarafından yerine getirilir. Aramada öncelikle, savunma hakkının sağlanabilmesinin bir gereği olarak arama yapılacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi hazır bulundurulmaya çalışılmalıdır. Sahip veya zilyet birden fazla kişiyse her birisinin aramada bulunabilme hakkı vardır. Arama sırasında, aranacak yerin sahibi veya eşyanın zilyedi bulunamaz ise, bu durumda bu kişilerin temsilcisi, ayırt etme gücüne sahip akrabalarından birisi, birlikte oturdukları kişi veya komşusu hazır bulundurulur. Bu kimseler, arama sırasında hazır bulunarak sahip veya zilyedin hak ve menfaatlerini korunmasını sağlayacaklardır.

Aramada, hakkında arama kararı verilen kişinin avukatı da hazır bulunabilir. Avukatın hazır bulunabilmesine ilişkin bu hüküm, üçüncü kişiler nezdinde yapılan arama bakımından da geçerlidir. Ancak avukatın çağırılması veya beklenmesi aramayı sonuçsuz bırakmamalıdır³⁶⁶.

Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulur (CMK m.119/4)³⁶⁷. Doktrinde, arama sırasında bulundurulması gereken bu kişilere genel olarak “arama (işlem) tanığı” denilmektedir. Ancak, aramada o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulması zorunluluğu sadece konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerin aranması durumlarında söz konusudur. Arama sırasında işlem tanıklarının bulundurulmasının sebebi, aramanın şeffaf olmasını sağlamaktır. Bu şekilde arama, aleniyet kazanmaktadır. Konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerin konut dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliği ilkeleri açısından taşıdığı önem nedeniyle kanun koyucu böyle bir düzenlemede bulunma ihtiyacı hissetmiştir³⁶⁸.

³⁶⁴ Centel, Nur, s.284 ; Keskin Kızıroğlu, Serap, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Basit Arama (Adli Arama), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1500/16559.pdf>, s.163 ; Doğan, Duygu Çağla, s.175

³⁶⁵ Doğan, Duygu Çağla, s.175

³⁶⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.505

³⁶⁷ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-e’ye göre: ‘Cumhuriyet Savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan bir kişi bulundurulur.’

³⁶⁸ Yıldız, Hüseyin Serkan, s.98

Arama tanıkları arama yerine gelmek istemezse, bu kişiler hakkında zor kullanılabilir ve haklarında gözaltına alma gibi diğer yasal işlemler yapılabilir³⁶⁹.

Askeri mahallerde yapılacak arama, Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m.119/5)³⁷⁰.

Kanun koyucu, arama işlemi yapılırken “arama tanığı” bulundurulmasını mecburi hale getirmiştir. Bunun sebebi ileride doğabilecek iddiaların, yani aslında orada olmayan delillerin görevlilerce yerleştirildiği gibi suçlamaların önüne geçmek ve aramanın her türlü şüpheden uzak bir şekilde yapılmasını sağlamaktır³⁷¹.

Aramanın sonunda hakkında arama işlemi uygulanan kimseye istemi üzerine aramanın 116. ve 117. maddelere göre yapıldığını ve 116. maddede gösterilen durumda soruşturma veya kovuşturma konusu fiilin niteliğini belirten bir belge ve istemi üzerine elkonulan veya koruma altına alınan eşyanın listesini içeren bir defter ve eğer şüpheyi haklı kılan bir şey elde edilmemiş ise bunu belirten bir belge verilir (CMK m.121/1).

Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtlarını inceleme yetkisi, Cumhuriyet Savcısı ve hâkime aittir (CMK m.122/1)³⁷².

VIII. ELKOYMANIN KOŞULLARI

A. Şüphe

Şüphe olmadan ceza muhakemesinin başlaması mümkün değildir. Bu nedenle yalnız elkoyma değil herhangi bir koruma tedbirine başvurabilmek için mutlaka şüphenin varlığı gerekir. Ancak koruma tedbirinin niteliğine göre aranacak şüphenin türü farklı olacaktır.

CMK m.123'e bakıldığında, hükümde şüpheye ilişkin herhangi bir düzenlemenin yer almadığı görülür. Yasal bir düzenlemenin olmaması, elkoyma tedbiri açısından aranacak şüphe türü bakımından, doktrinde farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur.

Özbek/Kanbur/Doğan³⁷³, a göre; ilk bakışta basit şüphenin yeterli olabileceği gibi bir sonuca ulaşmak mümkün ise de elkoyma, özellikle mülkiyet hakkına önemli bir sınırlama getirdiğinden arama koruma tedbiri için aranan makul şüphe kavramının elkoyma için de geçerli olması gerekmektedir.

³⁶⁹ Baki, Yunus, s.121 ; Özbek/Bacaksız, s.194 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.401

³⁷⁰ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-f'ye göre: 'Askeri mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet Savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir.'

³⁷¹ Yenisey/Nuhoğlu, s.406

³⁷² İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-g'ye göre: 'Hakkında arama işlemi uygulanan kimsenin belge veya kâğıtları adli kolluk görevlileri tarafından da incelenebilir.'

³⁷³ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.432 ; Aynı görüş için bkz. Uğuz, İsmail, s.51 ; Erçakal, Taner, s.54

Söz konusu tedbir açısından, makul şüphe dışında, yeterli şüphenin bulunması gerektiğini savunan yazarlar da vardır³⁷⁴.

Öztürk/Tezcan/Erdem³⁷⁵'e göre; elkoyma işleminin gerçekleştirilebilmesi için madde bakımından aranan koşullar suç şüphesinin ve elkonulacak bir eşyanın bulunmasıdır. Koruma tedbirlerinin tümünde öncelikle aranan koşul şüphenin varlığıdır. Elkoyma kararı verilebilmesi için aranan şüphe oranlılık ilkesini göz önünde bulundurarak, somut olaya göre saptanmalıdır. Biz de bu görüşe katılmaktayız.

Şüphe türlerinin anlaşılması açısından, şüpheyi kuvvet derecesine göre: basit şüphe, makul şüphe, yeterli şüphe, kuvvetli şüphe şeklinde tasnife tabi tutarak inceleyeceğiz.

1. Basit Şüphe

Basit şüphe, şüphenin en hafif derecesidir. Ceza muhakemesi basit bir şüphe ile başlar ve şüphenin yenilmesiyle sonuca ulaşılır. Soruşturma evresinin başlayabilmesi ve şüpheli sıfatının ortaya çıkabilmesi için, basit başlangıç şüphesinin somut verilere dayanması gerekir. Belli ve yaşanmış somut olaylara dayanmadan ortaya çıkan basit şüphe, sadece bir tahminden ibarettir³⁷⁶.

Başlangıç şüphesinden bahsedebilmek, için suç işlendiği izlenimini veren somut olgulara dayanan halin 'kriminalistik biliminin ortaya koyduğu tecrübe kurallarına göre, kovuşturulabilir nitelikte olan bir suç fiilinin mevcut bulunduğu ihtimalini' ortaya koyması gerekir³⁷⁷.

2. Makul Şüphe

Makul şüphe kavramından, yukarıda "Aramanın Koşulları" başlığı altında bahsettiğimiz için burada tekrarlama gereği duymuyoruz³⁷⁸.

3. Yeterli Şüphe

Eldeki delillere göre, yapılacak muhakemede sanığın mahkûm olması ihtimali, beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise yeterli delilden veya başka bir anlatımla yeterli şüpheden söz edilir³⁷⁹. CMK'nın 170/2 maddesine göre soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet Savcısının, bir iddianame düzenlemesi gerekmektedir.

³⁷⁴ Avşar, Yakup, s.65 ; Açar, Mustafa, s.134 ; Ökten, Pınar, s.65 ;

³⁷⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.508 ; Aynı görüş için bkz. Arısoy, Uğur Kaan, s.148

³⁷⁶ Avşar, Yakup, s.66

³⁷⁷ Uğuz, İsmail, s.47 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.67

³⁷⁸ Bkz. s.53-54

³⁷⁹ Erçakal, Taner, s.52 ; Aynı görüş için bkz. Uğuz, İsmail, s.48

4. Kuvvetli Şüphe

Şüpheli veya sanığın suçun faili veya iştirakçisi olduğu kuvvetle muhtemel ise kuvvetli şüpheden söz edilir. Kuvvetli şüphe, kovuşturma sonunda sanığın mahkûm olma ihtimalinin yüksek olmasını ifade eder³⁸⁰.

Kanun bazı koruma tedbirleri bakımından kuvvetli şüphe bulunması mecburiyetini şart koşturmaktadır (Gözlem Altına Alınma-CMK m.74 ; Tutuklama-CMK m.100 ; Taşınmaz, Hak ve Alacaklara Elkoyma-CMK m.128/1 ; ...).

B. Hâkim Kararı veya Yetkili Merciiin Yazılı Emri

1. Hâkim Kararı

Elkoyma işlemi, kural olarak hâkim kararı ile mümkündür. Soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma evresinde ise, olaya bakan mahkeme elkoyma kararını verir³⁸¹.

Bu kuralın istisnası, Anayasa'nın 20. maddesinin 2. fıkrasına³⁸² uygun olarak, 5353 sayılı Kanunla değişik CMK m.127'de düzenlenmiştir. Buna göre; gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet Savcısı, Cumhuriyet Savcısına ulaşamaması durumunda ise kolluk amirleri elkoyma emri verebilirler. İster elkoyma kararı, isterse emri söz konusu olsun, bunun yazılı olması gerekir. Gecikmede sakınca bulunması nedeniyle Cumhuriyet Savcısı, ona ulaşamaması durumunda da kolluk amiri tarafından elkoyma emri verilmesi durumunda elkoymanın 24 saat içinde hâkim onayına sunulması gerekir. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren 48 saat içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.

2. Cumhuriyet Savcısının Yazılı Emri

Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının emriyle de elkoyma yapılabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal deyiminden, yukarıda "Aramanın Koşulları" başlığı altında bahsettiğimiz için burada tekrarlama gereği duymuyoruz³⁸³.

Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar (CMK m.127/3)³⁸⁴.

³⁸⁰ Erçakal, Taner, s.52

³⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.508 ; Avşar, Yakup, s.70 ; Keskin Kızıroğlu, Serap, s.149

³⁸² AY m.20/2: 'Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciiin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciiin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.'

³⁸³ Bkz. s.55

³⁸⁴ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-h'ye göre: 'Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.'

Askeri mahâllerde yapılacak elkoyma işlemi, Cumhuriyet Savcısının istem ve katılımıyla askeri makamlar tarafından yerine getirilir (CMK m.127/6)³⁸⁵.

3. Kolluk Amirinin Yazılı Emri

Kolluğun, hangi nedenle olursa olsun kendiliğinden elkoyma işlemi yapma yetkisi yoktur. Kolluk amirlerinin elkoyma yetkisi, iki koşulun gerçekleşmesine bağlıdır: gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olması, Cumhuriyet Savcısına ulaşılamaması.

Kolluk görevlisinin açık kimliği, elkoyma işlemine ilişkin tutanağa geçirilir.

C. Elkoymaya Konu Olabilecek Bir Eşyanın Bulunması

Eşya, belli bir ağırlığı, hacmi ve ekonomik değeri olan ve üzerinde hâkimiyet kurulması mümkün olan her türlü varlık olarak tanımlanabilir³⁸⁶. Yaşayan bir insanın vücudu eşya değildir; insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi başta olmak üzere çağdaş ceza hukukuna egemen olan birçok ilke buna engeldir³⁸⁷. Ancak vücuttan ayrılan parçalar örneğin kesilen saçlar, çekilen dişler vücuttan ayrıldıktan sonra eşya niteliğini kazanıp vücut sahibinin mülkiyetinde olacaktır³⁸⁸. Ceset, ceset parçaları ve düşük, kadük (ölü doğan cenin) delil olma ihtimali bulunduğu takdirde, hukuk devleti ilkesi, oranlılık ve insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi göz önünde bulundurulmak suretiyle elkoymaya konu olabilir³⁸⁹.

Bir eşyanın elkoymaya konu olabilmesi için, o eşyanın alınması ile amaçlanan hususun gerçekleşme ihtimalinin bulunması gerekir. Yani, elkoyma hangi amaçla yapılıyor ise, söz konusu eşyanın alınması ile o amaca ulaşılacağı konusunda yeterli şüphe sebebinin de bulunması gereklidir³⁹⁰.

CMK m.123'teki düzenleme göz önüne alındığında, iki tür eşya elkoymanın konusunu oluşturur: delil niteliğinde (ispat aracı) olan eşya, eşya veya kazanç müsaderesine tabi olan eşya.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek için faydalı görülen her türlü eşyaya elkonulabilir. Delil olan her şey elkoymanın konusuna girer. Ancak, hukuk düzeninin tanımadığı, delil yasakları içinde kalan, gerçekçi olmayan, yani beş duyumuzla algılanamayan, akıl ve mantık kurallarına aykırı, suç ile ilgili olayı aksettirmeyen araçlar delil niteliğine haiz sayılmazlar ve bu durumda eşyaya elkonulamaz³⁹¹.

³⁸⁵ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-f'ye göre: 'Askeri mahallerde hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet Savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma yapılabilir.'

³⁸⁶ Ölmez, Aslan, s.19 ; Benzer tanımlar için bkz. Avşar, Yakup, s.71 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.115 ; Erçakal, Taner, s.56

³⁸⁷ Erçakal, Taner, s.56

³⁸⁸ Erçakal, Taner, s.56

³⁸⁹ Avşar, Yakup, s.73 ; Uğuz, İsmail, s.56

³⁹⁰ Avşar, Yakup, s.72 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.154 ; Erçakal, Taner, s.59

³⁹¹ Ölmez, Aslan, s.19-20

Müsadereye tabi eşya iki gurupta mütalaa edilebilir³⁹²: ‘*Birinci gurupta*; failin mahkûm olması halinde, müsadere edilecek eşya söz konusudur. Bunlar, suçta kullanılan ya da suçun işlenmesinden meydana gelen eşyadır. Böyle bir eşyaya yargılama safhasında CMK m.123’e göre elkonulabilir. Neticede fail mahkûm olursa bu eşya müsadere edilecektir (TCK m.54/1). Görüldüğü gibi elkoyma için mahkûmiyet şartı aramaya gerek yoktur. *İkinci gurupta*; kullanılması, yapılması, taşınması, bulundurulması ve satılması suç olan eşyadan bahsedilmiştir. Bunlara elkonulabilmesi için herhangi bir suçta kullanılmasına gerek yoktur. Çünkü bunlar bizatihi suç teşkil etmektedir ve müsadere muhakemesi sırasında elkonulabilecektir. Bir ceza mahkûmiyeti olmasa ve fail dışında bir üçüncü kişiye ait olsalar bile elkoyma ve müsadereye (zoralm) konu olabileceklerdir.’

D. Elkoyma Yasağı Olan Eşyanın Söz Konusu Olmaması

Bazı durumlarda elkonulacak eşyanın delil değeri ne olursa olsun elkoyma işlemi ile meydana gelecek zarar, elde edilmesi beklenen yarardan açıkça oransız olabilir. İşte kanun koyucu bu gibi durumlarda kişilerin ve devletin menfaatlerini dikkate alarak bir takım eşyalara elkonulamayacağını açıkça düzenlemiştir.

CMK m.126’ya göre: ‘*Şüpheli veya sanık ile 45. ve 46. maddelere³⁹³ göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektuplara ve belgelere; bu kimselerin nezdinde buldukça elkonulamaz.*’³⁹⁴ Bu mektup ve belgeler, şüpheli veya sanık ile tanıklıktan çekinme hakkı olan kişilerin eli altında bulunması halinde elkoyma yasağı işleyecektir. Bunun dışında söz konusu mektuplar ve belgeler sanık veya tanıklıktan çekinme hakkı bulunan kişilerden başka kişilerin üstünde, mesela arkadaşının üstünde bulunursa, işte bunlara o zaman elkonulabilir. Buradaki belgenin sözü edilen kişiler arasındaki mektup dışındaki her türlü yazışma olması mümkündür³⁹⁵.

Elektronik posta yoluyla yapılan yazışmalar CMK’nın 135. maddesi kapsamında iletişimin tespiti tedbirinin konusunu oluşturduğundan, CMK’nın 126. maddesindeki mektup

³⁹² Ölmez, Aslan, s.22-23 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.72

³⁹³ CMK m.45: ‘1)Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a)Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b)Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c)Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu. d)Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e)Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar. 2)Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanuni temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanuni temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez. 3)Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.’ CMK m.46: ‘1)Meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecekler ile çekinme konu ve koşulları şunlardır: a)Avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarının, bu sıfatları dolayısıyla veya yüklendikleri yargı görevi sebebiyle öğrendikleri bilgiler. b)Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler. c)Mali işlerde görevlendirilmiş müşavirler ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler. 2)Yukarıdaki fıkranın (a) bendinde belirtilenler dışında kalan kişiler, ilgilinin rızasının varlığı halinde, tanıklıktan çekinemez.’

³⁹⁴ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-ğ’ye göre: ‘Şüpheli veya sanık ile 5271 sayılı Kanun’un 45. ve 46. maddelerine göre tanıklıktan çekinebilecek kimseler arasındaki mektup ve belgelere, bu kimselerin nezdinde bulunsa bile elkonulabilir.’

³⁹⁵ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.430

kavramına dâhil değildir³⁹⁶. Elektronik posta dışındaki elektronik ortamda bulunan yazıların madde kapsamına dâhil olup-olmadığı konusunda açıklık bulunmamaktadır³⁹⁷. Bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoymanın düzenlendiği CMK m.134'te bu konuyla ilgili hüküm yoktur. Dolayısıyla CMK'nın 126. maddesi bu konudaki yazışmalara da uygulanabilmelidir; çünkü çıktısı alınmamış bu belgeler de halen bu kişilerin nezdinde sayılır³⁹⁸.

Müdafii ile şüpheli veya sanık arasında gönderilen mektup ve belgelere hem müdafinin tanıklıktan çekinmeye hakkı olan kişilerden olması hem de CMK m.154³⁹⁹'te özel hüküm bulunması dolayısıyla elkonulamayacaktır. Bu durum yasa koyucunun savunma hakkının dokunulmazlığına verdiği önemi ortaya koymaktadır⁴⁰⁰.

Anayasa m.30'a göre, yasaya uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçlarına, suç aleti olduğu gerekçesiyle elkonulamaz, müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz.

Devlet sırrı niteliğindeki bilgileri içeren belgelerin incelenmesi CMK'nın 125. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren belgeler, Devlet sırrı olarak mahkemeye karşı gizli tutulamaz. Bu belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilir. Yani bir suça ilişkin delil elde etmek için yapılan aramada ele geçen belgelerin devlet sırrı niteliğinde bilgiler içerdiği ileri sürüldüğünde bu belgeler ancak mahkeme hâkimi veya heyeti tarafından incelenebilecektir. Bu belgelerde yer alan ve sadece yüklenen suçu açıklığa kavuşturabilecek nitelikte olan bilgiler, hâkim veya mahkeme başkanı tarafından tutanağa kaydedilecektir. Hapis cezasının alt sınırı beş yıldan az olan suçlarda bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulabilir ve bu belgelere elkonulamaz. Hapis cezasının alt sınırı beş yılın üzerinde ise bir suç olgusuna ilişkin bilgileri içeren resmi belgeler mahkemelere karşı gizli tutulamaz ve bu belgelere elkonulabilir.

E. Elkoymaya Maruz Kalabilecekler

Sadece şüpheli veya sanık değil, üçüncü kişiler de elkoyma işlemine maruz kalabilir. Delil niteliğinde olan veya müsadereye tabi bulunan bir eşyayı elinde bulunduranlar CMK m.123'e göre elkoymaya maruz kalırlar. Oranlılık ilkesi gereği elkoyma işlemiyle ilgili olayla bir alakası olmayan ve eşyaya tesadüfen zilyet olan üçüncü kişiye, elkoymanın şartları konusunda daha titiz davranmak gerekir. Aksi halde durum, CMK m.141 kapsamında tazminat gerektirir⁴⁰¹.

³⁹⁶ Arısoy, Uğur Kaan, s.156

³⁹⁷ Arısoy, Uğur Kaan, s.156 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.430

³⁹⁸ Arısoy, Uğur Kaan, s.156 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.430

³⁹⁹ CMK m.154/1: 'Şüpheli veya sanık, vekâletname aranmaksızın müdafii ile her zaman ve konuşulanları başkalarının duyamayacağı bir ortamda görüşebilir. Bu kişilerin müdafii ile yazışmaları denetime tâbi tutulamaz.'

⁴⁰⁰ Ölmez, Aslan, s.32

⁴⁰¹ Ökten, Pınar, s.70-71 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.77 ; Ölmez, Aslan, s.46 ; Uğuz, İsmail, s.70 ; Erçakal, Taner, s.74

F. Elkoyma Kararı ve Elkoyma Emrinin Kapsamı

Elkoyma işlemi, bir karara veya emre dayanmak zorundadır, karar veya emir yazılı olmalıdır (AY m.20, 21).

Kolluk amirinin emriyle icra edilen elkoymanın sonuçları savcılığa bildirilir; bu bildirim yükümlülüğü arama bakımından kanunda açıkça yer aldığı halde elkoyma bakımından yer almamaktadır⁴⁰². Bu bir eksiklik olmayıp, aramanın sonucu her durumda savcıya bildirileceğine göre suç delillerinin elde edilmesi amacıyla yapılan aramada elkoymanın konusunu oluşturan delillerin bulunup bulunmadığı ve bunlara elkonulup konulmadığı da bildirilmiş olacaktır⁴⁰³. Diğer yandan kanun, Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılan elkoyma işleminin hâkim onayına sunulmasını şart koştuğu halde, arama kararı bakımından bu koşul öngörülmemiştir⁴⁰⁴.

Elkoyma, genellikle arama ile bağlantılı olarak başvuru bir koruma tedbiridir. Bununla birlikte arama kararı, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulması kararını kapsamaz. Yalnızca arama kararına dayanarak, arama sonucunda ele geçen eşyaya elkonulmasına olanak yoktur. Bu nedenle, somut olayın özelliklerine göre gerektiği takdirde, arama ve elkoyma kararlarının birlikte verilmesi gerekebilir⁴⁰⁵.

IX. ELKOYMANIN ÇEŞİTLERİ

Elkoyma, “Basit Elkoyma” ve “Özel Elkoyma” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

A. Basit Elkoyma

Basit elkoyma işlemi temel olarak iddiaya konu suçla ilgili delilleri elde etmek, bu delilleri korumak ve müsadereye tabi eşyayı adliyenin eli altında tutmak amacıyla yapılır. Buradaki elkoymanın konusunu suçun delili veya eşya ile kazanç müsaderesinin konusu olan her türlü taşınır eşya oluşturur⁴⁰⁶. Bu işlem zilyedin rızası ile yapıldığında da “muhafaza ve emniyet altına alma” olarak anılmaktadır. CMK’nın 123. maddesinde basit elkoymaya ilişkin düzenlenmelere yer verilmiştir. Bu itibarla, basit elkoyma bir koruma tedbiri olan elkoymanın en temel şeklini oluşturmaktadır⁴⁰⁷.

CMK m.124’te, m.123’te yer alan koruma tedbirine uymayanlara uygulanacak yaptırım gösterilmektedir. Her koruma tedbiri, içinde potansiyel bir zorlamayı barındırır⁴⁰⁸. Eşyayı yanında bulundurandan öncelikle eşyanın teslimi istenecek, eğer kişi eşyayı vermezse bu eşyaya elkonulacaktır. Buna uyulmamasının yaptırımı, 3 ayı geçmemek üzere zorlama amaçlı bir hapis cezasıdır (CMK m.60). Ancak şüpheli veya sanık ya da tanıklıktan çekinebilecek kişiler hakkında bu hüküm uygulanmayacaktır (CMK m.124/2).

⁴⁰² Ökten, Pınar, s.71

⁴⁰³ Ökten, Pınar, s.71

⁴⁰⁴ Ökten, Pınar, s.71

⁴⁰⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.509 ; Aynı görüş için bkz. Arısoy, Uğur Kaan, s.151

⁴⁰⁶ Arısoy, Uğur Kaan, s.160

⁴⁰⁷ Avşar, Yakup, s.78

⁴⁰⁸ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.510-511 ; Avşar, Yakup, s.79

B. Özel Elkoyma

1. Postada Elkoyma

Postada elkoyma, ‘posta hizmeti veren her türlü resmî veya özel kuruluştaki bulunan gönderilerden ispata yarayacak nitelikte olanların adliyenin eli altına alınması’ şeklinde tanımlanabilir⁴⁰⁹.

Postada elkoymanın esas amacı, delil elde etmektir. Postada elkoymanın konusunu, posta hizmeti veren her türlü resmi veya özel kuruluştaki bulunan (mektup, belge, yazı, koli veya her türlü paket gibi) oluşturmaktadır⁴¹⁰. Örneğin, kargo şirketlerinde bulunan gönderilere de elkoymak mümkündür.

Postada bulunan her türlü gönderiye elkonulabilmesi için iki koşul aranmaktadır. Bunlardan ilki, gönderinin suçun delillerini oluşturduğundan şüphe edilmesi; ikincisi de gerçeğin ortaya çıkarılması için soruşturma ve kovuşturmada adliyenin eli altında olma zorunluluğunun bulunmasıdır⁴¹¹. Madde metninde, kuvvetli şüphe veya somut kanıt aranmasından söz edilmemiştir⁴¹².

Postada elkoymaya kural olarak hâkim karar verebilir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı da postada elkoymaya karar verebilecektir.

Postada elkoyma ve iletişimin denetlenmesi tedbirlerinin hukuki nitelikleri aynı olup; her iki tedbir de koruma tedbiridir. Ancak iletişimin denetlenmesi, postada elkoyma gibi klasik bir koruma tedbiri değildir⁴¹³. İletişimin denetlenmesine maruz kalan kişi bu durumdan haberdar olmadığından, burada gizli bir soruşturma tedbiri söz konusudur. Postada elkoyma, posta hizmeti veren kuruluşlardaki maddi varlığa sahip gönderilere ilişkin; CMK m.135’te yer alan iletişimin denetlenmesi tedbirinin konusunu telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişim oluşturur ve burada maddi varlığa sahip herhangi bir şey yoktur⁴¹⁴. Postada elkoyma, her suç tipi için uygulanabiliyorken, iletişimin denetlenmesi tedbirinin uygulandığı suç tipleri katalogda sayılanlarla sınırlıdır.

2. Taşınmaz Hak ve Alacaklara Elkoyma

CMK m.128’in uygulanabilmesi için, elkoyma konusu taşınmaz, hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin maddede sayılı suçların işlenmesi suretiyle elde edildiğine ilişkin somut delillere dayalı kuvvetli şüphe nedenlerinin bulunması gerekir⁴¹⁵. Bu koşulların gerçekleşmesi durumunda şüpheli, sanık ya da üçüncü bir kişinin zilyetliğinde olan ve maddede sayılan taşınmazlara; kara, deniz veya hava ulaşım araçlarına, banka veya diğer mali kurumlarda yer alan her türlü hesaba, gerçek veya tüzel kişiler nezdindeki her türlü hak ve

⁴⁰⁹ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.448 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.141 ; Avşar, Yakup, s.81-82

⁴¹⁰ Aldemir, Hüsnü, s.246 ; Şahin, Cumhuriyet, s.341

⁴¹¹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.511

⁴¹² Donay, Süheyl, *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2015, s.233

⁴¹³ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.448-449 ; Aynı görüş için bkz. Ölmez, Aslan, s.78 ; Ökten, Pınar, s.83-84

⁴¹⁴ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.448-449 ; Aynı görüş için bkz. Ölmez, Aslan, s.78 ; Ökten, Pınar, s.83-84

⁴¹⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.512

alacaklara, kıymetli evraka, ortaklık paylarına, kiralık kasa mevcutlarına ve diğer malvarlığı değerlerine elkonulması mümkündür.

Söz konusu suçlardan elde edilen hak, alacak ve diğer malvarlığı değerlerinin mutlaka şüpheli veya sanığa ait olması gerekmemektedir. Bu kişilere ait olmayan malvarlığı değerlerine de elkonulabilir⁴¹⁶.

Taşınmaz hak ve alacaklar hakkında CMK m.128 hükmü gereğince elkoyma kararı alınabilmesi için, ilgisine göre, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, Sermaye Piyasası Kurulu, Mali Suçları Araştırma Kurulu, Hazine Müsteşarlığı ve Kamu Gözetimi, Muhasebe ve Denetim Standartları Kurumundan, suçtan elde edilen değere ilişkin rapor alınmalıdır. Bu rapor en geç üç ay içinde hazırlanır. Özel sebepler zorunlu kıldığında bu süre talep üzerine iki ay daha uzatılabilir.

CMK m.128, bu maddenin 2. fıkrasında katalog halinde sayılan belli suçlar bakımından uygulama alanı bulur⁴¹⁷.

İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-1'ya göre: '5271 sayılı Kanun'un 128. maddesi uyarınca yapılacak elkoymaya, maddenin birinci fıkrasında belirtilen rapor alınmadan, Sulh Ceza Hâkimliği'nce karar verilebilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı da elkoymaya karar verebilir. Hâkim kararı olmaksızın yapılan elkoyma işlemi, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar.'

⁴¹⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.512-513 ; Aksi görüş için bkz. Ünver/Hakeri, s.423 ; Şahin, Cumhuriyet, s.339 ; Donay, Süheyl, s.228

⁴¹⁷ CMK m.128/2: 'a)Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),
11. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
12. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
13. Tefecilik (madde 241),
14. Zimmet (madde 247),
15. İrtikap (madde 250),
16. Rüşvet (madde 252),
17. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
18. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),
19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları,
- b)Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
- c)Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d)Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e)Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar, hakkında uygulanır.'

674 sayılı OHAL Kararnamesi m.13 ile CMK m.128'in 9. fıkrasında değişiklik yapılmış ve maddeye 10. fıkraya eklenmiştir. Maddenin ilgili fıkralarının güncel hali şu şekildedir; CMK m.128/9: *'Bu madde hükümlerine göre elkoymaya ve onuncu fıkraya uyarınca kayyım atanmasına ancak hâkim karar verebilir.'*, CMK m.128/10: *'Bu madde uyarınca elkonulan taşınmaz, hak ve alacakların idaresi gerektiğinde bu malvarlığı değerlerinin yönetimi amacıyla kayyım atanabilir. Bu durumda 133. madde hükümleri kıyasen uygulanır.'*

01.09.2016 tarih 29818 nolu 2. Mükerrer RG'de yayımlanan 674 sayılı OHAL Kararnamesi'nin 19. maddesine göre: *'Birinci ve ikinci fıkralar uyarınca Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun kayyım olarak atanmasına karar verilen şirket, taşınmaz, hak, varlık ve alacaklar hakkında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 128. maddesi uyarınca verilen elkoyma ve tedbir kararları, kayyım yetkisinin Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna devriyle birlikte kendiliğinden kalkar.'* CMK m.128'de OHAL Kararnameleriyle yapılan son değişiklik budur.

3. Avukat Bürolarında Elkoyma

CMK, avukatın bürosunda ve postasında elkoyma ile ilgili işlemleri genel hükümlerden ayrı olarak farklı usul ve esaslarda düzenlemiştir. Bunun temel nedeni, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin tam bir gizlilik içerisinde yürütülmesi gerektiği göz önüne alınarak avukatın mesleki sırlarının korunmasını sağlayarak avukatın sır saklama yükümlülüğünü ve böylece savunma hakkını korumaktır⁴¹⁸.

CMK m.130/2'de, elkonulmasına karar verilen şeylerin avukat ile müvekkili arasındaki mesleki ilişkiye ait olduğu ileri sürüldüğü takdirde ne yapılacağı düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre, avukat bürosunda yapılan arama sonucu elkonulmasına karar verilen şeyler bakımından bürosunda arama yapılan avukat, baro başkanı veya onu temsil eden avukat, bunların avukat ile müvekkili arasındaki meslek ilişkiye ait olduğunu öne sürerek karşı koyabilir. Bu durumda, bu şey ayrı bir zarf veya paket içerisine konularak hazır bulunanlarca mühürlenir ve bu konuda gerekli kararı vermesi, soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimi'nden, kovuşturma evresinde hâkim veya mahkemeden istenir. Yetkili hâkim elkonulan şeyin avukatla müvekkili arasındaki meslek ilişkiye ait olduğunu saptadığında, elkonulan şey derhâl avukata iade edilir ve yapılan işlemi belirten tutanaklar ortadan kaldırılır. 130. maddenin 2. fıkrasında öngörülen bu kararlar yirmi dört saat içinde verilir. Postada elkoyma durumunda bürosunda arama yapılan avukat veya baro başkanı veya onu temsil eden avukatın karşı koyması halinde de 130. maddenin 2. fıkrasında belirtilen usuller uygulanacaktır (CMK m.130/3)⁴¹⁹.

⁴¹⁸ rs, Cengiz Ozan, s.136 ; Aynı görüş için bkz. Pınarbaşı, Mesut, *zel Hayatın Korunması Kapsamında İştiharlat Faaliyetlerinin Hukuksal Sınırları*, (Danışman:Dr.Mustafa Güler), Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-358667), s.140 ; Avşar, Yakup, s.85 ; Uğuz, İsmail, s.100 ; kten, Pınar, s.84 ; şahin, Cumhuriyet, s.342

⁴¹⁹ İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-i'ye göre: *'Avukat bürolarında hâkim kararıyla veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının yazılı emriyle, Cumhuriyet Savcısının katılımı olmaksızın, adli kolluk görevlileri tarafından arama ve elkoyma*

4. Basılmış Eserlere Elkoyma

Basılmış eserlere elkoyma, ifade ve basın özgürlüğü ile olan yakın ilişkisi nedeniyle Anayasa m.28 ve 5187 sayılı Basın Kanunu m.25'te düzenlenmiştir. Basılmış eserlere, delil elde etmek ya da müsadereyi mümkün kılmak amacıyla elkonulabilir⁴²⁰.

Basılmış esere, Basın Kanunu m.25/1'deki koşullar uyarınca elkonulmasına, doktrinde “*basılmış eserlere basit elkoyma*” denilmektedir. Müsadere için elkoymada ise, basılmış eserin tamamına elkonulur. Müsadereyi gerçekleştirmek amacıyla basılmış eserin tüm nüshalarına elkoymaya, doktrinde “*toplatma*” denilmektedir⁴²¹.

Basın Kanunu m.13'e göre; basılmış eser yoluyla işlenen fiillerden doğan zarardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi, yayın sahibi veya temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ve yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde basımcı müteselsilen ve müştereken sorumludur. Basın Kanunu m.25/1 uyarınca, delil değeri olan bir basılmış eser söz konusuysa, bu eserin en çok üç nüshasına Cumhuriyet Savcısı, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kolluk elkoyma yapabilir. Basılmış eserin tümüne elkoymak için; suçla ilgili olarak soruşturma veya kovuşturma başlatılmış olmalı, söz konusu suç Basın Kanunu m.25/2'de yer alan suçlardan olmalıdır. İkinci fıkra uyarınca, toplatma kararı bir hâkim tarafından verilebilir. Basın Kanunu atıflarını ETCK'ya yapmıştır ancak bu atıfların yürürlükteki TCK maddelerine yapılmış sayılacağı açıktır⁴²².

Basın Kanunu m.25/3'e göre; hangi dilde olursa olsun Türkiye dışında basılan süreli veya süresiz yayın ve gazetelerin ikinci fıkrada belirtilen suçları içerdiklerine dair kuvvetli delil bulunması halinde, bunların Türkiye'de dağıtılması veya satışa sunulması, Cumhuriyet Başsavcılığı'nın talebi üzerine Sulh Ceza Hâkimi'nin kararı ile yasaklanabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kararı yeterlidir. Bu karar en geç yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunulur. Kırk sekiz saat içinde hâkim tarafından onaylanmaması halinde Cumhuriyet Başsavcılığı'nın kararı hükümsüz kalır.

Yukarıda elkoyma yasağıyla ilgili başlığın altında bahsettiğimiz üzere, Anayasa'nın 30. maddesine göre, kanuna uygun şekilde basın işletmesi olarak kurulan basımevi ve eklentileri ile basın araçları, suç aleti olduğu gerekçesiyle zapt ve müsadere edilemez veya işletilmekten alıkonulamaz⁴²³.

5. Kaçaklara İlişkin Elkoyma

CMK m.247/1'e göre kaçak: *‘Hakkındaki soruşturmanın veya kovuşturmanın sonuçsuz kalmasını sağlamak amacıyla yurtiçinde saklanan veya yabancı ülkede bulunan ve bu nedenle Cumhuriyet Savcısı veya mahkeme tarafından kendisine ulaşılamayan kişiye denir.’*

yapılabilir. Arama ve elkoyma işlemi sırasında baro başkanı veya onu temsil eden bir avukat hazır bulundurulur; ancak, 5271 sayılı Kanun'un 130. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları uygulanmaz.’

⁴²⁰ Şahin, Cumhur, s.348 ; Avşar, Yakup, s.79 ; Aldemir, Hüsnü, s.260 ; Ölmez, Aslan, s.87 ; Uğuz, İsmail, s.87 ; Erçakal, Taner, s.89

⁴²¹ Yıldız, Hüseyin Serkan, s.154 ; Erçakal, Taner, s.89

⁴²² Avşar, Yakup, s.80

⁴²³ Bkz. s.70

Kaçaklara ilişkin elkoyma, özel bir elkoyma türü olup, CMK m.248'de düzenlenmiştir. Maddenin amacı, CMK m.247/1'de tanımlanan kaçağın, Cumhuriyet Savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamaktır.

Anılan maddeye göre, kaçağın, Cumhuriyet Savcısına başvurmasını veya duruşmaya gelmesini sağlamak amacıyla, Türkiye'de bulunan mallarına, hak ve alacaklarına amaçla orantılı olarak Cumhuriyet Savcısının istemi üzerine Sulh Ceza Hâkimi veya mahkeme kararıyla elkonulabilecektir. Gerektiği takdirde, bu malların, hak ve alacakların yönetimi için kayyım da atanabilir. Verilen elkoyma ve kayyım atama kararı, kaçağın müdafisine bildirilir. Bu elkoyma biçimi gaipler hakkında ve sanığın yokluğu durumlarında uygulanamaz.

CMK m.248, bu maddenin 2. fıkrasında katalog halinde sayılan belli suçlar bakımından uygulama alanı bulur⁴²⁴.

Elkonulan mal, hak ve alacakların korunmasında, elkoymaya ilişkin hükümler uygulanır. Tedbirlere ilişkin kararların özetinin bir gazetede ilânına Sulh Ceza Hâkimi'nce veya mahkemece karar verilebilir. Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir. Sulh Ceza Hâkimi veya mahkeme elkoymaya karar verdiğinde, kaçağın yasal olarak bakmakla yükümlü bulunduğu yakınlarının alınan tedbirler nedeniyle yoksulluğa düşebileceklerini saptarsa, bunların geçimlerini sağlamak üzere, elkonulan mal varlığından sosyal durumları ile orantılı miktarda yardımda bulunulması konusunda kayyımına izin verir. Bu kararlara karşı itiraz edilebilir.

⁴²⁴ CMK m.248/2: 'a)Türk Ceza Kanunu'nda tanımlanan;

1. Soykırım ve insanlığa karşı suçlar (madde 76, 77, 78),
2. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80),
3. Hırsızlık (madde 141, 142),
4. Yağma (madde 148, 149),
5. Güveni kötüye kullanma (madde 155),
6. Dolandırıcılık (madde 157, 158),
7. Hileli iflas (madde 161),
8. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),
9. Parada sahtecilik (madde 197),
10. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220),
11. Zimmet (madde 247),
12. İrtikâp (madde 250),
13. Rüşvet (madde 252),
14. İhaleye fesat karıştırma (madde 235),
15. Edimin ifasına fesat karıştırma (madde 236),
16. Devletin Güvenliğine Karşı Suçlar (madde 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308),
17. Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 310, 311, 312, 313),
18. Silahlı örgüt (madde 314) veya bu örgütlere silah sağlama (madde 315),
19. Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337), suçları,
- b)Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları,
- c)Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,
- d)Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar,
- e)Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar, hakkında uygulanır.'

X. ELKOYMANIN SONA ERMESİ

Elkoyma, niteliği itibariyle geçici bir tedbirdir. Elkoyma ile ulaşılmak istenen amaç gerçekleştiğinde tedbirin sona ermesi gerekir. Elkoyma tedbiri ya sahibine iade ya da müsadere ile sona erecektir.

Elkoyma en geç hükümle birlikte sona erer. Bunun için ayrıca bir karar verilmesine gerek yoktur. Bununla birlikte eşyanın delil olma değeri hükümden önce ortadan kalkmış veya elkoyma oransız ise, önceki karar veya emrin geri alınması suretiyle de elkoyma sona erer. Böyle bir durumda elkonulan eşyanın sahibine geri verilmesi (iadesi) gerekir⁴²⁵.

Geri verme (iade) re'sen olabileceği gibi talep üzerine de olabilir. Eşyanın iadesine soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı veya Sulh Ceza Hâkimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme karar verecektir.

İade talebinin reddedilmesi durumunda, bu karara karşı itiraz yolu açıktır. Ret kararını savcının da veriyor olması ve bu karara karşı itiraz yolunun açık bulunması, savcının kararına da itirazı mümkün kılmaktadır⁴²⁶. İtiraz, sadece hâkim veya mahkeme kararına karşı gidilebilen bir kanun yoludur (CMK m.267). Hukukumuzda savcı kararlarına karşı bu anlamda gidilebilen genel bir itiraz kanun yolu öngörülmediğinden; buradaki itirazın, CMK m.91/4 ya da m.127/4 anlamında hâkime başvurulması ya da hâkimden bir karar istenmesi şeklinde anlaşılması gerekir⁴²⁷.

Taşınmaz, hak ve alacaklara veya diğer malvarlığı değerlerine elkonulmuşsa, bunlar ancak suçtan zarar gören mağdura ait olduğunun anlaşılması halinde sahibine iade edilir. Kaçak yakalandığında veya kendiliğinden gelerek teslim olduğunda elkoymanın kaldırılmasına karar verilir.

Elkonulan veya muhafaza altına alına eşyanın sahibine iadesi durumunda eşyanın korunması ve saklanması amacıyla yapılan giderlerin eşyanın sahibinden veya zilyedinden istenemez. Çünkü iade ya elkoyma tedbirinin yanlışlığı ya da elkoyma ile umulan amaca ulaşıldığı için yapılmaktadır. Her iki durumda da eşyanın sahibi veya zilyedinin, iddiaya konu eylemin şüphelisi veya sanığı olsalar dahi bir sorumlulukları yoktur⁴²⁸.

XI. KANUN YOLU

Soruşturma aşamasında, Sulh Ceza Hâkimi'nin verdiği arama kararına, hâkim kararı olduğundan itiraz yolu açıktır. CMK'nın 267. maddesinde '*kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*' denmektedir. Kanun, arama işleminin kovuşturma aşamasında da yapılabileceğini kabul etmiştir; ancak kovuşturma aşamasında verilebilecek arama kararına karşı, örneğin tutuklamada (CMK m.101/5), adli kontrolde (CMK m.111/2) olduğu gibi itiraz yoluna gidilebileceğine dair özel düzenlemeyi burada yapmamıştır. Bu nedenle, kovuşturma aşamasında mahkemece verilen arama kararının

⁴²⁵ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.516

⁴²⁶ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.438 ; Aynı görüş için bkz. Yıldız, Hüseyin Serkan, s.164-165

⁴²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.438 ; Aynı görüş için bkz. Yıldız, Hüseyin Serkan, s.164-165

⁴²⁸ Arısoy, Uğur Kaan, s.195-196

hukuka aykırılığını ileri sürebilmek kural olarak hüküm verildikten sonra temyiz aşamasında olabilecektir. Fakat hüküm verilinceye kadar, olağanüstü kanun yolu niteliğindeki kanun yararına bozma (CMK m.309) yolu da teorik olarak uygulanabilir⁴²⁹.

Soruşturma aşamasında, Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilmiş tüm elkoyma kararlarına karşı işlemin ilgilisi itiraz yoluna başvurabilir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı veya kolluk amirinin yazılı emriyle yapılacak elkoyma işlemleri de 24 saat içerisinde Sulh Ceza Hâkimi'nin onayına sunulacağından işlemin onaylanması durumunda eşyanın sahibi veya zilyedi, onaylanmaması durumunda ise Cumhuriyet Savcısı karara itiraz edebileceklerdir. İtiraz, CMK m.268/1'e göre kararın öğrenildiği günden itibaren 7 gün içerisinde yapılmalıdır. İtiraz, kararı veren makama yapılacaktır. İtirazın yerinde olduğunu düşünen Sulh Ceza Hâkimi kararını itiraz doğrultusunda düzeltebilir. Ne var ki; hâkim itirazı yerinde görmezse üç gün içerisinde evrakı, CMK m.268/3'e göre, itirazı incelemeye yetkili olan Asliye Ceza Mahkemesi'ne gönderecektir. Asliye Ceza Mahkemesi evrak üzerinden kesin olarak karar verir. Kovuşturma aşamasında, mahkeme tarafından verilecek elkoyma kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği hususunda CMK'da açık bir hüküm yoktur. Zaten uygulamada elkoyma tedbirlerinin neredeyse tamamına soruşturma aşamalarında başvurulmaktadır. Ancak kovuşturma aşamasında mahkeme kararıyla bu işlemin yapılması durumunda bu bir ara karar olacağından ancak hükümlerle birlikte temyiz imkânı söz konusu olabilecektir⁴³⁰.

Elkoyma işlemi çoğunlukla arama işleminin devamı olarak uygulandığından, elkoymaya karşı başvuru itiraz yolunda arama işlemine karşı yapılacak itiraz sebepleri de belirtilmelidir. Bu durumlarda, arama işleminin hukuka aykırı olması elkoymayı da etkileyeceğinden, itirazı inceleyecek makama arama hususundaki hukuka aykırılıkların da sunulması son derece önemlidir⁴³¹.

XII. TESADÜFEN ELDE EDİLEN DELİLLER

Tesadüfen elde edilen deliller, yürütülen bir soruşturma veya kovuşturma sırasında ele geçirilen ve soruşturma veya kovuşturma konusu suç dışında bir suçun işlendiğini gösteren delillerdir⁴³².

CMK m.138'e göre: '1)Arama veya elkoyma koruma tedbirlerinin uygulanması 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. 2)Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi sırasında, yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ve ancak, 135 inci maddenin altıncı fıkrasında sayılan suçlardan birinin işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delil elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum

⁴²⁹ Keskin Kızıroğlu, Serap, s.167 ; Aynı görüş için bkz. Centel, Nur, s.294

⁴³⁰ Arısoy, Uğur Kaan, s.196-197

⁴³¹ Arısoy, Uğur Kaan, s.197

⁴³² Gündem, Kemal, s.59

Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir.’ AÖAY m.10’da ise konu biraz daha ayrıntılı düzenlenmiştir⁴³³.

CMK m.138 anlamında, delilin *tesadüfen* elde edilmiş olması gerekir. Bu tesadüf, arama emrinin içerdiği sınırlar içinde yani aramanın konusu olan şeyin aranması esnasında bulunması ile gerçekleşir; yani o şey “*çıplak gözle görülebilir*” olmalıdır⁴³⁴. Tesadüfen bulunan şeyin arama kararının verilmesine neden olan fiil ile bağlantısı bulunmamakta ve fakat diğer bir suçun işlendiğini göstermektedir; bu konuda, bilinen bir suçla muhtemel bir bağlantı olması ya da belirsiz bir şüphe yeterlidir⁴³⁵. Kararda belirtilmeyen eşya, *amaçlı* olarak aranmış ise veya bu tür eşyaya ulaşmak için aramadan salt bir araç olarak yararlanılmış ise, tesadüfen elde edilen bir delilden söz edilemez ve bu nedenle de bu yolla elde edilen delil kullanılamaz⁴³⁶.

Tesadüfen elde edilen deliller hususunda, orantılılık ve dürüst işlem ilkelerinin göz ardı edilmemesi gerekir. Arama, orantılılık ilkesine ve dürüstlük kurallarına uygun yapılmalıdır⁴³⁷.

Kanuni düzenlemede tesadüfen elde edilen deliller arama, elkoyma ve telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi koruma tedbirleri açısından düzenlenmiştir. Ancak tesadüfî deliller bu tedbirler haricindeki tedbirlerin (örneğin, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik takip) uygulanması suretiyle de elde edilebilir. Ceza Muhakemesi Hukuku’nda kıyas yasağı olmadığından, bu tedbirler hakkında CMK m.138’in kıyasen uygulanması mümkündür⁴³⁸. Ayrıca bu hüküm (maddenin 1. fıkrası), bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma bakımından da geçerlidir⁴³⁹.

⁴³³ AÖAY m.10: ‘*Usulüne uygun yapılan aramada; a)Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmakla birlikte, karar veya yazılı emirde konu edilmeyen, b)Yapılmakta olan soruşturma veya kovuşturmayla ilgisi olmayan ancak, diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek, bir delil elde edilirse; bu delil koruma altına alınır ve durum Cumhuriyet Başsavcılığı’na derhâl bildirilerek el koyma işlemini gerçekleştirmek için Cumhuriyet Savcısından yeni bir yazılı emir istenir. Cumhuriyet Savcısına ulaşamadığı hâllerde ise kolluk âmirinin yazılı emriyle kolluk görevlileri elkoyma işlemini gerçekleştirebilir. Hâkim kararı olmaksızın elkoyma işlemi, yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi hâlde elkoyma kendiliğinden kalkar. Bu tür aramada, aramanın amacı ve konusu dışında ele geçirilen ve haklarında tutuklama veya yakalama kararı bulunan kişiler, evrakıyla birlikte Cumhuriyet Başsavcılığı’na sevk edilir.*’

⁴³⁴ Özbek/Bacaksız, s.207 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.413 ; Çokmutlu, Metin, s.111 ; Açar, Mustafa, s.109-110 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.106 ; Baki, Yunus, s.129

⁴³⁵ Özbek/Bacaksız, s.207 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.413 ; Çokmutlu, Metin, s.111 ; Açar, Mustafa, s.110 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.106 ; Baki, Yunus, s.129

⁴³⁶ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.506 ; Aynı görüş için bkz. Centel, Nur, s.300 ; Özbek/Bacaksız, s.208 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.413

⁴³⁷ Onan, Ozan, s.76-77 ; Aksoy, Şemsettin, s.135

⁴³⁸ Gündem, Kemal, s.59

⁴³⁹ Çokmutlu, Metin, s.110 ; Aynı görüş için bkz. Açar, Mustafa, s.109 ; Koparan, M.Reşat, s.15 ; Tanrıku, Cengiz, s.414 ; Ünal, Osman Gazi, s.125

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA

I. TEDBİRİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, her koruma tedbirinde olduğu gibi hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale etmektedir. Bu bağlamda söz konusu tedbir özel hayatın gizliliği ile doğrudan bağlantılıdır. Ayrıca bu tedbir, özel hayatın gizliliği kavramının içinde yer alan ve hatta ayrılmaz bir parçasını teşkil eden kişisel verilerin korunması bakımından da özellik göstermektedir. Zira bilgisayarların nitelikleri gereği kişilerin gerek özel yaşamlarına gerekse iş yaşamlarına ilişkin birçok kişisel veriyi depolamaları nedeniyle bu tedbirinin uygulanması sonucunda birçok kişisel veriye ulaşılmakta ve kişilerin kendileriyle ilgili gizledikleri önemli kişisel verileri deşifre olmaktadır⁴⁴⁰.

Özel hayatın gizliliği ve korunması kavramı; bireyin, kişiliğini geliştirmek, maddi ve manevi değerlerine güvence sağlamak için başkaları tarafından bilinmesini istemediği hususların oluşturduğu ve korunması hukuken gerekli görülen hayat alanı üzerindeki hak olarak tanımlanabilir⁴⁴¹. Özel hayat, hukuk tarafından korunması gereken bir temel hak olmakla birlikte; bireylerin özel bilgileri, sosyal ilişkileri, haberleşme hürriyeti gibi birçok kavramı da içinde barındırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre özel hayatın gizliliği, kişi hürriyetinin bir devamıdır⁴⁴². Anayasamız m.20 ve devamında, AİHS ise m.8'de; özel yaşamı, aile yaşamını, konutu ve haberleşme özgürlüğünü korumakta ve böylece kısmen birbiriyle kesişen dört temel hakkı garanti altına almaktadır⁴⁴³. Devletin yükümlülüğü, yalnızca bu alana yönelik müdahaleleri önlemekle sınırlı olmayıp, aynı zamanda bu hakları güvence altına alma konusunda pozitif koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü de vardır⁴⁴⁴. Devlet, bu çerçevede, özel kişiler tarafından özel yaşama yönelik müdahalelere karşı gerekli tedbirleri almak ve bunu ihlâl eden kişi için gerektiğinde ceza yaptırımları öngörmekle yükümlüdür⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ Başlar, Yusuf, Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155551>, s.95 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.121 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.421 ; Pınarbaşı, Mesut, s.140-141 ; Yenisey/Nuhoğlu, s.421

⁴⁴¹ Şen Ersan / Yurttaş Yasemin, Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:42, Şubat 2010, s.29

⁴⁴² Özdemir, Kenan, Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515>, s.1

⁴⁴³ Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sancakdar Oğuz / Önok Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Mart 2014, s.278 ; Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sancakdar Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Şubat 2004, s.382

⁴⁴⁴ Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.278 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.382

⁴⁴⁵ Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.278 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.382

Kişisel nitelikli verilerin korunması, özel yaşamın korunması hakkının önemli bir uzantısıdır⁴⁴⁶. Anayasa m.20/3'e göre: '*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp-kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*'

'10.12.1982 tarihli *US v. Tamura Kararı*'nda ortaya konduğu gibi, bilgisayarlarda yapılan arama ve inceleme sırasında kayıtlı olan tüm verilerin hepsinin tek tek açılarak incelenmesi, özel hayatın gizli alanını ihlâl eder ve hukuka aykırıdır. Benzer bir şekilde AİHM de, *Craxi v. İtalya*⁴⁴⁷, *Petri Sallinen v. Finlandiya* ve *Smirnov v. Rusya* kararlarında, bilgisayarlarda yapılan aramalardan elde edilen tüm kişisel verilerin ortaya konmasının ve açıklanmasının 8. madde ihlâli olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, bilgisayarlar üzerinde yapılacak olan inceleme ve aramalarda bütün belgeleri açmayacak şekilde, belli bir arama yönteminin uygulanmasının ve bu incelemenin de bilirkişi tarafından veya uzman olarak görevlendirilen bir kişi tarafından yapılması gerekir.'⁴⁴⁸

B. Haberleşme Özgürlüğü

Haberleşme deyişine, her türlü yazılı ve sözlü gönderi girmekte olup, telefon konuşmaları ve internet üzerinden yapılan yazışmalarda (e-posta⁴⁴⁹ vb.) bu kavram altında ele alınmaktadır⁴⁵⁰. İletişim sisteminin doğrudan devlet tarafından mı, yoksa devletin gözetim ve denetimi altında özel firmalar tarafından mı işletildiği önem taşımaz⁴⁵¹. Gerek mektup gerekse diğer haberleşme araçlarıyla gerçekleştirilen haberleşmenin dokunulmazlığının yasayla

⁴⁴⁶ Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.282 ; Roagna, İvana, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Strazburg, Ocak 2012, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf, s.19

⁴⁴⁷ Centel, Nur, s.250 (Mahkeme, *Craxi/İtalya Davası*'nda, polis tarafından yapılan dinleme sonucunda kaydedilen telefon görüşmelerinin içeriğinin basına sızdırılması ile ilgili olarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bu kararda, hem bu şekilde bir sızmanın önlenmesi için etkili güvencelerin alınmamış olması hem de sızdırmanın ardından benzer olayların tekrar yaşanmaması için olayın nasıl gerçekleştiğine dair bir soruşturma yapılmasına yönelik gerekli tedbirlerin alınmaması göz önünde tutulmuştur.) (Başvuru No: 25337/94, Karar Tarihi: 17.07.2003)

⁴⁴⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.426-427

⁴⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kilkelly, Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:1, Almanya, Kasım 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, s.34 ; Özbey, Özcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Haziran 2008, s.294 ; Can, Melike Esmâ, *Haberleşme Hürriyeti ve Türk Ceza Hukukunda Korunması*, (Danışman:Doç.Dr.Bülent Yavuz), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-376431), s.6 ; Can, Abdulhalim, *Türk Hukukunda Haberleşme Özgürlüğünün Sınırları*, (Danışman:Prof.Dr.Faruk Turhan), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.23

⁴⁵⁰ Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.353 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.405

⁴⁵¹ Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.353 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.405

korunması gerekir⁴⁵². Bireysel haberleşme aynı maddede yer alan ve çok daha geniş bir alanı kapsayan özel hayatın özel bir yönünü teşkil eder⁴⁵³.

Haberleşme özgürlüğüne yapılan tipik müdahaleyi telefon ve diğer haberleşme araçlarının gizlice dinlemeye alınması oluşturur. CMK m.135 vd. bazı koşullarla ve sınırlı bir çerçevede iletişimin denetlenmesine olanak tanımaktadır. ‘Bireyin e-posta yazışma ve haberleşmeleri CMK m.135 kapsamında değerlendirilirken, kendisine e-posta ile gelen bir yazı, resim, görüntü veya ek dosyayı kullandığı bilgisayara veya taşınır belleğe kaydettiğinde, artık bu belge haberleşme hürriyetinin ve dolayısıyla iletişimin denetlenmesinden çıkıp, CMK m.134 kapsamında bilişim cihazında kayıtlı bilgi ve belgeye dönüşecektir. *Burada; bilgi, belge ve dosyanın bireyin kullandığı bilgisayarda mı kayıtlı olduğu, yoksa bu cihazdan bağımsız olarak haberleşme aracı olan e-postasında mı bulunduğu ölçütü dikkate alınmalıdır.* Bilgi, belge veya dosyanın bireye e-posta üzerinden ulaşp-ulaşmadığının bu noktada bir önemi olmayacaktır. Dışarıdan, yani başka e-posta kullanıcılarından veya başkasından, hatta bireyin kendi e-postası üzerinden aynı e-posta adresine gönderdiği ileti, yani gelen bilgi, belge veya ek dosya, bireyin kendisine ait ve ancak özel şifre ile açılıp kullanılabilen e-postasında durmakta ise, bu unsur haberleşme hürriyetinin ve bu nedenle de CMK m.135 ile m.138’in konusu sayılacaktır⁴⁵⁴. Bu noktada, bir tür postada elkoyma gibi nitelendirilebilir. Ne zaman bu ileti birey tarafından bilişim cihazına kayda alınır, yani elektronik posta kutusundan çıkarılır, aynı mektubun postadan veya posta kutusundan alınıp çekmeceye veya dolaba koyulmasında olduğu gibi, işte o andan itibaren CMK m.134 devreye girer. Artık bu ileti haberleşme konusu olmaktan çıkıp, bireyin arşivlemek veya kullanmak için bilişim cihazına aldığı bilgi, belge veya dosya özelliğini kazanır.⁴⁵⁵

Burada akla *WhatsApp* yazışmalarının akıbetinin ne olacağı sorusu gelmektedir. Kanımızca *WhatsApp* yazışmalarının incelenebilmesi için de e-posta yazışmaları için yapılan ikili ayırımın yapılması gerekir. Yani, *WhatsApp* üzerinden paylaşılan bilgi, belge ve dosyalar bireyin kullandığı akıllı telefon veya tablet bilgisayarda kayıtlıysa CMK m.134’ün uygulanması; bu bilgi, belge ve dosyalar bireyin kullandığı akıllı telefon veya tablet bilgisayarda kayıtlı değilse CMK m.135’in uygulanması gerekir.

C. AİHM’in Konuya Yaklaşımı

Bilgisayarlarda yapılan arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, bireyin özel hayatın gizliliğine, haberleşme hürriyetine ve “kişisel verilerine”⁴⁵⁶ yönelik müdahale oluşturmaktadır. Bu nedenle bu tür müdahaleler, AİHM’in içtihatlarına da konu olmuştur. Sözleşmede, insan hakları bakımından genel koruyucu normlar bulunmakla birlikte, hakların

⁴⁵² Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.353 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar, s.405

⁴⁵³ Gözübüyük A.Şeref / Gölcüklü Feyyaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulanması*, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, Eylül 2011, s.341

⁴⁵⁴ Şen, Ersan, E-Posta Takibi, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:9, Sayı:97, Eylül 2014, s.88

⁴⁵⁵ Şen, Ersan, E-Posta Takibi ve CMK md.134’ün Kapsamı, <http://www.hukukihaber.net/e-posta-takibi-ve-cmk-m134un-kapsami-makale.3524.html>, s.2 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.85 ; Aynı görüş için bkz. Tanrıkulu, Cengiz, s.32

⁴⁵⁶ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yurtsever, Muammer, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, (Danışman:Prof.Dr.Ayşe Nuhoglu), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.39-42

fiilen korunması AİHM'in içtihatlarına bırakılmıştır. Sözleşmede tüm somut olaylara uygulanabilecek genişlikte düzenlemeler yer almamaktadır. Ancak sözleşmenin koruduğu hakların kapsamı, AİHM'in somut olayın koşullarına göre ortaya koyduğu yorumlarla şekillenmekte ve hakların koruma alanını genişletmektedir⁴⁵⁷.

AİHM içtihatlarında, bilgisayarlarda yapılan arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri yoluyla bireyin özel hayatına, kişisel verilerine ve haberleşmesine yönelik müdahaleler, sözleşmenin 8. maddesi bağlamında ele alınmıştır. AİHM'in 'Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması' başlıklı 8. 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. maddesinin 2. fıkrasında müdahalenin şartları belirtilmiş ve AİHM'in içtihatlarında da bu şartlar somutlaştırılarak, müdahalenin; "orantılı olması", "demokratik toplumda gerekli olması", "meşru amaç taşıması", "kanunla öngörülmüş olması" şeklinde ifade edilmiştir⁴⁵⁸.

Bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoymaya bağlı müdahalelerle ilgili olarak AİHM, başvurunun haklarına müdahalenin, izlenen meşru amaçla kesinlikle orantılı olması gereğinin altını çizmiştir (*Affaire Societe Canal Plus/Fransa Kararı* ; *Robathin/Avusturya Kararı*⁴⁵⁹)⁴⁶⁰.

AİHM, *Ernst ve Diğerleri/Belçika Kararı*⁴⁶¹'nda; 'Başvurucuların aralarında CD'ler ve bilgisayarların sabit disklerinin de bulunduğu birçok eşyasına elkonulmasını, bazı belgeler ve elektronik verilerin kopyalanmasını ve başvurularda aramaların gerçek sebepleri hakkında bilgi verilmemesini, sözleşmenin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu kararında, soruşturmanın gizliliğini ihlalle mücadele konusunda sözleşmeciler Devletlerin evlerin aranması ve bazı eşyalara elkonulmasını 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 başvurularda herhangi bir suç isnat edilmediğini, arama kararlarında söz konusu soruşturmayla girilecek yerle veya elkonulacak eşyalarla ilgili bir bilgi yer almamasının,

⁴⁵⁷ Yaşar/Dursun, s.30

⁴⁵⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir, Kenan, s.13-18 ; Doğru Osman / Nalbant Atilla, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt, <http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/İHAS-Açıklama-ve-Önemli-Kararlar-cilt-2-Doğru-Nalbant.pdf>, s.11-19 ; Tezcan/Erdem/Sancakdar..., s.279-280

⁴⁵⁹ Kararın değerlendirmesi için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, s.133-137

⁴⁶⁰ Centel, Nur, s.254

⁴⁶¹ Başvuru No: 33400/96, Karar Tarihi: 15.07.2003

soruşturmacıya geniş yetkiler verdiğini, bu nedenle müdahalenin meşru amaçla orantısız olduğunu belirtmiştir.⁴⁶²

AİHM, *Smirnov/Rusya Kararı*⁴⁶³’nda; ‘Avukat olan başvuruçunun bilgisayarında arama yapılıp elkonulmasını, arama bakımından yeterli şüphe sebepleri bulunmadığı ve arama sırasında avukatlık mesleğinin sırlarının saklanması ile ilgili bir önlem alınmadığı gerekçesiyle 8. 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 hükmetmiştir.’⁴⁶⁴

AİHM, *Petri Sallinen ve Diğerleri/Finlandiya Kararı*⁴⁶⁵’nda; ‘Sahtecilik suçlarını işledikleri iddiası ile X ve Y’nin konutunda yapılan aramadan sonra, bu kişilerin avukatı olan başvuruçusu 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. 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 vermiştir.’⁴⁶⁶

AİHM, *Servulo & Associados ve Diğerleri/Portekiz Kararı*⁴⁶⁷’nda, alınan arama ve elkoyma kararları kapsamlı olsa da, başvuranlara sağlanan güvenceler ve özellikle İstinaf Mahkemesi Başkanı’nın müdahalesi ile birlikte Sulh Ceza Hâkimi tarafından yürütülen inceleme, uygun ve yeterli olmuştur. Mevcut davada sadece hakkında şikâyette bulunulan bilgisayar dosyaları ve e-postaların aranması ve bunlara elkonulması işlemi, güdülen meşru amaçla orantılı bir müdahale teşkil etmiştir.⁴⁶⁸

AİHM, *Georgios Papageorgiou/Yunanistan Kararı*’nda ise, olaya konu olan, delil mahiyetindeki bilgisayarın, yargılamanın hiçbir aşamasında incelenememiş olmasını dikkate alarak “adil yargılanma hakkı”⁴⁶⁹’nın ihlal edildiğine karar vermiştir. Karar şu şekildedir⁴⁷⁰: ‘...

⁴⁶² Yaşar/Dursun, s.31 ; Kararın benzer değerlendirmesi için bkz. Doğru/Nalbant, s.52

⁴⁶³ Başvuru No: 71362/01, Karar Tarihi: 07.06.2007

⁴⁶⁴ Yaşar/Dursun, s.31-32

⁴⁶⁵ Başvuru No: 50882/99, Karar Tarihi: 27.09.2005

⁴⁶⁶ Yaşar/Dursun, s.32

⁴⁶⁷ Başvuru No: 27013/10, Karar Tarihi: 03.09.2015

⁴⁶⁸ Kararın değerlendirmesi için bkz. Erdem, Mustafa Ruhan, s.137-140

⁴⁶⁹ AY Mahkemesi Genel Kurulu’nun 18.06.2014 T. 2013/7800 E. sayılı kararı-*Sencer Başat ve Diğerleri Kararı*’nın 72. paragrafında belirtildiği üzere: ‘...*dijital delillerin değerlendirilmesine ilişkin şikâyetler yönünden, başvuruçuların sundukları bilirkişi raporları ve uzman mütalaalarının İlk Derece Mahkemesince kabul edilmemesi ve bu konularda Mahkemece bilirkişi incelemesi yaptırılması yolundaki taleplerinin de yetersiz gerekçelerle reddedilmesi, “gerekçeli karar hakkına” ve “silahların eşitliği” ilkesine aykırı olduğundan, Anayasa’nın 36. maddesinde güvence altına alınan adil yargılanma hakkı ihlal edilmiştir.*’

⁴⁷⁰ Cengiz Serkan / Demirağ Fahrettin / Ergül Teoman / McBride Jeremy / Tezcan Durmuş, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları, http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf, s.193 (Başvuru No: 59506/00, Karar Tarihi: 09.05.2003)

Görülmekte olan dava delillerin saklanmasını değil savcılık tarafından delil olarak kullanılan evrakların orijinallerinin verilmesi talebinin reddini konu almaktadır. Yargılamanın hiçbir aşamasında yargılama mahkemeleri banka bilgisayarındaki kütük dosyalarından yapılacak alıntılarını inceleyememişler veya kendilere ibraz edilen kopyaların orijinalleri ile uyumlu olduklarını kontrol edememişlerdir. Ayrıca ilk derece mahkemesi başvurucuya ilişkin yargılamada can alıcı delillerden birisi olan, sahte olduğu zannedilen çeklerin imha edilmesi talimatı vermiştir. Başvurucunun dolandırıcılıktan mahkûm edilmesi daha çok söz konusu çeklerin fotokopilerine dayanmaktadır. Temyiz Mahkemesinin ortaya koyduğu üzere dolandırıcılığı gerçekleştirmek için kullanılan araçlar çek ve bankanın merkez bilgisayarındaki bilgileri değiştirmek amacıyla gerekli olan bir bilgisayardır. Bu koşullar altında, Mahkeme orijinal çeklerin temin edilmesinin, başvurucunun da işaret ettiği üzere bunların söz konusu ödeme talimatlarının kendisinden ziyade banka çalışanları tarafından verilmiş olmasını ortaya koymasını imkân verecek ve dolayısıyla da yargıçları dolandırıcılık suçlamasının temelsiz olduğu sonucuna ulaşmalarına mecbur edecek olması nedeniyle savunması açısından hayati bir önem taşıdığı kanaatindedir... Başvurucunun ısrarlı taleplerine rağmen, yargılama sırasında kanıtların temel parçaları etkin bir şekilde sunulmamış ve başvurucunun huzurunda tartışılmamış olmasını dikkate alarak Mahkeme, işbu dava konu yargılamanın, bir bütün olarak ele alındığında, adil yargılanma gereklerini yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır.’

‘AİHM’e göre, avukat bürolarında elektronik olarak depolanmış verileri bulmak için arama yapmak ve bu verilere elkoymak AİHS m.8/1’deki hakka ilişkindir. Bu biçimde depolanan verilerle ilgili olduğu sürece, bu verilerin ilgili avukata veya bir tüzel kişiye ait bilgisayarında depolanması arasında bir fark bulunmamaktadır. Bu tür olaylarda ulusal hukukun her türlü keyfilğe ve suiistimale karşı uygun ve elverişli koruma araçlarını öngörmesi gerekmektedir. Burada, özellikle hâkim tarafından verilen bir araştırma yapma kararı ve yeterli suç şüphesine dayanılması gerekliliği ve bu araştırmanın avukat bürosunda yapılıp, kendisinin büroda bulunmaması durumunda, araştırmanın bağımsız bir gözlemcinin nezinde yapılıp-yapılmadığı, avukatın susma hakkı kapsamındaki materyale elkonulup-elkonulmadığı belirleyici kriterlerdir. Elektronik olarak kaydedilen verilerle ilgili keyfilik ve suiistimal eylemlerine karşı ulusal hukukta düzenlenmesi gereken koruma önlemlerinin araştırma ve elkoymanın AİHS m.8/2 anlamında hukuka uygun olmasını sağlayacak nitelikte gerçekten varlığı gerekmektedir. Orantısız ve keyfi aramalara karşı koruma haklarının, özellikle avukat bürolarının aranmasında gerçekten etkili olması gerekmektedir. Avukat bürolarına ilişkin özel koruma önlemleri, yalnızca ilgili avukatın devam eden bir yargılama ile ilişkisinin olması halinde gerekli değildir. Diğer olasılıklarda da avukat bürolarının özel olarak korunması gerekmektedir. Avukatlara tanınan susma hakkının korunması avukatın müvekkiline de hizmet etmektedir ve bunun sonucunda avukata karşı icra edilen hukuka aykırı arama ve elkoyma müvekkilinin de hakkını ihlâl eder.’⁴⁷¹

Bilgisayar kütüklerinde aramaya ilişkin olarak AİHM şu hususları vurgulamıştır⁴⁷²:
‘...davada can alıcı nokta sözü geçen güvencelerin elektronik veriler açısından uygulanmamış

⁴⁷¹ Wieser ve Bicos Beteiligungen/Avusturya Kararı, Başvuru No: 74336/01, Karar Tarihi: 16.01.2008

⁴⁷² Ünver/Hakeri, s.433-434

oluşudur. Çok sayıda faktör, başvurucuların bu bağlamdaki haklarını kullanmalarının sınırlandırılmış olduğunu göstermektedir. İlk olarak, her ne kadar baro temsilcisi bilgisayar sistemlerinin aranması sırasında geçici olarak huzurda bulunmuşsa da, temsilci esasen yazılı belgelerin elkonulmasını denetlemekle meşguldür ve bu nedenle elektronik veriler açısından denetim rolünü uygun bir şekilde yerine getirememiştir. İkinci olarak, hangi arama kriterlerine başvurulduğu, hangi dosyaların kopyalandığı ve hangilerine elkonulduğunu gösteren bir arama, elkoyma tutanağı elkoyma işleminin sonunda değil aynı gün daha sonra tanzim edilmiştir. Ayrıca, görüldüğü kadarıyla görevliler, işlerini bitirdiklerinde aramanın sonucu hakkında birinci başvurucuyu veya baro temsilcisini bilgilendirmeksizin ayrılmışlardır. Birinci başvuru aramanın başında, genel bir tutum çerçevesinde, kopya edilen verilerin bulunduğu disklerin mühürlenmesini ve soruşturma yargıcına teslim edilmesini talep edebilirdi. Buna karşın, Ceza Muhakemesi Yasası'nın aramanın sonunda bir tutanağın tanzim edilmesini emretmesi ve elkonulan materyallerin listelenmesini zorunlu kılması nedeniyle başvurucunun bu prosedürün izleneceğini ummuş olması da söz konusu olabilir. Sonuç olarak hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının reddedilmesi zorunludur. Birinci başvuru bağlamında, aramanın yürütülüş şekli başvurucunun mesleki sır saklama yükümlüğüne ilişkin hakkının ihlâl edilmesi riskinin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Mahkeme adaletin uygun şekilde tecellisi açısından etkilere/yansımalara neden olabileceği gerekçesiyle yukarıda bahsedilen riske özel bir ağırlık vermiştir. Sonuç olarak Mahkeme; ilgili resmi makamlarca herhangi bir şekilde görevin kötüye kullanılmasını veya keyfi davranılmasını önlemeyi ve ayrıca avukatın mesleki sır saklama yükümlülüğünü korumayı amaçlayan usulü güvencelere uygun davranılmamasının, ilk başvurucunun elektronik verilerinin aranması ve elkonulması işlemlerini hedeflenen meşru amaç ile orantısız olmasına neden olduğunu tespit eder.'

D. Anayasal İlkeler Açısından Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma

Anayasa hukuku açısından, bilişim sistemlerinde arama ve elkoymayı yakından ilgilendiren bazı önemli anayasal ilkeler vardır. Bunlar; kanunilik ilkesi, hükmün belirli olması ilkesi ve orantılılık (ölçülülük) ilkesidir⁴⁷³.

AY m.38/1'e göre: '*Kimse, işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanunun suç saymadığı bir fiilden dolayı cezalandırılmaz; kimseye suçu işlediği zaman kanunda o suç için konulmuş olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez.*' Ayrıca aynı maddenin 3. fıkrasına göre: '*Ceza ve ceza yerine geçen güvenlik tedbirleri ancak kanunla konulur.*' CMK m.134, kişilerin Anayasa'da tanımlanan ve koruma altına alınan bazı temel haklarına kısıtlama getirmektedir. Bu yüzden, devletin bu alana olan müdahalesi kanunla düzenlenmek zorundadır.

Hukuk devleti olan bir ülkede temel hakları belirleyen kanun maddeleri düzenlenirken, bu kanun maddeleriyle müdahalelerin çerçevesi çizilirken, ilgili hükümlerin yeterince açık ve belirli olması gerekmektedir⁴⁷⁴. CMK m.134'te düzenlenen tedbir için uygulanacak her

⁴⁷³ Tanrıkulu, Cengiz, s.305

⁴⁷⁴ Tanrıkulu, Cengiz, s.308

işlemden, kanun metninde aşama aşama ve açıkça söz edilmiş olması, hükmün belirliliği ilkesinin bir gereği olarak değerlendirilmelidir⁴⁷⁵.

Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine elkonulabilmesi için, şifrenin çözülememesinden dolayı sisteme girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması gerekmektedir. Bu durum orantılılık ilkesinin bir sonucudur⁴⁷⁶.

Bilgisayar; kişisel verilerin, özel bilgilerin ve birçok çalışma ve haberleşmenin yazıldığı, kaydedildiği ve saklandığı elektronik eşya niteliği taşımakta olup; internet protokolü olarak adlandırılan IP numarası/adresi ile internete bağlanmaktadır⁴⁷⁷. Bilgisayara ait IP numarası, kullanıcının kişisel bilgisi kabul edilmekte; IP numarası elde edildiği takdirde, IP numarasını kullanan internet abonesinin telefon numarası ve adresine ulaşılabilir⁴⁷⁸. Kişisel veriler, ancak ortada bir hukuka uygunluk sebebinin var olması halinde kayıt altına alınabilir; bu verilerin dokunulmazlığı ve korunması hakkının sınırlanması, kısmen veya tümü ile bu hakkın kullanımının durdurulmasında, Anayasa'nın 13. maddesinde gösterilen çerçevenin dışına çıkılamaz⁴⁷⁹. Anayasa m.13'e göre, "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasa'nın özüne, sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyet gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*"

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde, hukuka aykırı veya orantısız olarak yapılan arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri, özel hayatın gizliliğini ihlale yol açacaktır. Bu şekilde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, yargılamada kullanılmaması ve hükme esas alınmaması gerekmektedir.

II. AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ

A. Sözleşmenin Genel Durumu

Bilişim sistemlerinde arama ve elkoyma konusunun uluslararası boyutta en detaylı şekilde ele alındığı ilk uluslararası düzenleme, 23 Kasım 2001 tarihinde Macaristan'ın başkenti Budapeşte'de imzaya açılan ve 01.07.2004 tarihinde yürürlüğe giren ve AB tarafından üye ülkelere kabul edilmesi ve uygulanması özellikle tavsiye edilen "*Cyber Crime Convention*" isimindeki sözleşmedir. Yani "*Siber Suç Sözleşmesi*"⁴⁸⁰ dir⁴⁸¹.

⁴⁷⁵ Ağkoç, Bülent, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Danışman:Prof.Dr.Aydın Gülan), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, s.225-226

⁴⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.424 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.111

⁴⁷⁷ Şen/Yurttaş, s.32-33

⁴⁷⁸ Şen/Yurttaş, s.33

⁴⁷⁹ Şen/Yurttaş, s.31

⁴⁸⁰ Sözleşme metni için bkz. <https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirligiSiberSuclarSozlesmesi.doc>

⁴⁸¹ Tanrikulu, Cengiz, s.96 ; Dülger, Murat Volkan, s.200

2017 Nisan ayı itibariyle toplam 53 ülke sözleşmeyi imzalamış ve onaylamış; 4 ülke ise sözleşmeyi imzalamış fakat daha onaylamamıştır⁴⁸².

AK Siber Suç Sözleşmesi, dört bölüm ve kırk sekiz maddeden oluşmaktadır. Bunlar sırayla⁴⁸³: (I) Terimler, (II) Ulusal düzeyde alınacak önlemler - maddi hukuk ve usul hukuku, (III) Uluslararası işbirliği, (IV) Diğer hükümlerdir.

Siber Suç Sözleşmesi'nin başlıca üç amacı bulunmaktadır⁴⁸⁴. Bu amaçlardan birincisi ülkelerdeki ulusal ceza hukuklarında düzenlenen bilişim suçlarını uyumlaştırmak ve Sözleşme'de ortaya konulan standarda yakın hale getirmektir. Sözleşme'nin güttüğü ikinci ana amaç ise bilişim suçlarında ve elektronik delil konusunda uluslararası adli yardımlaşmanın önünü açmak, adli yardımlaşmayı elektronik delil bağlamında hızlandırmak, hantal ve yavaş işleyen klasik adli yardımlaşma mekanizmalarını daha işler, etkili ve sonuç alıcı hale getirmektir. Sözleşme'nin üçüncü ve son amacı da taraf ülkelere ceza muhakemesi hukuku anlamında model bir hukuksal alt yapı oluşturmaya yardımcı ve rehber olmaktır. Bu model elbette elektronik delillerin muhafaza altına alınması, elde edilmesi, paylaşılması ve kullanılması ve bu işlemleri yapacak kurumsal yapının tesisi ve bu yapıda çalışacak uzman personelin çalışma usulleri ile de ilgili olacaktır.

Elektronik ortamda özgürlüklerin, insan haklarının ve güvenliğin korunması ile risklerin azaltılmasına ilişkin kabul edilmiş tek uluslararası rehber ve hükümetlerin vatandaşlarını korumasına yönelik önemli bir araç niteliğinde olan bu Sözleşme, özellikle telif hakları ihlalleri, bilgisayarlarla bağlantılı sahtecilik eylemleri, çocuk pornografisi, ağ güvenliğine ilişkin suçlar tanımlanmakta ve bu suçlarla mücadele etmede işbirliği öngörülmektedir⁴⁸⁵. Bununla birlikte Sözleşme'de, Ceza Muhakemesi Hukuku'na ilişkin hükümlerin, ceza yargılaması sürecinde elektronik delillerin elde edilmesi ve korunmasına ilişkin koruma tedbirleriyle ilgili olduğu da görülmektedir⁴⁸⁶.

Siber Suç Sözleşmesi'nde, Ceza Usul Hukuku açısından öngörülen koruma tedbirleri ana hatlarıyla altı ana başlık altında toplanabilir. Bunlar⁴⁸⁷: depolanmış bilgisayar verilerinin seri şekilde koruma altına alınması, trafik verilerinin hızlı biçimde korunması ve kısmen açıklanması, elektronik delillerin üretim emrinin verilmesi, saklanmakta olan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması, trafik verilerinin anlık olarak toplanması ve nihayet verilerinin iletişim yapılırken ele geçirilmesidir.

Sözleşmeye taraf olan ülkelere bir takım yükümlülükler yüklenmiştir. Sözleşme'nin maddi ceza hukuku kısmında bilişim suçlarıyla ilgili yasama işlemlerinin yapılması bir yükümlülük olarak öngörülmüştür. Buna müteakiben taraf ülkeler mevzuatlarındaki bilişim suçlarının soruşturma ve kovuşturma aşamalarını sözleşmeye uygun olarak değiştirecek;

⁴⁸² İmzalama tarih ve listesi için bkz. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/185/signatures> (E.T:03.04.2017)

⁴⁸³ Dülger, Murat Volkan, s.201

⁴⁸⁴ Tanrıkulu, Cengiz, s.99-100

⁴⁸⁵ Başlar, Yusuf, s.97

⁴⁸⁶ Başlar, Yusuf, s.97

⁴⁸⁷ Tanrıkulu, Cengiz, s.102 ; Koparan, M.Reşat, s.12 ; Çakır/Kılıç, s.518-519 ; Ünal, Osman Gazi, s.40 ; Baki, Yunus, s.103-104

eksiklikler varsa uygun eklemeler yapacaklardır⁴⁸⁸. Sözleşme, söz konusu suçlara yönelik soruşturma ve kovuşturmaların yanı sıra işlenen suçlara delil teşkil edebilecek verilerin toplanması, saklanması, araştırılması ve elkonulması gibi ulusal düzeyde alınması gereken önlemleri de içermektedir⁴⁸⁹.

Bilgisayarda arama yapmak için, ya bilgisayar sistemine girmek veya bilgisayarda kayıtlı bulunan verinin içine girmek ve de bilgisayar verisi saklanan bir ortama girmek gibi üç ayrı işlem tipi düzenlenmiştir⁴⁹⁰. Hazırlanacak olan mevzuatta belli bir bilgisayar sisteminin tümüne mi, yoksa bir kısmına mı girileceği açıklanmalı ve hâkimin bu kararı verirken siber suç içerikli verinin bu bilgisayarda bulunduğu konusunda makul şüphesinin bulunması gerekli olduğu da açıklanmalıdır⁴⁹¹. Bilgisayarda arama yapma kararı veren hâkimin hangi işlemin yapılacağını kararında göstermesi gerekir. Eğer hâkim kendi milli yetkisi içinde bulunan başka bir bilgisayar sisteminde siber suç verisi bulunduğu konusunda “makul şüpheye”⁴⁹² ulaşırsa, aramanın acele olarak diğer sisteme girilerek yapılması konusunda da, aramayı genişletici bir karar verebilir⁴⁹³ (m.19/2).

Sözleşme m.19/3’e göre; bir bilgisayar sistemine, parçasında ya da veri depolama aygıtına elkonulması veya benzer şekilde koruma altına alınması, bu bilgisayar verilerinin kopyalanarak alıkonulması, ilgili verilerin bütünlüğünün korunması ve erişilen bilgisayar sistemindeki verilerin silinmesi ya da erişilmez kılınması da sağlanmaktadır⁴⁹⁴.

B. Türkiye’nin Sözleşme Karşısındaki Durumu

Ülkemiz bu Sözleşme’yi 10.11.2010 tarihinde Strazburg’da imzalamıştır⁴⁹⁵. Sözleşme’nin, “*Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi*” ismiyle, ilişik çekince ve beyanlar ile birlikte, 22.04.2014 tarih ve 6533 sayılı Kanunla onaylanması; Dışişleri Bakanlığı’nın 06.06.2014 tarihli ve 4646600 sayılı yazısı üzerine, 31.05.1963 tarihli ve 244 sayılı Kanun’un 3. maddesine göre, Bakanlar Kurulu’nca 08.07.2014 tarihinde kararlaştırılmıştır. 09.08.2014 tarihli 29083 sayılı RG’de yayımlanmış ve 01.01.2015 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Türkiye, Sözleşme’nin madde 2, 7, 14/3(b), 22, 24/7(a), 27/2(c), 29/4, 35/1, 40 ve 42 hükümlerine toplam 8 başlık altında beyan ve çekince koymuştur⁴⁹⁶.

⁴⁸⁸ Ünal, Osman Gazi, s.40

⁴⁸⁹ Başlar, Yusuf, s.97

⁴⁹⁰ Yenisey/Nuhoğlu, s.426 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.112 ; Çakır/Kılıç, s.519

⁴⁹¹ Yenisey/Nuhoğlu, s.426 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.112 ; Çakır/Kılıç, s.519

⁴⁹² Sözleşmede bilgisayarda arama yapılabilmesi için orada delil olabilecek verilerin var olduğuna inanmak için makul şüphenin bulunması gerekir (Açıklayıcı Rapor, paragraf 184-185).

⁴⁹³ Yenisey/Nuhoğlu, s.426 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.112 ; Çakır/Kılıç, s.520

⁴⁹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s.426

⁴⁹⁵ Türkiye de “Sanal Suçlar Sözleşmesi”ni İmzaladı, <http://www.bilisimdergisi.org/s127/pdf/10-13.pdf> ; Özen/Baştürk, s.7 ; Ünal, Osman Gazi, s.41

⁴⁹⁶ Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi (ETS-N0.185) ile ilgili çekinceler ve beyanlar:

1)40. madde ve 2. maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçun bilgisayar verilerini elde etmek veya başka bir sahtekar niyetle veya bir bilgisayar sistemine bağlı başka bir bilgisayar sistemiyle ilişkili olarak güvenlik tedbirlerinin ihlal edilmesi suretiyle işlenmiş olmasını şart koştuğunu beyan eder.

CMK m.134'ün bazı eksikliklerinin varlığının kabulüyle birlikte esas itibariyle Sözleşmesi'nin 19. maddesinde düzenlenen “*Saklanan bilgisayar verilerinin aranması ve bunlara elkonulması*” koruma tedbirinin iç hukuka uyarlanmış şeklini ifade ettiği söylenebilir⁴⁹⁷.

CMK m.134/1 ve m.134/2'de bilgisayar ve bilgisayar kütüklerinde hangi hallerde arama yapılacağı ve bunlara ne şekilde elkonulabileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasına getirilen arama işleminin “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” şartının da eklenmesi, tedbirin uygulanmasıyla ilgili temel hak ve özgürlükler bakımından olumlu bir gelişme sağlamıştır. Tüm bunlar göz önüne alındığında mevcut düzenlemelerin sözleşmeye uygun olduğu belirtilmelidir⁴⁹⁸.

CMK m.134/3'de düzenlenen bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılmasına ilişkin hüküm verilerin bütünlüğünün korunması ve soruşturma sonuçlanıncaya kadar soruşturma ile ilgili delil niteliği taşıyabilecek verilerin değiştirilmesi, bozulması, erişilmez hale getirilmesi ve silinmesinin engellenmesi bakımından sözleşmeyle paralellik arz etmektedir. Ancak CMK'da elkoyma gerekçelerinin detaylı bir şekilde açıklanmamış olması eksiklik olarak görülmektedir⁴⁹⁹.

CMK m.134/4'de sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması durumunda bu yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilmesi ve bu hususun tutanağa geçirilerek imza altına alınmasına ilişkin düzenleme ile CMK m.134/5'te düzenlenen bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoymaksızın da sistemdeki verilerin tamamının veya

2)40. madde ve 7. maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, bilgisayarla bağlantılı sahteciliğe ilişkin madde 7'deki suç tanımının Türk kanunlarına göre dolandırma veya benzeri hileli davranış kastını gerektirdiğini beyan eder.

3)42. madde ve 14. maddenin 3 (b) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, herhangi bir hizmet sağlayıcının bilgisayar sistemi üzerinden iletişime ilişkin olarak, söz konusu sistemin belirli bir kullanıcı grubunun menfaatine işletiliyor olması; halka açık iletişim şebekelerini kullanmıyor olması ve halka açık ya da özel nitelikli başka bir bilgisayar sistemine bağlı olmaması halinde, söz konusu aktarıma ilişkin olarak 20. ve 21. maddelerde belirtilen önlemleri uygulamama hakkını saklı tutar.

4)42. madde ve 22. maddeye istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, Türk vatandaşının yurt dışında işlemiş olduğu suçlardan dolayı Türk Ceza Kanunu'nun 11. ve 13. maddeleri çerçevesinde yargı yetkisini kullanma hakkını saklı tutar.

5)42. madde ve 29. maddenin 4. paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, çifte suçluluk şartının verilerin açıklandığı tarihte yerine getirilemiyor olduğuna ilişkin gerekçeler bulunması halinde, işbu madde çerçevesinde verilerin korunması talebini reddetme hakkını saklı tutar.

6)24. maddenin 7 (a) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, suçluların iadesine ilişkin anlaşma mevcut olmadığı durumlarda, suçluların iadesi veya geçici tutuklama taleplerini iletmek veya almak üzere Adalet Bakanlığını yetkili makam olarak belirler.

7)27. maddenin 2 (c) paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, karşılıklı yardım taleplerinde bulunmak, talepleri yanıtlamak, bu taleplerin gereğini yerine getirmek veya bunların gereğini yerine getirecek makamlara bu talepleri iletmekle Adalet Bakanlığının merkezi makam olarak belirler.

8)35. maddenin 1. paragrafına istinaden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti, 7 gün/24 saat esasına göre temas noktasının: Emniyet Genel Müdürlüğü Siber Suçlarla Mücadele Daire Başkanlığı Kızılırmak Mah. Anadolu Bulvarı 2185.Sk. No:14 06520 Söğütözü-Çankaya/ANKARA siber@egm.gov.tr olduğunu beyan eder.

⁴⁹⁷ Başlar, Yusuf, s.98 ; Aynı görüş için bkz. Çakır/Kılıç, s.519 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.107 ; Yavuzcan, Emrah, Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK 134), <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?act=file&id=4&article=3242>, s.7 ; Bostancı/Benzer, s.1200

⁴⁹⁸ Başlar, Yusuf, s.98

⁴⁹⁹ Başlar, Yusuf, s.98

bir kısmının kopyasının alınabileceğine ilişkin hükmü de sözleşme ile uyumluluk göstermektedir⁵⁰⁰.

III. MUKAYESELİ HUKUKTA BİLİŞİM SİSTEMLERİNDE ARAMA VE ELKOYMA

A. ABD’de Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma

ABD, AK Siber Suç Sözleşmesi’ni 23.11.2001 tarihinde imzalamıştır. 29.09.2006 tarihinde sözleşmeye onay verilmiş ve 01.01.2007 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir.

Bu alanda en geniş ve kapsamlı mevzuata sahip olan ülke ABD’dir. Çünkü ülkede ileri düzeyde teknoloji kullanılmakta ve bu teknoloji hayatın her alanına etki etmektedir. Büyük ticari faaliyetlerin yanı sıra ulusal güvenlikle ilgili meseleler de bu alanın içine girmektedir. Bunun sonucu olarak bilişim alanında işlenen suç oranı hızla artmaktadır. Bu nedenle hemen hemen ülkenin bütün eyaletlerinde bilişim suçları ve bunlarla mücadele ile ilgili özel ve ayrıntılı kanunlar çıkarılmıştır. Hem ulusal bazda hem de yerel bazda bu konuyla ilgilenen pek çok birim (*CIA-Central Intelligence Agency, FBI-Federal Bureau of Investigation, vb.*) oluşturulmuştur⁵⁰¹.

ABD Anayasası’ndaki Dördüncü Değişikliğe göre; kişilerin kendilerini, evlerini, belgelerini ve diğer nesnelere arayabilmek için öncelikle bir arama kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Fakat bu duruma bazı istisnai hallerde başvurulmayabilir. Muhatabın rızası, acil bir durumun varlığı, çıplak gözle görme doktrini, kişilerin özel hayata ilişkin beklentileri buna örnek gösterilebilir. Kanuna göre, arama kararının düzenlenebilmesi için kuvvetli bir şüpheyi barındıran makul bir sebebin olması gerekir. Kararda aranılacak olan kişi veya yerin ve elkonulacak eşyanın ayrıca belirtilmesi de lazımdır. Bu sayede genel olarak yapılacak aramaların ve arama kararında belirtilmeyen eşyalara elkonulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Kısacası Anayasa’daki Dördüncü Değişiklik, arama ve elkoymada makul olanı teşvik etmekte ve bireylere devletin müdahalelerine karşı anayasal bir güvence sağlamaktadır⁵⁰².

İşyerinde kullanılan bilgisayarlarla ilgili verilen bir karar şu şekildedir⁵⁰³: ‘Şirket hizmetinde kullanılan bilgisayarlar, prensip olarak, şirketin ticari faaliyeti kapsamındaki ticari işlemlerin yapılması için kullanılırlar ve bu nedenle de şirketin iş ilişkilerini yansıtan veriler içerirler. Şirket bilgisayarlarındaki verilerin bireyin özel hayat alanına girmeyen veriler olmaları nedeniyle, “bireyin bu bilgisayar içindeki elektronik veriler üzerinde gizlilik beklentisi” söz konusu olmaz. Bu konuyu inceleyen 25.07.2008 tarihli *US v. Edward Mosby Kararı*, iş için kullanılan bilgisayarlarda, “işe ilişkin davranışlar” açısından arama yapılması için, hâkimden karar almaya gerek bulunmadığına hükmetmiştir.’

⁵⁰⁰ Başlar, Yusuf, s.98-99

⁵⁰¹ Çakır/Kılıç, s.522 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.62

⁵⁰² Çakır/Kılıç, s.522 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.63-64 ; Taşkın, Şaban Cankat, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları*, (Danışman:Doç.Dr.Ayşe Nuhoğlu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-221116), s.198

⁵⁰³ Yenisey/Nuhoğlu, s.429

*Katz vs. ABD Davası*⁵⁰⁴’nda, Yüksek Mahkeme, dava konusu elektronik haberleşme ile ilgili olsa da arama ve elkoyma bakımından emsal sayılacak bir karar vermiştir. Karar, “*Katz Testi*” olarak Amerikan hukuk sisteminde yer edinmiş olup arama ve elkoymalarda önemli bir bakış açısı getirmiştir. Bu teste göre mahkeme, bireyin mevcut özel hayatın gizliliğine ilişkin beklentisine (*expectation of privacy*) müdahale teşkil edecek bir ihlalin olup olmadığını ve bu beklentinin kamuoyunca makuliyet içerisinde görülüp-görülmediğini saptamak zorundadır. Test sonucunda müdahale ihlal niteliği taşıyorsa ve makuliyet içerisinde görülüyorsa yapılacak aramalar hukuka uygun olacaktır.

Bilgisayarlar üzerinde arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin yapılabilmesi için kural olarak hâkim kararının bulunması gerekmektedir. Bazı istisnai durumlar bilgisayarlar üzerinde gerçekleştirilecek işlemler için de geçerlidir. ‘Örneğin, elektronik delil elde etmede muhatabın rızası varsa, arama kararı olmadan bilgisayar üzerinde arama yapılabilir. Ancak rızanın tereddüde yer bırakmayacak kadar açık olması gerekir. Bu durum, mahkeme safhasında da irdelenecektir.’⁵⁰⁵ Soruşturmayı yürüten birimler, makul şüphe altında bulunan kişilerin, bilgisayarlarında arama yapılmasını, verilerin kopyalanmasını ve elkoyma işleminin gerçekleştirilmesini hâkimden talep edebilirler. Talep yazısında bulunması gerekenler açısından, genel aramada sayılan hususlar aynen geçerli olup; bunun yanında bilgisayarlar veya diğer araçlar üzerinde hangi verinin arandığının da belirtilmesi gerekir. Hâkim sunulan gerekçeleri uygun görürse, arama, kopyalama ve elkoyma kararını verir. İnternet ortamında bulunan veriler üzerinde veya fiziksel olarak depolandıkları birimlerde inceleme yapabilmek için de arama kararının bulunması gerekmektedir. Kural olarak, bu işlemler gündüz vakti gerçekleştirilirken; istisnai hallerde, gerekçesi kararda belirtilmek koşuluyla işlemler gece vakti de yapılabilir. ABD kanunlarına göre bilgisayarlar üzerinde yapılacak olan arama ve elkoyma işlemlerinin kararda belirtilen süre içerisinde tamamlanması gerekmekte olup; arama için kanunda öngörülen süre en fazla 14 günken; elkoymadan sonra yapılacak işlemler için kanunda bir süre öngörülmemiştir⁵⁰⁶.

ABD’de imaj alma işleminin, mutlaka bilgisayar veya bilişim sisteminin bulunduğu ortamda yapılması zorunlu değildir. Delil zincirine riayet edilerek, bilgisayar veya bilişim sistemlerinin yerinden alınıp, örneğin bir bilişim laboratuvarında veya kolluğun ilgili biriminde incelenmesi ve imajlarının alınması halinde, bilgisayarın olduğu yerde neden imajın alınamadığının veya tüm bilgisayarın aramasının yapılamadığının gerekçelerinin arama ve elkoyma kararında gösterilmesi gerekli ve yeterlidir⁵⁰⁷.

Bilgisayarlar üzerinde gerçekleştirilecek olan arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri sonrasında elde edilen elektronik delillerin, delil güvenilirliği açısından mahkemelerde diğer deliller gibi sonuç doğurabilmesi için Federal Delil Kuralları’na uygun olması gerekir. Buna göre elektronik delilin orijinaliyle aynı olması gerektiği belirtilmiştir. Bunun için bazı bilimsel testlere (*Daubert Testi*⁵⁰⁸ gibi) de başvurulabilir. Mahkeme delillerin güvenilir olup-

⁵⁰⁴ Ünal, Osman Gazi, s.64 ; Tanrikulu, Cengiz, s.138-139

⁵⁰⁵ Çakır/Kılıç, s.522

⁵⁰⁶ Çakır/Kılıç, s.522-523

⁵⁰⁷ Tanrikulu, Cengiz, s.78-79

⁵⁰⁸ Bkz. s.28-29

olmadığını değerlendirdikten sonra uygulanıp-uygulanmayacağına karar verecektir. Böylece makul olmayan arama ve elkoyma işlemleri ile elde edilen deliller hukuka aykırı sayılacak ve mahkemece kabul edilmeyecektir. Hâkim bu delili kullanmayacak ve diğer delillerle davayı sonuçlandıracaktır⁵⁰⁹.

Arama sonunda elde edilen bilgisayar verisinin delil olarak ikame edilebilmesi için, öncesinde bilirkişi incelemesinden geçmesinin gerektiğine karar verilmiştir. Karar şu şekildedir⁵¹⁰: ‘ABD 6. Bölge İstinaf Mahkemesi 15.11.2006 tarihli *Albert Ganier III Kararı*’nda; bilgisayara elkoyan memurun tanık olarak dinlenmesi talep edilmiş ve elkoyma sırasında bilgisayardan çıkartılan raporlarında ibraz edilmesi istenmiştir. Mahkeme daha önceden verilen benzer kararlara da atıf yaparak, adli bilişim alanında uzman bir bilirkişiden rapor alınması gerektiğine, teknik ayrıntılara ilişkin bilgiye sahip olmayan sıradan insanların kolaylıkla yanılabileceğini vurgulayarak, böyle bir yönteme uyulmadan elde edilen delilin ikame edilemeyeceğine karar vermiştir.’

Bilirkişi incelemesinden geçen bilgisayar verilerinin içeriği hakkında tanık dinlenmesinin gerekli olabileceğine dair verilen karar şu şekildedir⁵¹¹: ‘Bilgisayardaki verilerin bilirkişi incelemesinden geçerek, üzerinde oynama yapılmadığı, yani sağlamlığı belirlendikten sonra, içeriğinin delil olarak kullanılabilmesi için, belgenin hazırlanma süreci ile ilgili olarak tanık dinlenmesi de gerekli olabilir. ABD 9. Bölge İstinaf Mahkemesi’nin *In re Vinhnee WL 3609376 Kararı*’nda açıldığı üzere; bilgisayar cihazını, içindeki programı, veri tabanını kaydın yapıldığı ortamda nasıl ve kimin tarafından kullanıldığına ilişkin olarak, tanık dinlenilmesi gereklidir.’

B. İngiltere’de Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma

İngiltere, AK Siber Suç Sözleşmesi’ni 23.11.2001 tarihinde imzalamıştır. 25.05.2011 tarihinde sözleşmeye onay verilmiş ve 01.09.2011 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir.

İngiltere’de Kıta Avrupası Sistemi’nden farklı olarak mevzuattan çok mahkeme kararlarına önem verilmiştir. Oluşturulan içtihatlar ışığında gelişen bilişim dünyasındaki sorunlara yeni bakış açıları oluşturulmaya çalışılmıştır. Ancak bu durum yasal düzenlemelerin yeterli olmadığı anlamına da gelmemektedir⁵¹².

İngiliz Adli Polis ve Suç Delili Kanunu’nda (*Police and Criminal Evidence Act 1984*) genel olarak arama ve elkoyma tedbirlerine yer verilmiştir. Kısım 1’in 1. maddesinde polisin kişileri ve araçları arama yetkisi; 2. maddesinde arama yetkisine ait düzenlemeler; Kısım 2’nin 8. maddesinde arama izni, 17. maddesinde arama izni olmaksızın bir binaya (kapalı yere, konuta) girme ve arama halleri; 19. maddede ise genel elkoyma yetkileri düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerin yanında Adli Polis ve Delil Kanunu’na tabi olan “Evde Arama ve Kişilerin Üzerinde veya Evde Bulunan Eşyaya Elkoyma Yönetmeliği” vardır. Yönetmelikteki

⁵⁰⁹ Çakır/Kılıç, s.523 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.72

⁵¹⁰ Yenisey/Nuhoglu, s.436

⁵¹¹ Yenisey/Nuhoglu, s.436

⁵¹² Çakır/Kılıç, s.521

arama ve elkoyma tedbirlerinin Adli Polis ve Delil Kanunu'na tabi olduğu 1.3. maddesinin (a) ve (b) bentlerinde belirtilmiştir⁵¹³.

Adli Polis ve Suç Delili Kanunu'nun 8. maddesi, binalara girme ve arama yapma izni verme yetkisinin sulh hâkimine (*justice of the peace*) ait olduğunu göstermektedir. İzin alınabilmesi için talepte bulunulması şarttır. Talepte, arama yapılabilmesi için makul bir sebebin varlığından, hangi kanun maddesine dayandığından, arama yapılacak yerden ve bulunmak istenen eşyadan bahsedilmelidir. Alınan karar gereği arama yapılabilir, suçla ilgili olan, suç işlenerek elde edilen bir eşya ile eşyanın değiştirilmesinin, kaybedilmesinin ve zarara uğratılmasının önlenmesi için elkoyma yapılabilir. Elkoymanın genel hükümlerine kanununun 19. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre elkoyma yapabilmek için polisin binada kanuni bir yetkiyle bulunması şart koşulmuştur. Kanuni yetki sulh hâkimi tarafından verilir⁵¹⁴. Maddenin 4. fıkrası polise, soruşturulan suçla ilgili olması veya suç sonucunda elde edilmesi nedeniyle bozulmasını, kaybedilmesini, zarar görmesini engellemek amacıyla saklanan elektronik yapıyla erişilmesi mümkün olan bilgileri elde etme yetkisini vermektedir. Buna ek olarak verilerin görülebilmeleri ve okunabilmeleri için metin haline getirilmesini öngören düzenleme 2001'deki kanuni değişikliklerle getirilmiştir. Kanununun 20. maddesinde bilgisayar kaynaklı verilerin elde edilmesi yetkisinin genişletilmiş bir düzenlemesi bulunmaktadır. Polis memuru, kanunun verdiği yetkiye dayanarak sadece bilgisayardaki verileri değil; bilgisayara bağlanabilen birimlerin de araştırılmasını isteyebilir⁵¹⁵.

1990 yılında, bilişim suçlarıyla ilgili “*Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu (Computer Misue Act)*” yürürlüğe girmiş, ancak bu kanun daha sonra yürürlükten kaldırılmıştır. 2000 yılında ise, iletişimin denetlenmesi ve teknik takibi kolaylaştıran “*Soruşturma Yetkilerini Düzenleyen Kanun (Regulation of Investigatory Powers Act)*” yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla, ilgili kişilere yargı kararı olmadan soruşturmada bazı yetkileri kullanmaları imkânı verilmiştir. Trafik verilerinin gerçek zamanlı olarak toplanması tedbiri de bu kanunda yerini almıştır. Ayrıca şifre ve diğer yöntemlerle korunan elektronik verilerin araştırılması hususunda da detaylı düzenlemeler yapılmıştır. Kanunda, şifrelenmiş elektronik verilerin elde edilmesinin çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olması, bunun genel düzenlemelerden ayrılan özel bir düzenleme olduğunu da göstermektedir. Aynı kanun şifre olmadan erişilmesi veya anlaşılabilir bir biçime dönüştürülmesi mümkün olmayan verilerin açılması için bölge hâkimince görevlendirilen uygun izne sahip kişiye korunan bilgiyi açabilecek şifreyi açıklama yükümlülüğünü de getirmiştir. Hem Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu'nda hem de Soruşturma Yetkilerini Düzenleyen Kanun'da, bilgisayarlara ilişkin terimlerin kullanılmasından özellikle kaçınılmıştır. Bunun nedeninin, işlemlerin sınırlanmamasını sağlamak ve yeni gelişmeler karşısında güncelliği korumak olduğu söylenebilir⁵¹⁶.

⁵¹³ Ünal, Osman Gazi, s.47-48

⁵¹⁴ Ünal, Osman Gazi, s.48 ; Çakır/Kılıç, s.521

⁵¹⁵ Ünal, Osman Gazi, s.48-49 ; Çakır/Kılıç, s.521

⁵¹⁶ Çakır/Kılıç, s.522 ; Ünal, Osman Gazi, s.49-51

İngiltere’de delillerin ceza muhakemesinde kabul edilebilirliği istisnalar haricinde genel kurallara (*The Legal Rules of Evidence*) tabidir. Kural olarak, ceza muhakemesinde bütün delillerin mahkemece değerlendirilebileceği kabul edilmektedir⁵¹⁷.

Adli kovuşturma makamlarının çoğu delillerin doğru bir şekilde toplanmasını sağlamak için çok emek harcamakta, delilleri korumak için hash fonksiyonlarını ve dijital imzaları kullanmaktadırlar⁵¹⁸.

İngiltere doktrininde, bilgisayarlardan alınan gerek yazılı ve gerekse görsel bilgilerin delil olarak değerlendirilmesi için üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Buna göre⁵¹⁹: ‘Birinci tür bilgi bilgisayarın bir hesap makinesi veya işlemci gibi kullanılmasıyla elde edilmiş olabilir. İkinci tür bilgi, programlar vasıtasıyla tutulan otomatik kayıtlardan elde edilen bilgiler olarak tasnif edilebilir. Örneğin, bir otelde kalanların kayıtlarının tutulduğu esnadaki bilgisayarların kullanım kayıtları, yapılan telefon görüşmelerinin otomatik tutulan trafik kayıtları vs. gibi. Bu bilgiler genel olarak işleyen bir programın komutları doğrultusunda üretilirler ve kural olarak programlama haricinde insan müdahalesi bulunmaz. Dolayısıyla bu ilk iki kategorideki bilgiler çoğu zaman doğrudan delil olarak değerlendirilebilmektedir. Üçüncü ve son kategori ise bir bilgisayara insanlar tarafından veri girilerek oluşturulan bilgilerdir. Bu sonuncu türdeki bilgileri insan eliyle bilgisayara girilmiş olduğundan doğrudan delilden ziyade bir belirti olarak kabul etmek gerekmektedir. Elbette burada da yasaların özel hükümleri saklı tutulmuş ve bunlara göre kesin delil sayılan bilgiler aksi sabit oluncaya kadar kural olarak doğru kabul edilmektedir.’

C. Almanya’da Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma

Almanya, AK Siber Suç Sözleşmesi’ni 23.11.2001 tarihinde imzalamıştır. 09.03.2009 tarihinde sözleşmeye onay verilmiş ve 01.07.2009 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir.

Arama ve elkoyma tedbirleri, ACMK’nın 8. bölümünde, 94. ve 111. maddeler arasında yer almaktadır. Genel arama ve elkoyma hükümlerinin yanında iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı, kişisel verilerin kullanımı ve bilgisayar destekli arama vb. gibi diğer tedbirler de bu bölümde mevcuttur⁵²⁰.

ACMK’ya göre, genel arama ve elkoyma işlemlerinin gerçekleştirilebilmesi için hâkim kararı gerekmektedir. Bu karar, bazı zorunlu hallerde savcı veya adli görevlilerce de verilebilir. Ancak bu hallerde işlem, kararın verildiği tarihten itibaren 3 gün içerisinde hâkim onayına sunulmalıdır. Hâkimin de 3 gün içerisinde karar vermesi lazımdır. Alınan bu karar şüpheli kişiler için uygulanabileceği gibi, üçüncü kişiler hakkında da uygulanabilir. ACMK’da özgün bir biçimde bilgisayarlara ve veri saklama birimlerine yönelik arama, kopyalama ve elkoyma hükümleri yoktur. Bilgisayarlar hakkında birer genel hüküm olan, kanununun 102., 94. ve 110. maddeleri bir arada uygulanacaktır. Verilere elkonulması, verilerin

⁵¹⁷ Ünal, Osman Gazi, s.51-52 ; Çakır/Kılıç, s.522

⁵¹⁸ Keser Berber, Leyla, s.187

⁵¹⁹ Tanrıkulu, Cengiz, s.189-190

⁵²⁰ Ünal, Osman Gazi, s.53

orijinaline uygun kopyasının çıkarılması işlemleri kanununun 98. maddesindeki esaslara göre gerçekleştirilecektir⁵²¹.

‘Almanya siber suçlarla mücadele ve buna ilişkin elektronik delillerin toplanması konusunda çalışmaların yapıldığı ve yoğun tartışmaların yaşandığı ülkelerin başında gelmektedir. Bu ülkede, açıklanan resmi rakamlara göre bir günde on binlerce sanal saldırı olmakta, siber suçlulukla mücadelede devletin yetersiz kaldığı eleştirileri yapılmaktadır. Yakın zamanda Alman İç İşleri Bakanlığı bu saldırılarla mücadele etmek amacıyla “*Uzaktan Adli Yazılım (Remote Forensic Software)*” adı verilen bir *Trojan* virüsü tasarlayarak, siber suç faili olduğundan şüphelenilen kişilerin bilgisayarlarına girme konusunda çalışmalar yapmaya başlamıştır. Ancak Alman Federal Hükümeti’nin bu çalışmaları, oluşturulan yazılımla yalnızca “şüpheli hareketler” tespit edileceğinden, bu yolla yanlış delillere de gidilebileceği ve birçok kimsenin bu nedenle iletişim özgürlüğünün ve daha birçok temel hak ve özgürlüğünün kısıtlanacağı yönünde eleştirilere neden olmuş; buna rağmen, Alman Hükümeti birkaç yıl önce çıkardığı yasayla siber suçlulukla mücadele adına elektronik delillere ulaşılabilmesi amacıyla üzerinde suç şüphesi olduğu düşünülen kişilerin bilgisayarlarına, telefonlarına, e-posta adreslerine girmesini kolaylaştırmış ve bu bağlamda, federal polisin gözetimi ve soruşturma yetkilerini arttırmıştır. Yasa çıktıktan sonra da Alman Meclisi’nde ve basında sıkça tartışılmış, muhalefet söz konusu yasaya kişilerin Anayasa tarafından garanti altına alınan en temel haklarının ihlal edildiği ve Doğu Almanya istihbarat birimi olan *Stasi*’ye benzer bir denetim mekanizmasının yaratıldığı gerekçesiyle karşı çıkmış, nitekim düzenleme Alman Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Ancak bütün bu düzenlemelere ve tartışmalara rağmen alınan tedbirler ve çıkarılan yasalar Almanya’da siber suçlulukla mücadele ve delillere ulaşma konusunda yeterli olmamış, bu nedenle henüz birkaç yıl önce Federal hükümet tarafından bir “*Siber Güvenlik Stratejisi*” hazırlanarak Köln’de, emniyet mensupları, istihbarat uzmanları, bilişim uzmanları ve özel sektörden gelen uzmanlardan teşekkül eden bir “*Siber Savunma Merkezi*” kurulmuştur.⁵²²

Kıta Avrupası Sistemi’nin önemli bir ülkesi olan Almanya’da, delil serbestisi ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi benimsenmiştir. Buna göre bilgisayarlardan ve diğer sistemlerden elde edilen elektronik deliller, delil olarak kullanılabilir, hâkim serbest bir şekilde bu delillerin değerlendirmesini yapabilecektir⁵²³.

D. Fransa’da Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma

Fransa, AK Siber Suç Sözleşmesi’ni 23.11.2001 tarihinde imzalamıştır. 10.01.2006 tarihinde sözleşmeye onay verilmiş ve 01.05.2006 tarihinde sözleşme yürürlüğe girmiştir.

Fransız Ceza Muhakemesi Kanunu’na göre, genel arama ve elkoyma işlemleri için hâkim kararına ihtiyaç duyulmaktadır. Bu kararın verilebilmesi için makul bir şüphenin bulunması gerekir. Bu kanuna göre maddi gerçeğin ortaya çıkarılması adına herhangi bir

⁵²¹ Ünal, Osman Gazi, s.53-54 ; Çakır/Kılıç, s.525

⁵²² Özen/Özocak, s.73

⁵²³ Çakır/Kılıç, s.525 ; Ünal, Osman Gazi, s.57

yerde bulunan nesnelere aranması ve bunlara elkonulması mümkündür. Bunun içinde bilgisayarlar ve elektronik deliller de vardır⁵²⁴.

Bilgisayarlar üzerinde gerçekleştirilecek olan arama, kopyalama ve elkoyma işlemleri için de kural olarak hâkim kararının bulunması gerekir. Soruşturma safhasında gerekli görülmesi halinde bilgisayar eklentilerinde ya da başka bir bilgisayar sistemi içerisinde saklanan veriler de aynı hükümler çerçevesinde aranabilir ve bu verilere elkonulabilir. Bu işlemler gerçekleştirilirken ilgilinin huzurda bulunması, bulunamıyor ise onu temsil edecek bir kişinin hazır edilmesi, bu da mümkün değilse iki şahit eşliğinde işlemlerin yapılması gerekir. Aranılan verilerin Fransa dışında bulunan bir bilgisayarda bulunması halinde ikili işbirliği sözleşmelerine göre işlemler gerçekleştirilir⁵²⁵.

Şifrelenmiş verilerin elde edilmesi adına genel düzenlemelere ek olarak ayrıntılı düzenlemelere de yer verilmiştir. Soruşturulan suçun en az iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektirmesi veya kanunda yazılı diğer hallerin bulunması halinde bölge savcısı veya mahkeme şifreli verilere ulaşılabilmesi, bunların çözülebilmesi veya okunabilmesi için makul süreyle uzman kişiler görevlendirebilir. Bu uzman kişiler, verilere ulaşabilmek için gerekli tüm teknik imkânlardan yararlanabilirler. Çalışmalar neticesinde elde edilen veriler resmi bir belgeye dönüştürülür⁵²⁶.

Fransız Ceza Muhakemesi Hukuku sistemi, delil serbestisi ve delillerin hâkim tarafından serbestçe değerlendirmesi ilkelerini esas almaktadır. Bu husus kanunun 427. maddesinde vurgulanmıştır. Hâkim duruşma sırasında sunulan mevcut veya tartışılmış olan delilleri temel alarak vicdani kanaatine göre karar verecektir. Buna karşılık her delil yargılamada kullanılmaz. Ceza muhakemesinde deliller, bir takım koşullara sahip olmalıdır. Buna göre deliller hukuka uygun olarak elde edilecek, temel insan haklarını derinden ihlal edecek şekilde kullanılmayacak ve hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil etmeyecektir. Sonuç olarak ceza muhakemesi sistemine göre elektronik delilin kabul edilebilirliği durumu genel hükümlerdeki duruma göre çözülecektir. Kısaca elektronik delil, ceza muhakemesindeki bir delilin temel özelliklerini taşımalıdır⁵²⁷.

IV. AMAÇ VE KAPSAM

A. Amaç

Tedbirin amacı delil elde etmektir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma özellikle günümüzde oldukça yaygınlaşan bilişim suçlarının ortaya çıkarılmasında büyük önem taşımaktadır. Bilgisayar verilerinin elde edilmesindeki güçlük, oldukça kolay değiştirilebilmesi ve yok edilebilmesi bilişim suçlarının aydınlatılmasını zorlaştırmaktadır. Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki klasik arama tedbirine ilişkin hükümlerin bilgisayar ortamına uygulanması mümkün olmadığı için hukukumuzda

⁵²⁴ Çakır/Kılıç, s.524 ; Ünal, Osman Gazi, s.57-58

⁵²⁵ Çakır/Kılıç, s.524 ; Ünal, Osman Gazi, s.59

⁵²⁶ Çakır/Kılıç, s.524 ; Ünal, Osman Gazi, s.60-61

⁵²⁷ Ünal, Osman Gazi, s.60 ; Çakır/Kılıç, s.524

bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri ayrıca düzenlemiştir⁵²⁸.

Kanundaki düzenlemeye göre; 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. Şüpheli veya müdafisine, bu yedekten bir kopya çıkarılarak verilir. Bu düzenlemenin amacı, elkonulan bilgisayar program ve kütüklerinde sonradan değişiklik yapıldığı iddialarının önüne geçmektir. Bu özel elkoymanın delil elde etmeye yönelik olarak iki amaca hizmet ettiği görülmektedir. Bunlar: çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesidir⁵²⁹.

B. Kapsam

1. Kişi Bakımından

Kanunda bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymanın kişi bakımından uygulamasına ilişkin istisnai düzenlemeler yer almamaktadır⁵³⁰.

Tedbirin muhatabı şüphelidir. Şüpheliden başka üçüncü kişilerin bilgisayarları hakkında bu tedbir uygulanamaz⁵³¹. Bu nedenle, suç şüphesi altında bulunmayan kişinin, örneğin; mağdurun, şikâyetçinin veya tanığın bilgisayar sistemleri ve verileri bu tedbirin uygulanmasına konu oluşturamaz⁵³². “Şüphelinin kullandığı bilgisayar” kavramı, şüphelinin maliki olduğu değil, herhangi bir nedenle kullanmakta olduğu (elinde bulundurduğu) bilgisayarı anlatmaktadır⁵³³. CMK, tedbire konu edilen şeyin şüphelinin kişisel bilgisayarı

⁵²⁸ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.422 ; YARSAV, Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve El Koyma, <http://yarsav.org.tr/index.php?p=170#.VuwbWW7rMoQ>, s.2-3 ; Başlar, Yusuf, s.85 ; Özen/Özocak, s.62

⁵²⁹ Avşar, Yakup, s.102

⁵³⁰ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.424 ; Avşar, Yakup, s.110

⁵³¹ Yargıtay 5. CD'nin 11.06.2007 T. 2007/3700 E. 2007/4661 K. sayılı kararı: ‘İddianameye konu olan eylemin kanıtı olarak gösterilen ve bir kısım sanıkların yetkilisi ve çalışanı olan Uzanlara ait şirket ve evlerde yapılan aramalar sırasında elde edilen bilgisayarların nerede ve hangi yöntemle elde edildiği, sanıkların kullanımında olup olmadığı, kimler arasında yapıldığı, başkaları tarafından oluşturulma ya da içeriklerine müdahale olanağı bulunup bulunmadığı...’

⁵³² Ancak Yargıtay, 11. CD'nin 16.04.2007 T. 2005/6376 E. 2007/2551 K. sayılı kararında, suçtan zarar gören bir tüzel kişinin bilgisayarında delil aranmasının mümkün olduğuna karar vermiştir: ‘...virüs içeren bir e-posta veya e-postaların... İnşaat Sanayi ve Ticaret Limited Şirketi'nin bilgisayarlarına virüs bulaştırması sonucu doğacak zararın, şirketin gönderdiği e-postalar aracılığıyla başka adreslere virüs göndererek başka bilgisayarlara zarar vermesi ve kendi bilgisayarlarının sistem dosyalarını silerek çalışamaz duruma getirip iş ve zaman kaybına neden olması olduğunu... öncelikle e-posta yolu ile virüs göndererek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin, olayın hemen akabinde yapılması...’

⁵³³ Karagülmez, Ali, s.504 ; Aynı görüş için bkz. Dülger, Murat Volkan, Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri, http://www.academia.edu/9449240/BİLİŞİM_SİSTEMLERİ_ÜZERİNDE_ARAMA_KOPYALAMA_VE_EL_KOYMA_TEDBİRİ, s.1-2 ; Ölmez, Aslan, s.50 ; Çakır/Kılıç, s.526

veya bunun dışında şüphelinin işyerine ait ya da genel kullanımda bulunan bir bilgisayar sistemi veya verisi olması arasında bir fark gözetmemiştir⁵³⁴.

Burada akla gelen husus, suça konu bilgisayarın, bilgisayara elkonulana kadar peyderpey birden fazla kişi tarafından kullanılması halidir. Bu durumda önem teşkil eden nokta, bilgisayarın suçun işlendiği tarihte kim tarafından kullanıldığı olacaktır. Suçun işlendiği tarihte suça konu bilgisayarı kimin kullandığı tespit edilemiyorsa, şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, bilgisayarı kullanmış olan şüphelilerden hiçbiri cezalandırılmayacaktır.

Şüphelinin bir zaman kullandığı ve daha sonra sahibine bıraktığı veya iade ettiği bilgisayarın sahibi tarafından incelenmesinde, CMK m.134'ün uygulanmasına gerek bulunmamaktadır. Çünkü bilgisayarın sahibi veya yeni zilyedi, kullandığı bilgisayarı inceleme hakkına sahiptir⁵³⁵. Şen'e göre⁵³⁶: 'Karı ve kocanın ortak yaşadığı ikamette veya aynı evde yaşayan aile bireyleri veya birlikte yaşam sürdürenlerin birbirlerinin bilgisayar içeriklerine bakabilecekleri, özel hayat hakkı ve haberleşme hürriyetinin bu kişiler yönünden sınırlama teşkil etmeyeceği görüşü yanlıştır. Ortak kullanıma açık olmadıkça, hangi yakınlıkta olursa olsun insanların birbirinin bilgisayarını izinsiz kontrol etmesi, oradan veri alması, silmesi, göndermesi veya yerleştirmesi hukuka aykırıdır. Bu yolla elde edilen deliller de hukuka aykırıdır.'

Avukatların şahsi bilgisayarlarına ilişkin ayrık bir düzenleme maddede yer almamaktadır. Ancak hüküm CMK m.130 ile birlikte değerlendirildiğinde, hükmün avukatların bürolarında yapılacak arama ve elkoyma bakımından da uygulama alanı bulması gerekir⁵³⁷.

2. Bilgisayarlar, Bilgisayar Programları, Bilgisayar Kütükleri ve Diğer Cihazlar Bakımından

Tedbirin konusu; şüphelinin kullandığı bilgisayar, "bilgisayar programları"⁵³⁸ ve "bilgisayar kütükleri"⁵³⁹ dir.

Kanunun yer verdiği "*bilgisayar*" terimi ile ifade edilmek istenen nesnelere, verileri belirli kurallar çerçevesinde işleme tabi tutabilen cihazlardır. Bu kapsamda olmak üzere, cep telefonu, GPS cihazı, çıkarılabilir harici bellekler gibi verileri sayısal olarak kaydetme ve işleme yeteneğine sahip bulunan "tüm cihazlar"⁵⁴⁰ ve yine bilgisayar ağları da tedbirin

⁵³⁴ Baştürk, İhsan, Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Sayı:9, Ağustos 2010, s.28 ; Özen/Baştürk, s.151 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.93 ; Başlar, Yusuf, s.90 ; Şen, Ersan, Bilgisayarda Elkoyma Sorunları, <http://www.hukukihaber.net/bilgisayarda-elkoyma-sorunlari-makale,4987.html>, s.1

⁵³⁵ Şen, Ersan, Bilgisayarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2075545-bilgisayarda-arama-kopyalama-ve-elkoyma>, s.1 ; Aynı görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.432

⁵³⁶ Şen, Ersan, s.1

⁵³⁷ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.424 ; Aynı görüş için bkz. Baştürk, İhsan, s.28 ; Özen/Baştürk, s.151 ; Başlar, Yusuf, s.94 ; Ayrıntılı bilgi için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.93-95 ; Ölmez, Aslan, s.49

⁵³⁸ Bkz. s.3

⁵³⁹ Bkz. s.3-4

⁵⁴⁰ Keser Berber'e göre bu cihazlar şunlardır: cep telefonları, cep bilgisayarları, CD'ler, DVD'ler, USB'ler, hafıza kartları, harici diskler, fotoğraf makineleri ve onların hafıza kartları, akıllı saatler, akıllı kartlar (Keser

konusunu oluşturabilecektir. CMK m.134, “bilgisayar” sözcüğüne “computer” sözcüğünün karşılığı olarak, dar anlamıyla yer vermiş iken; AÖAY 17. maddesiyle “bilgisayar ağları, diğer uzak bilgisayar kütükleri ve çıkarılabilir donanımları” da kapsamına almıştır⁵⁴¹. AK Siber Suç Sözleşmesi’nde ise, belirtilen tüm unsurları kapsayacak biçimde “bilgisayar sistemleri” ve “bilgisayar verileri” terimleri kullanılmıştır⁵⁴².

Günlük kullanımda önemi tartışılmaz hale gelen cep telefonları, özellikle teknolojinin ilerlemesiyle daha da gelişerek bilgisayarlarda bulunan birçok özelliği barındırır hale gelmiştir. Cep telefonları, gerek mevcut ve gerek silinmiş kısa mesajlar (SMS), telefon rehberi kayıtları, son aramalar listeleri gibi kanıtları barındırmaktadır. Kapasitesine bağlı olarak, müzik ve fotoğraf dosyaları, videolar, kelime işlemci program ve belgeleri de saklayabilmektedirler. Akıllı telefonlar her bakımdan bilgisayarlara benzerlik gösterdiklerinden dolayı bilgisayar incelemelerinde kullanılan metotlar ve incelemeler, bu cihazlar üzerinde de yapılabilmektedir⁵⁴³.

Özen/Özocak⁵⁴⁴, a göre, cep telefonlarına elkonulmasıyla ilgili olarak şöyle bir ayırım yapılması doğrudur: ‘Eğer cep telefonunda yapılan arama ve elkoyma işlemi, cihazın telefon özelliği ile ilgiliyse; örneğin, konuşma veya mesaj kayıtları incelenecekse, bu durumda genel arama hükmü olan **CMK m.119**; Yapılan arama ve elkoyma işlemi, cihazın bilgisayar özelliği ile ilgiliyse; örneğin, arama motoru, trafik kaydı, e-posta kayıtları vb. incelenecekse, bu durumda özel arama hükmü olan **CMK m.134** uygulanmalıdır.’ Biz bu görüşe katılmıyoruz. Cep telefonlarının her halükarda bilgisayar olarak değerlendirilmesi gerektiğini ve bu sebeple cep telefonları hakkında arama ve elkoyma işlemi yapabilmek için CMK m.134’ün uygulanmasının doğru olacağını düşünüyoruz.

V. HUKUKSAL NİTELİK

A. Genel Olarak

Günümüzde bilgisayar teknolojisinin hızla gelişmesi ve birçok işlemin bilgisayar aracılığı ile gerçekleştirilmesi, yapılan işlerde büyük kolaylık ve verim artışı sağlamıştır. Şirketler, bankalar ve hatta kişiler kayıtlarını bilgisayarlarda saklamaktadırlar. Böylece bilgisayar, ticari ve mesleki sırların yanında kişisel verilerin de saklandığı bir cihaz halini

Berber, Leyla, s.168) ; Başlar’a göre, bilgisayar tanımı içerisinde değerlendirilebilecek cep telefonu, cep bilgisayarı ve elektronik veri barındıran birçok cihaza yönelik arama ve elkoyma işlemleri de ek bir hükme gerek olmaksızın CMK’nın 116. ve 123. maddelerinde belirtilen genel arama ve elkoyma hükümleri yerine CMK’nın 134. maddesi uyarınca gerçekleştirilmelidir (Başlar, Yusuf, s.86-87) ; Kapsamda sayılan cihazlara örnek olması açısından bkz. Yargıtay, 9. CD’nin 09.10.2013 T. 2013/9110 E. 2013/12351 K. sayılı kararı ; Kapsamda sayılmayan cihazlara örnek olması açısından bkz. Yargıtay, 15. CD’nin 24.11.2014 T. 2014/17995 E. 2014/19487 K. sayılı kararı: ‘...elkonulan Brother marka, HL-11E72064J3N407530LXTK60C011731072052000 seri numaralı bir adet yazıcı, HP-PHOTASMART 3210 All-in-One marka-regulatory model number sdgob 0501-02 numaralı tarayıcı ve fotokopi özellikli bir adet yazıcınının 5271 sayılı Kanunu’nun 134. maddesi kapsamında kalmadığına...’

⁵⁴¹ Tanrikulu, Cengiz, s.319

⁵⁴² Baştürk, İhsan, s.28 ; Özen/Baştürk, s.152

⁵⁴³ Dülger, Murat Volkan, s.813 ; Aynı görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.431-432 ; Tan, Aydoğan, s.2 ; Orta, Mesut, s.198-199 ; Taşkın, Şaban Cankat, s.205

⁵⁴⁴ Özen/Özocak, s.69-70

almıştır. Bu durum işlerde büyük kolaylık ve verim sağladığı gibi suç işlemede ve delilleri yok etmede de kolaylıklar sağlamaktadır.

Bilgisayar, bilgisayar programları, bilgisayar kütükleri CD, disket, taşınabilir hafıza, hafıza kartları gibi ürünler ceza soruşturmasının konusu olduklarında delil olmaları açısından büyük önem ifade etmektedirler. Şöyle ki; hukukumuzda delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi kabul edilmiştir. Öyle ise bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri de delil olabilecektir. Buradaki önemli nokta, bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinin “dış müdahaleye açık” ürünler olmasıdır. Dış müdahaleye açık olmalarından kastedilen üzerinde oynama yapılmaya ve değişiklikler eklenebilmesine müsait olmalarıdır. En önemli nokta da bu oynama ve değişikliklerin nasıl, ne zaman, ne şekilde yapıldığının sonradan tespit edilememesi veya çok zor tespit edilebilmesidir. Bu açıdan bu ürünler, hukuka aykırı delil olmaya son derece müsaittirler⁵⁴⁵. Kanun koyucu 5271 sayılı CMK’da, 2005 yılından önceki birçok yargılamada bilgisayar ürünlerinin hukuka aykırı delil olarak kullanılmasından yola çıkarak, bu ürünlerin aranması ve bu ürünlere elkonulması hususunu ayrıca ve özel olarak düzenleme ihtiyacı duymuştur.

Doktrinde, CMK m.134’ün “*özel bir düzenleme*” olduğu görüşü, büyük çoğunluktadır⁵⁴⁶. Biz de bu görüşe katılıyoruz.

CMK m.134’ün gerekçesinde⁵⁴⁷: ‘*Madde, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve geçici elkoyma konularını düzenlemektedir. Bireye ait kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan hakkın kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme gerekeceği açıktır.*’ ifadesi, tedbirin düzenlenmesindeki temel amacı ortaya koymaktadır. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yalnızca kanunla mümkün

⁵⁴⁵ Sevimli, A.Güçlü, Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/barodergileri/ibd/20073/ibd2007316.pdf>, s.993-994 ; Avşar, Yakup, s.99 ; Ökten, Pınar, s.109

⁵⁴⁶ Dülger, Murat Volkan, s.797 ; Aynı görüş için bkz. Dülger, Murat Volkan, s.6 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.418 ; Centel/Zafer, s.424 ; Şahin, Cumhur, s.328 ; Ünver/Hakeri, s.431 ; Sırma, Özge, s.37 ; Tanrıku, Cengiz, s.312 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.64 ; Ünal, Osman Gazi, s.85 ; Orta, Mesut, s.211 ; Ölmez, Aslan, s.100 ; Özcelce, Cuma, s.82 ; Yıldız, Hüseyin Serkan, s.90 ; Ökten, Pınar, s.102 ; Taşkın Şaban Cankat, s.206 ; Erçakal, Taner, s.104 ; Arısoy, Uğur Kaan, s.111 ; Bakı, Yunus, s.102 ; Özen/Özocak, s.61 ; Yaşar/Dursun, s.6 ; Şahin, Engin, s.95

⁵⁴⁷ Gerekçenin yer aldığı m.110: ‘*Madde, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve geçici el koyma konularını düzenlemektedir. Bireye ait kişisel bilgiler üzerindeki hak, temel insan haklarından olduğundan hakkın kısıtlanabilmesi için yasal düzenleme gerekeceği açıktır. Ancak bilgisayarlardaki kayıtların gerçeğin açığa çıkarılması yönünden, ceza davasında delil, iz, eser ve emare oluşturacağı ortadadır. Bu itibarla madde hem bu olanağı sağlamak ve hem de bireysel yararları saklı tutmak amacıyla bilgisayar program ve kütüklerinde arama yapılmasını aşağıdaki belirli koşullara tâbi kılmış bulunmaktadır; 1)İki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler hakkında yapılan soruşturmalarda bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve aygıtta geçici olarak el koyma yapılabilir. 2)Bunun için, söz konusu işleme başvurulmasının zorunlu olması yani bunun bir "ultima ratio" çare oluşturması gereklidir. 3)Bu husustaki kararın mutlaka hâkim tarafından ve gizli olarak verilmesi gerekir. Bu karar, soruşturma evresinde Sulh Ceza Hâkimi tarafından gizli olarak verilecektir. 4)Arama sonucu, suçla ilgili bilgi metin hâline getirilecektir. 5)Bilgiler şifreye bağlanmış ise ve bu nedenle giriş yapılmıyorsa, çözümün yapılabilmesi için araç ve gereçlere, aygıtta geçici olarak el konulabilir. Çözümünden hemen sonra bilgisayardaki bilgilere zarar vermeden aygıtın ilgisine hemen geri verilmesi gerekir. Dikkat edilmelidir ki, bu maddenin amacı 107. maddeden farklıdır. 107. maddede bilgisayar işlemede iken içeri girilmekte ve ilgilinin bundan haberi olmamaktadır. Bu maddede ise, durağan hâldeki aygıtta araştırma, arama yapılmaktadır. Maddenin öngördüğü geçici el koyma işlemine itiraz edilebilecektir.*’

olduğundan, bilgisayarlara yönelik özel bir koruma tedbirinin CMK'da yer alması, Anayasa'ya uygundur (AY m.13). CMK m.134, özel bir koruma tedbirini düzenlediğine göre koruma tedbirlerindeki kanunilik, geçicilik, araç oluş, gecikmede tehlikelilik, görünüşte haklılık, ölçülülük, bir karara dayanma ve zorlama ilkeleri burada da uygulama alanı bulacaktır⁵⁴⁸.

Madde metni şu şekildedir (CMK m.134): ‘1) Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve 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 ulaşamaması 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) Üçüncü fıkraya göre alınan 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.’

Anılan bu koruma tedbiri son derece ağır sonuçlar doğurduğundan sıkı koşullara bağlanmıştır. Gerçekten sadece bilgisayarla iş yapan bir şirketin bilgisayarlarına elkonulması demek; o şirketi iş yapamaz hale sokmak demektir. O kadar ki, bu elkoyma işlemi biraz uzayacak olursa, bilgisayarlarına elkonulan şirketin batması bile söz konusu olabilir⁵⁴⁹.

B. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama ve Elkoymanın Genel Arama ve Elkoyma Hükümleriyle İlişkisi

Arama, delil elde etmek üzere yapılan bir araştırma işlemidir. CMK m.116/1'e göre: ‘Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir.’

CMK m.134'teki arama ve elkoymada, makul şüphe değil, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması” gerekmektedir.

Şen⁵⁵⁰’e göre: ‘Bir bilgisayar ve bilgisayar sistemini aramak bir evi aramaktan farklıdır. Fakat genel itibariyle ikisinde de benzer kurallar geçerlidir. Mesela, iki olayda da olay yerinin

⁵⁴⁸ Ünal, Osman Gazi, s.88 ; Aynı görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan..., s.421-422 ; Orta, Mesut, s.211

⁵⁴⁹ Ölmez, Aslan, s.100 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.83 ; Uğuz, İsmail, s.104 ; Erçakal, Taner, s.104

⁵⁵⁰ Şen, Osman Nihat, Ceza Hukukunda Bilgisayar Araştırmaları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006, s.388

güvenliği sağlanmaktadır. Bir bilişim suçu araştırmasında birçok soyut nesne (veri, elektronik posta, vb.) aranmasına rağmen somut nesnelere (kâğıtlar, broşürler, disketler, çekmeceler, vb.) de aranmaktadır. Hatta birçok olayda araştırmacı silinmiş dosyaları incelemek durumunda kalmaktadır. Yani var olmayan şeyler bile araştırılmaktadır.’

Arama ve bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma arasındaki farkın aramanın konusuna ilişkin olduğu söylenmelidir: Arama evde, işyerinde, eşyada, üstte, vücutta uygulanabilen bir tedbir iken bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma sadece bilgisayar ortamında uygulanabilir. Bu yönüyle bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kısmen de olsa aramanın özel bir görünüşüdür⁵⁵¹. Bu durumda⁵⁵²: ‘CMK m.116’ya dayanılarak şüphelinin işyeri ya da konutunda yapılan bir arama sırasında ayrıca m.134’e göre arama yapılmasına ilişkin bir karar alınmamışsa, şüphelinin kullandığı bilişim sistemleri ve bilgisayarlar üzerinde arama ve elkoyma kararının uygulanması hukuken mümkün değildir⁵⁵³. CMK m.116’ya dayanılarak yapılan aramada şüphelinin üzerinden çıkan cep bilgisayarında arama yapılması için dahi m.134’e göre karar alınması gerekmektedir. Buna uyulmaksızın yapılan aramalar hukuka aykırı yöntemle delil elde etme olacak ve elde edilen delilde yasak delil niteliğinde olacaktır.’ Ayrıca önleme araması sırasında da kişinin üstünde bulunan akıllı cep telefonunun alınamayacağı (alınıp incelenemeyeceği) kanaatindeyiz.

Elkoyma, müsadereye tabi ya da ispata yarayacak vasitanın adliyenin eli altına alınmasıdır. CMK m.123’e göre: ‘*İspat aracı olarak yararlı görülen ya da eşya veya kazanç müsaderesinin konusunu oluşturan malvarlığı değerleri, muhafaza altına alınır. Yanında bulunduran kişinin rızasıyla teslim etmediği bu tür eşyaya elkonulabilir.*’

CMK’da elkoymanın başka türleri de düzenlenmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma da bu anlamda elkoymanın bir türüdür. Elkoyma tedbiri bilgisayar ve bilgisayar verileri üzerinde uygulandığında bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma adını alacaktır⁵⁵⁴. Elkoyma işleminde elkonulan eşyaların soruşturma veya kovuşturma sonuna kadar muhafazası söz konusu iken; CMK m.134 anlamındaki elkoymada, şifre çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazların gecikme olmaksızın iade edilmesi esastır⁵⁵⁵. Şüphelinin, suça konu bilgisayarı kendi rızasıyla adli kolluğa teslim etmesi durumunda işlem elkoyma değil, muhafaza altına alma olarak adlandırılacaktır. Böyle bir durumla karşılaşıldığı takdirde muhafaza altına alma işlemi ile alınmış bir bilgisayar söz konusu olacağından bu bilgisayar için ayrıca elkoyma kararına gerek duyulmayacaktır.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma, genel normlar olan arama ve elkoyma tedbirlerinin yanında aynen postada elkoyma

⁵⁵¹ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.420 ; Avşar, Yakup, s.112 ; Aynı görüş için bkz. Başlar, Yusuf, s.84-85

⁵⁵² Özmestik, Fehmi Ünsal, s.87

⁵⁵³ Dülger, Murat Volkan, s.797

⁵⁵⁴ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.421 ; Avşar, Yakup, s.112

⁵⁵⁵ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.87 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.112

veya avukat bürolarında arama ve elkoyma gibi özel bir normdur. Genel norm-özel norm ilişkisi gereği özel norm niteliğindeki bu koruma tedbirinde yer almayan hususlar gündeme geldiğinde genel hükümlere başvurulacaktır⁵⁵⁶.

C. Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma ile Benzer Koruma Tedbiri Olan İletişimin Tespiti, Dinlenmesi ve Kayda Alınması Arasındaki Farklar

İletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbiri, CMK m.135'te düzenlenmiştir⁵⁵⁷. Bu tedbir ile bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma karşılaştırıldığında şu sonuçlara ulaşmak mümkündür⁵⁵⁸:

⁵⁵⁶ Ünal, Osman Gazi, s.88 ; Aynı görüş için bkz. Başlar, Yusuf, s.93-94 ; Özmestik, Fehmi Ünsal, s.64 ; Yaşar/Dursun, s.7 ; Şahin, Engin, s.95

⁵⁵⁷ CMK m.135: '(1)Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma ve kovuşturmada, suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkânının bulunmaması durumunda, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet Savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Cumhuriyet Savcısı kararını derhâl hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde tedbir Cumhuriyet Savcısı tarafından derhâl kaldırılır.

(2) Talepte bulunulurken hakkında bu madde uyarınca tedbir kararı verilecek hattın veya iletişim aracının sahibini ve biliniyorsa kullanıcıyı gösterir belge veya rapor eklenir.

(3) Şüpheli veya sanığın tanıklıktan çekinebilecek kişilerle arasındaki iletişimi kayda alınmaz. Kayda alma gerçekleştirildikten sonra bu durumun anlaşılması hâlinde, alınan kayıtlar derhâl yok edilir.

(4) Birinci fıkra hükmüne göre verilen kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu, tedbirin türü, kapsamı ve süresi belirtilir. Tedbir kararı en çok iki ay için verilebilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir. Ancak, örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlarla ilgili olarak gerekli görülmesi halinde, hâkim yukarıdaki süreleri ek olarak her defasında bir aydan fazla olmamak ve toplam üç ayı geçmemek üzere uzatılmasına karar verebilir.

(5) Şüpheli veya sanığın yakalanabilmesi için, mobil telefonun yeri, hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararına istinaden tespit edilebilir. Bu hususa ilişkin olarak verilen kararda, mobil telefon numarası ve tespit işleminin süresi belirtilir. Tespit işlemi en çok iki ay için yapılabilir; bu süre, bir ay daha uzatılabilir.

(6) Şüpheli ve sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişiminin tespiti, soruşturma aşamasında hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı, kovuşturma aşamasında mahkeme kararına istinaden yapılır. Kararda, yüklenen suçun türü, hakkında tedbir uygulanacak kişinin kimliği, iletişim aracının türü, telefon numarası veya iletişim bağlantısını tespiti imkân veren kodu ve tedbirin süresi belirtilir. Cumhuriyet Savcısı kararını yirmi dört saat içinde hâkimin onayına sunar ve hâkim, kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi halinde kayıtlar derhal imha edilir.

(7) Bu madde hükümlerine göre alınan karar ve yapılan işlemler, tedbir süresince gizli tutulur.

(8) Bu madde kapsamında dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümler ancak aşağıda sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabilir:

a) Türk Ceza Kanunu'nda yer alan;

1. Göçmen kaçakçılığı ve insan ticareti (madde 79, 80) ile organ veya doku ticareti (madde 91),

2. Kasten öldürme (madde 81, 82, 83),

3. İşkence (madde 94, 95),

4. Cinsel saldırı (birinci fıkra hariç, madde 102),

5. Çocukların cinsel istismarı (madde 103),

6. Nitelikli hırsızlık (madde 142) ve yağma (madde 148, 149) ile nitelikli dolandırıcılık (madde 158),

7. Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti (madde 188),

8. Parada sahtecilik (madde 197),

9. Suç işlemek amacıyla örgüt kurma (madde 220, fıkra üç),

10. Fuhuş (madde 227),

- Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri bilgisayarın maddi varlığına yöneliktir. Yani bu tedbir, bilgisayarlarda yer alan verilerin kopyalanması ya da bilgisayar kasasına elkoymak suretiyle uygulanır. İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması ise, suçun işlendiği bilgisayar üzerinde doğrudan uygulanmak zorunda değildir. Bu tedbir bir diğer bilgisayardan yararlanarak da uygulanabilir⁵⁵⁹.
- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınmasının uygulanabilmesi için iletişimin varlığı gereklidir. Oysa bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma için bilgisayarın iletişimde kullanılması gerekmez. Diğer bir ifadeyle, CMK m.134, durağan pozisyonundaki bilgisayarlara uygulanırken; CMK m.135'te bilgisayar çalışır vaziyetteyken içeri girilmekte ve tedbire maruz kalan kişinin bu durumdan haberi olmamaktadır⁵⁶⁰.
- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması bilgisayar dışındaki telefon, faks vb. iletişim araçları için de uygulanabilirken; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma sadece bilgisayar ortamındaki veriler için uygulanabilir.
- İletişimin tespiti, denetlenmesi ve kayda alınması sürelidir ve bir süre devam edebilir. Oysa bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma uzun bir süre devam etmez. Arama ya da kopyalama işleminin bitmesiyle sona erer. Tedbir belli bir süre izleme şeklinde devam etmez.
- CMK m.135, sadece aynı maddenin 8. fıkrasında sayılan suçlar için uygulanabilirken; CMK m.134 için böyle bir sınırlama yoktur⁵⁶¹.

Bireylerin e-posta ve *WhatsApp* yazışmalarının, hangi durumda hangi madde (CMK m.134 mü yoksa m.135 mi olacağı) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğiyle ilgili açıklamayı yukarıda “Haberleşme Özgürlüğü” başlığı altında yaptığımız için burada tekrarlama gereği duymuyoruz⁵⁶².

11. *İhaleye fesat karıştırma (madde 235),*

12. *Tefecilik (madde 241),*

13. *Rüşvet (madde 252),*

14. *Suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama (madde 282),*

15. *Devletin birliğini ve ülke bütünlüğünü bozmak (madde 302),*

16. *Anayasal Düzene ve Bu Düzenin İşleyişine Karşı Suçlar (madde 309, 311, 312, 313, 314, 315, 316),*

17. *Devlet Sırlarına Karşı Suçlar ve Casusluk (madde 328, 329, 330, 331, 333, 334, 335, 336, 337) suçları.*

b) *Ateşli Silahlar ve Bıçaklar ile Diğer Aletler Hakkında Kanun'da tanımlanan silah kaçakçılığı (madde 12) suçları.*

c) *Bankalar Kanunu'nun 22. maddesinin (3) ve (4) numaralı fıkralarında tanımlanan zimmet suçu,*

d) *Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nda tanımlanan ve hapis cezasını gerektiren suçlar.*

e) *Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu'nun 68. ve 74. maddelerinde tanımlanan suçlar.*

(9) *Bu maddede belirlenen esas ve usuller dışında hiç kimse, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemez ve kayda alamaz.*

⁵⁵⁸ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.419-420 ; Avşar, Yakup, s.111-112 ; Ökten, Pınar, s.109

⁵⁵⁹ Ünal, Osman Gazi, s.89

⁵⁶⁰ Ünal, Osman Gazi, s.89 ; Ölmez, Aslan, s.46 ; Ökten, Pınar, s.109 ; Arslan, Tülay, s.41 ; Şahin, Engin, s.92

⁵⁶¹ Tanrıkulu, Cengiz, s.315 ; Ünal, Osman Gazi, s.89

⁵⁶² Bkz. s.82

VI. TARİHSEL GELİŞİM

Mülga CMUK'ta, bilgisayarlarda arama ve elkoyma için özel bir düzenleme mevcut değildi. İlgili arama ve elkoyma işlemleri genel hükümlere göre yapılmaktaydı. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoymaya ilişkin hükümler ilk kez 5271 sayılı Kanun olan CMK ile hukuk sistemimizde yerini almıştır⁵⁶³. İlgili hükümler kanunun 134. maddesinde düzenlenmiştir. 06.03.2014 tarihinde 28933 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren '6526 sayılı Terörle Mücadele Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 11. maddesi⁵⁶⁴ ile CMK m.134'te değişiklik yapılmıştır. Değişiklikten sonra CMK m.134 günümüzde yürürlükte olan halini almıştır.

AÖAY'nin 17. maddesinde de, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinin nasıl yapılacağına dair hükümler bulunmaktadır. Bunun dışında, 23.03.2016 tarihinde 29662 sayılı RG'de yayımlanarak yürürlüğe giren 'Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 8. maddesinin 3. fıkrasına göre: '*Bilgisayar, bilgisayar kütükleri ve bu sisteme ilişkin verilerin asıl ya da kopyaları, ses ve görüntü kayıtlarının bulunduğu depolama aygıtları gibi elektronik eşya, bozulmalarını engelleyecek, nem, ısı, manyetik alan ve darbelerden korunmalarını sağlayacak müstakil uygun alanlarda muhafaza edilir.*'

CMK yürürlüğe girmeden önceki dönemde, 4422 sayılı Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Kanunu⁵⁶⁵, nun ilk dört maddesinden yararlanılmıştır. Kanunun 2. maddesinde "İletişimin Dinlenmesi veya Tespiti" başlığı altında ayrıntılı bir düzenleme yapılmış ve 1.maddede düzenlenen suçlarla ilgili, sanıkların kullandıkları telefon, faks ve bilgisayar gibi kablolu, kablosuz veya diğer elektromanyetik sistemler üzerinde arama olanaklı kılınmıştır⁵⁶⁶. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu'nun belirttiği gibi; CMK'nın 134. maddesinde, 4422 sayılı Kanun'un 2., 3. ve 4. maddelerinde genel çerçevesi çizilen bilgisayarlardaki aramaya nazaran, daha dar kapsamlı bir arama ve elkoyma müessesesi düzenlenmiş bulunmaktadır⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Bostancı/Benzer, s.1198 ; YARSAV, s.2

⁵⁶⁴ 6526 sayılı Kanun m.11: '*Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma hususunu düzenleyen Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 134. maddesinde değişiklik yapmak suretiyle, bu tedbirin verilebilmesi için ayrıca suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı aranmakta ve teklifin koruma tedbirleri bakımında öngördüğü sisteme paralellik sağlanması amaçlanmaktadır. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kararını veren hâkim, suçun işlendiğine dair kuvvetli şüphe oluşturan somut delilleri gerekçelendirmekle yükümlüdür. Diğer yandan, bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılmaktadır. Mevcut düzenlemeye göre istemesi halinde bunlardan bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilmektedir. Değişiklikle, bu uygulamanın isteğe bağlılıktan çıkarılıp zorunlu hale getirilmesi öngörülmektedir. Düzenlemeyle, yedekleme yapılan sistemdeki verilerde değişiklik yapıldığı iddiasının gündeme gelmesi durumunda şüpheli veya vekiline verilen yedek ile ekleme yapıldığı iddia edilen kopya arasında karşılaştırma yapılabilmesi imkânı sağlanmaktadır.*'

⁵⁶⁵ Bu kanun, 31.03.2005 tarihinde 25772 Mükerrer sayılı RG'de yayımlanan, 23.03.2005 tarihli 5320 sayılı Kanun'un 18. maddesi ile 01.06.2005 tarihi itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

⁵⁶⁶ YARSAV, s.2

⁵⁶⁷ Tanrıkulu, Cengiz, s.341

VII. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMANIN KOŞULLARI

CMK m.134/1'e göre: '*Bir suç dolayısıyla yapılan soruşturmada, somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve 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.*' Fıkradan da anlaşılacağı üzere, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve kopyalama (2. fıkradaki koşullar mevcutsa elkoyma) yapabilmek için dört koşul bulunmaktadır.

A. Suç Dolayısıyla Yürütülen Bir Soruşturmanın Bulunması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma, sadece soruşturma aşamasında uygulanabilen bir tedbirdir. Bilgisayarında arama ve kopyalama yapılmak kişi ya da kişiler hakkında ceza soruşturmasının açılmış olması gerekir. Kanun bu tedbire soruşturma aşamasında başvurulabileceğini açıkça belirtmiş ve madde de sanıktan değil, sadece şüpheliden söz etmiştir. Bu bakımdan, bu tedbire sadece soruşturma aşamasında başvurulabilir, kovuşturma aşamasında başvurulamaz⁵⁶⁸.

Ancak doktrinde bu duruma eleştiri getirenler de vardır. Şahin/Parlar/Hatipoğlu⁵⁶⁹, na göre: '*Yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, hatta mahkeme re'sen araştırma yetkisine sahip olduğundan, kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesi mümkün olmalıdır.*' Biz bu görüşe katılmamaktayız.

Tedbirin uygulaması bakımından suç tipiyle ilgili herhangi bir kısıtlama getirilmemektedir. Tedbir, genellikle bilişim suçları ile birlikte anılmakta ise de "bir suç dolayısıyla yapılan soruşturma" ibaresinden de anlaşılacağı üzere bu tedbir bilişim suçlarına özgü olmayıp bilişim suçları da dâhil olmak üzere tüm suçlardan dolayı yapılan soruşturmalarda, bilişim sistemlerinden elektronik delil elde edilmesine yöneliktir⁵⁷⁰. Ancak maddenin gerekçesinde tedbirin uygulama alanı için bir alt sınır getirilmiştir. Gerekçede yer alan ibare şu şekildedir: '*İki yıl veya daha fazla hürriyeti bağlayıcı cezayı gerektiren cürümler hakkında yapılan soruşturmalarda bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve aygıt geçici olarak elkoyma yapılabilir.*'

B. Somut Delillere Dayanan Kuvvetli Şüphe Sebeplerinin Varlığı

Bilişim sistemlerinde delil elde etmek için araştırma yapılabilmesi için "*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*" gerekir. Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe

⁵⁶⁸ Yenisey/Nuhoğlu, s.428 ; Aynı görüş için bkz. Avşar, Yakup, s.106 ; Özen/Baştürk, s.144 ; Yüçetürk, Bülent, Soruşturmalarda Bilgisayara Elkoyma, <http://www.bilisimdergisi.org/s131/pdf/100-105.pdf>, s.103 ; YARSAV, s.3 ; Başlar, Yusuf, s.88

⁵⁶⁹ Ölmez, Aslan, s.48 ; Aynı görüş için bkz. Ölmez, Aslan, s.102 ; Keskin Kızıroğlu, Serap, s.155 ; Ünal, Osman Gazi, s.100 ; Baştürk, İhsan, s.25 ; Özen/Özocak, s.62 ; Yaşar/Dursun, s.9

⁵⁷⁰ Başlar, Yusuf, s.88 ; Aynı görüş için bkz. Yaşar/Dursun, s.10 ; Ölmez, Aslan, s.102 ; Avşar, Yakup, s.107 ; Ölmez, Aslan, s.48

sebeplerinin varlığı şartı, bu maddenin ilk halinde bulunmamaktaydı. 21.02.2014 tarih ve 6526 sayılı Kanun'un 11. maddesiyle CMK m.134'te değişiklik yapılmış ve bu ifade maddeye eklenmiştir. Madde metnine yapılan ekleme ile tedbirin uygulanması zorlaştırılmak istenmiştir⁵⁷¹. Tedbirin, doğrudan özel hayatın gizliliğine müdahale ettiği göz önünde bulundurulduğunda, yapılan değişikliğin yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Şüphenin derecesi, CMK. m.134'ün, arama ve elkoyma hükümleriyle arasındaki farklardan biridir. Her ne kadar elkoymayı düzenleyen m.123'te şüphenin derecesiyle ilgili bir açıklık bulunmasa da; aramayı düzenleyen m.116'da arama için makul şüphenin gerektiği açıkça belirtilmiştir.

C. Başka Surette Delil Elde Etme İmkânının Bulunmaması

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine karar verilebilmesi için, sadece “*somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı*”nın bulunması yeterli değildir. Bununla birlikte “*başka surette delil elde etme imkânının bulunmaması*” da gerekir. İki ifadenin arasında “*ve*” bağlacı bulunduğu için somut olayda tedbire karar verilmesi için her iki ön şartın birlikte bulunması gerekmektedir. Bu şartlar gerçekleşmeden karar verilmesi hukuka aykırıdır ve bu şekilde verilen karar neticesinde elde edilen deliller de “*hukuka aykırı delil*”ler olacaktır⁵⁷².

Kanun koyucu, temel hak ve özgürlüklere ağır bir müdahale niteliği taşıyan bu tedbirin “*olağandışı-istisnai-ikincil*” nitelikte bulunduğunu, “*son çare (ultimo ratio)*” olduğunu kabul etmiştir⁵⁷³. İkincillik ilkesinin sonucu olarak, her suç soruşturmasında; “*acaba şüphelinin bilgisayarında bir şey bulabilir miyiz, bilgisayarına da bir bakalım*” diye düşünülemezdir. Uygulamada, mahkemelerce bu ölçütün fazla sorgulanmaması nedeniyle ikincillik ilkesinin ihlal edildiği durumlara zaman zaman rastlanmaktadır⁵⁷⁴.

Somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ile başka surette delil elde etme imkânının neden bulunmadığı ve hangi nedenlerle bu yola başvurulduğu hem savcılığın talep yazısında hem de hâkimin kararında açık ve gerekçeli bir şekilde belirtilmelidir.

Dülger⁵⁷⁵'e göre: ‘Bu şartın aranması özellikle bilişim suçları ve bilişim sistemleri aracılığıyla işlenmiş suçlar için yapılacak soruşturmalar açısından son derece hatalıdır. Zira bilişim sistemlerine karşı ya da bilişim sistemleri aracılığıyla işlenen suçlarda yapılması gereken ilk iş, sistemin yapısı ve veri bütünlüğü bozulmadan içindeki verilerin ve bağlantıların tespit edilmesidir. Bu suçlar hakkında yapılan soruşturmalarda genellikle başka şekilde delil elde etme imkânı da bulunmamaktadır. Başka şekilde delil elde etmeye çalışıldıktan sonra en son çare olarak bilişim sistemlerinde araştırma yapılmaya girişildiğinde ise çok geç kalınmış olacak, faille ve delillere ulaşmak son derece güçleşecektir.’

⁵⁷¹ Dülger, Murat Volkan, s.792 ; Aynı görüş için bkz. Dülger, Murat Volkan, s.3 ; Özen/Özocak, s.62

⁵⁷² Dülger, Murat Volkan, s.792-793 ; Dülger, Murat Volkan, s.3

⁵⁷³ Özen/Baştürk, s.148-150 ; Aynı görüş için bkz. Baştürk, İhsan, s.27 ; Çakır/Kılıç, s.526 ; Ölmez, Aslan, s.49 ; Ünal, Osman Gazi, s.102 ; Avşar, Yakup, s.108 ; Yüçetürk, Bülent, s.104 ; Bostancı/Benzer, s.1203 ; Yaşar/Dursun, s.12 ; YARSAV, s.3

⁵⁷⁴ Özen/Baştürk, s.148-150 ; Aynı görüş için bkz. Baştürk, İhsan, s.27 ; Özen/Özocak, s.62-63

⁵⁷⁵ Dülger, Murat Volkan, s.793 ; Dülger, Murat Volkan, s.3

D. Cumhuriyet Savcısının İstemi ve Hâkim Kararının Olması

Bilgisayarlarda, arama, kopyalama ve elkoyma tedbirinin uygulanabilmesine karar verme yetkisi sadece hâkime aittir. Ancak hâkim kararını, savcının istemi üzerine verecektir. Hâkimin, savcılık talebi olmaksızın, re'sen bu tedbirin uygulanmasına karar vermesi mümkün değildir. Arama ve elkoymadan farklı olarak; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi savcının bu tedbire karar verme yetkisi bulunmamaktadır⁵⁷⁶.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma kararında; şüphelinin açık kimliği, hangi suçtan ötürü soruşturma yapıldığı, süresi, suçun işlendiğine yönelik belirtilerin var olduğu ve başka bir tedbir ile istenen delillerin elde edilemeyeceği unsurlarına yer verilmelidir. Ayrıca maddenin gerekçesinde, hâkimin vereceği kararın, gizli olarak verilmesi gerektiği belirtilmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, kararı veren Sulh Ceza Hâkimi'nin soruşturma bakımından "hâkimlik" görevi yapıp yapmadığıdır. Zira ceza soruşturması esasen Cumhuriyet Savcısı tarafından yürütülmekte ise de, suçüstü ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde soruşturma işlemlerini Sulh Ceza Hâkimi'nin yapması mümkündür. Bu durumda, Sulh Ceza Hâkimi "savcılık" sıfatıyla soruşturma görevini yaptığından dolayı CMK m.134 bağlamında tedbir kararı veremeyecek, bu durumda tedbir kararı aynı yargı çevresinden bir başka Sulh Ceza Hâkimi tarafından verilebilecektir⁵⁷⁷.

İçinde bulunduğumuz OHAL döneminde yürürlüğe giren 668 sayılı OHAL Kararnamesi m.3/1-j'ye göre: '5271 sayılı Kanun'un 134. maddesi uyarınca bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerine, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da karar verilebilir. Bu karar, beş gün içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını elkoymadan itibaren on gün içinde açıklar; aksi halde elkoyma kendiliğinden kalkar. Kopyalama ve yedekleme işleminin uzun süreceği halinde bu araç ve gereçlere elkonulabilir. İşlemlerin tamamlanması üzerine elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir.'

CMK m.134'e göre yapılacak işlemlerde tüm yetki Cumhuriyet Savcısına ait olacak, beş gün içinde hâkim onayına sunulacaktır. Bu hükümde CMK m.134'ten farklı bir düzenleme getirilmiş olup, kopyalama ve yedekleme işleminin uzun süreceği halinde bilgisayarlara elkoyulması mümkündür. Bu işlemlerin tamamlanması ile elkoyulan cihazın ilgisine iade edilmesi gerekir. 668 sayılı KHK; olağanüstü halin devam ettiği sürece uygulanacağından, olağanüstü halin kaldırıldığı anda bilgisayara elkoyma konusunda öngörülen istisnai tedbirin tatbiki de son bulacaktır. KHK uygulandığı sürece, KHK'da özel hüküm bulunmayan hallerde CMK uygulanmaya devam eder. Bu sebeple; bilgisayarda arama, kopyalama ve elkoyma konusunda CMK m.134 ve 668 sayılı KHK m.3/1-j birlikte tatbik

⁵⁷⁶ Özbek/Kanbur/Doğan..., s.424 ; Aynı görüş için bkz. Özmestik, Fehmi Ünal, s.75 ; Ünal, Osman Gazi, s.104 ; Özen/Baştürk, s.150 ; Baştürk, İhsan, s.28 ; Ölmez, Aslan, s.49 ; Çakır/Kılıç, s.526 ; Yüçetürk, Bülent, s.104 ; Özen/Özocak, s.63 ; Yaşar/Dursun, s.13 ; YARSAV, s.4

⁵⁷⁷ Özen/Özocak, s.63 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.106 ; Şen, Ersan, s.2

edilecektir. Bu tatbik sırasında KHK'da sayılan suçlar yönünden öncelik m.3/1-j'ye ait olacak, burada hüküm bulunmayan halde CMK m.134'e göre hareket edilecektir⁵⁷⁸.

VIII. TEDBİRİN UYGULANMA ŞEKLİ

A. Genel Olarak

Bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma yapabilmek için⁵⁷⁹:

- 1) Bu suç sebebiyle soruşturmaya başlanmış olmalı,
- 2) Somut delillere dayanan kuvvetli suç şüphesi sebepleri bulunmalı,
- 3) Başka surette delil elde etme imkânı bulunmamalı,
- 4) Cumhuriyet Savcısının istemi olmalı,
- 5) Hâkim kararı olmalı,
- 6) Bilgisayar *şüpheli tarafından kullanılıyor* olmalıdır.

Bilgisayarlara yönelik arama, kopyalama ve elkoymanın uygulanmasındaki amaç, delillerin anlaşılabilir ve bütünlüğünün bozulmamış bir şekilde elde edilmesidir. İşlem sırasında yeterli delile ulaşıldığında bu kapsamdaki diğer tedbirlere başvurulmayacaktır. Delile ulaşılamaması nedeniyle bilgisayarlar üzerinde diğer tedbirlerin uygulanması gündeme geldiğinde ise ölçülülük ilkesine en uygun tedbirden devam edilecektir⁵⁸⁰.

Asıl olan bilgisayarlara, bilgisayar programlarına ve kütüklerine elkoymaksızın sistemde arama yapmak, gerektiği takdirde ise verilere elkoymaktır⁵⁸¹. Bu nedenle, bilgisayara elkonulması, bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması hâllerinde mümkündür.

B. Arama Sonucunda Kayıtlardan Kopya Çıkarılması ve Bu Kayıtların Çözülerek Metin Haline Getirilmesi

CMK m.134/1'e göre, işlem sırasında ilk adım verilerin aranmasıdır. Yani *kural olan arama tedbiridir*; şüphelinin kullandığı bilişim sistemi olduğu yerde bırakılacak ve kopyalama işlemi sistemin bulunduğu yerde yapılacaktır. Ayrıca kolluk güçleri sistemin ya da veri taşıma aracının aslını almayacaktır. Kural olan budur ve öncelikle bu tedbirlerin uygulanması gerekir⁵⁸².

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 gerçekleştirilebilir⁵⁸³.

⁵⁷⁸ Şen, Ersan, s.2

⁵⁷⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.506 ; Arslan, Tülay, s.40 ; Avşar, Yakup, s.105

⁵⁸⁰ Ünal, Osman Gazi, s.107

⁵⁸¹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.515

⁵⁸² Dülger, Murat Volkan, s.794 ; Aynı görüş için bkz. Dülger, Murat Volkan, s.4 ; Ünal, Osman Gazi, s.109

⁵⁸³ Yaşar/Dursun, s.24 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.111

Arama sonucunda inceleme için alınan birebir kopyaya, bilgisayar kriminalistiğinde verilen ismin “*imaj alma (forensic image)*” olduğundan; bu işlem neticesinde elde edilen kopyanın ise, “*adli kopya (forensic duplicate)*” olarak adlandırıldığından daha önce bahsetmiştik⁵⁸⁴.

Adli kopyalar temel olarak üç farklı formatta alınır⁵⁸⁵: ‘Bunlardan ilki, sadece kaynak bilgisayar medyasının birebir kopyası olan ve herhangi bir ekstra verinin bulunmadığı *Raw Image (Ham Görüntü)*’dir. İkincisi, adli kopya dosyasının belli bölümlerine kaynak bilgisayar hakkında verilerin kaydedildiği *Embedded Image (Gömülü Görüntü)*’dir. Sonuncusu ise, kaynak bilgisayar hakkında verilerin ekstra bir dosyaya kaydedildiği *Image with External File (Dış Dosya Görüntüsü)*’dir. *Embedded Image (Gömülü Görüntü)* dâhil tüm adli kopya formatları aynı hash değerine sahiptir ve aralarındaki tek fark kaynak bilgisayar medyasının marka, model, boyut, seri numarası, hash değeri, işlem tarihi, işlem süresi gibi ekstra bilgilerin olup-olmaması veya bu bilgilerin ne şekilde kaydedildiğidir. *Raw Image (Ham Görüntü)* formatı ile alınmış bir kopyanın, birçok adli bilişim yazılımıyla incelenmesi mümkünken, *Embedded Image (Gömülü Görüntü)* formatı ise sadece izin verilen yazılımlarla incelenebilmektedir.’

Adli kopya alma işlemi ile ilgili uygulamada karşılaşılan en büyük problem, olay yerinde yüksek boyut kapasiteli çok sayıda bilgisayar medyasının bulunması, diğer taraftan teknik donanım ve/veya personel sayısı yetersizliği ile adli kopya alma süresinin çok uzamasıdır⁵⁸⁶. Bu yüzden, bu koruma tedbiri, adli bilişim konusunda donanımlı, uzman kişilerce gerçekleştirilmek zorundadır⁵⁸⁷.

Adli kopya alma işlemine maruz kalacak bilgisayarların açık veya kapalı olmasına göre izlenecek yollar farklılık gösterecektir. ‘Kapalı haldeki bilgisayarlar kesinlikle açılmamalı, bağlantı kabloları ile mevcut durumu fotoğraflanmalı ve en kısa zamanda adli kopyası alınmalıdır. CD/DVD, taşınabilir bellek gibi diğer bilgisayar medyalarının kopyasının alınmasında ise kesinlikle olay yerinde bulunan bilgisayarlar kullanılmamalıdır. Aynı şekilde olay mahallinde bulunan cep telefonu, cep bilgisayarı vb. cihazlar eğer kapalı durumda iseler kesinlikle açılmamalıdır. Aksi halde verilerin değişmesine sebep olunabilir.’⁵⁸⁸ ‘Açık haldeki bilgisayar medyalarında ise, durum biraz daha zordur. Bilgisayar medyasının kapatılmasıyla bazı veriler kaybolabileceği gibi “*BitLocker*” veya harici programlar ile şifrelenmiş alanlara tekrar erişilememe durumu bulunmaktadır. Bu durumda yapılacak işlemler şu şekilde sıralanabilir: öncelikle mevcut durum bağlantı kabloları ile beraber fotoğraflanmalı, ekran görüntüsünün fotoğrafı çekilmeli, bilgisayara bağlı network kabloları çıkarılmalı, video kamera eşliğinde canlı sistem özetlenmeli (yürütülen işlemler, açık portlar, mesajlaşma programları gibi...), uçucu verilerin bulunduğu belleğin (*RAM’in*) kopyası alınmalı, bilgisayarın canlı sistem olarak adli kopyası alınmalı, elde edilecek veriler temiz bir sabit

⁵⁸⁴ Bkz. s.11-12

⁵⁸⁵ Kılıç, Mehmet Serkan, s.38

⁵⁸⁶ Kılıç, Mehmet Serkan, s.38

⁵⁸⁷ Özen/Baştürk, s.155 ; Aynı görüş için bkz. Baştürk, İhsan, s.29 ; Yüçetürk, Bülent, s.3 ; YARSAV, s.4

⁵⁸⁸ Kılıç, Mehmet Serkan, s.39

diske kopyalanmalı, tüm bu işlemler için taşınabilir programlar tercih edilmeli ve son olarak yapılan tüm işlemler tutanağa geçirilmelidir.⁵⁸⁹

Bilgisayarlar üzerinde yapılan arama ve kopyalama işlemleri neticesinde elde edilen ve delil niteliğinde olan kayıtlar çözülerek metin haline getirilirler. Bu işlemin amacı, elektronik ortamda bulunan delillerin somut hale getirilmesidir⁵⁹⁰. Delil olabilecek veriler metin haline getirilemeyecek ölçüde büyük olduğu takdirde tıpkı adli bilişimdeki belgeleme basamağında olduğu gibi bir veri saklama birimine kaydedilmeli ve delil olabilecek verilerin özetleri metin haline getirilmelidir⁵⁹¹.

CMK m.134/5'e göre: '*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.*' Uygulamada, kolluk görevlilerinin bu hükmü üç kopya çıkartarak, birini şüpheliye vermek, birini incelemek, diğerini ise daha sonra ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların giderilmesi için ayrı bir birimde koruma altına almak şeklinde yerine getirdiği görülmektedir⁵⁹².

C. Bilgisayara Elkonulması ve Yedekleme Yapılması

1. Bilgisayar, Bilgisayar Programları ve Bilgisayar Kütüklerine Şifrenin Çözülememesinden Dolayı Girilememesi veya Gizlenmiş Bilgilere Ulaşamaması Hâlleri

CMK m.134/2'ye göre: '*Bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması 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.*'

Bilişim sistemlerinde, arama yapılması ve bunlara elkonulmasına ilişkin kararlarda, ana kural önce arama yapıp, aramayı takiben kopyalamanın gerçekleştirilmesi; istisna ise elkoymanın uygulanmasıdır⁵⁹³. Ülkemiz mevzuatında yer alan pek çok istisna hükmünün uygulamada kural haline getirilmesinde olduğu gibi, bilişim sistemlerinde yapılan aramalarda da bu istisna, kural haline getirilmiştir⁵⁹⁴.

Dülger⁵⁹⁵'e göre: 'Kolluk güçleri CMK'nın 134. maddesine göre yaptıkları aramaların tamamında 2. fıkradaki istisna hükmünü işletmekte, bunun için arama yapacakları bilişim sisteminde şifre olduğuna ilişkin işleme katılan diğer kolluk güçleriyle birlikte bir tutanak tutmakta ve böylelikle yasayı dolanmak suretiyle görünüşte de olsa yasaya uygun davrandıkları düşüncesiyle görevlerini yerine getirmektedirler. Bunun gerekçesi olarak ise

⁵⁸⁹ Kılıç, Mehmet Serkan, s.39

⁵⁹⁰ Çakır/Kılıç, s.527

⁵⁹¹ Ünal, Osman Gazi, s.113

⁵⁹² Başlar, Yusuf, s.93 ; Aynı görüş için bkz. Yenisey/Nuhoğlu, s.434

⁵⁹³ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.76

⁵⁹⁴ Dülger, Murat Volkan, s.795 ; Dülger, Murat Volkan, s.5

⁵⁹⁵ Dülger, Murat Volkan, s.795 ; Dülger, Murat Volkan, s.5

“yeterli personellerinin olmadığını, eğer sistemin olduğu yerde arama ve kopyalama yapmaya kalkarlarsa hiçbir işi yetiştiremeyeceklerini” beyan etmektedirler. Söz konusu işlemin yapılış şekli hukuka aykırı bir delil elde etme yöntemi olduğu gibi bu yolla elde edilen deliller de yasak delil niteliğindedir ve yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılmamaları gerekir.’

Bilgisayarların, bilgisayar programlarının ve kütüklerinin açılması şifrelenmiş olabilir. Delil bulunan bir veriye veya bir dosyaya şifreleme yöntemi ile erişim engellenebilir. Elkoyma tedbirini, ölçülülük ilkesi çerçevesinde ele aldığımızda, şifreyi öncelikle olay yerinde çözmek gerekmektedir. Şifre, olay yerinde çözülemiyorsa bilgisayara elkonulur ve adli bilişim laboratuvarlarında uzman kişilerce bu şifre çözülmeye çalışılır⁵⁹⁶.

Elektronik deliller şüpheli tarafından gizlenmiş olabilir. Şüpheli, suç bakımından delil olabilecek verileri gizleyebilir. Gizlenmiş bilgilere olay yerinde ulaşılması mümkün değilse elkoyma tedbirine başvurulabilecektir⁵⁹⁷. Bu durum silinmiş verilerin özel programlarla geri getirilebilmesi için de mümkündür⁵⁹⁸.

Şifre çözümünün yapılması veya gizlenmiş bilgilere ulaşılmasıyla birlikte gerekli kopyalar alınacak ve elkonulan birimler gecikme olmaksızın iade edilecektir.

2. Yedekleme Yapılması

CMK m.134/3’e göre: ‘Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklemesi yapılır.’ Bu düzenlemenin amacı, program ve kütüklerde değişiklik yapıldığı iddiasının önüne geçmektir⁵⁹⁹. Bilgisayarlardaki veriler çok hassas verilerdir. Nasıl ki bir cinayet mahallindeki DNA’lar en ufak bir kirlenme sebebiyle tespit edilemez hale geliyorsa, elektronik deliller de aynı şekilde ufak bir hareket, enerji kaybı vb. gibi bir sebepten çabucak bozulabilir⁶⁰⁰.

Bu işlem, bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanır (AÖAY m.17/3).

Sistemler ister açık ister kapalı olsun, elkoyma işlemi öncesinde veya sırasında sistemdeki verilerin yedeklemesinin olay mahallinde yapılması gerekmektedir. Verilerin yedeklemesinin, elkoyma işlemi öncesinde veya sırasında değil de sonrasında yapılması ya da olay mahallinde yapılmaması hukuka aykırılık teşkil edecektir⁶⁰¹. Uygulamada gözlemlenen bariz hata, yedeklemenin elkoyma işlemi öncesinde veya sırasında değil, elkoyma işlemi sonrasında yapılmasıdır⁶⁰².

Elkoyma işlemi sırasında tüm verilerin yedeklemesinin yapılabilmesi için, şüphelinin polisleri evinde veya işyerinde en az 4,5-5 saat ve en çok 12-13 saat misafir etmesi

⁵⁹⁶ Ünal, Osman Gazi, s.114-115

⁵⁹⁷ Ünal, Osman Gazi, s.115

⁵⁹⁸ Çakır/Kılıç, s.527

⁵⁹⁹ Öztürk/Tezcan/Erdem..., s.515 ; Aynı görüş için bkz. Özdilek, Ali Osman, s.1498 ; Ölmez, Aslan, s.50 ; Ölmez, Aslan, s.104 ; Avşar, Yakup, s.113 ; Başlar, Yusuf, s.92

⁶⁰⁰ Özdilek, Ali Osman, s.1498

⁶⁰¹ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.76-77

⁶⁰² Özen/Baştürk, s.158 ; Aynı görüş için bkz. Baştürk, İhsan, s.30 ; Yaşar/Dursun, s.26

gerekmektedir. Sabit diskin özellikleri, aranacak bilginin, elde edilmesi istenen neler olduğuna bağlı olarak bu yelpazede bir süreye ihtiyaç olmaktadır⁶⁰³.

Yedekleme işlemi bilgisayar medyasındaki verilerin (silinmiş veriler dâhil) birebir kopyasının başka bir aygıt üzerine alınması şeklinde gerçekleştirilmektedir. Bu kopyalama işleminden sonra alınan kopyanın ve kopyası alınan orijinal bilgisayar medyasına ait hash değerlerinin de şüpheliye ve vekiline verilmesi kopyaların birebir alındığını gösteren en önemli kanıt unsurudur. Hash değerleri karşılaştırılarak kopyanın üzerinde herhangi bir değişiklik yapıp yapılmadığı anlaşılabilir⁶⁰⁴. Elkoyma koruma tedbiri uygulandığında yedekleme işlemi, soruşturmanın güvenilirliği, tarafsızlığı ve adil yargılanma hakkına uygunluğu açısından son derece önem taşımaktadır⁶⁰⁵.

Yargıtay 11. CD'nin 16.04.2007 T. 2005/6376 E. 2007/2551 K. sayılı kararında⁶⁰⁶, “**Hash Değeri**”⁶⁰⁷ nin önemi üzerinde durulmuştur. Karar şöyledir: ‘*Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenebilmesi için; öncelikle e-posta yoluyla virüs gönderilerek sistemine zarar verilmiş bir bilgisayarda incelemenin olaydan hemen sonra yapılması ya da inceleme yapılacak bilgisayarın olaydan sonra inceleme anına kadar hiç kullanılmamış olması; bilgisayarda virüslü dosya üzerinden inceleme yaparken ilk işlem olarak, söz konusu dosyanın birebir yedeğinin alınması, ikinci olarak birebir yedeğin değiştirilip değiştirilmediğinin tespitine yarayacak zaman ve bütünlük kontrolü imkânı sağlayan **değerin (hash) belirlenmesi**; bir e-postanın kimden geldiğinin tespiti için de, ilk olarak e-postayı gönderen IP adresinin bulunması, daha sonra da bulunan IP adresinin belirtilen tarih ve saatte hangi abone tarafından kullanıldığı ve o abonenin kimlik ve açık adres bilgilerinin talep edilmesi, bulunan IP adresini kullanan abonenin sanıkla bağlantısının araştırılarak tespiti gerekir.*’

Bilgisayardaki tüm verilerin genel olarak kopyasının çıkartılarak tüm verilerin denetlenmesi şeklinde gerçekleştirilen uygulama özel hayatın gizliliğini ihlal eder⁶⁰⁸. Bu yüzden, sadece soruşturulan suçla ilgili verilerin kopyaları çıkartılmalı ve bunlar denetlenmelidir.

D. Şüpheliye veya Vekiline Yedekten Bir Kopya Verilmesi

CMK m.134/4’e göre: ‘*Üçüncü fıkraya göre alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır.*’ Yapılan değişikliklerle, elkoyma tedbirinin uygulanması halinde çıkarılan yedeğin bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi bir zorunluluk haline getirilmiştir. Bu düzenleme, elkonulan bilgisayar üzerindeki verilerde sonradan değişiklik yapıldığı iddiasıyla yapılacak itirazların önüne geçmek için yapılan bir düzenlemedir ve uygulanmasının zorunluluk haline getirilmesi yerinde olmuştur.

⁶⁰³ Keser Berber, Leyla, s.2 ; Avşar, Yakup, s.114

⁶⁰⁴ Bostancı/Benzer, s.1211 ; Aynı görüş için bkz. Özmestik, Fehmi Ünsal, s.77

⁶⁰⁵ Dülger, Murat Volkan, s.796 ; Dülger, Murat Volkan, s.5

⁶⁰⁶ Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

⁶⁰⁷ Bkz. s.12-14

⁶⁰⁸ Centel/Zafer, s.425

Burada akla iki husus gelmektedir. Bunlardan ilki, bilgisayardan alınan yedekte çocuk pornografisi gibi konusu suç teşkil eden verilerin olması halinde bu yedeğin şüpheli veya vekiline verilecek olup-olmamasıdır. İkinci husus ise, şüphelinin bilgisayar korsanı (*hacker*) olması ve bilgisayarından alınan yedekte bilgisayar korsanlığı yapmasını sağlayan programların olması halinde bu yedeğin şüpheli veya vekiline verilecek olup-olmamasıdır. Konusu suç teşkil eden verilerin ve bilgisayarlar üzerinde korsanlık yapmaya yarayan programların yer aldığı yedeklerin, söz konusu veriler ve programlar yedekten temizlendikten sonra şüpheliye veya vekiline verilmesi kanaatindeyiz.

IX. KANUN YOLU

CMK m.134'e göre verilecek koruma tedbiri uygulamasına ilişkin karar, bir hâkim kararıdır. Başvurulabilecek kanun yolu hususunda, maddede açık bir kural öngörülmemiştir. Maddenin gerekçesinde ise, başvurulabilecek kanun yolunun “*itiraz*” olarak düzenlendiği görülmektedir. CMK m.267'deki genel kural gereğince, hâkim kararına karşı, “*itiraz*” kanun yoluna başvurulabileceği muhakkaktır⁶⁰⁹. Koruma tedbirlerine ilişkin kararlar, hazır bulunmayan ilgiliye tebliğ olunmaz (CMK m.35/2). İlgili, koruma tedbirini, tedbirin kendisine uygulanmasıyla öğreneceğinden, itiraz süresi de o tarihten işlemeye başlar⁶¹⁰.

Arama kararlarına karşı tek başına temyiz mümkün değilse de asıl karar ile birlikte temyize gitmek her zaman mümkündür⁶¹¹. CMK m.287'ye göre, ‘*Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir.*’

Burada CMK m.131 ve m.132'ye değinmekte fayda görüyoruz. CMK m.131/1, elkonulan eşyanın iadesini düzenlemektedir. Fıkraya göre şüpheliye, sanığa veya üçüncü şahıslara ait olup elkonulmuş eşya iade edilebilir. Bunun için eşyanın soruşturma ve kovuşturmada muhafazasına gerek kalmaması veya müsadereye tabi olmadığına anlaşılması gerekir. Başka bir ifadeyle, elkoymanın amaçlarına ulaşamayacaksa, ispat açısından herhangi bir yarar yoksa müsadere yapılamayacaksa, elkonulan eşya iade edilecektir. İade, re'sen veya talep üzerine yapılır. İade, soruşturmada Cumhuriyet Savcısı veya Sulh Ceza Hâkimi; kovuşturmada ise mahkeme tarafından verilecek bir karar üzerinde gerçekleşecektir. İade kararı kesin olduğundan buna yönelik bir itiraz edilemez. Lâkin iade talebinin reddi kararlarına itiraz edilebilir (CMK m.267 vd.). Bilgisayara elkoyma halinde şifrenin çözülmesi ve gerekli kopyaların alınması halinde elkonulan bilgisayarın gecikmeksizin geri verilmesi, zaten elkoymaya ihtiyaç kalmadığını göstermektedir. Fakat bu husus elkonulan eşyanın talep edilmesine engel değildir. Şayet iade talebi yapılmışsa ancak bilgisayarın şifresi çözülememişse ve gerekli kopyalar alınamamışsa bu talep reddedilebilecektir. CMK m.131/1, elkonulan bilgisayarlar hakkında da uygulanabilir⁶¹².

⁶⁰⁹ Baştürk, İhsan, s.32 ; Aynı görüş için bkz. Özen/Baştürk, s.162 ; Özbek/Kanbur/Doğan..., s.425 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.410 ; Ölmez, Aslan, s.52 ; Ölmez, Aslan, s.105

⁶¹⁰ Centel/Zafer, s.425 ; Aynı görüş için bkz. Ünal, Osman Gazi, s.128 ; Başlar, Yusuf, s.94

⁶¹¹ Tanrıkulu, Cengiz, s.411

⁶¹² Ünal, Osman Gazi, s.128-129 ; Aynı görüş için bkz. Tanrıkulu, Cengiz, s.411 ; Yaşar/Dursun, s.28

Elkonulan bilgisayarlar ve veri saklama birimleri bakımından ilk bakışta CMK'nın 132. maddesindeki elkonulan eşyanın muhafazası veya elden çıkarılması hükümleri uygulanabileceği öngörülebilir. Ancak bilgisayarlara elkoyma şifre çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınmasıyla sona erecek ve elkonulan bilgisayar derhal geri verilecektir. Bu nedenle elden çıkarmaya gerek bulunmamaktadır. Sonuç olarak CMK m.132'deki hükümler 4. fıkra hariç olmak üzere, bilgisayarlar bakımından uygulanamayacaktır⁶¹³.

X. BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA SONUCUNDA ELDE EDİLEN VERİLERİN DELİL OLMA ÖZELLİĞİ

Bilgisayar verisinin delil olmasının on bir koşulu bulunmaktadır⁶¹⁴:

- 1) Kişinin suça konu bilgisayarı gerçekten kullanıp-kullanmadığı,
- 2) Bilgisayarın güvenilir bir bilgisayar olup-olmadığı,
- 3) Bilgisayar işyerinde demirbaş ise, bu bilgisayara veri eklemek, bu bilgisayarda çalışmak isteyen işyeri çalışanlarının uyacakları belli kuralların var olup-olmadığı,
- 4) Bilgisayarın tamirden geçip-geçmediği; bozuklukları varsa giderilip-giderilmediği,
- 5) Bilgisayar içerisinde, bilgisayarın hatasız çalışmasını sağlayacak ve bilgisayar üzerinde yapılabilecek hataları teşhis etmeyi sağlayacak teknik donanım bulunup-bulunmadığı; bu hususta yapılan değişikliklerin “günlük (*log*)” olarak kayıt altına alınıp-alınmadığı; değişiklikler kayıt altına alınıyorsa yedeklemenin hangi aralıklarla, nasıl yapıldığı ve bilgisayara girilen verilerin düzenli olarak denetlenip-denetlenmediği gibi hususlarda tanık dinlenmesi gerekmektedir,
- 6) Dinlenecek tanığın bilgisayarın içinde mevcut olan belli bir veriyi ekrandan bizzat kedisinin okuyup-okumadığı,
- 7) Dinlenecek tanığın ekrandan çıktı olarak okuması halinde, bu çıktıyı almaya yetkili olup-olmadığı,
- 8) Dinlenecek tanığın çıktıyı alıp okuduğu veya ekrandan okuduğu sırada bilgisayarın düzenli çalışıp-çalışmadığı,
- 9) Çıktı söz konusu ise, dinlenen tanığa duruşma sırasında, daha önce gördüğü belge ile duruşmada gördüğü belgenin aynı olup-olmadığının sorulup-sorulmadığı,
- 10) Dinlenen tanık belgenin daha önce okuduğu veya gördüğü belge olduğunu söylerse, önceki belgeyi duruşma salonunda tanınmasına neden olan, hatırlamasına sebebiyet veren özelliğın ne olduğunun sorulup-sorulmadığı,
- 11) Dinlenen tanık, çıktıda yer alan bazı farklı işaretleri veya kelimeleri hatırladığını söylerse, tanığa bu şekil veya terimlerin ne anlama geldiğini bilip-bilmediği sorularak, mahkemenin ileri sürülen bilgisayar verisini delil olarak kabul edip-etmemesi konusunda bir karar vermesinin sağlanması amaçlanmıştır.

Bilişim sistemlerindeki verilerin “elektronik ortamda saklanan manyetik parçacıklardan ibaret olmaları” nedeniyle, adli bilişim konusunda uzman bilirkişi veya uzman incelemesinden geçtikten, sağlamlık denetiminde “sağlam” olduğu anlaşıldıktan, gerçeği

⁶¹³ Ünal, Osman Gazi, s.129

⁶¹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, s.437

yansıttığı tartışmasız bir şekilde ortaya konduktan sonra, bunların ceza muhakemesi alanında delil olma niteliği kazandığı kabul edilmiştir⁶¹⁵.

CMK m.138/1 uyarınca, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama yapılması sırasında, yapılmakta olan soruşturma ve kovuşturmayla ilgisi olmayan, ancak diğer bir suçun işlendiği şüphesini uyandırabilecek bir delilin elde edilirse; bu delil muhafaza altına alınır ve durum Cumhuriyet Savcılığına derhâl bildirilir⁶¹⁶. Tesadüfen elde edilen bu verilerin, kovuşturma aşamasında delil olarak kullanılabilmesi mümkündür. CMK m.134'teki koruma tedbiri bakımından katalog suçlar öngörülmediğinden, herhangi bir suçla ilişkin olarak elde edilen deliller de yargılamada kullanılabilir⁶¹⁷.

Tesadüfen elde edilen delillerde dikkat edilmesi gereken husus, yapılan aramanın hukuken geçerli bir arama olmasıdır. Bu anlamda sırf tesadüfen elde edilmeye çalışılan bir delil için göstermelik bir arama kararı verilmesi halinde, bu karar ve bu karara dayanılarak yapılan işlem, dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Dolayısıyla da yapılan arama, hukuken geçerli bir arama olmayacaktır. Bu durum, bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde yapılan arama işlemi için de geçerlidir⁶¹⁸.

Tanrıkulu, tesadüfen elde edilen delillerle ilgili ABD uygulamasında sık rastlanan bir durumu örnek göstermiştir⁶¹⁹: 'Bu uygulama, başka bir suç için bir bilgisayarda arama yapılıyorken özellikle çocuk pornografisi içeriğine rastlanması ve bunun üzerine yeni bir soruşturma açılmasıdır. Bu konuda Yüksek Mahkeme'nin istikrar kazanmış içtihatları bulunmaktadır. Yüksek Mahkeme'ye göre, soruşturma görevlilerinin yapması gereken iş, yeni bulunan suç bakımından aramayı durdurmak ve yetkili makamdan bu yeni ortaya çıkan suç bakımından yeni bir arama kararı alınması şeklindedir. Aksi halde yapılan ikinci aramanın hukuka aykırı bir arama olmasına karar verilebilecektir.'

XI. HUKUKA AYKIRI ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMADAN KAYNAKLANACAK ZARARLARIN TAZMİNİ

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat istemi CMK m.141'de düzenlenmiştir. Arama ve elkoymayla ilgili hükümler, maddenin 1. fıkrasının "i" ve "j" bentlerinde yer almaktadır. CMK m.141/1'in "i" bendine göre, *'hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen'*; "j" bendine göre, *'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.

CMK m.141'de açıkça, bilgisayarlarda arama ve elkoymayı kapsadığına dair bir hüküm bulunmasada da; bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve bilgisayar kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir şekli olduğundan; bu

⁶¹⁵ Yenisey/Nuhoğlu, s.438

⁶¹⁶ Başlar, Yusuf, s.94 ; Aynı görüş için bkz. Çokmutlu, Metin, s.110 ; Açar, Mustafa, s.109 ; Koparan, M.Reşat, s.15 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.414 ; Ünal, Osman Gazi, s.125 ; Yaşar/Dursun, s.22-23 ; Ölmez, Aslan, s.51-52

⁶¹⁷ Yaşar/Dursun, s.29

⁶¹⁸ Özmestik, Fehmi Ünsal, s.90

⁶¹⁹ Tanrıkulu, Cengiz, s.415

tedbir bakımından da, şartları olduğu takdirde CMK m.141'in uygulanabilmesi gerekmektedir⁶²⁰.

Şüphelinin bilgisayar, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yapılacak aramanın ölçsüz biçimde gerçekleştirilmesi durumlarında, şüpheli veya müdafii CMK m.141/1-i uyarınca tazminat talebinde bulunabilecektir⁶²¹. CMK m.134'ün ölçülü bir biçimde uygulanması gerektiği AIHM kararlarında da vurgulanmaktadır⁶²².

Uygulamada bilgisayarlarda aramayla ilgili en çok karşılaşılan sorunlardan biri hukuka aykırı olarak yapılan aramalardır. Nitekim Yargıtay'ın da '*... bilgisayar üzerinde arama yapılabilmesine olanak tanıyan CMK m.134'e göre verilmiş bir arama kararı bulunmadığı, ...*' şeklinde tespitte bulunup, hukuka aykırılık kararı verdiği birçok karar vardır⁶²³. Arama kararı olmadan, hukuka aykırı şekilde yapılan aramalar başlı başına ölçsüzlük sebebi olduğundan, bu durumlarda, şüpheli veya müdafii (CMK m.141/1-i) tazminat talebinde bulunabilecektir.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programları ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbirinin uygulanması sırasında elkoyma koşulları oluşmadığı halde bunlara elkoyan, elkonulan cihazları korumak için gerekli tedbirleri almayan ya da elkonulan bu cihazları amaç dışı kullanan veya elkonulan cihazlardan gerekli veriler elde edilmez ilgisine iade etmeyen kolluk görevlilerinden bu yolla (CMK m.141/1-j) tazminat istenebilir⁶²⁴. Tazminat davası açma süresi 3 aydır. Süre, söz konusu mahkeme kararının kesinleşmesi ile başlar ve herhalde kararın veya hükmün kesinleşme tarihini izleyen bir yıl içinde açılması gerekmektedir.

CMK m.141'de öngörülen tazminat talebi maddi olabileceği gibi manevi de olabilir. Bu özel tedbirler neticesinde elde edilen delillerin birer kişisel veri olduğu düşünülürse bunun, hukuka aykırı uygulamalarla öğrenilmesi şüpheliyi manevi olarak etkileyebilecektir. Bu tedbirin uygulanması sonucunda manevi bir zarar oluşmuşsa manevi tazminat yoluna da gidilebilecektir⁶²⁵.

⁶²⁰ Yaşar/Dursun, s.30 ; Aynı görüş için bkz. Özbek/Kanbur/Doğan..., s.426 ; Ökten, Pınar, s.112 ; Ünal, Osman Gazi, s.129-130 ; Tanrıkulu, Cengiz, s.412

⁶²¹ Başlar, Yusuf, s.94

⁶²² Bkz. s.83-84 (Ernst ve Diğerleri/Beleşika Kararı, Smirnov/Rusya Kararı)

⁶²³ Yargıtay 7. CD'nin 27.02.2014 T. 2014/2918 E. 2014/3889 K. sayılı kararı ; Yargıtay 7. CD'nin 10.12.2014 T. 2013/6138 E. 2014/22341 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 06.05.2015 T. 2015/2092 E. 2015/1175 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 28.12.2015 T. 2015/10790 E. 2015/9354 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 28.12.2015 T. 2015/4619 E. 2015/9358 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 02.02.2016 T. 2015/11396 E. 2015/1087 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 17.02.2016 T. 2015/19871 E. 2016/2106 K. sayılı kararı ; Yargıtay 19. CD'nin 02.05.2016 T. 2015/32456 E. 2016/16830 K. sayılı kararı

⁶²⁴ Özmez, Fehmi Ünsal, s.91 ; Aynı görüş için bkz. Yaşar/Dursun, s.30 ; Erçal, Taner, s.107 ; Uğuz, İsmail, s.106 ; Bostancı/Benzer, s.1211-1212 ; Orta, Mesut, s.217 ; Ünal, Osman Gazi, s.130 ; Avşar, Yakup, s.116 ; Ölmez, Aslan, s.52 ; Ölmez, Aslan, s.105 ; Özen/Baştürk, s.160 ; Baştürk, İhsan, s.31

⁶²⁵ Ünal, Osman Gazi, s.131

SONUÇ

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma koruma tedbiri, arama ve elkoymanın özel bir şekli olarak CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiştir. Bu koruma tedbiri, özünde, bireyin özel hayatına ve kişisel verilerine yönelik müdahale oluşturmaktadır.

Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbirine başvurulmakta geç kalınması halinde, elkoymanın imkânsız hale gelmesi mümkündür. Dolayısıyla burada bir önleme tedbiri değil, koruma tedbiri söz konusudur.

Kişisel verilerimiz üzerinde sahip olduğumuz hak, ulusal ve uluslararası normlarda bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında yer almakta ve korunmaktadır. Bu nedenle bilgisayar gibi elektronik aygıtların aranması veya bu aygıtlara elkonulması söz konusu olduğunda bu müdahalenin ancak "hâkim kararı" ile yapılması gerekmektedir. Bilgisayarlarda yer alan bilgiler özel hayata ilişkin kişisel veri, ticari sır veya meslek sırrı niteliğinde olabilir. Bu bilgiler aynı zamanda, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından önemli deliller olabilirler. Temel hak ve özgürlüklerin korunması ile kamusal yarar aynı anda göz önünde bulundurularak CMK m.134'te, bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama ve elkoyma hususu düzenlenmiştir. Bu kapsamdaki arama, ancak şüphelinin kullandığı bilgisayar, bilgisayar programları ve kütüklerinde yapılabilir. Suç şüphesi altında olmayan kişilerin bilgisayarlarda arama kabul edilmemiştir.

Madde metnine yapılan eklemeye, "somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı"nın aranması, önemli ve yerinde bir değişiklik olmuştur. Ayrıca tedbire, sadece soruşturma aşamasında başvurulabilmektedir.

Bu tedbirin uygulanması sırasında delil olabilecek verilerin değişmemesi veya silinmemesi için sistemdeki bütün verilerin yedeklemesinin yapılması, yedeklenen kayıtların bir kopyasının tutanak karşılığı şüpheliye verilmesi, kopyası (imajı) alınan verilerin suçla ilgili olan kısımlarının kâğıda yazdırılarak ilgililerce imzalanması CMK'nın 134. maddesinde hükmedilen şekil şartlarıdır. Ancak, bilgisayarlara uygulanan tedbirler neticesinde, iddia edilen suçla ilgili bir delil elde edilmemesi ve akabinde kovuşturmayaya yer olmadığına ilişkin karar verilmesi halinde şüphelinin bilgisayarından kopya çıkartılmak suretiyle yedeklenen verilerin akıbetinin ne olacağı konusunda belirsizlik söz konusudur. Bu konuyla ilgili, maddenin 3. fıkrasına, işi biten verilerin silinmesini ifade edecek bir cümle eklenmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Uygulamada, bilgisayarlarda aramayla ilgili en çok karşılaşılan sorunlardan biri hukuka aykırı olarak yapılan aramalardır. Bu durum, pek çok Yargıtay Kararı'na da konu olmuştur. Tedbir neticesinde elde edilen verilerin delil değerinin bulunduğu kuşku yoktur. Ancak, 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 tabi tutulmalıdır.

Teknolojik alanda yaşanan gelişmeler delillerin niteliğinde de ciddi değişikliğe sebebiyet vermiştir. Elektronik bir araç olan bilgisayar üzerinde saklanan veya bilgisayar aracılığı ile iletildiğinden dolayı soruşturmaya konu olan bilgi ve veriler, elektronik delil kavramını gündeme getirmiştir. Bilişim sistemlerinden, elde edilen elektronik deliller, adli bir bilim olan Adli Bilişim'in alanına girmektedir. Parmak izi veya DNA gibi belli bir bilimsel araştırma sonucu ortaya çıkarılabilen ve hızlıca bir yerden başka bir yere iletilebilen elektronik deliller son derece hassas olduklarından kolayca değiştirilebilir, tahrip veya yok edilebilir mahiyettedirler. Bu özelliklerinden dolayı bilgisayar ortamındaki elektronik delillerle temas kuracak adli kolluk görevlileri veya diğer ilgililerin konu hakkında eğitim almış olmaları gerekir.

Adli bilişim standartlarının geliştirilmesi ve bilimsel kuralların düzenlenmesi gerekmektedir. Adli bilişim standartlarının geliştirilmesinin yanında, mahkemelerde bu alanda bilirkişilik yapacak kişilerin eğitimden geçirilerek, uzmanlaşmaları sağlanmalıdır. Sürekli gelişen teknolojinin getirdiği yenilikler, adli bilişim alanında bilirkişilik yapanlar için meslek içi eğitimi son derece önemli kılmaktadır. Hem adli bilişim uzmanlarına hem de adli kolluk görevlilerine verilecek eğitimler, teknolojik gelişmeler ışığında belirli periyotlara bağlanarak sürekli hale getirilmelidir. Böylece, bu alanda çalışan kişiler kalifiye edilmiş olacaktır. Ayrıca, ülkemizde Bilişim Savcılığı ve Bilişim İhtisas Mahkemeleri de kurulmalıdır. Çünkü çalışmamıza konu olan tedbirle ilgili davalar, uzmanlık gerektiren bir yapıya sahiptir.

AK Siber Suç Sözleşmesi'nin 14. ve 21. maddelerinde elektronik delillerin elde edilmesi ve korumasına ilişkin koruma tedbirleri düzenlenmiştir. Sözleşme'nin 19. maddesinde ise "Saklanan Bilgisayar Verilerinin Aranması ve Bunlara Elkonulması" ele alınmıştır. CMK m.134'teki düzenlemenin, Sözleşme'nin 19. maddesindeki düzenlemeyle büyük ölçüde paralellik gösterdiği söylenebilir. Mukayeseli hukukta, konumuzla ilgili, hem uygulama hem de mevzuat olarak bizden ileri olan ülkenin ABD olduğu görülmektedir. Bilişim sistemlerinde delil elde edilmesine ilişkin birçok hukuksal problem, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin kararlarına konu olmuştur. Bu kararların takip edilmesi, uygulamamızdaki ve mevzuatımızdaki eksikliklerin giderilmesi açısından faydalı olacaktır.

Bilgisayarlarda ve tedbirin konusunu oluşturan diğer araçlar üzerinde gerçekleştirilen arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri, AİHM Kararları'na da konu olmuştur. Mahkeme, söz konusu müdahaleyi AİHS'in 8. maddesi kapsamında 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 almasını; müdahalenin, demokratik toplumda zorunlu olan ölçülerde yapılması gerektiğini; tedbire ilişkin verilen kararların sınırlı olmasını; aranılacak, kopyalanacak ve elkonulacak araçların kararda açıkça belirtilmesi gerektiğini ifade etmektedir.

Gelişen teknolojiyle birlikte, nerdeyse bilgisayarın tüm niteliklerine haiz olan, bilgisayar tanımı içerisinde kabul edilmesi gereken ve fakat uygulamada bilgisayar olarak

tanımlanmayan cep telefonu, cep bilgisayarı ve elektronik veri barındıran birçok cihaz ortaya çıkmıştır ve çıkmaya devam etmektedir. Bu cihazların, CMK m.134 hükmü yerine CMK'nın 116. ve 123. hükümlerine göre arama ve elkoyma işlemlerine tabi tutulması temel hak ve özgürlükler bakımından ihlallere neden olabilmektedir. Bu bakımdan madde metninde belirtilen ve söz konusu koruma tedbirin konusunu teşkil eden bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri terimlerinin, uygulamadaki tereddüdü ortadan kaldıracak şekilde yeniden düzenlenmesi yerinde olacaktır. Madde başlığının “Bilişim Sistemlerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma” şeklinde değiştirilmesinin teknolojik açıdan günümüze daha uyumlu olacağı kanaatindeyiz.

CMK m.134'e göre yapılacak arama ve elkoyma işlemlerinde, özel düzenleme bulunmayan hallerde, elverişli olduğu ölçüde, genel arama ve elkoyma işlemlerine ilişkin hükümler (CMK m.131/1, 132/4) uygulama alanı bulacaktır. Bilgisayarlarda arama, kopyalama ve elkoyma kararının, hâkim kararı olması sebebiyle, bu tedbire karşı başvurulacak kanun yolu itiraz olacaktır. Arama ve elkoyma işlemleri sırasında tesadüfen elde edilen deliller bakımından, CMK m.138/1'in; hukuka aykırı arama ve elkoyma hallerinde de tazminat açısından CMK m.141'in kıyasen uygulanması mümkündür.

KAYNAKÇA

- Açar, Mustafa**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Ahmet Bilgin), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-308618), (E.T:02.03.2016)
- Ağkoç, Bülent**, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayata Saygı Hakkının Korunması Bağlamında Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi*, (Danışman:Prof.Dr.Aydın Gülan), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-277836), (E.T:04.03.2016)
- Akbey, Evren**, *Adli ve Önleme Aramalarının İnsan Hakları Açısından Değerlendirilmesi*, (Danışman:Prof.Dr.Ioanna Kuçuradi), Maltepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-314074), (E.T:04.03.2016)
- Aksoy, Şemsettin**, *Önleme ve Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Danışman:Doç.Dr.Fatih Selami Mahmutoglu), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-217922), (E.T:04.03.2016)
- Aldemir, Hüsnü**, *Adli-Önleme Arama ve Elkoyma*, Bilge Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Mart 2012
- Arısoy, Uğur Kaan**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Ali Akyıldız), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-416036), (E.T:21.03.2016)
- Arslan, Çetin**, *Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi*, http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=3&vtadi=TSOS%2CTHUK&ts=1481709428&keyword=bili%FEim%20hukuku&s_f=1&page=2&detailed=1, (E.T:14.12.2016)
- Arslan, Tülay**, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, (Danışman:Doç.Dr.İlhan Üzülmez), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-228859), (E.T:04.03.2016)

Avrupa Birliği Siber Suç Sözleşmesi,
<https://www.bg.org.tr/Doc/AvrupaBirliğiSiberSuclarSozlesmesi.doc>, (E.T:18.03.2016)

Avşar, Yakup, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Enver Bozkurt), Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-308661),
(E.T:02.03.2016)

Baki, Yunus, *Adli Arama*, (Danışman:Doç.Dr.Ayşe Nuhoglu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-221867),
(E.T:04.03.2016)

Başlar, Yusuf, Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri, <http://dergipark.gov.tr/download/article-file/155551>,
(E.T:31.10.2016)

Baştürk, İhsan, Bilgisayar Sistemleri ile Verilerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma, Fasikül Aylık Hukuk Dergisi, Sayı:9, Ağustos 2010

Berber, Fatih, Bilgisayar Kütüğü Ne Demektir, <http://fatihberber.com/bilgisayar-kutugu-ne-demektir/>, (E.T:20.03.2016)

Bilen, Mesut, *Adli Arama ve Önleme Araması*, (Danışman:Doç.Dr.Mustafa Avcı), Dicle Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2006,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-189504),
(E.T:04.03.2016)

Bilişim Ağı Hizmetlerinin Düzenlenmesi ve Bilişim Suçları Hakkında Kanun Tasarısı,
<http://www.tbd.org.tr/bilisim-agi-hizmetlerinin-duzenlenmesi-ve-bilisim-suclari-hakkinda-kanun-tasarisi/>, (E.T:10.03.2017)

Bostancı Ümit / Benzer Recep, Türk Hukuk Sisteminde Bilgisayarlarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma, <https://www.j-humansciences.com/ojs/index.php/IJHS/article/download/3385/1571>, (E.T:19.03.2016)

Can, Abdulhalim, *Türk Hukukunda Haberleşme Özgürlüğünün Sınırları*, (Danışman:Prof.Dr.Faruk Turhan), Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-263908),
(E.T:04.03.2016)

Can, Melike Esmâ, *Haberleşme Hürriyeti ve Türk Ceza Hukukunda Korunması*, (Danışman:Doç.Dr.Bülent Yavuz), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-376431), (E.T:04.03.2016)

- Cengiz Serkan / Demirağ Fahrettin / Ergül Teoman / McBride Jeremy / Tezcan Durmuş,** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları,
http://www.anayasa.gov.tr/files/insan_haklari_mahkemesi/kitaplar/cezayargilamasi.pdf,
(E.T:30.03.2016)
- Centel Nur / Zafer Hamide,** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Beta Yayıncılık, 12. Baskı, İstanbul, Ekim 2015
- Centel, Nur,** *Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular*, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Nisan 2015
- Çakır Hüseyin / Kılıç Mehmet Serkan,** *Adli Bilişim ve Elektronik Deliller*, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Ağustos 2014
- Çakır Hüseyin / Kılıç Mehmet Serkan,** Bilişim Suçlarına İlişkin Delil Elde Etme Yöntemlerine Genel Bir Bakış,
http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=9&vtadi=TSOS&c=ebsco&ano=176271_1f1e48a9390170643986a5f64b336129&?, (E.T:31.10.2016)
- Çalışır, Kurtuluş Tayanç,** *Uygulamada Arama ve Elkoyma*, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Nisan 2012
- Çokmutlu, Metin,** *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.İsa Döner), Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007,
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-226095),
(E.T:02.03.2016)
- Değirmenci, Olgun,** Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Deliller ve Bilimselliği, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:9, Sayı:97, Eylül 2014
- Doğan, Duygu Çağla,** Ceza Muhakemesinde Adli Arama,
http://portal.ubap.org.tr/App_Themes/Dergi/2011-92-672.pdf, (E.T:28.03.2016)
- Doğru Osman / Nalbant Atilla,** İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar 2.Cilt, <http://www.insanhaklarihukuku.com/wp-content/uploads/2016/01/İHAS-Açıklama-ve-Önemli-Kararlar-cilt-2-Doğru-Nalbant.pdf>, (E.T:30.12.2016)
- Donay, Süheyl,** *Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku*, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, Şubat 2015
- Dülger, Murat Volkan,** Bilişim Sistemleri Üzerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri,
http://www.academia.edu/9449240/BİLİŞİM_SİSTEMLERİ_ÜZERİNDE_ARAMA_KOPYALAMA_VE_EL_KOYMA_TEDBİRİ, (E.T:19.03.2016)
- Dülger, Murat Volkan,** *Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 6.Baskı, Ankara, Eylül 2015

- Ekizer, Ahmet Hakan, Adli Bilişim (Computer Forensics),**
<http://www.adlibilirkisi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=499>,
(E.T:20.03.2016)
- Ekizer, Ahmet Hakan, Adli Bilişim Uzmanlığı Sertifikasyonları,**
<http://www.adlibilirkisi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=136>,
(E.T:20.03.2016)
- Erçakal, Taner, Ceza Muhakemesi Kanununda Elkoyma, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Feyzullah Ünal), Dumlupınar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011,**
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-296743),
(E.T:02.03.2016)
- Erdagöz, Özcan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Kasım Karagöz), Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008,**
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-231113),
(E.T:04.03.2016)
- Erdem, Mustafa Ruhan, Olağanüstü Hâl ve Avukat Bürolarında Arama, İzmir Barosu Dergisi, Yıl:81, Sayı:3, Eylül 2016**
- Eryılmaz, M.Bedri, Türk ve İngiliz Hukukunda ve Uygulamasında Durdurma ve Arama, Seçkin Yayıncılık, 1.Baskı, Ankara, Mart 2003**
- Göksu, Mustafa, Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, (Danışman:Prof.Dr.Ramazan Arslan), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2010,**
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-265428),
(E.T:24.05.2016)
- Gözübüyük A.Şeref / Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, Eylül 2011**
- Gündem, Kemal, CMK md.138 Çerçevesinde Tesadüfen Elde Edilen Deliller, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Berrin Akbulut), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011,**
<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-294686),
(E.T:02.03.2016)
- Karagülmez, Ali, Bilişim Suçları ve Soruşturma-Kovuşturma Evreleri, Seçkin Yayıncılık, 5.Baskı, Ankara, Temmuz 2014**
- Kaya, Muhittin, Adli Bilişim, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Bilişim ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 2, Ankara, 8-11 Ocak 2008**
- Keser Berber, Leyla, Adli Bilişim, CMK md.134 ve Düşündürdükleri,**
<http://www.leylakeser.org/2008/07/adli-biliim-cmk-md-134-ve-dndrdkleri.html>,
(E.T:19.03.2016)

- Keser Berber**, Leyla, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma, <http://www.ankarabarusu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/h/Hm12.pdf>, s.465-496, (E.T:16.12.2016)
- Keser Berber**, Leyla, Bilişim Hukukunda Delillerin Toplanması, Ankara Barosu Uluslararası Hukuk Kurultayı 2008: Bilişim ve Hukuk, Ankara Barosu Yayınları, Cilt 2, Ankara, 8-11 Ocak 2008
- Keskin Kızıroğlu**, Serap, 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama), <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/1500/16559.pdf>, (E.T:28.03.2016)
- Keskin Kızıroğlu**, Serap, Türk Hukuku'nda Arama ve El Koyma, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2008/1
- Kılıç**, Mehmet Serkan, Elektronik Delillerin Hukuken Geçerliliği Açısından İlk Müdahalenin Önemine İlişkin Bir İnceleme, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:10, Sayı:102, Şubat 2015
- Kilkelly**, Ursula, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*, İnsan Hakları El Kitapları Serisi No:1, Almanya, Kasım 2001, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayat.pdf, (E.T:19.03.2016)
- Koparan**, M.Reşat, Bir Koruma Tedbiri Olarak Arama, <http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/193.doc>, (E.T:19.03.2016)
- Onan**, Ozan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, (Danışman:Prof.Dr.Veli Özer Özbek), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2009, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-249509), (E.T:04.03.2016)
- Orta**, Mesut, *Bilişim Suçlarında Adli Analiz*, (Danışman:Prof.Dr.Mustafa Avcı), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-393117), (E.T:02.03.2016)
- Ökten**, Pınar, *Ceza Muhakemesinde Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Devrim Güngör), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-274124), (E.T:02.03.2016)
- Ölmez**, Aslan, *5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Elkoyma*, (Danışman:Doç.Dr.Hamide Zafer), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-221175), (E.T:04.03.2016)
- Ölmez**, Aslan, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Kopyalama ve Bunlara Elkoyma, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:30, Şubat 2009

- Örs**, Cengiz Ozan, Avukat Hakkında Arama ve Elkoyma, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2016-123-1559>, (E.T.07.11.2016)
- Özbek** Veli Özer / **Kanbur** Mehmet Nihat / **Doğan** Koray / **Bacaksız** Pınar / **Tepe** İlker, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 7. Baskı, Ankara, Ekim 2015
- Özbek** Veli Özer / **Bacaksız** Pınar, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama*, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006
- Özbek**, Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama*, Seçkin Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Mayıs 1999
- Özbek**, Veli Özer, *Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi*, <http://www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/view/1023004171/1023003765>, (E.T:30.03.2016)
- Özbey**, Özcan, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Başvuru Yöntemleri*, Adalet Yayınevi, 2. Baskı, Ankara, Haziran 2008
- Özdemir**, Kenan, *Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile AİHM Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği*, <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?article=515>, (E.T:18.03.2016)
- Özdilek**, Ali Osman, *CMK m.134 Uygulamasında Verilerin MD5 Algoritması ile “Hash” Değerlerinin Alınmasında Çakışma (Collision) Sorunu*, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2010/1 Prof.Dr.Köksal Bayraktar’a Armağan 2.Cilt
- Özelce**, Cuma, *Koruma Tedbiri Olarak Arama*, (Danışman:Prof.Dr.M.Bedri Eryılmaz), Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-262000), (E.T:21.03.2016)
- Özen** Muharrem / **Özocak** Gürkan, *Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve Elkoyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK m.134)*, <http://www.ankarabarusu.org.tr/siteler/ankarabarusu/tekmakale/2015-1/01.pdf>, (E.T:31.10.2016)
- Özen** Muharrem / **Baştürk** İhsan, *Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku*, Adalet Yayınevi, 1.Baskı, Ankara, Ekim 2011
- Özmestik**, Fehmi Ünsal, *Bilişim Sistemleri Üzerine Arama ve Elkoyma Tedbirine İlişkin Mevzuat ve Uygulamada Yaşanan Sorunlar*, (Danışman:Yrd.Doç.Dr.Leyla Keser Berber), İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-419083), (E.T:04.10.2016)

Öztürk Bahri / Tezcan Durmuş / Erdem Mustafa Ruhan / Sırma Özge / Kırıt Yasemin / Özaydın Özdem / Akcan Esra / Erden Efser, Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 9. Baskı, Ankara, Ekim 2015

Pınarbaşı, Mesut, Özel Hayatın Korunması Kapsamında İstihbarat Faaliyetlerinin Hukuksal Sınırları, (Danışman:Dr.Mustafa Güler), Kara Harp Okulu Savunma Bilimleri Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-358667), (E.T:04.03.2016)

Polat, Levent, Haksız Arama Suçu, (Danışman:Prof.Dr.Mehmet Emin Artuk), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-210228), (E.T:04.03.2016)

Roagna, İvana, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması, Strazburg, Ocak 2012, http://www.inhak.adalet.gov.tr/inhak_bilgi_bankasi/el_kitaplari/ozel_hayata_saygi.pdf, (E.T:19.03.2016)

Sarsıkoğlu, Şenel, Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil (E-Delil) Kavramı, http://uvt.ulakbim.gov.tr/uvt/index.php?cwid=3&vtadi=THUK&ts=1481708927&keyword=bili%FEim&s_f=1&page=9&detailed=1, (E.T:14.12.2016)

Sevimli, A.Güçlü, Bilgisayar ve Bilgisayar Kütüklerine El Konulması ve Uygulamadaki Sorunlar, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/barodergileri/ibd/20073/ibd2007316.pdf>, (E.T:28.03.2016)

Sırma, Özge, Güncel Olaylar Çerçevesinde 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Arama, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:4, Sayı:34, Haziran 2009

Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı Sürüm: 6.0.0

Şahin, Cumhur, Ceza Muhakemesi Hukuku I, Seçkin Yayıncılık, 6. Bası, Ankara, Ağustos 2015

Şahin, Engin, Sayısal Delilin Ortaya Çıkarılması Kapsamında Koruma Tedbirleri, <http://dergipark.ulakbim.gov.tr/legalprogress/article/download/5000164087/5000148477>, (E.T:19.03.2016)

Şen, Ersan, Bilgisayarda Arama, Kopyalama ve Elkoyma, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/2075545-bilgisayarda-arama-kopyalama-ve-elkoyma>, (E.T:31.10.2016)

Şen, Ersan, Bilgisayarda Elkoyma Sorunları, <http://www.hukukihaber.net/bilgisayarda-elkoyma-sorunlari-makale,4987.html>, (E.T:12.11.2016)

Şen Ersan / **Yurttaş** Yasemin, Bilgisayar Programları Karşısında Özel Hayatın Korunması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:5, Sayı:42, Şubat 2010

Şen, Ersan, E-Posta Takibi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:9, Sayı:97, Eylül 2014

Şen, Ersan, E-Posta Takibi ve CMK md.134'ün Kapsamı, <http://www.hukukihaber.net/e-posta-takibi-ve-cmk-m134un-kapsami-makale,3524.html>, (E.T:20.03.2016)

Şen, Osman Nihat, Adli Bilişim Bilimi ve Diğer Bilimlerle Olan İlişkisi, <http://www.adlibilirkişi.org/index.php?sayfa=makaleoku&kategori=11&id=121>, (E.T.20.03.2016)

Şen, Osman Nihat, Ceza Hukukunda Bilgisayar Araştırmaları, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, Sayı:1, Ekim 2006

Tan, Aydoğan, Adli Bilişim (Computer Forensic), <http://www.hukuksokagi.com/kaynak/adli-bilisim-computer-forensic/>, (E.T:20.03.2016)

Tanrıkulu, Cengiz, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilişim Sistemlerinde Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Cumhur Şahin), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2014, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-376401), (E.T:02.03.2016)

Taşkın, Şaban Cankat, *Karşılaştırmalı Hukukta ve Hukukumuzda Bilişim Suçları*, (Danışman:Doç.Dr.Ayşe Nuhoglu), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2008, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-221116), (E.T:01.03.2016)

TDK Bilim ve Sanat Terimleri Ana Sözlüğü, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_bilimsanat&view=bilimsanat, (E.T:10.03.2017)

Tezcan Durmuş / **Erdem** Mustafa Ruhan / **Sancakdar** Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Şubat 2004

Tezcan Durmuş / **Erdem** Mustafa Ruhan / **Sancakdar** Oğuz / **Önok** Rifat Murat, *İnsan Hakları El Kitabı*, Seçkin Yayıncılık, 5. Baskı, Ankara, Mart 2014

Türkiye de “Sanal Suçlar Sözleşmesi”ni İmzaladı, <http://www.bilisimdergisi.org/s127/pdf/10-13.pdf>, (E.T:16.04.2016)

Uğuz, İsmail, *Ceza Muhakemesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak “Elkoyma”*, (Danışman:Prof.Dr.M.Emin Artuk), Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2007,

- <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-210192),
(E.T:02.03.2016)
- Uzunay** Yusuf / **Koçak** Mustafa, Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller, <http://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf>, (E.T:20.03.2016)
- Ünal**, Osman Gazi, *Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Fatih Selami Mahmutoğlu), Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-280254),
(E.T:02.03.2016)
- Ünver** Yener / **Hakeri** Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Adalet Yayınevi, 10. Baskı, Ankara 2015
- Yalçın**, Hüseyin, *Önleme Araması*, (Danışman:Doç.Dr.İbrahim Dülger), Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-279008),
(E.T:04.03.2016)
- YARSAV, Bilgisayarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve El Koyma, <http://yarsav.org.tr/index.php?p=170#.VuwbWW7rMoQ>, (E.T:18.03.2016)
- Yaşar** Yusuf / **Dursun** İsmail, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbiri, <http://e-dergi.marmara.edu.tr/maruhad/issue/download/5000001574/5000000684>,
(E.T:31.10.2016)
- Yavuzcan**, Emrah, Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (CMK 134), <http://www.hukuki.net/hukuk/index.php?act=file&id=4&article=3242>, (E.T:19.03.2016)
- Yenisey** Feridun / **Nuhoğlu** Ayşe, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, Ekim 2015
- Yetim**, Servet, Adli Bilişim ve Canlı Bilişim Sistemlerinde Dijital Delil Araştırma Yöntemleri, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:11, Temmuz 2007
- Yetim**, Servet, Dijital Kanıt Araştırma Yöntemleri, <http://www.istanbulbarosu.org.tr/yayinlar/BaroDergileri/ibd/20083/ibd2008312.pdf>,
(E.T:20.03.2016)
- Yıldız**, Hüseyin Serkan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama ve Elkoyma*, (Danışman:Prof.Dr.Metin Feyzioğlu), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2010, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-313098),
(E.T:02.03.2016)

Yurtsever, Muammer, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu*, (Danışman:Prof.Dr.Ayşe Nuhoglu), Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2015, <https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>, (T-408586), (E.T:04.03.2016)

Yüctürk, Bülent, Soruşturmalarda Bilgisayara Elkoyma, <http://www.bilisimdergisi.org/s131/pdf/100-105.pdf>, (E.T:19.03.2016)

