

## CEZA MUHALEMESİNDE BİLGİSAYARLARDA, BİLGİSAYAR PROGRAMLARINDA VE KÜTÜKLERİNDE ARAMA, KOPYALAMA VE ELKOYMA (CMK m. 134)<sup>974, 975, 976</sup>

*Prof. Dr. Cumhur ŞAHİN*

### I. Genel Açıklamalar

Ceza muhakemesinin başlaması, sağlıklı bir biçimde ilerlemesi ve uyuşmazlığın çözümlenebilmesi için delillere ihtiyaç vardır. Delil elde etmenin ceza muhakemesi sürecinde çeşitli yol ve yöntemleri bulunmaktadır. Koruma tedbirlerinin önemli bir kısmı da aynı zamanda birer delil elde etme aracıdır. Teknolojinin toplum hayatında artan biçimde kullanılmasıyla ilişkili olarak, ceza muhakemesinde ispat bakımından sayısal-dijital-elektronik deliller gittikçe önemli hale gelmektedir.

Ceza muhakemesinde kullanılacak olan (elektronik) delillerin bilişim sistemlerinde araştırılması faaliyeti, bir yönü itibariyle, CMK m. 134’de “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” olarak ifade edilmektedir (ayrıca bkz. Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m. 17). Bu yönüyle hüküm, özel bir arama ve elkoyma düzenlemesidir.

Delil elde etme aracı olmayanlar da dahil olmak üzere, koruma tedbirlerinin uygulanmasıyla, aynı zamanda kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale de edilmektedir. CMK madde 134 uygulamasıyla da özel hayatın gizliliği<sup>977</sup>, haberleşmenin gizliliği, kişisel

---

974 Prof. Dr. Cumhur Şahin, Ankara HBV Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

975 ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0612-6486>

976 Bu çalışma Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından 30 Nisan 2019 tarihinde gerçekleştirilmiş bulunan “Ceza Hukuku ve Veri Koruma Boyutuyla Bilişim Hukuku Sempozyumu”nda tebliğ olarak sunulmuştur.

977 AİHM bilgisayarlarda yapılan arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri yoluyla bireyin özel hayatına, kişisel verilerine ve haberleşmesine yönelik müdahaleleri AİHS m. 8’de ifadesini bulan özel hayatın ve aile hayatının korunması bağlamında ele almaktadır. Bu konuda kararlar için bkz. YAŞAR, Yusuf/DURSUN, İsmail, “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Koruma Tedbiri”, MÜHFD-HAD, C.19/3, s. 30-32.

verilerin korunması, ticari sırlar, bilimsel sırlar, basın özgürlüğü, ifade özgürlüğü, mülkiyet hakkı<sup>978</sup> gibi çeşitli değerlere ilişilebilmektedir<sup>979</sup>.

Dijital delilin elde edilmesi işi, teknik bir disiplin olarak adli bilişimin konusudur. Sayısal verilerin aranması ve bu verilerden ceza muhakemesinde kullanılmak üzere delil elde edilmesine ilişkin standartlar ve süreçlerden söz edilmekle birlikte, bunlar ülkemizde henüz tamamlanmadığı için sayısal verilere yaklaşım konusunda kurumsal yaklaşım yerine kişiye bağlı yaklaşımların söz konusu olduğu, buna bağlı olarak da verilerin elde edilemediği veya usulüne uygun elde edilmediği söylenmektedir<sup>980</sup>.

Maddede geçen “bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri” terimleri yerine yaygın olarak “bilişim sistemi” terimi kullanılmaktadır. Bilgisayar kavramı teknolojik gelişmelere bağlı olarak yorumlanmalıdır<sup>981</sup>. Veri depolayan ve işleyen tüm cihazlar bu

---

978 Konunun mülkiyet hakkı bağlamında tartışıldığı da vardır. “Somut olayda başvuru şirketinin bazı evrakı ve bilgisayar kütükleri hakkında, delil olduğu şüphesiyle ceza soruşturması sırasında Sulh Ceza Hakiminin kararma istinaden el koyma tedbiri uygulanmıştır. // Anayasa Mahkemesi daha önce bir suç isnadına bağlı olarak uygulanan el koyma tedbirinin, mülkten geçici süreyle de olsa yoksun bırakma sonucuna yol açtığından dolayı mülkiyet hakkına müdahale teşkil ettiğini kabul etmiştir. Diğer taraftan somut olayda başvuru şirketinin eşyasına bir ceza soruşturması sürecinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla ve delil olduğu şüphesiyle el konulmuştur. Bu durumda müdahalenin belirtilen amacı da gözetildiğinde mülkiyetin kamu yararına kullanımının düzenlenmesine ilişkin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir. // Anayasanın 13. ve 35. maddelerine göre mülkiyet hakkına yapılan bir müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için, müdahalenin kanuna dayanması, kamu yararı amacı taşıması ve ayrıca ölçülülük ilkesi gözetilerek yapılması gerekmektedir. // Başvuru konusu olayda el koyma tedbirinin 5271 sayılı Kanununun 127. ve 134. maddelerine dayanılarak uygulandığı görülmektedir. Bu hükümlerin öngörülebilir, açık ve ulaşılabilir mahiyette olduğunda tereddüt bulunmamaktadır. Dolayısıyla müdahalenin kanunilik koşulunu taşıdığı anlaşılmaktadır. // Ayrıca bir suç şüphesiyle başlatılan ceza soruşturması sırasında maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla uygulandığı anlaşılan el koyma tedbiri yönünden mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin kamu yararına dayalı meşru bir amacının olduğu sonucuna ulaşılmaktadır. // Orantılılık yönünden ise ilk olarak el koyma tedbirinin Sulh Ceza Hakimisi tarafından verildiğine ve başvuru şirketinin ise bu karara karşı etkin bir biçimde itiraz imkanı bulamadığına dair açık bir şikayetin bulunmadığına değinmek gerekir. Bunun yanında el koyma tedbirine yönelik olarak yargısal makamların kararlarının makul bir değerlendirme içermediği veya keyfi olduğu da başvuru şirketinin tarafından ortaya konulamamıştır. // Sonuç olarak bir ceza soruşturması kapsamında maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla başvuru şirketinin eşyası hakkında el koyma tedbirinin uygulandığı olayda, mülkiyet hakkına yapılan müdahalenin - mevcut aşama itibarıyla - Anayasanın 35. maddesinde öngörülen güvenceler sağlandığından dolayı kamu yararı ile karşılaştırıldığında başvuruya şahsi olarak aşırı bir külfet yüklenmediği değerlendirilmiştir. Buna göre başvuru şirketinin mülkiyet hakkının korunması ile müdahalenin kamu yararı arasında olması gereken adil denge bozulmamış olup mülkiyet hakkına yapılan müdahale ölçülüdür. Bu durumda başvuru şirketinin mülkiyet hakkının ihlal edilmediği açıktır.” (AYM, Gaye Özel Eğitim İnşaat Bilişim Yemek Dağıtım Tic. A.Ş., B. No: 2015/19961, 26.12.2018, p. 32, 34, 35-37, 40, 42).

979 Bu nedenledir ki, temel hak ve özgürlüklere ağır müdahale sonucu doğuran benzer koruma tedbirlerinde olduğu gibi burada da ölçülülük ilkesine uygun bir suç sınırlaması getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. YAŞAR/DURSUN, s. 10).

980 DEĞİRMENCİ, s. 454.

981 Dar yorum, maddede sayılmadığı için bu tür cihazlarda veri aramaya genel soruşturma yetkisi veren düzenlemeler (CMK m. 160-161) çerçevesinde başvurulması sonucunu doğuracaktır. Başta özel hayat olmak üzere temel hakların daha etkin korunabilmesi, sorunun m. 134 kapsamında ele alınmasını gerektirmektedir. (Sınırlayıcı hükmü dar yorumlamak burada çözüm değildir. Bu tür hükümlerde dar yorumun amacı temel hak ve özgürlüklere orantısız müdahaleyi engellemektir. Oysa burada dar yorumlarsak asıl o zaman temel haklara ölçüsü müdahaleden söz edilecektir). (Değirmenci)

kapsamdadır. Akıllı telefon (bylock kararları gibi), yazıcı, faks cihazları gibi. Bilgisayar kütüğü teriminden ise, sabit ya da taşınabilir her türlü veri taşıyan ve depolamaya yarayan araçlar anlaşılmalıdır<sup>982</sup>. Yargıtay kararlarında da CMK m. 134 kapsamında; “CD, DVD, flash bellek, disket, harici ve dahili harddisk, bilgisayar özelliği içeren noktaları bakımından akıllı telefon ve benzerleri”nden söz edilmektedir<sup>983</sup>.

### III. Tedbirin Uygulanma Şartları

Maddenin uygulanabilmesi bazı şartlara tabi kılınmıştır. Başka surette (suretle) delil elde etme imkanının bulunmaması şartı, 5271 sayılı Kanunun ilk halinde tek şart olarak yer almakta idi. Ayrıca tedbire karar verme yetkisi de sadece hakime aitti.

İlk olarak 21.2.2014 tarihli ve 6526 s. K (m. 11)<sup>984</sup> ile yapılan değişiklikle, “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı” ayrı bir şart olarak eklenmiştir.

25.7.2018 tarihli ve 7145 s. Kanun ile (m. 16)<sup>985</sup> tedbire karar verme bakımından Cumhuriyet savcısı da yetkili kılınmıştır.

Bahse konu değişikliklerle<sup>986</sup> birlikte, tedbire başvurabilmek için yeni bir şart öngörülmüş, tedbire karar vermeye de iki makam-merci yetkili kılınmıştır.

1) 134. maddenin uygulanabilmesi için, her şeyden önce, kuvvetli suç şüphesinin bulunması gerekmektedir. Kuvvetli şüphe, mahkumiyetin çok yüksek bir ihtimalle gerçekleşeceği durumlarda söz konusu olur. Koruma tedbirlerinin önemli bir kısmında aranan bu şüphenin somut delillere dayanması gerekir<sup>987</sup>.

---

982 **DÜLGER**, s. 549.

983 Yargıtay 16. CD, 21.9.2017, 2015/2056-2017/5023.

984 21.2.2014 tarihli ve 6526 sayılı Kanunun 11 inci maddesiyle, bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “soruşturmada,” ibaresinden sonra gelmek üzere “somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve” ibaresi eklenmiş ve dördüncü fıkrasında yer alan “İstemesi halinde, bu” ibaresi “Üçüncü fıkraya göre alınan” şeklinde değiştirilmiştir.

985 **MADDE 16-** 5271 sayılı Kanunun 134 üncü maddesinin birinci fıkrasında yer alan “Cumhuriyet savcısının istemi üzerine” ibaresi “hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından” şeklinde değiştirilmiş, fıkrada yer alan “hâkim tarafından” ibaresi madde metninden çıkarılmış, fıkraya aşağıdaki cümleler eklenmiş ve ikinci fıkrasına “bilgilere ulaşılamaması” ibaresinden sonra gelmek üzere “ya da işlemin uzun sürecek olması” ibaresi eklenmiştir.

“Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar yirmi dört saat içinde hâkim onayına sunulur. Hâkim kararını en geç yirmi dört saat içinde verir. Sürenin dolması veya hâkim tarafından aksine karar verilmesi hâlinde çıkarılan kopyalar ve çözümü yapılan metinler derhâl imha edilir.”

986 Maddede yapılan değişiklikler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **DEĞİRMENCİ, Olgun**: “Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (CMK m. 134) 7145 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi”, Terazi, Aylık Hukuk Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 147, Kasım 2018, s. 146 vd.

987 Burada şüphe sebebi ile kastedilenin delile dayalı bir şüphe sebebi, kısaca delil olduğu tartışmasızdır. Nitekim Anayasa Mahkemesine göre de, “suçlamanın kuvvetli sayılabilecek inandırıcı delillerle desteklenmesi gerekir.

Basit ve herhangi bir olguya dayanmayan şüphe halinde bu tedbire karar verilemez. Başka bir ifadeyle, sadece soyut şüphe yeterli olmamakta, karar verebilmek için, olaylara, somut delillere dayanan, belli bir yoğunluğa ulaşmış şüphe aranmaktadır.

Kuvvetli şüphe, kişinin suçu işlediği hususunda yüksek bir ihtimali gerektirmektedir. Yargılama sonunda sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise, kuvvetli suç şüphesinin varlığından söz edilebilir. Bu şüphe, makul şüphenin ötesine geçen, bir suçun işlendiği yönünde çok güçlü işaretler taşıyan bulgulara yönelir.

Kuvvetli şüpheyi, hem şüphelinin soruşturma konusu suçu işlediği yönünde, hem de üzerinde arama yapılacak bilgisayarda suç delillerinin bulunacağı yönünde kuvvetli şüphe olarak anlamak gerekir<sup>988</sup>.

Madde metnine yapılan ekleme ile inceleme konusu koruma tedbirinin uygulanması zorlaştırılmak istenmiştir. Ancak, genel arama ve elkoymada aranan şartın yeterli olması da uygun olabilirdi. Nitekim 2014 yılı değişikliğine kadar, şüphe derecesi bakımından maddede herhangi bir ifade yer almamakta idi.

2) Başka surette delil elde imkanının bulunmaması şartı, bir bakıma bu tedbirin son çare olarak uygulanmasını gerektirmektedir. Başka surette delil elde etme imkanının bulunmaması, mutlaka her zaman önce temel hak ve özgürlüklere daha hafif müdahaleyi gerektiren delil elde etme yöntemlerine başvurulmasını zorunlu kılmaz. Diğer delil elde etme yöntemlerine yönelindiğinde artık hiç delil elde edememe tehlikesinin söz konusu olduğu durumlarda da başka surette delil elde imkanı bulunmayabilir.

Nitekim mevzuatta da, benzer bir şekilde; “*soruşturma veya kovuşturma sırasında diğer tedbirlere başvurulmuş olsa bile sonuç alınamayacağı hususunda bir beklentinin varlığı veya başka yöntemlerden biri veya birkaçının uygulanmasına rağmen delil elde edilememesi ve delillere ancak bu yönetmelikte düzenlenen tedbirlerle ulaşılabilecek olması*” başka surette delil elde edememe olarak tanımlanmıştır<sup>989</sup>.

Bu şartın arandığı tedbirlere konu suçlarda esasen en başından itibaren başka surette delil elde imkanının bulunmamasından söz edilebilir.

---

*İnanırcı delil sayılabilecek olgu ve bilgilerin niteliği büyük ölçüde somut olayın kendine özgü şartlarına bağlıdır*” (AYM, Hikmet Kopar ve diğerleri (GK), B. No: 2014/14061, 8.4.2015, p. 78).

988 **ÖZEN, Muharrem/ÖZOCAK, Gürkan**: “Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi”, Ankara Barosu Dergisi, 2015/1, s. 62.

989 Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi, Gizli Soruşturmacı ve Teknik Araçlarla İzleme Tedbirlerinin Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, m.4/c.

3) Karar şartı: Tedbire hakim veya gecikmede sakınca halinde Cumhuriyet savcısı karar verir. Cumhuriyet savcının kararı hakim onayına tabidir. Hakim kararına (veya onayına) itiraz edilebilir (CMK m. 267).

Arama ve elkoyma kararı doğrudan CMK 134. madde için olabileceği gibi, 119 ve 127. maddeler uyarınca verilen genel arama-elkoyma kararı üzerine yapılan aramalarda bilgisayarlar da elkonabilir. Elkonulan bilgisayarlar da ayrıca aramaya ihtiyaç duyulmakta ise, inceleme yapabilmek için ayrıca karar gerekir.

Genel arama-elkoyma kararına istinaden yapılan konut-işyeri aramasında oradaki bilgisayar, telefon gibi CMK m. 134'e tabi sistemlerde arama yapılamaz; ya karar baştan bunları da kapsamalı ya da bunlara tesadüf edildiğinde, incelemeye ihtiyaç duyuluyorsa, bunun için ayrıca karar alınmalıdır. Buna karşılık CMK m. 134 uyarınca verilen bir kararla, cihaza ulaşabilmek için ve bulmayı sağlamaya yetecek ölçüde, onun bulunduğu yerlerde de arama yapılabilir<sup>990</sup>.

Uygulamada da bu şekilde hareket edilmektedir:

“Somut olayda ... Cumhuriyet Başsavcılığının yazılı talimatı uyarınca başvuru konutu ve işyerinde yapılan arama sırasında ele geçirilen ve suç delili olabileceği değerlendirilen bilgisayar, tablet, CD ve cep telefonu gibi bazı dijital materyallere el konulmuştur. ... Sulh Ceza Hakimliği 16/7/2016 tarihinde, bu dijital materyaller üzerinde arama yapılmasına -5271 sayılı Kanun'un 134. maddesine göre- izin verilmesine karar vermiştir”<sup>991</sup>.

“Sanık tarafından işletilen iki ayrı işyerinde arama yapılmasına karar verilmesine karşın, aynı işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesine olanak tanıyan hükümlere göre verilmiş bir arama kararı bulunmadığı anlaşılmakla, işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde yapılan arama sonucunda elkonulan ve içerisinde müşteki firmaya ait lisanssız yazılımların olduğu belirtilen harddiskler ve CD'ler hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükme esas alınamayacağından” (Yargıtay 19. CD, 6.5.2015, 2015/2092-1175).

Aynı değerlendirmeler, hem telefon hem bilgisayar işlevi gören yeni teknoloji (akıllı) cep telefonları bakımından da geçerlidir; salt telefon işlevine yönelik arama-elkoyma işlemi için CMK m. 119, 127 uygulanabilecekken, bilgisayar işlevine yönelik arama-elkoyma CMK m. 134 hükmüne tabidir<sup>992</sup>.

---

990 Kararda bu hususların açıkça belirtilmesi ve konut-işyeri için de geçerli olacak şekilde karar oluşturulması uygun olur.

991 (AYM, *Alpaslan Altan* (GK), B. No: 2016/15586, 11.1.208, p. 89).

992 Ancak günümüzde, gelişen teknoloji ile birlikte, elektronik donanımı düşünüldüğünde birçok cep telefonu bilgisayardan farksız olup, bir bilgisayarla yapılabilecek her şey (İnternet bağlantısı, e-posta haberleşmesi, kelime

“şüpheli üzerine durdurulan sanığın cep telefonunun Cumhuriyet savcısının emri ya da mahkeme kararı olmadan kolluk görevlileri tarafından incelendiği ve telefonda, müştekiye ait çalıntı motosikletin fotoğrafının telefonda K ismiyle kayıtlı bir kişiye gönderildiğinin tespiti üzerine sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmiş ise de; işlevi itibarıyla bilgisayar niteliğinde olan cep telefonu üzerinde inceleme yapılabilmesi için CMK'nın 134. maddesi uyarınca hakim kararı alınması gerektiği bu kararın alınmaması sebebiyle arama ve incelemenin yasaya aykırı olduğu ve bu delilin mahkumiyete esas alınmayacağı” (Yargıtay 17. CD, 15.2.2017, 2015/27517-2017/1716).

#### IV. Düzenlemenin Kapsamı ve Uygulama Alanı

134. maddede arama, kopyalama ve elkoyma işlemlerinden söz edilmektedir.

Birinci fıkra genel şartları ve aramayı düzenleyen genel kural olup, elkoymadan söz etmemektedir. Burada ve 5. fıkrada ayrıca kopyalama işlemi düzenlenmektedir. 2. fıkra (ve 3, 4. fıkralar) esasen alıkoymasız elkoymayı, istisnaen de klasik elkoymayı düzenliyor. 5. fıkra 2. fıkrada açıkça zikredilmeyen alıkoymasız elkoymayı tekraren düzenliyor. Doğrusu, 5. fıkrayı 2. fıkranın ilk cümlesi diye okumak lazım. Kural bu olacak, mevcut 2. fıkra da, “Ancak” diye başlayacak ve istisnayı düzenlemiş olacaktır<sup>993</sup>. Fakat 2. fıkra mutlaka bilgisayardaki bütün verilen kopyalanması ve bir imaj alma zorunluluğu getirdiği halde, 1. ve 5. fıkralarda sadece soruşturulan suçla bağlantılı verilerin kopyalanması yeterli olacak, soruşturmaya ilgisi bulunmayan bilgisayardaki tüm verilerin kopyalanması gerekmeyecektir<sup>994</sup>.

işlemci programlarının kullanımı, veri saklanması vb.) yeni teknoloji cep telefonlarıyla da yapılabilmektedir. Ne var ki, bir suç şüphesinin var olduğu durumlarda, bilgisayarlardan farklı olmak üzere, cep telefonlarına kolluk amirinin yazılı emriyle el konulabilmekte ve bu el koyma işlemi esnasında hiçbir şekilde yedekleme vb. önlemlere başvurulmamaktadır. Hiç şüpheli yok ki, uygulamadaki bu sorun, yukarıda bahsettiğimiz temel hak ve özgürlüklere doğrudan zarar verici nitelikte olup, kişilerin kişisel verilerinin ve özel hayatlarının gizliliğine de evrensel hukuka aykırı bir biçimde müdahale anlamına gelmektedir. Cep telefonlarına el konulması ile ilgili olarak, şöyle bir ayırım yapılması doğru olacaktır: i. Eğer cep telefonunda yapılan arama – elkoyma işlemi, cihazın telefon özelliği ile ilgiliyse; örneğin, konuşma veya mesaj kayıtları incelenecekse, bu durumda genel arama hükmü olan CMK m. 119; ii. Yapılan arama – el koyma 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 (**ÖZEN/ÖZAOCAK**, s. 69-70). 993 “134. maddenin 1. fıkrasının metninde açıkça anlaşıldığı üzere bu tedbir kural olarak; şüphelinin kullandığı bilişim sistemlerinde arama yapılması, sistemdeki verilerin kopyasının çıkarılması ve kayıtların çözümünün yapılması haline getirilmesini içermektedir. 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 gerekir. // 134. maddenin 2. fıkrasında ise 1. fıkranın istisnası olarak el koyma tedbiri düzenlenmiştir. 5. Fıkra da ise yukarıdaki düzenlemelerle çelişki yaratan bir fıkraya yer verilmiştir. Çünkü yukarıda belirttiğimiz üzere bilişim sistemlerinden delil elde edilmesinde kural, bilişim sisteminin olduğu yerde arama yapılması ve sistem verilerinin kopyalanmasıdır; el koyma ise istisnadır. Oysa bu fıkradaki düzenlemede sanki el koyma kuralı, bu tedbir uygulanmadan sistemin olduğu yerde kopyasının alınması istisna imiş gibi bir anlam çıkmaktadır. Dolayısıyla bu fıkra gereksiz yere maddede yer alan ve anlam karışıklığına yol açan bir düzenlemedir. (**DÜLGER**, s. 552).

994 YASAR/DURSUN, s. 14.

Arama şüphelinin (ve sanığın) kullandığı bilgisayar, bilgisayar programı ve kütüklerinde yapılabilir. Kullanılan bilgisayar suç şüphesi altında olmayan kişilere ait olsa da (CMK m. 117) arama yapılması mümkündür. Keza, maddede açıkça ifade edilmemekle birlikte, mağdura karşı işlenen suçlarla sınırlı olmak üzere, onun bilgisayarında bulunan delillere ulaşabilmek için mağdurun bilgisayarında da arama yapılabilirdir. Ancak bu son durum CMK m. 134 kapsamında değerlendirilecek bir husus değildir.

İkinci fıkrada yer alan istisna hükmünün kural gibi yaygın bir biçimde kullanıldığı ifade edilmektedir. Kanun, bilgisayarları ve bilgisayar kütüklerini bulunduğu yerden alıp götürmeksizin delile ulaşmanın mümkün olması halinde, sistemdeki verilerin kopyasının alınmasını öngörmektedir (CMK m. 134/2, 5). Bu durumda, tamamen veya kısmen kopyası alınan veriler kağıda yazdırılarak<sup>995</sup>, bu husus tutanağa kaydedilecek ve ilgililer tarafından imza altına alınacaktır.

Buna karşılık; bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütüklerine şifrenin çözülememesinden dolayı girilememesi veya gizlenmiş bilgilere ulaşamaması ya da işlemin uzun süreceği olması<sup>996</sup> halinde ise, çözümün yapılabilmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesi için, bu araç ve gereçlere elkonulabilir (CMK m. 134/2).

Bilgisayar veya bilgisayar kütüklerine elkoyma işlemi sırasında, sistemdeki bütün verilerin yedeklenmesi yapılır. Şüphelinin veya vekilinin herhangi bir talebi olmasa dahi alınan yedekten bir kopya çıkarılarak şüpheliye veya vekiline verilir ve bu husus tutanağa geçirilerek imza altına alınır (CMK m. 134/3, 4). Yedeğin bir kopyasının savunma makamına verilmesinin zorunlu kılınması suretiyle, alınan yedek üzerinde sonradan müdahalede bulunulduğu iddiası önlenmek istenmektedir.

Şifrenin çözümünün yapılması ve gerekli kopyaların alınması halinde, elkonulan cihazlar gecikme olmaksızın iade edilir (CMK m. 134/2).

Kanundan farklı olarak Yönetmelikte, yedekleme işleminin; “bilgisayar ağları ve diğer uzak bilgisayar kütükleri ile çıkarılabilir donanımları hakkında da uygulanacağı (17/3) belirtilmiştir. Kanunda ismi geçmeyen bazı cihazların Yönetmelikte zikredilmesinin, hükmün açıklığa

---

995 “Hükmün 5. Fıkrasındaki “kopyalanan verilerin kağıda dökülmesi” gibi uygulanması hem gereksiz, hem de bazen maddi olarak imkansız (tele baytlarca verinin kağıda dökülmesi gibi) kuralların yapılacak yeni düzenlemede yer almaması gerekmektedir” (ÖZEN/ÖZOCAK, s. 70).

996 25.7.2018 tarihli ve 7145 sayılı Kanunla (m. 16) işlemin uzun süreceği olması da bilgisayara elkoyma sebepleri arasında sayılmıştır. Bu husus ilk olarak olağanüstü hal döneminde kabul edilen 668 sayılı KHK’da (m. 3) yer almaktaydı.

kavuşturulması mı yoksa kapsamının genişletilmesi mi olduğu hususu tartışılabilir. Bize göre burada bir genişletme yoktur. 134. madde kapsamına hangi cihazların girdiği ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ilerde gireceği, normun amacına bakılarak belirlenecektir. Ayrıca bunların her birinin tek tek Yönetmelikte zikredilmesi de gerekmez. Nitekim yeni teknoloji (akıllı) telefonlar da mevzuatta bir yerde zikredilmemektedir.

Maddede sadece “soruşturma”, “hakim”, “Cumhuriyet savcısı” ve “şüpheli” den söz edilmekte, buna karşılık; “kovuşturma”, “mahkeme” ve “sanık” kavramlarına yer verilmemektedir. Bu durum, bu koruma tedbirine sadece soruşturma evresinde başvurulabileceği izlenimini doğurmaktadır. Bu bakımdan aslında ceza muhakemesi sistemi ile çelişmemektedir. Çünkü CMK delillerin asıl olarak soruşturma evresinde toplanmasını öngörmektedir. Bununla birlikte, yargılama sırasında delil toplanmasını engelleyen bir hüküm bulunmadığından, hatta mahkeme re’sen araştırma yetkisine sahip olduğundan, kovuşturma evresinde de bu tedbire başvurulabilmesi mümkün olmalıdır.

Aramada hazır bulunabileceklerle ilgili olarak CMK. m.134’te açık bir hüküm bulunmamaktadır. 134/4’de zikredilen şüphelinin “vekili” bir hukukçu değil onu temsil eden esasen aileden birisidir. Müdafinin durumu da dahil olmak üzere, hazır bulunma konusunda genel aramaya ilişkin CMK m. 120 uygulanabilir.

Bilgisayarlarda arama avukat bürosunda yapılmakta ise, arama ve elkoyma 130. maddede düzenlenmektedir.

Arama sonunda verilecek belgeye ilişkin olarak da, genel aramaya ilişkin 121. madde hükümleri uygulanmalıdır. Kopyalamada da, kopyası alınan verilerin mahiyeti hakkında tutanak tanzim edilir ve tutanağın bir sureti de ilgiliye verilir<sup>997</sup>.

Arama sırasında başka bir suça ilişkin delile tesadüf edilmesi halinde CMK m. 138/1 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Elkonulan “eşyanın” iadesine ilişkin CMK m. 131 madde de uygulama alanı bulur.

Müsadere konusuna madde dolaylı olarak temas etmektedir. Asıl olan, cihaza elkoymaksızın delil elde edilmesi gerekmekte (CMK m. 134/1, 2, 5), elkonulduktan sonra da gerekli kopyaların alınması üzerine bilgisayarın gecikmeksizin iade edilmesidir (CMK m. 134/2; KHK 668/3-1-j). Zira burada elkoyma bakımından önemli olan eşyalara elkonulması değil verilere elkonulmasıdır. Ayrıca, her koruma tedbiri gibi bu da geçicidir.

---

997 Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği m.17/5.



Ancak müsaderecinin gerekli olduğu durumlar da olabilir<sup>998</sup>. Bu durumda da, TCK m. 54/5’de yer alan “Bir şeyin sadece bazı kısımlarının müsadereci gerektiğinde, tümüne zarar verilmeksizin bu kısmı ayırmak olanaklı ise, sadece bu kısmın müsadereci karar verilir” hükmü uyarınca sadece harddiskinin müsadereci söz konusu olur. Harddiskinin müsadereci yapılırken de, harddisk içindeki örneğin kitap, makale ... gibi suç oluşturmeyen bilgilerin kopyasının kendisine geri verilmesi gerekir.

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminat bakımından CMK m. 141/1-i ve j bentleri uygulama alanı bulabilir<sup>999</sup>.

## V. Tedbirin Uygulanması

Elkoyma tedbirinin uygulanması için, arama ve kopyalama kararına ihtiyaç vardır. Zira araçlar aranmadan, içindeki verilerin tespit edilebilmesi mümkün değildir. Bu itibarla tedbirin konusunu oluşturan araçlarda veri araması yapılmadan elkoyma işlemi yapılması hukuka aykırı olur<sup>1000</sup>.

Arama ve kopyalama işleminin yapılabilmesi için cihazların bulunduğu yerden başka bir yere götürülmesine gerek yoktur<sup>1001</sup>. Kişinin konutunda ya da işyerinde fiziki olarak bulunan bu araçlar içerisinde, cihazın bulunduğu yerde arama yapılabilir (CMK m. 134/1, 5).

---

998 “Örneğin; TCK m. 226’da düzenlenen Müstehcenlik suçunda çocuk pornografisi içeren görüntülerin yahut TCK m. 245 uyarınca yapılan bir aramada ele geçirilen mağdurun kredi kart bilgilerinin el konulan hard diskin içinde bulunduğu durumlarda, bu cihazların kopyalama sonrası şüpheliye iade edilmesi, suçun işlenmesine devam edilmesine kanun tarafından cevaz verilmesi anlamına gelecektir. Bu gibi durumlarda TCK m. 54 uyarınca eşya müsadereci gündeme gelebilecekse de, CMK m. 134’ün bu ayrık durumlara ilişkin bir düzenleme öngörmemiş olması kanımızca önemli bir eksikliktir” (ÖZEN/ÖZOCAK, s. 70). **Doktrinde**, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde yer alan kayıtların bir kopyasının şüpheliye veya vekiline verilmesi halinde konusu suç oluşturan veya suç işlemede araç olarak kullanılabilecek veriler üzerinde şüpheliye yeniden tasarruf etme hakkı ortaya çıkacağı belirtilerek, bu sorunu çözmek amacıyla; ilerde müsadereciye tabi olabilecek eşya olması gerekçesiyle, bu araç ve gereçler üzerinde CMK m. 123 ve devam hükümlerine göre elkoyma kararı verilmesi önerilmektedir (bkz. ÜNVER, Yener/HAKERİ, Hakan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2018, s. 411). **Uygulamanın** da bu yönde olduğu, ancak bu konuda bir ayırım yapılarak; imajın yedeğinin şüpheliye verilmemesi, buna karşılık müdafiyeye verilebileceği yönünde bkz. DÜLGER, s. 550.

999 CMK m. 141/1-i ve j bentlerinde göre: Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen; 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, maddi ve manevi manevi her türlü zararlarını talep edebilirler.

1000 Bununla birlikte, m. 116 ve 123’deki genel arama ve elkoymanın aksine, m. 134’de, önce verilere elkoyma sonra elkonulan veriler üzerinde arama (delil elde etme) işlemi gerçekleştirildiği yönünde bkz. DEĞİRMENCİ, **Olgun**: Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, Ankara 2014, s. 455.

1001 Bazı yazarlar, genel kanaatin aksine; bilgisayarlara ... elkonulmasını, şifrenin çözülmemesi, gizlenmiş bilgilere ulaşılamaması, incelemenin uzun sürecek olması gibi şartlarla sınırlayan hükmün teknik olarak hatalı olduğunu, zira bilgisayarda yerinde inceleme yapılması çoğu kez mümkün olmadığını, tedbirin doğru uygulanışının, delilleri koruyucu ve şüphelinin mağduriyetini önleyici tüm önlemler alınarak, bilgisayara el konulması ve teknik uzmanlar tarafından laboratuvar ortamında incelenmesi olduğunu belirtmektedirler (ÖZEN/ÖZOCAK, s. 63).

Aramanın konusu “elektronik veri” olup, elektronik verinin araştırılması ya da sorgulanması, bilişim sisteminin içerisinde yer alan verilen taranması suretiyle, elektronik ortamda gerçekleştirilir<sup>1002</sup>.

Arama işleminde amaç, suçla bağlantılı her türlü elektronik veriye ulaşmaktır. Bu kapsamda, bilgisayarda mevcut klasörlerdeki dokümanların tamamı aranabilir.

CMK Tasarısının m. 134 gerekçesinde de ifade edildiği gibi, bu madde uyarınca arama geçmişe dönük olarak, statik haldeki veriler üzerinde gerçekleştirilir. Bu nedenle, bilgisayarda, şüpheli veya sanığın -internet ortamında çeşitli programlar ya da sosyal iletişim siteleri (Msn Messenger, Facebook, Twitter, vb.) vasıtasıyla-gerçekleştirdiği iletişime ilişkin kayıtların aranması, CMK. m. 134’ göre yapılabilir. Zira internet ortamında gerçekleştirilen iletişime ilişkin kayıtlar, bilgisayar kütüğünde kayıt altına alındığından, bu iletişim kayıtları hakkında arama, kopyalama ve elkoyma tedbirleri uygulanabilir. Buna karşılık internet ortamında gerçekleştirilen konuşmaların teknik araçlarla dinlenilmesi, kayda alınması, CMK. m.134’e göre değil, CMK. m.135’e göre gerçekleştirilecektir. Zira CMK. m.135’e göre yapılan iletişimin dinlenmesi ve kaydı geçmişe dönük olarak değil, geleceğe dönük olarak yapılabilir.

Elkoymada yedekleme işlemi yapılmalıdır (CMK m. 134/2). Savunmanın da hazır bulundurulacağı bir ortamda gerçekleştirilmesi gereken yedekleme işlemi, elkoyma öncesinde veya sırasında yapılmalıdır<sup>1003</sup>.

Yedekleme işlemi için, kolluk veya diğer uzman tarafından hedef sistemin kullanıcısının bulunduğu yerdeki tüm bilişim sistemlerinin üçüncü kişilerin kullanımına kapatılması gerekmektedir.

Bilişim sistemlerinden bilgisayarların hard disk (depolama birimleri) bağımsız olarak veya ek modüllerle çalışan bir imaj alma cihazı ile imajlarının alınması ve alınan hash değeri<sup>1004</sup> ile digital mühür yapılmak suretiyle imaj almadan sonra söz konusu sisteme veri yerleştirmenin veya müdahalenin yapılmaması garanti altına alınır.

Mobil cihazlar için yukarıda bahsedilen yöntemle imajlarının alınması gerekmektedir. Ancak mobil cihazlardaki güvenlik önlemleri nedeniyle özellikle telefon açılış şifrelerinin elde

---

1002 Bkz. YAŞAR/DURSUN, s. 23.

1003 Yedekleme işleminin savunma nezdinde yapılacak olması başta işi uzatıyor gibi gözükse de, aslında muhakemenin makul sürede bitmesini sağlayan önemli hususlardan birisidir birçok durumda. Zira bilahare delillerin güvenilirliğine yönelik itirazlar ve bunun üzerine yapılan incelemeler işi daha fazla uzatmaktadır.

1004 Hash (özet) değeri: Dosyaların parmak izi de denilen ve dosya üzerinde en küçük bir değişiklik yapıldığında baştan sona değişen, dolayısıyla yedeklenen verilerin bütünlüğünü teminat almaya yarayan sayısal değerler. Ayrıntı için bkz. DEĞİRMENCİ, s.248 vd.

edilmemesi nedeniyle de bu cihazların imajlarının alınmasında zorlukların yaşanmasına neden olmaktadır.

Sistem kapalı iken imaj alınması önemlidir; çünkü çalışan sistem üzerinde yapılan işlemlerin delil güvenliğini tehlikeye sokma ihtimali vardır. Eğer kapalı bir şekilde imaj alınırsa hem şüphelinin hakları korunmuş olur hem de veri güvenliği sağlanmış, veri manipülasyonunun önüne geçilmiş olur.

İmajlar çeşitli foresing yazılımları kullanılmak suretiyle incelenir. Bu yazılımlardan bazıları ile imajı alınan sistem üzerinde silinen verilere ilişkin bilgilere de erişilmesi mümkündür. “Mevzuatta *imaj almadan* ya da *hash değerinden* bahsedilmemekte, bunun yerine *yedek alma* ve *kopyalama* terimleri kullanılmaktadır. Oysa bir veri taşıma aracının yedeğinin ya da kopyasının alınması ile imajının alınması ve bunun sonucunda hash değerinin elde edilmesi çok farklı işlemlerdir. Yedekleme ve kopyalamada, boş sektörler kopyalanmadığı gibi, veri bütünlüğü ve güvenliği de sağlanamaz. Bu ise dijital verilerin *güvenilir delil* olma özelliğini ortadan kaldırır. Uygulamada ise soruşturma görevlileri *tamamen kendi iyi niyetleri ve görevi düzgün yapma istekleriyle*, bu alandaki uluslararası standartları takip ederek her soruşturmada imaj ve hash değerini almaktadırlar”<sup>1005</sup>.

## VI. Tedbirin Uygulanması Sürecinde Ceza Hukuku Sorumluluğu Gerektiren Haller

Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararın süresinde hakim onayına sunulmaması ya da hakim tarafından onaylanmaması halinde, CMK m. 134’e göre yapılan incelemelerin tamamının imha edilmesi gerekmekte olup, aksi durumda Türk Ceza Kanununun 138. maddesindeki verileri yok etmeme suçu meydana gelecektir.

Bu tarama işlemi sırasında, arama konusu suçla bağlantısı olmayıp, şüpheli veya sanığın özel hayatına ilişkin verilerin bilerek ve istenerek açılması durumunda, kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk sebebinde sınır kasten aşılmış olacağından, TCK. m. 134’te düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçu gündeme gelebilecektir. Diğer taraftan, tarama işlemi sırasında, gerekli araştırma yapılmadan, suçla bağlantılı olduğu düşünülen ve fakat şüpheli veya sanığın özel hayatına ilişkin dokümanların açılması durumunda, sınır taksirle aşılmış olacağından ve TCK. m.134’teki suç yalnızca kasten işlenebileceğinden, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu oluşmaz (TCK. m. 27)<sup>1006</sup>.

---

1005 DÜLGER, s. 552.

1006 YAŞAR/DURSUN, s. 23.

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

Bilgisayarda arama, fiziki olarak bilgisayardaki verilerin aranması suretiyle gerçekleştirilebilir. Uzaktan erişim yoluyla bilgisayardaki verilere ulaşılması, hukuka aykırıdır (TCK m. 134, 136).

İmaj alınıp sureti savunmaya verilmeden gerçekleştirilen elkoyma sonrasında ise her türlü sahte delil üretme ihtimali gündeme gelebilir.

## VII. Dijital Delillerin Hukukiliği Sorunu

CMK m. 134’de öngörülen tedbire başvurulmak suretiyle elde edilen delillerin ispat hukuku bakımından ayrıca üzerinde durulması gerekir.

Her şeyden önce, hukuki nitelikleri itibariyle belirti (belge!) delili olarak kabul edilebilecek olan sayısal deliller, çoğunlukla dolaylı delil niteliğindedirler. Dolaylı delil oluşu nedeniyle, fiil ile fail arasında bağa doğrudan işaret etmezler; 134. maddede öngörülen şartlara ve usule uygun elde edildiklerinde dahi başka delillerle desteklenmeye muhtaçtırlar.

Bununla birlikte, 134. maddede öngörülen şartlara ve usule uyulmaksızın elde edilen sayısal delillerin değerlendirilebilir olup olmadığı ve değerlendirilebilecekse ispat gücü konularında değişik tespitler yapılabilir.

Sayısal deliller tahrife açıktırlar. Yüksek mahkemelerin kararlarında da bu konular tartışılmıştır<sup>1007</sup>. Ancak, bu şekilde elde edilen delillerin muhakemede hiçbir durumda

---

1007 “Kural olarak, bilirkişilerin sunduğu rapor ve mütalaalar derece mahkemeleri açısından bağlayıcı olmamakla birlikte, İlk Derece Mahkemesi tarafından esasa ilişkin değerlendirmeler yapılırken Cumhuriyet Savcısı tarafından sunulan bilirkişi raporlarının belirleyici bir etkisi olmuştur. Başka bir deyişle somut davada İlk Derece Mahkemesi, yalnızca Cumhuriyet Savcısı tarafından sunulan bilirkişi raporlarına itibar etmiş, bu raporlara karşın başvuruca savunmalarının bir parçası olarak sundukları bilirkişi rapor ve uzman görüşleri ise dikkate alınmamıştır. Mahkeme ayrıca başvuruca mahkumiyet kararının dayanağı olan dijital verilerin gerçeği yansıtmadığı iddialarını değerlendirmek üzere mahkemenin bilirkişi heyeti tayin etmesi ve rapor aldırması yönündeki taleplerini de yeterli olmayan gerekçe ile reddetmiştir. // Sanıklara isnat edilen suç fiillerinin esaslı biçimde bilgisayar programlarıyla oluşturulmuş belgelere dayandığı, bu belgelerin içeriklerinin maddi olay ve olguları yansıttığı ve gerçek olduklarının kabul edildiği, **bilirkişi raporlarında/uzman görüşlerinde belirtildiği üzere bu verilerin müdahale edilebilir nitelikte olduğu ve bu verilerin teknik bilgileri ile içeriklerinin uyumsuzluğu** dikkate alındığında, tanık olarak dinlenmesi talep edilen bu kişilerin beyanları maddi gerçeğe ulaşma bakımından önemsiz kabul edilemez” (AYM, *Sencer Başat vd.*, 2013/7800, 2013/7800, 18/6/2014, p. 70, 85); “**CD, DVD, flash bellek, disket, harici ve dahili harddisk, bilgisayar özelliği içeren noktaları bakımından akıllı telefon ve benzerlerinden** elde edilen ve tamamı "dijital delil" olarak adlandırılan, suistimale müsait olan verilerin; ... **Dijital delillere harici müdahalenin teknik olarak mümkün olması, çoğu zaman kim tarafından hangi tarihte müdahale yapıldığının da belirlenememesi** karşısında ... (Yargıtay 16. CD, 21.9.2017, 2015/2056-2017/5023).

kullanılmayacağı görüşünü<sup>1008</sup> isabetli bulmamaktayız. Bu şekilde elde edilen delillerin güvenilirliği ayrı bir sorun olup, bu her zaman bir değerlendirme yasağı sonucu doğurmaz.

Anayasa mahkemesi, dijital delillere elkonulurken verilerin yedeklenmemesi ve imajlarının alınmaması nedenleriyle hukuka aykırılık ve özel hayata saygı hakkının ihlali iddiaları karşısında; esasen bir delilin geçerli-hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir değerlendirmede bulunmamaktadır, zira delilleri değerlendirme yetkisi kural olarak yargılamayı yapan mahkemeye aittir. Bununla birlikte, kanuna-hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin tek ve(ya) belirleyici delil olarak yargılamada kullanılması ve bu delile göre karar verilmesi halinde, bir bütün olarak yargılamanın hakkaniyetinin zedeleneceğini belirtmektedir<sup>1009</sup>.

Karar olmaksızın 134 uygulaması durumunda kesin bir değerlendirme yasağı vardır. Nitekim yukarıda yer verilen Yargıtay kararlarında da bu husus vurgulanmaktadır<sup>1010</sup>.

Fıkradaki zorunluluk oluşmadan, zorunluluğun gerekçeleri ortaya konmadan, mahalde veya kolluk biriminde savunma huzurunda imaj alınmadan elde edilen deliller; uygulamaya ve/veya delillerin sıhhatine yönelik itiraz halinde değerlendirme yasağıyla karşılaşılır.

Buna karşılık, mahalde yedekleme ve yedekten kopya verme olanağının bulunmadığının objektif olarak kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, aramayı yapan kolluk birimince dijital

---

1008 “Bu fıkra çok açık biçimde bir istisnayı düzenlemesine rağmen, ülkemiz mevzuatında yer alan pek çok istisna hükmünün uygulamada kural haline getirilmesinde olduğu gibi, bilişim sistemlerinde yapılan aramalarda da bu istisna, kural haline getirilmiştir. 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 yasaı dolanmak suretiyle görünüşte de olsa yasaı uygun davrandıkları düşüncesiyle görevlerini yerine getirmektedirler. Bunun gerekçesi olarak ise “yeterli personellerinin olmadığını, eğer sistemin olduğu yerde arama ve kopyalama yapmaya kalkarlarsa hiçbir işi yetiştirmeyeceklerini” beyan etmektedirler. Aslında içinde büyük oranda gerçeklik payı olan bu bahane yasa maddesini değiştirme hakkını vermediği gibi bu şekilde elde edilen delili de hukuka uygun hale getirmemektedir. **Zira tutulan tutanaklarda ne tür bir şifrenin ya da gizli verinin bulunduğu, bunun işin uzmanı olan bilişim polisi tarafından neden etkisiz kılınmadığına ilişkin herhangi bir kayıt bu tutanaklarda yer almamaktadır. Dolayısıyla bu tutanağın gerçekte bir ilgisi ve denetlenebilir bir tarafı olmadığı gibi, hukuken hiçbir değeri de bulunmamaktadır.** Bu işlem açıkça yasanın arkasına dolanmaktadır ve hukuka aykırıdır. Söz konusu işlemin yapıldığı 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” (DÜLGER, Murat Volkan: Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku, tamamen güncellenmiş 7. Baskı, Ankara 2018, s. 550).

1009 AYM, *Bilgin Özkaynak*, B. No: 2014/3129, 27.10.2016, p. 35-37. Kararın karşıoy gerekçesinde ise; “... Başvurucunun çiftlik evinde yapılan aramada ele geçirildiği ve el konduğu belirtilen “Pandora” adlı veri tabanyla ilgili olarak emniyet birimlerinde yedeklemesi yapılmamış, sanığa (başvurucuya) ve müdafisine bunun bir kopyası verilmemiş ve bilahare emniyetçe şifresinin kırılarak içeriğine ulaşıldığı belirtilerek, yine emniyetçe tek taraflı olarak Savcılığa ibraz edilen içerik bilgileri esas alınarak sanık hakkında dava açılmış ve tutuklanmıştır. ... CMK'nun bu emredici açık hükmüne (CMK m. 134) rağmen başvurucunun çitliğinde ele geçirildiği söylenen Pandora isimli bilgisayar veri tabanının yedeklenmesi yapılmadan ve bir kopyası kendisine ve müdafisine verilmeden elde edilen verilerin, Anayasanın 38 nci maddesindeki “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” hükmü karşısında “kanunsuz delil” mahiyetinde olduğu açık olup; bu “delil” e dayalı bir tutuklama da, verildiği andan itibaren hukuka aykırıdır.”

1010 Yargıtay 17. CD, 15.2.2017, 2015/27517-2017/1716; Yargıtay 19. CD, 6.5.2015, 2015/2092-1175.

delillere müdahaleyi önleyecek şekilde, seri numaraları tutanağa yazılmak suretiyle usulüne uygun olarak zapt edilip mühürlenerek, şüpheli veya müdafinin istemesi halinde nezaret etme ve denetleme imkanı sağlanarak inceleme mahalline kadar eşlik etmesi sağlanmak ve bu yerde şüpheli veya müdafinin hazır bulunmasına imkan verildikten sonra mümkün olan en kısa süre içinde mühür açılıp, dijital medyanın derhal imajının alınarak ilgisine de imajlardan bir kopya ve orijinal medya teslim edilerek, yine sanık veya müdafinin mühür açma işlemi sırasında hazır bulunmasının mümkün olmadığı hallerde, mühür açma işleminin arama ve el koyma kararını veren (veya onaylayan) hakimin huzurunda açılarak imaj alma işleminin bu sırada yapılması yoluna gidilerek inceleme yapılması halinde 134/2 ye ve hukuka uygun bir süreç izlenmiştir.

“Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma 5271 Sayılı CMK'nın 134. maddesinde düzenlenmiş olup, CMK'nın 116 ve 123. maddeleri arasında yer alan arama koruma tedbirinin özel bir görünümünü oluşturmaktadır. CD, DVD, flash bellek, disket, harici ve dahili harddisk, bilgisayar özelliği içeren noktaları bakımından akıllı telefon ve benzerlerinden elde edilen ve tamamı "dijital delil" olarak adlandırılan, suistimale müsait olan verilerin; sıhhatini ve güvenliğini sağlamak amacıyla ve bireyin özel hayatına, kişisel verilerine yönelik olumsuz tesirleri göz önünde tutularak “son çare” olarak başvurulabilecek “özel koşullara bağlı” bir koruma tedbiri olması nedeniyle, genel adli aramadan ayrık ve istisnai olarak, ayrıntılı düzenlenmiş olup, bu hallerde arama kararının yalnızca hakim tarafından verilebileceği öngörülmüştür. Ceza muhakemesinde deliller kanuna uygun olmalı ve kanuna uygun yöntemlerle elde edilmelidir. Adil yargılanmanın sağlanabilmesi, soruşturma ve kovuşturma aşamalarında toplanan bulguların delil değeri taşıyabilmesi için, şüpheli veya sanıktan elde edilen dijital verilerin, kanun ile sınırları belirlenmiş teknik gerekliliklere uygun olarak toplanması ve sonucunda yargılama makamlarına eksiksiz, bozulmamış halde sunulması gerekmektedir. Kanun koyucunun, CMK'nın 134. maddesini ayrıntılı olarak düzenlemesinin amacı da budur. Dijital delillere harici müdahalenin teknik olarak mümkün olması, çoğu zaman kim tarafından hangi tarihte müdahale yapıldığının da belirlenememesi karşısında, güvenli bir şekilde el konulup incelenebilmesi için mahallinde imaj alındıktan sonra orijinal medyanın şüpheliye bırakılması gerekmekte ise de bu şart soruşturma yapan kolluk personelinin teknik yetersizliği, ekipman yokluğu, ortamın incelemeye elverişli olmaması gibi sebeplerle yerine getirilememektedir.

Bu itibarla arama ve elkoymanın özel bir hali olarak CMK'nın 134. maddesinde düzenlenen ve özel hayatın gizliliğine daha fazla müdahale içermesi sebebiyle kanun koyucu tarafından genel arama ve elkoymadan daha sıkı koşullara tabi tutulan bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve

kütüklerinde arama ve elkoymanın bu özelliği gözardı edilmek suretiyle, aramayı gerçekleştiren kişilerce elkoyma işlemine geçildiği sırada sistemdeki verilerin yedeklemesi (imaj-adli kopya) yapılmadan ve yedekten bir kopya alınıp şüpheli veya vekiline verilmeden, ya da yukarıda yazılı nedenlerden dolayı mahalde yedekleme ve yedekten kopya verme olanağının bulunmadığının objektif olarak kabulünde zorunluluk bulunan hallerde, aramayı yapan kolluk birimince dijital delillere müdahaleyi önleyecek şekilde, seri numaraları tutanağa yazılmak suretiyle usulüne uygun olarak zapt edilip mühürlenmeden, şüpheli veya müdafinin istemesi halinde nezaret etme ve denetleme imkanı sağlanarak inceleme mahalline kadar eşlik etmesi sağlanmadan ve bu yerde şüpheli veya müdafinin hazır bulunmasına imkan verildikten sonra mümkün olan en kısa süre içinde mühür açılıp, dijital medyanın derhal imajının alınarak ilgisine de imajlardan bir kopya ve orijinal medya teslim edilmeden, yine sanık veya müdafinin mühür açma işlemi sırasında hazır bulunmasının mümkün olmadığı hallerde, mühür açma işleminin arama ve el koyma kararını veren hakim huzurunda açılarak imaj alma işleminin bu sırada yapılması yoluna gidilmeden inceleme yapılması halinde arama ve elkoyma işleminin kanuna ve hukuka uygunluğundan bahsetmek mümkün olmadığı gibi bu yolla elde edilen delillerin de hukuka uygunluğu tartışılır hale gelecek ve yargılama makamınca hükme esas alınması mümkün olmayacaktır. Bu bakımdan bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma yapılabilmesine dair CMK'nın 134. maddesi uyarınca açık bir ibare bulunmadığı halde, sanıkların ev veya iş yerlerinde yapılan aramalarda hard disk, bilgisayar kasası, CD ve DVD gibi dijital medyalara, arama mahallinde imaj alınmadan, ilgisine bir kopyası verilmeden ve kanuna uygun gerekçesi de tutanağa yazılmadan el konulması ve bu şekilde elde edilen delillerin sanık bakımından hükme esas alınmasının CMK'nın 134. maddesine aykırı olduğu ...<sup>1011</sup>.

---

1011 Yargıtay 16. CD, 21.9.2017, 2015/2056-2017/5023. Doktrinde de benzer değerlendirmeler yapılmaktadır: “Yedek alma işleminin kolluk görevlilerinin kendi çalıştıkları merkezlerde ve ayrıca şüpheli ve/veya müdafinin olmadığı ortamda yapılması, soruşturmanın güvenilirliği, tarafsızlığı ve adil yargılanma hakkına uygunluğu açısından sorun oluşturabilir. Şöyle ki: // Üzerinde tedbir uygulanan bilişim sisteminin sabit diskini ya da veri taşıma aracı örneğin 320 GB veri taşıma kapasitesine sahiptir. Ancak bunun tamamı hiçbir zaman kullanılmamaktadır. Örneğin; bu diskte 100 GB veri olduğunu kabul ettiğimizde geri kalan 220 GB boştur. **Yalnızca veri bulunan kısımlar yedeklendiğinde boş kalan kısımlara daha sonra başka verilerin yazılması mümkündür.** Dolayısıyla dolu ve boş kısımlarıyla **tüm diskin olduğu gibi yedeklenmesi** teknik tabiriyle “*imajının alınması*” ve bunun sonucunda “*hash değeri*”nin alınması yani işlem yapıldıktan sonra **diskin bir nevi mühürlenmesi** gerekir. **İşlemlerin şüpheli ve müdafinin önünde yapılmaması halinde, imaj alınmadan önce veri yerleştirildiği ve daha sonra imaj alındığı şüphesi ve iddiaları daima söz konusu olacaktır.** Bu durum doğru ve adilane yürütülen soruşturmaların da güvenilirliğini etkileyecektir. ... Ayrıca **bilişim sistemleri üzerinde yapılan adli bilişim incelemeleri daima bu yedekler üzerinde yapılmaktadır; delilin aslının saklanması ve ileride söz konusu olabilecek itirazlarda incelenmek üzere bozulmamış halde muhafazası için aslı üzerinde hiçbir işlem yapılmaması gerekir.** // Bununla birlikte, yine kolluğun başvurduğu şu tür uygulamalar makul sayılabilir: Kolluk görevlileri, CMK'nın 134. maddesine göre arama ve el koyma tedbirinin uygulanmasına ilişkin kararı aldıktan sonra, tedbirin uygulanacağı yere gitmekte ve şüphelinin kullandığı tüm veri

taşıyabilen araçları usulünce fişten çektikten sonra bunları özel yapılmış torbalara koymakta ve ağzını mühürlemektedirler. Bu esnada yapılan tüm işlemleri tutanağa bağlamaktadırlar. Merkeze götürülen bu araçlar üzerinde inceleme yapılacağı zaman duruma göre şüpheli ve/veya müdafii incelemenin yapılacağı merkeze çağrılmakta ve bu işlem için hazırlanmış özel yere alınmaktadırlar. Adli bilişim uzmanı tozdan arındırılmış özel yerlerinde araçlar üzerinde inceleme yaparlarken, buraya yerleştirilmiş kameralar sayesinde, şüpheli ve/veya müdafii kendilerine ayrılan yerde kameralardan aktarılan bu görüntüleri canlı olarak monitörlerden izlemektedirler. Böylelikle bir yandan araçların olduğu yerde inceleme zorunluluğundan kurtulup kendi laboratuvarlarında inceleme yaparlarken, bir yandan da verilere müdahale edildiği ve hukuka aykırı delil elde edildiği itirazından kurtulmaya çalışmaktadırlar” (Dülger, s. 553).