

PANDEMİNİN CEZA MUHALEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN YARATTIĞI SORUNLAR VE DİJİTALİZASYON

*Dr. Öğr. Üyesi Candide ŞENTÜRK **

Ceza muhakemesi, pratiği oldukça fazla olan bir hukuk dalı olması itibariyle, hukuk sistemlerinde pandemi sürecinin en çok etkilenen alanlarından biri olarak kabul edilmiştir. Özellikle damlacık ve yüzeyler aracılığıyla bulaşma riski olan covid-19, ceza muhakemesi hukukunun uygulanma alanında ciddi sıkıntılara sebebiyet vermiştir. Örneğin delil toplamak için evde ya da arabada, üstte arama yapmak zorunda olan kolluk görevlileri, sosyal mesafenin ya da havalandırmanın yapılmadığı yerlerde büyük risk altında çalışmak durumunda kalmıştır. İşte bu noktada, acaba ceza muhakemesi hukukunun uygulamasında alternatif bir yol olarak dijitalizasyon mümkün müdür sorusunun cevabını aramak gerekir.

Soruya olumlu yanıt vermek için, yargının teknik alt yapısının yeterli olması ve kanun, yönetmelik hükümlerinde dijitalleşmeye uygun değişikliklerin yapılması gerekir. Yargının çoğu zaman yeterli teknik alt yapıya sahip olmadığı bilinmekte¹ olup, ilgili yazılım sistemlerinin uzaktan erişim bağlantıları oldukça yavaş çalışabilmektedir. Duruşmaların yüz yüze yapılması ise en büyük risk faktörlerinden birisidir. Ancak ceza muhakemesinde doğrudan doğrualık ilkesi gereği, hâkimin tüm delil ve delil araçları ile irtibat halinde olması gerekmektedir. İşte bu noktada halka açık duruşmalar yerine teknik alt yapının izin verdiği şekilde, pandemi döneminde örneklerini sıkça gördüğümüz, video konferans yoluyla online duruşmaların yapılması gündeme gelmektedir.

*Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, candide.senturk@yasar.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-0227-1782.

¹ **Wagner Markus:** "Die Strafjustiz in Zeiten der Pandemie – Überlegungen zu § 10 EGSıPO", Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 5/2020, s.223. http://www.zis-online.com/dat/artikel/2020_5_1363.pdf

Yargının dijitalleşmesi bu noktada önemli bir ihtiyaç olarak karşımıza çıkmaktadır. Dijitalleşmenin önemli bir parçası, internetten suç araştırmalarıdır. Siber uzay, bir illüzyon olarak değerlendirilse de çağın gerektirmesi sebebiyle siber alanda dijital delillere ulaşmak ve dijital ya da online araştırmalar yapmak gerekmektedir. Kıta Avrupası hukuku sistemini benimseyen ülkelerde, dijital yargı uygulamaları için uygun hükümler bulunmamaktadır. Ancak siber kullanıcı profilleri, dijital hayat sürmekte ve çoğu zaman terör suçları ve organize suçla ilgili soruşturmalar için siber kullanıcıların takibi gerekli hale gelmektedir. Sanal tehdit, gerçek tehdit kadar güçlü olarak hissedilmediğinden, sanal ortamda bireyler daha az önlem almakta ve öngöremedikleri tehditlere karşı daha rahat davranabilmektedirler. Özellikle çocuk pornografisi ve nefret suçlarına ilişkin önemli riskler mevcuttur². Bu itibarla da yargıda dijital deneyim adım adım yerleşmeye başlamıştır.

Ceza muhakemesi hukuku, bilimsel ve teknolojik gelişmeler karşısında birtakım değişiklikleri geçirmek zorunda olan bir alandır. Bu itibarla karşılaştırmalı hukukta yer alan çalışmalarda belirtildiği gibi, ceza muhakemesi hukuku teknolojik gelişmeler karşısında dinamik kalmak zorunda olan bir bilim dalıdır. İşte bu dahilde tebliğimizde, ceza muhakemesi hukuku bakımından dijitalleşme gereklilikleri ve karşılaştırmalı hukuk alanındaki örneklemin Türk hukukunda uygulanabilirliği üzerinde durulacaktır.

Zamanın gerektirdiği hızlı teknik gelişmeler dikkate alındığında, ceza hukukunun söz konusu teknik gelişmelere ayak uydurup uyduramadığı incelenmelidir. Teknik ilerlemenin doğurduğu bilgisayar dolandırıcılığı ve veri hırsızlığı gibi suçlar³ ile beyaz yaka suçları ceza muhakemesi hukukunu dijitalleşmek yoluna itmektir⁴. Yapılan araştırmalar pandemi sürecinde, online alışveriş sitelerinin kullanımlarının ciddi oranda arttığını ve kimi sitelerin hacklenmek suretiyle kredi ve banka kartı verilerinin ele geçirildiğini göstermektedir. İşte bu noktada, siber alanda işlenen suçlarla mücadelenin etkin bir şekilde yürütülmesi gereği ön plana çıkmaktadır. Klasik ceza muhakemesi delil

² **Beck, Susanne:** “Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme”, 15. Vol., 2/2020, s.41-51, s.43.

³ **Joecks Wolfgang/Miebach Klaus:** Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, §263a, Rn.11.

⁴ **Schneider, Frederic:** “Auswirkungen der Digitalisierung auf das Ermittlungsverfahren, Impulse aus der Strafverteidigungspraxis”, ZIS Online, 2020/2, s.79.

elde etme araçlarının siber uzayda işlenen suçlarla bağlantılı olarak eksik ya da yetersiz kaldığı maalesef gözlemlenmektedir.

Siber alanda işlenen suçlarda, faili tespit etmek ve onu cezalandırmak oldukça zordur. Örneğin DDos saldırılarında ya da Shitstormlarda mağdurlar bile saldırıya uğradığından haberi olmayabilmektedir⁵. Kullanıcı olan mağdurlar çoğunlukla internet aracılığıyla ya da internette işlenen suçların azaldığı varsayımıyla hareket etmekte. Karşılaştırmalı hukuk sistematiğine bakıldığında, siber alanda işlenen suçlarla ilgili olarak daha çok fail odaklı bir yaklaşım sergilendiği görülmektedir⁶. Siber alanda, failin eylemlerinin takibi için özellikle kolluk makamlarının dijital erişimlerinin olması gerekmektedir. Dolayısıyla soruşturma makamlarının delil elde etmesi amacıyla gerekli dijital olanaklara sahip olması artık bir zaruret teşkil etmektedir.

Ceza muhakemesinde hızla dijitalleşen çağın gereksinimlerine cevap bulmak amacıyla birtakım değişiklikler yapılmak zorundadır. Bu değişiklikler, dijital değişimin kritik olup olmadığına bakılmaksızın, uygulamada karşılaşılan olgusal koşullardır⁷. Teknik gelişime uyum sağlamayan ve nihayetinde maddi ve usul hukuku alanlarında gerekli değişiklikleri yapamayan ülkeler yakın gelecekte önemli sorunlar yaşayacaktır. Bu nedenle, muhakemenin yaşam gerçekliğine sürekli uyarlanması zaruret teşkil etmektedir.

Dijitalleşmenin soruşturmaya etkisini belirlemeye çalışırken soruşturmaya hakim olan ilkeler gözden uzak tutulmamalıdır. Öncelikle getirilen düzenlemenin mutlaka kanunilik ilkesine uygun olması gerekmektedir. Nitekim bu konuda kanuni düzenlemeye sahip Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesinin, kanunilik ilkesine (staatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3) uygun olarak düzenlendiği, bu itibarla temel hakların çekirdek kısmına dokunulmadığı, özenle bir tasarım getirildiği ifade edilmektedir⁸. CMK'da getirilmesi önerilen düzenlemenin de benzer şekilde, korunmak istenen temel hak ve özgürlükler ile orantılı, açık, belirli, muğlak ifadelerle yer verilmeden, soruşturma

⁵ Beck, s.44.

⁶ Beck, s.44.

⁷ Schneider, s. 80.

⁸ Schneider, s.79; Knauer/ Kudlich/ Schneider: Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Bd. 2, 2016, §152, Rn.1.

makamlarına verilecek yetkinin sınırlarının ve kapsamının belirlendiği bir içeriğe sahip olması gerekmektedir.

Dijitalleşme ile karanlık bir alanın aydınlatılması, daha kısa sürede adli sonuçlar elde edilmesi gibi önemli hizmetlerde bulunmaktadır. Bu nedenle ceza hukukunun işlevselliğini arttırmak adına dijitalleşmenin hızla hayata geçirilmesi gerekir. Daha fazla veri, daha fazla gerçek anlamına gelir⁹. Birincisi, daha fazla veri ve bu nedenle daha fazla bilgi var ve ikincisi, teknik olasılıklar klasik soruşturmaya göre çoğalır. Daha fazla veri "daha fazla gerçek" anlamına gelir ve bu sadece niteliksel olarak değil, aynı zamanda niceliksel olarak "daha fazla gerçek" anlamına gelir. Teknik olanakların artması da daha fazla değerlendirme olanaklarına yol açar.

Ceza muhakemesi, basit şüphe dediğimiz bir şüphe derecesi ile başlar ve savcılık makamının yaptığı araştırmalar neticesinde şüphenin yeterli şüphe derecesine erişmesi ile soruşturma evresi nihayete erer. Bir fiilin cezalandırılabilmesi için fail tarafından işlendiğini gösteren somut göstergeler olmalıdır. Dijital gelişimin bir sonucu olarak giderek daha fazla verinin var olması ve bu verilerin teknik gelişme açısından daha hızlı bir şekilde analiz edilmesi, başlangıç şüphesinin giderek daha yoğun bir şüphe derecesine dönüşmesine yol açmaktadır. Yargının dijitalleşmesi ile daha fazla veri daha hızlı elde edilerek daha süratli analiz edilebilir. Uygulamada, dijital gelişimin, soruşturma işleyişi üzerinde klasik soruşturma usullerine kıyasla iki kat etkisi bulunmaktadır. Böylelikle, başlangıç şüphesinden yeterli şüphe derecesine daha hızlı varılabilmektedir. Özellikle ticari ceza ve beyaz yaka suçları bakımından soruşturmanın dijitalleşmesinin, verilerin kaybolmadan hızlıca elde edilmesini sağladığı ve soruşturmanın tamamlanıp kovuşturma evresine süratle geçişin anahtarı olduğu ifade edilmektedir¹⁰. Özünde, dijitalleştirilmiş ya da sayısallaştırılmış cezai soruşturmaların amacı eylem ve fail ile ilgili soruşturmanın önel düşüncelerine bağlı olmadan maddi gerçeğe ulaşıldığına emin olmak için en nesnelleştirilmiş şekilde delillere ulaşmaktır¹¹.

Önemli suçlar bakımından, edinilen tecrübe soruşturma makamları için bilgisayar sistemlerinin aranmasını ve değerlendirilmesini haklı çıkardığını göstermiştir.

⁹ **Schneider**, s.80.

¹⁰ **Schneider**, s.80.

¹¹ **Schneider**, s.79.

Dolayısıyla artan dijitalleşmenin farkındalığı, ceza muhakemesi kanunlarında yeni, kısıtlayıcı ve soruşturma makamlarına özgü getirilecek yetkilendirici düzenlemelere duyulan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır¹². Alman kanun koyucu, arama yerlerinin veya siber suçların dışında saklanan verilerin sisteme işlenmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (StPO) §110 (3)'e karşılık gelen verilere erişim ile ilgili olarak defalarca düzenlemeler yapmış olsa da yurtdışında bulunan veriler için kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, özellikle, dijitalleşmeden kaynaklanan "*daha fazla teknoloji ve daha fazla veri*" durumu ile nasıl başa çıkılacağı henüz kesin olarak açıklığa kavuşturulmamıştır. Dünyanın önde gelen internet operatörlerinden De-Cix'in, Almanya Federal İstihbarat Teşkilatının (BND) veri akışını kullanmasına karşı, 2017 yılında yürürlüğe giren ve yurtdışındaki yabancıların telekomünikasyon bilgilerinin izlenmesini düzenleyen BND yasasının anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada, Leipzig'de Federal İdare Mahkemesince reddedildi. Mahkeme, İçişleri Bakanlığının, BND'nin stratejik iletişim gözetimine yardımcı olması amacıyla internet şebekelerine ihtiyaç duyulabileceği kararını vermiştir¹³.

Sonuç olarak, toplumun artan dijitalleşmesinin doğal olarak ceza hukukunda da durmadığı unutulmamalıdır. Soruşturma prosedürü kapsamındaki gerçek değişiklikler göz önüne alındığında ortaya çıkan sorular özellikle önemli ve temel haklarla ilgilidir. Soruşturma prosedürünün temel haklarla uyumlu tasarımı üzerine sürekli ve yoğun bir tartışma burada büyük önem taşımaktadır. EDP sistemlerinde ilk şüphe ve büyük miktarda verinin gözden geçirilmesi üzerindeki etkilerle, bu katkıda düzeltmelerin gerekli olduğu birçok alandan sadece ikisi sunulabilir. Bu konudaki tartışmanın önem ve yoğunlukta artacağı, böylece ceza sürecine dahil olan tüm tarafların tutarlı, meşru ve öngörülebilir bir kurallar dizisi olmaya devam edeceği umulmalıdır.

Bilgi teknolojileri sistemlerinin çoğu, insan hayatında önemli bir rol oynamaktadır. Bilgisayarlar, laptoplar, tabletler, akıllı telefonlar soruşturma makamları için oldukça kıymetli veri kaynaklarıdır. Bilişim teknolojileri cihazları, özellikle örgütlü suçlarda

¹² Schneider, s.81.

¹³ <https://tr.sputniknews.com/avrupa/201806011033679849-bnd-internet-sebeke-almanya/>

Tarihi:08.07.2020)

(Erişim

kriptolojik prosedürlerle tekrar tekrar kullanılmaktadır. Bu itibarla geleneksel soruşturma yöntemleri çağımızda ve ilerleyen zaman diliminde çoğunlukla başarısız olacaktır.

