

ADLI SORUŞTURMA VE CEZA DAVALARINDA SOSYAL MEDYA DELİLİ: YENİ HUKUKSAL SORUNLARIN SINIRI

Justin P. Murphy ve Adrian Fontecilla *

Çeviren: Ar. Gör. Murat ARABACI **

GİRİŞ

Sosyal medya iş yapma, araştırma yapma, haber paylaşımı, arkadaşlarıyla ve ailenle anlık iletişim kurma konusunda günümüz toplumunda iletişimin dayandığı en yeni devrimi gerçekleştirmektedir. Sosyal medyanın olayların çoğunda saygı duyulur bir etkisinin olduğu şaşırtıcı bir durum değildir. Bu patlama orta ölçekte adli soruşturmaları ve ceza davalarını etkilemektedir. Sosyal medya delili diğer bazı durumlarla birlikte bir kişinin belirli bir zamandaki yerini, durum güncellemelerini, fotoğraflarını ve doğrudan iletişimini ya da sanığın sosyal medya hesabını ve diğer şeyleri içerir. Bu makale sosyal medyanın adli soruşturma ve ceza davalarındaki önemini, erişimde dahil olmak üzere, bu delillerin kullanımı ve sosyal medya delillerindeki artışın anayasal problemlerini, bu delillerin kimlik doğrulama ve delil olarak kabul edilebilirliğini inceleyecektir.

I. SOSYAL MEDYANIN ÖNEMİ

Sosyal medya çok yaygın bir kullanıma sahiptir. Günümüzde internete bağlanan yetişkinlerin %91'i sosyal medyayı düzenli bir şekilde kullanmaktadır¹. “İnsanlar sosyal ağlarda diğer internet sitelerinde harcadıkları zamandan çok daha fazlasını harcamaktalar”. “Bu zamanında %20'sini bilgisayar

* Justin P. Murphy, Washington'da Crowell & Moring's hukuki danışmanlık şirketinde avukat olarak çalışmaktadır. Şirketin beyaz yaka suçlar bölümü, düzenleyici idari otoriteler, e-soruşturma ve bilgi yönetimi alanlarında uzmanlaşmıştır. Adrian Fontecilla ise Wahington'daki Crowell & Moring hukuki danışmanlık şirketinde Antitrust grupları üzerine uzmanlaşmıştır. Aynı zamanda aynı şirketin e-soruşturma hukuku blog sayfasına katkıda bulunmaktadır. <http://www.ediscoverylawinsights.com/>

** Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı

¹ EXPERIAN MARKETING SERVICES, THE 2012 DIGITAL MARKETER: BENCHMARK AND TREND REPORT 79 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://www.experian.com/simmons-research/register-2012-digital-marketer.html>.

başında %30'unu ise mobil iletişim vasıtaları ile harcadıkları hesaplanmaktadır².” Amerika Birleşik Devletlerinde sosyal medya kullanımı 2006'dan bu yana %356 artış göstermiştir³. Günümüzde Amerikalıların %56'sının en az bir sosyal medya hesabı vardır⁴. Bir milyardan fazla insan her ay aktif bir şekilde Facebook hesabını kullanmakta⁵ ve şu an internet kullanıcılarının %32'sinin bir Twitter hesabı bulunmaktadır⁶. Özellikle günümüzde bir sosyal medya hesabına sahip Amerikalıların %55'ni 45- 55 yaş arasındaki Amerikalılar oluşturmaktadır ve son yıllarda en geniş büyüme bu yaş aralığında olmuştur⁷.

Birbirlerini farklı bir demografik yapı ve farklı içerik sağlayıcılarla besleyen yüzlerce sosyal ağ sitesi mevcuttur⁸. Dahası, bu sosyal ağ sitelerinin kullanıcıları büyük miktarda veri oluşumu gerçekleştirmektedir. Twitter kullanıcıları her iki buçuk günde bir milyar tweet atmaktadır⁹. Instagram kullanıcıları her gün 40 milyon fotoğraf yüklemektedir¹⁰. Facebook kullanıcıları her dakika 684,478 parça içerik paylaşmakta ve Youtube kullanıcıları her dakika 48 saatlik yeni video yüklemektedirler¹¹. Sosyal medya kullanıcıları, fotoğraf, video ve tweetten çok daha fazlasının ortaya çıkarmasını sağlamaktalar.

² NIELSEN, STATE OF THE MEDIA: SOCIAL MEDIA REPORT 2012, at 4 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://blog.nielsen.com/nielsenwire/social/2012/> (Son Erişim Tarihi: 31 Aralık 2012).

³ *Connect: Social Media Madness U.S. 2012*, NETPOP RESEARCH (April 2012), Buradan ulaşılabilir: <http://netpopresearch.com/social-media-madness>

⁴ Tom Webster, *The Social Habit 2011*, EDISON RESEARCH (May 29, 2011), Buradan ulaşılabilir: http://www.edisonresearch.com/home/archives/2011/05/the_social_habit_2011.php.

⁵ Aaron Smith, Laurie Segall & Stacy Cowley, *Facebook Reaches One Billion Users*, CNN MONEY (Oct. 4, 2012, 9:50 AM), <http://money.cnn.com/2012/10/04/technology/facebook-billion-users/index.html>

⁶ Brian Honigman, *100 Fascinating Social Media Statistics and Figures From 2012*, HUFFINGTON POST (Nov. 11, 2012, 7:32 PM), http://www.huffingtonpost.com/brianhonigman/100-fascinating-social-me_b_2185281.html.

⁷ Erik Qualman, *10 New 2012 Social Media Stats = WOW!*, SOCIALNOMICS, <http://www.socialnomics.net/2012/06/06/10-new-2012-social-media-stats-wow/> (Son Erişim Tarihi: 31, Aralık, 2012).

⁸ Bkz: PINGDOM, SOCIAL NETWORK DEMOGRAPHICS IN 2012 (2012), Buradan ulaşılabilir: <http://royal.pingdom.com/2012/08/21/report-social-network-demographics-in-2012/>.

⁹ *Nielsen and Twitter Establish Social TV Rating*, NIELSEN (Dec. 17, 2012), <http://www.nielsen.com/us/en/insights/press-room/2012/nielsen-and-twitter-establishsocial-tv-rating.html>.

¹⁰ *Instagram Press Center*, INSTAGRAM, <http://instagram.com/press/> (Son Erişim Tarihi: 1. Şubat. 2013).

¹¹ Josh James, *How Much Data Is Created Every Minute?*, DOMO (June 8, 2012), <http://www.domo.com/blog/2012/06/how-much-data-is-created-every-minute/>.

Mesela yer bilgileri gibi diğer bilgileri de paylaşmaktalar. 2012 itibariyle 17 milyar yer etiketi ve check-in girişi yapıldı¹². Sosyal medya aracılığı ile sayısız ve sürekli değişen yollarla bilgi paylaşımı potansiyel delil açısından bir dijital altın madeni olarak sonuçlanmaktadır. Bu maden profilleri, arkadaş gruplarını, grup üyeliklerini, mesajları, sohbet kayıtlarını, tweetleri, fotoğrafları, videoları, etiketleri, gps yer bildirimlerini, likeleri, check-in leri ve giriş çizelgelerini içermektedir¹³.

Sosyal medya sağlayıcılarının sunduğu bilgiler şaşırtıcıdır. Bir telefon şirketi mahkeme kararı ya da arama emrine, çağrı ve mesaj kayıtlarını sunarak cevap vermektedir. Buna karşılık Facebook gibi bir sosyal medya şirketi bir mahkeme kararına kullanıcının profil, duvar yazıları, yüklediği fotoğrafları, etiketlendiği fotoğrafları, kullanıcın diğer arkadaşlarının Facebook bilgileri ile ilgili kapsamlı bir listeyi ve uzun zamanlı giriş ve IP bilgilerini verebilir¹⁴. Buna ek olarak Facebook, Twitter ve FourSquare gibi konum tabanlı sosyal medya şirketlerinin gelişimi ile birlikte hassas konum bilgisi olağan akış içerisinde aynı mahkeme kararları ve arama emirlerinin giderek artan bir şekilde içeriğinde olacaktır¹⁵. Haber değeri taşıyan bir örnek verecek olursak: Komşusunun ölümünden sonra kolluk güçlerinden kaçan antivirüs şirketi kurucusu John McAfee olayında cinayeti araştıran kolluk güçleri için basit bir fotoğrafın ne kadar önemli olduğu görülmüştür. McAfee blog sayfasında yayınlanmış olduğu Gps bilgileri barındıran fotoğrafın bulunmasıyla Guatemala’ da tam yeri saptandığı için saklandığı yerden çıkmak zorunda kaldı¹⁶. Doğal olarak

¹² Honigman, *Dipnot*: 6.

¹³ Bkz: Quagliarello v. Dewees, No. 09-4870, 2011 WL 3438090, at *2 (E.D. Pa. Aug. 4, 2011) (Facebook ve MySpace gibi sosyal medya araçlarının kullanımı artmıştır. Bu yüzden de bu web sitelerinin davacılar için delil kaynağı olması konusunda değerleri artmıştır.)

¹⁴ Bkz: Örneğin., Carly Carioli, When the Cops Subpoena Your Facebook Information, Here’s What Facebook Sends the Cops, THE PHOENIX (Apr. 6, 2012, 8:30 AM), <http://blog.thephoenix.com/blogs/phlog/archive/2012/04/06/when-police-subpoena-yourfacebook-information-heres-what-facebook-sends-cops.aspx> (Facebook’un bir mahkeme kararına verdiği yanıtın bilgi genişliğini anlatan Boston Polis Departmanı tarafından hazırlanan rapor niteliğindedir.)

¹⁵ f. MARCIA HOFMANN ET AL., ELEC.FRONTIER FOUND., 2012:WHEN THE GOVERNMENT COMES KNOCKING,WHO HAS YOUR BACK? 7 (2012), Buradan ulaşılabilir: https://www.eff.org/sites/default/files/who-has-your-back-2012_0_0.pdf (Devletin konum verisi erişiminden ve şirketlerin bu verileri toplamasından kaynaklanan sorunlar tartışılıyor.)

¹⁶ Eyder Peralta, Betrayed By Metadata: John McAfee Admits He’s Really in Guatemala, NPR

suçlayıcı fotoğraflar ya da her sosyal medya isteği ek diğer deliller içerisinde yer alabilir¹⁷.

II. KAMUYA AÇIK SOSYAL MEDYA DELİLİNE ULAŞIM

Delile ulaşmada devlet kurumlarının sosyal medya ağlarını araştırması bir sır değil. Hatta mahkemeden bir arama emri ve ya konu ile ilgili bir mahkeme kararı olmaksızın sosyal medya delili kamunun erişimine açık hazinelerdendir¹⁸. Örneğin New York Police Depratmanı'nın potansiyel suç olayları ve suçların delillendirilmesi için Facebook, Twitter ve diğer sosyal medya sitelerinde araştırma yapan bir birimi vardır¹⁹. Ayrıca içeriğe katkıda bulunan ve sosyal medya üzerinden bilgi isteyen devlet kurumlarının birçoğu aktif katılımcı durumdadırlar²⁰. Kamuya açık bilginin büyüklüğü ve devletin bu bilgilere ulaşmak için sahip olduğu yollar göz önünde bulundurulduğunda, genellikle devletin sosyal medya üzerinden araştırma yaparken arama emri veya mahkeme kararına ihtiyaç duymadığını görüyoruz.

Sosyal medya sitelerinde yayınlanan girişler, fotoğraflar ve bilgiler yüzün-

(Dec. 4, 2012, 12:24 PM), <http://www.npr.org/blogs/thetwoway/2012/12/04/166487197/betrayed-by-metadata-john-mcafee-admits-hes-really-inguatemala>.

¹⁷ Bkz. Örneğin; United States v. Anderson, 664 F.3d 758, 761-62 (8th Cir. 2012) (12 yıl hapis cezası alan bir sanığın almış olduğu bu cezada hükme esas teşkil eden deliller bir arama emri neticesinde sanığın Facebook hesabından elde edilen 800'e yakın ergen kızla yapmış olduğu özel sohbet kayıtları ve bu hesaptan elde edilen uygunsuz resimlerdi.)

¹⁸ Bkz. Örneğin: U.S. DEP'T OF HOMELAND SEC., PRIVACY IMPACT ASSESSMENT FOR THE OFFICE OF OPERATIONS COORDINATION AND PLANNING: PUBLICLY AVAILABLE SOCIAL MEDIA MONITORING AND SITUATIONAL AWARENESS INITIATIVE 3 (2010), Buradan ulaşılabilir:

http://www.dhs.gov/xlibrary/assets/privacy/privacy_pia_ops_publiclyavailablesocialmedia.pdf (Ulusal Operasyon Merkezinin kamuya açık arama motorları ve sosyal medya sitelerinin faaliyetlerini izlemek için içerik toplayacağını bildirmektedir.); ayrıca kolluk gücü anlamında sosyal medyanın önemi ve büyüklüğü için bkz: LEXISNEXIS (July 18, 2012), <http://www.lexisnexis.com/media/press-release.aspx?id=1342623085481181> (Kapsamlı bir anketin sonuçlarına göre yerel ve federal görevlilerin %80'nin den fazlası soruşturma sırasında sosyal medyayı kullanmaktadır.)

¹⁹ Rocco Parascandola, *NYPD Forms New Social Media Unit to Mine Facebook and Twitter for Mayhem*, NY DAILY NEWS (Aug. 10, 2011, 4:00 AM),

²⁰ *New Study Shows 66% of Government Organizations Have Adopted Social Networking, Collaboration Tools*, SABA (Jan. 14, 2010), <http://www.nydailynews.com/new-york/nypd-forms-new-social-media-unit-facebooktwitter-mayhem-article-1.945242>.

<http://www.saba.com/company/press-releases/2010/saba-and-hci-publish-study-of-socialnetworking-in-government/>

den tutuklanan sayısız sanık mevcuttur. Örneğin Kentucky hapisanesinde tutuklu bulunan bir sanık Facebook hesabına koymuş olduğu polis arabasının benzinin boşaltırken çekilmiş fotoğrafı yüzünden tutuklanmıştır²¹. Washington D.C de bir başka sanık bir ceket, bir dizüstü bilgisayar ve nakit para çalmak için bir eve zorla girmiştir. Daha sonra mağdurun dizüstü bilgisayarını kullanarak çalıntı ceketle ve çalmış olduğu nakit parayı elinde sallayarak çekirmiş olduğu fotoğrafı mağdurun Facebook sayfasında yayınlamıştır²². Fotoğraf daha sonra sanık tarafından bir suçlu savunma güvenliği adına kullanılmıştır²³. Bazı siteler kullanıcılara kamu erişimini kontrol edebilme imkanı sağlarken, bir çok kullanıcı bu tür araçları kullanamamaktadır. Aslında Facebook kullanıcılarının %25'i gizlilik kontrollerini hiç kullanmamaktadır²⁴.

Kamuya açık delil aramaya ek olarak, devlet ajanlarına savunma avukatlarına nazaran bir ceza davası açabilmeleri için sosyal medya delilini takip etmeleri amacıyla daha fazla izin verilmektedir. Gerekli arama emrini geçiştirmek için devlet ajanları bir kişinin gizlilik ayarlarını delmek amacıyla sahte bir hesap oluşturmaktalar ya da onlarla bilgiye erişim noktasında işbirliği yapacak kişilerin güvenliğini sağlamaktadırlar²⁵. Örneğin; ABD'de Meregildo davasında sanık Facebook hesabını, sadece Facebook arkadaş listesindekilerin göreceği şekilde ayarlamıştı²⁶. Devlet sanığa karşı kullanılacak delilleri onunla Facebook listesinde arkadaş olma yoluna giderek elde etti²⁷. Sanık Facebook hesabından ele geçirilen delilleri devletin Amerikan Anayasasının 4. kuşak

²¹ Genel Olarak Bkz: Eric Larson, *8 Dumb Criminals Caught Through Facebook*, MASHABLE (Dec. 12, 2012), <http://mashable.com/2012/12/12/crime-social-media/>.

²² Bkz: Aynı yazar.

²³ Bkz: Aynı yazar.

²⁴ Bkz: Shea Bennett, *Facebook, Twitter, Pinterest, Instagram – Social Media Statistics and Facts 2012*, ALL TWITTER (Nov. 1, 2012, 6:00 AM), http://www.mediabistro.com/alltwitter/social-media-stats-2012_b30651.

²⁵ Bkz. Örneğin: United States v. Robison, No. 11CR380 DWF/TNL, 2012 WL 1110086, at *1-2 (D. Minn. Mar. 16, 2012) (bu davada kolluk güçleri sahte bir hesap açmışlar ve sanığın Facebook'ta arkadaşı olmuşlardı. Yetkililer bu yöntemi kullanarak sanığa ait Facebook hesabındaki isim ve resimleri görüntülemeye izin vermiştir.); United States v. Phillips, Criminal No. 3:06–CR–47, 2009 WL 1918931, at *7 (N.D. W. Va. July 1, 2009) (yetkililer www.myspace.com üzerinde gizli bir kullanıcı yarattı.)

²⁶ United States v. Meregildo, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012).

²⁷ Bkz: Aynı karar.

haklarını ihlal ettiği gerekçesiyle örtbas etmeye çalıştı²⁸.

Mahkeme kararında: “Facebook gizlilik ayarlarının paylaşımların görünürlüğünün sadece arkadaşlarla sınırlı tutulduğu durumda devletin 4. kuşak hakları ihlal olmadan şüphesiz kolluk güçleri ile paylaşmayacaktı. Sanığın hesabının gizlilik ayarları konusunda haklı bir açıklaması yoktur. Sanık paylaşımlarının açıklanmasını istememesine rağmen arkadaşlarından daha geniş bir dairede sanığın paylaşımları görülecekti. Sanığın arkadaşları için paylaşımda bulunduğu hukuki gizlilik beklentisi sona erdi. Çünkü arkadaşları bu paylaşımları istedikleri gibi kullanmakta özgürdürler tabi ki isterlerse devletle de paylaşabileceklerdir²⁹.”

Son zamanlarda federal yetkililer tarafından Kaliforniya merkezli bir terör hücreleri tarafından etkilendiklerini düşündükleri 4 sanık hakkında oluşturulan dava sosyal medyaya dayanıyordu³⁰. “Sanıkların sosyal medyası” başlıklı bir bölümde içeren iddianamede hukuk kurumlarının yürüttüğü soruşturmalarda sosyal medyayı kullanmış olduğu görülmektedir³¹. Dedektifler, sanıklardan gelen zarar ifadelerini ortaya çıkarmak için kendisini bir terör sempatizanı olarak gösteren online gizli bir elaman kullandılar. Bu gizli elemanla davalılar arasındaki Skype görüşmelerini kaydettiler ve iddianame sanığın sosyal medyadaki yorum, beğeni ve paylaşımlarına dayanıyordu³².

Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu ilk defa sosyal medya üzerinden iletişime dayanan bir Wells bildirimini yayımladı³³. 5 Aralık 2012’de Netflix,

²⁸ Bkz.: Aynı karar.

²⁹ Bkz.: Aynı karar.

³⁰ Ryan Gallagher, *Feds Monitor Facebook “Likes,” Infiltrate Skype Chats To Build Terrorism Case*, SLATE (Nov.29, 2012, 4:33 PM), http://mobile.slate.com/blogs/future_tense/2012/11/29/facebook_likes_skype_used_to_build_fbi_case_against_california_terroris_m.html.

³¹ Complaint at ¶¶ 26-28, *United States v. Kabir*, No. ED12-0431M (C.D. Cal. Nov. 16, 2012), 2012 WL 6576560.

³² Gallagher, dipnot 30.

³³ Wells bildirimini: Menkul Kıymetler ve Borsa yönetimi tarafından kişi ve firmalara gönderilen kendileriyle ilgili eylem planlarını içeren bildirimlere denilmektedir. Bkz: Netflix Form 8-K filed Dec. 5, 2012; CHRISTOPHER GARCIA & MELANIE CONROY, REG FD ALERT: APPLYING SECURITIES LAWS TO SOCIAL MEDIA COMMUNICATIONS (2012), *Buradan ulaşılabilir*: http://www.weil.com/files/upload/Weil_Alert_Sec_Lit_Enforcement_Dec_21_2012.pdf.

Menkul Kıymetler ve Borsa Komisyonu icra heyeti tarafından gönderilen kendisinin kamuyu aydınlatma yükümlülüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle bir Wells bildirimini aldığını açıkladı. Şirketin CEO'su Reed Hastings, bu bildirimini Facebook hesabından 200.000 den fazla takipçisiyle "Netflix'in aylık izlenmesi ilk kez Haziran 2012 itibarıyla bir milyar saati aştı." şeklinde paylaştı³⁴. Bildirimi aldıktan sonra Hastings hissedarlara bir mektup yazdı. Biz 200.000 kişiye açıklama yapmanın yeteri kadar kamusal olduğunu düşünüyoruz çünkü benim takipçilerimin çoğu gazeteciler ve bloggerlardır. Bununla birlikte SEC'in yatırım kamuoyu ile iletişim konusunda sosyal medya kullanımına odaklanan bir yönetmeliği yoktur³⁵.

III. SOSYAL MEDYA ŞİRKETLERİ, MAHKEME KARARLARI VE ARAMA EMİRLERİ

Sosyal medya şirketleri delile ulaşma potansiyeli anlamında birer dijital altın madeni olma özelliğine sahiptir. Bu sebeple cezai soruşturmalarda kendilerine gelen arama emirleri ve mahkeme taleplerinin sayısında çok büyük artışlar olması şaşırtıcı değildir. Örneğin Twitter 2012'nin ilk yarısında 2011 yılının bütününden daha fazla mahkeme talebi almıştır³⁶. Bununla birlikte bu taleplerin yaklaşık olarak %80'i Amerika Birleşik Devletleri makamlarından gelmiştir³⁷. Google+ ve YouTube gibi sosyal ağları bünyesinde barındıran Google şirketi cezai soruşturmalarda mahkeme talepleri ve arama emirleri almaya devam ediyor ve bunları hızlı bir şekilde cevaplamaya çalışıyor. Google tarafından yayımlanan istatistiklere göre, "öncelikli olarak kabul edilen cezai soruşturmalardaki talepler³⁸", bize gösteriyor ki ABD yetkilerinin Google kullanıcılarının bilgilerinin talepleri 2009 yılından 2012 yılına iki kat artmıştır. Ve Amerika Birleşik Devletleri yetkilerinin hesaplar ile ilgili istekleri tüm di-

³⁴ Bkz. Aynı karar.

³⁵ Bkz. *Netflix CEO's Facebook Post Triggered SEC Wells Notice*, CNBC (Dec. 7, 2012, 7:10 AM), http://www.cnbc.com/id/100289227/Netflix_CEO039s_Facebook_Post_Triggered_SEC_Wells_Notice; GARCIA & CONROY, *Dipnot33*, at 1.

³⁶ *Twitter Transparency Report*, TWITTER BLOG (July 2, 2012), <http://blog.twitter.com/2012/07/twitter-transparency-report.html>.

³⁷ Bkz. Aynı rapor.

³⁸ *Transparency Report—FAQ*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdata-requests/faq/> (Son Erişim Tarihi: 15 Ocak 2013).

ğer ülke yetkilerinin isteklerinin %39'una denk gelmektedir³⁹.

Ayrıca, devlet kurumları sosyal medya delili cezai soruşturmalara hakim olduğu sürece personellerini araştırma ve sosyal medya delili toplama konusunda eğitmeye devam edeceklerdir. 1200 den fazla federal, eyalet ve yerel adli yetkili ile yapılan bir araştırmaya göre; sosyal medya soruşturmalarda yaygın olarak kullanılmaktadır. Soruşturmalarda sosyal medyanın nasıl kullanılacağını gösteren birkaç yol var. Katılanların %74'ü şu an için bu yolları kullanmıyor fakat kullanmak için öğreniyorlar⁴⁰. Ayrıca içtihat hukuku hali hazırda devlet tarafından bir sosyal medya şirketine gönderilen mahkeme ve arama kararı ile elde edilen sosyal medya delili örnekleri ile doludur⁴¹. Sosyal medya delili ceza yargılamasının yeni sınırır ve bu deliller sosyal medya şirketlerinin materyalin içinde sanığın anayasal haklarını korumak ve delilin kabul edilebilirliği konuları da olmak üzere benzersiz hukuksal sorunları da beraberinde getirmektedir.

IV. İLETİŞİM KAYDEDİLMESİ KANUNU İÇİN KAYIT TUTMAK

Federal yasa bazı durumlarda devlete, mahkeme kararı olmaksızın sosyal medya delili oluşturulması için sosyal medya şirketlerine baskı yapma imkanı

³⁹ *Transparency Report—User Data Requests*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/US/> (Son Erişim Tarihi: 16 Ocak 2013) (demonstrating that requests increased from 3,580 in a period between July to December 2009 to 8,438 in a period from July to December 2012); *Transparency Report—User Data Requests*, GOOGLE, <http://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/countries/?t=table> (Son Erişim Tarihi: 8 Şubat 2013) (Amerika Birleşik Devletleri tarafından 21.389 kullanıcının 8.438'ine Google tarafından sağlanan kullanıcı bilgi isteklerinin gerekçesi gösterilmiştir).

⁴⁰ *Role of Social Media in Law Enforcement Significant and Growing*, *supra* note 18.

⁴¹ Bkz. Örneğin: ., *United States v. Anderson*, 664 F.3d 758, 762 (8th Cir. 2012) (Bir mahkeme kararıyla yüzlerce Facebook özel sohbetine erişildiğini belirtiyor.) *United States v. Kearney*, 672 F.3d 81, 84 (1st Cir. 2012) (Kolluk güçlerinin hesap ve IP adres bilgilerinin kullanarak çıkarttıkları bir idari kararla MySpace'den sanığın isim ve adres bilgilerine ulaştığını göstermektedir.); *In re Grand Jury Subpoena No. 11116275*, 846 F. Supp. 2d 1, 2 (D.D.C. 2012) (Bir büyük Federal jüri tarafından Twitterda yayımlanan müdahil kimliği ile ilgili kayıtlar müdahilin anomin hareket etme hakkı bağlamında sayılıp kabul edilmemiştir.); *United States v. Sayer*, Criminal No. 2:11 cr 113 DBH, 2012 WL 2180577, at *3 (D. Me. June 13, 2012) (Mahkeme kararının MySpace ve Facebooktan delil elde etmek için kullanılmasını içermektedir.); *United States v. Meregildo*, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012) (Facebook'tan delil elde etmek için mahkeme kararı kullanılmıştır.); *People v. Harris*, 949 N.Y.S.2d 590, 597 (N.Y. Crim. Ct. 2012) (Bu durumu gözleyerek Twitter'a sanığın bilgi ve tweetlerini içeren bir mahkeme kararı gönderilmiştir.)

tanımıştır. İletişimin Saklanması Kanunu (SCA) devlet kuruluşlarının Twitter, Facebook gibi servis sağlayıcıları içerikleri (örneğin mesaj ve twitler) ve içerik dışı kayıtları (isim ve adresler gibi) vermeleri için zorlama konusunda yetkilendirmiştir⁴². 1986 yılından bugüne kadar SCA sosyal medya gibi toplumun yoğun kullanımını gösteren elektronik sistemler ve yeni teknolojiler ile birlikte geliştikçe gelişti⁴³. Sonuç olarak mahkemeler eski teknolojiler zamanından kalan metin mesajları ve çağrı kayıtları gibi SCA'nın zamanla değişen farklı sosyal medya servislerinin hizmetlerinin nasıl kabul edeceği noktasında kritik bir rol oynamaya devam edecektir⁴⁴.

SCA içeriksiz kayıtları bir mahkeme veya arama kararı ile temin edilmesine olanak sağlar⁴⁵. İletişimin içeriğinin açıklanması zorunluluğu ile ilgili olarak SCA içeriğin depolanma süre için farklı seviyelerde kanuni gizlilik imkanı sağlar⁴⁶. Devlet yalnızca bir arama emri üzerine 180 gün ve daha azı için depolanan içeriğe erişebilir⁴⁷. Devletin 180 günden fazla bir servis sağlayıcı tarafından depolanan verinin içeriğini alabilmesi için 3 seçeneği vardır: 1) Bir arama emrine sahip olmalıdır. 2) Bir idari mahkeme emrine olmalıdır veya 3) Bir mahkeme kararına sahip olması gerekmektedir⁴⁸.

⁴² Bkz: *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 282 (6th Cir. 2010) (citing 18 U.S.C. §§ 2701-2711); *bkz. Crispin v. Christian Audigier, Inc.*, 717 F. Supp. 2d 965, 977 (C.D. Cal. 2010) (SCA'nın uygulanması için Facebook ve MySpace'a gönderilen mahkeme kararları tanınırken Sosyal ağ sitelerinin bu tüzük kapsamından ele alınıp alınmayacağını dikkate hiçbir mahkeme almamıştır.)

⁴³ Bkz. Rudolph J. Burshnic, Note, *Applying the Stored Communications Act to the Civil Discovery of Social Networking Sites*, 69 WASH. & LEE L. REV. 1259, 1261-64 (2012).

⁴⁴ Bkz: *Örneğin.*, *Hubbard v. MySpace, Inc.*, 788 F. Supp. 2d 319, 321-27 (S.D.N.Y. 2011) (Diğer şeylerin yanı sıra MySpace, devlet yetkililerin bu arama emri tarafından sunulan IP adresi hesabı bilgilerinin, kullanıcının gelen kutusu ve gönderdiği e-postaların içeriği konusunda İletişimin Kaydedilmesi Kanunu'nun yeterli olduğunu savunmaktadır.); *Crispin*, 717 F. Supp. 2d at 991 (kullanıcının gizlilik ayarlarının kabulü, kullanıcının Facebook ve MySpace'teki özel mesajlarının İletişim Saklanması Kanunu adı altında mahkemeler tarafından istenmesini bozmuştur).

⁴⁵ Bkz: 18 U.S.C. § 2703(c)(1)(a)-(b) (2006).

⁴⁶ Bkz. *Warshak*, 631 F.3d at 283.

⁴⁷ Aynı yazar.

⁴⁸ Aynı yazar. (citation omitted). Since *Warshak*, most major providers state that they require a search warrant to compel the stored contents of any account. See, e.g., *Information for Law Enforcement Authorities*, FACEBOOK, <https://www.facebook.com/safety/groups/law/guidelines/> (last visited Jan. 2, 2012) (“A search warrant issued under the procedures described in the Federal Rules of Criminal Procedure or equivalent state warrant procedures upon a showing

Yüksek mahkeme kararlarının en az birisinde SCA'nın anayasallığı sorunu yer alır⁴⁹. ABD Warshak davasında Yüksek Mahkemesinin 6. Dairesi bir arama emri olmaksızın içeriği elde edilen sanığa ait e-postaların içeriğinin dördüncü anayasa değişikliği ihlal ettiğine karar vermiş ve eklemiştir SCA'nın bu tür e-postaların içeriğine devlet tarafından izin verilmiş olması sonucu Amerikan Yüksek Mahkemesi SCA'yı Anayasa'ya aykırı bulmuştur⁵⁰. Mahkeme gerekçeli kararında şöyle ifade etmiştir: “Son on yılda, e-posta o kadar yaygın hale gelmiştir ki bazı insanlar için kendini ifade edebilmenin hatta kendi tanımlamanın en temel veya en gerekli aracına dönüşmüştür. Bu sebeple e-posta dördüncü kuşak hakların altında güçlü bir şekilde korunmalıdır.”⁵¹ Bir telefon görüşmesi veya mektup e-postaya eş değer niteliktedir. Buradaki fark iletişimi bir postane veya telefon şirketi yerine internet servis sağlayıcısı yürütmektedir. Mahkemenin kararında: “E-posta ile geleneksel iletişim yöntemleri arasındaki benzerliğe dikkat çekmiş ve e-postayı dördüncü kuşak haklardan daha azı ile korumanın yanlış olacağı hükmüne varmıştır.”⁵² Bununla birlikte, Kongre'de 24 Aralık 2012 tarihinde yasada bir değişikliğe gidildi. Senato, SCA'da düzenlenen bir mahkeme emri olmaksızın kişinin e-postalarını incelenmesine yetki veren hükmü kaldırdı⁵³. Bu arada, mahkemeler SCA'nın sadece e-postalar için değil aynı zamanda bu kadar hızlı yayılan ve insanlar için e-posta kadar önem taşıyan sosyal medya araçları içinde nasıl uygulanacağı noktasında kilit bir rol oynamaya devam edeceklerdir.

VI. SOSYAL MEDYA DELİLİ İLE İLGİLİ OLARAK SANIĞA ANAYASAL HAKLARIN TANINMASI

Mahkemeler, devletin ceza davalarında sosyal medya şirketlerinden elde edilen bilgilerin kullanılması gibi yeni konuların anayasal ilişkilerini kavrama-

of probable cause is required to compel the disclosure of the stored contents of any account, which may include messages, photos, videos, wall posts, and location information.”)

⁴⁹ Bkz: *Warshak*, 631 F.3d at 288.

⁵⁰ Aynı yazar.

⁵¹ Aynı yazar. at 286 (citations omitted).

⁵² Aynı yazar. at 285-86.

⁵³ Bkz: Noel Brinkerhoff, *Congress, at Last Minute, Drops Requirement to Obtain Warrant to Monitor Email*, ALLGOV (Dec. 25, 2012), <http://www.allgov.com/news/topstories/congress-at-last-minute-drops-requirement-to-obtain-warrant-to-monitor-email-121225?news=846578>.

ya başladı⁵⁴. Örneğin; New York Temyiz mahkemesi yakın bir zamanda *People v. Harris* davası ile ilgili olarak bir soruşturmada iki mahkeme emri olmasına rağmen Twitter’ın bir Occupy Wall Street protestocusu hakkındaki itirazını karara bağlayacak⁵⁵. Temyiz aşamasında mahkeme kararın bozulabilmesi için devletin üçüncü bir taraf olarak Twitter’a gönderdiği mahkeme emri davalının hesap kayıtları ve attığı twitleri dördüncü kuşak haklar korumuyordu⁵⁶. Mahkeme Twitter’ın sanığa ait kayıtları isteyen devlet kurumlarına vermiş olduğu aynı ret cevaplarını benzer bir sebepten ötürü reddetti⁵⁷. Twitter’ın itirazı beklemeye iken, Twitter mahkeme hakiminin mahkeme kararlarına uymamanın getireceği sonuçlar ve tazminatlarla korkutması yüzünden bir dönüş yaptı ve elindeki verileri mahkemeye verdi. Ve bu durum Aralık 2012’de sanığın suçlu bulunmasına yol açtı⁵⁸.

Özellikle, sanığın mahkeme çağrısına karşı tek imkanı vardı. Çünkü Twitter’ın politikası gelen talepler karşısında kullanıcıların bilgilerinin açıklanması yönünde idi⁵⁹. Bu politika sosyal medya şirketleri arasında yaygın bir hale gelmişti⁶⁰. Sadece Twitter bildirmek zorunda kalmıyor aynı zamanda ken-

⁵⁴ Bkz: *Warshak*, 631 F.3d at 288 (arama kararı olmaksızın e-postaların ISP tarafından istenmesi SCA’nın Anayasa’daki 4.kuşak hakları ihlal ettiği gösterilmiştir.); bkz. Nathan Petrashek, Comment, *The Fourth Amendment and the Brave New World of Online Social Networking*, 93 MARQ. L. REV. 1495, 1513-32 (2010) (bireylerin sosyal ağ sitelerinden yapmış oldukları özel paylaşımların 4. Kuşak haklar tarafından koruma altına alınmış olduğu hususu savunulmaktadır).

⁵⁵ Yayın tarihinde temyiz kararı verilmemişti.

⁵⁶ *People v. Harris*, 945 N.Y.S.2d 505, 510 (N.Y. Crim. Ct. 2012).

⁵⁷ Bkz *People v. Harris*, 949 N.Y.S.2d 590, 598 (N.Y. Crim. Ct. 2012) (granting in part and denying in part the motion to quash). The court found in favor of the government for all non-content information and content information from September 15, 2011, to December 30, 2011. Content information less than 180 days old (tweeted on December 31, 2011) could only be disclosed pursuant to a search warrant.

⁵⁸ Bkz.: Russ Buettner, *A Brooklyn Protester Pleads Guilty After His Twitter Posts Sink His Case*, N.Y. TIMES, Dec. 12, 2012, at A31, available at <http://www.nytimes.com/2012/12/13/nyregion/malcolm-harris-pleads-guilty-over-2011-march.html>.

⁵⁹ *Guidelines for Law Enforcement*, TWITTER, <http://support.twitter.com/entries/41949-guidelines-for-law-enforcement#section9> (last visited Jan, 15, 2013).

⁶⁰ Bkz: HOFMANN ET AL, *supra* note 15, at 8-9 (“Dropbox, LinkedIn, Sonic.net ve SpiderOak umut verici olarak Twitter’ a katıldılar. Ve kullanıcılarına devletin bilgilerini araştırma teşebbüslerini bildiricekleri sözünü verdiler. Haklarındaki araştırmalar bundan sonra kullanıcılara bildirilecektir.”).

disini üçüncü şahıs mahkeme çağrılarında dava açarak koruyor.⁶¹

Temyiz üzerine Twitter, sanığın mahkeme kararına karşı direnebileceğini savundu çünkü sanığın Twitter’ın hizmet sözleşmesinde işaret edilen tweetleri üzerinde mülkiyet hakkı vardı⁶². Ayrıca Twitter dördüncü kuşak hakların sanığın tweetlerini koruduğunu iddia etti, Çünkü devlet öncelikle sanığın kamuya açmadığı tweetlerin korunmasını kabul ediyor⁶³. Eğer sanığın kamuya açılmamış maillerinin dördüncü kuşak haklar altında korunması gibi bir gizlilik beklentisi varsa⁶⁴, aynı korumayı kamuya açılmamış olan tweetleri içinde isteme hakkına sahiptir. Aksi halde bunu reddetmek keyfi bir sınır çizmek olacaktır⁶⁵. Son olarak, söz konusu tweetlerin kamuya açık olması hali içinde Twitter, Federal kanunlar ve New York Eyalet kanunları uyarınca bir mahkeme emrine ihtiyaç duyulacağını savunmaktadır⁶⁶. Twitter, hali hazırda itirazı bekliyor iken bir mahkeme kararı gönderilmesi halinde sanığa ait tweetlerin bilgisini göndermeyi kabul etti⁶⁷.

Twitter, *People v. Harris* davasındaki sanığın ifadesinden etkilenmiştir. Sanığın dördüncü kuşak haklar altında makul bir beklentisi sosyal medya kayıtlarının tutulmasını gizlilik ayarları ile koruma altına almıştır. *ABD v. Merigildo* davasında yetkililerin sanığın arkadaşlarından yardım isteyerek normalde gizlilik ayarları kapalı olan kişinin Facebook paylaşımlarını almanın kişinin dördüncü kuşak haklarını ihlal etmediğine karar vermiştir⁶⁸.

⁶¹ Bkz: Somini Sengupta, *Twitter’s Free Speech Defender*, N.Y. TIMES, Sept. 3, 2012, at B1, available at http://www.nytimes.com/2012/09/03/technology/twitter-chief-lawyeralexander-macgillivray-defender-free-speech.html?pagewanted=all&_r=0.

⁶² Brief for Non-Party Movant-Appellant at *12-14, *People v. Harris*, No. 2011-080152, 2012 WL 3867233 (N.Y. App. Div. Aug. 27, 2012) (Twitter’ın kullanım hizmet sözleşmesi demektedir ki:” Herhangi bir gönderiniz, ürettiğiniz içerik, yazı ve ekrandaki eyleminiz korunmaktadır.” (internal citation omitted)).

⁶³ Bkz.. Aynı dava. at *16, 19.

⁶⁴ Bkz: Aynı dava. at *18-19 (citing *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 288 (6th Cir. 2010)).

⁶⁵ Bkz: Aynı dava. at *20-21.

⁶⁶ Bkz: Aynı dava. at *21-22 (citing *People v. Weaver*, 12 N.Y.3d 433, 441-45 (2009); *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 949 (2012)).

⁶⁷ Doug Austin, *Twitter Turns Over Tweets in People v. Harris*, EDISCOVERY DAILY BLOG (Oct. 3, 2012), <http://www.ediscoverydaily.com/2012/10/twitter-turns-over-tweets-in-people-v-harris-ediscovery-case-law.html>.

⁶⁸ *United States v. Merigildo*, No. 11 Cr. 576(WHP), 2012 WL 3264501, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 10, 2012).

Bazı mahkemeler bireylerin özel Facebook bilgi ve mesajlarının gizli kalmasını makul bir beklenti olduğu sonucuna varmışlardır⁶⁹. Bu mahkemeler bunun önemini kabul ederken Facebook'un özel mesaj uygulaması ile kullanıcıların duvarında bir şeyler paylaşması arasındaki farkı anlamaya çalışmaktadır⁷⁰. Sosyal medya geliştikçe gizlilik ayarları kullanılarak sosyal medya kullanıcılarının anayasal haklarının belirlenmesindeki keyfilik ortadan kaldırılabılır. Nitekim, Facebook'ta paylaşımını başka birisinin duvarında yapan bir kullanıcının Facebook'un ona sağlamış olduğu gizlilik ve özelleştirilebilme ayarları sayesinde bu paylaşımlar birer Facebook mesajına dönüşebilmektedir⁷¹.

Buna ek olarak, belirli bir sosyal medya hesabındaki ulaşılabilir bilgilerin en geniş anlamda ele alındığında bir arama emrine meydan okuyabilirsiniz. Veya devlet yetkililerin hangi bilgilere erişim imkanı olup olmadığı hususunda bir tespit istenebilir⁷². Sonuç olarak, gizliliğin dördüncü kuşak haklar altında olması beklentisi yüzünden aynı zamanda toplumun makul olan bu beklentiyi tanımada istekli oluşu ve sosyal medyanın çok hızlı yayılması sosyal medya delilinin geleceği etkileyecektir⁷³.

V. BİR CEZA DAVASINI SOSYAL MEDYA DELİLİ İLE SAVUNMAK

Sosyal medya şirketlerinden sanığı temize çıkaracak delil ararken sanığın

⁶⁹ Bkz. Örneğin., R.S. v. Minnewaska Area Sch. Dist. No. 2149, Civ. No. 12-588 (MJD/LIB), 2012 WL 3870868, at *12 (D. Minn. Sept. 6, 2012) (Altıncı sınıf öğrencisinin Facebook hesabının şifresinin korunması hususunda özel mesajları için makul bir gizlilik beklentisi var olduğu kabul edilmiştir.); Bkz. Crispin v. Christian Audigier, Inc., 717 F. Supp. 2d 965, 991 (C.D. Cal. 2010) (webmail ve özel mesajların doğal olarak özel olduğu kabul edilmektedir.).

⁷⁰ *Minnewaska Area Sch. Dist. No. 2149*, 2012 WL 3870868, at *11; *Crispin*, 717 F. Supp. 2d at 991.

⁷¹ *Bkz. Timeline Privacy*, FACEBOOK, <http://www.facebook.com/help/393920637330807/#!/help/393920637330807/> (Son Erişim Tarihi: 20 Ocak 2013).

⁷² Bkz. *In re Applications for Search Warrants for Info. Assoc. with Target Email Address*, No. 2:12-mj-08119-JPO, 2012 WL 4383917, at *5 (D. Kan. Sept. 21, 2012) (Bireyin epostalarının gizliliği konusunda, online faksların saklanması konusunda, gönderilmesi veya internet servisi sağlayıcıları tarafından verilerin saklanması konusunda 4. Kuşak hakları vardır.)

⁷³ Bkz. *United States v. Warshak*, 631 F.3d 266, 284-85 (6th Cir. 2010) (“4. Kuşak haklar teknolojik ilerlemenin amansız yürüyüşüne ayak uydurmak zorundadır. Eğer ayak uyduramazlarsa savundukları teminatlar yok olma tehlikesiyle karşı karşıya kalacaktır”).

yüzü devletinkinden çok daha anlamlıdır⁷⁴. İlk olarak sanık ve avukatları kamuya açık sosyal medya delili için devletin sahip olduğu araştırma özgürlüğünü paylaşmıyorlar. Buna rağmen avukatlar müvekkili tarafından üretilen her veriye ulaşma imkanına sahip olmalıdır⁷⁵. Çeşitli eyaletlerde sanık avukatının arkadaş olmadan veya direk üçüncü kişinin arkadaşı olarak başka bir bölümde ve araştırma yapmak, tanık araştırmak, savunma için malzeme ve aklayıcı delil toplaması ile ilgili etik görüşler yayınlandı⁷⁶. İkinci olarak, sanıklar üçüncü bir mahkeme kararı istenmesi yüzünden ek engellerle karşı karşıya kalmaktadır⁷⁷. Sanıklar, mağdurların kullanıcı bilgileri, şikayet eden tanıklar veya diğer tanıklar için sosyal medya şirketlerine yönelik bir mahkeme kararı isteyebilirler⁷⁸. Bu gibi durumlarda, federal ceza davalarında sanıklar Federal Ceza Muhakemesi Kanunu 17 uyarınca taraf dışı keşif için böyle bir aramaya izin veren mahkeme kararını istemelidirler⁷⁹. Diğer engeller arasından böyle bir düzen arayan mahkeme sosyal medya sitesinin özel bulduğu Facebook ve Myspace gibi bir sivil toplumu hesap sahibini ve mahkeme emri olmaksızın bu bilgileri açıklamayı SCA sayesinde yasaklı bulmalıdır⁸⁰. Bunun gibi engelleri

⁷⁴ Bkz. Daniel K. Gelb, *Defending a Criminal Case from the Ground to the Cloud*, 27CRIM. JUST. 28, 29 (2012).

⁷⁵ Bkz: Zach Winnick, *Social Media an Ethical Minefield for Attorneys*, LAW360 (Apr. 13, 2012, 9:55 PM), <http://www.law360.com/articles/329795/social-media-an-ethicalminefield-for-attorneys> (noting ethical concerns regarding private counsel's use of social networking sites in connection with litigation that are generally not shared by government authorities in investigations).

⁷⁶ Bkz: *Örneğin.*, PHILA. BAR ASS'N PROF'L GUIDANCE COMM., Op. 2009-02, at 1-3 (2009), *Buradan ulaşılabilir.* 2009 WL 934623 (concluding that a social media friend request to a witness in the litigation by a third party for the purpose of gathering social media evidence is "deceptive" and in violation of ethical rules); N.Y. STATE BAR ASS'N, COMM. ON PROF'L ETHICS, Op. 843, at 2 (2010), *available at* 2010 WL 3961381 (noting that accessing publicly available social media evidence is permissible but "friending" another party todo so is not); SAN DIEGO CNTY. BAR LEGAL ETHICS COMM., Op. 2011-02 (2011), *available at* http://www.sdcbal.org/index.cfm?pg=LEC2011_2 (stating that ethics rules bar attorneys from making ex parte friend request of a represented party or "deceptive" friend requests of unrepresented witnesses).

⁷⁷ In criminal litigation, the majority of evidence, electronic or otherwise, is collected by the government prior to trial, and Federal Rule of Criminal Procedure 16 does not require the government to produce such evidence unless it is being used in the government's case-in-chief. *See Warshak*, 631 F.3d at 327 (citing FED. R. CRIM. P. 16).

⁷⁸ Bkz: FED. R. CRIM. P. 17(c)(1).

⁷⁹ Bkz: FED. R. CRIM. P. 17(a), (c)(3).

⁸⁰ Bkz: 18 U.S.C. § 2703(a), (c) (2006).

aşabilen bir tanınmış sanık örneği olarak; 19 Ekim 2012 tarihinde mahkeme Trayvon Martin cinayeti davasında duruşma sırasında sanığın hakaretini tespit için Trayvon Martins’in Twitter ve Facebook kayıtlarını ve buna ek olarak Bay Martinin kız arkadaşının Twitter hesabına erişimini isteyen bir mahkeme emrine başkanlık etti⁸¹. Sırasına bakılmaksızın, Facebook ve Twitter mahkeme kararına aynı Twitter’ın People v. Harris davasında yaptığı gibi itiraz edebilir.

Bu zorluklara rağmen, davalılar kendilerini aklayacak sosyal medya delilleri bulmada yeni yöntemler kullanmayı deneyebilirler. Örneğin; Brady v. Maryland veya Giglo v. ABD davalarında bir kolluk görevlisi sosyal medya hesabına ait kayıtları elde edebildi⁸². Ayrıca mahkemelerde jüriler kurulur, tanıklar, veya üçüncü taraflar ibraz edebilir veya onların eşşiz ve görülmemiş yollarla sosyal medya bilgilerini kullanabilirler. Örneğin mahkemeler : (1) Bir jüri üyesini görevlendirip SCA’ daki istisnai durumdan faydalanarak Facebook’a jürilerin duvarında savunma avukatlarına yönelik paylaşımlar yapması için bir rıza formu düzenlettirebilir⁸³. (2) Bir tarafa Facebook profilinde önceki fotoğrafını değiştirmesi için emir verebilir böylece onun Facebook sayfası bir önceki gibi basılabilecektir⁸⁴. (3) Facebook’ta ilgilinin Facebook fotoğraf ve yorumlarının görüntülerini alabilmek için bir bireysel bir arkadaşlık önettirebilir⁸⁵. (4) Taraflara sosyal medya hesabının kullanıcı isimlerini ve şifrelerini değiştirmeleri emredilebilir⁸⁶. Sosyal medya deliline ulaşımında yeni yollar kabul edilebilir.

⁸¹ Erin Fuchs, *A Jury Will Likely Scrutinize Trayvon Martin’s Deleted Facebook and Twitter Accounts*, BUSINESS INSIDER (Oct.19, 2012, 2:56 PM), <http://www.businessinsider.com/zimmerman-can-subpoena-social-media-2012-10>.

⁸² Bkz: Brady v. Maryland, 373 U.S. 83, 87 (1963); Giglio v. United States, 405 U.S. 150, 153-54 (1972) (Bir tanığın güvenilirliği suçluluk veya masumiyet kararı konusunda belirleyicidir. Bu genel kural içerisinde önemli bir yer tutar.) “

⁸³ Juror No. One v. Cal., No. CIV. 2:11397 WBS JFM, 2011 WL 567356, at *1 (E.D. Cal. Feb. 14, 2011).

⁸⁴ Katiroll Co. v. Kati Roll & Platters, Inc., Civil Action No. 10 3620 (GEB), 2011 WL 3583408, at *4 (D.N.J. Aug. 3, 2011).

⁸⁵ Barnes v. CUS Nashville, LLC, No. 3:09cv00764, 2010 WL 2265668, at *1 (M.D. Tenn. June 3, 2010).

⁸⁶ Bkz: Örneğin. , Gallion v. Gallion, No. FA114116955S, 2011 WL 4953451, at *1 (Conn. Super. Ct. Sept. 30, 2011) (bir arkadaşlık sitesi ve Facebook’a şifre değişimi için komut verme.); McMillen v. Hummingbird Speedway, Inc., No. 113-2010 CD, 2010 WL 4403285 (Pa. Ct. Com. Pl. Sept. 9, 2010) (Davacı Facebook ve MySpace sitelerine oturum açma bilgilerini salt okunur olarak erişmek için emir veriyor).

Sanık, sosyal medya servis sağlayıcısı, bir tanığın kayıtları için veya mağdur ve sosyal medya şirketi mahkeme emrine SCA gereğince itiraz edebilir. Bu sayede daha önce var olan bir delili üretmek mümkün değildir.

VI. SOSYAL MEDYA DELİLİNİN KABUL EDİLEBİLİRLİĞİ

Sosyal medya kağıt evraklar gibi veya diğerk elektronik ortamda depolanmış bilgiler gibi delil olma anlamında aynı kurallara tabidir. Fakat sosyal medyanın benzersiz doğası bunun yanı sıra kolay manipüle edilebilirliği veya sahtelerinin oluşturulabilmesi anlamında diğerkleri ile karşılaştırılmaz⁸⁷. Sosyal medya delilini talep etme anlamında çeşitli zorluklar vardır. Sosyal medya bulunduğu, toplandığında ve üretildiğinde bu kabul edilebilirlik göz önüne alınmalıdır. Avukat için toplama ve üretim sürecinde bir tweetin, Facebook paylaşımı veya fotoğrafının kimlik doğrulaması nasıl olacak bunları anlamak önemlidir. Kimlik doğrulama yöntemlerine kişisel bilgiler ile (Onların yazdıkları, aldıkları veya kopyaladıkları) bir tanığa başvurmak dahildir. Bilgisayar kendisi görmek için eğer paylaşım için veya bilgiyi oluşturmak için kullanılmışsa veya bilgiyi muhafaza ve düzene sokma işine sahip sosyal medya şirketinden gelen bilgi edinme girişiminde arıyor.

Sosyal medyanın kabul edilebilirliği konusunda özellikle aynı zorluklarla karşılaşmakta olan mahkemenin soruşturma yürütürken ayrıca düşünmesi gerekir. ABD v. Stirling davasında, devlet el koyduğu sanığın bilgisayarına bir arama emri uyarınca ve harddiskten bir adli kopya elde etti⁸⁸. Devlet bu harddiski adli muayeneye tabi tuttu ve sanığın bilgisayarından tam 214 sayfa Skype görüşmesi indirdi. Bu eylem sabit disk üzerinde görünen dosyaları açarak olmamıştı. Fakat bu bilgiyi uzmanların yargılamana sonuna yakın bir zamanda yaptığı tanıklığa kadar savunma makamına vermemişti⁸⁹. Günlüklerin sanık

⁸⁷ Bkz: Örneğin. Griffin v. State, 19 A.3d 415, 424 (Md. 2011) (başka birisi tarafından taciz ve manipülasyon için sosyal medya sitelerinde potansiyel vardır).

⁸⁸ United States v. Stirling, No. 1:11-cr-20792-CMA, at 2 (S.D. Fla. June 5, 2012), *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.fuerstlaw.com/wp/wp-content/uploads/2012/06/altonaga-ordergranting-new-trial1.pdf>, see *U.S. District Court in Miami Orders New Trial Based on Discovery Violation for Electronically Stored Information*, FUERST ITTLEMAN DAVID & JOSEPH PL (June 25, 2012, 12:24 PM), <http://www.fuerstlaw.com/wp/index.php/25/u-sdistrict-court-in-miami-orders-new-trial-based-on-discovery-violation-for-electronicallystored-information/>.

⁸⁹ Aynı eser. at 2.

üzerinde yıkıcı bir etkisi vardı. Çünkü günlükler ile sanığın ifadeleri arasında çok ciddi çelişkiler vardı ve sanık mahkum oldu⁹⁰. Kısa bir süre içinde yeni bir yargılama yapılması görüşü mahkeme tarafından kabul edildi:

“Eğer bir sanık adli bilişim uzmanına ihtiyaç duyarsa ve disk ve sabit disk üzerindeki verileri okunabilir kılan bir programa ihtiyaç varsa o zaman sanık devlet tarafın böyle belirgin olmayan bilgilerin varlığından haber bulunduğu konusunda bilgilendirilmelidir. Bu tür durumlarda ve bilgisiz veya veri bilgisi araştırması tavsiyesiyle veya disk ve sabit disk üzerinde ek programlar uygulayarak yapılan veri üretimi kullanılabilir makul bir veri üretimi değildir. Aksine, gizli bir şekilde üretilmiştir böyle bir veri ve devlet bunun duruşmada kullanabilecek bir delil cephaneliği olduğunu bilmektedir⁹¹.”

Devlet ile birlikte savunma avukatları sosyal medya delillerinin kaynaklarını bulmak için ip bilgisi alma ile uğraşmaktadır. Mahkemeler büyük ölçüde kabul edilebilirlik noktasında hataya düşmektedir. Delili bu endişeler yüzünden terk ediyorlar. Delil sahibi gibi veya jüri üyelerine delillerin meşru olup olmadığı konusunda karar vermeleri için tek başına bırakıyorlar bu delilleri vermek gibi bir konu olmuş oluyor. Örneğin mahkemelerin sosyal medya delilini kabul noktasında bazı kuralları vardır: delillerin içeriği özgün ve yeterli işaretlerle kullanıcın özgün yaratımı olmalıdır⁹². Tienda v. State davasında, temyiz makamı savcılarını Myspace’i mahkemeye çağırdıktan sonra sanığı suçlu buldu⁹³. Özellikle eyalet yasaları sanığın MySpace profilindeki paylaştığı fotoğraflar, yorumlar ve hesabındaki mesajlar ve profil sayfasına yapıştırdığı

⁹⁰ Aynı eser.

⁹¹ Aynı eser. at 4-5.

⁹² Bkz. Örneğin. People v. Lesser, No. H034189, 2011 WL 193460, at *4, *6 (Cal. Ct. App. Jan. 21, 2011) (İnternet chat çözümlemesinin de memurun kesip yapıştırdığı parçalar kabul edilebilirlik için yeterli bulunmuştur.); People v. Valdez, 135 Cal. Rptr. 3d 628, 632- 33, 635 (Cal. Ct. App. 2011) (Sanık aktif bir çete üyesi olduğundan savcılığın kararı çete uzmanından alınan görüşe dayanıyordu. Sanığın MySpace sayfasının çıktılarında oluşturulan bir sergi denemesinin mahkeme tarafından doğru olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme bu çıktıların muhafazasına karar vermiştir.); People v. Fielding, No. C06022, 2010 WL 2473344, at *4-5 (Cal. Ct. App. June 18, 2010) (Sanık tarafından mağdura gönderilen ve mağdur tarafından doğrulanan. (ki bunları mağdur sanığın gönderdiğine inanıyordu) mesajlar çelişkiler içeriyordu. Bu mesajların sahip oldukları tutarsızlıklar yüzünden delil olma ağırlıkları yoktu. Mesajlar özgün değillerdi).

⁹³ Tienda v. State, 358 S.W.3d 633, 634-35 (Tex. Crim. App. 2012).

iki müzik linkini hesap ile ilişkilendirerek delil olarak değerlendirilmesine izin verdi⁹⁴. Ceza istinaf mahkemesi duruşmada kullanılan davaya bakan hakimın kararını onayladı ve MySpace profil bilgilerinin duruşmada kullanılmasının uygun olduğu sonucuna vardı çünkü bu bilgiler özgün işaretler taşıyordu ve istinaf makamına göre MySpace içerikten sorumluydu⁹⁵.

Yakın zamanda gerçekleşen bir başka olayda, bir sanık anlaşmazlık sonucu kız arkadaşına saldırmak suçundan mahkum edildi⁹⁶. Duruşmada savcı sanığın Facebook hesabından gönderilen kız arkadaşına onu affetmesini ve çok pişman olduğunu belirten mesajları açıkladı⁹⁷. Sanık bu Facebook mesajlarının reddetmiş ve hem kendisinin hem de kız arkadaşının Facebook hesaplarına erişiminin olduğunu savunmuştur⁹⁸. İtiraz üzerine mahkeme, elektronik haberleşmenin sonradan üretime ve manipülasyona açık olduğunu kabul etti. Özellikle sanığın hesabından gönderilen mesajların kız arkadaşı tarafından gönderilip gönderilmediğinin tespitini istedi⁹⁹. Bir başka örnekte Federal mahkeme sanığın MySpace sayfasından alınan ve onu elinde paralarla gösteren fotoğrafların silah ve uyuşturucu bulundurmaktan sabıkası bulunan sanık hakkında bir ön yargı oluşturacağı kararına vardı¹⁰⁰.

Teknolojinin artan karmaşıklığı, sosyal medyanın hızla yayılması ve güvenilirlik konusunda ki potansiyel zorluklar göz önünde bulundurulmalıdır. Sosyal medyada üzerinde kimlik doğrulama sorunları aşıldığında bu tür delillerin kabul edilirlilik sorunları aşılacaktır. Eğer bu problemler aşılamazsa taraflar arasında güçlü ihtilaflar devam edecektir. Bu karmaşa nihai anlamda suçluluk ve masumiyet arasındaki farklılıktan ileri gelmektedir.

⁹⁴ Aynı dava. at 635.

⁹⁵ Aynı dava. at 647.

⁹⁶ Campbell v. Texas, 382 S.W.3d 545, 546 (Tex. App. 2012).

⁹⁷ Aynı dava. at 551.

⁹⁸ Aynı dava.

⁹⁹ Aynı dava. at 549-50, 552.

¹⁰⁰ United States v. Drummond, No. 1:09-cr-00159, 2010 WL 1329059, at *2-3 (M.D. Pa. Mar. 29, 2010). (Sanık hakkındaki suçlamaları kabul etti. Ve Mahkeme fotoğrafların kabul edilebilirliğine ilişkin nihai kararını vermedi). Plea Agreement, *Drummond*, No. 1:09-cr-00159, 2010 WL7367722 (M.D. Pa. Nov. 29, 2010).

VII. JÜRİLER VE SOSYAL MEDYA

Duruşmada internet ve sosyal medyanın konusu ile ilgili ilk gündem kabul edilebilirlik noktasındadır. Bir diğer zor konu ise potansiyel jüri üyeleri hakkında ne gibi bilgiler elde edilebileceği hakkındadır. En az bir baro saptamıştır ki avukatlar bir jüri üyesi hakkında araştırma yaparken jüri üyeleri ile hiç temas etmeden, hiç iletişime geçmeden sosyal medya araçlarını kullanarak bu araştırmaları gerçekleştirebilmektedir¹⁰¹. Bununla birlikte avukatlar eğer araştırma sonucu jüri ile iletişime geçeceklerse bu araştırmayı yapamazlar¹⁰². Üçüncü taraflar yarına yapılan çalışmalar veya bir avukat adına yapılan çalışmalar avukatların kısıtlarına uygun olarak yapılmalıdır ve diğer benzeri savunma avukatı üzerindeki bir soruşturmada sosyal medya kullanımı sınırlayan yukarıda tartışılan etik kısıtlar vardır. Bir avukat veri elde etmek için bir jürinin web sitesini, sayfasını aldatarak erişim sağlamak için kullanamaz¹⁰³.

En yeni ve zorlu sosyal medya trendleri jürilerin kablosuz iletişim araçları kullanıp sanığın sabıka kaydına bakmasıyla ilgilidir. Davada kendi soruşturmasını yürütmek, dava ile ilgili görüşlerini sosyal medya sitesinden paylaşmak, veya taraflara, (avukatlar, tanıklar veya yargıçlar gibi) bu sitelerde arkadaşlık teklifi göndermek gibi sorunlu durumlar oluşmaktadır. Bazı durumlarda bu davranışlar hatalı yargılamaya ve kanaatlerin bozulmasına yol açmıştır¹⁰⁴. Diğer örneklerde, bu tip davranışlar mahkemeler jüri üyelerinin eylemleri üzerindeki etkisini belirlemek için uzun oturumların yapılmasına sebep olmuştur. Örneğin, in *Sluss v. Commonwealth*, davasında sanık işlediği cinayete, ve

¹⁰¹ *Bkz.* N.Y. STATE BAR ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 2012-2, at 5 (2012) *Buradan ulaşılabılır:* 2012 WL 2304271; *Bkz.* N.Y. CNTY. LAWYERS' ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 743 (2011), *Buradan ulaşılabılır:* http://www.nycla.org/siteFiles/Publications/Publications1450_0.pdf; *Sluss v. Commonwealth*, 381 S.W.3d 215, 227- 28 (Ky. 2012) (Newyok Eyaleti avukatlar birliği tarafından getirilen model benimsenmiştir.).

¹⁰² N.Y. STATE BAR ASS'N COMM. ON PROF'L ETHICS, Formal Op. 2012-2, *supra* note 101, at 5 (bir avukat bilmeden ve istemeden bir jüri ile iletişim kursa, bu tür bir davranış profesyonel davranış kuralları ile çatışmaktadır).

¹⁰³ Aynı eser. at 6-7.

¹⁰⁴ *Bkz.* *Dimas-Martinez v. State*, 385 S.W.3d 238, 246, 247, 249 (Ark. 2011) (cinayetten mahkumiyet kararı bozuldu ve yeni bir duruşma için çağrıldıklarında bir jüri üyesi şöyle bir tweet attı: Seçimler yapıldı. Kalpler kırıldı. Ana hatlarıyla büyük çizgiyi tanımladık. Üye daha sonra "bitti" diye jüri kararından önce tweet attı.)

saldırı ile ilgili olarak temyize gitmişti ve iki jüri üyesinin delilleri tahrif ettiği ileri sürmüştü. Birisi ön tarafta oturan jüriye mahkemenin jüriyi ehliyetleri bakımından sorguladığı sırada yardım etmişti. Ve onlar kurbanın annesi ile Facebook arkadaşları idiler¹⁰⁵. Kentucky Yüksek Mahkemesi, Facebook'ta arkadaş olmanın tek başına yeterli olmadığı buradaki dostlukların yüzeysel olabileceği gibi önyargıları kanıtlayan bir yapıyada sahip olabileceğini belirtip. Hükmü bozmuş ve dosyayı geri göndermiştir. Gerekçe olarak ta duruşmanın başlangıcında jüri üyelerinin sosyal aktivitelerine dikkat etmeleri gerekliliği yerine getirmemeleri göstermiştir.¹⁰⁶. Son olarak, sosyal medyanın uygunsuz kullanımı avukatların ve jüri üyelerinin sert cezalar almasına yol açtı¹⁰⁷.

Hem yasama organı hem de mahkemeler bu son trendlere cevap vermeye çalıştılar. Örneğin, Kaliforniya'da jüri üyelerinin mesajlaşma gibi sosyal medya ve internet kullanamayacaklarına dair yeni bir tüzük kabul edildi. Twitter, Facebook ve internet araştırmaları ile olaylar hakkında bilgi sahibi olmak veya sahibi olduğu bilgileri yaymak yasaklandı. Ve bu tip davranışlar sivil itaatsiz-

¹⁰⁵ *Sluss*, 381 S.W.3d at 220-22.

¹⁰⁶ Aynı dava. at 223, 228-29; see also U.S. v. Ganius, Crim No. 3:08CR224(EBB), 2011 WL 4738684, (D. Conn. Oct. 5, 2011). Ganius'ta sanık yeni bir duruşma için ceza almasının arifesinde sözde jüri usulsüzlüklerini gerekçe göstererek harekete geçti. Id. at *1. Bir jüri üyesi Facebook sayfasında çeşitli yorumlarda bulunmuştu. "Yarın jüri görevim var. Birilerini asabilirim... Sabırsızlanıyorum...delil sunumu öncesi. 3 haftalık jüri görevim bugün bitiyor. Öğle yemeği molası çok uzundu. Id. at *2. Karar gününde de o "suçlu" diye yazmıştır. Ve Facebook arkadaşlarından birisi olarak bir jüri üyesini eklemiştir. Id. Birlikte ele alındığında, sanık ön yargılı bir jüri seçildiği gerekçe göstererek tartışmıştır. Ve 6. Değişiklik hakkını kullanmak istemiştir. Id. at Jüri üyesi sorgulandığında bu yazıların bir şaka olduğunu ve kendisinin adil ve tarafsız bir jüri olduğunu söylemek zorunda kalmıştır. U.S. v. Ganius, Crim No. 3:08-CR-00224- EBB, 2011 WL 4738684, *3 (D. Conn. Oct. 5, 2011). Mahkeme jüri üyesinin bu ifadelerini dürüst buldu ve sanığın değişiklik talebini reddetti. See id. at *4.

¹⁰⁷ Bkz. John Barry, *Hillsborough Judge Vows to Send Prospective Juror to Jail*, TAMPA BAY TIMES, Oct. 11, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.tampabay.com/news/courts/criminal/hillsborough-judge-vows-to-sendprospective-juror-to-jail/1255802>; Robert Eckhart, *Juror Jailed Over Facebook Friend Request*, HERALD-TRIBUNE, Feb. 16, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.heraldtribune.com/article/20120216/ARTICLE/120219626> (bir mahkeme jüriyi facebooktan sanığa mesaj gönderdiği için 3 gün hapse mahkum etti. Daha sonra jüri görevi bitince sanığa Faxwcook'tan arkadaşlık isteğigönderdiği için kovduğunu ve bunu başardığını sanık paylaştı); David Ovalle, *Lawyer's Facebook Photo Causes Mistrial in Miami-Dade Murder Case*, MIAMI HERALD, Sept. 13, 2012, *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.miamiherald.com/2012/09/12/2999630/lawyers-facebook-photo-causes.html> (Bir Miami Hakimi bir cinayet davasında kamu avukatının mağdurun iç çamaşırılı fotoğrafını paylaştığı için işten çıkarılmasına izin verdi).

lik ve cezalandırılabilir olarak görülmüştür¹⁰⁸. 21 Ağustos 2012 tarihinde bir Adli Konferans Komitesi şöyle bir açıklama yaptı. Bu açıklamaya göre jürilerin oluşturulmasında yeni bir model benimsendi ve bu amaçla yeni talimatlar yayımlandı. Buna göre yargıçlar yeni gelen jüri üyelerini araştırma yapmalarını gerektiği hususunda uymalıdır, engellemeliler veya davalarıyla ilgili sosyal medya aracılığıyla iletişim kurmaları konusunda onları bu durumdan vazgeçirmelilerdir.¹⁰⁹.

Yayımlanan örnek talimat ifade ediyor ki:

“Biliyorum ki cep telefonları, Blackbery, internet ve diğer teknoloji araçlarını kullanıyorsunuz. Davanızla ilgili olarak telefon, e-posta, Blackbery, Iphone ve yazılı mesaj veya Twitterda, Blog veya websitesi ile, Facebook, Google+, MySpace, LinkedIn ya da Youtube kullanarak kimseyle iletişime geçemezsiniz. Benim burada bahsetmediğim hiçbir benzer sosyal medya aracını burada kullanamazsınız¹¹⁰.”

Konferansın komitesinin başkanı güncellenen kuralları şöyle vurguladı:

“Yargıçlara tavsiye edilmektedir ki jüri üyelerine duruşmadan önce sosyal medya yasağı hakkında sık sık uyarılarda bulunmalıdırlar ta ki dava sonuçlandığında, jüri üyelerinin evlerine döndükleri akşamın sonuna dek ve diğer zamanlarda uygun şekilde davranmaları gerektiğide hatırlatılmalıdır. Jüri üyelerine sosyal medya kullanımından kaçmanın adil bir yargılama için neden önemli olduğu anlatılmalıdır. Son olarak jüri üyeleri duruşma sırasında gerçekleştirilen bu ihlallerin ne gibi hatalı yargılama ve zaman kayıplarına sebep olduğu gibi sonuçlarını bilmelidir. Bu tavsiyeler bu kılavuzun bir parçasıdır¹¹¹.”

¹⁰⁸ Bkz. 2011 Cal. Stat. 181.

¹⁰⁹ Bkz. *Revised Jury Instructions Hope to Deter Juror Use of Social Media During Trial*, UNITED STATES COURTS (Aug. 21, 2012), <http://news.uscourts.gov/revised-juryinstructions-hope-deter-juror-use-social-media-during-trial>.

¹¹⁰ JUDICIAL CONF. COMM. ON COURT ADMIN. & CASE MGMT., PROPOSED MODEL JURY INSTRUCTIONS: THE USE OF ELECTRONIC TECHNOLOGY TO CONDUCT RESEARCH ON OR COMMUNICATE ABOUT A CASE 1 (2012), *Buradan ulaşılabilir*: <http://www.uscourts.gov/uscourts/News/2012/jury-instructions.pdf>.

¹¹¹ UNITED STATES COURTS, *supra* note 109.

VIII. SONUÇ

Sosyal medya delilinin soruşturma ve ceza davalarının kritik öneme sahip yeni bir sınırı olduğu inkar edilemez bir gerçektir. Sosyal medyanın bu kadar hızlı yaygınlaşmış olması her gün yeni veri depoları oluşturmaktadır. Sosyal medya şirketleri yeni iletişim tekniklerini piyasaya sürmekte, mahkemeler, devlet kurumları, uygulayıcılar ve sosyal medya şirketleri bu bilgileri mevcut delilleri için var olan yasal düzenlemeler içerisinde ve SCA'ya uygun olarak anayasal korumanın getirdiği sorumluklar ile birlikte nasıl muhafaza edeceklerini düşünmektedirler. Bu belirsizliğe rağmen kesin olan bir şey vardır. Devlet, soruşturmalarda derin, geniş ve tek taraflı araçlara sahiptir ve sosyal medya delili toplamaya soruşturma ve davalarında giderek artan derecede önem vermektedir.