

T.C.
HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU TEZLİ YÜKSEK LİSANS PROGRAMI



ELEKTRONİK DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN
İSPAT DEĞERİ

FATMA BİLGE ÖZCAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

GAZİANTEP- 2023

TEZ BİLDİRİMİ

Bu tezdeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edildiğini ve tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada bana ait olmayan her türlü ifade ve bilginin kaynağına eksiksiz atıf yapıldığını bildiririm.

DECLARATION PAGE

I hereby declare that all information in this document has been obtained and presented in accordance with academic rules and ethical conduct. I also declare that, as required by these rules and conduct, I have fully cited and referenced all material and results that are not original to this work.

Fatma Bilge ÖZCAN

11.09.2023

ÖNSÖZ

Tez çalışmam süresince bilgisi ve rehberliği ile çalışmama ışık tutan, değerli zamanını, görüşlerini, eleştirilerini ve güler yüzünü esirgemeyen çok kıymetli tez danışmanım Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL'e;

Kıymetli değerlendirmeleri ile tezimin gelişmesine katkı sunan tez savunma jüri üyelerine;

Hayatımın her anında olduğu gibi tez çalışmamın her aşamasında da yanımda olan, sabrını, anlayışını özellikle de manevi desteklerini esirgemeyen sevgili annem İslim ÖZCAN ve önceliğin her daim "eğitim" olduğunu nasihat eden sevgili babam Hasan ÖZCAN ve sevgili kardeşlerime;

Sonsuz teşekkür ve saygılarımı sunar, çalışmanın tüm hukuk camiasına faydalı olmasını dilerim.

Fatma Bilge ÖZCAN

GAZİANTEP- 2023

HASAN KALYONCU ÜNİVERSİTESİ

LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ELEKTRONİK DELİLLERİN CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN

İSPAT DEĞERİ

Fatma Bilge ÖZCAN

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Danışman

Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL

ÖZET

Hayatın her alanında yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte ceza hukukunda da dijital değişim ve dönüşüm başlamış bu kapsamda, suç türlerinden delil çeşitlerine kadar tüm süreçte bir etkileşim yaşanmıştır. Bu dijital dönüşümün temelini oluşturan elektronik veriler, sahip oldukları sanal yapıdan kaynaklı olarak dikkatli bir şekilde toplanıp muhafaza edilmelidir. Çünkü bu delillerin kendilerine has olan elektronik nitelikleri, bu delillerin yargılamada kullanılmasını klasik delillerden farklı olarak bir avantaj veya dezavantaj konumuna getirebilmektedir. Bu nedenle, elektronik delilin elde edilmesinden mahkeme huzuruna sunulmasına kadar geçen tüm süreçlerde hangi işlemlere tabi tutulup hangi tedbirlerin uygulanacağı önemli bir husustur. Bu şekilde elektronik ortamlardan elde edilen veri veya belgelerin delil olarak kabul edilip, kullanılıp kullanılmayacağı, hukuki geçerliliğinin ve ispat değerinin ne şekilde yorumlanacağı da mühim olup bu konu çalışmamızın ana eksenini oluşturmaktadır. Elektronik delillerin kendilerine has özelliklerinden dolayı ceza yargılamasında kullanılabilmesi veri bütünlüğünün sağlanabilmesiyle mümkün olabilecektir. Bunun nedeni ise veri bütünlüğü bozulmuş veya üzerinde değişiklik yapılmış elektronik bir delilin, geçerliliği ve güvenilirliğinin şüpheye düşecek olmasıdır. Bu durum, elektronik delillerin toplanması noktasında özel tedbir ve kuralların uygulanması sonucuna yol açmakla birlikte bunun bir yansıması olarak, delil değerinin ve ispat bağlamında kullanılmasının ne şekilde olacağı konusu da öğretide farklı görüş ve tartışmalara yol açmaktadır. Dolayısıyla elektronik delilin niteliğinin belirlenip hukuki geçerliliğinin incelenmesi gerek uygulama gerekse çalışmamızın ana eksenini bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir. Bu bağlamda, çalışmamızda elektronik delil kavramı ve ispat değerinin mevzuattaki düzenlemeler, yargıtay içtihatları ve mukayeseli hukuk bakımından detaylı şekilde ele alınıp değerlendirilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Bilişim, İnternet, Elektronik Veri, Dijital Delil, Elektronik Delil.

HASAN KALYONCU UNIVERSITY
GRADUATE EDUCATION INSTITUTE
DEPARTMENT of PUBLIC LAW

ELECTRONIC EVIDENCE IN TERMS OF CRIMINAL PROCEDURE

PROOF VALUE

Fatma Bilge ÖZCAN

MASTER THESIS

Advisor

Dr. Öğr. Üyesi Ali Tanju SARIGÜL

ABSTRACT

With the technological developments in all areas of life, digital change and transformation has started in criminal law, and in this context, there has been an interaction in the whole process from crime types to evidence types. Electronic data, which forms the basis of this digital transformation, must be carefully collected and maintained due to their virtual nature. This is because the unique electronic qualities of these evidences may make the use of these evidences in the trial an advantage or disadvantage different from the classical evidences. Therefore, it is an important issue which procedures and measures will be subjected to and which measures will be applied in all processes from the acquisition of electronic evidence to its presentation before the court. In this way, it is also important whether the data or documents obtained from electronic media will be accepted and used as evidence, and how their legal validity and proving value will be interpreted, and this issue constitutes the main axis of our study. Due to their unique characteristics, the use of electronic evidence in criminal proceedings will be possible only if data integrity can be ensured. This is because the validity and reliability of electronic evidence whose data integrity has been compromised or tampered with will be in doubt. This situation leads to the application of special measures and rules at the point of collecting electronic evidence, but as a reflection of this, the issue of the value of evidence and how it will be used in the context of proof leads to different opinions and discussions in the doctrine. Therefore, determining the nature of electronic evidence and examining its legal validity constitutes an important problem in terms of both practice and the main axis of our study. In this context, our study aims to examine and evaluate the concept of electronic evidence and its value of proof in detail in terms of legislative regulations, jurisprudence of the Court of Cassation and comparative law.

Key Words: Informatics, Internet, Electronic Data, Digital Evidence, Electronic Evidence.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iv
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER	vii
ŞEKİLLER LİSTESİ.....	x
KISALTMALAR LİSTESİ.....	xi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM.....	4
CEZA MUHAKEMESİNDE İSPAT VE DELİLLER	4
1.1.İspat Kavramı.....	4
1.1.1.İspatın konusu	9
1.1.2.İspat külfeti	12
1.2.Delil Kavramı.....	14
1.2.1. Delillerin nitelikleri.....	17
1.2.2. Delillerin ortak özellikleri	20
1.2.2.1.Gerçekçi olması	23
1.2.2.2.Akla uygun olması.....	24
1.2.2.3.Olayı temsil edici olması	25
1.2.2.4.İspat bakımından önemli olması.....	26
1.2.2.5.Hukuka aykırı olmaması.....	27
1.2.2.6.Müşterek olması	34
1.2.2.7.Erişilebilirlik.....	37
1.2.3. Delillerin toplanması.....	38
1.2.4. Delil çeşitleri	41
1.2.4.1.Beyan delili.....	44
1.2.4.1.1.Şüpheli sanık beyanı.....	44
1.2.4.1.2.Tanık beyanı	47

1.2.4.1.3.Diğer kişilerin beyanı	55
1.2.4.2.Belge delili	57
1.2.4.3.Belirti delili.....	61
1.3. Delil Serbestisi İlkesi	65
İKİNCİ BÖLÜM	68
CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN ELEKTRONİK DELİLLER.....	68
2.1. Elektronik Delil Kavramlarının Benzeri Kavramlarla Karşılaştırılması	68
2.1.1.Veri kavramı	68
2.1.2.Elektronik kavramı ve elektronik veri kavramı ilişkisi	72
2.1.3.Bilişim ve bilişim sistemi kavramı.....	73
2.1.4.Analog ve dijital kavramları.....	78
2.1.5.Dijital delil kavramı	80
2.1.6.Elektronik delil kavramı.....	82
2.1.7.Elektronik delil bakımından orijinal, kopya, suret, nüsha ve örnek kavramları.....	86
2.2. Elektronik Delillerin Özellikleri ve Diğer Deliller ile Olan Farkları.....	88
2.2.1. Diğer deliller ile benzerlik ve farklılıkları.....	88
2.2.2. Elektronik delillerin kendine has özellikleri	95
2.2.2.1 Gizli yapıda bulunma	96
2.2.2.2. Kolaylıkla değiştirilebilir, bozulabilir ve yok edilebilir olma	98
2.2.2.4.Tekrar elde edilebilir olma	102
2.3. Elektronik Delile İlişkin Karşılaşılan Sorunlar	103
2.4. Elektronik Delilin Bulunabileceği Donanım ve Cihazlar.....	110
2.4.1.Bilgisayar donanımları	112
2.4.2.Cep telefonları.....	115
2.4.3.İnternet ağları ve bulut bilişim	116
2.4.4.Bellek kartları ve harddiskler	120
2.4.5.Diğer donanımlar	121
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	122
ELEKTRONİK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT DEĞERİ.....	122

3.1. Elektronik Delillerin Elde Edilmesi ve Hukuki Geçerliğinin İncelenmesi.	122
3.1.1. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması	122
3.1.1.1.Delillerin ortaya konulması ve reddi	124
3.1.1.2.Delillerin tartışılması ve takdir yetkisi	130
3.1.2. Elektronik delillerin elde edilmesi ve analizi	135
3.1.2.1. Elektronik delillerin toplanması ve incelenmesi	135
3.1.2.2. Adli bilişim süreci	139
3.2.Elektronik Delillerin Hukuki Geçerliğinin İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi..	146
3.2.1.Elektronik delilin ceza yargılamasında kabul edilebilirliği ve ispat gücü.....	148
3.2.2.Elektronik delillerin doğrulanmasına ilişkin hukuki kurallar.....	153
3.2.3.Elektronik delillerin delil teorisine göre yeri	155
3.3.Elektronik delillere yönelik hukuki düzenlemeler	158
3.3.1.Uluslararası hukukta elektronik delillere ilişkin düzenlemeler	158
3.3.1.1.Birleşmiş Milletler.....	159
3.3.1.2.Avrupa Birliği.....	160
3.3.1.3.Avrupa Konseyi.....	162
3.3.2.Bazı yabancı hukuk düzenlerinde elektronik delillere ilişkin düzenlemeler..	164
3.3.2.1.Almanya	164
3.3.2.2.Fransa	166
3.3.2.3.Amerika Birleşik Devletleri	168
3.3.3.Türk ceza muhakemesi kapsamında elektronik delillerin elde edilmesine ilişkin düzenlemeler	173
3.3.3.1.CMK kapsamında m.134'ün incelenmesi ve m.135'te yer alan düzenlemeyle karşılaştırılması.....	174
3.3.3.2.İletişimin denetlenmesi yoluyla elektronik delil elde edilmesi	181
SONUÇ.....	184
KAYNAKÇA	187

ŞEKİLLER LİSTESİ

Şekil 1: Elektronik Verinin 2015-2025 Arası Artış Grafiği

Şekil 2: Uçucu Deliller

Şekil 3: Dijital Delillendirme Döngü Modeli



KISALTMALAR LİSTESİ

AB:	Avrupa Birliği
ABD:	Amerika Birleşik Devletleri
AYM:	Anayasa Mahkemesi
AY:	Anayasa
İHAS:	İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
Bkz.:	Bakınız
BM:	Birleşmiş Milletler
CMK:	Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.:	Çeviren
Ed./ed.:	Editör
E. :	Esas sayısı
HMK:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K. :	Karar sayısı
KVKK:	Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
MERNİS:	Merkezî Nüfus İdare Sistemi
StPO :	Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
T. :	Karar tarihi
TCK:	Türk Ceza Kanunu
TDK:	Türkiye Dil Kurumu
UYAP:	Ulusal Yargı Ağı Projesi
YCGK:	Yargıtay Ceza Genel Kurulu

GİRİŞ

Son yıllarda özellikle bilişim alanında yaşanan teknolojik gelişmeler ile birlikte günlük hayatın her anında kullanılan elektronik cihaz ve veriler, delil ve ispat hukukunda da büyük değişikliklere sebep olmuştur. E-ticaretten bankacılığa, sağlık sistemlerinden iletişim, yargı faaliyetleri, haberleşme ve sosyal medyaya kadar sınırsız alanda gerek internet gerekse bilişim sistemlerinden faydalanılmaktadır. Tüm bunların doğal bir sonucu olarak, bu etkileşimden hukukun her alanında olduğu gibi ceza hukukunda da etkileşimler yaşanmıştır. Bilişim sistemlerinin ve teknolojinin bu denli yaygınlaşması, bilişim sistemleriyle ve bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlarda da büyük oranda artış yaşanmasına sebep olup, bu durum ise bu veya benzeri suçlarda elde edilecek delil türlerinin de değişip dönüşmesine ve elektronik bir niteliğe bürünmesine neden olmaktadır. Bu bağlamda, ceza yargılamasında kullanılacak delillerin niteliğinin elektronik bir hâl alması, elektronik ortamlarda oluşturulan, iletilen veya muhafaza edilen verilerin ve dolayısıyla oluşturulan belgelerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılmayacağı veya delil olarak kabul edilip edilmeyeceği tartışmalarına yol açmakta olup, bu durum çalışmamızın esas konusunu oluşturmaktadır. Ayrıca çalışmamızda elektronik delilin ne şekilde elde edilip toplanacağı hususunda ülkemiz mevzuatı ve mukayeseli hukukta yer alan mevzuatın incelenmesi ve bu noktada uygulamada dikkat çeken sorunların tespiti de amaçlanmaktadır. Bu kapsamda konuya ilişkin yerli ve yabancı kaynak araştırması yapılarak, çalışma konusuyla ilgili içtihatların neler olduğuna da değinilecektir.

“Elektronik veri” kavramı gerek sistem gerekse kullanıcılar tarafından bilgisayar veya işletim sistemleriyle çalışan donanım veya cihazlar üzerinde oluşturulan veriler şeklinde ifade edilirken; “elektronik delil” kavramı ise elektronik veri kavramından daha üst ve genel nitelikte bir kavram olarak, verilerin bir araya gelmesiyle oluşturduğu ve yargılamaya konu olayla ilgili olan ve olayın ispatı amacıyla kullanılabilen deliller olarak ifade edilmektedir. Bu delillerin niteliği itibariyle klasik delillerden farklı özellikler barındırdığı aşikardır. Bu kapsamda çalışmamızın ilk bölümünde, öncelikle klasik delil kavramının neyi ifade ettiği, hangi özellikleri barındırdığı ve çeşitlerinin neler olduğundan bahsedilerek delil kavramının detaylı bir inceleme ve açıklaması yapılmaya çalışılmıştır. Ardından ikinci bölümde ise elektronik delil kavramının tüm detaylarıyla

ele alınarak, öğretide kavram üzerine süregelen tartışma ve görüşlere ve elektronik delil kavramının temelini oluşturan veri kavramına yönelik yapılan tanımlamalara ve elektronik delil ile ilişkisine yer verilmiştir. Yine bu bölüm kapsamında elektronik delilin benzeri kavramlar olarak belirtilen bilişim, bilişim sistemi, analog ve dijital kavramları ile karşılaştırılmasına değinilerek, elde edilen delilin orijinal olup olmadığı ve orijinal olmadığı durumlarda hangi kavramlara karşılık geldiği ve delil olarak kabul edilip edilmeyeceği de açıklanmaya çalışılmıştır. Ayrıca ilk bölümde detaylı şekilde ele alınan klasik delil kavramı ve delil özelliklerinin, elektronik deliller açısından etkileşimi ve yansımından bahsedilmiş olup elektronik delillerin özelliklerinin neler olduğu ve klasik delillerden farklılıkları da açıklanmıştır. Tüm bunlara ek olarak, öğretide kabul edilen görüşler bağlamında elektronik delilin kendine has özellikleri olarak belirtilen gizli yapıda bulunma, kolaylıkla değiştirilebilir ve yok edilebilir olma, yaygın ve uluslararası nitelikte olma ve tekrar elde edilebilir olmasından da bahsedilmiştir. Ayrıca bölüm kapsamında son olarak, elektronik delil ile ilgili karşılaşılan sorunlara değinilmiş olup elektronik delilin bulunacağı aygıt ve cihazların neler olduğu da detaylı örnekleriyle açıklanmaya çalışılmıştır.

Çalışmanın üçüncü bölümünde ise elde edilen elektronik delillerin değerlendirilmesi ve ispat değerinin belirlenmesi başlığı esas alınmış olup bu kapsamda “elektronik delillerin hukuki geçerliliği” ana başlığı altında ilk olarak, bir delilin muhakeme sürecinde ne şekilde ortaya konulacağı ve reddi durumlarının neler olduğu ifade edilmiştir. Ardından delillerin tartışılmasının mevzuatta ne şekilde yer aldığı ve uygulamaya ne şekilde yansıdığından bahsedilmiş olup delillerin değerlendirilmesi noktasında hâkime tanınan takdir yetkisinin kapsamı açıklanmıştır. Ayrıca bu bölümde elektronik delilin ne şekilde elde edileceği ve analizinin ne şekilde gerçekleşeceği de belirtilmiş, elektronik delilin toplanması ve incelenmesi hususlarında adli bilişim sürecinin nelerden oluştuğuna ve bu sürecin önemine değinilmiştir. Yine elde edilen delilin elektronik delil olması durumunda ceza yargılamasında kabul edilebilirliği ve güvenilirliği hususları mevzuatımızda yer alan düzenlemeler ışığında ayrıntılı olarak açıklanıp bu delillerin doğrulanmasına ilişkin hukuki kurallara yer verilmiştir. Bunlara ek olarak bu bölümde öğretideki görüşler kapsamında elektronik delilin, delil teorisindeki yerinin ve delil değerinin ne şekilde yorumlandığı, bu anlamda ispat gücünün olup olmadığı da ifade edilmeye çalışılmıştır.

Üçüncü bölümün son başlığında ise elektronik delillere yönelik hukuki düzenlemeler bağlamında uluslararası hukukta ne şekilde ele alındığı ve incelendiğinden bahsedilmekte olup bu kapsamda öncelikle Birleşmiş Milletler, Avrupa Birliği ve Avrupa Konseyi'nde verilen kararlar ve yapılan çalışmalara yer verilmiştir. Ardından mevzuatımızdaki düzenlemelerden farklılıklarını ortaya koyabilmek adına Amerika Birleşik Devletleri, Almanya ve Fransa hukukunda bu delillerin ne şekilde kabul gördüğü ve bu delillere ilişkin yasal düzenlemelerin neler olduğu ele alınıp açıklanmıştır. Son olarak Türk Ceza Muhakemesi kapsamında bu delillerin elde edilmesi ve incelenmesine yönelik kanuni ve yasal düzenlemelerin neler olduğu, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 134. maddesinde belirtilen tedbirlerin ne şekilde uygulandığı ve sıklıkla başvurulanan iletişimin denetlenmesi yoluyla elektronik delil elde edilmesi durumu detaylı şekilde belirtilerek ve genel bir değerlendirme yapılarak çalışma tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİNDE İSPAT VE DELİLLER

1.1. İspat Kavramı

Bir hukuk kuralının uygulanarak, geçmişte yaşanan bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğinin, gerçekleşmiş ise kim tarafından nasıl gerçekleştiği ve nerede geçtiğinin belirlenmesi ceza muhakemesinin esas amacıdır. Bu amaca ulaşılması, bir diğer deyişle maddi olaya ilişkin gerçekliğin ortaya çıkarılarak olayın sübuta varması, ispat faaliyetini ifade eder.¹ Bu faaliyet, ortaya atılan bir iddiaya karşılık ileri sürülen bir ikna faaliyetidir.² Maddi bir olayın hukuk kurallarına dayandırılarak sunulması faaliyetine ise ‘ispat’ denir. İspat faaliyetinin konusu, maddi olayla doğrudan veya dolaylı olan tüm olgulardır. Bu faaliyet kapsamında taraflar maddi olaya ilişkin iddia ve savunmalarını gerekçelendirip kanıtlamalıdır. Bu kanıtlama işlemi ise söz konusu maddi olayın hukuk kurallarına dayandırılması ile mümkün olabilmektedir.³ Nitekim, geçmişte yaşanan bir olayın elde edilen delillerle ispat edilmesiyle maddi gerçek ortaya çıkarılmaktadır.⁴ Çünkü maddi gerçeğe ulaşılması hem toplumun hem bireylerin menfaatlerini korumaya yönelik bir amaç taşımaktadır. Bu bağlamda, ceza muhakemesinin amacı olan maddi gerçeğe ulaşma durumunun, ispat hukukuyla doğrudan bağlantılı bulunan bir durum olduğu da ifade edilebilir.⁵

Gerek hukuk gerekse ceza mevzuatında da sıklıkla bahsedildiği halde net bir tanımı ortaya konulmayan ‘ispat’ kavramının sözlük anlamına baktığımızda, “bir şeyin

¹ Gedik Doğan / Topaloğlu Mahir; Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2015, s.1.

² Roxin, Claus; “İspat Hukukunun Esasları”, Yener Ünver (Çev.); İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S.8, 2005, s.265.

³ Gedik / Topaloğlu; s.7.

⁴ Gökçen, Ahmet/ Balcı, Murat /Alşahin, M. Emin/Çakır, Kerim; Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023, s.281; Öztürk Bahri (Ed.); Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku, 9.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.205; Köse Metin, Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayınlanmış) Doktora Tezi, Eskişehir, 2016, s.19.

⁵ Köse; s.17.

tanıtılması ve kanıtlanması”⁶ olarak ifade edildiğini söyleyebiliriz. İspat kavramı, geçmişte yaşanan bir olayın ortaya çıkarılabilmesi olarak da ifade edilmektedir. Bunun gerçekleşebilmesi ise elde edilen deliller, delil araçları ve kullanılan karineler ile mümkün olabilecektir.⁷ Bu noktada ispatın gerçekleşmesi için en önemli husus, hâkîmin vereceği kararların kaynağı niteliğindeki deliller olacaktır.⁸

İspat kavramı, gerçekleşen bir hukuki ihtilafta suç işlenip işlenmediği veya kim tarafından işlendiğinin hukuka uygun şekilde elde edilen delillerle ortaya konulmasını da açıklığa kavuşturmaktadır. Bir diğer deyişle, mahkemenin ihtilaf konusunda tam bir vicdani kanaate ulaşmasını, bir ikna faaliyetini ifade eder. Bunun tersi bir durumda ise şüphe giderilemiyorsa “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereği sanık lehine karar verilmesi yoluna gidilecektir.⁹

Ceza muhakemesi bağlamında ispat kavramı için elde edilen delillerle, fiilin fail tarafından gerçekleştiği konusunda yargı makamının tam bir kanaate ulaşması şeklinde ifade edildiğini belirtebiliriz. Kısaca ispat, hâkîmin yargılamaya konu olay hakkında hukuk sisteminin kabul ettiği araçlar ve delillerle tam bir kanaate varması olarak ifade edilmektedir.¹⁰ Bu kanaatin oluşabilmesi, iddianamenin eksiksiz bir şekilde hazırlanmasıyla da yakından ilgilidir. Çünkü soruşturma süreci tamamlandığında iddianamenin eksik olması durumunda dava açılmamakta, açılmış ise ‘iddianamenin iadesi’ kararı verilmesi gerekmektedir. (m.170-m.174) Bunun ise en büyük sebebi Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)’nda ve eski Kanun’da ele alındığı üzere asıl delil toplamak görevinin soruşturma makamına ait olması durumudur.¹¹ Fakat bununla birlikte hâkîmin

⁶ <https://sozluk.gov.tr/>

⁷ Gedik / Topaloğlu; s.7.

⁸ Kaynakçıoğlu Uğur; Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.18.

⁹ Yavuz Mehmet; “Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y.3, S.9, 2012, s.154; “Şüpheden sanık yararlanır (In Dubio Pro Reo)” ilkesi, vicdani delil sistemi içerisinde uygulama alanı bulan, ispat için failin suçu işlediğinin net bir şekilde ortaya konulması ve sübuta ermesi anlamlarını taşıyan bir ilkedir, Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.127. Ayrıca bu ilke İHAS m.6/2’de yer alan suçsuzluk karinesinin etkinliğinin sağlanması açısından kabul edilen ölçütlerden birini oluşturur. Yalçın, Ahmet; Suçsuzluk Karinesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.490.

¹⁰ Kaynakçıoğlu; s.17.

¹¹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.281; Yargıtay kararlarına baktığımızda, Cumhuriyet Savcısının şartları sağlandığında kamu davasını açma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmekte olduğunu belirtebiliriz. Buna göre “... Yasa tarafından Cumhuriyet Savcısı’na toplanan delilleri değerlendirme yetkisi verildiği ve yapılacak değerlendirme sonucunda yeterli şüphe olduğu kanısına ulaşılmaması durumunda kamu davasının açılmasının zorunlu olduğu, ancak ceza yargılama yasası her ne kadar soruşturma mecburiyeti ilkesini

tam bir kanaate ulaşabilmesi ve şüphenin sona erdirilmesi için şu anki kabulde, iddia ve savunmanın faaliyetini aktif gerçekleştirmesi gerekliliği de aranmaktadır. Bu noktada iddianamede eksiklik bulunması birebir iade sebebi oluşturulmamakta ve bazı eksikliklerin kovuşturma aşamasında da tamamlanabilirliği kabul görmektedir.¹²

İddia makamı ile birlikte savunma makamı da bu kapsamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması için görevli tutulmaktadır. Yine Ceza muhakemesinde ispat yükü söz konusu olmakla birlikte sanığa susma hakkı¹³ tanınan bir durumda ispat yükünden bahsedilemez.¹⁴ Bir diğer deyişle Anayasa’da da belirtildiği üzere sanığın, suçu işlemediğinin ispatı beklenemez. (AY m.36) Ayrıca tam bir kanaat gerçekleşmediği takdirde ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gereği de mahkûmiyet kararı verilememektedir. Yine vicdani delil sisteminin getirdiği bir sonuç olan ‘delillerin serbestliği ilkesi’¹⁵ de bunu destekleyen ilkelerden biridir. Buna göre hâkimin keyfi bir şekilde olmaksızın, vicdani kanaatine dayanarak, ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesini de göz önünde bulundurarak bir karara varması beklenir.¹⁶ Yargıtay’ın da kabul ettiği bu sistem ile anlaşılması gereken hem delil serbestliği hem de delillerin değerlendirilmesi

benimsemiş ise de; bu ilkenin Cumhuriyet Savcısı’nın delilleri değerlendirme yetkisini ortadan kaldırmadığı” belirtilerek bu hususa işaret edilmiştir. (Yargıtay; 4.CD. E.2009/22283, K.2009/16336, T.14.10.2009, UYAP, Erişim Tarihi:02.07.2023.) Benzer şekilde “Yeni Türk Ceza Adalet Sisteminde benimsenen, “Kişilerin Lekelenmeme Hakkı” ile “Eksiksiz soruşturma ve Tek Celsede Duruşma” prensipleri uyarınca, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcılarının mâkul sürede bütün delilleri toplamaları, sadece mahkûmiyetle sonuçlanacağını değerlendirdikleri hususları dava konusu yapmaları, beraatle sonuçlanacağını değerlendirdikleri eylemleri dava konusu yapmamaları, yâni bir nev’i filtre görevi yapmaları gerekir” şeklinde kararı da bulunmaktadır. (Yargıtay; 13.CD. E.2011/17629, K.2011/6976, T.30.11.2011, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023).

¹² Öztürk; s.205.

¹³ Susma hakkı, m.147’e göre “Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğu söylenir.” düzenlemesi gereği kabul edilen bir haktır. Bu hak, şüpheli veya sanığın kendisine yöneltilmiş olan suçlamalara ilişkin olarak sorulan sorulara cevap vermemesi veya istediği soruya cevap verip istemediğine vermemesi şeklinde de ifade edilebilir. Bu hakkın kullanılmasının kendisi aleyhine sonuç doğurmayacak şekilde yorumlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu bağlamda, kurulacak olan bir mahkûmiyet hükmünün de tek başına susma hakkına dayandırılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Yalçın; s.485.

¹⁴ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.281.

¹⁵ Anayasa Mahkemesi 04.07.2013 tarihli vermiş olduğu bir kararında “Maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamada önemli bir rol oynayan ‘delil serbestliği’ ilkesi uyarınca kanuna aykırı olarak elde edilmemesi koşuluyla, ceza muhakemesinde her şeyin delil olmasını mümkün kabul etmiştir. Nitekim Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 206. maddesinde de hangi delillerin reddolunacağı sınırlı sayıda belirtilmek suretiyle, ceza muhakemesinde her şeyin delil olabileceği kabul edilmiş, 217. maddesinin birinci fıkrasında ise delillerin hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edileceği hükmüne yer verilmiştir.” AYM; E. 2012/100, K.2013/84, T. 04.07.2013, Erişim Tarihi:03.07.2023. Bu ilke ile ilgili detaylı açıklamalar bölüm sonunda “delil serbestisi ilkesi” başlığı altında yapılacaktır.

¹⁶ Öztürk; s.205.

serbestliğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu bağlamda hâkimi, ceza yargılamasının amacı olan somut gerçeğe götürebilecek her şey delil olarak kabul edilebilecektir.¹⁷

Sonuç olarak, hâkimin maddi gerçeğe ulaşması noktasında yapmış olduğu yargılama faaliyeti ispat faaliyetini, bunun sonucu olarak maddi gerçeğe ulaşılması ve maddi gerçeğin ortaya konulması ise ispat kavramını oluşturacaktır. İspatın ortaya konulması ve ispatın nasıl gerçekleşeceğine dair kurallar ise ispat hukukunun tamamını oluşturmaktadır. Bununla birlikte hukukun ilk aşamalarına baktığımızda, ispat bakımından ‘ilkel bir safha’ söz konusu olduğu kabul edilmekteydi. Söz konusu bu aşamada ispat faaliyeti herhangi bir kurala bağlı olmaksızın gerçekleşebilmekteydi. Daha sonraki tarihi süreçte ise ‘dini delil safhası’ kabul edilmektedir.¹⁸

Bunun ardından din ile hukukun ayrılmasıyla birlikte yeni bir süreç olan rasyonel ispat sistemine geçilmiş ve bu aşamada süreç ikiye bölünmekle ilk olarak kabul edilen başlık, ‘kanuni ispat sistemi’ olmuştur. Bu sistemde, ispatın nasıl ve ne şekilde gerçekleşeceği kanunla ve kurallarla belirlenmiştir. Yargılama makamlarının kurallara uygun bir şekilde karar vermelerini zorunlu olarak kabul eden bu ispat sistemi, günümüz hukukunda sadece medeni usul hukuku bakımından kısmi olarak uygulanmaktadır. Türk hukuk sisteminde önceki dönemlerde ceza hukuku bakımından da kabul gören bu sistemde asıl amaç ise hâkimin keyfi karar verebilmesinin önüne geçilmesi olarak belirtilmektedir.¹⁹

Vicdani delil sisteminden önceki uzun tarihsel süreçte bu sistem kullanılmış, buna göre hangi delilin hangi ispata yarayacağı kanuni ispat kurallarının neler olduğu açık açık belirtilmiştir. Bu sistemde, önceden belirlenmiş delillerle ispatın gerçekleşebileceği kabulü bulunmakla birlikte hâkim de bununla bağlı olmaktadır. Örneğin, işlenen zina fiilinin ancak ikrar ve belirli sayıdaki tanıkla ispat edileceği kabul edilmekteydi. Eğer hâkimin önüne gelen bir zina olayında ikrar ve belli sayıda tanık varsa bu durumda

¹⁷ “Ceza muhakemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir. Genel bir ifadeyle delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi serbestliğini ifade eden bu sistem, eylemi yargılayan hâkimlerinin hukuka uygun şekilde elde edilen her türlü delili kullanarak ispata ulaşmasını, sanığın aleyhine olduğu gibi lehe delilleri de araştırıp değerlendirerek, kuşkudan arınmış bir sonuca ulaşması gerekir. Delil takdirindeki serbesti, keyfilik olarak algılanmamalı, akla, mantığa ve bilimsel kurallara aykırı olarak değerlendirilmemelidir” (Yargıtay, 16.CD; E.2018/4, K.2018/1470, T.16.04.2018, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023.)

¹⁸Boga Bekir; Ceza Muhakemesinde Delillerin Tartışılması, Necmettin Erbakan Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Konya, 2019, s.4.

¹⁹ Boga; s.5-6.

mahkûmiyet kararı verilmesi zorunlu idi. Bunun aksine vicdani delil sisteminde ise hangi olayın hangi delille ispatlanacağına ilişkin net kurallar söz konusu değildir. Çünkü bu sistemde delil serbestisi ilkesine göre, her olay her delille ispat edilecek şekilde kabul edilmekte ve bu hâkimin takdirine bırakılmaktadır.²⁰

Bununla birlikte günümüz ceza hukukunda ‘vicdani delil sistemi’ kabul edilmektedir. Bu bağlamda daha önce kabul edilen kanuni delil sistemi, belirli şekilde elde edilen delillerin hâkimi bağlayıcılığına dayanmakta iken vicdani delil sisteminde ise kabul edilen en önemli ilke, bir ceza uyumsuzluğunun her türlü delille ispatlanmasına dayanan ‘delil serbestliği’ ilkesi olmuştur. Bu ilke detaylı bir şekilde ayrı bir başlıkta incelenecektir.²¹

Önceki dönemlerde kabul edilen ‘kanuni ispat sistemi’, günümüzde yerini ‘vicdani ispat sistemi’ne bırakmakla hâkimin, kendi vicdani kanaatine dayanarak maddi gerçeği tespit etmeye çalışacağı ve bu şekilde karar vereceği kabul edilmiştir.²² Bu tespit sırasında hâkim, her türlü delile dayanarak failin suç işlediği konusunda elde edilecek delillere göre değerlendirme yapacak ve karar verebilecektir. Birtakım varsayımlara dayanarak, mantığa uygun olmayan yolların izlenmesi ile olayın ispatlanması veya maddi gerçeğe ulaşılması mümkün değildir. Ayrıca ispat noktasında açık ve belirli olan, herkesin bilgisinde ve aşikâr olan, vakıaların ispatlanmasına gerek olmayacaktır. Örneğin, doğal ya da tarihsel bir olgu veya yürüyen, hareket halinde olan bir kimsenin canlı olduğunun tespiti, herkesin bilgisi dahilinde olan ve belirli bir insan çevresiyle sınırlı olmayan bilgi niteliğinde bulunacağından ayrıca ispatın konusunu oluşturmaz. Yine bir hâkimin mesleki uzmanlığını gerektiren bir konu da ispatın konusu niteliğinde kabul edilmeyecektir. Çünkü ispatın asıl konusu, maddi olayı ilgilendiren, ispat bakımından önem taşıyan, sonucunda suçluluğu ve yaptırımını ortaya koyabilecek

²⁰ Gedik, Doğan; “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (Cmk M.217)”, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, C.21, S.913-963, 2019, s. 915-916.

²¹ “Ceza muhakemesinde her şey delil olabilmektedir. Hâkim, delili serbestçe tayin edebilir. Hâkimin hem delil hem de delil değerlendirme serbestisi de “vicdani delil” sistemi olarak adlandırılır”, (Yargıtay, 6.CD; E. 2014/13246, K. 2017/763, T. 21/03/2017, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023.) Özen, Mustafa; Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 6.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.287-288.

²²Yazara göre, bu iki sistemden farklı olarak hukukumuzda 18.11.1992 tarihinden bu yana vicdani delil sistemine getirilen sınırlamaya dayalı bir şekilde oluşturulan ‘hukuki delil sistemi’ uygulanmakta ve yeni CMK tarafından esas alınmaktadır. Yine bu sistemdeki en büyük amaç, hukuka uygun elde edilmiş olan delillerin değerlendirilip hâkimin vicdani kanaatine göre ispatta kullanılmasının sağlanmasıdır. Soyaslan Doğan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 7.Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s.65.

olgulardır.²³ Tüm bu sebeplerle diyebiliriz ki kural olarak, herkesin bilgisi dahilinde olan vakıalar dışında, maddi olayla ilgili olan ve hükümde gösterilecek her şeyin ispat araçları ile ispatlanması gerekliliği söz konusudur.²⁴

1.1.1. İspatın konusu

İspat kavramına dair yapılan açıklamalardan sonra ispat konusunun ne olduğu ve ardından ispat yükümlülüğünün kimde olduğunun da net olarak açıklanması gerekmektedir.²⁵ İspat, maddi olaya ilişkin bir fiilin fail tarafından işlenip işlenmediğinin hukuka uygun araçlarla ortaya koyulabilmesidir. Maddi gerçeğe ulaşılması ancak bu suretle mümkün olabilecektir. Maddi gerçek ise dünün yorumlanması ve delillerle açığa çıkarılmasıdır. Bu anlamda mutlak gerçek söz konusu olmaksızın yargılama makamının ulaştığı gerçek, maddi gerçektir. Burada ispatın esas amacı ise gerçek değil gerçek konusunda ulaşılan kanaattir.²⁶

Anayasa m.138’de “Hâkimler, vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler.” düzenlemesiyle getirilen ‘vicdani delil sistemi’, CMK m.217’de de “deliller, hâkimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir.” şeklinde yer bulmuştur.²⁷ Kanun koyucu, bu sistemi esas alarak yapmış olduğu düzenlemelerde direkt olarak, hâkimin vicdani kanaatine göre karar vereceğinden bahsetmeyip mahkemeye getirilmiş ve kendi huzurunda tartışılmış delilleri takdir ettiği hüküm aşamasında vicdani kanaatine göre karar vereceğini düzenlemektedir. Bu bağlamda söz konusu bu sistemin temelinde kabul edilen ‘vicdan’ kavramı, ‘bireyin kendi içerisinde var olan doğru ya da yanlış duygusu, insani meleke veya aklın sesi’ olarak belirtilebilirken, ‘kanaat’ kavramı ise ‘varılan sonuç, inanç veya düşünce’ şeklinde açıklanmaktadır.²⁸

²³ Roxin; s. 268; Öztürk; s.207.

²⁴Bozdağ, Ahmet/ Sariusta Kader; “Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (İnÜHFD), C.8 S.2 Y.2017, s.575.

²⁵ Öztürk; s.207.

²⁶ Şahin, Cumhur/ Göktürk, Neslihan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 13.Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s.407.

²⁷ Gedik; “Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (Cmk M.217)”, s.915-916.

²⁸ Özbek, Veli Özer; “Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi, 16, 283-287, s.283-284; “Kanaat, yasanın sosyal gerçeklik içinde somutlaştırılmasıdır.” s.287.

Delil, vicdani kanaatin bir parçasını gerekçenin de temelini oluşturmaktadır. Vicdani kanaat ise maddi uyuşmazlığı çözmeye yetkili olan hâkimin ispat faaliyeti sonucunda, hukuki usuller kapsamında akıl ve mantığın çerçevesinde maddi olaya dair ulaştığı ve kendi vicdanı bakımından şüphe içermeyen kanaatidir.²⁹ Ayrıca vicdani kanaat, maddi gerçeğin bulunması ve uyuşmazlığın sonuçlandırılması anlamındaki en temel kıstas olarak da kabul edilmektedir. Hâkim bu nedenle duruşma ile ortaya konulan delillere bağlı olarak maddi gerçeğe ulaşmayı ve vicdani kanaate varmayı amaçlar. Kısaca burada hâkimin vicdani kanaatini oluşturmadaki serbestisinin dahi sınırsız olmadığı kabul edilmekte, kanaatini oluştururken kendi tecrübesine ve delillere dayanarak hareket etmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁰

‘Vicdani kanaat’ bu bağlamda kendi başına delil olarak değil, delillerin sınırı olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan kanaati oluşturan temel şeyin deliller olduğu ifade edilebilir. Bundan dolayı da hâkimin hüküm aşamasında yalnızca vicdani kanaatini esas alması mümkün değildir. Delillerin hâkimin kendi tecrübesine göre yeterli bir nitelikli kesinlik ortaya koyması sağlanmalıdır. Çünkü kanaatin şüphe düzeyinde kalmamış olması, hüküm aşamasının temelidir. Bu nedenle hâkim, ispatın gerçekleştiğine tam anlamıyla kanaat getirinceye kadar delilleri araştırmaya ve kanaate vardıktan sonra karar vermeye gayret edecektir.³¹

Hâkim, kendi kanaatine göre karar verecekse de kanaati keyfilikten uzak şekilde delillere dayandırması gerekliliği vardır. Bununla birlikte karara yönelik yapılacak olan bir kanun yolu denetiminde, hâkimin delillere dayanıp dayanmadığı ve ne şekilde gerekçe belirttiği denetlenecek fakat vicdani kanaati denetlenemeyecektir.³² Nitekim, Yargıtay’ın vermiş olduğu bazı kararlarda da bu husus ifade edilmiş, buna göre ceza yargılamasında asıl amacın maddi gerçeğin ortaya konulması olduğu ve bu amaç neticesinde delillerin serbestçe elde edilip değerlendirilmeye alınacağı belirtilmiştir. Ayrıca delil serbestisi ilkesi gereği hukuka uygun şekilde elde edilen her şeyin delil olarak kabul edileceği de açıklanmış ve delillerin ispat bakımından önemi ve kapsamının önceden

²⁹ Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçüsü Olarak Vicdani Kanaat, Işık Yayınları, İstanbul, 2015, s.172.

³⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide: Ceza Muhakemesi Hukuku 14.Baskı, İstanbul 2017, s. 759.

³¹ Özbek, V. Ö.; 284-285.

³² Özbek, V. Ö.; s.287.

belirlenemeyeceği kabul edilmiştir. Buna ek olarak, hâkimin takdir yetkisinin duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmaya açılmış deliller noktasında olacağı özellikle ifade edilmiştir.³³

İspat faaliyeti ayrıca hâkimin olayın varlığına ikna edilmesini ve olaya dair net bir kanaate varmasını da ifade eder.³⁴ Bu şekilde bir kanaate varılması ise ancak yeteri kadar delil elde edilmiş ve değerlendirilmişse mümkün olabilecektir. Bununla birlikte hangi delilin hangi olguyu ne şekilde ispat edeceği net kurallarla belirtilmiş değildir. İspat edilecek olay veya olguya göre bu durum değişkenlik gösterebilmekte, mahkemenin bu noktada uyması gereken ispat kuralları ve delillere ilişkin ilkeler bulunmaktadır.³⁵ Bu noktada suçun ne olduğu ne şekilde ispatlanacağını yanında bunun hangi delillerle yapılacağı da önemli bir mevzudur.³⁶ Buna göre ispatın gerçekleşmesi için elde edilen deliller önce ispat ilkeleri göz önünde tutularak ilk aşamada bireysel olarak daha sonra ise diğer delillerle beraber değerlendirilecek, değerlendirmeye tabi tutulmayanlar ise açıkça sebepleriyle birlikte kararın gerekçesinde belirtilecektir.³⁷

Geçmişte yaşanan olayların açığa çıkarılması ve sonuçlarının ortaya konulması noktasında ispatın çok önemli bir işleve sahip olmasından dolayı, konusunun ne olduğu ve ispat yükünün kimde olduğu noktasında ceza muhakemesi dışında diğer mevzuatta da belirli düzenlemeler yapılmıştır. Usul hukuku kapsamında baktığımızda HMK m.187'ye göre ' tarafların üzerinde anlaşılmadıkları çekişmeli hususlar' ispatın konusunu oluşturmaktadır. Maddi ceza hukuku bakımından da hangi fiillerin hangi aşamada suç niteliği taşıyıp taşımadığını belirleyen mevzuat bulunmaktadır. Çünkü ispatlanması gereken maddi bir olayın suç olup olmadığı ve ne şekilde ispatlanacağı maddi ceza hukuku kapsamında değerlendirilecektir.³⁸

³³ İlgili karar için bkz. Yargıtay, 9.CD; E. 2013/15382, K.2014/ 2802, T.17.03.2014, UYAP, Erişim Tarihi:09.06.2023.

³⁴ Roxin; s. 266.

³⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.22.

³⁶ Yavuz; s.156.

³⁷ Öztürk; s.207.

³⁸ Yavuz; s.155, Öztürk; s.207.

1.1.2. İspat külfeti

Ceza muhakemesinde yapılan yargılamada, fiilin kim tarafından işlendiğinin tespiti konusunda yargı makamlarının tam bir kanaate varması, ispat faaliyeti ile gerçekleşmektedir.³⁹ Bu nedenle ispat faaliyeti bir süreç gerektirir. Bu süreç, tarafların iddialarını sundukları delillerle hâkimi kesin bir şekilde ikna etmesiyle son bulmaktadır. Usul hukukunda yerini bulan bu kural ise HMK’da ‘ispat yükü’ başlıklı maddede düzenlenmiştir.⁴⁰ Buna göre, tarafların sunacakları delillerle vakıanın gerçekliği ortaya konulduğu takdirde ispat, gerçekleşmiş kabul edilmekte ve burada ispat yükü, kendisi lehine sonuç çıkaracak tarafa bırakılmaktadır. Bu noktada ceza hukukunun medeni usul hukukundan ayrılan yönü şüpheli/sanık bakımından ispat külfetinin olmamasıdır.⁴¹ Bu husus, ‘masumiyet karinesi’ nin⁴² bir sonucu olarak kabul edilmektedir.⁴³

‘Nemo tenetur’ ilkesi, sanığın veya şüphelinin kendini veya yakınlarını suçlamaması, bu nitelikte beyanda bulunmaması ve delil göstermeye zorlanmaması olarak tanımlanmaktadır. Bu ilke aynı zamanda kişinin suçsuzluğunu ispat etme noktasında ispat yüküyle yükümlü olmadığını, bu hususta yargılama makamlarına yardım etmeye zorlanamayacağını ve pasif durumunun aleyhe yorumlanacağını belirtmektedir. Yine bu ilke gereği şüpheli veya sanık kendi iradesiyle suçun ispatlanması için yargılama makamları ile iş birliği yapıp yapmamakta serbesttir. Anayasa m.38/5. fıkrada bu ilkeye yer verilmiş buna göre, “Hiç kimse kendisini veya Kanun’da gösterilen yakınlarını

³⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.21.

⁴⁰ Afandak, Khalil; Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 2021, s.8.

⁴¹ Şahin/ Göktürk; s.21.

⁴² “Suçsuzluk karinesi” olarak da kabul edilen bu karine, Avrupa’da ilk kez 1215 Magna Carta ile düzenlenmiş, ilk açık ve yazılı düzenlemesi ise 1789 tarihli Fransız insan hakları bildirgesiyle vücut bulmuştur. Ayrıca 1789 tarihli İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi’nde kabul edilen “masumiyet karinesi” İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında güvence altına alınmış bir ilkedir. Türk hukukunda ise bu karine, 1982 Anayasa’sına kadar herhangi bir düzenlemede yer bulmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin kabul edilmesiyle birlikte 1982 tarihli Anayasada “Suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimse suçlu sayılamaz.” ifadesi ile 38.maddede düzenlenmiştir. Daha önceki anayasalarda bu karineden bahsedilmemekle birlikte 1961 Anayasa’sında bu karinenin bir unsuru olan “susma hakkı”ndan bahsedilerek yer verilmiştir. Yeni CMK’da bu karineye ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamakla birlikte bu kabinenin unsuru ve sonucu olacak birçok düzenleme yer almaktadır. CMK 147 ve 148.maddelerinde hukuka aykırı delillere ve susma hakkına ilişkin yer alan düzenlemeler, suçsuzluk karinesinin temel dayanağı niteliğinde kabul edilen unsurlardandır. Yalçın, Ahmet; Suçsuzluk Karinesi, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021, s.483-484. Bu açıklamalarla birlikte tezimizde terim birliği olması açısından “masumiyet karinesi” ifadesine yer verilecektir.

⁴³ Soyaslan; s.63.

suçlayan bir beyanda bulunmaya ve bu yönde delil göstermeye zorlanamaz.” ibaresi yer almıştır.⁴⁴

Bununla birlikte ceza yargılamasında ispat yükü bakımından hâkimin oluşturacağı hükmün kolektifleri noktasında, ispatın iddia veya savunma makamına yükleneceği kanaatinde olanların yanı sıra, davayı açan iddia makamının bu iddiasını ispatla yükümlü olduğu kanaatinde olan görüşler de bulunmaktadır. AİHM ise “masumiyet karinesi” ilkesinden yola çıkarak iddia makamını ispat yükü altında bırakma şeklinde bir tutum sergilemektedir.⁴⁵ Bununla birlikte ceza muhakemesinde genel kabul gerek mağdur gerekse sanık bakımından herhangi bir ispat yükümlülüğünün bulunmadığıdır. Bu kişiler her ne kadar delillerin ikamesi noktasında yargı makamına yardımcı olmaları noktasında belirli serbestliğe sahip olsalar da bu husus, kendi yararlarına olan durumlarda söz konusu olmakla birlikte bir ispat yükümlülüğü niteliğinde kabul edilmemektedir. Bilhassa, sanık bakımından hem “şüpheden sanığın yararlanması” ilkesi hem de ‘masumiyet karinesi’ ilkeleri göz önünde bulundurulduğunda böyle bir yükümlülük altında tutulmasının bu ilkelere aykırı olduğunu belirtmek mümkündür.⁴⁶

Ceza hukukunda olayın aydınlatılması ve ispatın gerçekleşmesi hâkimin kişinin suç işleyip işlemediği hakkında tam bir kanaate varmasıyla tamamlanacaktır. Tam kanaatin gerçekleşmesi masumiyet karinesi⁴⁷ anlamında çok önemlidir. Çünkü şüphenin tam olarak ortadan kalkmadığı, sanığın suç işlemesi yönünde yüzde yüz kanaate ulaşılmadığı durumda ‘şüpheden sanık yararlanır’ ilkesi gereği şüphe, sanık lehine

⁴⁴ Özen İnci, Zekiye, “Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler”, Hacettepe HFD, 7(2) 2017, 119–168, s.129.

⁴⁵ AİHM; Capeau/Belçika, Başvuru No:42914/98, T.13.01.2005; Barbera, Messeque ve Jabardo/İspanya, Başvuru No: 10590/83, T.06.12.1988. (<https://hudoc.echr.coe.int>, Erişim Tarihi:05.06.2023); Mahkemenin, Sözleşme’de kabul ettiği yargılama usulünün, ‘ispat yükü, iddia eden kişidedir’ ilkesinin uygulanmasına her zaman elverişli olmadığını da kabul etmektedir, AİHM; Ersin Erkuş ve Diğerleri / Türkiye, Başvuru No:40952/07, T.31.05.2016. AİHM; Rivas/Fransa, Başvuru No:59584/00, T.1.04.2004. (www.kazanci.com, Erişim Tarihi:10.05.2023); AİHM’in vermiş olduğu kararlarda ortaya koyduğu bir sonuç olarak da yargılamada ispat yükü sanıkta değil savcıda olmalı ve savcı sanığın mahkûmiyetine dair olan delilleri ve delil araçlarını toplayarak mahkemeye sunmalıdır, Feyzioğlu, Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.149.

⁴⁶ Bozdağ/ Sariusta; s.576-577.

⁴⁷ Bu karine uyarınca, bir kişinin suçlu olarak kabulü ve ceza hukuku bağlamında müeyyide uygulanması kesin hükümle sonuçlanmış olmasıyla mümkündür. Kişinin mahkum olabilmesi ise akla, mantığa, hukuka uygun ve her türlü şüpheden uzak olarak karar verilmesi şarttır. Kişi bu aşamaya kadar kanunen suçsuz kabul edilen bir kişidir, Feyzioğlu, Metin; “Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 48(1), 1999, s.139.

yorumlanacaktır.⁴⁸ Fakat tüm bunlardan farklı olarak ceza yargılamasında ispat yükünün olmaması, ispata ilişkin kural ve ilkelerin bulunmadığı bir serbestlik şeklinde ifade edilemez. Ceza yargılamasında delillerin değerlendirilmesi bakımından kabul edilen vicdani ispat sisteminin yanı sıra belirli delil ve ispat kuralları bulunmaktadır.⁴⁹ Bu bağlamda konunun devamında öncelikle delil kavramı ve özelliklerinden bahsedilecek olup ardından delil çeşitlerinin neler olduğu ve ne şekilde toplanacağı ifade edilecektir.

1.2. Delil Kavramı

Maddi ceza hukuku bir fiilin suç teşkil edip etmediğini araştırırken, ceza muhakemesinin amacı ise suçun işlenip işlenmediğini, işlenmiş ise ne zaman ve nasıl işlendiğini tespit edebilmek ve ceza kanunlarında suç olarak yer alan bir fiilin gerçekleştirildiğine dair şüphenin kesin bir kanaatle giderilebilmesini sağlayabilmektir. Bu şekilde kesin bir kanaatle varılan tespit, maddi gerçektir. Ceza muhakemesinin amacı da bu maddi gerçeğe ulaşabilmektir.⁵⁰

Arapça kökenli olan ‘delil’ kavramı, ‘delalet’ kelimesinden gelmektedir. Kılavuz, yol gösteren, rehber olan anlamlarını içeren bu kavram, bir başka şeyin bilinmesine aracılık eden şey veya yargılama makamlarının gerçeği araştırırken başvurdukları ve suçun varlığını ispata yarayan araçlar olarak ifade edilebilir. Ceza yargılamasında esas amaç⁵¹ daha önceki zaman diliminde yaşanan bir olayın yeniden ele alınması ve çözülebilmesi ise bu, hâkimin çabasıyla ve çalışmasıyla ortaya koyduğu muhakemenin bir sonucu olacaktır. Bu muhakemenin ve amacın temel yapı taşı ise elde edilen delillerdir. İspat ise bu şekilde elde edilen delillerle hâkimin maddi gerçeğe ulaşabilmesidir.⁵²

⁴⁸ “Yüksek de olsa bir ihtimale dayanılarak sanığı cezalandırmak, ceza muhakemesinin en önemli amacı olan gerçeğe ulaşmadan hüküm vermek anlamına gelecektir”, Yargıtay, CGK; T.17.03.2015, 6-66/52, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023.

⁴⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.21.

⁵⁰ Boga; s.3.

⁵¹ Göksoy, Resul; Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2017, s.62.

⁵² Tosun, Öztekin; Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, 4. Baskı, Acar Matbaacılık Tesisleri, İstanbul, 1984, s. 707.

Ceza yargılamasında uyuşmazlığa konu olayı, kimin gerçekleştirdiğinin hukuk düzeninin kabul ettiği biçimde tespit edilmesine ispat; bu ispatın gerçekleşmesinde kullanılan araçlara delil denir.⁵³ Kunter'e göre ise deliller, geçmişte yaşanmış olaya ilişkin gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayan ve bugün mevcut bulunan ve varlığı duyu organlarıyla öğrenilebilen şeylerdir.⁵⁴ Delil, bir şeyin ne olduğunu açıklamaya çalışan, bir şeyin varlığını ispatlamaya yarayan yol gösterici ipucu, işaret veya iz anlamlarını da taşımaktadır. Ceza uyuşmazlığını oluşturan bir olayı aydınatabilecek somut, maddi yapıya sahip ve hukuk düzenince kabul edilen vasıtalar bu anlamda 'delil' olarak kabul edilmektedir. Bir diğer deyişle delil, hâkimin maddi gerçeğe ulaşabilmesinde kullandığı ispat aracıdır.⁵⁵

Bir suçun aydınlatılabilmesi için delillerin eksiksiz bir şekilde toplanması ve muhafaza edilmesi gerekmektedir. Bu noktada gerekli hükümler, adli kolluk görevini yapan kolluğun tabi olduğu yönetmeliklerde açıkça belirtilmiştir. Delil kavramına, açık ve net bir şekilde mevzuatta yer verilmemiş olmakla birlikte, 1983 tarihli Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik'te (PAGY)⁵⁶ delile ilişkin bir tanımlama bulunmaktadır. Yönetmeliğe göre delil, meydana gelen bir suçun ispatlanabilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılabilmesi noktasında kullanılan maddi veya maddi olmayan her türlü aracı ifade etmektedir.⁵⁷ Delilleri bu tanımlamalardan farklı olarak maddi gerçeğe ulaşılması için işlenmiş olan suçun, ispat edilmesini ve yargılamanın doğru, adil ve hızlı gerçekleşmesini sağlayan ispat araçları olarak da tanımlayabiliriz.⁵⁸

'Kanat' veya 'delil' kavramları sıklıkla birbirinin yerine kullanılan ve aynı anlamı içeren kavramlar olmakla beraber delil, insanı maddi gerçeğe ulaştıran ve ispata

⁵³ Özen; s.287; Ünver, Yener/ Hakeri Hakan; Ceza Muhakemesi Hukuku, 19.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2022, s.581.

⁵⁴ Kunter, Nurullah/ Yenisey, Feridun/ Nuhoğlu, Ayşe; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 18.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010. s.1326.

⁵⁵ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.282; Özen; s.287.

⁵⁶ 17/02/1983 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, s.17962, Bölüm-1, m.3 tanımlar başlığı altında delil kavramı tanımlanmıştır.

⁵⁷ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.282.

⁵⁸ Yüksektepe, Mert Asker; Ceza Muhakemesinde İspat ve Yöntemleri, 1.Baskı, Platon Hukuk Yayınevi, İstanbul, 2021, s.16.

yaklaştıran iz veya işaret olarak tanımlanabilir. Bu anlamıyla delil kavramı, kanıt kavramını da kapsayıcı olarak kabul edilmektedir. Anayasa’da da birden fazla maddede delil kavramından bahsedilmiş ve bu kavramın önemi ortaya konulmuştur. (m.19, m.38)⁵⁹ Bundan farklı olarak kanun koyucu, bazen delil kavramını, “şüphe” kavramı yerine de kullanmış bazen de her iki kavramı birbirinden ayrı olarak ifade etmiştir. Bu noktada öğretide de farklı yorumlar söz konusudur. Bununla birlikte her halde olayla ilişkisi olabileceği yönünde şüphe olarak görünen veya delil olabileceği düşünülen bir ispat aracı, toplanıp muhafaza altına alınarak hüküm aşamasında değerlendirilebilecektir. Bu kapsamda kanunun bu kavramları açıkça ifade etmemesini bu duruma engel değil, bu durumu kapsayıcı olarak yorumlamak gerekliliği ifade edilmektedir.⁶⁰ Bize göre de maddi gerçeğin amaçlandığı bir ispat sisteminde bu şekilde bir yorumlamaya gidilmesi daha faydalı olabilecektir.

Ceza yargılamasında delillerin, mutlak belirliliği söz konusu değildir. Deliller ancak yansıttığı ihtimallerin belirli bir dereceye ulaşması ile vicdani kanaate dönüşürler.⁶¹ Burada hâkimin elde edeceği kanaat, basit bir tespit olmaktan ziyade maddi gerçeğe yaklaştıran güçlü bir olasılık olmalıdır. Elbette ki hâkimin bu kanaate varırken söz konusu olayın geçmişte yaşanmış olmasından dolayı delillere dayanarak ve kanaatini gerekçelendirerek hareket etmesi gerekmektedir. Çünkü gerekçe, delillerin değerlendirmesi sonucu varılan kanaatin somutlaştırılması, açıklanmasıdır.⁶² Bir diğer deyişle hâkimin, aklın ve hukukun çerçevesinde maddi gerçeğe ulaşabilmesi için yaptığı yargılama faaliyeti sonucunda şüpheyi yer vermeyecek şekilde ulaştığı kanaattir.⁶³

Maddi gerçeğe ulaşma çabası ceza muhakemesinin maddi yönünü oluşturur. Bu çaba içerisinde hâkime yol gösterecek ve ispata ulaştıracak olan şey delillerdir. Ceza muhakemesi kanununda herhangi bir tanımı olmamakla birlikte birçok maddede delillere ilişkin bahsin geçtiği göz önünde bulundurulduğunda, yargılama faaliyetinin yapı taşlarından biri olduğu yine ortaya çıkacaktır. Şüphe ile başlayan yargılama faaliyetinin maddi gerçeğe ulaşarak sona erdirilmesi ve şüphenin ortadan kaldırılması delillerle

⁵⁹ Kaynakçıoğlu; s.14.

⁶⁰ Şahin/ Göktürk; s.408.

⁶¹ Bozdağ/ Sariusta; s.575.

⁶² Durmaz Zoğlar, Burcu; Ceza Muhakemesinde İspat ve İfade Alma ve Sorgunun Yürüyüşü, 1.Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s.75.

⁶³ Centel/ Zafer; s. 219; Kaynakçıoğlu; s.13.

mümkün olduğu gibi bu şekilde maddi gerçeğin sübuta ermesi ile ceza yargılamasının tamamlanması da delillere bağlıdır.⁶⁴

Delil kavramının yargılama sürecinde bu kadar önem taşımasının yanı sıra elde edilecek ve toplanacak delillerin de belirli nitelikleri yansıtması ve ortak özelliklere sahip olması beklenmektedir. Bu bağlamda bundan sonraki başlıklarda öncelikle delillerin nitelikleri ve özellikleri ele alınacak daha sonrasında toplanan delillerin çeşitlerinin neler olduğu ifade edilecektir.

1.2.1. Delillerin nitelikleri

Delilin değeri, hâkim tarafından maddi olaya uygunluğuna göre belirlenmektedir. Bu bakımdan hâkimin yapacağı değerlendirme sonucunda varacağı kanaat, her türlü şüpheden uzak kesin bir kanaat olmaktan ziyade yüksek bir olasılıktır. Çünkü elde edilen delilin ispat değeri, maddi olaya göre değişebilmekle beraber, deliller arasında bir derecelendirme veya hiyerarşi söz konusu değildir.⁶⁵

Bununla birlikte, gerçekleşen maddi olayın hangi delillerle ve ne şekilde ispat edileceğine dair net kurallar da söz konusu olmayıp elde edilen delillerin kabul edilip, değerlendirilebilmesi için belirli özellikleri taşıması gerekmektedir.⁶⁶ Her şeyden önce delillerin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında fayda sağlaması ve ispat edici nitelikte olması gerektiğini ifade etmek mümkündür. Ayrıca delillerin belirli bir mantık çerçevesinde ele alınabilir ve kaynak olarak güvenilir bir yapıda olması da beklenecektir. Bununla birlikte bilimsel ve mantıksal bir yapıya sahip olmayan, fal yorumları veya söylenti niteliğindeki beyanların delil olması beklenemez. Bu nedenle beş duyu organıyla algılanabilen, kaynağı bakımından güvenilir veriler, delil olabilecektir.⁶⁷

Tüm bunlara ek olarak delillerin, maddi olayın parçasını oluşturan bir yapıya sahip olup olayla alakası ortaya konulabilmelidir. Ayrıca olayı temsil kabiliyeti olmayıp akla, maddi gerçeğe ve hukuka uygunluğu bulunmayan delillerin de ispatta kullanılması mümkün değildir. Çünkü muhakeme makamlarının ispat noktasında tam bir kanaate

⁶⁴ Kaynakçioğlu; s.15-16.

⁶⁵ Cesare Beccaria; Suçlar ve Cezalar Hakkında, 6.Baskı, (Çev.) Sami Selçuk, İmge Kitabevi, İstanbul, 2013, s.76.

⁶⁶ Köse; s.4; Şahin/ Göktürk; s.411.

⁶⁷ Afandak; s.17.

ulaşmasını sağlayan bu araçlar, hukuka uygun ve hukukun izin verdiği yollarla elde edildiğinde kullanılabilecektir. Bu zellikleri taşması da kanuni bir zorunluluk olarak görülüp ceza muhakemesinde bunları taşıyan delillerin kullanılması istisnai durumlarda ancak söz konusu olabilmektedir.⁶⁸

Hâkimi maddi vakıya ulaştırabilecek ve maddi gerçeğin ispatını sağlayabilecek en önemli husus delillerdir. Elde bulunan delil sadece şüpheli veya sanığa dair ikrar da olsa bütün delillerle birlikte değerlendirilip o şekilde oluşan vicdani kanaat ile hüküm kurulabilmesi mümkündür.⁶⁹ Bununla birlikte, delillerin önemli bir fonksiyonu ise m.38/4'te yer alan 'suçsuzluk karinesi' olarak da bilinen masumiyet karinesinin ortaya konulmasını sağlayabilmektir.⁷⁰ Buna rağmen tüm çabalar sonrasında bazı delillere ulaşılamaması söz konusu ise mevcut delillerle şüphenin yenilip yenilmediğine bakılmalıdır. Buna rağmen şüphe giderilememişse delil serbestliği ilkesinin de bir sonucu olarak boşluklar, hukuk ve mantık ilkelerine uygun, akıl yürütmeye dayalı şekilde hâkimin tecrübesiyle doldurulacak ve ispata ulaşılmaya çalışılacaktır.⁷¹

Delillerin ispat kabiliyeti ve olayı ne derece ispat edeceği net bir şekilde önceden belirlenemez. Bununla birlikte hiçbir delilin hâkimi bağlılığı da söz konusu değildir. Hâkim, vereceği hükümde hangi delili kullandığını ve itibar edip etmediğini açıklayıp bunu somut verilere dayandırabilecektir.⁷² Bu bağlamda, CMK'da da delillerin ispat gücü anlamında olumlu ya da olumsuz bir düzenleme söz konusu değildir. Her delil eşit derecede öneme sahip olmakla birlikte ispata ilişkin olması tespit edildiğinde kullanılabilecektir. Fakat bununla birlikte bu serbesti bakımından bazı istisnalar söz

⁶⁸ Yüksektepe; s.16. "Ceza muhakemesinde hangi hususun hangi delillerle ispat olunacağı konusunda bir sınırlama bulunmayıp, yargılamayı yapan hâkim hukuka uygun şekilde elde edilmiş akla, bilime ve mantığa uygun olan her türlü delili kullanmak suretiyle sanığın aleyhine olduğu kadar, lehine olan delilleri de araştırıp değerlendirerek şüpheden arınmış bir sonuca ulaşmalıdır." (Yargıtay, CGK; E. 2013/1-40, K. 2014/318, T. 10.6.2014, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.) Konuya ilişkin detaylı açıklama bölüm sonunda "hukuka aykırı deliller" başlığı altında ayrıca ele alınacaktır.

⁶⁹ Bozdağ/ Sariusta; s.57.

⁷⁰ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.27.

⁷¹ Feyzioğlu, Metin; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, 1.Baskı, Us-A Yayıncılık, Ankara, 1996, s.401.

⁷² Gedik; s.918; CMK m.217/1'de "Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edilir" denilerek bu husus belirtilmiştir. Deliller takdir edilirken hâkim bizzat incelediği ve duruşmada ortaya konmuş deliller bakımından bir değerlendirme yapabilecektir. Maddenin ikinci fıkrasında ise "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir" denilerek hukuka uygun olan her şeyin delil olabileceği bir diğer deyişle "delil serbestisi" ilkesi belirtilmiştir.

konusudur. CMK 222.maddesinde yer alan ‘duruşma tutanaklarını ispat gücü’, CMK 210.maddesinde bulunan ‘çekinme hakkı olan tanığın, hakkını sonradan kullanması durumunda vermiş olduğu beyanın delil olarak kullanılamaması’ ve ayrıca ‘delil yasakları’⁷³ gibi istisnalar ile Tanık Koruma Kanunu’nda⁷⁴ yer alan gizli tanık beyanıyla hüküm kurulamayacağı durumuna ilişkin maddeler yer almaktadır. Bununla birlikte Kanun’da belirtilmemiş olmasına rağmen özel hukukta da hukukla ilişkili olan bazı cezai uyuşmazlıklarda delillerin serbestliği ilkesi bakımından birtakım sınırlandırmalar söz konusu olabilmektedir.⁷⁵

Delil yasaklarına bunlar dışında özel olarak düzenlenmiş bazı hükümler de örnek verilebilir. Beden muayenesinden elde edilecek olan örneklerin hâkimin onayından geçmediği sürece delil olarak kullanılmasının yasaklanması, bunlar üzerinde aidiyet tespitinin yapılması dışında incelemeler yapılmasının yasaklanması bunlardan bazılarıdır. Yine benzeri şekilde, fizik kimliğine ilişkin yapılacak olan tespitte elde edilecek kişisel verilerin yok edilmesi zorunluluğu, kolluğun belge ve kayıtları inceleme noktasında yasaklanmış olması ve ayrıca teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen delillerin yok edilmesi durumları da özel olarak düzenlenen delil yasakları olarak belirtilebilmektedir. Buna ek olarak, özel bir delil yasağı söz konusu olmayan durumlarda dahi yapılacak tüm muhakeme işlemleri, CMK 217.maddesi ikinci fıkrasında bulunan düzenleme ile birlikte değerlendirilmektedir.⁷⁶

Delillerin serbestliği ilkesinin bir neticesi olarak hâkim, olayda bir tarafın gösterdiği üç tanığın, vermiş olduğu beyanlarının aksine tek bir tanığın beyanına itibar edip ona göre karar verebilecek veya yahut tüm tanık beyanlarının aksine sanığın beyanını esas alıp hüküm kurabilecektir.⁷⁷ Bununla beraber hâkimin vermiş olduğu hükümlerin gerekçelerini açık ve net bir şekilde belirtme zorunluluğu her koşulda mevcuttur. Anayasa m.141’de bu husus “bütün mahkemelerin her türlü kararları gerekçeli olarak yazılır” ibaresiyle açıklanmış ayrıca CMK m.34 kapsamında da “hâkim ve mahkemelerin

⁷³ Tezimizde bu başlığı her yönüyle ele alma imkânı söz konusu olmadığından sadece inceleme konumuzla sınırlı olacak şekilde değerlendirme yapılmıştır.

⁷⁴ Detaylı bilgi için bkz; <https://www.egm.gov.tr/tanikkoruma/tanik-koruma-kanunu>, Erişim Tarihi:04.04.2023.

⁷⁵ Gedik; s.919.

⁷⁶ Gedik; s.928.

⁷⁷ Gedik; s.920-921.

her türlü kararı karşı oy dahil, gerekçeli olarak yazılır.” şeklinde yer bulmuştur.⁷⁸ Yine hâkimin ancak objektif nitelikteki delillerle karar verebileceği, telkin niteliğinde olan ya da kendi iç sesine dayanan bir gerekçeyle değerlendirmede bulunamayacağı da belirtilmektedir.⁷⁹

Sonuç olarak bulunan her delil, ispat noktasında temsil edici bir nitelik taşısa da kesin bir kanaate varılabilmesi için tüm delillerin bir arada bütün olarak değerlendirilmesi ve aralarında bir çelişki olması durumunda çelişkinin giderilmesi gerekmektedir. Fakat buna rağmen bazen bir delilin tek başına mahkûmiyete esas alınması durumları da söz konusu olabilmektedir.⁸⁰ Hâkim öncelikle delillerin bu özellikleri taşıyıp taşımadığını inceleyecektir. Ardından delilin ispat gücünü ve önemini belirleyerek ona göre serbest bir şekilde değerlendirme yapacaktır.⁸¹ Bu noktada delillerin taşınması gerekli belirli özelliklerin detaylı bir şekilde ele alınması ve incelenmesi gerektiği kanaatindeyiz.

1.2.2. Delillerin ortak özellikleri

Hâkimin maddi gerçeğe ulaşabilmesi için daha önce gerçekleşen maddi olayı çözebilmesi, yaşanmış ve bitmiş eski bir olayı bir tarihçi gibi tekrardan ele alması gerekmektedir. Elbette ki hâkim bunu delillerle yapacaktır. Deliller, olayın sübuta varmasının şüphe sebepleridir.⁸² Bu şüphe sebepleri, soruşturma aşamasının başlamasına da sebeptir. Delillerle de bu şüphenin giderilmesi ve kesinliğe dönüşmesi amaçlanır.

⁷⁸ Yargıtay’ın vermiş olduğu 2016 tarihli bir kararda “Gerekçe; hükmün dayanaklarının akla, hukuka ve dosya içeriğine uygun açıklamasıdır. Gerekçe, dosyadaki bilgi ve belgelerin yerinde değerlendirildiğini gösterir biçimde “denetime elverişli”, yeterli ve yasal olmalıdır. Bir hüküm, sorun, gerekçe ve sonuç kısımlarından oluşmalı, gerekçede suçun yasal unsurları başta olmak üzere sabit ve muhakkak sayılan olaylar ve eğer kanıt başka olaylardan çıkarılmışsa bunlar gösterilmeli, hangi kanıtlara neden itibar edildiği, hangilerinin geçersiz sayıldığı vurgulanıp, ortaya konulmalıdır.” Şeklinde gerekçenin tanımı yapılmış ve denetime elverişli bir şekilde yazılmamış gerekçenin bozma nedeni olduğu belirtilmiştir. Kararın tamamı için bkz; Yargıtay, 15.CD; E.2014/9639, K.2016/8970, T.24.11.2016, UYAP, Erişim Tarihi:03.05.2023. Benzeri şekilde hükmün açık net bir gerekçeye dayanmayarak oluşturulmasıyla hukuka aykırı hareket edildiğine ilişkin karar için bkz; Yargıtay, 4.CD; E.2014/12506, K.2016/14770, T.30/11/2016, UYAP, Erişim Tarihi:03.05.2023.

⁷⁹ Bozdağ/ Sariusta; s.582-583.

⁸⁰ Ünver/ Hakeri; s.583.

⁸¹ Öztürk; s.206; Köse; s.25.

⁸² Yılmaz, Yeşim; Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri, Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.17.

Çünkü şüphe olmaksızın başlamayan soruşturma aşaması, deliller olmaksızın neticeye vardırılmaz.⁸³

Cumhuriyet savcısı önüne gelen maddi bir vakıda öncelikle olayın konusunun ceza kanununda düzenlenmiş suç türlerinden birine girip girmediğini tespit edecektir. Bunun için yapacağı araştırmaları elde edeceği delillerle destekleyecek ve suç oluşup oluşmadığına kanaat getirecek ve bu kanaatin varlığı halinde iddianame düzenleyebilecektir. Bireylerin işledikleri suçu ispatlamak amacıyla mahkemeye delil sunmalarından ziyade suça dair olan tüm delilleri yok etmeye çalışacakları bir gerçektir. Bu nedenle ceza yargılamasında somut olayın ispatı bakımından delillerin serbestliği ilkesi kabul edilmiş ve ispatı zorlayabilecek ve sınırlandırabilecek düzenlemelere yer vermemiştir.⁸⁴

Delil serbestliği ilkesi, uyumsuzluk konusuyla ilgili her türlü şeyin delil olabilmesi ve deliller arasında bir hiyerarşi olmaksızın soyut anlamda bir eşitlik bulunmasını ifade etmektedir.⁸⁵ Bu serbestlik ve genişlik ise sınırsız bir keyfiyet arz etmemekte belirli özelliklerle sınırlanmaktadır. Çünkü delillerin sahip olması gereken bazı unsurlar bulunmaktadır. Delillerin öncelikle gerçekçi, geçmişte bulunan somut olayları temsil edici ve kanıtlanmış olaylarla ilgili olması aranmaktadır. Ayrıca bir olayın tamamını veya bir kısmını yansıtmaması, güçlü ve güvenilebilir belirtiler taşıması da gerekmektedir. Bunlara ek olarak, delillerin akılcı ve nesnel özelliklere dayanan verilerle kanıtlanması ve mevcut olması da çok önemlidir. Ayrıca deliller, kanuna uygun şekilde elde edilebilir ve hâkimin takdirine verilebilir şekilde olmalıdır. Çünkü delillerin kanuna uygunluğu

⁸³ Yılmaz, Yeşim; s.18.

⁸⁴Karabulut, Ferhat/ Karapazarlıoğlu, Ersin/ Tosun, Hamza; “Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.120, 2015, 386-422, s.389-390; Yargıtay’ın, 2016 tarihli vermiş olduğu bir kararda, Cumhuriyet Savcısının delillere dayanarak işlem yapması ve delilleri değerlendirmedeki takdir yetkisi geniş bir kapsamda ele alınmış ve şu şekilde bir hükümle bu vurgulanmıştır, “Delil toplanmaksızın, deliller şüpheliye isnat edilen fiille (veya şüpheliyle) ilişkilendirilmeden hazırlanan bir iddianame, şüphelinin adil yargılanma hakkını (lekelenmeme hakkını) ihlal eder. Hiç şüphesiz adil yargılanma hakkı sadece kovuşturma evresiyle ilişkili bir hak değildir. Haksız dava açmamak (iddianame düzenlememek) bir Cumhuriyet Savcısının görevine en uygun endişe olmalıdır. Şüpheli hakkında düzenlenen haksız ve yersiz bir iddianame, kişi hakkının ihlalidir. Kişinin haksız yere sanık sıfatına sokulması ve bazen belki de yıllarca sürececek bir yargılama sürecine mahkum edilmesi psikolojik bir travmadır.” (Yargıtay, 12.CD; E.15916/765, T.20.01.2016, UYAP, Erişim Tarihi:03.05.2023).

⁸⁵ Özen; s.114; Afandak; s.18.

hem kanuna uygun yolla elde edilmesi hem de kanuna uygun nitelikte olmasını kapsamaktadır.⁸⁶

Yargıtay'ın verdiği kararlara bakıldığında delillerin “*gerçek, akla uygun ve realist olması, olayın bir bütünü veya parçasını yansıtmaması*”, “*olayı temsil edici, kanıtlayıcı ve hukuka uygun bulunması*” özelliklerini taşıması gerektiği belirtilmektedir. Burada belirtilen özellikleri taşımayan delillerin kabul görmesi ve değerlendirmeye alınması mümkün olmamakla birlikte hâkimin delilin olayla bağlantısını kurulabilmesi, olayın gerçekleştiği veya gerçekleşmediği yönünde bir kanaat uyandırabilmesi de gereklidir. Çünkü eğer olayla bağlantısı söz konusu değilse delilin kullanılması da mümkün olmayacaktır.⁸⁷ Bu özelliklere sahip olmayan varsayımlara dayalı olan şeyler, delil olarak değerlendirilemez. Kanuna uygun elde edilmiş, duyu organlarıyla algılanabilen, gerçek ve doğru olan, tarafların bilgisine sunulan ve maddi gerçeğe katkı sağlayan şeyler, delil olarak kabul edilecektir. Bu özelliklere ek olarak ayrıca diğer delillerle de desteklenebilir olması, delillerin güvenilirliğini artıracak özelliklerden sayılmaktadır.⁸⁸

Ortak özellikten kasıt, bir şeyin delil olmasını değil, delil olarak kabul edilebilmesini ifade eden hâkimin takdir edeceği özelliklerdir.⁸⁹ Bu özellikler bakımından öğretide farklı görüşler bulunmakla birlikte genel kabul edilen, belirli delil özellikleri bulunmaktadır. Buna göre “Her şey delil olabilir.” ilkesinin kabul edilmesinin yanı sıra bu serbestlik sınırsız olmayıp delillerin gerçekçi, akla uygun, erişilebilir, olayı temsil edebilir, ispat bakımından önemli, müşterek ve hukuka uygun olması gibi belirli özellikleri taşıması gereklidir. Bunlara ek olarak *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır ve Özen*,

⁸⁶ Afandak; s.19.

⁸⁷ “Ceza yargılamasının amacı, maddi gerçeğe insan onuruna yaraşır biçimde ulaşmaktır. Bu nedenle suçun varlığı ve sanığın sorumluluğu, hukuka uygun olarak elde edilmiş olmak kaydıyla her türlü delille ispat edilebilir. Ancak çelişmeli yargılamanın gereği olarak kararın temelini oluşturan vicdani kanının, mahkeme huzuruna getirilip tartışılmış delillere dayandırılması esastır. (5271 sayılı CMK’nın 217. maddesi) Bu delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi, gerçekçi ve akılcı olması, maddi vakıayı temsil etmesi ve kanıtlamaya yeterli olması aranmalıdır.”, (Yargıtay, 16.CD; T.06.02.2019, E.2018/3296, K.2019/606. Ayrıca benzeri nitelikte kararlar için bkz. Yargıtay, 6 CD; E.2016/49, K.2018/3845, benzeri E.2011/10-159, K.2011/202, UYAP, Erişim Tarihi:09.05.2023); Nitekim, Ceza Genel Kurulu da “gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütün olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır” demek suretiyle buna işaret etmiştir. Yargıtay, CGK; E.1993/6-79, K.1993/108, T.19.04.1993. (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 10, 1993, s. 1565).

⁸⁸ Göksoy; s.66.

⁸⁹ Boga; s.17.

delillerin güvenilir olmasına da vurgu yapmaktadırlar.⁹⁰ Bu kapsamda biz de öğretide ve Yargıtay içtihatlarında kabul gören genel yaklaşımdan yola çıkarak delillerin özelliklerini; gerçekçi olması, akla uygun olması, erişilebilir olması, olayı temsil edebilir olması, ispat bakımından önemli olması, müşterek ve hukuka uygun olması olarak açıklayacağız.

1.2.2.1.Gerçekçi olması

Delillerin gerçek olması, delilin düşünülebilir, somut olarak ortaya konulabilir veya duyu organlarıyla temas edilebilir olmasını ifade etmektedir. Bu kapsamda delillerin gerçekliği bireyin kendi iç dünyasından ayrı bir varlığa sahip olmasını, bir diğer deyişle dış dünyaya ait olmasını içermektedir.⁹¹ Delilin gerçek olması, onun doğruluğunu değil insanlar tarafından algılanabilir olduğunu ifade etmektedir.⁹² Fakat bununla birlikte delillerin gerçeğe uygun olması yani sahtelik taşımaması veya herhangi bir değişikliğe uğramamış olması da bu özelliğin bir sonucu olarak gereklidir.⁹³ Bu bağlamda delillerin gerçek dünyanın ve gerçeğin bir parçası olması, beş duyu organıyla algılanabilecek somut bir yapıya sahip olması aranmaktadır. Bu anlamda kişinin dış dünyadan algıladığı, öğrendiği, temas ettiği şeyler gerçekliği ifade edebilecektir.⁹⁴

Gerçek olması, delillerin her şeyden önce somut bir varlığa sahip olmasını ya da duyu organlarıyla algılanabilen yeteneğe sahip olmasını ifade etmektedir. Fakat bununla birlikte sadece somut olması değil, erişilebilir düzeyde bir yapıya ve gerçekliğe sahip olması da delilin bu özelliği taşıdığını ortaya koymaktadır. Bununla beraber delilin algılanabilir olması için mutlaka bir eşya vasfında olması gerekmemektedir. Bu nedenle belirli araç ve donanımlarla bir şekilde algılanabilir, somut bir yapıya ulaşan her delil ispat faaliyetinde dikkate alınacaktır. Bu açıdan verilebilecek en güzel örnek beyan delilleri olabilir.⁹⁵ Ayrıca beyan ve belge delili kadar belirtilerin de bu özelliğe sahip

⁹⁰ Öztürk; s.206; Şahin/ Göktürk; s.411; Ünver/ Hakeri; s.582; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.283; Özen; s.288; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu; s.1328-1333; Bozdağ/ Sariusta; s.578.

⁹¹ Ünver/ Hakeri; s.582; Köse; s.22; Şahin/Göktürk; s.411.

⁹² Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu; s.1328.

⁹³ Köse; s.23.

⁹⁴ Şahin/ Göktürk; s.411; Afandak; s.21.

⁹⁵ Kaynakçıoğlu; s.35; Boga; s.18.

olması gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁶ Yine daha sonra incelenmekle birlikte elektronik delillerin de belirli aygıtlar aracılığıyla somut hale getirilmesi sonucu bu özelliği taşıdığı kabulü söz konusudur.

1.2.2.2.Akla uygun olması

Akla uygunluk şartına baktığımızda ise delillerin bu özellik bağlamında bilimsel olarak kabul edilebilir, akla ve mantığa uygun olması gerektiğini belirtebiliriz. İnsan aklının sınırlarını aşan, bilime aykırı, doğaüstü niteliğindeki şeylerin delil olması bu açıdan mümkün olmamaktadır.⁹⁷ Çünkü mantık kurallarıyla doğrulanamayan bir delil hiçbir değer atfetmez. Buna örnek olarak, sanığın yaptığı savunmayı doğaüstü bir güçle bağdaştırmasının ispat bağlamında bir anlam ifade etmediği belirtilebilir.⁹⁸

Tarihsel süreç içinde bilimsel uygunluğu olmayan birçok şeyin delil olarak kabul edildiği görülmektedir. Özellikle ilkel aşamada muhakeme, çoğu zaman akıldışı delillere dayanılarak sonuçlandırılmıştır. Örneğin, kuşun güneye gitmesi sanığın suçlu olduğunu, kuzeye gitmesi ise masum olduğunu ifade ederken; düello yapıldığında kazanan kimsenin masum olduğu veya ateşe atıldığında hayatta kalabilen kişinin suçsuz olduğu da ifade edilmekteydi. Bununla birlikte söz konusu bu inanışların ve fiillerin günümüz hukukunda artık herhangi bir yeri bulunmamaktadır. Fakat buna karşılık farklı görüşlerin ve tartışmaların söz konusu olduğu ‘yemin’ delili günümüzde de kabul edilmektedir. Bununla birlikte ‘yemin’in bir delil değil, delil elde etme yöntemi ve şekli olduğu ifade edilmekte ve bu nedenle akılcılık unsuruyla çelişen bir durum söz konusu olmadığı belirtilmektedir.⁹⁹ Bunun aksi görüşte ise delilin akla uygun olmasının bilimsellikten ayrılan bir özellik olarak kabul edilmiş ve yeminin delil olarak kabulünün mümkün olmayacağı belirtilmiştir.¹⁰⁰

Sonuç olarak günümüz hukukunda akılcı olması, delilin en önemli özelliklerinden biri olarak kabul edilmektedir. Çünkü maddi gerçeğe ulaşılmasında mantık kurallarına

⁹⁶ Afandak; s.21.

⁹⁷ Köse; s.22; Şahin/ Göktürk; s.411; Ünver/ Hakeri; s.582.

⁹⁸ Boga; s.18.

⁹⁹ Boga; s.19.

¹⁰⁰ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.284; Kaynakçıoğlu; s.35.

dayanılması, vicdani kanaatin esasını oluşturmaktadır. Bu kapsamda delillerin akla ve mantığa uygun, bilimsel bir kabulde olması gerekmektedir. Bu şekilde kabul edilemeyen ve insan aklının, bilimin, mantığın kabul etmediği doğaüstü, bilimsellikten uzak şeyler de delil olarak kabul edilemez.¹⁰¹ Ayrıca hâkimin kararı toplumda yer etmiş batıl bir inanç veya kehanetle de açıklanamayacağından, hâkim kararını bilime dayalı, akla yatkın delillere dayandırmakla yükümlüdür.¹⁰²

1.2.2.3.Olayı temsil edici olması

Yargı makamları yapılan yargılamada olayın bir parçası veya olayla ilgili olan, olayı yansıtan, resmeden ve temsil edebilen delilleri değerlendirebilecektir. Geçmişte yaşanıp son bulmuş maddi olayın açıklanabilmesi delillerle mümkün ise bu delillerin de olaya ilişkin ve ispatın konusuyla bağlantılı olması gerekmektedir. Çünkü bu husus, delilin güvenilirliğinin bir ölçüsü olarak da kabul edilmektedir. Örneğin, kasten adam öldürme suçunun işlendiği bir olayda bıçak veya silahın olay yerinde bulunması bunların olaya ilişkin olduğunu yansıtacak niteliktedir. Veya böyle bir olaya tanık olan bir kişinin vereceği beyanlar, ispat konusuyla arasında bağlantı olduğunu gösterebilecek ve delilin ispat ölçüsünü ortaya koyabilecektir.¹⁰³

İspata konu olan şey sadece suç iddiası değildir. Önemli olan ve ispatı gerekli hususlara ilişkin tüm olgulardır. Bu kimi zaman hâkimin reddine ilişkin veya cezalandırılabilirliğin şartlarına ilişkin de olabilir. Bununla birlikte delil, mutlaka bir şeyin varlığını müspet anlamda ispat etmek zorunda değildir. Bazı durumlarda delil bir

¹⁰¹ Şahin/ Göktürk; s.411; Afandak; s.21-22.

¹⁰² Afandak; s.22; Yargıtay'ın verdiği birçok kararda ısrarla üzerinde durduğu delil özelliklerinden olan delilin akla uygun olması durumu, 22.02.2012 tarihli bir kararında da şu şekilde vurgulanmıştır. “Katılanın olay günü deneme kabininde mayo denerken sanığa ait olduğu konusunda ihtilaf bulunmayan cep telefonu görüntülerinin çekildiği, katılanın bunu fark etmesinden hemen sonra yapılan incelemede sanığın düşen cep telefonunun kendiliğinden çekim yaptığı savunmasının aksine telefonda resim ve video şeklinde iki ayrı kayıt tespit edildiği, katılanın görüntülerini teşhis ettiği ve bunun görevli polis memurlarınca tutanağa bağlandığı, CMK'nın 231 uygulanmasına yönelik mahkemenin takdir hakkını kullandığı değerlendirilmekle tebliğnamedeki bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mah-kemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre sanık müdafinin bir nedene dayanmayan temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme uygun olarak (ONANMASINA)...” (Yargıtay 12.CD; E.2011/15793, K:2012/4758, T.22.02.2012, UYAP, Erişim Tarihi:09.05.2023).

¹⁰³ Öztürk; s.206; Ünver/ Hakeri; s.582; Köse; s.23; Şahin/ Göktürk; s.412; Boga; s.20.

şeyin yaşanmamışlığını da ispat edebilir.¹⁰⁴ Bu bağlamda olayı temsil etme kabiliyeti olmayan, bir diğer deyişle olayı yansıtmayan bir delilin ispat bakımından da bir önemi söz konusu olmayacaktır. Ayrıca bu özelliğin delilin yararlı olması, amaca elverişli ve işe yarar olmasını da ifade ettiği belirtilmektedir.¹⁰⁵

Bu bağlamda olayı temsil kabiliyeti olmayan, yargılama konusuyla ilgisiz olan deliller kabul edilmeyecektir. Çünkü bu özelliğin kabulü, geçmişte yaşanmış ve bitmiş bir olayın anlaşılabilmesi ve anlatılabilmesinin esas unsuru olmasına dayandırılmaktadır. Uyuşmazlık konusu olayı temsil etmesi, elde edilen delilin olayın bir parçası olduğunu ifade etmekle birlikte söz konusu temsil kabiliyetinin olayın bütününe değil bir parçasını temsil etmesinin yeterli olduğu kabul edilmektedir. Bu şekliyle tek başına dolaylı, zayıf bir delil olarak kabul edilen bir delil, diğer delillerle birlikte bir bütün olarak incelenerek değerlendirmeye tabi tutulabilecektir.¹⁰⁶ Bu noktada olayın ne şekilde gerçekleştiğinin bütün olarak görülebilmesi ve genel bir bakış açısıyla yaklaşılabilmesi adına bu önemli bir husustur. Bu bağlamda, diğer delillerle desteklenemeyen veya tamamlanamayan bir delilin olayı temsil ettiğinden bahsedilemeyecek ve olay başka delillerle aydınlatılmışsa artık bu delilin olayı temsil ettiği de söylenemeyecektir.¹⁰⁷

1.2.2.4.İspat bakımından önemli olması

¹⁰⁴ Boga; s.21.

¹⁰⁵ Kaynakçıoğlu; s.36.

¹⁰⁶ Afandak; s.22.

¹⁰⁷Gökçen, Ahmet, Çakır, Kerim; Ceza Muhakemesinde Delil, Delillerin Muhafazası, Toplanması, Değerlendirilmesi ve Delil Yasakları, s.2914; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.284. “Uygulama kullanıcılarının kendi aralarındaki mesaj ve mail trafiklerinden uygulamayı örgütün bir haberleşme aracı olarak kullandıkları, gizli görüşmelerini örgüt dışından kimselerin erişemeyeceklerine güvendikleri ve kullanımı sadece kendilerine has olan bu uygulama üzerinden yaptıkları anlaşılmaktadır. Tüm bu hususlar, ByLock uygulamasının örgütün haberleşme ağı olduğunun kesin delili niteliğindedir...Kendileri dışında kimsenin mail ve mesaj içeriklerine erişemeyecek olması örgüt üyelerinin bu platformda rahatça illegal faaliyetlerini paylaşımlarına ve fikir alışverişinde bulunmalarının önünü açtığı görülmektedir” (Yarg., 16. CD., 24.4.2017, UYAP, Erişim Tarihi:13.05.2023). Bir başka kararında ise “Sanıkların Fetö/PDY Silahlı Terör Örgütü ile irtibatlarını sağladığı ileri sürülen kişi ya da olaylarla ilgili olduğu görülmüştür. Suç oluşturan eylemlerle ilgili doğrudan görgüleri olduğu da ileri sürülmüş değildir. Heyetimiz toplanan diğer delilleri mahkumiyet hükmü kurulan suçların sübutu için yeterli gördüğünden ve savunma tanıklarının beyanları ile ispat edilecek, karara etkili olay ya da olgu bulunmadığından 5271 Sayılı CMK’nın 206/2-b maddesi gereğince savunma tanıklarının dinlenme talepleri reddedilmiştir.” şeklinde ifade etmiştir. (Yargıtay, 16.CD; T.24.4.2017, UYAP, Erişim Tarihi:17.05.2023).

Gerçeğin ortaya çıkarılmasında ve karar verilmesinde etkili olan deliller, ispat bakımından anlam ifade eden deliller olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁸ Elde edilen delilin karara etkisinin olması da bu özelliğin bir sonucu olarak görülmektedir. Çünkü karara etkisi olmayan bir delilin, ispat bakımından herhangi bir önemi söz konusu değildir ve CMK m.206 gereği hâkim tarafından reddedilebilecektir. Yine bu madde hükmü gereğince elde edilen delillerin ispat bakımından bir öneminin olması ve ispat faaliyeti bakımından bir fayda sağlayabilmesi de oldukça önemlidir.¹⁰⁹

Bu özelliğin tespiti bakımından yapılan değerlendirmede delillerin hangilerinin önemli olduğu ve olayı yansıttığı tespit edilip uyumsuzluğa göre bir belirleme yapıldıktan sonra çekişmeli hususların ispatına geçilmesi gerektiği belirtilmektedir. Bununla birlikte yargılamanın konusuyla ilgili olmayan davanın uzamasına sebebiyet verecek iyi niyetli olmayan amaçlarla ileri sürülen delillerin ise CMK 206.maddesi gereği reddedileceği ifade edilmektedir.¹¹⁰

1.2.2.5.Hukuka aykırı olmaması

Tüm bu özelliklerden bağımsız olarak, CMK 206. ve 217/2. maddelerine göre delillerin hukuka uygun bir biçimde elde edilmiş olması da gereklidir. CMK 206/2. maddesinde ise “*Delil kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunacaktır.*” denilerek delillerin diğer özelliklerden farklı olarak hukuk düzeninin getirdiği kurallara uygun bir şekilde elde edilmiş olması gerektiği belirtilmiştir.¹¹¹ Bu bağlamda hukuka aykırılık ilkesi, iki temel maddeye dayanmaktadır. Buna göre Anayasa m.38/6’da “*Kanuna aykırı şekilde elde edilen bulgular delil olarak kabul edilemez.*” hükmü yer alırken, CMK m.217/2’de “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.*” hükmüne yer verilerek delil değerlendirme yasağı farklı şekillerde dile getirilmiştir.¹¹²

¹⁰⁸ Kaynakçıoğlu; s.36.

¹⁰⁹ Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu; s.1331.

¹¹⁰ Köse; s.23.

¹¹¹ İlgili karar için bkz. Yargıtay, CGK; T.25.11.2014, E.2014/8-166, K.2014/514, UYAP, Erişim Tarihi:03.06.2023.

¹¹² Bu iki maddenin farklılıklarından ilki, Anayasa’da yer alan düzenlemenin tüm yargılama hukuku için geçerli olabilmesine karşılık, CMK’da yer alan düzenlemenin sadece ceza yargılaması bakımından geçerli olması şeklinde kabul edilmesidir. Bununla birlikte ikinci bir farklılık ise AY’da ‘bulgular’ kelimesi

Delil türlerine, önemine veya zamanına ilişkin herhangi bir sınırlandırma olmamakla birlikte delillerin taşınması gereken özellikler noktasında kanun koyucu bazı sınırlandırmalar getirmiştir. Bunların en önemlisi, elde edilen delillerin ‘hukuka uygunluk’ şartını taşıması olarak kabul edilmektedir. Elde edilecek delillerin yasal olarak elde edilmiş olup, hukuka uygun, adil yargılanma ve hukuk devleti ilkelerine de uyumlu olması gerekmektedir. Bu niteliklere sahip olmayan hukuka aykırı delillerin, Anayasa 38/6.maddesi gereği ispat faaliyetinde esas alınması mümkün olmamaktadır. Yine CMK 206/2-a ve CMK 217/2 maddelerindeki benzeri düzenlemeler gereği de hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller, yargılamanın hiçbir aşamasında kullanılamayacak ve hükme esas alınamayacaktır. Çünkü ceza yargılamasında maddi gerçek, esas amaç olsa da bu amaca ulaşılmasının hukuk kurallarıyla sınırlı olarak gerçekleşeceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda, hukuk devletinin getirmiş olduğu amaçlar en nihayetinde maddi gerçeğe ulaşılma amacından üstün tutulmaktadır.¹¹³

Maddi gerçeğe ulaşma amacının, hukuk devletinin getirdiği sınırların dışına çıkılmasına müsaade etmemesi gerektiği belirtilmektedir. Çünkü devletin yaptığı tüm faaliyetleri gibi yargılama faaliyeti de hukuk kuralları ile sınırlıdır. Bu nedenle maddi gerçeğe ulaşmak pahasına hukuka aykırı elde edilen delillerin değerlendirmeye alınması kabul edilmemektedir. Bu nedenle hukuka uygun olmayan bir şeyin delil olarak kabul edilmemesinin yanı sıra delil olarak ortaya konulması da mümkün değildir. Bununla birlikte söz konusu delil, hukuka aykırı olarak kabul edilse de dosyadan çıkarılmayıp muhafaza edilmeye devam edilecektir.¹¹⁴

Hukuka aykırılık kavramına baktığımızda, delillerin tüm hukuk düzeni çerçevesinde bir aykırılık olarak ele alındığını bu bakımdan Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanun veya diğer tüm düzenleyici işlemlere aykırı hareket edilmesi anlamını taşıdığı belirtilmektedir. Bu ibare, kanuna aykırılık ibaresinden daha geniş bir kapsamda ele alınmakta olup hem ülkedeki pozitif hukuk hem de evrensel düzeyde geçerli olan hukuk ilkelerine aykırı olup olmadığı bakımından değerlendirilecektir.¹¹⁵

kullanılmışken CMK’da ‘deliller’ kelimesi kullanılmıştır. Buna ek olarak AY’da ‘kanuna aykırı’ ifadesinin kullanılmasına karşılık CMK’da ‘hukuka aykırı’ ifadesinin kullanılmış olmasından da bahsedilmektedir, Özen; s.308.

¹¹³ Afandak; s.23-24.

¹¹⁴ Boga; s.23-24.

¹¹⁵ Gedik; s.930.

Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, elde edilen bir delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesine rağmen, bazı şartların gerçekleşmesi ile birlikte hukuka uygun şekilde kullanılabilmesinin mümkün olduğunu ileri sürmekte ayrıca hukuka aykırı olmama özelliğinin sadece kanuna değil, tüm hukuki düzenlemelere aykırı olması şeklinde ifade edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu anlamda bu kavramın kanuna aykırılıktan daha geniş bir anlam içerdiğini de eklemektedir.¹¹⁶

Kanuna aykırı olması ise kanun hükmüne bir diğer deyişle, Ceza Kanunu'nun hükmüne aykırı olmaması olarak ifade edilebilir. Bu bağlamda hukuka aykırılık ölçütü, tüm pozitif hukuka ve kişilerin temel hak ve özgürlüklerine aykırılık olmamasını kapsamakta bu bakımdan oldukça geniş yorumlanmaktadır.¹¹⁷ Ayrıca hukuka uygunluğun hem delilin elde edilişinde hem değerlendirme bakımından olması gerekliliğinden bahsedilmektedir. Çünkü CMK 148.maddesinde yer alan düzenleme gereği¹¹⁸, hukuka aykırı yolla delil elde edilmesi durumunda elde edilen verilerin delil olarak kullanılması¹¹⁹ ve AY 38/6.maddesi gereği hukuka aykırı elde edilmiş bir delilin değerlendirmesi de yasaktır.¹²⁰

Gerçekleşen hukuki bir ihtilafta söz konusu ihtilafın çözülebilmesi ve maddi gerçeğe ulaşılması için elde edilen ispata yarar her şey 'delil' olarak kabul edilmekte ve hukuka aykırı olmamak koşuluyla her şey delil olabilmektedir.¹²¹ Yine ceza muhakemesinde her şey delil olabilmekle birlikte, hâkimin maddi gerçeği ortaya çıkarmak için başvuracağı delillerin bazı özelliklere sahip olması da gerekmektedir. Bu bağlamda, söz konusu özelliklere sahip olmayan, hukuka aykırı elde edilen hiçbir şey delil niteliğinde değerlendirilmeyecektir. (Anayasa m. 38/6, CMK m.217/2, CMK

¹¹⁶ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu; s. 1470.

¹¹⁷ Kaynakçıoğlu; s.34.

¹¹⁸ CMK m.148'e göre; "(1) Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâc verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz. (2) Kanuna aykırı bir yarar vaat edilemez. (3) Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez. (4) Müdafî hazır bulunmaksızın kollukça alınan ifade, hâkim veya mahkeme huzurunda şüpheli veya sanık tarafından doğrulanmadıkça hükme esas alınamaz. (5) Şüphelinin aynı olayla ilgili olarak yeniden ifadesinin alınması ihtiyacı ortaya çıktığında, bu işlem ancak Cumhuriyet savcısı tarafından yapılabilir." <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271-20110808.pdf>, Erişim Tarihi:17.06.2023

¹¹⁹ Afandak; s.20.

¹²⁰ Şahin/ Göktürk; s.412; Ünver/ Hakeri; s.582.

¹²¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.23.

m.206/2-a)¹²² Ayrıca, vicdani delil sisteminde delillerin serbestliği ilkesinin geçerli olmasının bir sonucu olarak, her şey delil olarak kabul edilebilecek ve her zaman ileri sürülebilecektir.¹²³ Bununla birlikte, bir şeyin delil olabilmesi ile delil olarak kabul edilebilmesi yani kısaca delilin ne olduğu ile delil aracının veya kaynağının anlamı birbirinden farklıdır.¹²⁴

Hukukumuzda bu deliller noktasında genel olarak “elde etme yasağı” ve “kullanma/değerlendirme yasağı” şeklinde iki kabul söz konusudur. Buna ek olarak, öğretide bir kısım yazarlar ve Yargıtay’ın bazı hukuk daireleri ise bu kapsamda hukuka aykırı şekilde delil oluşturma ve hukuka aykırı şekilde delil elde etme şeklinde ikili bir ayrıma gitmektedir.¹²⁵ Hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin değerlendirilmesi noktasında ise mutlak değerlendirme ve nispi değerlendirme yasağı şeklinde iki sistemin benimsenebileceğini belirten görüşler bulunmaktadır.¹²⁶ Buna göre, mutlak değerlendirme yasağının bir sonucu olarak, hukuka aykırılık mutlak ve bu şekilde elde edilen delil mutlak olarak reddedilecek ve kullanılmayacaktır. Nispi değerlendirme yasağına göre ise her somut olay açısından ayrı şekilde elde edilen ve olaya özgü olan deliller, hukuka aykırılık niteliğini taşısa da sadece bazı durumlarda kullanılabilir. Bu noktada takdir yetkisi mahkeme veya hâkimde olacaktır. Ayrıca Kanun’da açıkça yasak bulunmayan durumlarda nispi değerlendirme yasağı kabul edilecek ve toplumun menfaati ile bireyin menfaati arasındaki denge korunarak kullanımı ve değerlendirilmesi söz konusu olabilecektir.¹²⁷

¹²² Yılmaz, Yeşim; s.19.

¹²³ Köse; s.5.

¹²⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.24; Yılmaz, Yeşim; s.19.

¹²⁵ Özen; s.314; Gedik; s.933; Yargıtay’ın 2015’te vermiş olduğu bir kararda, “CMK delil serbestisi ilkesini benimsemiş olup, CMK’nın 217. maddesine göre, hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş, huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir ve yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir olduğundan, kovuşturma evresinde mahkemenin delil toplamasına yasal bir engel de yoktur” şeklinde hüküm kurmuştur. (Y.18.CD, 28/05/2015, 2015/23541-2015/1980, UYAP, Erişim Tarihi:11.06.2023).

¹²⁶ Delil yasakları kavramının ilk çıkış noktasının 1902 yılında Ernst von Beling tarafından, maddi gerçeğin delil yasaklarıyla korunması gerektiği görüşüyle ortaya çıktığı belirtilmektedir. Beling tarafından delillerin serbestliği ilkesinin bir sınırı olarak hizmet edeceği belirtilen bu yasaklar, ilk zamanlar mutlak ve nispi delil yasakları şeklinde iki başlıkta incelenmekteydi. Zaman içerisinde delil yasakları kavramının, delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi yasağı biçiminde farklı bir ayrıma evrildiği ifade edilmektedir. Öztürk; s.258-268.

¹²⁷ Özen; s.310.

Öğretide bu iki sistemin kabul edilmesi yönünde farklı görüşler söz konusudur. Bir görüşe göre, CMK 148.maddesinde yer alan düzenleme mutlak delil yasağı niteliğindedir ve hukuka aykırılık söz konusu ise hiçbir şekilde kabul edilmeyecektir. Bu maddenin dışında kalan bir olay veya durumda ise Anayasa 36.madde¹²⁸ kapsamında “adil yargılanma hakkı” ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılması gerekecektir. Buna göre hukuka aykırılık olduğu ve elde edilen delil kullanıldığı takdirde, sanığın adil yargılanma hakkı ihlal edilmiyorsa ve verilen karar adil ise bu delilin kullanılması kabul edilebilecektir. Bunun tek istisnası olarak da CMK 148.maddesi kabul edilecektir. Fakat öğretilerde kabul edilen ağırlıklı ikinci görüşe göre ise CMK 217/2.maddesinde yer alan düzenleme “mutlak delil yasağı”nı getirmiştir. Buna göre de nispi veya mutlak hukuka aykırılık şeklinde bir ayrıma gidilmesinin bir öneminin olmadığı, elde edilen delilin hukuka aykırı olması durumunda hiçbir şekilde kabulünün mümkün olmayacağı belirtilmektedir.¹²⁹

Hukukumuzda, hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin mutlak bir şekilde değerlendirme yasağı kapsamında ele alındığı ve bu noktada herhangi bir istisna ve hâkime takdir hakkının tanınmadığı belirtilmektedir. Fakat bununla birlikte, hukuka aykırı elde edilen bir delilin herhalde reddedilmeyeceği onu destekleyebilecek diğer delillerle beraber değerlendirilmesi gerekliliğinden bahseden görüşler de söz konusudur.¹³⁰ Ayrıca hukuka aykırı olan delillerin dosyadan çıkarılıp çıkarılamayacağı konusunda da öğretilerde tartışmalar söz konusu olmakla birlikte genel kabul, hukuka aykırı nitelikteki delilin dosyadan çıkarılamayacağı yönündedir. Bunun en büyük gerekçesi ise CMK’da yasak olan delilin dosyadan çıkarılması gerekliliğine ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması olarak ifade edilmektedir.¹³¹

Yargıtay’ın vermiş olduğu kararlara bakıldığında delil serbestisinin bir sonucu olarak, hukuka uygun şekilde elde edilmiş her şeyin delil olabileceği ve hâkimin kararını hukuka uygun şekilde elde edilmiş delillere dayandırabileceği görülmektedir. Delillerin

¹²⁸ Anayasa m.36’ya göre; “Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.” <https://mevzuat.gov.tr/mevzuat?MevzuatNo=2709&MevzuatTur=1&MevzuatTertip=5> Erişim Tarihi:17.06.2023.

¹²⁹ Özen; s.311, Gedik; s.933.

¹³⁰ Özkul, Fatih; F. “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, (9), 397-425, 2017, s.419.

¹³¹ Gedik; s.934; Gödekli; s.1916.

hukuka uygun şekilde olması noktasında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun uygulamasına baktığımızda, *“Ceza yargılaması hukukumuzda delillerle ilgili geçerli ilke, “delil serbestisi” prensibidir. Bu nedenle, ceza yargılaması hukukunda, medeni yargılama hukukundan farklı olarak, her şey kanıt olarak kabul edilebilmektedir. Ancak hem “delil serbestisi” hem de “delillerin yargıçların kanaatine göre takdir edilmesi” ilkelerinin belli sınırları bulunmaktadır. Bunlardan biri de mahkemenin, ancak hukukun izin verdiği yöntemlerle elde edilen delilleri dikkate alabilecek olmasıdır. Başka bir deyişle, hukuk düzeninin yasakladığı yöntemlerle toplanan kanıtlar mahkemece dikkate alınamazlar. Temel hak ve hürriyetlere yasadışı müdahale suretiyle elde edilen delillerin davalarda hükme esas alınmasının hukuka aykırı sayılması ise, çağdaş hukuk sistemlerinin bazılarında yargısal ilkeler, kimilerinde de pozitif hukuk normları sayesinde mümkün olabilmektedir.”* şeklinde ifadelerle yer verdiğini görmek mümkündür.¹³²

Bununla birlikte Yargıtay Ceza Genel Kurulu verdiği diğer bir kararında ise bir daha elde etme imkânı bulunmayan bir delilin bu nedenle elde edilmiş olması durumunda hukuka uygun kabul edileceğini ve bu şekilde kullanılabileceğini belirtmiştir.¹³³ Bundan

¹³² “CMK’nın 119/4. maddesine aykırı davranışlar kolluk tarafından konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama tanığı bulundurulması şekle ilişkin bir koşul olup, sırf arama sırasındaki şekle ilişkin bu koşulun ihlal edilmesine dayanarak aramanın hukuka aykırı sayılamayacağı ve ele geçen delillerin de “hukuka aykırı biçimde elde edilmiş delil” olarak nitelendirilemez.”, Yargıtay, CGK; K.147/159, T.26.06.2007 tarihli kararıyla yüksek mahkeme hukuka aykırılığı kabul etmemiştir. Benzeri nitelikte karar için bkz. “Kaldı ki, ikrardan dönülmüş olsa dahi, bu durum ancak ikrarın gücünü zayıflatacak bir husus olarak görülebilir; ikrarın delil olma özelliğini ortadan kaldırmaz. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde, hakkındaki ihbar üzerine başlatılan soruşturma ve kovuşturma evrelerinde sanığın ihbarla uyumlu olup hayatın olağan akışına da uygun düşen özgür ve samimi ikrarı karşısında, uyuşturucu madde elde etmek amacıyla izinsiz hint keneviri ekme suçu sübuta ermiştir” (YCGK., 29.11.2005, 7-144/150, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023). Yargıtay’ın aksi yönde kararları da mevcuttur, bkz; “...gündüz vakti cadde üzerinde yürürken kolluk güçlerince durdurulan sanığın elinde bulunan poşetin aranması için ortada “makul şüphe”yi gerektiren olgular ve buna bağlı olarak da arama kararı veya emri verilebilmesinin koşulları bulunmadığı halde, sanık hakkında yalnızca “çeşitli suçlardan kaydı bulunduğu” gerekçesiyle, hukuka aykırı bir şekilde yapılan arama sonucu delil elde edilmiştir” (Yarg., 2. CD., 20.11.2013, 29290/27219). “Dolayısıyla, kolluğun arama konusundaki istisnai yetkisinin doğabilmesi için gereken yasal koşullar oluşmadan gerçekleştirdiği arama işleminin hukuka aykırı olduğu anlaşılmaktadır” (YCGK., 17.11.2009, 7-160/264, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023); (Yargıtay, CGK; T.17.11.2009, 7-160/264, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023); AYM’de bu görüşe benzer şekilde vermiş olduğu bir kararda, elde edilen Mobese kayıtlarının doğrudan değil de dolaylı şekilde delil olarak kullanılabileceğini kabul etmiştir. (AYM; Başvuru No: 2016/9604, Karar Tarihi: 07/04/2021, Erişim Tarihi:08.06.2023).

¹³³ Yargıtay’ın 2015’te vermiş olduğu bir kararda, “CMK delil serbestisi ilkesini benimsemiş olup, CMK’nın 217. maddesine göre, hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş, huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir ve yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir olduğundan, kovuşturma evresinde mahkemenin delil toplamasına yasal bir engel de yoktur” şeklinde hüküm kurmuştur. (Y.18.CD, 28/05/2015, 2015/23541-2015/1980, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023).

Bir diğer kararında ise Yargıtay, “...5271 sayılı Yasanın 288/2. maddesindeki bu düzenleme hukuka aykırılığın tanımını yapmakta, ancak 289. maddede hukuka aykırılıklar arasında derecelendirme yapılmaktadır. Buna göre mutlak hukuka aykırılık hallerinden biri varsa (m. 289),

da anlaşılacağı üzere, hukuka aykırı delillerin elde edilmesi ve kullanılması noktasında Yargıtay'ın ortak ve net bir sonuç ortaya koyduğu söylenememektedir. Karşılaştırmalı hukukta ise bu hususa ilişkin karşılaşılan sorunların genellikle yürürlükteki mevzuat ile değil, mahkeme kararları ile çözümlenmekte olduğu belirtilmektedir.¹³⁴

Yine bu bağlamda Anglo-Amerikan hukuk sistemine bakıldığında, hukuka aykırı delillerin delil yasakları ve kolluğu disipline etme amacı çerçevesinde ele alındığı ve yargıda kullanılmasının yasaklandığı belirtilmektedir. Bu sistemde hukuka aykırı deliller,

hükümün mutlaka bozulması gerekir. Hatta yasa koyucu 289/1. maddede ilk cümlede, maddede sayılan hallerden birinin varlığı halinde, bu neden temyiz dilekçesi veya beyanında açıkça dile getirilmese dahi, yasa yolu incelemesi yapan makâmın bunu re'sen dikkate almasını kabul etmiştir. Devamla yasa koyucu bu nedenlerden birinin varlığını halinde "hukuka kesin aykırılığın" olduğunu karine olarak kabul etmiştir. Hukuka kesin aykırılık halinde de bozma kararı verilmesi zorunludur. Dolayısıyla, 289. maddede sayılan nedenlerden birine dahi aykırılık varsa hukuka kesin aykırılık vardır ve bu nedenle yargılamanın tamamı hukuka aykırı hale gelmiş olacaktır. Yasa koyucu 289. maddede sayılan nedenlerden birinin varlığı halinde yasa yolu incelemesi yapan makama bu aykırılığın hükme etkisinin olup olmadığı yönünde bir değerlendirme yapma olanağı tanımadığı gibi, Yargıtay'a "araştırma yetkisi de tanımamıştır" Yani 289. maddedeki nedenlerden birinin varlığını yasa koyucu, bu aykırılığın son karara etki ettiğini önceden ve yasayla kabul etmiştir..." şeklinde hüküm vermiştir. (Yargıtay; 16.CD., E.2018/7020, K.2019/646, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.).

Yine 16.Ceza Dairesinin benzeri şekillerde vermiş olduğu kararlarda "...CMK 289. maddesinin 1-a-e bentlerinde, hukuka kesin aykırılık halleri içinde, "mahkemenin kanuna uygun olarak teşekkül etmemiş olması ile Cumhuriyet savcısı veya duruşmada kanunen mutlaka hazır bulunması gereken kişilerin yokluğunda duruşması yapılması" gösterilmiştir. Temyiz denetiminde bu madde kapsamındaki hukuka aykırılıklar temyiz kapsamında gösterilmiş olmasa da res'en incelenecektir. (CMK 289/1) Hukuka kesin aykırılık hallerinde, hükümden önce verilen mahkeme kararlarının, temyiz incelemesi yönünden hükme esas teşkil edip etmediğinin de bir önemi bulunmamaktadır... Buna karşın, açıklanan kuralın bir istisnası bulunmaktadır. Gerçekten de temyiz dilekçesinde ileri sürülmemiş olsa bile, CMK madde 289'da belirtilen kesin hukuka aykırılık hallerinin bulunup bulunmadığının temyiz incelemesinde re'sen araştırılması gerekmektedir. Kanunun 289. maddesindeki kurala istisna teşkil eden CMK madde 290'daki düzenlemeyi burada açıklamak gerekir; "Sanığın yararına olan hukuk kurallarına aykırılık, sanık aleyhine hükümün bozdurulması için Cumhuriyet savcısına bir hak vermez". Bu hüküm uyarınca, sanığın lehine olan hukuk kurallarına aykırılık bulunması, sanığın aleyhine hükümün bozulması için bir sebep teşkil etmez. Mesela son sözün sanığa verilmediği gerekçesiyle sanığın beraatine ilişkin karar bozulmaz..." ifadelerine yer verilmiştir. (Yargıtay; 16.CD. E.2017/2517, K.2017/5659, T.20/12/2017, Yargıtay; 16.CD. E.2018/1228, K.2018/831, T.21/03/2018, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.).

Yargıtay, 16.CD'nin vermiş olduğu diğer bir karara göre ise "Maddenin ikinci fıkrasına göre, ceza yargılamasında kural her şeyin delil olabilmesidir. Ancak, yine de delillerde kimi özellikler aranmaktadır. Bunlar, Deliller hukuka uygun olarak elde edilmelidir. Hukuka aykırı elde edilen deliller hükme esas alınamazlar. CMK'nın 217. maddesinde yüklenen suçun ancak hukuka uygun delillerle ispat edilebileceği öngörülmüştür. - Delillerin, ispat açısından önemli olması gerekir. İspat açısından bir yararı ya da etkisi yoksa delil olamaz. - Ortaya konulması istenen delilin davayı uzatmak maksadıyla bildirilmemesi gerekir. Sadece davayı uzatmak maksadıyla yapılmışsa, isteğin reddi gerekir. Deliller gerçekçi olmalıdır, beş duyu organıyla öğrenilmelidir. Tanık beyanı, bilirkişi raporu dış dünya ile ilgili olmakla delil niteliğindedir. Ancak dış dünya ilgili olmayan hayali şeyler ya da afaki varsayımlar veya çıkarımlar delil olamazlar. Delillerin akılcı olması şarttır. Olayla ilgisi olmayan şeyler delil olamaz. Hâkimlerin kişisel bilgi ve kanaati delil olmaz. Kişisel bilginin delil olabilmesi için hâkim değil tanık olması gerekir. Delili yalnızca Cumhuriyet savcısı ya da hâkimin öğrenmesi yeterli olmayıp tarafların da öğrenip tartışması zorunludur" (Y.16.CD, 21/04/2016, 2015/4672-2016/2330, UYAP, Erişim Tarihi:12.06.2023).

¹³⁴ Özkul; s.419.

mutlak olarak ret edilmekte ve hükme esas alınmamaktadır. Kara Avrupası hukuk sistemine bakıldığında ise bu delillerin yasak olarak kabul edilmesinin en büyük sebebinin temel hak ve hürriyetleri zedelemesi düşüncesi olduğu belirtilmektedir. Bir diğer deyişle, Kara Avrupa’ında sanığın haklarını önemli nitelikte zedelemeyen hukuka aykırı delillerin istisnaen kullanılabilmesi söz konusu olabildiği ifade edilmektedir. Türk hukukunda ise gerek Anayasa gerekse CMK kapsamında istisnası olmayan bir nitelikte mutlak delil değerlendirme yasağının kabul edildiği belirtilmektedir.¹³⁵ Bu kapsamda, maddi gerçeği temin etme noktasında elverişli nitelikte olmayan yasak delillerin gerek delilin elde edilmesi aşamasında gerekse ileri sürülmesi ve mahkemede değerlendirilmesi aşamasında söz konusu olsun kullanılamayacağı ifade edilmektedir.¹³⁶

Kanaatimizce, delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi noktasında hâkim serbestlik yetkisine sahip olmakla beraber, hukuka uygun nitelikte bulunan delillere dayanarak, akıl ve mantık kuralları çerçevesinde usul hukukuna göre yapılacak değerlendirme ile gerekçeli kararda belirtilecek şekilde bir sonuca varmalıdır. Hâkimin bu şekilde vermiş olduğu kararın hukuka uygun nitelikte elde edilmiş delillere dayanıp dayanmadığı hususu ise kanun yolu denetiminde incelenerek, vicdani delil sisteminin vermiş olduğu serbestlik keyfilikten uzak tutulabilecektir. Ayrıca bu ilkeye göre sadece hukuka uygun olan delillerin değerlendirilmesi mümkün olacak, delillerin hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olması durumunda ise hükme esas alınması söz konusu olmayacaktır.

1.2.2.6. Müşterek olması

Soruşturma aşamasında cumhuriyet savcısı elde edilen delilleri, sınırlı olarak değerlendirme yetkisine sahip olmakla birlikte bu değerlendirmeyi yaparken tarafların bilgisine veya tartışmasına sunma zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca iddianame düzenlenirken elde edilemeyen bir delile dayanması da mümkündür. Fakat ulaştığı kanaati açıkça belirtmek zorundadır. İddianamenin kabulünden sonra ise hâkimin kanaatini duruşmadan alması sebebiyle mutlaka elde edilen delillerin tartışılması ve

¹³⁵ Gödekli, Mehmet; “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 65 (4) 2016, 1815-1924, s.1913-1914.

¹³⁶ Gödekli; s.1916.

tarafların bilgisine sunulması aranmaktadır. Hâkimin bu durumda ne soruşturma dosyası ile ne de duruşmaya getirilmeyen delillerle bağılılığı vardır. (CMK m.217)¹³⁷

Delillerin müşterek olması, delillerin içeriği hakkında sadece yargılama makamının değil taraflarının da bilgi sahibi olmasını ve tartışmasını gerektirir. Bu bağlamda, tartışmalı olmayan olgular üzerinde değerlendirme yapılması, ispat anlamında bir önem arz etmemekle birlikte müşterekliğin, delilin kendisi, kaynağı ve içeriği noktasında sağlanabilmesi gerekmektedir.¹³⁸ Buna ek olarak müşterekliğin, delillerin değerlendirilmesinin usulü yapısını da oluşturduğu belirtilebilir. Bu usulün yerine getirilmesi ise delillerin toplanıp kullanılmasına hukuka uygunluk ve güvenilirlik yapısı verecek olup aksi durumda böyle elde edilmeyen ve müşterekliği sağlanmayan bir delilin kullanılması AY. 6. ve 38. maddesi gereği hukuka aykırı olarak değerlendirilecektir.¹³⁹

Tarafların öğrenmediği, hâkimin şahsi, özel bilgisi veya kişisel görüşünün veya mahkeme önüne getirilmeyen bir şeyin delil olarak kabulü bu noktada mümkün olmayacaktır.¹⁴⁰ Bu ilke “silahların eşitliği” ilkesinin de bir teminatı olarak yorumlanabilmektedir. Şöyle ki, tarafların bilgisine sunulmayan bir delilin değerlendirmeye esas alınması durumunda silahların eşitliği ve savunma hakkı¹⁴¹ gereği delillere itiraz edememe durumu söz konusu olacaktır.¹⁴² Bu durumda duruşmaya getirilmeyen veya tartışma konusu yapılmayan bir delilin hükme esas alınması mümkün değildir. Bu nedenle elde edilen bir delilin tüm tarafların bilgisine sunulması ve müşterekliğin sağlanması gerekmektedir.¹⁴³

Delillerin müşterekliği, duruşma açılarak sağlanmalı ve taraflara delilleri hâkim ile birlikte değerlendirebilme ve kolektif hüküm verme faaliyetine katılabilme imkânı sunulmalıdır. Bu bağlamda duruşmaya gelen tarafların görüş, iddia ve savunmaları alınıp

¹³⁷ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.285; Boga; s.21-22.

¹³⁸ Afandak; s.20; Köse; s.24.

¹³⁹ Afandak; s.18.

¹⁴⁰ Hâkimin şahsi bilgisinden kasıt herkesin bilgisi dahilinde olmayan durumlardır. Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu; s.1332-1333.

¹⁴¹ AY. m.36 kapsamında düzenlenen bu hak suçsuzluk karinesinin de bir sonucudur. Buna göre sanığın yapacağı savunma bir nevi iddia makamının sunduğu tezin karşısındaki antitezdir. Tez ve antitezin bir arada değerlendirilmesiyle de senteze ulaşılarak maddi sorun çözülecektir, Feyzioğlu; Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, s.140.

¹⁴² Afandak; s.18.

¹⁴³ Şahin/ Göktürk; s.412; Ünver/ Hakeri; s.582.

değerlendirildikten sonra bir kanaate varılmalıdır. CMK 217/1.maddesi gereği elde edilen tüm belgelerin duruşmada okunması ve tartışılması, hükme esas alınma bakımından diğer delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi ve tartışmaya açılarak müsterekliğinin sağlanması gerekmektedir.¹⁴⁴

Hâkimin bilgisinde olup da duruşmada tarafların bilgisine sunulmayan ve tartışma olanağı verilmeyen bir delilin müsterekliği sağlanamamıştır. Bu durum “doğrudan doğruyalık” ilkesi ile de bağdaşmamaktadır. CMK’nın 217/1. maddesinde yer alan doğrudan doğruyalık ilkesi, “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanı kanaatiyle serbestçe takdir edilir.*” denilerek ifade edilmiştir. Kanun koyucunun bu şekildeki düzenlemesinin, hâkimin takdir yetkisinin ne şekilde oluşması gerektiğini ifade etmek için yaptığı belirtilmektedir. Buna göre hâkim, duruşmaya getirilen delilleri bizzat inceleyecek ve ona göre bir kanaat edinecektir.¹⁴⁵

Delilin sadece hâkimin veya bir tarafın bilgisine sunulmuş olmasının, ispat anlamında değerini yitireceği gibi adil yargılanma hakkının da ihlali niteliğinde olacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁶ Bu noktada delilin müsterekliğinin sağlanması, bir bakıma delilin güvenilirliğini de sağlayabilecek bir husus olarak kabul edilmektedir. Çünkü elde edilen bir delilin güvenilirliği, her şeyden önce taraflara soru sorarak denetlenebileceği gibi tanığın vermiş olduğu beyanın, çelişkili ve yanlış olduğu düşünülen durumda bu çelişkinin giderilmesi için gerekli karşılaştırmalar yapılarak da sağlanabilecektir.¹⁴⁷

Delillerin doğrudan doğruyalığı ilkesi ayrıca hâkimin olay bakımından ulaşacağı kanaatini şekillendirme süreciyle de ilgili olan bir ilkedir. Buna göre hâkim, yargılamada maddi gerçeğe ulaşırken araya herhangi bir araç girmeksizin delillerle bizzat temas edebilmeli ve doğrudan ulaşacağı kanaati ortaya koyabilmelidir. Yine bu ilke kapsamında hâkim veya mahkeme elde edilen delil sözlü bir yapıda ise dinleyecek yazılı ise okuyacak eşya ve iz niteliğinde ise onu görecektir. Ancak bu şekilde elde ettiği ve değerlendirdiği

¹⁴⁴ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.285; Afandak; s.24.

¹⁴⁵ Ceza hukuku kapsamında “doğrudan doğruyalık” ilkesinin uygulanma biçimi ve farklı görünüşleri hakkında detaylı bilgi için bkz. Şahin, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı Ankara–2001, s.47.

¹⁴⁶ Kaynakçıoğlu; s.36.

¹⁴⁷ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.285.

delilleri hükme esas alabilmesi gerekecektir. Bu bağlamda CMK 217.maddesinde yer alan düzenleme hem müşterekliğin hem de delillerin doğrudan doğruyalığının sağlanması bakımından esas alınacak temel düzenleme olarak kabul edilmektedir.¹⁴⁸ Yine Yargıtay'ın farklı tarihlerde vermiş olduğu bazı kararlara bakıldığında da bu ilkenin duruşmaya hâkim temel ilkelerden olduğu ve adil yargılanma hakkı bağlamında esas alındığı görülebilmektedir.¹⁴⁹

1.2.2.7.Erişilebilirlik

Bir delilin ispat bakımından bir değerinin olup olmadığının belirlenebilmesi için öncelikle delile ulaşılmış olması, yargılamanın taraflarının bilgisine sunulması gerekmektedir. Erişilebilirlik olarak ifade edilen bu özellik, elde edilemeyen ve ulaşılmaması mümkün olmayan bir delilin ceza yargılamasında kullanılamayacağını ifade eder.¹⁵⁰ Çünkü elde edilmeyen veya elde edilemeyen bir delilin, bir tanık veya sanık ifadesinin hüküm noktasında değerlendirilmeye alınması imkânsızdır.¹⁵¹ Kural olarak deliller, soruşturma evresinde elde edilmekle birlikte re'sen araştırma ilkesi gereği kovuşturma aşamasında da delil elde edilmesi mümkündür. Bununla birlikte bazı durumlarda delilin var olmasına rağmen erişilebilirliği mümkün olmayabilir. Örneğin, tanık olarak sunulan bir kişinin ölmüş olması durumunda artık delilin varlığı ve duruşmada değerlendirilmesi söz konusu olmayacaktır.¹⁵²

Delilin sahip olması gereken özellikleri arasında tartışmalı olan özelliğin erişilebilirlik olduğunu belirtmek mümkündür. Çünkü çoğunluğun kabul ettiği bu özelliği

¹⁴⁸ Şahin, Cumhuriyet: Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı, s.26 vd.

¹⁴⁹ “Ceza muhakemesi hukukumuzda duruşmanın doğrudan doğruyalığı (yüz yüzelik) ve sözlülük ilkeleri esas alınmış olup, hüküm verecek olan mahkeme hâkimi sanık, tanık ve olayın tüm delilleri ile birebir karşı karşıya gelecek, herhangi bir vasıta olmadan örneğin beyan delilini dinleyecek ve belge delilini okuyacaktır. Böylece, belirtilen ilkeler ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde yer alan “adil yargılama” hakkının temel gerekleri ve CMK’nın 217.maddesi uyarınca hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilecektir. Bu nedenle kural olarak sanık, tanık ya da bilirkişiler mahkeme huzurunda dinlenecek ve daha önce yapılan dinleme sırasında düzenlenmiş tutanağın veya yazılı bir açıklamanın okunması dinleme yerine geçmeyecektir”, (Yargıtay, CGK; E.2013/4-242, K.2014/79, T.18.02.2014, UYAP, Erişim Tarihi:12.06.2023). Yine 2018 tarihli vermiş olduğu başka bir kararda da benzeri ifadelerle yer verilmiştir, (Yargıtay, CGK; T.20.12.2018, E.2018/16-419, K.2018/661, UYAP, Erişim Tarihi:12.06.2023).

¹⁵⁰ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.285; Afandak; s.25.

¹⁵¹ Şahin/ Göktürk; s.412.

¹⁵² Boga; s.20.

Ünver/Hakeri, delillerin ortak özelliği olarak kabul etmemekte sadece bazı delillerin elde edilebilmesi olarak ifade etmektedir. Bir diğer ifadeyle erişilebilirliği, yargı makamlarının gayreti ve değerlendirmesinin bir sonucu olarak görmektedir. Ayrıca yazar delilin kullanılabilmesinin, ulaşılabilir olmasından bağımsız olduğunu da belirtmektedir.¹⁵³ Bununla birlikte biz bu görüşe katılmamakta olup, CMK 217.maddesinde de belirtildiği üzere duruşmaya getirilemeyen, tartışılmayan delillerin hükme esas alınmasının imkânı olmadığını düşünüyoruz. Bu bağlamda kanaatimizce, kanunun açık hükmünün de bir yansıması olarak biz erişilebilirlik özelliğinin delillerin özellikleri arasında kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Elde edilmeyen ve erişilmeyen bir delilin, duruşmada tartışılması mümkün olmayacağı için buna dayanılarak hüküm kurulması da adil yargılanma hakkına aykırılık oluşturabilecektir. Ayrıca elde edilmeyen, erişilmeyen bir delilin olayı temsil edici niteliği tam olarak bilinemeyeceği gibi, olayı temsil edicilik özelliği bilinse dahi bu özelliğinden faydalanılamayacaktır. Ancak soruşturma aşamasında ulaşıp da delil olarak kabul edilen ve fakat zorlayıcı nedenlerle kovuşturma aşamasında duruşmaya getirilip incelenemeyen delillerin bu özelliği yok sayılmamaktadır. (CMK m. 211)¹⁵⁴ Delillerin diğer özelliklere sahip olup olmadığının değerlendirilmesi her şeyden önce delilin elde edilmesi ile mümkündür. Bu nedenle elde edilemeyen, ulaşılamayan bir delilin olayı temsil kabiliyetinden veya ispat yeteneğinden bahsedilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁵⁵

1.2.3. Delillerin toplanması

‘Delil olmaksızın mahkûmiyet olmaz.’ ilkesi, ispat hukukunun temelini oluşturan ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir. Bunun en büyük sebebi ise deliller olmaksızın maddi gerçeğe ulaşılmasının mümkün olmamasıdır. Çünkü geçmişte yaşanan bir olayın ispatının varsayımla, tahminle yapılması mümkün değildir. Bu nedenle şüphenin giderilmesi ancak somut varlığı bulunan ve elde edilen delillerle mümkün olabilecektir. Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun vermiş olduğu birçok kararda da ifade edildiği üzere¹⁵⁶

¹⁵³ Ünver/ Hakeri; s.582.

¹⁵⁴ Afandak; s.26.

¹⁵⁵ Kaynakçıoğlu; s.37.

¹⁵⁶ Yargıtay, CGK; E. 2011/10-64, K. 2011/69, T. 26.4.2011; Yargıtay, CGK; E. 2009/11-214, K. 2010/23, T. 16.2.2010, UYAP, Erişim Tarihi:15.06.2023.

ceza yargılamasının evrensel ilkelerinden biri olan “in dubio pro reo” bir diğer deyişle “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, sanığın bir suçtan dolayı cezalandırılabilmesinin temel koşulu, suçun tam bir kanaate varılarak ispat edilmesine bağlıdır. Böyle bir kanaat söz konusu olmadan mahkûmiyet kararı verilmesi mümkün değildir. Çünkü hâkimin vereceği karar soruşturma aşaması başta olmak üzere yargılama sürecinin genelinde toplanan delillere dayandırılarak kesin ve açık bir kanaate dayanmalıdır. Her şeyin delil olarak kabul edilmesi serbestliğini ve delillerin değerlendirilmesi serbestliğini ifade eden delil serbestliği ilkesi de bunu tamamlayıcı bir nitelik taşımaktadır. Ancak bu serbestlikler hâkimin keyfi hareket edebileceği anlamına gelmemektedir.¹⁵⁷

Delil toplanma süreci, CMK m.160 gereği suçun ihbar veya başka bir surette öğrenilmesiyle başlamaktadır.¹⁵⁸ Çünkü suçun öğrenilmesi ile delillerin de toplanması ve elde edilmesi süreci başlayacak ve bu süreç soruşturmanın en önemli adımını oluşturacaktır. Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, delillerin mümkünse soruşturma evresinde toplanıp tamamlanmasını esas almaktadır. Bu evrede olayı temsil edici nitelikte ve ispat değeri bakımından önem arz eden deliller toplanarak koruma altına alınmalıdır. Gerçekten de maddi gerçeğe ulaşabilmek için hayati önem arz eden delillerin zaman geçmeden toplanması ve korunması çok önemlidir. Çünkü ispat aracı sayılan delillerin eksiksiz bir şekilde toplanabilmesi ve değerlendirilmesi yargılamanın devamı ve hükmün verilebilmesi için hayati kabul edilmektedir.¹⁵⁹

Bununla birlikte soruşturma aşaması tamamlandıktan ve hatta iddianame kabul edildikten sonra da yeni delillerin elde edilmesi mümkün olabilmektedir. Delillerin duruşmada değerlendirilmesi için makul süre¹⁶⁰ içerisinde soruşturma aşamasında tamamlanmış olması gerekmektedir. Çünkü bu şekilde maddi gerçeğe uygun ve tarafları önemli ölçüde tatmin edebilen hükümler verilmiş olacağı kabul edilmektedir. Bu bağlamda iddianame kabul edildikten sonra toplanan delillerin değerlendirilmesi ve

¹⁵⁷ Yılmaz, Yeşim; s.18.

¹⁵⁸ Köse; s.43.

¹⁵⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.23.

¹⁶⁰ Anayasa m.141 ve İHAS m.6/1, makul sürede yargılanma hakkının temelini oluşturmaktadır.

tartışılmasına geçilecektir. Bu noktada yeni delillerin araştırılması ve toplanması ise belirli zorunluluklar söz konusu olduğunda mümkün olabilecektir.¹⁶¹

Yargıtay 9.Ceza Dairesi'nin vermiş olduğu 2014 tarihli kararında bu husus, *“CMK'nın 170 ve 172. maddelerinde kamu davasının açılması için öngörülen şüphenin düzeyi, ceza mahkemesi veya hâkiminin re'sen araştırma yükümlülüğü, CMK'nın 177. maddesinde sanığa tanınan delillerin toplanmasını isteme hakkı, katılan bakımından mevcut olan delil ileri sürme imkanı, CMK'nın 225/2. maddesi uyarınca, mahkemenin fiilin nitelendirilmesinde iddialarla bağlı olmaması, Cumhuriyet savcısının kovuşturma aşamasında da süren iddia faaliyeti de nazara alındığında, kamu davasının açılmasından sonra da yeni delillerin ortaya çıkabileceği ve bu delillerin toplanıp ileri sürülebileceği görülmektedir.”* şeklinde ifade edilmiştir.¹⁶²

Bir şeyin delil sayılması ile delil olarak kabul görmesi farklı şeylerdir. Her ispat aracı bir delil olmakla birlikte hepsi delil olarak muhakemeye esas alınmazlar. Kanunumuz her ne kadar delillerin soruşturma aşamasında toplanmasını esas kabul etmişse de bir yargılamanın her aşamasında delillerin toplanması mümkündür. Bununla birlikte iddia aşaması olan soruşturma aşaması, maddi gerçeğe erişilmesi için şüphelinin lehine ve aleyhine olan tüm delilleri kapsayacaktır. Bu kabulün en büyük sebebi ise olayın sıcağı sıcağına ele alınmasını ve eksiksiz bir soruşturma yapılmasını sağlamak olarak ifade edilmektedir.¹⁶³ Bununla birlikte soruşturma aşaması sadece delillerin toplandığı aşama değildir. Cumhuriyet savcısının, kamu davasının açılıp açılmayacağı hususunda sınırlı bir delil değerlendirilmesi yapabileceği şekilde takdir yetkisine sahip olduğu bir aşama olarak da kabul edilmektedir.¹⁶⁴

Tüm bunlara ek olarak, zorunlu hallerde kovuşturma aşamasında da delil toplanmasının mümkün olmasının yanı sıra Ünver/Hakeri bunun yalnızca zorunluluk halinde mümkün olduğu görüşüne katılmamaktadır. Yazarlara göre ispata katkısı olacak tüm deliller, bütün olarak her aşamada toplanmalı ve değerlendirilebilmelidir.¹⁶⁵ Bu noktada, Kanun'da mahkemeye açıkça bir yetki verilmemiş olmakla birlikte re'sen delil

¹⁶¹ Köse; s.44.

¹⁶² Yargıtay, 9.CD; E.2013/1538, K.2014/2802, T.17.03.2014, UYAP, Erişim Tarihi:18.06.2023.

¹⁶³ Şahin/ Göktürk; s.407.

¹⁶⁴ Şahin/ Göktürk; s.408.

¹⁶⁵ Ünver/ Hakeri; s.580-581.

araştırma yetkisinin tanındığını belirtebiliriz. Hâkim veya mahkeme bu kapsamda duruşma sırasında re'sen tanık dinleyebilecek, bilirkişiye başvurabilecek veya keşif ve muayene işlemleri yaptırabilecektir. (CMK m. 61, 63/1, 69/2, 181/2). Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda da ceza yargılamasında mahkemenin yeterli ve kesin kanaate ulaşabilmek için kendisini maddi gerçeğe götürecek delilleri araştırma ve toplama yetkisi olduğunun kabul edildiğini görmek mümkündür. Bu şekilde Anayasa mahkemesi nezdinde de re'sen araştırma yetkisinin kabul edildiğini ifade edebiliriz.¹⁶⁶ Yine delillerin kanuna aykırı olarak elde edildiği söz konusu ise CMK 206.maddesi gereği reddedilebilmesi mümkün olabilecektir. Ayrıca delil ile ispat edilecek olayın karara bir etkisi söz konusu değilse ya da istem davayı uzatma amacı dışında bir amaç taşımıyorsa mahkeme tarafından reddedilebilecektir.¹⁶⁷

Sonuç olarak, ispatın gerçekleşmesi için elde edilen deliller ilk aşamada ispat ilkeleri göz önünde tutularak bireysel olarak daha sonra ise diğer delillerle beraber değerlendirilecek, değerlendirmeye tabi tutulmayanlar ise açıkça sebepleriyle birlikte kararın gerekçesinde belirtilecektir.¹⁶⁸

1.2.4. Delil çeşitleri

Ceza yargılamamızda delillere ilişkin bir ayırım veya sınıflandırma söz konusu olmamakla birlikte *Tosun*, delilleri belirli bir tasnifle açıklamıştır. *Tosun*'a göre deliller, “dolaylı ve dolaysız, tarihsel ve eleştirisel, kişisel ve nesnel” şeklinde ayrılır. Ayrıca “beyan, belge ve belirti delili” olarak da alt başlıklara ayrılacaktır.¹⁶⁹ *Centel ve Zafer* ise doğrudan ve dolaylı delil ayırımına katılmakla birlikte delillerin beyan, belge ve belirti olarak da ayrılacağını belirtmiştir.¹⁷⁰ *Ünver/Hakeri*, aynı şekilde beyan, belge ve belirti olarak delillerin ayrıldığını belirtirken *Şahin/Göktürk* ve *Kunter* de bu tasnifi kabul etmiştir.¹⁷¹ *Özen* ise doğrudan-dolaylı deliller şeklinde ayırım yapmış ayrıca delillerin asıl delil- yan delil şeklinde ayrıldığını da belirtmiştir. Yine yazar delillerin sınıflandırması

¹⁶⁶ Köse; s.45.

¹⁶⁷ Köse; s.47.

¹⁶⁸ Öztürk; s.207.

¹⁶⁹ Tosun; s. 739-767.

¹⁷⁰ Centel/ Zafer; s. 222-223.

¹⁷¹ Ünver/ Hakeri; s.583; Şahin/ Göktürk; s.414-s.440; Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu; s.1343.

başlığını ise delil çeşitleri başlığından ayrı bir şekilde ele alarak beyan, belge, belirti ve ses ve görüntü tespit eden delil şeklinde dörtlü ayrıma tabi tutmuştur.¹⁷²

Ceza yargılamasında delillere ilişkin konu, içerik, kaynak niteliğinde farklı farklı sınıflandırmalar yapılmaktadır. Bu bakımdan öğretide delillerin sınıflandırılması bakımından farklılıklar bulunmakla beraber uygulamada bu daha da çeşitlenmektedir. Öğretinin genel olarak kabul ettiği görüşe göre deliller üçe ayrılır; beyan, belge ve belirti delili. Beyan deliline baktığımızda, şüpheli sanık beyanı, tanık beyanı ve diğer kişilerin beyanı şeklinde ayrıldığını belirtmek mümkündür. Belge delilinin ise yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olarak üçe ayrıldığını ifade edebiliriz.¹⁷³ Bununla birlikte belirti delili ise doğal ve yapay belirtiler olmak üzere ikiye ayrılır.¹⁷⁴

Farklı bir sınıflandırma ise şahsi ve maddi delil olarak ayrılması şeklindedir. Buna göre şahsi delil, beyan delilini ifade etmekte bu anlamda şüphelinin, sanığın, tanık ve diğer kişilerin vermiş olduğu beyanlara dayanmaktadır. Maddi delil ise bunun dışında kalan belge ve belirti delilini, bir diğer deyişle nesnelliği olan delilleri ifade etmektedir. Diğer bir sınıflandırma ise delillerin elde ediliş şekline göre doğrudan doğruya ve dolaylı deliller olarak ikiye ayrıldığını belirtir. Bu ayrıma göre doğrudan doğruya deliller, söz konusu olayla veya konu ile ilgili, doğrudan erişilebilen ve doğrudan ispata yarayan deliller olarak açıklanabilir. *Ünver/Hakeri*, beyan delillerini sanık ve tanık beyanı olarak ikiye ayırmaktadır.¹⁷⁵

Olayın gerçekleştiğini gören tanığın vermiş olduğu beyan söz konusu şekliyle doğrudan doğruya delil olarak kabul edilecektir. Bu anlamda belge veya beyan delillerinin doğrudan doğruya delil olarak kabul gördüğü belirtilmektedir. Dolaylı delillerin ise bunun dışında kalan olayı bizzat değil, dolaylı yünden ispata yarayan, farklı delillerle bütün olarak değerlendirildiğinde konuyu ispat edebilen deliller olduğu ifade edilmektedir. Yine belirti delillerinin de bu kapsamda kaldığı belirtilmekte ve ayrıca bu delilleri ‘yan delil’ olarak ifade eden görüşler de bulunmaktadır. Bunlar ise olayı tek başına ispatlayamayan ve ispatın gerçekleşebilmesi ve şüphenin sona erdirilebilmesi için

¹⁷² Özen; s.289.

¹⁷³ Ünver/ Hakeri; s.597; Şahin/ Göktürk; s.413; Özen ise bu ayrımı esas almakla birlikte bunu dörtlü bir ayrım şeklinde belirterek “ses ve görüntü tespit eden” delilleri ayrı bir ana başlıkta ele almıştır, Özen; s.289; Bozdağ/ Sariusta; s.582-583.

¹⁷⁴ Şahin/ Göktürk; s.413.

¹⁷⁵ Ünver/ Hakeri; s.583; Şahin/ Göktürk; s.413.

başka delillerle desteklenmesi gereken nitelikte delillerdir. Örneğin, olay yerinde elde edilen bir parmak izi bu şekilde yorumlanabilecektir. Bununla birlikte *Şahin/Göktürk*'e göre “bilimsel delil” olarak da ifade edilen belirti delilleri, günümüz ceza yargılamasında “delilden sanığa gidilmesi” ilkesi gereği daha önemli bir konuma geldiği ve ayrıca beyan deliline göre bu delillerin güvenilirliğinin daha yüksek olduğu kabul edilmektedir.¹⁷⁶

Bununla birlikte olayda var olan tek delilin olayı gören bir kişinin tanıklığına dayanması durumunda mutlaka o tanığın duruşmaya getirilerek dinlenmesi ve bu şekilde hüküm kurulması gerekmektedir. Aksi halde kurulan hükmün hukuka aykırı nitelikte olacağı belirtilmektedir. Yargıtay'ın kabulüne göre de bu durum, soruşturmanın etkin nitelikte olmadığı ve suçun ispatına etkisi mutlak olan delillerin toplanmadığı şeklinde ifade etmektedir.¹⁷⁷

Tüm bunlardan farklı olarak, delil serbestisinin varlığı kabul edildiğinde delillere ilişkin sınıflandırmanın da anlamının azalacağı belirtilmektedir. Çünkü bu ilke esas alındığında, sınıflandırmanın veya delilin tasnifinin ne olduğundan ziyade ispat bakımından önemi ön planda tutulacaktır. Bunun bir sonucu olarak da ispat kabiliyeti olan ve belirli özellikleri taşıyan her şey delil olarak yargılamada kullanılacak ve hâkim tarafından serbestçe takdir edilecektir.¹⁷⁸ Daha sonraki bölümde ele alınacak olan elektronik delillerin ceza yargılamasında yerini bulması ve değerlendirmeye alınması gerekliliğini savunan görüşler de bu ilkenin bir sonucu olarak bu kabule gitmektedir. Bununla birlikte öğretilerde yer alan ayrımlar ve sınıflandırmaları göz önünde bulundurarak, konumuzun çokta dışına çıkmamak adına delillerin tasnifini genel kabul gören şekliyle beyan, belge ve belirti delilleri şeklinde üçlü bir ayrıma tabi tutarak incelemeyi doğru bulmaktayız. Buna ek olarak diğer bölümlerde detaylı incelenmekle birlikte konu bütünlüğünü yakalayabilmek adına bu delil türlerinin incelenmesinin akabinde elektronik verilerin de delil türleri içerisinde nerede bulunduğunu ifade etmeye çalışacağız.¹⁷⁹

¹⁷⁶ *Şahin/ Göktürk*; s.413-414.

¹⁷⁷ Yargıtay, 4. CD; E. 2006/10156, K. 2008/14600, T. 25.6.2008, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023; Bozdağ/ Sariusta; s.581.

¹⁷⁸ Göksoy; s.64-65.

¹⁷⁹ Çalışmamızda delil çeşitleri üç başlık altında, Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu'nun benimsediği şekilde beyan, belge ve belirti delilleri ayrımı kabul edilerek incelenecektir.

1.2.4.1.Beyan delili

1.2.4.1.1. Şüpheli sanık beyanı

CMK m.2’de yer alan tanımlamaya göre “şüpheli” kavramı, “soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişiyi” ifade ederken; “sanık” kavramı ise aynı maddede geçen ibaresiyle “kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi” ifade etmektedir.¹⁸⁰ Yargılamada verilecek hükmün esas muhatabı, suç şüphesi altında olan şüpheli veya sanıktır.¹⁸¹ Bu nedenle şüpheli veya sanığın yapmış olduğu açıklamaların olayla birebir ilgisi olan kişilerin yapmış olduğu açıklama niteliğinde olduğundan “doğrudan doğruya delil” şeklinde yorumlanacağı ve yargılamanın en önemli delili olarak kabul edileceği belirtilmektedir.¹⁸² Soruşturma aşamasında şüphelinin vermiş olduğu beyan, soruşturma evresi açısından delil olarak kabul edilir. Fakat bu şekliyle kovuşturma aşamasında tekrardan kişinin dinlenmesi gerekecektir. Dinlenilemediği takdirde soruşturmada elde edilen beyanın yazılı olarak okunması durumunda artık ‘beyan delili’ olarak değil, ‘belge delili’ olarak kabul edileceği belirtilmektedir.¹⁸³

Şüpheliin vermiş olduğu beyanların yer aldığı tutanakların okunması, belge delili olarak yorumlanmakla birlikte kovuşturma aşamasında verilmiş olan beyanlar her zaman beyan delili olarak kabul edilecektir. Çünkü kovuşturma aşamasından sonra gelen hüküm aşamasında beyan deliliyle birebir temas etmiş olan hâkimin, vermiş olacağı kararda bu beyanlar yer alacaktır. Bu nedenle *Şahin/Göktürk’e* göre beyan delilinden bahsedildiğinde bunun “sanığın” yargılama sırasında yapmış olduğu açıklamalar olarak yorumlanması gerektiği belirtilmiştir. Şüphelinin vermiş olduğu beyanlar da soruşturma aşaması kapsamında beyan delili olarak değerlendirilecektir. Fakat kovuşturma aşamasına geçtiğinde artık bunlar belge delili olarak değerlendirilmeye alınacaktır. Bununla birlikte güvenilirlik açısından kovuşturmada değil, soruşturmada olayın hemen

¹⁸⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5271.pdf> (Erişim tarihi: 02.06.2023)

¹⁸¹ CMK 2/1-a fıkrasında şüpheli ve sanık ayrı ayrı tanımlanmıştır.

¹⁸² Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.286; Şahin/ Göktürk; s.414.

¹⁸³ Özen; s.291.

ardından elde edilmiş olan bir beyan, duruşma sırasında verilen beyanlardan daha güvenilir daha gerçekçi yorumlanacağı kabul edilmektedir.¹⁸⁴

Bu bağlamda sanığın vermiş olduğu beyanlar, ispat bakımından önemli bir role sahiptir. Çünkü olayın birebir tanığı konumunda olan sanığın verdiği ifade, ikrar niteliğinde de olabilir. Kanun'da şüpheli/sanık beyanı, sorgu ve ifade alma aşamaları bakımından ayrılmaktadır. Bu işlemler soruşturma veya kovuşturma aşamasında görevli olan kişilerin şüpheli veya sanığa soru sorarak aldıkları beyanlardır. “Bilgi alma” durumunda ise bunlardan farklı olarak, sıkı usul kurallarına tabi olmaksızın kolluğun bazı kişilerden almış olduğu veri veya bilgiler ifade edilir.¹⁸⁵ Bir diğer deyişle, ifade alma veya sorguya ilişkin gerekli olan usuller burada uygulanmayacak olup, polisin olayı görerek kişiyi yakaladığı an aldığı bilgiler bu kapsamda değerlendirilecektir.

Şüpheli konumundaki kişinin soruşturma sırasında Cumhuriyet savcısı veya kolluk tarafından alınan beyanı “ifade alma” şeklinde tanımlanır. Bu ikisi arasındaki en büyük farklılıklardan biri ise CMK'da kolluğun re'sen ifade alma yetkisinin tanımlanmamış olması olarak belirtilmektedir. Bu kapsamda ancak savcı tarafından talimat verilmesi durumunda kolluk ifade alabilecektir. Bununla birlikte, diğer bir farklılık ise CMK m.148/5'te yer alan durumdur. Buna göre aynı olaya ilişkin ikinci kez ifade alma durumu söz konusu olduğunda bu ifade mutlaka savcı tarafından alınacaktır.¹⁸⁶

Geçmişte yapılan yargılamalarda en önemli delil olarak kabul edilen ikrar, bugün şüphe ile yaklaşılan, titiz bir inceleme ve değerlendirme gerektiren bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu durum ise günümüz hukukunda sanığa tanınmış olan susma hakkı ve maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin bir sonucudur.¹⁸⁷ Bununla birlikte ikrar kavramı, şüpheli veya sanığın kendilerine isnat edilen olayın bir kısmını veya tamamını tek başına veya bir başkasıyla birlikte gerçekleştirdiğini ifade etmesi olarak tanımlanmaktadır. Bir diğer deyişle maddi olaya ilişkin kısmen veya tamamen bir kabullenme söz konusu olma durumudur. *Ünver/Hakeri*'ye göre ikrar, bir delil elde etme yöntemi değil bir delildir. Bu nedenle de soruşturma veya kovuşturma aşamasında kullanılabilir ve tek başına delil olarak hükme esas alınması mümkündür. Çünkü delil serbestisi ilkesi gereği belirli

¹⁸⁴ Şahin/ Göktürk; s.415.

¹⁸⁵ Ünver/ Hakeri; s.583; Öztürk, s.207.

¹⁸⁶ Özen; s.292-293.

¹⁸⁷ Öztürk; s.208; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.286.

özellikleri taşıyan, hukuka uygun elde edilmiş her delil, ispat bakımından değerlendirilmeye alınmaktadır. İspat gücü bakımından deliller arasında herhangi bir hiyerarşi söz konusu değildir. Bu nedenlerden kaynaklı olarak da dosyada var olan bir ikrar olması durumunda hâkim, diğer delillerle birlikte ikrarı ele alacak ve ispat bakımından bir değerlendirme yaparak karar verebilecektir. Bununla birlikte Yargıtay ise soyut ikrarı kabul etmemekte ve ikrar konusunda son derece tereddütlü yaklaşmaktadır.¹⁸⁸ Bu anlamda tevilli ikrar, Yargıtay tarafından reddedilmekte ve ayrıca ikrarın ispat noktasında kabul edilebilmesi ve değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak özgür bir irade ile verilmiş olduğunun ortaya konulması gerektiği kabul edilmektedir. Bu bağlamda diğer delillerle desteklenmeyen soyut bir beyandan ibaret olan bir ikrarın mahkûmiyet noktasında dayanak olarak kabul edilmeyeceği belirtilmektedir.¹⁸⁹ Dosyaya ve maddi olaya uymayan, hayatın olağan akışına ters düşen bir ikrarın hükme esas alınmasının mümkün görmeyeceği belirtilmektedir.¹⁹⁰ Özen ise hukuka uygun şekilde alınmış ikrarın beyan delili olarak kabul edileceğini ifade etmektedir. Fakat bununla birlikte delil ilkeleri göz önünde tutulduğunda bunun hâkimi bağlamayacağını ve

¹⁸⁸ “Kendisinde herhangi bir uyuşturucu madde ele geçirilemeyen ve uyuşturucu madde kullandığı teknik yöntemlerle de belirlenmeyen sanığın soyut ikrarı ve ..., ...’ın kolluktaki soyut beyanları dışında, dosya kapsamı itibarıyla atılı suçu işlediğine ilişkin mahkûmiyetine yetecek, kuşku sınırlarını aşan kesin delil bulunmadığı gözetilmeden sanık hakkında mahkûmiyet kararı verilmesi, Kanuna aykırı, sanığın temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmesi olduğundan, hükmün bozulmasına..” (Yargıtay, 20.CD; E.2019/5165, K.2020/27, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.) “İkrar; aleyhe hukuksal sonuç doğuran bir olayı doğrulayan sanığın kabullenmesidir. İkrar, tek başına kesin kanıt kabul edilemez. Çünkü bir kimsenin çeşitli nedenlerle ikrarda bulunması olanaklıdır. Yargıç önünde yapılan ikrarın dahi bağlayıcı olabilmesi için başka yan kanıtlarla doğrulanması gerekir. İkrarını geri alan sanığın önceki soyut ikrarına dayanılarak hiçbir zaman mahkûmiyet kararı verilemez. İkrar olunan olay yargıç önünde yapıp, geri alınmayıp yan delillerle desteklendiğinde değerlidir. Başka bir ifade ile kanıtla doğrulanan ikrar değerlidir. Soyut ikrar tek başına yeterli olamaz.” (Yargıtay, 6.CD; E.2015/1932, K.2018/1069, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.), benzeri kararlar için bkz; Yargıtay, 10. CD; 15.02.2010, 834/3241; Yargıtay, 2.CD; E.2019/2797, K.2019/4653; Yargıtay, 20. CD; E.2015/4122, K.2016/772; Yargıtay, 20.CD; E.2018/3628, K.2018/2673; Yargıtay, 10.CD; E.2020/6483, K.2020/4956, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.

¹⁸⁹ “Oluşa, dosya içeriğine, temyize konu olmayan suç ortağının ikrarı ile sanığın tevilli olarak suçunu ikrar ettiği savunması göz önüne alındığında, sanığın üzerine atılı suçu işlediğinin sabit olması karşısında, anılan suçtan mahkûmiyeti yerine delillerin takdirinde hataya düşülerek yazılı şekilde yerinde olmayan gerekçe ile sanık hakkında beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş...” (Yargıtay, 13.CD: E.2016/3764, K.2017/9600, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023); “Sanığın 17/07/2014 tarihli parmak izi raporu, sanığın dolaylı ikrarı dikkate alındığında, sanığın müştekinin evinin bahçesine girerek tevilli ikrarda bulunduğu anlaşılmalı TCK’nın 142/1-b, 116/1, 151/1. maddelerinden mahkûmiyeti yerine, yeterli olmayan gerekçe ile yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş...” (Yargıtay, 13.CD: E.2019/7291, K.2019/18310). Öztürk; s.208; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.286.

¹⁹⁰ Ünver/ Hakeri; s.590-593.

mahkûmiyete tek başına esasa alınamayacağını da belirtmektedir. Ayrıca uzlaşma ve etkin pişmanlık durumlarının da ikrarın bir türü olduğunu eklemektedir.¹⁹¹

Fakat Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının yanı sıra uygulamada, ilk derece mahkemelerinin tevilli ikrara dayalı mahkûmiyet kararı verebildiği görülmekte ve bu durum öğreti tarafından da eleştirilmektedir.¹⁹² Bu bağlamda, değerlendirilmeye alınması noktasında sanığın yapmış olduğu ikrarı hangi aşamada yaptığı, sonucunun ne olacağına dair bilgisinin olup olmadığı, özgür bir iradeyle gerçekleşmiş bir açıklama olup olmadığı, ikrarın hayatın olağan akışına uygun yapılmış olup olmadığı gibi hususların tek tek araştırılıp bu özelliklere sahip olması durumunda değerlendirmeye alınması gerektiği belirtilmektedir.¹⁹³

1.2.4.1.2. Tanık beyanı

Gerçekleşen bir olaya ilişkin beş duyu organıyla öğrendiği şeyleri hâkim veya savcıya anlatan kişilere “tanık” denir. Konuya ilişkin algılama ve aktarabilme yeteneğine sahip olan herkesin tanıklığı mümkündür.¹⁹⁴ Bu bağlamda kişinin çocuk olması, akıl hastası olması veya taraflardan biriyle bir yakınlık ilişkisinin bulunması herhangi bir şekilde tanıklığa engel oluşturmamaktadır.¹⁹⁵ Ayrıca tanığın vermiş olduğu ifadeyi ne zaman ne şekilde öğrenmiş olduğu, sivil ya da kamu görevlisi olup olmadığı da önemli değildir.¹⁹⁶ Bununla birlikte tanıklar, yalnızca şahit olduğu olaya ilişkin bilgi aktarımı yapabilmektedir. Bir diğer deyişle hukuksal olarak ya da sonuç çıkarma niteliğindeki bir bilgi aktarımı söz konusu olmayacaktır. Yine tanık, kendi görüşünü anlatmaksızın sadece

¹⁹¹ Özen; s.299-300.

¹⁹² Öztürk; s.209; Tevilli ikrar bir diğer ifadesiyle tevil yoluyla ikrar; sanık veya şüphelinin kendisi hakkında yapılan suçlamayı dolaylı şekilde kabul etmesi olarak ifade edilmektedir. (<https://barandogan.av.tr/blog/ceza-hukuku/sucu-ikrar-etme-nedir-cmk.html>, Erişim Tarihi:28.06.2023) Yargıtay, 3.CD; K.2020/7927; Yargıtay, 4.CD; K.2020/15190, UYAP, Erişim Tarihi:12.07.2023.

¹⁹³ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.286.

¹⁹⁴ Kanuna göre çocuklar, akıl hastaları veya tarafların yakınları, vatandaş veya yabancı ayrımı olmaksızın herkes tanık olarak dinlenebilir. (Madde 45).

¹⁹⁵ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.293; Şahin/ Göktürk; s.415; Ünver/ Hakeri; s.594; Alman Federal Mahkemesi'nin 4 yaşındaki bir çocuğun beyanının tek başına delil olarak değerlendirilmeyeceğini ilişkin, Öztürk; s.209.

¹⁹⁶ Kamu görevlisi olarak kabul edilen atanmış bir gizli soruşturmacı tanık olarak dinlenebilmektedir, Öztürk; s.209; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.293.

tanık olduğu olayı aktarabilecektir. Bu bağlamda tanığın gördüğü, duyduğu, bilgisi dışındaki tahminleri, hisleri veya şahsi görüşleri tanıklık olarak kabul edilmeyecektir.¹⁹⁷

Tanığın kendisi değil yapmış olduğu açıklamalar, delil olarak kabul edilmektedir. Bu noktada asıl olan, tanığın sözlü açıklamaları iken bunun “beyan” niteliğinde olup olmadığının değerlendirmesini yetkili makam yapacaktır.¹⁹⁸ Bununla birlikte kimi zaman tanığın yazılı bir şekilde vermiş olduğu beyanlar da dikkate alınabilmektedir. Tanık olayın tarafı değildir. Bu nedenle şüpheli ve sanık olanlar ya da yargılama sonucunda hakkında hüküm verilecek olan kişilerin tanık olarak dinlenilemeyeceği kabul edilmektedir. Tanığın bilgisi ve görgüsü bizzat kendisine dayanabileceği gibi başka kişilerden olayın duyulması şeklinde de olabilir. Bu noktada ise “dolaylı” bir tanıklık söz konusu olacağı ifade edilmektedir.¹⁹⁹

‘Doğrudan doğruyalık ilkesi’ gereğince beyan delillerinin mutlaka duruşmada elde edilmesi gerekmektedir. Çünkü vasıtasızlık ilkesi şeklinde de belirtilen bu ilke, yargılama makamının elde edilen delillerle araya herhangi bir vasıta girmeksizin bağ kurabilmesi anlamını taşımaktadır. Bu durum ise hâkim veya mahkemenin, delil eğer tanık beyanıysa dinlemesi, yazılı bir tutanak ise okuması, bir eşya veya görüntü şeklindeyse ona dokunup onu izlemesini gerekli kılmaktadır.²⁰⁰ Yine bu ilkeye örnek ise olaya ilişkin tek delilin tanık ifadesi olması durumunda hüküm verilebilmesi için söz konusu tanığın duruşmaya getirilerek dinlenilmesi gerekliliği verilebilecektir. Bunun aksi durum ise hukuka aykırılık teşkil edecektir. Fakat bazı durumlarda soruşturma evresinde ulaşılan bir delile kovuşturma evresinde ulaşılmamış olabilir. Bu beyan delilleri

¹⁹⁷ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.295; Öztürk; s.211; Tanıklıktan çekinme hakkı ve tanığın çağırılması usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. s.211- 230.

¹⁹⁸ Feyzioğlu, tanıklığın mutlaka beyanda bulunularak yapılacağını, yazılı bir şekilde tanıklık yapılamayacağını belirtmektedir. Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.401.

¹⁹⁹ Bunlara ek olarak daha önceden yalan tanıklıktan hüküm almış kişilerin de tanık olabilmesi mümkündür. Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.293; Şahin/ Göktürk; s.416; Burada önemli olan husus, tanığın önceden mahkumiyeti bulunan suçunun türü ve bu durumun yargılama konusuyla olan ilgisidir. Buna örnek vermek gerekirse, hırsızlık suçundan yargılanan ve mahkum edilen bir kimsenin kasten adam öldürme suçundan dolayı bir başkası hakkında gerçekleştirilen yargılamada tanıklık etmesine engel bir durum söz konusu değildir. Modern ceza yargılamasında tanıklık hususunda önemli olan, tanığın kişiliği değil söylediklerinin delil değeri taşıyıp taşımadığı ve bu şekilde maddi gerçeğe ulaşmaya fayda sağlayıp sağlamadığının tespitidir. Bu nedenle yalan tanıklık, suç uydurma veya iftira gibi fiillerden dolayı mahkumiyeti bulunan bir kimsenin beyanına itibar edilip edilmeyeceği ayrıntılı bir değerlendirmeye ele alınıp bir karara varılmalıdır. Canpolat, Can; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının İtibari Değerine İlişkin Bazı Özel Durumlar”. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 2021, s.535-s.548.

²⁰⁰ CMK’da bu ilkeye ilişkin belirli maddelerde düzenlemelere yer verilmiştir, bkz; m.188/1, 190/1, 217/1; Özen; s.112.

noktasında sıklıkla karşılaşılan bir durum olmakla birlikte CMK 210.maddesi ve devamı hükümlerde buna istisna getirilmiştir. Buna göre olaya ilişkin tek delil, bir tanık açıklamasına dayanıyorsa bu tanığın duruşmada dinlenilmesi zorunlu tutulmaktadır. Fakat tanığın ölmüş olması, akıl hastası olması gibi nedenlerle dinlenememesi söz konusu ise bu durumda soruşturmada elde edilmiş olan beyanı tekrar okunmakla yetinilecek ve belge delili şeklinde değerlendirilmeye alınacaktır.²⁰¹

Şüpheli veya sanıktan farklı olarak, tanığın beyanda bulunma ve doğruyu söyleme zorunluluğu vardır. Çünkü tanıklar olayın tarafları konumunda değildirler. Bu nedenle doğruyu söyleme noktasında zorlayıcı tedbirler de uygulanabilmektedir. Bazen tanık, bilgisini dolaylı olarak edinmiş olabilir. Yaygın kullanılan tabiriyle “görgü tanığı” olması durumunda tanık, bilgiyi doğrudan öğrenmiştir. Fakat olay hakkında doğrudan bilgisi olan bir tanığa ulaşamaması durumunda ise ondan bilgi almış kişi dolaylı tanıklık yapabilecektir.²⁰²

Dolaylı tanıklık, yargılamaya konu olan olayla ilgili doğrudan bilgisi olmayıp, üçüncü kişi tarafından kendisine aktarılan bilgi kadar bilgisi bulunan ve bu şekilde olaya tanıklık eden kişilerin beyan ve tanıklığını ifade eder. Bu kişilerin yapmış olduğu tanıklık sonucu elde edilen beyanlara itibar edilip edilmeyeceği hususu, öncelikle vermiş olduğu beyanların kendi içerisinde veya diğer tarafların vermiş olduğu beyanlarla çelişkili olup olmadığı göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir. Ayrıca hâkim veya mahkemenin tecrübesine göre diğer deliller bakımından öneminin ve değerinin belirlenerek bir sonuca ulaşılması da gerekmektedir.²⁰³

Tüm bunlardan farklı olarak tanıkların tanıklığı da mümkündür. Tanık, edindiği bilgiyi doğrudan doğruya öğrenebileceği gibi dolaylı yoldan da öğrenebilecektir. Buna göre kişi, tanıklığını olaya tanık olan bir başka kişiye dayandırmaktadır. *Feyzioğlu’na* göre her durumda dolaylı tanıklığın doğrudan tanıklığa bir üstünlüğü söz konusu olmayacaktır. Burada her somut olay açısından bir değerlendirme yapılarak ve diğer delil araçları göz önünde bulundurularak sonuca varılması gerekmektedir. Bu kişi bazen kolluk görevlisi bazen de uyuşmazlığın makam olarak tarafı olan müdafî, savcı veya hâkim olabilecektir. Uygulamamızda dolaylı tanıklığa ilişkin örnek olarak, adli kolluğun beyanı

²⁰¹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.285; Ünver/ Hakeri; s.595; Boga; s.20.

²⁰² Şahin/ Göktürk; s.417.

²⁰³ Canpolat; s.547.

da gösterilmektedir. Bu kişiler, yargılama aşamasında “tutanak tanığı” olarak dinlenmekte olup, verdiği beyanlarını hukuka uygun olduğu ve içeriği itibariyle olayla ilişkisi bulunduğu ölçüde itibari değer kazanmaktadır.²⁰⁴ Bu durumda tanıklığın üstünlüğü gereği, bu kişilerin kendi görevlerini değil, olaya ilişkin tanıklığı yapmaları zorunludur. Fakat bundan farklı olarak müdahil için suçtan zarar gören kişi konumunda olmasından dolayı, kanunun kendisine tanıdığı hakları kullanması durumunda bu zorunluluğa tabi olmayacağı kabul edilmekte olup beyanının müdahil olarak alınması düzenlenmiştir.²⁰⁵ Bunun dışında gizli bir şekilde bilgi alma görevi olan bir kamu görevlisi de tanıkların tanıklığını yaparak dolaylı tanık olarak dinlenebilecektir.²⁰⁶

Tanığın vermiş olduğu ifadenin değerinin, olayla kurulabilen ilişkisi ölçüsünde değerlendirileceği belirtilmektedir. Bu noktada, doğrudan bir tanıklık söz konusu olması durumunda dolaylı tanıklıktan daha üstün bir ispat kabiliyeti gündeme gelmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle tanıkların beyanı ve açıklamaları konusunda başka delillerle desteklenebilir olmasının, beyanın güvenilirliğini arttıracacağı, dolaylı tanıklıkta ise bu hususun daha da ön planda olacağı kabul edilmektedir.²⁰⁷

Bunlara ek olarak, uygulamada kimi zaman tanıkların yalan veya yanlış bilgi verdiği de görülebilmektedir. Buna göre kast olmaksızın yanlış olan beyanlarında, yalana dayalı bir söylemden ziyade gerçeğin olduğundan farklı veya eksik bir şekilde algılanması veya hatalı bir bilgi akışı durumu söz konusu olacağı belirtilmektedir. Bu bağlamda kişinin algılama biçimi, kendi içerisinde yer alan duygu veya öğrenim durumu veya bunu aktarma biçimi ile birebir ilgili bir durumdur.²⁰⁸ Bununla birlikte herhangi bir kast söz konusu olmasa da tanık beyanı için yüzde yüz doğru nitelikli bir bilgi edinmenin mümkün olmayacağı kabul edilmektedir. Çünkü *Feyzioğlu’na* göre kusur, tanığın beyanında mutlak surette vardır. Bu nedenle de yargılama makamının tanık beyanına ilişkin karşılaştığı en büyük zorlulardan biri beyanda yer alan yanlışları ve doğruları ayıklayabilmektir.²⁰⁹ Yalan tanıklıkta ise tanığın gerçeğe uyuşmayan ve kasti bir şekilde

²⁰⁴ Canpolat; s.549.

²⁰⁵ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.400-401.

²⁰⁶ Şahin/ Göktürk; s.417.

²⁰⁷ Şahin/ Göktürk; s.418.

²⁰⁸ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.394-395.

²⁰⁹ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.390.

söylediği bir yalan durumu bulunmaktadır. Bu noktada tanığın verdiği ifade, diğer tanıkların ifadesi ile karşılaştırılacak, bir çelişki varsa bu çelişkinin giderilmesine yönelik sorular sorulacaktır.²¹⁰ Kasta dayalı bir şekilde vermiş olduğu bir beyan tespit edildiğinde ise TCK m.286’da yer alan “yalan tanıklık” suçu olduğu göz önünde bulundurularak işlem yapılacaktır.

Uygulamada tanık ve bilirkişi kavramlarının karıştırılması hususuna değinildiğinde ise her şeyden önce bilirkişiyi tanıktan ayıran en önemli özelliğin, ispat konusu olayın çözümünde belirli bir uzmanlık, özel veya teknik bilgiye sahip olması olduğu belirtilebilir. Ayrıca bilirkişinin diğer bir özelliği hâkim, mahkeme veya savcı tarafından görevlendirilmesi ve tarafsız olma zorunluluğudur.²¹¹ Bununla birlikte bilirkişi olarak atanması mümkün bulunmayan fakat uzmanlığı veya teknik bilgisi sayesinde olaya ilişkin beyanda bulunup bilgisini duruşmada ortaya koyan kimse bilirkişilik statüsünde değil tanıklık statüsünde olarak kabul edilmektedir. Çünkü bu kimsenin, elde etmiş olduğu gözlemlerini bilirkişi sıfatıyla değil tanık sıfatıyla yaptığı kabul edilmektedir. Öğretide, “tanık bilirkişi” olarak ifade edilen bu kimseler olaya ilişkin gözlemlerini ve beyanlarını aktaracağı için tanık olarak, özel bilgisiyle bir değerlendirme ve sonuç çıkaracağı için de bilirkişi olarak kabul edilmektedir. Böyle bir durumda ise yargılama sürecinin her anında bilirkişi seçme ve atama imkanı bulunduğu halde her aşamada tanıklığa başvuru imkanı bulunamayacağından bu kişinin tanık sıfatıyla dinlenmesi ve tanıklığa ilişkin usul ve kurallara tabi olması gerektiği ifade edilmektedir.²¹²

Ayrıca kendi uzmanlık alanı ile ilgili edinmiş olduğu bilgiyi veren kişi de “tanık bilirkişi” olarak ifade edilmektedir. Söz konusu bu duruma ilişkin ise Kanun’da açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte tanıklara ilişkin düzenlemede yer alan hükümlerin bu kişilere de uygulanacağı kabul edilmektedir. Örneğin, bir doktorun muayene ettiği hastaya dair vermiş olduğu bilgiler tanık bilirkişinin beyanı olarak kabul edilecektir.

²¹⁰ Şahin/ Göktürk; s.419; Tanığın yükümlülükleri ve yetkileri hakkında detaylı bilgi için bkz; s.419-436.

²¹¹ Kaymakcı, Süleyman; Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, İstanbul-2014, s.13.; “CMK’nın 22. maddesinin 1. fıkrasının (h) bendi uyarınca bir davada tanık sıfatıyla dinlenmiş olan hâkim, bu davada hâkim olarak görev yapamayacağı gibi, bir davada tanık olarak dinlenen kişi de aynı davada bilirkişilik yapamayacaktır. Tüm bu düzenlemeler karşısında, mahkemece 10.02.2004 tarihli duruşmada tanık olarak dinlenen ...’nın aynı davada bilirkişi sıfatıyla verdiği raporu hükme dayanak yapılarak CMK’nın 69. ve 22. maddelerine aykırı davranılması, bozma sebebidir.” (Yargıtay; 2.CD. E.2009/38439, K.2010/1152, T.25.1.2010, UYAP, Erişim Tarihi:12.07.2023.)

²¹² Kaymakcı, s.19.

Fakat tanıklık ve bilirkişiliğin aynı kişide toplanmış olduğu bu gibi durumlarda kişinin bilirkişi olarak değil tanık olarak dinlenmesi gerekmektedir.²¹³ Burada bilirkişinin reddedilmesinin sebebi olaya tanık olmuş olması değil, yapılan yargılamada aynı olaya ilişkin tanık olarak dinlenilmesi ve beyanının alınmasıdır.²¹⁴ Bu durumda da CMK'nin 62.inci maddesi gereği tanıklara ilişkin olan hükümler bilirkişiler açısından da uygulanabilecektir.²¹⁵

CMK 63.maddesinde yer alan düzenleme gereği, hâkimin reddi sebepleri bilirkişiler bakımından da geçerlidir. Bundan kaynaklı olarak hâkimin duruşmada tanıklık etmesinin ret sebebi sayılması hususu, bilirkişinin tanıklığı ret sebebi olarak da kabul edilmektedir.²¹⁶ CMUK m.67/2'ye göre, tanıklık bilirkişiliğe engel olarak kabul edilmemekteydi. Bir diğer deyişle tanık olarak dinlenecek bir kişinin aynı davada bilirkişi olarak görev yapması mümkündü. Fakat yeni ceza muhakemesi kanununda hem 69/1 hem de 22.maddelerinde, tanık olacak ve tanık sıfatıyla beyanda bulunacak kişinin bilirkişi olarak oy ve görüş bildirmesine müsaade edilmemektedir. Bu düzenleme ile kanun koyucunun asıl amacının bilirkişinin tarafsızlığının sağlanabilmesi olduğu ifade edilmektedir.²¹⁷ Bununla birlikte bilirkişinin önceden belirlenmiş bir kişi olma zorunluluğu bulunmadığından, tanık olarak dinlenecek bilirkişinin yerine bir başka kimsenin de bilirkişi sıfatıyla dinlenmesi ve görüşlerinin alınması mümkündür.²¹⁸ Bu bağlamda, tanığın yerinin doldurulamayacağı fakat bilirkişinin yerine bir başka bilirkişinin atanabileceği ve görüş bildirebileceği kabul edilmektedir.²¹⁹

²¹³ Öztürk; s.209; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.293.

²¹⁴ Yılmaz, Zeynep; Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s.68.

²¹⁵ Karaburun, Gökhan; Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları. *Adli Tıp Bülteni*, 22(3), 200-207, s.204.

²¹⁶ Yılmaz, Zeynep; s.68.

²¹⁷ Yokuş Sevik, Handan; "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 64(1), 49-107.2006, s.74-75.

²¹⁸ Sevik; s.50.

²¹⁹ Karaburun; s.204; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.308; Öztürk; s.231.Yargıtay 2 Ceza Dairesinin vermiş olduğu bir karara göre de "...mahkemece 10.2.2004 tarihli duruşmada tanık olarak dinlenen M... E... S...'ın aynı davada bilirkişi sıfatıyla verdiği 20.03.2004 tarihli raporu hükme dayanak yapılarak TCK'nın 69 ve 22.maddelerine aykırı davranılması" bozma nedeni sayılmış bu bağlamda aynı davada tanıklık ve bilirkişiliğin aynı kişide toplanması reddedilmiştir..." (Yargıtay; 2CD., E.2009/38439, K.2010/1152, T.25.01.2010, UYAP, Erişim Tarihi:16.07.2023)

Savcının yardımcısı konumunda olan kolluğun ise olaya ilişkin objektif olarak hem lehe hem de aleyhe delilleri toplaması gerekli olmakla birlikte kolluğun yapılan soruşturmaya ilişkin tanık olarak dinlenip dinlenilmeyeceği hususu öğretide tartışılmalıdır.²²⁰ Bu noktada *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır*, kolluğun kovuşturma sırasında tanık olarak dinlenemeyeceğini belirtmektedir. *Öztürk* de kolluğun soruşturmada almış olduğu ifadeleri aktarması şeklinde bir tanıklık olmayacağını sadece bir bilgi alma durumu olacağını belirtmektedir.²²¹ Bununla birlikte uygulamada genel kanı, kolluğun yaptığı işlemler noktasında tanık olarak dinlenilmesi şeklindedir.²²² Bununla birlikte kolluğun soruşturma kapsamı içerisinde olay yerine giderek orada bulunan kişilerin bilgisine başvurması durumu tanıklık olarak ifade edilmeyecektir. Bu durum ise PYSK 15.maddesi gereği “bilgi alma” olarak kabul edilecektir.²²³

Tüm bunlara ek olarak, tanıklık kamu hukukunun gerektirdiği toplumsal bir ödev ve görev olarak da kabul edilmektedir. Bu anlamda toplumun menfaatinin de bir gereği olarak da görüldüğünden herkes tanıklık yapmakla yükümlüdür.²²⁴ Bununla birlikte *Öztürk’e* göre şüpheli veya sanık, tanık olamaz. Çünkü bu iki rol birbiriyle uyuşmamaktadır. Sanığın doğruyu söyleme yükümlülüğü olduğu kadar tanığın böyle bir yükümlülüğü söz konusu değildir. Bundan farklı olarak, suç ortaklarının iştirak halinde işlenen suçlarda birbiri hakkında tanıklığı kabul edilmekte fakat bununla birlikte tanıklığın kendi aleyhine olması durumunda suç ortaklarının da çekilme hakkı olduğu belirtilmektedir. (madde 48)²²⁵ Ayrıca bu bağlamda, şüpheli/sanık dışında suç ortaklarının da tanık olarak dinlenebilmesi, yeminsiz olarak dinlenilmesine bağlıdır. Buna göre CMK 50.maddesinde “yemin verilmeyen tanıklar”²²⁶ başlığı altında suç ortaklarının

²²⁰ Tanıklığın tüm görevlere üstünlüğü söz konusu olduğundan müdafî veya vekilin tanıklığı da söz konusu olabilecektir. TCK madde 6’ya göre ‘kamu görevlisi’ sayılan bu kişiler hâkim /savcılar gibi değerlendirilecek, bu noktada tanıklık görevi kendi görevlerinde önce gelecektir. Bununla birlikte bu kişilerin çekilme hakkının söz konusu olabilmesi bakımından bkz. *Öztürk*; s.210; *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.294.

²²¹ *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.294; *Öztürk*; s.211; Tanıklıktan çekilme hakkı ve tanığın çağırılması usulü hakkında detaylı bilgi için bkz. s.211- 230.

²²² *Öztürk*; s.210; *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.294.

²²³ *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.295; PYSK: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu 2559 sayılı.

²²⁴ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.400, s.404.

²²⁵ *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.294; *Öztürk*; s.210-211.

²²⁶ CMK 50.maddeye göre; “Aşağıdaki kimseler yeminsiz dinlenir: a) Dinlenme sırasında onbeş yaşını doldurmamış olanlar. b) Ayırt etme gücüne sahip olmamaları nedeniyle yeminin niteliği ve önemini kavrayamayanlar. c) Soruşturma veya kovuşturma konusu suçlara iştiraktan veya bu suçlar nedeniyle

da belirtilmiş olmasından dolayı, bu kişiler ancak yeminsiz şekilde dinlenilirse tanık olarak kabul edilecek aksi durumda yeminle dinlenildiği takdirde bu durum bozma sebebi olarak kabul edilmektedir.²²⁷

Mahkemenin alınan tanık beyanlarını değerlendirilmesine bakıldığında ise her şeyden önce tanığın kollukta veya savcılıkta alınmış beyanını değerlendirirken bu açıklamaların hâkim teminatında alınmadığını göz önünde bulundurması gerekmektedir. Bunun nedeni tanığın beyanının tutulan tutanaklarda yer alandan farklı olabileceği olgusudur. Hakeza tanığın duruşu, ses tonu veya mimikleri de tutanaklardan anlaşılan hususlar değildir.²²⁸ Doğrudan doğruyalık ilkesinin bu anlamda bir istisnasının naip hâkim veya istinabe olunan mahkeme tarafından alınmış tanık beyanı olduğu belirtilmektedir.²²⁹

Bu nedenlerle tanığın ifadesi mutlaka birebir alınmalı ve diğer delillerle ve delil araçlarıyla karşılaştırılarak desteklenmelidir. Yine benzeri bir şekilde sanığın mahkûmiyeti veya beraati noktasında tanığın bir menfaatinin olup olmaması veya tanığın sanıkla arasında bir dayanışma ve yakınlık durumunun bulunup bulunmaması da göz önünde bulundurulması gereken hususlardandır.²³⁰ Ayrıca tanığın soruşturmada alınmış bir beyanı var ise mahkemede bunun okunması, tanığın vermiş olduğu son beyanlarıyla karşılaştırılması ve çelişki varsa bunun giderilmesi gereklidir.²³¹

suçluyu kayırmaktan ya da suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirmekten şüpheli, sanık veya hükümlü olanlar.”

²²⁷ Öztürk; s.230. “...Kanun'un 50. maddesinin 1. fıkrasının (c) bendi uyarınca yeminsiz dinlenmesi gerekirken yemin verdirilerek dinlenilmesi sureti ile "delil elde etme yasağına" aykırı delil elde edildiğinin anlaşılması karşısında, tanık ...'in 5271 sayılı CMK'nun 48. ve 50. maddelerinde düzenlenen usul hükümlerine uygun olarak tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmak suretiyle ve yeminsiz olarak tanık sıfatıyla yeniden beyanı alındıktan sonra sanık ...'nin hukuki durumunun tayini gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş...” (Yargıtay, 17.CD.; E.2019/2863, K.2019/13326, T. 30/10/2019, UYAP, Erişim Tarihi:12.07.2023); “...Dava konusu suç nedeniyle haklarında soruşturma yapılarak şüpheli olarak beyanları alınan N.. Y., C.. G., B.. K. ve S.. K.'nin yemin verilmeden dinlenilmeleri gerektiği gözetilmeden 5271 sayılı CMK'nın 50/1-c maddesine aykırı davranılması, Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu nedenle yerinde görülmüş olduğundan...BOZULMASINA...”, (Yargıtay, 5.CD; E.2013/9420, K.2015/15091, T. 15/10/2015, UYAP, Erişim Tarihi:12.07.2023).

²²⁸ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.386-392.

²²⁹ Özen; s.112.

²³⁰ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.386-392.

²³¹ Feyzioğlu; Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, s.400, s.404.

1.2.4.1.3.Diğer kişilerin beyanı

Beyan delilleri şüpheli, sanık, mağdur, suçtan zarar gören, katılan veya bunlar dışında bulunan üçüncü kişilere ait suça konu olayla ilgili mahkeme veya savcılık huzurunda yapılan sözlü nitelikteki açıklamalardır. Bu deliller, niteliği gereği kaynağı insan olan ve bu nedenle de hata ve yanılma payı diğer delil türlerine göre daha yüksek olan deliller olarak kabul edilmektedir.²³²

Şüpheli, sanık veya tanık dışındaki kişilerin beyanı; üçüncü bir kategoride incelendiğinde bu kişilerin soruşturma aşamasında ‘bilgi sahibi’ veya ‘ifade sahibi’ olarak kolluğa vermiş oldukları beyanı ifade etmektedir. Kanun’da şüpheli/sanığın veya tanığın bilgilerinin ne şekilde alınacağına ilişkin düzenlemeler bulunmakla birlikte bunlar dışında kalan diğer üçüncü kişilerin beyanı hakkında herhangi bir düzenleme söz konusu değildir. Bununla birlikte mağdur, kanuni düzenlemede tanık olarak kabul edilmediği halde Kanun’da yer alan tanıklığa ilişkin düzenlemelerin mağdurlar hakkında da uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu durumda tanıklıktan farklı olarak yemin hariç diğer usul ve işlemler mağdurlar hakkında da uygulanacaktır. (madde 236)²³³

Yine tüm bunlara ek olarak mağdur, müşteki veya bilirkişi gibi olayla ilgisi olan kimselerin tanıklık yapmaları için kovuşturma aşamasında iken mahkeme önünde yapmaları, soruşturma aşamasında yapılmış bir beyan varsa da bunun da ayrıca mahkeme önünde okunması ve değerlendirilmesi gerekmektedir.²³⁴ Bununla birlikte mağdur terimi, Arapça kökenli olan bir kavram olmakla birlikte, Arapça ’da “zulüm, merhametsizlik ve haksızlık” anlamlarına gelen “gadr” kelimesinden türemiştir. Hukuki açıdan da bu kavram haksızlığa uğramış veya bir fiilden kaynaklı zarar görmüş kimse olarak tanımlanmaktadır.²³⁵

Ceza hukuku anlamında ise mağdur kavramını suçtan doğrudan doğruya zarar görmüş olan veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya bulunan kişi olarak tanımlayabiliriz. Bir kimsenin mağdur olarak tanımlanması için suç konusunun kendisine ait olması, kişilik haklarını veya mülkiyet hakkını ihlal etmiş olması ve bu ihlal neticesinde de bizzat zarar görmüş veya zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya olmuş

²³² Bozdağ/Sarıusta; s.583.

²³³ Şahin/ Göktürk; s.436; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.295; Ünver/ Hakeri; s.595.

²³⁴ Yüksektepe; s.17.

²³⁵ Bozdağ/Sarıusta; s.583.

olması gerekmektedir. Suçtan zarar gören kavramı ise mağdur kavramından daha geniş bir kapsamda tanımlamakla birlikte mağdurun zarara uğramasından kaynaklı olarak, maddi veya manevi çıkarları zedelenen kimse olarak tanımlanabilir. Bu nedenle de denilebilir ki her mağdur aynı zamanda suçtan zarar gören kişi konumunda iken tersi durum için aynısını söylemek söz konusu değildir. Mağdur beyanı, ceza hukuku bağlamında gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamalarında başvurulmuş ve beyan delili niteliğinde olan bir ispat vasıtasıdır.²³⁶

Bu bağlamda maddi gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında zorunluluk bulunduğu durumlarda mağdurun tanıklığına başvurulacaksa yalnızca bir defa dinlenmesi ve bu dinlenme sırasında gerekli uzman kişilerin bulundurulması zorunluluğu söz konusudur. Bununla birlikte zorunlu vekillik gerektiren bir durum varsa dinleme esnasında vekille birlikte mağdurun beyanda bulunması gerekmektedir. (CMK m.243-m.236) Mağdur beyanının doğruluk tarafsızlık bakımından değerlendirildiğinde ise gerçeği yansıtm ihtimalinin daha yüksek olduğu belirtilmektedir. Bunun en büyük sebebi ise şüpheli veya sanık ile bulunan bir menfaat çatışmasında bizzat maddi vakianın etkisi altında olması gibi durumların mağdur beyanının doğruluğunu sarsan hususlar olduğu kabulüdür.²³⁷

Yargıtay'ın bu hususta vermiş olduğu kararlarda ise mağdur beyanının delil niteliğindeki değeri noktasında bir değerlendirme yapılırken mutlaka mağdurun, ruh sağlığı, yaşı, kişiliği ile ilgili bilgilerinin ve fail ile olan ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerekliliğinden bahsedilmektedir.²³⁸ Bu nedenle mağdur beyanı noktasında yanıltıcı olabilmesinden kaynaklı olarak diğer delillerle desteklenmeleri gerektiği belirtilmektedir. Bunun yanı sıra ceza yargılamasında mağdur beyanı ile sanık veya şüphelinin vermiş olduğu beyanlar arasında bir hiyerarşi söz konusu olmamakla birlikte, birbiriyle çeliştiği takdirde diğer delillerle desteklenebilir olmasına ve kendi içinde çelişip çelişmediğine mutlaka bakılması gerektiği belirtilmektedir.²³⁹ Buna ek olarak, suçtan zarar gören kişilerin tanıklık yapacağı durumlarda ise değerlendirmenin hassas bir şekilde yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Çünkü söz konusu kişiler

²³⁶ Bozdağ/Sarıusta; s.584-585.

²³⁷ Bozdağ/Sarıusta; s.587-588.

²³⁸ Yargıtay, CGK; E. 1991/5-75, K. 1991/103, T.01.04.1999; Yargıtay, CGK; E. 2013/14-326, K. 2013/46, T. 19.11.2013. Yargıtay, CGK; E. 2010/5-147, K. 2010/200, T. 19.10.2010. Yargıtay, 5. CD; E. 2008/336, K. 2008/3004, T. 01.04.2008, UYAP, Erişim Tarihi:18.07.2023.

²³⁹ Bozdağ/Sarıusta; s.588-589.

olayın tarafı konumundadır. Bu kişilerin katılan sıfatını almış olması da bu durumu değiştirmemektedir.²⁴⁰

1.2.4.2. Belge delili

Somut olarak bir olayı temsil kabiliyeti olan, insan eliyle ortaya çıkarılan ispat aracına “belge” denir. Bu bir fotokopi olabileceği gibi belgenin belgesi de belge delilini oluşturabilmektedir.²⁴¹ Özen ise belgeyi insanın ceza soruşturmasıyla ilgili olan sözlü açıklamalarının yazıya dökülmüş şekli olarak ifade etmiş ve bu delilin alınan bir beyan deliline oranla ispat noktasında daha güçlü olacağını belirtmiştir. Yine belgenin aslından ziyade suretinin veya fotokopisinin de onaylanması ile belge delili olabileceğini belirtmektedir.²⁴²

Yargılamaya konu olan olay hakkında delil niteliği taşıyabilecek herhangi bir yazılı açıklama, belge olarak kabul edilmektedir.²⁴³ Fakat belgelerin belirli özellikleri taşıması gerekir. Bu özellikler, olayla ilgili olması, hukuka aykırı olmaması ve içeriğinin delil niteliğinde olması şeklindedir. Bu kapsamda irade açıklaması şeklinde olmayan bir nesne, olgu, işaret belge niteliğinde olmayacaktır. Ayrıca belgeler, resmi veya özel olarak

²⁴⁰ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.308; Öztürk; s.231.

²⁴¹ Şahin/ Göktürk; s.437.

²⁴² Özen, s.299-300.

²⁴³ “...belge, yerleşik Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği üzere; “hukuki bir hüküm ifade eden, bir hakkın doğumuna, bir olayın kanıtlanmasına yarayan yazılar”dan oluşur. Belgenin oluşması için, bu yazıların “kağıt” üzerine yazılması ile başka bir “eşya” üzerine (örneğin ağaç, metal levha, araba vs.) yazılması arasında fark bulunmamaktadır...” (Yargıtay; 21.CD., E.2015/5542, K.2016/56, UYAP, Erişim Tarihi:17.07.2023.); Bir başka kararda ise “...belgenin, taşınabilen bir şey üzerine yazılıp da hukuki hüküm ifade eden bir olayı kanıtlamaya yarayan yazı olduğu, 5237 sayılı TCK’nun 204. maddesinin gerekçesinde de belirtildiği üzere, belgenin varlığının kabulü için yazılı kağıdın bulunmasının zorunlu olmadığı, bir metal levha üzerine yazı yazılması halinde de diğer unsurların varlığı durumunda, belgeden söz edilebileceği...” ifade edilmiştir. (Yargıtay; 21.CD. E.2015/1679, K.2015/2637, UYAP, Erişim Tarihi:17.07.2023.), “Özel belge: Kamu görevlisinin görevi nedeniyle düzenledikleri dışında kalan, resmi belgeden sayılmayan, resmi bir işlem nedeniyle düzenlenmiş olmayan, ancak; doğrudan hukuken hüküm, sonuç meydana getiren, bir hakkın doğmasına veya kanıtlanmasına yarayan yazıdır. Resmi belge kapsamına girmeyen tüm belgeler özel belge olarak nitelendirilir. Örneğin, taraflar arasında düzenlenen kira sözleşmeleri de bu tür bir belgedir. Resmi belgede sahtecilik suçu belgenin düzenlenmesiyle olduğu halde özel belgede sahtecilik suçunun oluşması için özel belgenin kullanılması gerekir. İrادی bir hareket olan kullanma suçun unsurudur. TCK.nun 207. maddesinin gerekçesinde de “...düzenlenen sahte belgenin kullanılması gerekir” denilerek bu husus vurgulanmıştır. Özel belgeler resmi belgeler kadar olmasa da kanıt niteliği taşımaları ve hukuki sonuç doğurmaları nedeniyle hukuki işlemlerde güven duyulması gereken ve bu nedenle korumaya değer belgelerdir. Özel belgelerde sahtecilik suçuyla korunan yarar resmi belgede sahtecilik suçundan olduğu gibi kamu güvenidir. Sahte özel belge kullanıldığı anda kamu güveni sarsılmaktadır...” (Yargıtay; 11.CD., E.2014/6910, K.2014/6278, UYAP, Erişim Tarihi:17.07.2023)

ikiye ayrılmaktadır. Bu bağlamda, belgenin kamu görevlisi tarafından düzenlenmiş olması durumunda resmi belgelerden söz edilebilecek bunun dışında belgenin ne şekilde kim tarafından yazıldığıнын veya orijinal olup olmadığının bir önemi söz konusu olmayacaktır.²⁴⁴

Belgeler yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olarak üçe ayrılmaktadır.²⁴⁵ Öğretide “yazılı belgeler”, olaya ilişkin olan ve yazıya dökülmüş bulunan resmi veya özel olarak düzenlenen yazılı nüshalar olarak kabul edilmektedir. Yaşanan olayı şekille temsil edebilen şeklin kullanıldığı belgeler ise “şekil tespit eden belgeler” şeklinde tanımlanabilecektir. Buna örnek ise kroki veya fotoğraf verilebilir. Bununla birlikte “ses tespit eden belgeler” ise olaya ilişkin var olan bir ses kaydını veya kaset kaydını ifade eder.²⁴⁶

Belgeler sadece yazılı şekilde değildir. Önemli olan belgenin okunabilir bir içeriğe sahip olmasıdır. Bu özelliği taşımayan bir belge evrak bile olsa ispatta kullanılamayacaktır. Fakat bununla birlikte maddi ceza hukukundan farklı olarak belgenin kim tarafından veya ne zaman düzenlendiğinin herhangi bir önemi yoktur. Belgenin fiziki yapısından ziyade içeriği ispat bakımından önemlidir. Bu nedenle mahkemenin kendi eliyle ulaştığı veya tarafların duruşmaya getirerek sundukları belgeler mutlaka değerlendirilecektir.²⁴⁷ Bu bağlamda bir olaya ilişkin bilgi aktarımı niteliğinde olan ve beyan deliline oranla sahtelik içermeyen, şekli itibariyle de güvenilir olan belge delili, ispat bakımından daha güvenilir olarak kabul edilmektedir. Bunun sebebi, belgenin olaya ilişkin olarak olayın gerçekleştiği anda hazırlanmış olmasıdır. Ayrıca belgenin kimin elinden düzenlendiği, resmi olarak mı yoksa özel olarak mı düzenlenmiş olduğu da ispat açısından önem taşımaktadır.²⁴⁸

Bunun yanında ses, görüntü veya şekil içeren belgelerde ispatta kullanılabilir. Nitekim bir kroki, video veya fotoğraf belge olarak değerlendirilebilecektir. Usulüne uygun bir şekilde elde edilmiş bu kayıtların yine usulüne uygun şekilde mahkemede de

²⁴⁴ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.308-309; CMK 209.madde ve devamında “belgeler okumak suretiyle yargılamaya dahil edilir” ifadesi yer almaktadır. Öztürk; s.231.

²⁴⁵ Şahin/ Göktürk; s.413; Ünver/ Hakeri; s.596. Özen ise bu ayrıma katılmakla birlikte, ses ve görüntü tespit eden belgeleri ayrı bir ana başlıkta incelemiştir, Özen; s.300.

²⁴⁶ Ünver/ Hakeri; s.596.

²⁴⁷ Ünver/ Hakeri; s.595.

²⁴⁸ Şahin/ Göktürk; s.437.

ortaya konulması gerekmektedir. Yargıtay'ın konuya ilişkin vermiş olduğu kararlara bakıldığında ise bu kayıtların hukuka uygun şekilde elde edilmediği durumlarda güvenilirliğinin söz konusu olmayacağı ve bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte öğretide, bu delillerin usulüne uygun elde edilse de tek başına mahkûmiyete yeterli olmadığı ve diğer delillerle desteklenmesi gerektiğini ifade eden görüşler de bulunmaktadır.²⁴⁹

Özen, ses ve görüntü kaydeden araçların tespit edilmesi ve belgeye dökülmesi durumunda belge delili olarak değerlendirileceğini belirtmektedir. Bununla birlikte dinleme veya görülme ile çözülecek ve tespit edilecek belgeleri de keşfe konu belirti delilleri olarak ifade etmiştir. Hukuka aykırı şekilde elde edilmesi durumunda ise net bir şekilde delil yasağı kapsamında kalacağını ve kullanılamayacağını ifade etmektedir.²⁵⁰ Bununla birlikte soruşturma konusuyla ilgili olan ve ispat noktasında kullanılabilir olan senet, fotoğraf, çizim, kroki veya elektronik veriler de belge olarak değerlendirilebilecektir. Burada önemli olan olayla ilgisinin bulunması ve bir nesne üzerine aktırılmış olmasıdır.²⁵¹

Yargılama sırasında ortaya çıkan tutanaklar da yazılı belge olarak kabul edilmektedir. Bu bağlamda kişilerin duruşmada verdikleri ve tutanağa geçirilen beyanları belge delili olarak kabul edilecektir.²⁵² Bununla birlikte, bazı belgelerin ispat gücü kanuni karinelerle belirtilmiştir. Buna en büyük örnek ise duruşma tutanakları olarak verilebilir. Buna göre sahteliği ispat olunana kadar duruşma tutanaklarının aksi ileri sürülemez, gerçek olduğu kabul edilir. Burada tutanağın içeriğinin tartışılması kabul edilmeyerek, karinenin yürütülebilmesi için tek yöntemin belgenin sahte olup olmadığının ispat edilmesi olduğu belirtilmiştir. Bu bağlamda sahteliği ispat edilene kadar da duruşmanın ne şekilde yapıldığının ispatı ancak tutanakla mümkün olacaktır. Buradaki önemli olan husus ise tutanağın ispat gücünün duruşmanın içeriğinin o şekilde yapıldığına ilişkin

²⁴⁹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.312-313.

²⁵⁰ Özen; s.303-304.

²⁵¹ Yüksektepe; s.17.

²⁵² Sanık veya mağdura ait olan ve kişisel veri niteliğinde bulunan verilerin bulunduğu belgeler tarafların istemesi halinde kapalı oturumda okunabilecektir; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.310.

olması durumudur. Yoksa maddi olayın ispatına ilişkin herhangi bir sınırlama içermemektedir.²⁵³

Sahteliğinin ispat edilmesi durumunda ise bu deliller ispat geçerliliğini yitirecektir. Bazı deliller noktasında ise aksi ispatlanana kadar gerçek olduğu kabulü söz konusudur. Bu tip belgelerin ise gerçeği ifade edip etmedikleri her şekilde ispat edilebilmektedir. Bir diğer ifadeyle karineye tabi olmayan herhangi bir yazılı belge niteliği söz konusudur ve diğer delillerle aynı ispat gücüne sahip olarak yorumlanacaktır. Orman Kanunu 82.maddesine göre, orman memurlarının düzenlediği belgeler bu şekilde kabul edilmektedir.²⁵⁴ Bununla birlikte delilin bir karineye dayalı olması, delilin mutlak doğruluğu anlamını taşımamaktadır. Çünkü delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi gereği, hâkim bu belgeleri de takdir edecek ve değerlendirecektir.²⁵⁵

Yazılı belgeler dışında, bir şekli veya görüntüyü içeren belgelerin ise sahteliğinin yazılı belgelere oranla her zaman ileri sürülebileceği belirtilmektedir. Çünkü bu tarz belgelerin tek başına delil olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu öğretide tartışılmalıdır. Bununla birlikte *Şahin/Göktürk*'e göre bu tartışma, aslında tüm delillere yönelik var olan bir durumdur. Bu kapsamda söz konusu bu belgelerin delil niteliği, delillerin serbestliği ilkesine göre yorumlanacak, hukuka aykırı olmadığı sürece ses veya görüntü içeren bir belge de delil olarak değerlendirilebilecektir. Fakat bununla birlikte yazara göre bunların delil olarak kabul edilmesi ile tek başına mahkûmiyete esas alınması farklı şeyler olup bu noktada ayrıca bir değerlendirmeye gidilecektir.²⁵⁶ Birden fazla belgenin olması durumunda ise aralarında çelişki söz konusuysa bu belgelerin duruşmada okunması ve çelişkinin giderilmesi gerekmektedir.²⁵⁷

CMK 222.maddesine göre duruşma ancak tutanakla ispat edilebilir. Bu noktada duruşma tutanaklarının ispat gücü diğer belgelere oranla daha fazladır.²⁵⁸ CMK m.214'e

²⁵³ Centel/Zafer; s. 233.

²⁵⁴ Özen; s.301; Şahin/ Göktürk; s.438.

²⁵⁵ Özen; s.302.

²⁵⁶ Kanun'da bu delillerin okunmasından bahsedilmiş olmakla birlikte, sözcük anlamı olan okuma değil ortaya konulması, dinlenme yapılması veya izlenmesi şeklinde değerlendirilmeye alınması ifade edilmektedir. Şahin/ Göktürk; s.439.

²⁵⁷ Öztürk; s.232. CMK m.212, Tanığın bir bilgi veya beyanı hatırlayamadığını belirtmesi durumunda ilgili kısım kendisine okunarak hatırlanması sağlanacaktır. Ayrıca çelişki söz konusuysa bu çelişkinin ortadan kaldırılması gerekliliği bulunmaktadır, s.233.

²⁵⁸ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.309; Öztürk; s.233.

göre resmi bir belge veya rapor söz konusu ise bunların duruşmada okunması zorunludur. Ayrıca gerektiği takdirde bu belge ve raporları düzenleyen kişilerin de duruşmaya çağrılarak dinlenmesi gerekmektedir. Bu kişilerin çağrılıp dinlenilmemesi eksik inceleme olarak bozma sebebi kabul edilmektedir.²⁵⁹

1.2.4.3.Belirti delili

Bir olayla ilgili olan ve olayın ispatlanmasında etkili olabilecek herhangi bir iz veya olguya belirti denir.²⁶⁰ Belirti, gerçekleşen bir olaydan geriye kalan iz, eser veya emare olarak ifade edilebilir. Beyan ve belge delillerinin yanı sıra belirti delilleri olayı, doğrudan temsil etme ve hatta olay dışındaki başka hususlara ilişkin de ispat kabiliyeti olan delillerdir.²⁶¹ *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır* ve *Özen* ise tanımlamayı benzeri şekilde kabul ettikleri halde belirti delilinin ‘dolaylı olarak’ temsil kabiliyeti olduğunu ifade etmektedir.²⁶² Bu deliller, kişilerin iradesi dışında tabii nitelikte olup onların farkındalığı olmadan ortaya çıkan delillerdir. Bu nedenle tanık beyanlarına nazaran bu deliller daha güvenilir kabul edilmektedir. Fakat bunun yanında bu delillerin olaya ilişkin bir kısım bilgileri yansıttığı bu nedenle de başka delillerle desteklenmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁶³

Elektronik yapıdaki delillerin ise elde edildiği ortama, elde ediliş biçimine veya meydana gelmiş olan somut olayı ispatlama gücüne göre kimi zaman belge kimi zaman da belirti delili olarak kabul edildiği belirtilmektedir.²⁶⁴ Buna ek olarak doğrudan doğruya olayı temsil etmediği durumlarda kriminal bir inceleme²⁶⁵ ile “bilimsel delil” olarak kabul edilebileceği de ifade edilmektedir. Fakat böyle bir durum söz konusu olduğunda bu delillerin başka delillerle desteklenmesi gerektiği de kabul edilmektedir. Örneğin, elde

²⁵⁹ *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.311.

²⁶⁰ *Öztürk*; s.236.

²⁶¹ *Şahin/ Göktürk*; s.440.

²⁶² *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.313; Yazar bu delilleri de ‘doğal ve yapay belirti’ delili olarak ikiye ayırmaktadır, *Özen*; s.302.

²⁶³ *Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır*; s.313; *Ünver/ Hakeri*; s.597.

²⁶⁴ Konuya ilişkin örnek Yargıtay kararları için bakınız, Yargıtay, 11.HD; E. 2007/6429, K. 2008/8326, T.23.06.2008, UYAP, Erişim Tarihi:12.07.2023. *Karabulut/ Karapazarlıoğlu/ Tosun*; s.401.

²⁶⁵ “Kriminalistik” biliminin amacı işlenmiş olan bir suçun aydınlatılmasını sağlamak ve bunu yaparken özellikle fizik, kimya veya biyoloji gibi bilim dallarında yer alan teknik ve usulleri kullanmaktır, *Gökçen/Çakır*; s.2919.

edilmiş olan bir parmak izi tek başına olayı ispat kabiliyetine sahip değildir. Bunun diğer delillerle desteklenerek hükme esas alınması durumu ortaya çıkarabilecektir.²⁶⁶

Delillerin serbestliği ilkesi gereği “belirtiler” delil olarak kabul edilmekte olup günümüz ceza yargılamasında geçmişe oranla ispat değerinin diğer delillerden daha yüksek olabileceğinden bahsedilmektedir.²⁶⁷ Bununla birlikte aksi yönde de görüşler söz konusu olup bu delillerin tek başına ispat gücünün bulunmadığını ifade eden yazarlar da vardır.²⁶⁸ Yine bu delillerin karara esas alınması noktasında başka delillerle desteklenmesi gerektiği de ifade edilmektedir. Örneğin, beden muayenesinden elde edilen bir veri veya olay yerinde bulunan araca ilişkin bir fren izi, belirti delili olarak kabul edilmekte ve ispata esas alınmaktadır.²⁶⁹

Ceza muhakemesi ile “bilimsel deliller” kabul edilmiş ve daha önce kabul edilen “sanıktan delile gidilmesi” ilkesi değiştirilerek “delilden sanığa gidilmesi” yöntemi kabul edilmiştir.²⁷⁰ Bilimsel delil kavramından anlaşılması gereken, konuya ilişkin olan bilim dalının getirdiği kurallara ve yöntemlere göre yapılacak incelemenin sonunda elde edilen verilerdir. Buna örnek olarak ise kişinin kan grubunun belirlenmesi verilebilir. Bu bağlamda bilimsel delillerin tamamıyla objektif nitelikte ortaya konulması, bu delilleri hâkimin değerlendirilmeyeceği anlamına gelmemektedir.²⁷¹ Fakat bununla birlikte, kasten öldürme suçu ile yargılanan sanığa ilişkin olarak ölen kişinin tırnakları arasında bulunan deri parçasını hâkim kolaylıkla reddedemeyecektir. Bilimsel delil de olsa mutlaka güvenilirliğini kontrol edecek ve bir şüphe bulduğu takdirde buna göre hüküm vermesi gerekecektir.²⁷²

²⁶⁶ Şahin/ Göktürk; s.440.

²⁶⁷ Öztürk; s.236.

²⁶⁸ Özen; s.303.

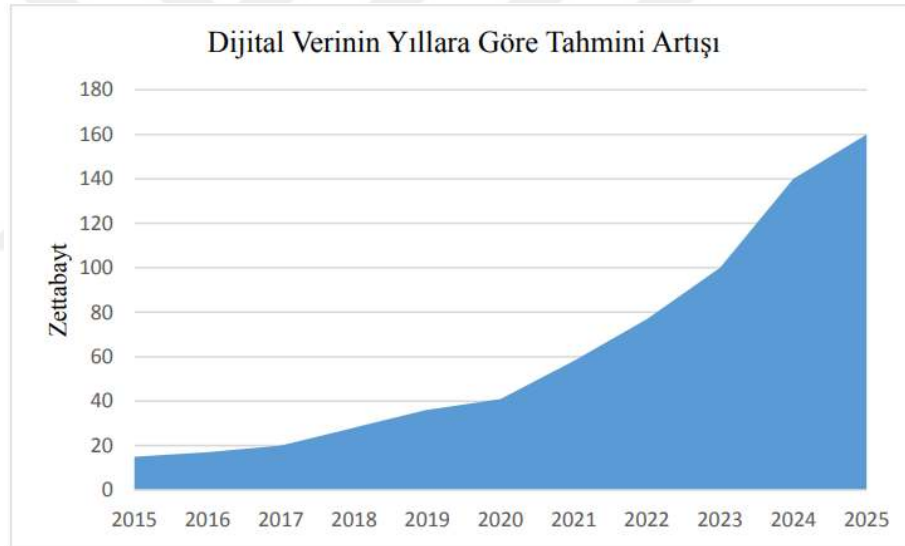
²⁶⁹ Kriminalistik inceleme ile elde edilen bir iz delil olarak ortaya konulabilmesi mümkün kabul edilmektedir, Öztürk; s.237.

²⁷⁰ Kriminalistik inceleme ile elde edilen bir iz delil olarak ortaya konulabilmesi mümkün kabul edilmektedir, Öztürk; s.237.

²⁷¹ Centel/Zafer; s.761.

²⁷² Gedik; s. 952-953.

Tüm bunlara ek olarak elektronik verilerin delil türleri bakımından da genel bir değerlendirme yapmanın konu bütünlüğünü yakalamak adına önemli olduğunu düşünüyoruz. Hayatın her alanında gittikçe yaygınlaşan bilişim teknolojileri, hukukun her alanına da etki etmiş olup onu değiştirip dönüştürmeye başlamıştır. Bunun bir sonucu olarak da Kanun’da yazılı bulunan bilişim suçları ortaya çıkmış ve bu kapsamda işlenen fiillerin cezalandırılması sağlanmaya çalışılmıştır.²⁷³ Bununla birlikte yeni suç tiplerinin bu şekilde ortaya çıkması, yeni delil türlerinin de ortaya çıkmasını sağlamış ve ilk zamanlarda bilişim suçlarının ispatı için yargılamada kullanılan elektronik deliller, zamanla diğer suç tiplerinin de aydınlatılmasında kullanılmaya başlanmıştır.²⁷⁴ Bu bağlamda konuya ilişkin olarak, dijital(elektronik) verinin 2015 yılından itibaren 2025’e kadar göstereceği artış şekil-1’deki gibi tespit edilmiştir.²⁷⁵ “Elektronik” kavramı, Elektronik İmza Kanunu’nda (EİK)²⁷⁶ “elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar” olarak tanımlanmaktadır.



Şekil 1: Elektronik Verinin 2015-2025 Arası Artış Grafiği

²⁷³ Türkiye’de 2004 yılında Ankara Emniyet Müdürlüğü’nün yapmış olduğu bir çalışmaya göre yıllar geçtikçe internet üzerinden gerçekleştirilen veya bilişim suçları olarak adlandırılan suç tiplerinde de bir artış gözlemlenmiştir. Bu çalışmada bu suç tipleri arasında en çok görülen suçlar, çocuk pornografisi, kredi kartının kullanılarak dolandırıcılık yapılması, bilişim sistemine izinsiz bir şekilde girilmesi ve telif haklarının ihlal edilmesi şeklinde belirtilmiştir. Uzunay, Yusuf/ Koçak, Mustafa; “Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller”, Akademik Bilişim Konferansı, Gaziantep, s.2; Say, Kubilay; Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuvarda İncelenmesi, Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2006, s.103.

²⁷⁴ Yüksektepe; s.22.

²⁷⁵ Boz Eravcı, Deniz; “Kurumların Dijital Dönüşümü: Büyük Veri”. Çalışma İlişkileri Dergisi. 11(1), 90-112, 2020, s.95.

²⁷⁶ Kanunun tamamı için bkz; <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5070.pdf> (Erişim Tarihi:10.06.2023)

Elektronik veriler ise bu kayıtların bir sonucu olarak gerek sistem tarafından gerekse kullanıcılar tarafından bilgisayar veya işletim sistemleriyle çalışan aygıtlar üzerinde oluşturulan veriler olarak ifade edilebilir. Bununla birlikte elektronik delil kavramı ise elektronik veri kavramından daha üst bir kavram olarak verilerin bir araya gelmesiyle oluşturduğu ve yargılamaya konu olayda ispat amacıyla kullanılabilen delillerdir.²⁷⁷

Elektronik kavramının Kanun’da, “elektronik, optik veya benzeri yollarla üretilen, taşınan veya saklanan kayıtlar” olarak tanımlanmış olması, kanun koyucunun hızla gelişen teknolojik gelişmeleri bir nevi takip ettiğinin de sonucunu yansıtmaktadır. Bu bağlamda tanımda, “benzeri yollarla üretilen” ifadesinin yer almış olması da bizi bu sonuca götürmektedir. Bununla birlikte elektronik veriler, mutlaka elektronik delil niteliğine sahip olmasa da bunun aksi durum her daim mümkündür. Çünkü her elektronik delil bir elektronik veriyle ilişkilidir.²⁷⁸

Gerek öğretilerde gerekse uygulamada elektronik bilgi, kayıt, veri veya belge kavramlarının iç içe geçmiş bir şekilde birbiri yerine kullanılmasıyla sıklıkla karşılaşmaktadır. Zira bu anlamıyla bu kavramların her biri aslında elektronik delillerin temelindeki özü yansıtmaktadır. Günlük hayatta sıklıkla yaşanan doktor ziyaretlerinden okul kaydına, alınan bir reçetenin doldurulmasından inşaat projelerinin ortaya konulmasına kadar neredeyse her işlem dijital ortamda yapılmakta veya dijital ortamla ilişkilendirilmektedir. Bu anlamıyla yapılan her bir işlem bir belge, ses veya video kaydıyla aslında bir elektronik delil ortaya çıkarmaktadır. Söz konusu bu deliller ise bir cihazla ortaya konulan, işlenen veya o cihazda depolanan ya da bir başka bilişim sistemine aktarılan en nihayetinde yargılamaya ilgili olan konuyla ilişkili bulunan analog cihaz çıktıları şeklindeki veriler olarak ifade edilmektedir.²⁷⁹ Tüm bunlarla birlikte konuya ilişkin detaylı açıklamalara ikinci bölümde yer verilecek olup bu bölüm kapsamında sadece elektronik veri kavramının tanımı ve işlevi üzerinde durmakla yetinilecektir.

²⁷⁷ Yüksektepe; s.22.

²⁷⁸ Futtu, Elif; Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği, 1.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s.97.

²⁷⁹ Futtu; s.97.

1.3. Delil Serbestisi İlkesi

Geçmişte yaşanan bir olayın yaşanıp yaşanmadığı, yaşanma biçimi, olaydaki kişilerin ve olayın gerçekleştiği şeklin ceza hukuku bakımından durumu, ispat sürecini anlatır. Diğer hukuk dallarından farklı olarak ceza hukukunda, suç gizlilik içerisinde işlendiğinden ve çoğu zaman ortaya çıkması engellendiğinden olayın aydınlatılmasında kullanılacak olan ispat araçları önceden var değildir.²⁸⁰ Bu şekilde geçmişte ve gizlilikte kalan bir olayın aydınlatılabilmesi ise ceza muhakemesinin amacıdır. Bu amaca ulaşılabilmesi için o olaya ilişkin bir aydınlatma, açıklama ancak ispat araçlarıyla yani delillerle mümkündür. Bu nedenle deliller, erişilmesi zor araçlar konumundadır. Elbette ki geçmişte yaşanan bir olayın ispatının bu şekilde delilsiz mümkün olmayacağını kabul ettiğimizde kanunun kabul ettiği şekliyle sınırlı bir delil ilkesinin olmaması, ispat noktasında bu durumu kolaylaştırmaktadır. Delil serbestisi ilkesi, bu anlamda bir olayın ispat edilebilmesi için her şeyin delil olarak kullanabileceğini ve her zaman ileri sürülebileceğini aynı zamanda yargılamayı yapan hâkimin de elde edilen delili vicdani kanaatine göre serbestçe değerlendirebilmesini ifade eder.²⁸¹

Her ne kadar ceza muhakemesi kanununda, delillere ilişkin net bir açıklık ve sınıflandırma bulunmamaktaysa da ispat anlamında önemi olan ve duruşmada ortaya konulan her şey delil olarak değerlendirilebilecektir. Esas amacın maddi gerçeğe ulaşmak olması da bu ilkeyi zorunlu kılmaktadır. Hâkim bu ilke ile hem delilleri elde etme noktasında hem de onları değerlendirme noktasında takdir yetkisine sahiptir. Fakat bu yetki, sınırsız değildir. Çünkü bu ilke, duruşmada ortaya konulan delillere ilişkin bir serbestlik tanıyarak yargılama makamının kanaatinin keyfiliğe dayanmadığı, tarafların bilgisine ve tartışmasına dayandığını belirtir.²⁸² Buna ek olarak, CMK 217/1.maddesinde yer alan hükme baktığımızda da hâkime tanınan delil serbestliğinin keyfiliğe dayanmadığını belirtebiliriz. Her şeyden önce bu serbestliğin sınırını Anayasa'da kabul edilen 'hukuk devleti' ilkesi ve 'adil yargılanma' hakkı oluşturmaktadır.²⁸³ Ayrıca yine

²⁸⁰ Şahin/ Göktürk; s.409.

²⁸¹ Şahin/ Göktürk; s.410.

²⁸² Şahin/ Göktürk; s.411.

²⁸³ Zoğlar; s.76; Boga; s.7.

bu ilkeye getirilmiş bir sınırlama niteliğinde duruşmanın nasıl yapıldığının ispatı olarak CMK 222.maddesinde sadece duruşma tutanağının esas alınacağı belirtilmiştir.²⁸⁴

Medeni yargılama usulünde kabul edilen kanuni delil sisteminden farklı olarak ceza yargılamasında, deliller Kanun’da açıkça belirtilmiş değildir. Bu bağlamda her şeyin delil olması mümkündür.²⁸⁵ Buna göre hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi, hâkimin delillerle bağlı olmadığını kendi kanaatine bağlı bir durum olduğunu belirtmektedir.²⁸⁶ Bu, günümüz ceza yargılamasında kabul edilen vicdani delil sisteminin de en belirgin özelliği olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda ceza muhakemesinin esas amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacının da bu sistem kapsamında kabul edilen delil serbestliği ilkesiyle mümkün olabileceği kabul edilmektedir.²⁸⁷

Bununla birlikte söz konusu ilkeyi iki şekilde açıklamak mümkündür. Öncelikle hukuka uygun şekilde elde edilen her şey delil olabilirken ikinci durumda ise elde edilen deliller arasında herhangi bir sınırlama veya hiyerarşinin bulunmaması olarak ifade edilebilecektir.²⁸⁸ Ayrıca buna ek olarak ulusal normlarda düzenlenmeyen durumlarda, evrensel hukuk kurallarına aykırılık oluşturacak şekilde elde edilen delillerin de hukuka aykırı kabul edileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte gerçekleşecek ikrar ve deliller arası bir sıralamanın söz konusu olmayacağı da belirtilmektedir. Bir diğer deyişle hâkim delillerden herhangi birini değerlendirmeye esas tutarak kararını verebilecektir. Fakat her halde bu durum hâkimin keyfiliği anlamını taşımayacak, hâkim vermiş olduğu her kararı gerekçelendirerek açıklayacaktır.²⁸⁹

Günümüz ceza yargılamalarında ve Türk hukukunda kabul edilen delil serbestisi ilkesine göre her şey delil olarak kabul edilir ve hâkim değerlendirmede serbesttir. Buna göre her şeyin delil olarak duruşmada incelenmesi ve değerlendirilebilmesi mümkün olmakla birlikte aynı zamanda bu ilke hâkimin herhangi bir kurala bağlı olmaksızın delilleri kendi vicdani kanaatine göre değerlendirilmesi ve takdir etmesini de ifade eder.

²⁸⁴ Ünver/ Hakeri; s.581.

²⁸⁵ Afandak; s.16.

²⁸⁶ Köse; s.20.

²⁸⁷ Köse; s.21.

²⁸⁸ Akyürek, Güçlü; “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.101, 2012, s. 61-63.

²⁸⁹ Özen; s.287-288.

Burada önemli olan husus ise delillerin duruşmaya getirilmiş ve duruşma sırasında tartışılmış olmasıdır. (m.217) Çünkü duruşmaya getirilmeyen vasıtalar, delil olarak değerlendirilemeyecektir. Bundan dolayı hâkim, varmış olduğu kanaati mutlaka kendi huzuruna getirilmiş ve tartışmış olduğu delillere dayandırmak zorundadır.²⁹⁰

Vicdani kanaatin esas alındığı vicdani ispat sisteminin tamamlayıcı ilkesi olarak kabul edilen serbestlik ilkesiyle hâkim, değerlendirdiği delillerden edindiği kanaate göre serbestçe karar verebilecektir. Bu bağlamda hâkimin bir karar verebilmesi, vicdani kanaat edinebilmesi ile ilgilidir. Vicdani kanaat ise ispat sisteminin içinde ele alınmaktadır.²⁹¹ Bir diğer deyişle, hâkim kararını kanuni ispat kurallarına göre değil, tarafsız bir şekilde hukuka uygun elde edilen delillere göre vicdanen verecektir. Bununla birlikte, vicdani kanaat konusundaki serbestlik de keyfilik anlamında değildir, hukuk kurallarına tabidir. Bu durumun istisnası ise sadece maddi gerçeğe ulaşılmış olması ve olayın sübuta ermesi durumunda söz konusu olmaktadır.²⁹²

²⁹⁰ Yavuz; s.154; Öztürk; s.205.

²⁹¹ Yavuz; s.153; Köse; s.5.

²⁹² Köse; s.6; Yavuz; s.154.

İKİNCİ BÖLÜM

CEZA MUHAKEMESİ BAKIMINDAN ELEKTRONİK DELİLLER

2.1. Elektronik Delil Kavramlarının Benzeri Kavramlarla Karşılaştırılması

Geçmişte sadece bilişim suçları noktasında önem taşıyan elektronik deliller, günümüzde her suç başlığında kullanılabilen bir delil olarak ele alınmakta ve yadsınamaz bir öneme sahip olmaktadır.²⁹³ Elektronik delil, maddi bir olayı kısmi veya tamamıyla yansıtacak nitelikte bilişim sistemlerinde yer alan ve ortaya çıkartılması için belirli teknik süreç gerektiren bir veridir. Elektronik delillerin bulunduğu ortam, verilere elektronik niteliğini veren asıl şeydir. Disiplinlerarası bir delil türü olan elektronik delil bu bağlamda gerek bilgisayar ve iletişimde gerekse hukukta çok büyük bir öneme sahiptir. Bu öneminden dolayı ve ayrıca birden fazla disiplini ilgilendirmesinden kaynaklı olarak da ‘elektronik delil’in farklı kavramlarla tanımlandığına şahit olmaktadır. Bunlardan en çok elektronik ve dijital kavramları birbiri yerine kullanılan ve elektronik delilleri ifade etmeye yarayan kavramlardır.²⁹⁴ Bu bağlamda, “elektronik delil” kavramının incelenmesinden önce daha iyi anlaşılabilmesi açısından “elektronik” kavramının niteliği ve diğer kavramların anlamları irdelenmelidir.²⁹⁵ Bu nedenlerle ikinci bölüm kapsamında öncelikle bu kavramların tanımı üzerinde durulacak olup ardından kavramların karşılaştırılması ve elektronik delillerin özellikleri noktasında açıklamalar yapılacaktır.

2.1.1. Veri kavramı

Veri kavramı TDK’ye göre: “bir olgu, kavram veya komutun gerçekleştirilecek bir işlem için elverişli şekildeki uzlaşımsal bir gösterimi” olarak ifade edilmektedir.²⁹⁶ İngilizce ‘data’ kelimesinin karşılığı olan bu kavram, bir bilişim sisteminde yer alan en

²⁹³ Ateş Benek, Neslihan; “Bilgisayarlar, Bilgisayar Programlarında Ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama Ve Elkoyma” Ceza Hukuku Ve Kriminoloji Dergisi-Journal Of Penal Law And Criminology, (2022) 10(2), 367, s.371.

²⁹⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.65.

²⁹⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.65.

²⁹⁶ <https://sozluk.gov.tr/>

temel ve en küçük birim olarak kabul edilmektedir.²⁹⁷ En temel ifadesiyle bilgi anlamına gelen bu kavram, bir komutun, kavramın işleme uygun şekilde gösterilme biçimi veya bilgisi olarak da ifade edilebilir.²⁹⁸ Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi 1/b maddesine göre ise veri, “Bir bilgisayar sisteminin bir işlevi yerine getirmesini mümkün kılan bir programı da kapsayan, olguların, bilginin veya kavramların bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun haldeki her türlü temsili” olarak tanımlanmıştır. Yine İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’da ise veri kavramı, ‘bilgisayarlar üzerinden yapılan her türlü işlem’ olarak ifade edilmiştir.²⁹⁹

Elektronik İmza Kanunu’nun 3.maddesinde elektronik veri kavramı, ‘elektronik, optik veya benzeri bir biçimle üretilen, taşınabilen veya saklanabilen bir kayıt’ olarak tanımlanmıştır.³⁰⁰ Adli bilişim noktasında ise veri kavramından, ‘işlenilebilir hale getirilmiş sayısal bir nicelik’ olarak bahsedilmektedir.³⁰¹ Yine TCK’nın 243’üncü maddesinin gerekçesinde ise veri kavramından ‘sistem içerisinde yer alan tüm soyut unsurlar’ şeklinde bahsedilmektedir. Bu bağlamda, kanun koyucunun veri kavramını soyut ve bütünsel bir şekilde ifade etmeyi tercih ettiğini belirtmek mümkündür. Ayrıca kanun koyucunun bu ifadesini baz aldığımızda veri kavramını, bir işletim sisteminde yer alan ve soyut nitelikte bulunan tüm yazılımsal unsurlar olarak açıklamak da mümkün olabilecektir. Bu tanımların bir sonucu olarak TCK kapsamında bilişim suçlarında suçun konusunu oluşturan verinin, kapsayıcı şekilde ve veri türü gibi bir ayrıma gitmeksizin geniş bir şekilde tanımlandığı belirtilebilecektir. Elbette ki bu soyut ifadelerin anlamlı bir biçime getirilmesi de bilgisayar programları ile olabilmektedir.³⁰²

²⁹⁷ Göksoy; s.28; İngilizce’ de yer alan “data” ve “information” kelimeleri, Türkçeye ‘bilgi’ olarak çevrilse de aslında ‘data’ kavramının ‘veri’ kavramına karşılık geldiği kabul edilmektedir, Gün, Nagihan; Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları, Çankaya Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2020, s.27.

²⁹⁸ Güngör, Muhammed Burak; Türk Hukukunda Bilişim Suçları ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar, Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yalova, 2021, s.9.

²⁹⁹ Sanal Ortamda İşlenen Suçlar Sözleşmesi’nin tamamı için bkz; <https://t.ly/F47GE>; İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un tamamı için bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5651.pdf>, Erişim Tarihi:20.06.2023.

³⁰⁰ Tezcan, Durmuş; Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, 2.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2022, s.34; Kaynakçıoğlu; s.30.

³⁰¹ Kaynakçıoğlu; s.29.

³⁰² Göksoy; s.29, s.67; Gün; s.31.

Veri kavramı ayrıca soyut bir şekle bürünmüş olan bilgiyi ve bilişim sistemlerinin temel birimini ifade eder. Bu bağlamda bilgisayara girilen ilk bilgi, ‘bilgisayar verisi’ olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte her türlü bilginin bilgisayarlarda işlenecek hale gelmesiyle de veriler oluşmaktadır. Çünkü bilgisayarlar bu verilerin işlenmesi, saklanması veya değiştirilmesini sağlayabilmektedir. Bu noktada Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesinin³⁰³ 1.maddesi’nde tanımlanan ‘bilgisayar verisi’ kavramı, “bilgisayar sisteminin belli bir işlevi yerine getirmesini sağlayan yazılımlar da dahil olmak üzere, bir bilgisayar sisteminde işlenmeye uygun bulunan her türlü bilgi” olarak ifade edilmektedir.³⁰⁴ Bu en küçük birimden oluşan bilişim sistemlerinin en temel amacı ise verilerin işlenebilmesi ve saklanabilmesidir.³⁰⁵

Bilgisayarlarda yapılan her işlemin verileri kullanması ve yeni veriler üreterek depolanması da bilgisayar sisteminin temel yapı taşının veri olduğunu belirtir. Veriler, bilgilerin soyutlanmış ve bilgisayar diline çevrilmiş halini de ifade etmektedir. Bir diğer deyişle veriler, bilişim sistemlerinin soyut unsurlarıdır.³⁰⁶ Bit ve baytlardan oluşan ve her biri ‘bit dizisi’ şeklinde olan bu veriler somut niteliğe değil, sanal bir yapıya sahiptir. Verilerin bu şekliyle sahip olduğu elektronik yapının esasında ise verinin ortaya çıktığı veya bulunduğu ortamın etkisi söz konusudur. Bu nedenlerden ötürü elde edilen verilerin belirli yöntemlerle somutlaştırılması ve algılanabilir hale getirilmesi gerekmektedir.³⁰⁷

Verilerin depolanması ve işlenmesi bu şekilde mümkün olmakla birlikte bilgisayarların esas amacı da budur. Fakat bu sadece bilgisayarlar için söz konusu değildir. Gelişen teknolojiyle birlikte bir bilgisayar sisteminin parçası olan bu veriler, bilgisayar sistemleri dışında harici şekilde taşınan elektronik cihazlarda da bulunmaya başlamıştır. Bu bağlamda veriler, sadece bilgisayarla sınırlı olmamakta ‘veri’ kavramı

³⁰³ “Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi”, 26 üye ve 4 üye olmayan ülke olmak üzere toplam 30 tarafından 23 Kasım’da Budapeşte’de imzalanmış bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin en önemli özelliği, siber suçlara ilişkin ilk uluslararası belge niteliği taşımasıdır. Sözleşmenin içeriğinin ayrıca detaylı incelemesi çalışmanın kapsamı dışına çıkılmamak adına irdelenmemiştir. (bkz. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/projets/FinalCybercrime.htm>).

³⁰⁴ Tezcan, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku; s.34; Yazıcı, Necmettin; Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları (TCK. m. 243-244 ve 245), Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2021, s.12; Afandak; s.59.

³⁰⁵ Göksoy; s.28; Gün; s.27.

³⁰⁶ Güngör; s.9.

³⁰⁷ Göksoy; s.29.

‘bilgisayar verisi’ kavramını da kapsayıcı şekilde kullanılmaktadır.³⁰⁸ Bununla birlikte, TCK’da yer alan suçların sadece bilişim sistemi kapsamında bilgisayar ile işlenebilen suçları içermediği, bilişim sistemi kavramının bundan daha geniş bir kapsamda ele alındığı belirtilmektedir. Ayrıca burada bilişim sistemi ile işlenen suçların esas alınmasının veri kavramı noktasında bilgisayar verisinin değil, daha üst bir kavram olan normal veri kavramının kullanılması gerekliliğini ortaya koyma durumu olarak kabulü söz konusudur.³⁰⁹

Bilgi ise verilerin bu şekilde işlenerek anlamlı hale getirilmesiyle ortaya çıkmaktadır. Bu bağlamda, bilişim açısından bilgi kavramının da ‘var olan belirli kurallardan elde edilen verilerin taşıdığı anlam olarak’ açıklandığı belirtilebilir. Bununla birlikte bilginin birden fazla anlamı da bulunmaktadır. Bu noktada veri kavramı da bilgilerin belirli şekilde bir araya getirilerek sayısal bir formata dönüştürülmüş hali olarak tanımlanmaktadır.³¹⁰ Bilişim alanında elde edilen verilerin bir ve sıfırlardan oluşması, bilgi ve veri kavramlarının da aynı olmayışı, aslında bilgi kavramının veri kavramını kapsamına alan, içerisinde hapseden bir üst kavram niteliğinde olmasına sebebiyet vermektedir. Bu kapsamda, bilgisayar noktasında bilginin işlenmemiş bir şekli olarak verinin tanımlandığını belirtmek de mümkündür.³¹¹ Ayrıca burada esas unsur veri olduğundan, bilgi kavramı veriye oranla bir üst kavram olarak ifade edilebilecektir. Bununla birlikte her ne kadar TDK ’da bu iki kavram, eşdeğer olarak kabul edilmiş olsa da aralarında bundan ziyade bir hiyerarşi söz konusu denilebilecektir.³¹²

Kısaca veri kavramı depolamak, işlemek ve kullanmak için kurulu bir bilişim sistemi tarafından gerçekleştirilen temel yapı taşı olarak tanımlanabilir. Bu temel yapı taşı bu anlamda kendini en çok kişisel bilgisayarlarda ortaya çıkan kişisel veriler olarak göstermektedir. Örneğin, bir kimsenin kendi adına hesap açması, bir rezervasyon yapması

³⁰⁸ Göksoy; s.30.

³⁰⁹ Gün; s.30.

³¹⁰ Kaynakçıoğlu; s.29.

³¹¹ Gün; s.32; Günlük hayatta kullanılan ‘onluk sayı sistemi’nin bilgisayar yapısındaki karşılığı, ‘ikili sayı sistemi’ olarak kabul edilen ve 0 ve 1’lerden oluşan rakamlardır. Bu rakamların oluşturduğu her basamak ise ‘bit’ kavramı ile ifade edilmektedir. Bu şekilde 8 bit’in bir araya gelmesi sonucu ise anlamlı bir ifade biçimi olarak kabul edilen ‘byte (bayt)’lar oluşmaktadır. Sayı sistemleri hakkında daha fazla detaylı bilgi için; Say; s.47-50.

³¹² Kaynakçıoğlu; s.29.

veya telefon veya kart numarası alması kişisel veriler kapsamına girmektedir.³¹³ Tüm bu açıklamalarda kabul edilen genel yargı ise veri kavramının bir kayıt veya bir bilgiden ziyade hukuki bir kavram ve temel nitelikli bir değer olduğu şeklindedir. Bu temel nitelikte değer, dijital ve veya elektronik delillerin yapı taşı oluşturulmaktadır.³¹⁴ Uluslararası alanda da kabul edilen ‘veri’ kavramı tüm elektronik delillerin temel yapısında yer alan bir unsurdur. Bu nedenle veri kavramı ile elektronik delil kavramı arasında çok sıkı bir ilişki söz konusudur.³¹⁵

2.1.2. Elektronik kavramı ve elektronik veri kavramı ilişkisi

Maddenin negatif yüklü elektronlarıyla serbest bir şekilde düzenlenmiş olan hareketleri ve bu hareketlerin derlenip oluşturduğu yapılara “elektronik” kavramı denir. Bu kavram temelde, maddenin elektriksel yapısını kullanarak güç iletimini sağlayan bir sistemi oluşturur. Serbest elektronların hareketlerinden yararlanılarak oluşturulan bu donanımsal sistem de “elektronik” kavramını ifade etmek için kullanılmaktadır. Serbest elektron hareketlerini ifade eden elektronik kavramı cihaz olarak örneğin, televizyon, radyo veya bilgisayar gibi bir aygıtın temelini oluşturmaktadır. Bununla birlikte elektronik kavramı tüm elektriksel özellikleri taşıyan maddelerde ve aygıtlarda var olan bir kavramdır.³¹⁶ Elektronik delillerin elde edilebileceği yerlere baktığımızda ise yazıcılar ve bilgisayar ağlarının çok önemli bir yer kapladığını görmekteyiz. Ayrıca büyük ağ yazıcılarının belgeleri kaydettiği sabit diskleri veya ortak kaynaklara erişimi sağlayabilen büyük bilgisayar ağları da delillerin tespiti noktasında öncelikli araştırılması gereken olası yerlerdendir.³¹⁷

Elektronik ortamda üretilen her türlü veriyi “elektronik veri” olarak ifade etmek mümkündür. Bu bağlamda, bir elektronik verinin kim tarafından ya da ne şekilde

³¹³ Afandak; s.59. TCK m.135’de kişisel veri kavramı, “Kişilerin siyasi, felsefi veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse” olarak ifade edilmiştir. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması kanunu (KVKK) m.3’te ise “Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” kişisel veri olarak belirtilmiştir.

³¹⁴ Tezcan, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku; s.34; Kaynakçıoğlu; s.30.

³¹⁵ Kaynakçıoğlu; s.28.

³¹⁶ Kaynakçıoğlu; s.24; Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.65.

³¹⁷ Say; s.18.

üretildiğinin herhangi bir önemi olmaksızın, elektronik bir ortamda bulunan ve yargılamaya konu olayla ilgili olan bir veri niteliğinde olması yeterlidir. Avrupa Konseyi'nin hazırlamış olduğu Siber Suç Sözleşmesi'nin ilk maddesine baktığımızda da elektronik verinin bir “bilgisayar verisi” olarak tanımladığı görülmektedir. Buna karşın elektronik verinin mutlaka bilgisayar ortamında olması gerekmemekte, bilişim sistemine ait olan herhangi bir cihazda da elektronik veri bulunabilmektedir. Bu anlamda kullanıcı tarafından ya da sistem tarafından üretilmiş olması da elektronik veri olması noktasında herhangi bir önem arz etmez. Önemli olan yargılamaya konu olaya ilişkin, delil niteliğine sahip olacak verilere ulaşabilmek ve bununla elektronik delil elde edebilmektir.³¹⁸

Elektronik delil ile elektronik veri kavramı arasında bulunan ilişki bir fonksiyon ilişkisidir. Buna göre elektronik delil içerisinde mutlaka elektronik verinin bulunması gerekmektedir. Fakat her halde maddi olayla ilişkisi olmayan elektronik veri, elektronik delil niteliği kazanmayacaktır. Elektronik ortamda elde edilmiş olan bir verinin, elektronik delil niteliğine sahip olabilmesi için her şeyden önce maddi olayı temsil edebilecek, gerçek nitelikte bir delil olması gerekmektedir. Bununla birlikte bu verilerin de normal delillerin sahip olması gereken özellikleri taşıması elzemdir. Ayrıca elektronik verilerin delil niteliği kazanabilmesi için güncel olarak erişilebilen bir yerde bulunabilmesi ve adli bilişim uzmanlarınca elde edilebilmesi gereklidir.³¹⁹

2.1.3. Bilişim ve bilişim sistemi kavramı

Bilgi kavramı ile veri kavramını karşılaştırdığımızda, her şeyden önce bilgi kavramının verilerin değerlendirilmesi sonucu elde edildiğini bu kapsamda verilerin değerlendirilebilmesi sonucu somut bir yapıya bürünen ve beş duyu organıyla algılanabilir hale getirilen şeklini ifade ettiğini belirtebiliriz. Bilişim kavramının önemi ise bundan farklı olarak ortaya çıkmaktadır.³²⁰ Bu noktada öncelikle TDK 'da yer alan tanımlamaya bakıldığında bilişim kavramının, “İnsanlığın gerek teknik gerekse ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin temel yapısı olan bilginin özellikle elektronik sistemlerle akla uygun, sistematik, açık bir biçimde işlendiği

³¹⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.66.

³¹⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.67.

³²⁰ Kaynakçıoğlu; s.30.

ve veriye dönüştürülerek, yüklenmiş programlarla işlenmesi, saklanması, düzenlenmesi, değerlendirilmesi ve aktarılmasını sağlayan bilim dalı” şeklinde tanımlandığı görülebilmektedir.

Kökeni Fransızca “informatique” kelimesine dayanan bu kavram, bilgi ile matematik kavramlarının bir birleşimi şeklinde yorumlanan “bilişim” terimi ile dilimize geçmiştir. Bu kapsamda bilişim, iletişim ve haberleşmenin temeli sayılan bilginin rasyonel ve otomatik bir biçimde işlenmesini ifade etmektedir.³²¹

Türk Ceza kanununda ise bilişim kavramı, 243.maddede “bilişim sistemi” kavramı şeklinde yer bulmuş olup, “verilerin otomatik olarak işleme tabi tutulduğu ve tüm verilerin bir araya toplandığı manyetik sistemler” şeklinde tanımlanmaktadır. Bununla birlikte Kanun’da, bilişim sisteminden ziyade “bilişim alanı” kavramı kabul edilmektedir. Kanun koyucunun bu bağlamda, söz konusu kullanım biçimiyle bilişim suçlarının kapsadığı alanı genişlettiği ve teknolojinin gelişmesiyle eklenebilecek yeni sistemlerin de buna dahil olmasının öngörüsüyle hareket ettiği belirtilmektedir.³²² Bugün internet üzerinden işlenen suçlara bakıldığında birçoğunun organize suç örgütleri tarafından işleniyor olmasının da bu anlamda konunun ciddiyetini ortaya koyduğu belirtilebilir. Bununla birlikte bahsi geçen suçlar noktasında en önemli husus ise bu suçların internet yoluyla işleniyor olması değil, bu fiillerin kim tarafından ve ne şekilde işlendiğinin belirlenmesi ve cezalandırılabilirliğin ortaya konulabilmesi olarak ifade edilmektedir. Buna ek olarak yine internette milyonlarca kullanıcının olduğu ve her birinin kendine özgü sayfası veya içeriklerinin bulunduğu düşünüldüğünde bu sorunun önemi daha da belirginleşecektir.³²³

Bilişim kavramı, her şeyden önce hayatın ekonomik yönünü, teknik yönünü veya toplumsal yönünü içine alacak şekilde bir iletişim aracı niteliğindeki bir bilim dalını ifade eder. Bu bağlamda, insanların bu alanlarda kullandığı tüm iletişim ve bilgi akışını yapay olarak üreten veya bunu toplayan, kullanıcılar aracılığıyla bunu ileten bir bilim dalı olarak da ifade edilebilir.³²⁴ Bununla birlikte bilişim kavramına ilişkin öğretide de birden fazla

³²¹ Yazıcı; s.6; Ermeýdan, Damla; Türk Ceza Kanunu’nda Bilişim Suçları, Çağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi, Mersin, 2018, s.5.

³²² Göksoy; s.59.

³²³ Özbek, Veli Özer; “İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları”. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 4 (2002): 101-158, s.103.

³²⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.70.

tanım yer almakta olup bu tanımların ortak noktası olarak karşımıza bazı kavramlar çıkmaktadır.³²⁵ Nitekim bilgi, bilgisayar, iletişim, veri, verilerin işlenmesi, korunması ve saklanması bunlardan bazılarıdır. Bunlardan en önemlileri ise veri ve bilgisayar kavramları olarak belirtilmektedir.³²⁶ Yine mevzuatta da açık ve net bir tanım söz konusu olmayan bu kavrama ilişkin farklı tanımların yapıldığını belirtmek mümkündür. Nitekim, Ceza Muhakemesinde Ses ve Görüntü Bilişim Sisteminin Kullanılması Hakkında Yönetmelik'in 3.maddesinin 1.fıkrasında "Bilişim sistemi" kavramı, "Bilgisayar, çevre birimleri, iletişim altyapısı ve programlardan oluşan veri işleme, saklama ve iletmeye yönelik sistemi ifade eder." şeklinde tanımlanmıştır. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi 1.maddesinde ise "bilgisayar sistemi" kavramı, "bir veya birden fazlası, bir program uyarınca otomatik veri işleyebilen herhangi bir cihaz veya birbirleriyle bağlantılı veya ilgili bir grup cihazı ifade eder" olarak tanımlanmıştır.³²⁷ Bu kavrama ilişkin Yargıtay kararlarına bakıldığında ise uygulamaya benzer şekilde farklı tanımlar görmek mümkündür. Örneğin bir kararında, "bilgisayar sistemi" kavramı, bilginin otomasyona tabi tutulması sonucunda işlenmesini, başka deyişle, verinin saklanması, organize edilmesi, değerlendirilmesi, nakledilmesi, çoğaltılmasını da kapsamaktadır." şeklinde ifade edilmiştir.³²⁸

Bilişim kavramının yanı sıra "sistem" kavramı ise bir şey elde edebilmek için girilen verilerden sonuçlar çıkaran, ortak süreçteki birbiriyle bağlantılı doğal ve yapay

³²⁵ Yine *Tezcan*'a göre bilişim sistemi, elde edilen verilerin toplanmasını, saklanmasını ve işlenerek aktarılmasını sağlayan bir sistemdir. Bilgisayar ise bu sistemin bir parçasıdır, *Tezcan*, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku; s.34.

³²⁶ Yazıcı; s.7-8.

³²⁷ Detaylı bilgi için bkz; <https://t.ly/tJY9n> (Erişim tarihi:10.06.2023)

³²⁸ "...Bilişim kelimesi, Fransızca "İrformatigue" kelimesinden Türkçeye çevrilmiş olup Fransızca "bilgi" ve "otomatik" kelimelerinin birleşiminden türemekte ve bilginin otomasyona tabi tutulması sonucunda işlenmesini yani verinin saklanması, organize edilmesi, değerlendirilmesi, nakledilmesi, çoğaltılması anlamlarını içermektedir. Günümüzde bütün bu işlemleri yapabilme özelliğine sahip cihazlar ise bilgisayarlardır... Bilişim suçlarının çok geniş ve sürekli ilerleyen bir alan olması nedeniyle 5237 sayılı TCK. nunda öğretide görüş birliğiyle bilgisayara karşılık geldiği belirtilen "bilgileri otomatik işleme tabi tutan sistem" yerine bu tür araçlarla işlenen suçları da kapsayabilmesi ve yeni teknolojik ilerlemelere açık olması amacıyla "bilişim sistemi" terimi kullanılmıştır. İster "bilişim sistemi" isterse "bilgileri otomatik işleme tabi tutmuş" sistem kavramı kullanılsın bununla ifade edilmek istenen genel amaçlı kullanıma müsait bilgisayarlardır... Zira, "bilişim" sözcüğü "bilgisayar" kelimesine oranla daha geniş kapsamlıdır. Bilgisayar, (kompüter, elektronik beyin) aritmetik ve mantık işlemi dizileriyle oluşturulmuş programlara göre verileri (bilgileri) otomatik işleme tabi tutan sistemlere verilen ortak isim iken, bilişim (enformatik) ise, bilgisayardan da faydalanılmak suretiyle bilginin saklanması, iletilmesi ve işlenerek kullanılır hale gelmesine konu olan akademik ve mesleki disipline verilen addır; yani başka bir deyişle, bilgisayar kullanma ilmidir..." (Yargıtay; CGK. E.2007/6-136, K.2007/150, UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023).

verilerden oluşur. Bilişim sistemleri bu bağlamda insan tarafından girilen işlemin gerçekleşmesini sağlayan donanım ve yazılımlardan oluşmakta olup, verilerin bu işlemin gerçekleşmesi noktasında toplanıp işlenmesini ve saklanmasını da ifade eder.³²⁹ Burada esas amacın bilginin elde edilebilmesi için verilerin erişilmesi, işlenmesi veya toplanabilmesi olduğu ifade edilmektedir. Yine buna hizmet eden donanımların ise bilgisayar, veri depolayan araçlar, ağ ve iletişim araçları gibi bilgi işlem, uygulama yazılımı geliştirme veya bilgi erişim hizmetlerinin tümü olabilmektedir.³³⁰

Bununla birlikte öğretide çoğu kez, bilişim kavramı ile bilgisayar kavramının birbirini yerine kullanılmasıyla karşılaşılmaktadır. Fakat bu karşılaştırma bazı yazarlarca kabul görmemektedir. Şöyle ki bilgisayar kavramı, bir makineyi bir donanımı ifade ederken, bilişim kavramının ise bundan daha geniş bir anlamda bir bilim dalını tanımladığı kabul edilmektedir. Ayrıca her bilgisayar, bir bilişim sistemini oluşturduğu halde her bilişim sisteminin kapsamında bilgisayar yer almayabilmektedir. Yine Yargıtay kararları ele alındığında da CMK 134.maddesinde belirtilen bilgisayar ve bilişim sistemi kavramlarının geniş bir şekilde yorumlandığı ve bu anlamda bilgisayar özelliği içeren cep telefonlarından, harici hard disklerden veya flash belleklerden de bahsedildiği görülmektedir. Nitekim Yargıtay’a göre verilerin toplanıp işlendikten sonra otomatik işlemlere tabi tutulma olanağı veren manyetik sistemler, bilişim sistemi olarak ifade edilebilecektir.³³¹

Ceza muhakemesi kanununda genel olarak bilgisayar, bilgisayar programları ve bilgisayar kütükleri kavramlarından ziyade, “bilişim sistemi” kavramı kullanılmaktadır. Bununla birlikte söz konusu bu kavram, yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte geniş bir

³²⁹ Gün; s.58.

³³⁰ Gün; s.59.

³³¹ “...Bilgisayarın çalışmasını düzenleyen tüm programlara işletim sistemi denilmekte olup işletim sistemlerinin sadece bilgisayarlarda değil cep telefonlarında, tablet PC'lerde de kullanılması mümkündür...cep telefonlarının incelenip, iletişim kayıtlarıyla karşılaştırılması gerektiğinin bildirilmesi karşısında, cep telefonlarında mobil işletim sistemleri bulunduğu ve program yüklenebilmesinin mümkün olduğu gözetilerek, taraflara ait cep telefonları alınıp uzman bilirkişi tarafından incelenip, iletişim kayıtları ile karşılaştırılmak suretiyle program yükleme veya internetten gönderme şeklinde suça konu mesaj gönderilip gönderilmediğinin araştırılması, sonucuna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, cep telefonlarının bilişim sistemine girme ve orada kalma suçunun konusunu oluşturmayacağından bahisle...” (Yargıtay; 8.CD. E.2014/30037, K.2015/14023, UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023) Benzeri bir kararında da cep telefonundan internete girerek söz konusu bilişim sistemine hukuka aykırı olarak girme ve orada kalma ve bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık suçlarını işlediğinden bahsedilerek mahkumiyet hükmü kurulmuş bu bağlamda cep telefonunu bilişim sistemi olarak kabul etmiştir. (Yargıtay; 15.CD., E.2017/7147, K.2018/2112, UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023.)

anlamda değerlendirilmelidir. Bu açıdan bakıldığında ise veri depolamaya veya işlemeye yarayan aygıt ve cihazların tümü bu kavram içerisinde değerlendirilebilecektir. Bu noktada faks cihazları, akıllı cep telefonları veya yazıcılar buna örnek olarak verilebilir. “Bilgisayar kütüğü” kavramından ise anlaşılması gereken, sabit veya taşınabilir şekildeki verileri taşımaya veya depolamaya yarayacak araçlardır.³³²

Bununla birlikte bilişim sistemi kavramı, bilgisayara göre daha üst, daha kapsayıcı bir kavram olarak kabul edilmektedir. Bir başka deyişle, verilerin otomatik bir şekilde işlenmesini sağlayan sistemler, bilişim sistemi olarak tanımlanmaktadır. Bu noktada her bilgisayar, bilişim sistemi kapsamına girdiği halde her bilişim sisteminin bilgisayar kavramını tanımlamak zorunda olduğundan bahsedilemeyecektir. Tüm bu nedenlerle, bilgisayar kavramına göre daha geniş bir anlam içermesi ve daha üst bir kavram niteliği arz etmesinden dolayı biz de tezimizde, elektronik delillerin elde edildiği ortamlardan bahsederken “bilgisayar” kavramından ziyade “bilişim sistemleri” kavramını baz alarak bir inceleme yapılmasını daha doğru buluyoruz.³³³

Bilişim sistemlerinden delil elde edilmesi, her ne kadar özel hukuk kaynaklı olarak başlamış ise de zamanla bu deliller ceza yargılamasında da kullanılabilir hale gelmiş ve bu durumun bir sonucu olarak gerek ceza yargılamasında gerekse hukuk yargılamasında “adli bilişim” de çokça başvurulmuş bir kurum olmuştur.³³⁴ Elde edilen elektronik verilerin anlam kazanabilmesi ve delil niteliği kazanabilmesi bilişim sistemlerinin kullanılması ile mümkün olabilmektedir. Bu sayede elektronik veriler, somut ve algılanabilir bir hale getirilebilecek ve anlam kazanabilecektir. Bu nedenle hâkimlerin, elektronik delillerin elde edilmesi noktasında bilişim sistemlerinden ve adli bilişim biliminden yararlanması oldukça kıymetlidir. Çünkü adli bilişim olmaksızın bu şekilde bir delilin elde edilmesi ve ispat noktasında değerlendirilmesi mümkün olmamaktadır.³³⁵

³³²Şahin, Cumhuriyet “Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (Cmk M. 134)”, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1 S.2 Temmuz 2019, s.272-273.

³³³ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.70.

³³⁴ Göksoy; s.60.

³³⁵ Kaynakçıoğlu; s.31-32.

2.1.4. Analog ve dijital kavramları

Elektronik hareketlerin matematiksel bir şekilde ifade edilmesine “sinyal” denilmektedir. Bu kavram elektronik açısından verilerin hareket şeklini ifade ederken bu veriler ise “analog” ve “dijital” olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Bu verilerden dijital yapıya sahip olanlar, elektronik kavramı içerisinde yer alan bir tür sinyal çeşidi olarak ifade edilmektedir. Bir diğer deyişle elektronik kavramı, dijital kavramına oranla daha geniş bir alanı kapsamakla birlikte bu kavramı anlayabilmek için öncelikle iki sinyal çeşidi olan analog ve dijital kavramlarının ayrımına değinmek gerekmektedir.³³⁶

Eksi yüklü elektronların çeşitli işlevleri yerine getirmek için oluşturduğu hareketlerle ortaya çıkan verilere “elektronik veri” denir. Elektronik veri kavramı, analog ve dijital elektronik olmak üzere iki ayrı şekilde bulunmaktadır.³³⁷ Bu kapsamda Fransızca kökenli bir kelime olan analog kavramı, farklı yapılarda olmasına rağmen aynı işlevi gören, ‘benzer’ veya ‘eş’ anlamlarını taşımaktadır. Analog sinyaller ise giriş sinyallerinin başka sinyaller ile elektriksel bir şekilde alışveriş gerçekleştirilmesiyle elde edilen sinyallerdir. Bunlar bir nevi giriş ve çıkış sinyali arasındaki sürekliliği ifade eden matematiksel bir formül olarak da ifade edilebilir. Bununla birlikte bu verilerin bir diğer özelliği ise sonsuz nitelikte olmasıdır. Bu özelliğinden dolayı değiştirilmesi imkânsız nitelikte bir yapı taşımaktadır. Ayrıca analog sinyallerin bulunduğu iletim ortamından kaynaklı olarak bir dezenformasyona, bozulmaya uğraması da mümkündür. Çünkü bu sinyallerin yan yana bulunan iki kablo içerisinde bile birbirine etki etmesi söz konusu olabilmektedir.³³⁸

Latince kökenli olan dijital kavramı ise TDK’ ya göre “sayısal” anlamını taşımakta olup,³³⁹ “verileri bir ekran üzerinde elektronik olarak gösteren” ve sayı saymak anlamındaki “digitus” (parmak) kelimesine karşılık gelen bir kavramdır.³⁴⁰ Bir diğer deyişle dijital kelimesi, sayısal kelimesiyle eşdeğer olarak tercüme edilmektedir. Elektronik cihazlar içerisinde yer alan bir veri türü olarak dijital veriler, ikili sayı sisteminden oluşmaktadır. Buna göre bir ve sıfırlardan oluşan bu sayı sistemi, dijital

³³⁶ Kaynakçıoğlu; s.24.

³³⁷ Göksoy; s.68; Afandak; s.61-62.

³³⁸ Göksoy; s.68; Kaynakçıoğlu; s.25.

³³⁹ Kaynakçıoğlu; s.25; Göksoy; s.68.

³⁴⁰ Afandak; s.60.

verinin temel yapısını oluştururken, bu sayı sistemi sayesinde oluşturulan programlar ise bu verilerin okunabilir hale gelmesini sağlamaktadır.³⁴¹

Dijital yapıdaki devrelerde akımdan elektrik geçme durumu “1”ler ile, geçmeme durumu ise “0”lar ile ifade edilmektedir. Bu sistemde rakamların ardı ardına dizilmesiyle oluşan bir veri söz konusu olduğundan, değiştirilmesinin de kolaylıkla mümkün olduğu belirtilmektedir. Ayrıca dijital olan bir veriye hata düzeltme kodlarının eklenmesi ile o verinin düzeltilmesi veya tamiri mümkün olduğundan, bir dijital veri başka bir yere gönderilirken başka bir veri ise aynı ortama konulabilmektedir. Bu özelliklere ek olarak, dijital verilerin sayısal bir yapı taşımasından kaynaklı olarak şifrelenmesi de mümkündür.³⁴² Bununla birlikte dijital veriler, elektronik veya manyetik bir ortam üzerinden elde edilebilmektedir. Bu anlamda bir ses veya görüntü, çizim ya da tablo ya da şifrelenmiş bir dosya dijital veri olabilmektedir. Yine bunların değiştirilmesi, silinmesi veya erişimi ile ilgili kullanım bilgileri, içerik ve IP kayıtları, sürüm bilgileri de dijital veri kapsamına girebilmektedir.³⁴³

Bununla birlikte analog ve dijital verilerin farklı özellikleri barındırması söz konusudur. Bu kapsamda dijital ve analog kavramı arasındaki farktan bahsedildiğinde öncelikle analog kavramı, analog verilerden oluşmaktadır. Analog veriler ise iki nokta arasında gidip gelen değerleri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Farklı yapılara sahip olmasına rağmen benzeri görevi gören veriler bu bağlamda, “analog” kavramıyla ifade edilmektedir. Dijital veriler ise belirli değerlerden, 0 ve 1’lerden oluşan ve sürekliliği bulunmayan rakamsal verilerdir. Ayrıca analog verilerin kolaylıkla değiştirilmesi mümkün değil iken, dijital verilerin değiştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte bu iki veri türü birbirine de dönüştürülebilmektedir. Bir diğer deyişle analog veri dijital, dijital veri de analog veriye çevrilebilmektedir.³⁴⁴ Günlük hayatta kullanılan onluk sayı sisteminin bilgisayar yapısındaki karşılığı “ikili sayı sistemi” olarak kabul edilen ve 0 ve 1’lerden oluşan rakamlardır. Bu rakamların oluşturduğu her basamak ise

³⁴¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.65.

³⁴² Kaynakçıoğlu; s.25; Göksoy; s.68.

³⁴³ Afandak; s.62.

³⁴⁴ Kaynakçıoğlu; s.26.

bit kavramı ile ifade edilmektedir. Bu şekilde 8 bit'in bir araya gelmesi sonucu ise anlamlı bir ifade biçimi olarak kabul edilen byte (bayt)'lar olacaktır.³⁴⁵

Elektronik yöntemler kullanılarak oluşturulan cihazlar, analog veya dijital sinyalleri işleyebilmektedir. Bu sinyallerden analog yapıda olanlar sürekli bir ölçekte iken; dijital olanlar ise bu sürekliliği gösterememektedir. Çünkü analog cihazlar, elde edilen sinyalleri doğrudan işlemeye uygun iken dijital nitelikteki sinyaller, matematiksel bir dille bir diğer deyişle sayılara çevrilerek oluşturulmaktadır. Buna örnek vermek gerekirse teyp bandı, filmlı fotoğraf makinesi şeklinde analog cihazların yarattığı verilerin duyu organlarıyla algılanabilir olmasını belirtebiliriz.³⁴⁶ Ayrıca yaşanan teknolojik gelişmelerle birlikte de klasik bir yöntem niteliğindeki analog teknolojilerin yavaş yavaş yerini dijital, teknolojik altyapıya sahip araçlara ve aygıtlara bıraktığını ifade edebiliriz.³⁴⁷

2.1.5. Dijital delil kavramı

Dijital delil, bilişim sistemlerinden veya benzeri teknolojik donanım veya aygıtlardan elde edilen adli nitelikteki delilleri ifade eder. Yine benzeri şekilde dijital bir aygıtla somut hale gelen ve bu şekilde adli merci için delil değeri olan bilgi olarak da tanımlanabilir. Tüm dijital deliller, dijital verilerden oluşmakta iken bu durumun tersi söz konusu değildir. Bir diğer deyişle her dijital veri, her zaman dijital delildir demek mümkün değildir. Bunun sebebi ise bir verinin dijital delil olarak değerlendirilebilmesi için belirli özellikleri taşıması gerekliliğidir. Bu gerekliliğin de bir sonucu olarak, öncelikle dijital bir verinin soruşturma kapsamında ispat değerinin olabilmesi için somut bir hale büründürülmesi ve algılanabilir bir yapıya getirilmesi gerekmektedir.³⁴⁸

Bununla birlikte dijital delillerin bulunduğu cihazlara örnek vermek gerekirse; bir cep telefonu kamerası veya bir dizüstü bilgisayar, telefonda kullanılan sim kartlar veya bilgiyi saklamak için kullanılan flaş belleklerden bahsedilebilir. Burada dijitallikten kasıt, bilgisayarda kodlanmış ve üretilmiş verilerdir. Dijital veya elektronik kavramı bu

³⁴⁵ Sayı sistemleri hakkında detaylı bilgi için bkz., Say; s.47-50.

³⁴⁶ Arslan; s.256.

³⁴⁷ Kaynakçıoğlu; s.26.

³⁴⁸ Göksoy; s.67.

anlamda birbiri yerine de kullanılmaktadır. Fakat bu kavramlar arasında bazı önemli farklılıklar söz konusudur. Örneğin, dijital deliller sayısal bir yapıya sahip olup, elektronik cihazlarda üretilen veya saklanan verilerden oluşurken, elektronik kavramı ise elektronların belirli hareketlerle işlem yapmasıyla ilgili bir kavramdır.³⁴⁹

Dijital deliller, elektronik yapıda bulunduğu kabul edilse de dijital halde bulunmadıkları takdirde elektronik delil olarak herhangi bir değer atfetmezler. Bununla birlikte elektronik deliller, her anlamda elektronik yapıya sahip olduklarından dijital kavramından daha geniş bir kavram olarak kabul edilmekte ve dijital kavramını kapsayıcı olarak yorumlanmaktadır.³⁵⁰ Bu bağlamda elektronik ortamda verilerin üretilmesi, işlenmesi veya saklanması anlamlarını da taşıyan elektronik delil ifadesi, dijital delilleri de kapsayan bir üst konsept olarak değerlendirilmiştir.³⁵¹ Tüm bu nedenlerle elektronik kavramı dijital kavramını da kapsayıcı bir şekilde bir bilişim sistemi, elektronik bir aygıt veya bir bilgisayardan elde edilen dijital veya analog çıktılar olarak tanımlanabilecektir.³⁵²

Dijital deliller, gerçekleşmiş olan bir bilişim suçu kapsamında elde edilen bir elektronik aygıtta yer alan veriler olarak tanımlanmaktadır. Günümüzde sadece bilişim suçları kapsamında değil, diğer tüm suçlar bakımından da dijital delil elde edilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu şekilde elde edilen bir dijital delilin elde edilmesi ve ilgili yerlere ulaştırılması ise “dijital delillendirme” şeklinde ifade edilmektedir.³⁵³ Öğretideki görüşlere bakıldığında dijital delilin, dijital ortamda yer alan, muhafaza edilen veya elde edilen her türlü veri olarak ifade edildiği görülebilmektedir. Farklı bir tanımlamaya göre de bu deliller, adli bilişim kapsamında yapılan çalışmalar sırasında ele geçirilen telefon, bilgisayar, fotoğraf makinesi veya benzeri aygıtlardan ulaşılan ve adli delil niteliği olan verilerdir.³⁵⁴ Diğer bir ifadeye göre dijital delil, bir suça ilişkin ispatta veya bir suçun

³⁴⁹ Afandak; s.61-62; Çakır/Kılıç; s.144.

³⁵⁰ Kaynakçıoğlu; s.26.

³⁵¹ Afandak; s.61-62.

³⁵² Göksoy; s.69.

³⁵³ Afandak; s.41.

³⁵⁴ Benek; s.374.

aydınlatılmasında kullanılabilen ve dijital bir şekilde saklanıp, iletilebilen her türlü veri olarak ifade edilmektedir.³⁵⁵

Dijital delillerin en çok elde edildiği ortamlara bakıldığında ilk akla gelen kişisel bilgisayarlar olmaktadır. Bunun en büyük sebebi ise bu bilgisayarların kişilere dair birçok bilgiye erişimi sağlayabilmesidir. Kişilere dair şifrelerin, internet geçmişlerinin veya silinen dosyaların bulunması dijital delillere ilişkin delil elde etmeyi sağlayacaktır. Bununla birlikte günümüzde akıllı telefonların kullanımının artmasıyla bu tarz bilgiler ve dolayısıyla dijital delillere telefonlardan da ulaşılmaktadır.³⁵⁶ Yine dijital ortamda bulunan bir ses kaydı veya bir fotoğraf, e-mail üzerinden gönderilmiş ve silinmiş bir posta veya internet üzerinden ulaşılmış bir web sitesi dijital delil olabilmektedir.³⁵⁷

2.1.6. Elektronik delil kavramı

Elektronik deliller, soruşturma açısından önemi olan, elektronik araçlar üzerinde saklanan, bu araçlar aracılığıyla elde edilebilen³⁵⁸ ve elektronik aygıtlar tarafından üretilmiş olan verileri içeren delillerdir.³⁵⁹ Ceza muhakemesinde esas alınan deliller, somut ve fiziki bir yapıya sahip olmakla birlikte yasa kapsamında öngörülen tedbirler ile elde edilebilirler. Elektronik deliller ise soyut bir yapıya sahiptir ve bu bağlamda elde edilen “elektronik deliller” hem içinde bulunduğu elektronik aygıt veya cihazı hem de içerisinde yer alan dijital verileri ifade etmek için kullanılan bir kavramdır. Olay yerinden elde edilen bir bilgisayar, mp3 çalar, harddisk veya benzeri dijital bir medyanın kendisi ve içerdiği veriler bu anlamda elektronik delil olarak ifade edilmektedir.³⁶⁰

Elektronik delillerin “latent” yani gizli bir yapıda olması, incelenmesinin belirli cihaz ve ölçüm aletleriyle yapılması sonucunu doğurmaktadır. Çünkü elektronik delillerin içerdiği veriler, duyu organlarıyla algılanabilir şekilde değildir. Örneğin, olaya konu suçla

³⁵⁵ Tezcan, Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku; s.34; Benek; s.375.

³⁵⁶ Afandak; s.64.

³⁵⁷ Afandak; s.41.

³⁵⁸ Özen, Muharrem/ Özocak, Gürkan; “Adli Bilişim, Elektronik Deliller Ve Bilgisayarlarda Arama Ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (Cmk M. 134)”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı:1, 2015, s.59.

³⁵⁹ Kaynakçıoğlu; s.24; Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.65-66.

³⁶⁰ Özen / Özocak; s.59; Sercan Düden, Türkiye’de Adli Bilişimin Gelişimi ve Dijital Delil İncelemeleri, Gebze Teknik Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, 2019, s.36.

ilgili bir silaha ilişkin yapılacak inceleme nitel bir gözlem ile olacaktır. Yine bu inceleme yasa kapsamında değerlendirilecek ve silahın delil niteliği olup olmadığı, suçla ilgili olup olmadığı belirlenecektir. Fakat elektronik delillerin özünde yer alan verilerin anlaşılması için mutlaka teknik uzmanlar tarafından nicel gözlemler yapılması gerekmektedir. Çünkü makine diliyle kodlanmış verilerin çözümlenmesi ancak bu şekilde mümkün olabilecektir.³⁶¹

Bilişim teknolojisine sahip her türlü donanım veya yazılım noktasında kullanılan, depolanan veriler, elektronik sinyalleri kapsamaktadır. Bu veriler, dijital niteliğe sahip analog cihaz çıktılarına da ifade etmektedir. Bu noktada elektronik delil kavramının temelini, bilgisayar sistemlerinde veya benzeri bilişim sistemlerinde elde edilen ve dijital veriyi de kapsayan her türlü bilgi veya değer olarak tanımlamak mümkündür. Önemli olan, suçun ispat edilmesi noktasında delil niteliğini kazandırabilecek dijital verinin elde edilmiş olmasıdır. Bu noktada her çeşit yazılım, veri kaydı veya elektronik ortamda saklanan verilerin bu delillerin temelini oluşturduğu belirtilmektedir.³⁶² Bu delillerin en önemli amacı ise bir hukuki uyumsuzluk noktasında maddi olayı ispatlamaya ve çözmeye yaraması olarak açıklanabilir.

Dijital delilin yeni bir kavram olması durumu söz konusu olmakla birlikte, delil değerlendirmesi noktasında fiziki delillerden daha önemli bir hal aldığı belirtilmektedir. Bunun sebebi ise bu delillerin sadece soruşturmaya konu olayda değil, her konuda hukukun her alanında gündeme gelebilen nitelikte olmasıdır. Öğretide elektronik delillerin gerçekleşen bir fiilin ispatında kullanılan, elektronik ortamda oluşturulmuş, değiştirilmiş veya saklanmış veri, kayıt ve belge şeklinde tanımlandığına ilişkin görüşler bulunmaktadır. Yine bu delillerin, fiziki deliller gibi bir delil türünü değil; delilin özünün veya özelliğinin elektronik olmasını ifade eder şeklinde bir görüş de söz konusudur.³⁶³

Elektronik deliller, yargılamaya konu olan bir soruşturma ya da kovuşturma noktasında bilişim sistemleri üzerinden veya benzeri depolama aygıtları üzerinden elde edilen deliller olarak ifade edilebilir.³⁶⁴ Bir başka görüşe göre ise elektronik delili

³⁶¹ Özen / Özocak; s.59.

³⁶² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.67-68.

³⁶³ Arslan; s.254-255.

³⁶⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.67.

soruşturmaya konu olayla ilgisi olan bir elektronik araç üzerinde saklanan ve benzeri araçlarla ortaya çıkarılabilen bilgi veya veriler olarak ifade etmiştir.³⁶⁵

Bu veriler, elektronik bir ortam tarafından oluşturulabileceği gibi sadece elektronik bir ortamda saklanabilen veriler niteliğinde de olabilir.³⁶⁶ Bu niteliğinden dolayı DNA yapısı veya parmak izi gibi gizli, görünmeyen bir yapıya sahip olmakla birlikte kolaylıkla değiştirilebilir ve tahrip edilebilir bir yapı da arz etmektedir. Bu nedenle elde edildikten sonra tekrar tekrar incelenebileceği göz önünde bulundurularak dikkatli muhafaza edilmesi gerekmektedir. Ayrıca ulaşılabilir olması açısından normal delillere oranla daha sıkı yasal prosedürlerin ve usullerin uygulanmasıyla elde edilebilmektedir. Bu şekilde söz konusu bu aşamalarda bu delillerin tahribatının önlenmesi ve bir değişikliğe sebep vermemesi sağlanabilmektedir.³⁶⁷

İnsan hayatını kolaylaştırmayı sağlayan telefon, bilgisayar ve benzeri elektronik nitelikteki her türlü cihaz ve bilişim sistemlerinin günlük hayatta daha fazla yer kaplamasıyla birlikte, ceza hukuku anlamında işlenen fiillerin olay yeri de fiziksel ortamdan uzaklaşıp sanal ortama doğru kaymakta ve bu şekilde ‘elektronik delil’ şeklindeki kavramın ortaya çıkmasına neden olmaktadır.³⁶⁸ Bununla birlikte, öğretide ve uygulamada dijital delil ve elektronik delil kavramlarının sıklıkla birbirinin yerine kullanıldığını görmekteyiz.³⁶⁹ Öğretide kimi yazarlar, ‘elektronik delil’ kavramının dijital delil kavramını kapsamı nedeniyle kullanımının tercih edilmesi gerektiğini belirtmektedir.³⁷⁰ Farklı bir görüşe göre ise elektronik delil, yürütülen soruşturma açısından delil değeri olan ve elektronik bir aygıt üzerinden elde edilerek bu aygıtlarla

³⁶⁵ Keser, Berber, Leyla; Adli Bilişim, Yetkin Yayınları, Ankara, 2004, s.46.

³⁶⁶ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.69.

³⁶⁷ Berber; s.46.

³⁶⁸ Karabulut/ Karapazarlıoğlu/ Tosun; s.400.

³⁶⁹ Göksoy; s.66-67; Elektronik imza kavramının dijital imza kavramını da kapsamı hususu hakkında bkz. Yılmaz, Mustafa; “Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdari Yargılama Hukukunda Delil Niteliği”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 22(3), 2016, 3435-3486, s.3436-3439.

³⁷⁰ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.66. Sarsıkoğlu, Şenel; “Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil E Delil Kavramı”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, S.22, 2015, s.519.

somut hale getirilen bilgi veya veri olarak ifade edilmekte ve bu kavramın kullanımının gerekliliği belirtilmektedir.³⁷¹

Değirmenci ise dijital (sayısal) delillerin teknolojinin gelişmesiyle daha ön plana çıktığını, analog delillerin ise artık çok fazla kullanılmadığını belirtmiş bundan dolayı da dijital delil kavramının tercih edilmesinin daha doğru bir tercih olacağını ifade etmiştir. *Henkoğlu* da bu görüşü desteklemiştir.³⁷² *Göksoy* da buna benzer şekilde elektronik delil kavramının mevzuatta yer aldığını fakat analog delilden farklı bir yapıda olan dijital delillerin de kendi özgü yapısıyla elektronik delillerden ayrıldığını, bu nedenle dijital delil kavramının kullanımının daha doğru olduğunu kabul etmiştir.³⁷³ Yine yabancı öğretide de biz de olduğu gibi kavram karmaşası söz konusu olup hem elektronik delillerin hem de dijital delillerin kavram olarak kullanıldığı belirtilmektedir.³⁷⁴

Hukukumuzda belirli mevzuatta da elektronik ve dijital kavramlarının farklı şekillerde kullanıldığına şahit olmaktayız. Örneğin, Türk Ceza Kanunu’nun 6.maddesinde “elektronik kitle iletişim aracı” şeklinde bir kullanım mevcutken, 297.maddede ise “elektronik haberleşme aracı” şeklinde bir ifade belirtilmiştir. Yine benzeri şekilde Ceza Muhakemesi’nde birden fazla maddede de elektronik ifadesi yer bulmuştur.³⁷⁵ Ayrıca Elektronik Haberleşme Kanunu ve Elektronik İmza Kanunu’nda da ‘elektronik’ kavramının temel alındığını belirtebiliriz. Söz konusu bu mevzuatta analog veya dijital kavramlarına ise yer verilmemiştir. Sonuç olarak, genel bir kanaatin olduğu anlamında Türk mevzuatında geçerli olan kavramın, “elektronik” kavramı olduğunu ve tezimizde terim birliği olması açısından “elektronik” kavramının esas alınacağını belirtebiliriz.³⁷⁶

³⁷¹ Benek; s.374.

³⁷² Değirmenci, Olgun; Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s.130; Henkoğlu, Türkay; Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi, Pusula Yayıncılık, İstanbul, 2014, s.5. Göksoy; s.69.

³⁷³ Göksoy; s.70.

³⁷⁴ Casey ve Orin S. Kerr, “Digital Evidence And The New Criminal Procedure” adlı eserinde dijital delil kavramını tercih etmekte iken Stephen Mason, “Introduction”, Stephen Mason, “International Electronic Evidence” adlı eserinde elektronik delil ile dijital delil kavramlarının ikisini bir arada kullanmakta, ancak bu kavramların içerikleri açısından farklılık gösterdiklerini ifade etmektedir, (akt. Göksoy; s.69).

³⁷⁵ CMK m.38/a’da “elektronik işlemler”, “elektronik imza” ve “elektronik ortam”, m.43’de “elektronik posta” şeklinde ifade edilmiştir. Bunun dışında, Seçimlerin Temel Hükümleri ve Seçmen Kütükleri Hakkında Kanun m.60’da ve Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu md.25’de dijital ifadesi yer bulmaktadır. Göksoy; s.67, s.69-70; Kaynakçıoğlu; s.27-28.

³⁷⁶ Göksoy; s.69-70.

2.1.7. Elektronik delil bakımından orijinal, kopya, suret, nüsha ve örnek kavramları

Elektronik deliller bakımından o delilin orijinal, kopya veya örnek olup olmaması farklı şeyleri tanımlamaktadır.³⁷⁷ Bu noktada bu kavramların öncelikli şekilde sözlük tanımlamalarının yapılması konuya bir açıklık getirmesi bakımından oldukça önemlidir. Bu kapsamda ilk olarak “orijinal” kelimesinin TDK’daki anlamına baktığımızda, özgün olan, alışlagelenden daha farklı nitelikte bulunan, taklit olmayan anlamlarını taşıdığı görülecektir. “Kopya” kelimesine baktığımızda ise bir eserin veya yazılı bir belgenin taklidi, aslın karşısı veya sureti olarak nitelendirilmektedir. “Örnek” kelimesi ise bir şeyin benzetilmek istenen modeli, tıpkısı, misali olarak açıklanmaktadır. Yine “suret” kelimesi ise TDK’ da görünen biçim veya nüsha olarak açıklanmaktadır. Son olarak “nüsha” kelimesi ise benzer aynı şey olarak yorumlanmaktadır.

Elektronik delillerin bu şekilde farklı kavramlarla tanımlanması ve açıklanması, bazı uyumsuzluklarda delil olarak elde edilip kullanılabilir hale getirilmesini doğrudan etkileyebilmektedir. Bu noktada en güvenilir olan elektronik delilin, yargılamaya ilişkin olan orijinal delil olacağı kabul edilmektedir. Çünkü muhakeme aşamasında delilin gerçek olması bir diğer deyişle orijinal olması ve dosyada orijinal halinin bulunması aranmaktadır.³⁷⁸

Öte yandan elektronik cihazlarda yer alan verilerin sayısal halde oluşturulduğunda orijinalliğinden bahsetmenin teknik anlamda mümkün olmadığı belirtilmektedir. Burada Arslan, orijinalliğin teknik anlamda mümkün olamaması noktasında çarpıcı bir benzetmede bulunmaktadır. Yazara göre “*orijinalliğe ilişkin farkı, medenî hukukta tüzel kişi ile gerçek kişi arasındaki farka benzetmek yanlış olmayacaktır. Yani, tüzel kişi ne kadar kişi ise, dijital delil de o kadar delildir.*” Bu noktada tüzel kişi ne kadar kişi olarak tanımlanabiliyorsa dijital delilin yapısı da o kadar delil olarak tanımlanabilecektir.³⁷⁹

Elektronik delillerin elektronik ortamlarda bulunmasından kaynaklı olarak bu ortamdaki öz hali, o delilin orijinal hali olarak değerlendirilebilecektir. Fakat sıfır veya birlerden oluşan bu orijinal veriler, beş duyu organıyla algılanmadığından delil olarak

³⁷⁷Sarsıkoğlu; s.516; Göksu, Mustafa; Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmış Doktora Tezi, Ankara, 2010, s.47.

³⁷⁸Sarsıkoğlu; s.516.

³⁷⁹ Arslan, Çetin; “Dijital Delil Ve İletişimin Denetlenmesi” CHKD, C.3, S.2, 2015, s.256.

kullanılması doğrudan mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, bir fotoğrafın ya da bir belgenin internet üzerinden gönderilmesi durumunda o belgenin veya fotoğrafın orijinal olup olmadığının mahkeme tarafından araştırılması gerekmektedir. Çünkü yalın halde o elektronik verilerin orijinal kabul edilmesi, delil ve ispat noktasında herhangi bir katkı gerçekleştirmez. Bu nedenle elektronik verilerin bazı şekillerde ortaya konulması durumunda da orijinal sayılması söz konusu olacaktır. Buna en büyük örnek ise bilgisayar ekranlarındaki elektronik verilerin görünümleridir.³⁸⁰

Bu noktada elektronik delillerle ilişkili olarak, orijinal kelimesinin değil nüsha kelimesinin kullanılmasının daha uygun olacağı belirtilmektedir. Örneğin, şirket içinde gerçekleşen bir yazışmada gönderen taraf bir belge hazırlamış karşı tarafta da bu belge görülebilir hale gelmiş ise burada her iki belge açısından orijinallikten ziyade birer nüsha olduklarından bahsedilecektir.³⁸¹ Öğretide tartışmalara sebep olan bu durum için elektronik ortamda bulunan nüsha ile çıktısı alınan nüshanın aynı olması durumunda, çıktı alınan belgenin de elektronik delil olarak kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Fakat elektronik delilin gerçeklik özelliğinin bulunmaması bir diğer deyişle orijinal olmaması durumunda delil olarak kullanılmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir.³⁸² Soruşturmaya konu bir elektronik delilin bilgisayar sisteminde kopyası alınmış veya özetleme (hash) değeri³⁸³ gibi bir işlemle özeti çıkarılmışsa artık elde edilen bilgi veya veride değişiklik gerçekleşeceğinden delil niteliği arz edip etmediğinin incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekecektir.³⁸⁴

Bu şekilde değerlendirildikten sonra delilin içeriğiyle özü anlamında bir doğruluk söz konusuysa ortada bir “nüsha” olacağı şüphesizdir. Fakat bir fotoğrafın farklı bir formatta kaydedilmesi gibi bir durum söz konusu ise burada “örnek” olmasından

³⁸⁰ Göksu; s.48.

³⁸¹ Göksu; s.49.

³⁸² Sarsıkoğlu; s.517.

³⁸³“Hash Değeri”: Dosyaları tanımlayan parmak izi olarak ifade edilebilir. MD5 ve SHA gibi karmaşık algoritmalarla taranan dosyaların her biri için birbirinden bağımsız ve benzersiz bir parmak izi yani ‘Hash Değeri’ çıkartılır. Hash değeri belirlenen bir dosyanın ne zaman ne şekilde indirildiği veya üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığı da kolaylıkla anlaşılabilir, Soylu, Nurhan; Dijital Delillere El Konulması Sürecinde CMK 134. Madde Hükümlerinde Görülen Problemler ve Çözüm Önerileri, Üsküdar Üniversitesi Bağımlılık ve Adli Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2021, s.7; Saraydere, İbrahim; Dijital Delillere İlk Müdahale İmaj Alma ve İnceleme Süreçleri, Afyon Kocatepe Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.38.

³⁸⁴ Göksu; s.49.

bahsedilecektir. Bu iki halde de elektronik delilin, doğrulanabileceği ve delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir. Çünkü burada teknik anlamda bir kopya söz konusu değildir. Sadece elektronik delilin görünür hale getirilmesi, donanım aracılığıyla fiziki bir boyut kazandırılması söz konusudur. Bununla birlikte, elektronik delillerin ya da elektronik belgelerin çıktı şeklinde alınması noktasında delil niteliğini kazanıp kazanamayacağı tartışma konusudur. Bu tartışmada çıktıların delil niteliğini kazanıp kazanamayacağı noktasında doğrulanabilirliği önemli bir ölçüttür. Eğer söz konusu bilgisayar çıktısı delilin özüyle karşılaştırılıp zorlanabiliyor ise teknik anlamda delil olması mümkündür denilecektir. Ve burada nüsha-suret şeklinde tanımlamaya gidilmesi uygun olacaktır.³⁸⁵

Elektronik delillerin burada bahsedildiği üzere farklı şekillerde tanımlanması ve bu tanımlamaların net bir şekilde farklarının belirlenmesi kadar, bu delillerin kendilerine has taşıması gerekli özelliklerin ve diğer klasik delillerden farklarının da bilinmesi gerekmektedir.

2.2. Elektronik Delillerin Özellikleri ve Diğer Deliller ile Olan Farkları

2.2.1. Diğer deliller ile benzerlik ve farklılıkları

Elektronik deliller beş duyu organıyla algılanamayan, belirli donanımlar ve sistemler aracılığıyla görünür hale getirilebilen ve bu şekliyle fiziki delillerden oldukça farklı olan bir niteliğe haizdir. Bu deliller 1 ve 0'lardan oluşan matematiksel bir dille kodlanmış sanal bilgileri yansıtmaktadır. Bu bilgilerin kodlanmış verilerden oluşması, fiziki olarak temas edilebilir bir yapıya sahip olmadığının göstergesidir. Bununla birlikte belirli işlemler ve yöntemlerle söz konusu bu verilerin fiziki bir yapı kazandırılarak, delil niteliğinde kullanılabilmesi mümkündür. Sonuçta bu delillerin niteliği metafiziksel bir bilgiyi yansıtmamaktadır.³⁸⁶ Video kayıtları, iletişim kayıtları, gizlenmiş dosya veya klasörler, bilgisayar programları veya internet üzerinden indirilen dosyalar elektronik delil kapsamında sayılacaktır. Fakat burada da delile esas teşkil eden şey yine delilin özünde yer alan veriler olacaktır.³⁸⁷

³⁸⁵ Göksu; s.50-51.

³⁸⁶ Hüseyin Çakır/Mehmet Serkan Çakır, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, Seçkin Yayınları, Ağustos, 2014, Ankara, 1.Baskı, s.145.

³⁸⁷ Özen / Özocak; s.59-60.

Bilişim teknolojilerinde yaşanan gelişmeler sonucunda pek çok yeni suç türlerinin kabul edilmesiyle birlikte yeni bir delil türü niteliğinde bulunan, elektronik delillerin de ortaya çıktığını söyleyebiliriz. Elektronik deliller, senet veya tanık delili gibi detaylı bir delil türünü yansıtmaktan ziyade uyuşmazlığa konu olayla ilgili olan delilin özündeki niteliğinin elektronik olmasını ifade etmektedir. Bununla birlikte bu delillerin elde edilerek mahkemeye sunulması ve yargılamaya konu olayda ispat niteliğini taşıyabilmesi söz konusu olduğundan, öğreti ve uygulamada diğer deliller gibi bir delil türü olarak belirtilmektedir.³⁸⁸

Elektronik verilerin delil sıfatına sahip olması, normal bir senet delilinin veya tanık beyanının delil niteliğine sahip olmasından çok da farklı değildir. Örneğin, taraflar arasında hazırlanmış olan bir sözleşme nasıl ki uyuşmazlık bakımından belge delili olarak kabul edilecektir, elektronik nitelikteki olayla ilgili bir verinin de delil olarak kullanılabileceği kabul edilmektedir. Bu bağlamda elektronik delillerin normal delillerden en büyük farkı, gerçek dünyada fiziki olarak bulunmaktan ziyade elektronik ortamda belirli verilerle temsil edilmesi ve bu şekilde mahkemeye sunulamayıp ispatta kullanılamamasıdır. Fakat bu deliller elektronik ortamda sunulmasa da uzmanları tarafından incelemeye elverişli bir şekilde hazırlanarak gerçek dünyaya aktarılabilme ve fiziki bir boyut kazandırılabilir.³⁸⁹

Sonuç olarak, fiziki bir hale getirilmiş elektronik veriler elektronik delil olarak kullanılabilmektedir. Fakat bununla birlikte asıl delil kaynağının, bilgisayar çıktısı veya yazıya dökülmüş ses kaydı gibi fiziki hale getirilen delil değil, delilin kaynağı niteliğindeki elektronik veriler olduğu belirtilmektedir.³⁹⁰

Tüm bunlara ek olarak, her ne kadar elektronik delil fiziki bir hale getirilmiş olsa da uyuşmazlığa konu olayda ispat için kullanılabilmesi ve değerlendirilebilmesi, fiziki delillerin sahip olması gerekli özellikleri taşıması ile mümkün olacaktır.³⁹¹ Elde edildikten sonra yargıya konu uyuşmazlık noktasında delil olarak kullanılabilmesi bu

³⁸⁸ Çakır/ Çakır; s.145; Göksu; s.37-38.

³⁸⁹ Göksu; s.38.

³⁹⁰ Göksu; s.38.

³⁹¹ Bunun aksi durumda ise elektronik delil niteliği söz konusu olmaksızın sadece ‘emare’ gibi dolaylı şekildeki ispat vasıtası sayılabileceği belirtilmektedir, Göksu; s.39.

özelliklere sahip olması ile mümkündür.³⁹² Bu özellikler bir önceki bölümde de ayrıntılı şekilde belirtildiği üzere; delilin gerçekçi olması, akla uygun olması, olayı temsil edici olması, ispat bakımından önemli olması, hukuka uygun olması, müşterek olması ve erişilebilir olmasıdır. Adli bilişim kapsamında elde edilen elektronik verilerin delil olarak kabul edilip kullanılabilmesi noktasında söz konusu verilerin bu özellikleri taşıması gerekmektedir. Bu özelliklere ek olarak, elektronik deliller için bütünlüğünün değiştirilmeden eksiksiz toplanmış olması, inanılabilir olması ve tekrarlanabilir olması gerektiği de belirtilmektedir.³⁹³ Ayrıca söz konusu olayla ilgili nedensellik bağına sahip olması gerektiğini belirten yazarlar da bulunmaktadır.³⁹⁴

Özbek ve *Say* da buna benzer bir biçimde, elde edilen elektronik delillerin sahip olması gereken özellikleri; kabul edilebilir olması, gerçek ve aslına uygun olması, eksiksiz ve tam olması, güvenilir ve inanılabilir olması ve yasaya uygun olması şeklinde sıralamıştır.³⁹⁵ Bu şekilde belirtilen görüşlerden ötürü biz de burada elektronik delillerin fiziki delillerle benzer özelliklerini bir önceki bölümde esas aldığımız başlıklar ekseninde kısaca bahsetme gereği duyuyoruz.

Bu anlamda elektronik delillerin de fiziki deliller gibi ilk olarak akla uygun ve kabul edilebilir olması aranmaktadır. Buna göre bir bulgunun mahkemede delil olarak kullanılabilmesi için yargılamaya konu olayla ilgili olması ve o olayı ispata yarayacak nitelikte mantık kurallarıyla açıklanabilen bir konumda olması gerekmektedir.³⁹⁶ Delilin kabul edilebilirliğinden kasıt ise söz konusu olaya ilişkin olması ve olayda ispata elverişli şekilde kullanılabilmesidir.³⁹⁷ Delilin kabul edilebilir olması, yasal bir şekilde usule uygun elde edilmiş olmasını da ifade etmektedir.³⁹⁸ Ayrıca kabul edilebilirlik unsuru,

³⁹² Gürel, Begüm/ Mengilli, İpek; “Dijital Delil Kavramı ve Yargılamadaki Yeri”, *Leges Hukuk Dergisi*, S.139-140-141, s.83.

³⁹³ Henkoğlu; s.6; Gönenç, Ekin; *Adli Bilişim ve Elektronik Delillerin Hukuk Yargılamasındaki Yeri*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2015, s.30.

³⁹⁴ Gönenç; s.30.

³⁹⁵ Özbek, Murat; “Adli Bilişim Uygulamalarında Orijinal Delil Üzerindeki Hash Sorunları, 1st International Symposium On Digital Forensics And Security (Isdfs’13)”, Elazığ, 20-21 May 2013, s.1.

³⁹⁶ Gürel/ Mengilli; s.83.

³⁹⁷ Henkoğlu; s.6.

³⁹⁸ Say; s.32.

hâkim tarafından veya normal bir birey tarafından o delilin mantık çerçevesinde ele alınabilir ve kabul edilebilir olmasını da ifade etmektedir.³⁹⁹

İkinci bir özellik olarak da elektronik delillerin de fiziki deliller gibi gerçek olması gerektiğini belirtebiliriz. Delilin gerçek olması, olayla ilişkili olan nedensellik bağına açıklayabilecek şekilde doğrudan algılanabilmesi ve mantığa yatkın olmasını ifade eder. Bu unsur, suçun Kanun'da tanımlanmış olan maddi unsurlarından da bir tanesi olarak ifade edilmektedir. Bu bağlamda, gerçekleşen suç ile fail arasında kurulabilecek nedensellik bağı elde edilecek delilin gerçekliğini de yansıtmaktadır.⁴⁰⁰ Gerçeklik ise söz konusu iddiayla bağlantılı olan, iddiayı doğrulayan bir gerçeklik olmasıdır.⁴⁰¹ Delilin gerçek olması ayrıca özündeki verilere, bir diğer deyişle aslına uygun olması, bir nevi yargılamaya konu olayla nedensellik bağının ve mantıksal bağının olmasını da ifade eder. Bundan dolayı elde edilecek elektronik delilin de faille yahut dava konusuyla ilgili olması, arasında nedensellik bağının kurulabilir olması gerektiğini belirtebiliriz.⁴⁰²

Bunlara ek olarak, elektronik delilin yasaya uygun ve güvenilir olması da gerekmektedir. Bu unsurun sağlanması ise elektronik delilin elde edilmesi ve muhafazası aşamalarında gerekli teknik ve yasal usullerin eksiksiz uygulanması ile mümkündür.⁴⁰³ Delilin güvenilir olması, yasada belirtilen usul ve prosedürlere uygun bir şekilde elde edilmiş ve analiz edilerek doğrulanmış olması anlamına gelir. Delilin hem elde edilme hem de analiz edilme şekline ve sürecinden şüphe edilmiyorsa bu delil güvenilirlik unsurunu taşıyor anlamına gelmektedir.⁴⁰⁴ Bu şekilde elde edilmeyen ve analizi yapılmayan bir delilin gerçekliği ve güvenilirliği de tartışılmalı olacaktır. Yine delilin inanabilir olması ise hâkim veya olaya konu taraflar bağlamında açıkça algılanabilir ve inanılabilir olması gerektiğini ifade eder. Delilin başka unsurlarla ve delillerle de kanıtlanabilir olması bu unsurun başka bir boyutudur.⁴⁰⁵ Bu özelliğin, elde edilen tüm olguların veya bulguların normal bir birey tarafından anlaşılabilir ve ikna edici nitelikte

³⁹⁹ Özbek, Murat; s.1.

⁴⁰⁰ Henkoğlu; s.6.

⁴⁰¹ Say; s.32.

⁴⁰² Özbek, Murat; s.1.

⁴⁰³ Gürel/ Mengilli; s.83.

⁴⁰⁴ Özbek, Murat; s.1

⁴⁰⁵ Henkoğlu; s.7, Özbek, Murat; s.1

olması anlamına geldiğini de ifade edebiliriz.⁴⁰⁶ Güvenilirlik unsuru, elde edilen delil konusunda herhangi bir şüphenin olmaması şeklinde yorumlanmaktadır. İnanılır olması ise mahkeme tarafından delilin inanılır ve anlaşılır olmasını yansıtmaktadır. Delilin tam olması, kim tarafından bakılırsa bakılsın aynı sonuca ulaşılmasını ifade etmektedir.⁴⁰⁷

Delilin eksiksiz olması ise yargılamaya konu olay kapsamında elde edilebilecek tüm delillerin toplanması olarak açıklanabilir. Bu failin lehine olabileceği gibi aleyhine olabilecek delillerin de toplanması anlamına gelmektedir. CMK 170.maddede de belirtildiği üzere, elde edilecek deliller, iddianameye konu olaylarla ilgili şüpheli veya sanığın aleyhine yahut lehine olabilecek şekilde ilişkili olmalıdır. Yine delil ile olay arasında sadece maddi olarak değil, manen de nedensel ve mantıksal bağlantı kurulabilen nitelikte olan deliller toplanmalıdır.⁴⁰⁸ Bu bağlamda, bir olayda elektronik deliller söz konusu ise bu delillerin eksiksiz bir şekilde elde edilmesi, incelenmesi ve ayrıca sanık veya şüpheliye dair ilgili tüm delillerin toplanması da gerekmektedir. Bu şekilde adli bilişim yöntemleriyle elde edilen elektronik delillerin herhangi bir sebeple değişmemiş olmasına ve delil bütünselliğinin korunmuş olmasına dikkat edilmelidir. Çünkü delil bütünlüğünün sağlanabilmesinin bir yolu da budur.⁴⁰⁹

Yasaya uygunluk unsuruna baktığımızda ise delil, her ne kadar diğer bütün unsurları taşısa da hukuka aykırı bir şekilde elde edilmişse ya da yasada belirtilen usullerle elde edilmemişse bu durumda delil olarak değerlendirilmeye alınmayacaktır. Bu noktada CMK 134.madde kapsamında belirtilen tedbirler, bu deliller noktasında da geçerli olacak ve bu tedbirlere uygun elde edilmediği takdirde delillerin değerlendirilmeye alınmayacağı ve hukuka aykırı olarak kabul edileceği belirtilebilecektir.⁴¹⁰

Elektronik delillerin kabul edilebilir olması, gerçek olması, eksiksiz şekilde toplanması, güvenilir olması, inandırıcı olması ve yasaya uygun olması gerekliliği bulunmaktadır. Bu kapsamda kabul edilebilir olması, kullanılabilecek şekilde mahkeme önüne sunulması anlamına gelmektedir. Bu ilkenin gerçekleşmemesinin ise olay yerinden

⁴⁰⁶ Henkoğlu; s.7.

⁴⁰⁷ Say; s.32.

⁴⁰⁸ Özbek, Murat; s.1.

⁴⁰⁹ Henkoğlu; s.7; Gürel/ Mengilli; s.83.

⁴¹⁰ Özbek, Murat; s.1; Gürel/ Mengilli; s.84.

kanıtların toplanamaması ve soruşturma aşamasının uzamasına sebebiyet verebileceği belirtilmektedir. Gerçeklik ile kastedilen ise delilin olayla olan bağlantısı ve ispatı sağlamaya yönelik ilişkisinin ortaya konulması olarak yorumlanabilir. Yine delilin eksiksiz olması, toplanırken faile veya fiile ilişkin tüm açılardan değerlendirme yapılarak hem lehe hem de aleyhe şekilde delillerin eksiksiz toplanmasını ifade etmektedir. Çünkü sadece sanığın lehine delillerin toplanması durumunda ya da aleyhe delillerin toplanması durumunda, toplanan elektronik deliller ispat noktasında zayıf bir nitelikte kalabilecektir.⁴¹¹ Delilin güvenilirliği noktasında önemli olan, delillerin toplandığı ve analiz edildiği sürecin anlaşılır ve inanabilir şekilde olmasıdır. Yasaya uygunluk unsuru ise yapılmış olan tüm yasal düzenlemelere uygun olması ve ayrıca CMK 134.maddesinde belirtilen “arama, kopyalama ve el koyma” tedbirlerine uygun hareket edilmesi olarak ifade edilebilir.⁴¹²

Klasik deliller, fiziksel olarak içeriğini yansıtabilen ve görülebilen bir halde bulunmakla birlikte dijital delillerin görülebilmesi ve fiziksel olarak değerlendirilebilmesi için çeşitli teknik yöntem ve araçlarla içeriğine ulaşılması gerekmektedir. Yine klasik delillerin kolaylıkla değiştirilebilmesi mümkün değilken, elektronik delillerin yanlış bir müdahaleyle toplanması durumunda bile değişmesi ve bozulması mümkündür. Ayrıca klasik delillerden farklı olarak, elektronik nitelikteki delillerin dış etkenlerden dolayı bozulması da kolaylıkla mümkün olabilmektedir. Örneğin, elde edilen bir elektronik aygıtın aşırı soğuk veya sıcak bir ortamdan kaynaklı olarak içerisindeki verilerin kaybolması söz konusudur. Bununla birlikte klasik deliller noktasında yapılan değişikliklerin fark edilmesi mümkün iken dijital delillerde gerçekleştirilen bir değişikliğin kolaylıkla fark edilmesi kimi zaman mümkün olamamaktadır. Klasik delillerin uzun bir zaman içerisinde yapı olarak bir değişikliğe uğraması çok mümkün olmasa da dijital delillerin hızla gelişen teknoloji karşısında daha karmaşık bir yapıya ulaşması söz konusu olabilir. Bu durum bir avantaj olabileceği gibi bir dezavantaj da yaratabilir. Yine klasik delillerin niteliğinden kaynaklı olarak, insan müdahalesi olmaksızın zaman içerisinde kendiliğinden değişmesi pek mümkün değildir. Fakat bununla birlikte bir bilgisayar verisinin bulunduğu elektronik ortamdan kaynaklı olarak zaman içerisinde anlaşılabilir hale gelmesi söz konusu olabilir. Ayrıca bunlara ek

⁴¹¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.88- 91.

⁴¹² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.89.

olarak, elektronik delillerin kaynağının tespiti çoğu zaman klasik delillerin kaynağının tespitinden daha zor olabilmektedir.⁴¹³

Bunlardan farklı olarak, fiziksel delilin en belirgin özelliklerinden birisi de sabit bir yapıya sahip olmasıdır. Bu niteliğinden ötürü değiştirilmeleri çok kolay değildir. Fakat elektronik nitelikteki deliller, bilgisayarlar içerisinde yer alan iletişim hatlarında bulunan elektronik bir yapıya sahip olmasından kaynaklı olarak her an değiştirilebilir bir nitelik arz etmektedir. Fiziksel delillerin üzerinde yapılacak bir değişikliğin fark edilmesi bu anlamda kolayken, elektronik delillerin herhangi bir iz bırakılmaksızın değiştirilmesi mümkün olduğundan değişikliğin anlaşılması da fiziksel deliller gibi kolay olmayabilmektedir. Yine elektronik deliller, elde edilme aşamasında da değişikliğe uğrayabilmektedir. Ayrıca bu deliller elde edildikten sonrasında hemen okunması ve yorumlanması içeriği hakkında bilgi sahibi olunması mümkün olmadığından belirli incelemeler sonucunda değerlendirilebilecektir. Bu nedenle elektronik delillerin üzerinde yapılacak herhangi bir inceleme o delilin aslı üzerinde değil, adli bir kopyası üzerinden yapılacaktır. Bunun en büyük sebebi ise orijinal delil üzerindeki verilerin değişmemesi adına yapılan inceleme, orijinal deliller üzerinden yapılmamaktadır. Fakat burada istisnai durumlar söz konusu olabilir.⁴¹⁴

Elektronik deliller ile klasik deliller arasındaki diğer bir fark ise değiştirilme riskinin elektronik delillerde daha fazla bulunmasıdır. Ayrıca diğer bir farkı da elektronik delillerin doğrudan görülememesi oluşturur. Bilindiği üzere, elektronik delillerin ancak bir ekran ya da çıktı aracılığıyla görülmesi mümkündür. Fakat bu şekilde çıktı olarak elde edilmiş olsa dahi delilin kaynağı delilin doğrudan kendisi olacaktır. Bununla birlikte her ne kadar elektronik delillerin klasik delillere oranla belirli dezavantajları söz konusu olsa da bu deliller diğer delillere oranla birçok ek bilgiyi de içeriğinde taşır. Bu anlamda bir elektronik delil elde edildiğinde o delile ilişkin veri girişinin kim tarafından yapıldığı, ne zaman veya hangi cihazdan yapıldığı veya bu verilere herhangi bir müdahale söz konusu olup olmadığı gibi bilgiler de elde edilebilecektir. Bu ek bilgiler ise bu bağlamda

⁴¹³ Gürel/ Mengilli; s.89.

⁴¹⁴ Şahin; s.92.

elektronik delilin vakıayı aydınlatması bakımından daha çok bilgi sahibi olunmasını sağlamaktadır.⁴¹⁵

2.2.2. Elektronik delillerin kendine has özellikleri

Elektronik delil, yargılamaya konu olayla ilgili, elektronik aygıtlarda bulunmuş olan ve yasal olarak davada kullanılabilecek nitelikte depolanmış verilerdir. 13.İnterpol Adli Bilişim Sempozyumunda bu delillerin, “elektronik yapıdaki bir iletimi veya depolanmış değeri kanıtlayan bilgi” olarak ifade edildiği belirtilmektedir. (2001- Fransa Lyon şehri). Bilişim sistemlerine veya belli bir hafızaya sahip olan elektronik araçlardan elde edilen bu veriler kişilerin kaydettikleri, birbiriyle paylaştıkları veya fark etmeksizin kullandıkları sistem ve aygıtlar üzerinde bıraktıkları dijital izlerden oluşur. Bununla birlikte söz konusu bu deliller, kullanım amaçları ve elde edildikleri kaynaklara göre değişiklik gösterebilirler. Bu niteliğiyle bu veriler sadece bilişim suçlarında değil, diğer tüm suçlarda da ispat noktasında kullanılabilir bir nitelikte kabul edilmektedir.⁴¹⁶

Amerika Birleşik Devletleri’nin yapmış olduğu ‘Elektronik Olay Yeri Soruşturması’ şeklindeki kılavuzun içeriğine bakıldığında ise elektronik delillerin özelliklerinin dört ana başlıkta belirlendiği ifade edilmektedir. Bu noktada söz konusu kılavuzdaki özelliklerin, elektronik delilin gizli yapıda olması, kolaylıkla değiştirilebilir ve bozulabilir bir yapı arz etmesi, evrensel ve uluslararası bir nitelik taşıması ve ayrıca zamana bağlı olması şeklinde yorumlanabileceği belirtilmektedir.⁴¹⁷

Öğretiye baktığımızda ise elektronik delillerin taşınması gerekli özelliklerin gizlenmiş veya şifrelenmiş bir formatta bulunması, kopyalanabilir olması, kolaylıkla silinebilir, değiştirilebilir ve bozulabilir olması şeklinde belirtildiğini ifade edebiliriz.⁴¹⁸ Bu özelliklerin, öğretide ve uygulamada genel olarak kabul edilen özellikler olduğunu belirtmekle birlikte biz de elektronik delilin özelliklerini bu dört ana başlık ekseninde ele alarak inceleyeceğiz.

⁴¹⁵ Futtu; s.98; E.2018/3512, E.2015/6113, E.2015/3631, E.2016/4086, E.2016/2310, E.2018/2694 (UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023) Sayılı kararlarda da Yargıtay, elektronik delilin belge niteliği kazanabileceğini ve delil olarak kullanılabileceğini belirtmiştir.

⁴¹⁶ Şahin; s.91.

⁴¹⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.85; Say; s.29.

⁴¹⁸ Çakır/ Çakır; s.146; Değirmenci, Olgun; Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s.58

2.2.2.1 Gizli yapıda bulunma

Bir elektronik delilin diğer delillerden en önemli farkı, doğrudan görülen ve algılanan fiziki bir yapıya sahip olmaması, ancak bir ekran aracılığıyla görüntülenmesi ve gözlemlenebilir olmasıdır. Bu deliller, fiziki bir yapıya sahip olmadığından elektronik cihazlar aracılığıyla belirli bir işlem den geçirilerek ekran veya yazıcı gibi yardımcı aygıtlar sayesinde görülebilir hale getirilmektedir.⁴¹⁹ Örnek vermek gerekirse, bir elektronik mailin ekranda görünüp, çıktısının alınması elektronik delil olarak nitelendirilmiş olacaktır. Fakat bu şekildeki bir elektronik postanın belge üzerinden çıktı olarak alınmış olması söz konusu belgenin veya bu verilerin ne şekilde oluşturulduğu ne zaman veya kim tarafından değiştirildiği, hangi cihazda yapıldığı veya yok edildiyse hangi zaman aralığında yok edildiği hakkında bilgi içermemektedir. Bir dijital fotoğraf makinesiyle çekilmiş olan bir fotoğrafın da hangi ayarla ne zaman ne şekilde çekildiği, hangi kullanıcı tarafından işleme tabi tutulduğu, üzerinde düzeltmeler olup olmadığı, çıktı şeklinde alınan fotoğraftan anlaşılamamaktadır. Bununla birlikte sözleşmeye konu bir senet için denilebilir ki senedin kendisi veya içeriği delilin bizzat kendisini tanımlamakta ve bunun delil niteliği de senedin üzerindeki imzayla belirlenebilmektedir. Fakat elektronik deliller noktasında bundan çok daha fazla bilgiye sahip olunması açısından elektronik delilin fiziki görünümü değil, var olduğu elektronik ortamda taşıdığı yan bilgiler delil niteliği arz edeceği belirtilmekte bu noktada asıl delilin doğrudan elektronik delilin kendi özü olacağı ifade edilmektedir.⁴²⁰

Elektronik deliller, fiziki delillerden farklı olarak, elektronik ortam ve cihazlarda bulunan gizli bir yapıya sahiptir. Bu delillerin sahip olduğu gizlilik unsuru fiziki bir yapıya sahip olmamasıyla da açıklanabilir. Tıpkı bir DNA izi veya parmak izi gibi normalde algılanamayan özel bir yöntemle ortaya çıkarılabilen delil türlerinden olması elektronik delilin, kendi doğal ortamındaki haliyle ele alınması ve ispat sürecinde kullanılmasını imkansız kılmaktadır. Bu nedenle gizli yapısından kaynaklı olarak bu delillerin belirli yazılım ve donanım aygıtlarıyla görünür hale getirilmesi ve ortaya çıkarılması gerekmektedir.

⁴¹⁹ Göksu; s.39.

⁴²⁰ Göksu; s.39-40.

Elektronik delilin özünde ve içeriğinde yer alan elektronik veriler bu delillerin gizlilik unsurunun ana yapısını oluşturmaktadır. Bu noktada söz konusu deliller için makine diliyle kodlanmış olan ve özel yöntemler uygulanan adli bilişim usulleriyle toplanması ve analiz edilerek mahkemeye sunulması beklenecektir. Yine bu delillerin özel yöntemlerle toplanması o delilin hassasiyeti bağlamında da bir gösterge niteliği taşıyacaktır. Çünkü bu deliller hassas oluşundan kaynaklı olarak, fiziki delillere oranla kolaylıkla değiştirilebilir ve bozulabilir bir yapıya sahiptir. Bundan kaynaklı olarak da söz konusu bu delillerin bir an önce görünür bir hale getirilip bilişim yoluyla analiz edilerek hassasiyetle elde edilmesi ve muhafaza edilmesi gerekecektir.⁴²¹

Elektronik delillerin gizli bir yapıda bulunması, ortaya konulabilmesi için özel cihaz ve sistemlerin gerekliliğini de ifade etmektedir. Belirli yöntemler uygulanmaksızın bu delillerin ortaya çıkarılması veya incelenmesi, bu özelliğe sahip olmasından dolayı mümkün değildir.⁴²² Yine elektronik delillerin bu şekildeki özelliğinden kaynaklı olarak, delil niteliği kazanabilmesi ve kullanılabilmesi açısından elde edildiği ortamın ve sistemin bir bütün olarak incelemeye tabi tutulması gerektiği ifade edilmektedir.⁴²³ Bununla birlikte gizli yapıda olmasının bir sonucu olarak bu delillerin elde edilmesi için özel yazılım incelemelerine ihtiyaç olacaktır. Çünkü bu deliller yapısal olarak değişikliğe uğrayabilir veya silinebilir bir formattadır.⁴²⁴ Bu nedenle bu delillerin içeriğinde yer alan verileri anlayabilmek için mutlaka bir uzman tarafından, gerekli teknik alet ve cihazlar ile nicel gözlemler yapılmalıdır. Çünkü genellikle makine dili ile kodlanmış olan bilgiler yine bir makine tarafından yorumlanmaktadır.⁴²⁵

Bu noktada elektronik delillerin normal delillerden bir farkı da bütünden bağımsız bir şekilde değerlendirilmemesi ve incelemeye tabi tutulmasıdır. Çünkü bir mektup, senet veya bir belge tek başına delil olabilecekken elektronik deliller bütün bir sistem ve elektronik ortam incelenerek delil niteliğine haiz olabilirler. Yargılamaya konu olayda bir tarafın doğruluğunu kabul etmediği bir elektronik delil bu anlamda tek başına hükme esas alınamamaktadır. Bu noktada elektronik delilin ispata konu olması ve hükme esas

⁴²¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.85.

⁴²² Çakır/ Çakır; s.146.

⁴²³ Yargıtay 16.CD; E.2017/3067, K:2018/504, T. 27.02.2018, UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023.

⁴²⁴ Süzen, Ahmet Ali; Adli Bilişim İçin Ram İmajı Alınarak Elektronik Delil Elde Etme, Süleyman Demirel Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Isparta, 2018, s.11.

⁴²⁵ Gürel/ Mengilli; s.82.

alınabilmesi için doğrulanması genel kural niteliğinde olacaktır. Bu durumun ise ancak sistemin bir bütün olarak incelenerek doğruluğunun teyit edilmesiyle mümkün olacağı kabul edilmektedir. Nitekim bir e-postanın doğruluğu, internet servis sağlayıcısının kayıtlarıyla teyit edilebilecektir. Bu şekilde zamanı gönderen kişinin kim olduğu, güvenli elektronik imza ile imzalanıp imzalanmadığı ve içeriğinin neyi yansıttığı belirlenebilecektir.⁴²⁶ Tüm bu nedenlerden dolayıdır ki elektronik delilin delil olarak kabul edilip kullanılabilmesi, fiziki delillere oranla daha zor bir nitelik oluşturmaktadır.⁴²⁷

Bilişim suçları noktasında yaşanan en büyük sıkıntılardan bir tanesi bu suçların tespit ve değerlendirilmesinde teknik ve hukuki bilginin birlikte kullanılabilmesidir. Çünkü bu suçlar sanal ortamda gerçekleşmesinden kaynaklı olarak fiziksel bir yapıya sahip olmayıp algılayış biçimi olarak fiziksel ortamda işlenen suçlara oranla zorluk yaratabilmektedir. Bunların tespit edilmesi ve yargılanması noktasında delillendirme, bu nedenle fiziki ortamda gerçekleştirilen suçlara oranla çok daha önemlidir.⁴²⁸ Bu suçlar kapsamında dijital delillerin en yaygın örnekleri ise sunuculara ait kayıt dosyaları, web sayfalarında yer alan herhangi bir internet geçmişi, abone kayıtları veya dijital şekildeki fotoğraf ve videolar, silinmiş olan belgelerden elde edilen kurtarılmış veriler şeklinde sayılabilecektir.⁴²⁹

2.2.2.2. Kolaylıkla değiştirilebilir, bozulabilir ve yok edilebilir olma

Elektronik deliller, dijital bir format ile oluşturulmuş ve elektrik enerjisiyle kullanılabilir hale getirilmiş verilerden oluşur. Dijital bir formata sahip olmasından kaynaklı olarak, bu verilerin herhangi bir elektrik kesintisinde silinmesi veya kaybolması ihtimali ile karşı karşıya kalınabilmektedir. Çünkü elektronik niteliğe sahip olan bu veriler, elektronik müdahalelerle silinebilmektedir. Bu ihtimalin önüne geçebilmek adına bu delillerin korunması noktasında belirli özelliklere sahip anti-manyetik nitelikteki odalar veya dolaplarda saklanması gerekmektedir. Bu şekilde tıpkı değerli maden veya eşyaların emanete alınması gibi elektronik delillerin de özel düzenlemelere tabi olarak korunması sağlanabilmelidir.⁴³⁰ Bu nedenle bu delillerin silinmesinin, kaybolmasının

⁴²⁶ Göksu; s.41.

⁴²⁷ Göksu; s.42.

⁴²⁸ Bu kapsamda gerçekleştirilmiş bir bilişim suçunda elde edilen elektronik delillerin ilgili birimlere sunulması, “dijital delillendirme” olarak adlandırılmaktadır, Uzunay/ Koçak; s.2-3.

⁴²⁹ Uzunay/ Koçak; s.3.

⁴³⁰ Çakır/ Çakır; s.146.

veya değiştirilmesinin önüne geçebilmek adına gerekli teknik uzman ekip tarafından incelenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁴³¹

Bu deliller yapısı gereği hassas olduğundan, yanlış yapılacak bir işlem veya inceleme sonucunda kolaylıkla değiştirilebilir veya tahrip edilebilir şekilde bir sonuca sebebiyet verebilmektedir. Bundan dolayı bu delillerin toplanması, muhafaza edilmesi veya incelenmesi aşamalarında özel usul veya önlemlerin alınması gerekmektedir. Aksi halde bu delillerin kullanılamaz bir hale gelmesi veya delillerden elde edilen sonuçların yanlış yönlendirmesi durumu söz konusu olabilecektir.⁴³²

Suç Eşyası Yönetmeliği'nin 9. maddesinde buna ilişkin bir hüküm yer almakta olup, bu tarz bilgisayar veya bilgisayar sistemlerinden elde edilecek olan ses veya görüntü kayıtlarının bozulmalarını engellemek açısından, gerekli hassas ortamda muhafaza edilmesi hükmü yer almaktadır. Bununla birlikte elektronik delillerin hassasiyet teşkil eden bazı özellikleri de şu şekilde açıklanabilecektir. İlk olarak denilebilir ki bu deliller, mekandan bağımsız bir şekilde olduğundan toplanması zor bir yapı teşkil eder. Yine bu delillerin gizli ve fiziki olmayan bir yapısı olduğundan, fiziki bir boyuta dönüştürülmesi ve o şekilde yargılamada kullanılabilir olması gerekmektedir. Bu da fiziki delillere oranla süreci daha zahmetli kılan bir durumdur.⁴³³

Bu tarz delillerin elektronik ortamda bulunuyor olması sebebiyet verdiği suça ilişkin başlangıcının tespiti veya sanığa ulaşılması noktasında da zorluk yaratmaktadır. Ayrıca bu deliller, belirli bir ısı veya nem gibi dış etkenler sonucu verilerde değişiklik yaşanması ve tekrar incelenmesi noktasında sorunlar doğurabilmektedir. Bu durumun ise her şeyden önce bu delillerin güvenilirliğini şüpheye düşüreceği ifade edilmektedir. Bunlara ek olarak, bu delillerin kolaylıkla değiştirilebilmesi ve yok edilmesi mümkün olduğundan ve zaman olarak da kısa bir dilim yeterli olduğundan, bu nitelikteki bir delilin olduğu ihtimali gündeme geldiğinde derhal toplanması ve korunması gerekecektir. Yine buna ilişkin yapılacak yasal düzenlemenin de elektronik delilin bu özelliği göz önünde bulundurularak yapılması ayrıca temel hak ve özgürlükler noktasında sınırlamanın da net bir şekilde belirlenmesi gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda elektronik delillerin

⁴³¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.86.

⁴³² Berber; s.44.

⁴³³ Çakır/ Çakır; s.146.

toplanması ve korunması noktasında gerekli usuller, adli bilişim uzmanların bilgisini ve adli bilişim organlarının çalışmasını gerektirmektedir. Ancak bu şekilde gerçekleştirilen bir delil toplama süreci elektronik delilin güvenilirliği noktasındaki şüphelerin aşılmasını sağlayabileceği ifade edilmektedir.⁴³⁴

Fiziki deliller, yok edildiği veya ortadan kaldırıldığı durumda geri getirilmesi imkânsız bir hal taşımakta ve bu şekilde bunların artık kullanılması ve delil olarak kabul edilmesi mümkün olamamaktadır. Fakat elektronik delillerde bu durum o kadar kolay değildir. Çünkü elektronik bir delilin yok edilmiş olması durumunda bunun sistem tarafından veya kullanıcı tarafından oluşturulmuş yedeklerinin bulunması ve elektronik delil niteliği taşıyacak verilerin geri getirilmesi günümüz teknolojisinde mümkündür. Bu şekilde bilgisayar üzerinde silinmiş olan bir verinin aslı yedeklerden bulunabilecek ve o dosyanın verinin özellikleri ne zaman silindiği veya ne zaman oluşturulduğu belirlenebilecektir.⁴³⁵

Bu anlamda elektronik delillerin kolay bir şekilde yok edilemeyeşi bu delilleri, fiziki delillerden daha avantajlı konuma da getirebilmektedir. Fakat bununla birlikte bu özellik, elektronik delilin sahip olduğu bir dezavantaj da olabilmektedir. Çünkü elektronik deliller, fiziki delillere oranla daha açık bir nitelik kazanmaktadır. Bir senet veya bir fotoğraf üzerinde değişiklik yapıldığı kolaylıkla belirlenebilirken, ulaşılan teknolojik gelişmeler sonucunda bir elektronik veri üzerinde değişiklik yapıp yapılmadığı kimi zaman belirlenememektedir. Kısaca elektronik delilin değiştirilmesi kolay iken, bu değişikliğin tespiti oldukça zordur. Bu durum, elektronik deliller noktasında en büyük dezavantajlarından bir tanesi olarak kabul edilmektedir. Bu noktada taraflar arasında bir iddia söz konusuysa mahkemenin elektronik delili teknik uzmanlara inceletmesi ve değişiklik olup olmadığını tespit ettirmesi gerekmektedir. Fakat teknik bilirkişilerin, elektronik delili ve elektronik delilin elde edildiği cihazları, elektronik ortamları bir bütün olarak inceleyerek tespitini gerçekleştirmesi ve elektronik delilin güvenilirliği de sağlandığı durumda, hükümde delil olarak esas alınması kabul edilebilecektir. Bununla birlikte bu durum, sadece elektronik delilin elde edildiği aşamada söz konusu olmayıp, tüm yargılama süreci boyunca elektronik delillerin değiştirilmesi tehlikesi mevcut olabilmektedir. Bu nedenle elde edilen bir elektronik delilin incelemeye

⁴³⁴ Çakır/ Çakır; s.147.

⁴³⁵ Göksu; s.42.

tabi tutulduktan sonra da güvenli bir şekilde muhafaza edilmesi, delilin bütünlüğünün sağlanması ve ispat açısından kullanılması için oldukça önemlidir.⁴³⁶

Kolay değiştirilebilir özelliğinin bir diğer sonucu ise elde edilmesi aşamasında yaşanan herhangi bir gecikmenin, elde edilecek delilin değişikliğe uğramasına sebebiyet verebilmesidir. Bu nedenle mahkemenin yargılamanın uzaması ve elektronik delilin değişikliğe uğraması ihtimalini göz önünde tutarak söz konusu delilleri tespit edip muhafaza altına alması gerekmektedir.⁴³⁷

2.2.2.3.Yaygın ve uluslararası nitelikte olma

İletişim teknolojisinin gelişerek bilgisayar ağlarının tüm dünyaya yayılması, ülke sınırları içerisinde işlenen suçların da internet aracılığıyla tüm ülkelerde işlenmesine neden olmuştur. Bu durum ise her şeyden önce internet üzerinde gerçekleşen bir fiil bakımından denetlenme ve delil elde etme problemini doğurmuştur. Bu şekilde ‘sınır ötesi’ adı verilen bir suç kavramı dahi ortaya çıkmış ve bu konuda ulusal ceza hukukunun uygulanabilirliğinin sınırı tartışma konusu olmuştur. Çünkü kimi ülkelerde suç olarak düzenlenen ve kabul edilen bazı fiiller bir başka ülkede suç olarak kabul edilmeyebilmektedir.⁴³⁸

Bilişim teknolojisinin gelişmesiyle birlikte internet ağları, dünyanın tamamını kaplar bir hale gelmiştir. Bu gelişimin bir sonucu olarak, elektronik delilin kaynağı olan elektronik veriler de dünya çapında bir yaygınlık göstermiştir. Bu nedenle elektronik delili barındıran herhangi bir suç tipi, yer ve zaman kavramı söz konusu olmaksızın karşımıza çıkabilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, elektronik delilin yaygınlığı ve evrenselliğinden bahsedebiliriz. Bu özellik elektronik delilin kendi özünden ziyade teknolojinin bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır. Örneğin, internet üzerinden farklı ülkeler arasında gerçekleştirilen iki kişi arasındaki bir yazışma, bir suç içeriğine dönüştüğü anda elektronik delillerin de bulunduğu bir ortam haline bürünecektir. Veya internet üzerinden bir online satış sitesinde yapılmış olan, yabancı bir ülkeye ait satış işlemi de elektronik

⁴³⁶ Göksu; s.43.

⁴³⁷ Göksu; s.44.

⁴³⁸‘Sınırötesi suç’ kavramı ve beraberinde getirdiği sorunlar hakkında bkz., Özbek, Veli Özer, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları; s.113-128.

delili barındıran bir ortam olarak kabul edilecektir. Bu örneklerden de görüldüğü üzere, elektronik delillerin elde edilmesi noktasında herhangi bir coğrafi sınırın, zaman veya mekanın önemi kalmamaktadır. Fail veya mağdurun karşı karşıya kalmasını bile gerektirmeksizin elektronik ortamda işlenen bir suç için elektronik delillerin toplanması büyük önem arz etmektedir. Bu özellik elektronik delilin en büyük dezavantajlarından biri olarak da kabul edilmektedir. Çünkü bu şekildeki internet ortamı üzerinden gerçekleşen sınır aşan bir suçta, elektronik delilin elde edilmesi için dünyanın başka bir ucunda yer alan bir bilgisayarın incelenmesi gerekebilecektir. Ve bu durum da bu delillerin elde edilmesini ve incelenmesini zorlaştıran bir durumdur.⁴³⁹

İletişim dünyasında gerçekleşen gelişmelerin sonucu olarak insanların yoğun bir şekilde kullandığı internet ağları, aynı zamanda en büyük olay yeri olmaktadır. Çünkü kasten hareket eden kötü niyetli insanlar da internetin getirmiş olduğu bu kolaylığı kullanarak sınırları aşacak şekilde dünyanın farklı ülkelerinde yer alan bilgisayar sistemlerini zarar verebilmektedir. Bu şekilde işlemiş oldukları suça masum bir kimsenin bilgisayarını veya bilgisayar sistemini dahil edebilmektedir. Bu nedenle bu suçlarda olay yeri, bir alan veya ülke sınırından ziyade dünyanın geneline yayılmış soyut bir coğrafyayı ifade etmektedir.⁴⁴⁰ İnternetin uluslararası bir yapıya sahip olmasının yanında zaman ve mekan kavramlarını içermiyor oluşunun, üzerinde bir yönetim ve denetim mekanizmasının kurulmasını teknik olarak imkânız kıldığı belirtilmektedir.⁴⁴¹ Bu nedenlerle de elektronik delillere ilişkin söz konusu bu durum, ulusal hukuktan ziyade bir uluslararası ceza hukuku sorunu olarak kabul edilmektedir.⁴⁴²

2.2.2.4. Tekrar elde edilebilir olma

Son olarak tekrar edilebilirlik özelliğinden bahsetmek gerekirse, bu özelliğin elde edilmiş olan elektronik delilin, farklı kişiler tarafından farklı zamanlarda aynı yöntem kullanılarak elde edilebilmesi anlamına geldiğini belirtebiliriz.⁴⁴³ Yine benzeri şekilde elde edilen delillerin mahkemeye sunulması için farklı zamanlarda farklı kişiler

⁴³⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.86.

⁴⁴⁰ Say; s.30.

⁴⁴¹ Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları; s.149.

⁴⁴² Özbek, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları; s.113-128.

⁴⁴³ Henkoğlu; s.7; Saraydere; s.12.

tarafından aynı usul ve yöntemlerle ulaşılabilmesi olarak da ifade edilebilir.⁴⁴⁴ Ayrıca bu özellik, daha sonra ele alınabilirliği, tekrar edilebilirliği ve elde edildikten sonra üçüncü şahıslar tarafından da aynı yöntemlerle tekrar ulaşılabilirliği anlamlarına da gelmektedir.⁴⁴⁵

Bu özellik bakımından can alıcı nokta ise daha önceden incelemesi tamamlanmış bir doküman için tekrar incelendiğinde ilk incelemenin sonuçlarıyla benzer şekilde sonuç elde edilebilmesidir. Buna örnek olarak, ilk inceleme kapsamında elde edilen dosya sayısı ile yapılacak ikinci incelemede elde edilecek dosya sayısının küçük bir toleransla mazur görülebilecek bir farklılık içermesi dışında büyük oranda benzer olmasının sağlanması verilebilir.⁴⁴⁶

2.3. Elektronik Delile İlişkin Karşılaşılan Sorunlar

Elektronik delillerin dağınık bir yapıya sahip olması, elde edilmesi noktasında oldukça zorluk yaratan bir unsurdur. Bu nedenle elde edilen verilerin hangilerinin kullanışlı olduğunun tespit edilerek uygun bir şekilde ortaya çıkarılması ve yorumlanabilir bir hale dönüştürülmesi gerekmekte olup bu ise ancak uzman kişiler tarafından hassasiyetle yapılabilecek bir çalışmayı ifade etmektedir. Ayrıca bu delillerin dijital nitelikteki verilerden oluşmasından kaynaklı olarak soyut halden somut hale dönüştürülmesi ve bu işlem tamamlandıktan sonra suça ilişkin ispat edici nitelikteki bulguların içerisinden alınması gerekmektedir. Bu özelliğinden kaynaklı olarak da elektronik verilerin yüzde yüz şekilde delil olarak ispatta kullanılmasında sorunlar ortaya çıkabilmektedir.⁴⁴⁷ Bunun bir sonucu olarak bu delillerin bütünlüğü, doğrulanması, inkar edilememesi, doğruluğu, sonradan ele alınabilirliği şeklinde belirli dezavantajlarının söz konusu olabileceği kabul edilmektedir.⁴⁴⁸ Bununla birlikte zaman faktörü de elektronik verilerin, delile dönüştürülmesinde oldukça önemlidir. Çünkü gerekli zaman içerisinde elde edilmediğinde delillerin kaybolması veya yok olması söz konusu olabilmektedir. Bu

⁴⁴⁴ Gürel/ Mengilli; s.84.

⁴⁴⁵ Uzunay/ Koçak; s.3.

⁴⁴⁶ Ekim, Ahmet, s.51.

⁴⁴⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.89.

⁴⁴⁸ Uzunay/ Koçak; s.3.

nedenle zaman faktörü de elektronik delillerle ilgili karşılaşılan sorunlardan biri olarak kabul edilmektedir.⁴⁴⁹

Öncelikle elektronik delilin bütünlüğünden kaynaklı olarak yaşanan dezavantajdan bahsetmek gerekirse, bu özelliğin söz konusu bu delillerin kolaylıkla değiştirilebilmesi veya yok edilebilmesi noktasında toplandığı belirtilebilir. Bu durumun ise elektronik delillerin bütünlüğünün sağlanmasını oldukça zorlaştırdığı kabul edilmektedir.⁴⁵⁰ Elektronik delillerle ilgili karşılaşılan bu sorun ayrıca bu delillerin mahkeme aşamasında sunulmasına kadar bütünlüğünün sağlanarak muhafaza edilebilmesinde de sorun teşkil etmektedir.⁴⁵¹

Tüm bunlara ek olarak, bu delillerin kolay bir şekilde değiştirilebilmesi soruşturma aşamasındaki görevli makam veya kişileri yeni sorunlarla da karşılaştırabilmektedir. Failin bizzat kendisi tarafından elektronik delilin elde edilmesinde değişiklik yapması veya yanlışlıkla buna sebebiyet vermesi de oldukça muhtemel bir durumdur. Ayrıca elde edilen elektronik delilin aidiyet tespiti de kolaylıkla mümkün olmamaktadır. Doğrudan bir bilişim sisteminin elde edilmiş ve o sistemden veriler toplanmış olması durumunda söz konusu sistemdeki veya söz konusu bilgisayardaki malikin veya sahibinin kim olduğu bulunabileceği belirtilmektedir. Fakat bununla birlikte kötü niyetli veya casus nitelikli bir yazılım kullanılarak bir suç işlenmesi durumunda, bilişim sisteminin araç olması söz konusu olacağından bu sistemdeki veriler ile suçun failleri arasında bağlantı kurmak pek de kolay olmayacaktır.⁴⁵² Bu noktada elektronik delili destekleyebilecek nitelikte başka fiziki deliller varsa onların da toplanması, elektronik delilin aidiyet tespiti ve ispata kullanılması açısından daha etkili olacaktır. Sadece soruşturma kapsamında tek bir elektronik delil elde edilmesi söz konusuysa bu durumda şüphenin göz önünde bulundurulması ve sanık lehine yorumlanması gerekmektedir.

Bununla birlikte doğrulanmasından anlaşılması gereken ise bir elektronik delilin elde edildikten sonra mahkemeye sunulması sürecinde o delilin kime ait olduğunun ispatlanması olduğu ifade edilecektir. Çünkü elde edilen delilin veya verilerin sanık

⁴⁴⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.89.

⁴⁵⁰ Uzunay/ Koçak; s.3.

⁴⁵¹ Saraydere; s.11.

⁴⁵² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.90.

tarafından veya elde edildikten sonra polis tarafından oluşturulduğu yahut değiştirildiği iddia edilebilir. Bu noktada doğruluğunun sağlanması, ele geçirildiği sırada yasa da belirtilen tekniklerin kullanılıp kullanılmadığına bakılarak anlaşılabilecektir. İnkâr edilememesi noktasında beklenen ise delilin nerede, ne şekilde ele geçirildiği veya içeriğinde taşıdığı unsurların ne olduğunun bilinmesi, delil sahibinin daha sonradan bunu inkâr edememesi şeklinde bir sonuca varılabilmesidir.⁴⁵³

Fiziksel delillere oranla elektronik delillerin bilinçli veya bilinçsiz müdahalelere daha duyarlı oluşu bu delillerin orijinallikleri sorununu gündeme getirmektedir. Bu bakımdan orijinalliğin korunabilmesi ve daha güvenilir bir yapı taşıması için elektronik delilleri iyi bilinen toplama teknikleri ile toplamak gerekmektedir. Ayrıca elde etme yöntemlerinin tekrarlanabilir olmasının da orijinallliği destekleyeceği belirtilmektedir.⁴⁵⁴

Uygulamada yaşanan en büyük sıkıntı bu anlamda dijital delilin güvenilirliği sorunudur. Elektronik delilin güvenilirliği sorunu, bu delillerin orijinallliği ile ilişkili olup Yargıtay kararlarında üzerinde hassasiyetle durulan bir noktadır.⁴⁵⁵ Elektronik delillerin ne zaman ne şekilde oluşturulduğu, değiştirilip değiştirilmediği çoğu zaman tespit edilememekte bu nedenle söz konusu deliller tek başına kullanılmasına genellikle imkân bulunamamaktadır. Bundan dolayı da diğer delillerle beraber desteklenmesi ve doğrulanması bir zorunluluk arz etmektedir. Fakat bazı durumlarda elde edilen tek delilin elektronik delil olması mümkündür. Bu tarz bir durum söz konusu olduğunda delilin titiz bir şekilde elde edilip incelenmesi ve şüphey e yer bırakmayacak şekilde değerlendirilmeye alınması gerekmektedir. Zira herhangi bir şüphenin olması durumunda söz konusu şüp he, sanık lehine yorumlanacak ve mahkûmiyet hükmü verilemeyecektir. Elektronik delillerin niteliği göz önüne alındığında bu şüphenin düzeyi daha da artacaktır.⁴⁵⁶ Fakat bu noktada yaşanan sıkıntılar, elektronik delilin var olup olmadığı ya da nerede bulunduğu o delile erişilip erişilemeyeceği ve elde edilerek ispatta kullanılıp kullanılamayacağı şeklindedir.⁴⁵⁷

⁴⁵³ Uzunay/ Koçak; s.3.

⁴⁵⁴ Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.169.

⁴⁵⁵ Yargıtay, 6.CD; E.2010/6992, K:2010/13757, T.19.07.2010; Yargıtay, 13.CD; E.2011/28624, K:2013/172, T.14.01.2013, UYAP, Erişim Tarihi:22.07.2023.

⁴⁵⁶ Arslan; s.263.

⁴⁵⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s..67

Bütün bunlara ek olarak, gerçekleşen diğer bir sorun ise elde edilecek olan elektronik delilin kimi zaman suç ile hiçbir ilgisi olmayan kişilerin kişisel verilerinin saklandığı sistemlerde bulunabilmesidir. Bu noktada söz konusu sistemlerden elde edilecek verilerin, kişisel nitelikte bilgilerin ifşası veya özel hayatın gizliliğinin ihlaline sebep verebilmekte ve bu şekilde mağduriyetler gerçekleştiği halde elektronik delillerin elde edilememesi de söz konusu olabilmektedir. Bundan dolayı delil elde edilmesi sürecinde özel hayatın gizliliğinin korunacak şekilde menfaat dengesinin gözetilmesi gerekmektedir.⁴⁵⁸

Elektronik delillerin internet üzerinden işlenen suçlarda elde edilme oranının gittikçe artmış olması, bu suçların dünyanın herhangi bir yerinde kolaylıkla işlenebilmesi bu delillere ilişkin ülkesellik ve yetki sorunlarını ortaya çıkarabilmektedir. Örneğin, Türkiye’de işlenen bir suçun dünyanın başka bir ucunda sonuç doğurması veya tam tersi bir durumun gerçekleşmesi günümüz teknolojisinde oldukça muhtemeldir. Bu durumda elektronik delilin elde edilmesi veya elde edileceği sistemlere ulaşılması oldukça güçtür. Bu sorunun çözümü uluslararası yardımlaşma sözleşmeler ile mümkün gözükmemektedir. Fakat kavramlara veya suç tanımlarına ilişkin bu şekilde değişkenliğin ve ülkeden ülkeye farklılıkların olması çözüm noktasında yetersiz kaldığını gösterebilmektedir.⁴⁵⁹

Elektronik delillerle ilgili karşılaşılan sorunlardan yine bir tanesi de veri çeşitliliğinin ve hacimsel fazlalığın söz konusu olmasıdır. Yapılan bir araştırmaya göre dünyada kullanılan mobil cihazlardaki artış insan nüfusunun sayısını geçmektedir. İnternet kullanıcı sayısı ise dört milyara yaklaşmıştır. Bu rakamların en büyük sonuçlarından biri depolanan ve akışı sağlanan verinin büyüklüğünü de ortaya koymasındır. Buradaki büyüklükten kasıt sadece hacimsel nitelikte değildir. Sosyal medyalarda yapılan fotoğraf, video ve benzeri tüm paylaşımlar ile ağlarda yer alan tüm veriler bu hacimsel büyüklüğün kapsamına girmekte olup müthiş bir veri çeşitliliğine de neden olmaktadır.⁴⁶⁰ Bu şekliyle elektronik delillerin içeriğinde taşıdığı veri miktarının çok fazla olması hususu, Anglo-Amerikan hukuk sistemi kapsamında karşılaşılan en büyük sorunlardan biri niteliğinde kabul edilmektedir. Nitekim bir haksız rekabet

⁴⁵⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.91-92.

⁴⁵⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.91.

⁴⁶⁰ Atalay Muhammet, Çelik Enes, Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları, Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi Cilt.9 Sayı.22 2017, Aralık (S.155-172), S. 158.

davasında, iki ayrı kurumsal şirketin kendi içerisindeki yazışmalarının ve e-postalarının incelenmesi veya fiziki bir hale getirilmesi, binlerce sayfa ve doküman oluşturacağından mahkeme için çok büyük bir iş yükü ve inceleme zorluğu getirebilecektir. ABD hukukunda elektronik deliller bağlamında karşılaşılan en büyük sorunlardan birisi bu şekilde açıklanmaktadır.⁴⁶¹

Bu anlamda en büyük sorunlardan bir tanesi de hayatın her alanına yayılan teknolojiyle birlikte bu teknolojinin üretmiş olduğu verilerin depolanması konusudur. Mobil cihazlardan akıllı cihazlara her biri bakımından çeşitli ve fazlasıyla büyük hacimli cihazlar aynı şekilde büyük boyutlu verilere de sebebiyet vermektedir. Bu gelişmeler üretilen verilerin çeşitliliğine neden olmakla birlikte onların toplanma hızı veya miktarı noktasında ciddi dezavantajlar oluşturmaktadır. Bunlara ilaveten bulut bilişimin de günlük hayatta kullanılmaya başlanmasıyla ağlar üzerinden aktarılan muazzam nitelikte bir veri hacmi de gündeme gelmiştir.

“Big data”⁴⁶² olarak adlandırılan ‘büyük veri’ kavramı, bu bağlamda son yıllardaki en tartışmalı kavramlardan biri niteliğinde olmuştur. Bu kavram tanımlama olarak, geleneksel nitelikteki veri işleyebilen araçlar ile incelemesi ve analizi gerçekleştirilemeyen ve yönetilemeyen nitelikte büyük veri setleri olarak tarif edilmektedir.⁴⁶³ Büyük veri kavramı üzerinde öğretilerde görüş birliğine henüz varılamamış, genel kabul gören bir tanımlama yapılmamıştır. Ve hatta birçok hukuk sisteminde hukuksal bir kavram niteliğine bile bürünmemiş olduğu belirtilmektedir. Veri sözcüğüyle yakından ilişkili olan bu kavram, genel bir ifade biçimi olarak kullanılmaktadır. Bu bağlamda veri setlerinin, veri bilimi ve tahmini çözümlemeleri için kullanılması şeklinde tanımlanmaktadır. Bir diğer deyişle büyük veri kavramı, çeşitli sayıda kaynaklardan oluşan bir veri havuzunun analiz edilerek, işlenebilir ve anlamlı bir hale getirilmesi veya

⁴⁶¹ Göksu; s.44-45.

⁴⁶² Literatürde büyük veri kavramını ilk kez 1990 yılında kullanan John Mashey olmuştur. Bu kavram, ilk zamanlar sadece bilgisayar bilimleri ve istatistik bilimleri ile ilgiliyken daha sonraları sağlık, ekonomi ve ar-ge araştırmaları dahil günlük hayatın her noktasıyla ilişkili bir hale gelmiştir. Günlük yaşamın ve çalışma hayatının her noktasında hızla artan dijital dönüşüm, büyük veri kavramının da devasa boyutlara gelmesine neden olup bu kavramın boyutunu ifade etmek için farklı birimler belirtilmiştir. Eravcı.; s.94. Büyük Veri kavramı genel bağlamda İngilizce kelime karşılığından kaynaklı olarak “3V” ile açıklanmaktadır. Bunlar çeşitlilik (variety), hacim (volume) ve hız (velocity) olarak belirtilmektedir, Sağiroğlu, Şeref; Demirezen, Mustafa Umut; Yapay Zekâ ve Büyük Veri: Teknolojiler, Yaklaşımlar ve Uygulamalar, s.65; Taşdemir, Özgür; Ceza Adaletini Dijitalleştirmek, Büyük Veri Vicdani Kanaate Karşı, s.39-40.

⁴⁶³ Atalay/Çelik; s.156.

bir sınıflandırma biçimi kazandırılması olarak açıklanmaktadır.⁴⁶⁴ Farklı bir açıklamayla da büyük veriyi, geleneksel nitelikli yöntemlerle toplanması ve çözümlenmesi imkansız nitelikte bulunan devasa boyuttaki veri kümelerinden oluşan ve bu kümeler üzerinde yeni algoritma ve teknolojiler kullanarak bir hakimiyet kurulması şeklinde belirtebiliriz.⁴⁶⁵

Büyük verinin elde edilebileceği pek çok kaynak söz konusudur. Kişilerin günlük hayatta temasta bulunduğu her teknoloji aygıtından veri bırakması ve dijital iz oluşturmaları bu durumun en büyük özetidir. Operatörler üzerinde yer alan arama kayıtlarından tutup trafikte bulunan Mobeselerdeki tüm görüntülere kadar, internetteki her işleminden tutup sosyal medyada gerçekleştirilen tüm fiillere kadar her şey büyük veri kapsamına girmektedir.⁴⁶⁶ Bu bağlamda büyük veri kavramının tanımını yapmak gerekirse, “geleneksel veri tabanları ile kabul edilebilir bir zaman zarfında işlenemeyecek kadar büyük hacimli ve karmaşık yapıda bulunan veri setleri koleksiyonu olarak” ifade edilebilir.⁴⁶⁷

Bununla birlikte, elektronik delillerle elektronik olmayan delillerin aynı suç kapsamında bulunması, bir diğer deyişle elektronik deliller elde edilirken fiziki delillerin ya da klasik delillerin de olma ihtimali söz konusu olabilmektedir. Bu nedenle klasik nitelikteki diğer delillerin de kurtarılması ve saklanması için uygun yöntemlerin ve tedbirlerin uygulanması gereklidir. Çünkü bu deliller daha sonradan elektronik delillerin incelenmesi veya yorumlanması noktasında önemli sonuçlar verebilirler. Elektronik delilin elde edildiği bir olay yerinde yazılı bulunan bir bilgisayar şifresi veya yazılım donanımına ilişkin bir el kitabı veya grafik şeklindeki bir bilgisayardan alınmış çıktı veya fotoğraf daha sonra yapılacak bütünsel analizde etkili olabilecektir. Bu nedenle, elektronik nitelikli olmayan delillerin de emniyet altına alınması ve gerekli önlemler kapsamında muhafaza edilmesi gerekmektedir.⁴⁶⁸ Ayrıca gerçekleştirilen tüm bu adli süreç kaydedilip raporlanmalıdır. Bu şekilde delilin bütünlüğünün bozulmaması ve uzman kişiler tarafından elde edilmesi sağlanabilecektir.⁴⁶⁹

⁴⁶⁴ Taşdemir; s.39.

⁴⁶⁵ Taşdemir; s.40.

⁴⁶⁶ Eravcı; s.104, Mobese: Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu.

⁴⁶⁷ Sağıroğlu/Demirezen; s.65.

⁴⁶⁸ Berber; s.68.

⁴⁶⁹ Say; s.33.

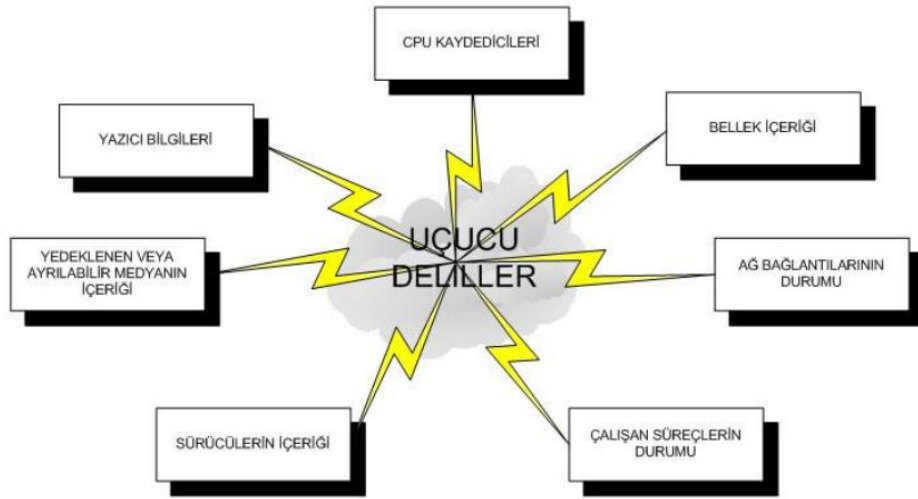
Kimi zaman elektronik aygıtın kendisi de elektronik delil ihtiva edebilmektedir. Bu nedenle bir aciliyet durumu olmadığı takdirde söz konusu aygıtlarla işlem yapılmaması ve bunların da ayrıca elektronik delil niteliğinde olabileceği göz önünde bulundurularak muhafaza edilmesi gerekmektedir. Çünkü bu tarz elektronik aygıtlarda yer alan bazı öğeler, doğru bir biçimde kullanılmadığında kaybolma tehlikesi taşıyabilmektedir. Buna örnek olarak, çağrı cihazlarını, cep telefonlarını, faks makinelerini, GPS sinyali bulunduran aygıtları, kablosuz erişim noktalarını, veri bankası niteliğindeki dijital ajandaları, taşınabilir bellek ve hafıza kartlarını ayrıca tarayıcıları verebiliriz.⁴⁷⁰

Elektronik delillerin içerisinde yer alan veriler dijital niteliktedir. Bu dijital nitelikteki verilerin kaydedilebilmesi için öncelikle elektrik enerjisine ihtiyaç duyulur. Bununla birlikte elektriklerin kesilmesi durumunda bu verilerin kaybolması riski söz konusudur. Bunun önüne geçilebilmesi için ise söz konusu bu verilerin sabit disk şeklinde depolama alanlarında saklanması yoluna gidilmekte ve bu yöntem ile verilerin silinmesi engellenmeye çalışılmaktadır. Çünkü elektronik nitelikteki veriler ancak elektronik usullerle silinebilir. Bundan dolayı elektriğin kesilmesi durumunda elektronik yöntemle işlenmiş olan veriler silinebilmektedir. Bu sebeplerle, elektronik delillerin hassas yapısından kaynaklı olarak yapılacak herhangi bir müdahalenin veya incelemenin mutlaka uzman kişiler tarafından gerekli uygun araçlarla yapılması gerekmektedir.⁴⁷¹ Burada delillerin elde edilmesi noktasındaki en önemli unsurlardan birisi delil niteliği arz edebilecek uçucu bilgilerin bozulmadan muhafaza altına alınabilmesi ve korunabilmesidir. Çünkü bu veriler, bilgisayar sistemleri üzerinde yer alan geçici kaydedilmiş olan ve geçici olarak tutulan, elektrik kesildiği anda içeriği silinebilen verilerdir. (Bkz. Şekil 2)⁴⁷²

⁴⁷⁰ Berber; s.70-71.

⁴⁷¹ Say; s.30.

⁴⁷² Uzunay/ Koçak; s.4.



Copyright 2004 yuzunay@ii.metu.edu.tr

Şekil 2: Uçucu Deliller

Elektronik deliller de tıpkı fiziki deliller gibi hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olmalıdır. Çünkü hükme esas alınabilmesi noktasında Yargıtay'ın da kararlarında istikrarla belirttiği bir husus olarak, hukuka uygunluk unsurunun mutlak surette bulunması gerektiği kabul edilmektedir. Bununla birlikte hukuka uygunluk nedeni söz konusu değilse elde edilen deliller hukuka aykırı olacağından bu durum ilgili kişileri de tazminat borcuna tabi kılabilir. ⁴⁷³ Son olarak, elektronik delillerin elde edilmesi noktasında en büyük sorunlardan birisi de zamana bağlı olmasıdır. Çünkü olay yerinde çalışır vaziyette görülen bir bilgisayar, arka planda ispatta kullanılabilecek nitelikteki verilerin silinmesi işlemini gerçekleştiriyor olabilir. Bu tarz bir durumda delilin kaybolması, değiştirilmesi veya silinmesini engelleyebilmek adına müdahalenin derhal yapılması gerekmektedir. ⁴⁷⁴

2.4. Elektronik Delilin Bulunabileceği Donanım ve Cihazlar

Elektronik delillerin yapılan yargılama sürecinde üç şekilde ortaya çıkması muhtemeldir. Buna göre ilk olarak, bu deliller bilişim sistemlerinin araç olarak kullanıldığı bir suçta olay yerinden elde edilen bilişim sisteminde yer alan elektronik

⁴⁷³ Arslan; s.264.

⁴⁷⁴ Say; s.31-32; Olay yerinde elde edilen aygıt veya cihaza göre elektronik delillerin elde edilme sürecine geçmeden muhafazasının sağlanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Say; s.39-42.

verilere ilişkin olabilmektedir. İkinci durumda, bilişim sisteminin kendisinin suçun hedefi niteliğinde olmasında ise suça veya faile ilişkin elde edilecek bilgiler bu sistemden alınabilecektir. Üçüncü bir ihtimalde ise bilişim sisteminin araç veya hedef olmasından ziyade herhangi bir suç kapsamında, suça ilişkin elde edilecek delillerin depolandığı yer olarak karşımıza çıkması durumu söz konusu olabilecektir.⁴⁷⁵

Bununla birlikte, bilişim sistemlerinden veya hafızaya sahip elektronik aygıtlardan elde edilen ve suçun aydınlatılması için kullanılan sayısal verilerin elektronik delilleri oluşturduğundan daha önce bahsetmiştik. Bu nitelikteki veriler kimi zaman sistem tarafından kimi zaman da kullanıcı tarafından oluşturulabilmektedir. Günümüzde bu deliller, bilişim sistemlerinde bulunabileceği gibi her türlü manyetik ve elektronik ortamda veri saklayabilen depolama aygıtları (Hard disk, USB Disk, Hafıza Kartı, CD/DVD, vb.), RAM, cep telefonu ve yazıcıda da bulunabilmektedir. Bu donanım ve aygıtlardan elde edilebilecek delil niteliğindeki verilere baktığımızda resim dosyaları, videolar, e-posta veya internet kayıtları, abonelikler, SIM kartı vb. farklı birçok dijital alet ve ortamdan elde edilecek dijital delil dosyalarının birer elektronik delil örneği olduğunu görebilmek mümkündür.⁴⁷⁶

Elektronik delillerin elde edilebileceği kaynaklara baktığımızda bilgisayarlar, monitörler, yazıcı ve modemler, harddisk benzeri depolama alanları, fotokopi ve tarayıcı makineleri, internet bağlantıları, dijital saatler veya kablosuz cihazlar örnek niteliğinde görülebilir. Yine bunlara ek olarak her geçen gün eklenen yeni teknolojik ürünler de elektronik delilin elde edileceği kaynaklar arasında sayılacaktır. Bütün bunlardan farklı olarak, elektronik verilerin kaynağı noktasındaki tartışmalı bir konu da ülkemizde bilişim teknolojileri noktasında uzun soluklu bir altyapının olmamasından kaynaklı olarak, ithal edilen bilişim teknolojilerinin bu alanda işlenen suçların yeterince bilinmemesine ve buradan elde edilecek delillerin eksiksiz bir şekilde elde edilmemesine neden olmasıdır. Ayrıca kimi yazarlara göre, elektronik delillere ilişkin yasal düzenlemenin kapsamlı bir şekilde olmaması da bu konudaki dezavantajlarından biridir.⁴⁷⁷ Bununla birlikte biz tezimizin kapsamının dışına çıkmamak adına söz konusu tartışmalara girmeksizin bu

⁴⁷⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.98.

⁴⁷⁶ Süzen; s.11; Gürel/ Mengilli; s.82; Berber; s.50.

⁴⁷⁷ Şahin, Engin; “Sayısal Delilin Ortaya Çıkarılması Kapsamında Koruma Tedbirleri”, International Journal Of Legal Progress, 1(2), 88-106. s.93.

başlık altında elektronik delillerin en yaygın şekilde bulunacağı donanımlardan bahsetmekle yetineceğiz.

2.4.1.Bilgisayar donanımları

İngilizce “computer” sözcüğünden gelen bilgisayar kelimesi, “hesaplayarak sonuca ulaşma, sayma, toplama” anlamlarına gelen “compute” kökünden gelmektedir. Bulunuşundan bu yana çok farklı şekillerde isimlendirilen bilgisayar kavramı, “sayısal veya matematiksel makine, hesap makinesi, otomatik makine” gibi kavramlarla tanımlanmıştır. Fakat bununla birlikte bu sözcüğün, fonksiyonel anlamda bilgisayarı açıklamaya yetmediği sadece bilgisayarı basit bir hesap makinesi gibi nitelendirdiği ifade edilmektedir. Birçok ülke veya uluslararası örgüt bakımından da ise “computer” sözcüğü genel kullanım bakımından yerleşmiş bulunmaktadır. Buna karşılık ülkemizde kullanılan ve tamamen Türkçe bir kelime olan bilgisayar kavramı ise “computer” sözcüğünden daha geniş bir anlamı taşıdığı belirtilmekte ve “bilgi saymak, vermek” şeklinde açıklanmaktadır.⁴⁷⁸

Bilgisayar kavramını bu şekilde açıklamakla birlikte anlamını ve tanımını yapmak bu kadar kolay olmamaktadır. Çünkü bu kavram teknolojinin gelişmesi ve dönüşmesiyle birlikte klasik anlamdaki monitör kasa ve klavyeden oluşan bir donanım olmaktan çıkmış, yeni nesil cep telefonları, evlerde yer alan buzdolapları veya katlanıp cebe konulabilir formdaki aygıtlar şeklinde vücut bulmaya başlamıştır. Elbette ki gelişimi bu şekilde kalmakla sınırlanmamış yakın bir zamanda sadece sesle kullanılabilir veya dokunmatik bir şekilde algılanabilir bir hale getirebileceği de ifade edilmektedir. Bütün bunlardan dolayı, bu kavramın tanımını yapmak zor olmakla birlikte bu durum bir zorunluluk haline bürünmüştür. Çünkü tüm bu araçlarla bilişim suçu işlenebilecek veya bu tarz bir suçun işlenmesinde araç olarak kullanılabilmesi söz konusu olabilecektir. Bu nedenle bilgisayar kavramı iki şekilde tanımlanmıştır. Buna göre yapılan ilk tanımlama, bilgisayarın gerçekleştirdiği iş ve fonksiyona göre tanımlanmasıdır. İkincisi ise bilgisayarın fiziksel yapısıyla birlikte yaptığı iş ve fonksiyonların bir arada düşünülerek tanımlanmasıdır.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ Dülger, Murat Volkan, s.58-59.

⁴⁷⁹ Dülger, Murat Volkan, s.60.

Bilgisayarın fonksiyonel tanımına baktığımızda ise bu tanımlamanın sadece bilgisayarda yer alan yazılım kısımları göz önünde bulundurularak yapıldığını ifade edebiliriz. Buna göre problem çözüp, hesap yapabilecek ve ayrıca programlanabilir özelliği olan bilişim aracı şeklinde tanımlanmaktadır. Buna ek olarak, ikinci bir tanımlama ise bilgisayarın yaptığı işe ek olarak donanımsal özellikleri de dikkate alınarak yapılacak bir tanımlamadır. Bu anlamda her türlü veriyi depolayan, somut ve soyut unsurları bir arada bulunduran, kapsayıcı ve geniş nitelik arz edebilen bir makine olarak tanımlanmaktadır.⁴⁸⁰

Bununla birlikte bu iki tanım da bilgisayar kavramını net bir şekilde ifade etmeye yeterli gelmemektedir. Çünkü teknolojinin gelişmesiyle birlikte bu tanımlar da güncelliğini sürekli yitirmektedir. Bu anlamda *Dülger*'e göre bilgisayar, bilgi işlemcisi, deposu ve aynı zamanda haberleşme aracıdır. Fakat bilgisayarın birbirinden farklı birden çok unsuru bir arada bulundurması türlerinin ve kullanım alanlarının teknolojinin gelişmesiyle birlikte değişmesi bilgisayar tanımının eksiksiz bir şekilde yapılmasını güçleştirmektedir.⁴⁸¹

Bilgisayar kavramı içerisinde fiziki özellikleri olan “hardware” sözcüğüne karşılık gelen somut donanım unsurları olduğu gibi “software” sözcüğüne karşılık gelen soyut nitelikteki yazılım unsurları da bulunmaktadır. Bütün bunlara bakıldığında ise yapılacak bir bilgisayar tanımının oldukça kapsayıcı bir nitelik arz etmesi gerektiğinden bahsedebiliriz. Çünkü yaşanan gelişmelerle birlikte sadece bilgisayarlar tarafından kullanılan uçak ve arabaların olduğu veya sadece göz retinası ya da parmak izi tespitiyle aktifleşen sistemlerin olduğu bir dönem söz konusudur. Bundan dolayı bu sistemler aracılığıyla yahut bu sistemlerdeki araçların kontrolüyle bunun bir bilişim suçu kapsamında kullanılması oldukça muhtemeldir. Ayrıca yapay zeka ile kendi kendine öğrenebilen ve bir şeyler üretilip onu çözümleyen sistemlerin olduğu bir döneme doğru da gelişme söz konusudur. Bu konuda her ne kadar tartışmalar olsa da günümüzde yapay zeka yazılımları, araçlardan evlere her türlü mecrada kullanılmaktadır. Bunları da göz

⁴⁸⁰ Dülger; s.61.

⁴⁸¹ Dülger; s.61.

önünde bulundurduğumuzda yaşanacak gelişmelerle birlikte bilgisayar kavramının bambaşka bir boyut alacağı şüphesizdir.⁴⁸²

Yaşanan gelişmeler nedeniyle öğretide yer alan ortak görüşe göre, TCK'da da bilgisayar kavramına karşılık gelen ve ayrıca bu tür araçlarla işlenen suçları da kapsayan nitelikte 'bilişim sistemi' kavramı kullanılmaktadır. Öğretide yer alan genel görüş de bu kavramın bilinçli bir şekilde gerçekleştirilen bir seçim olduğu yönündedir. Kökeni 'bilgi' olan bilişim kavramı bu bakımdan bilişim suçlarına konu olan alanı ifade etmenin dışında, teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan yeni sistemleri de ifade etmektedir. *Dülger'e* göre bilişim kavramı ile bilgisayar kavramının karşılaştırılarak, bilişim kavramının daha üst bir kavram olarak ifade edilmesi doğru değildir. Çünkü bilişim kavramının bir bilim dalını ifade etmesi söz konusu iken, bilgisayar kavramının ise bir makineyi belirttiğinden bahsedilmektedir.⁴⁸³

Bilgisayarın iç donanımlarının başında sabit diskler ve RAM gelir. Sabit disk kavramı, manyetik nitelikteki verileri kaydedebilen, elektronik devre ve sert metal plakaların bir araya gelmesiyle oluşan bir cihaz olmakla birlikte bu cihaz, bilgisayar içerisinde veya harici olarak bulunabilir. Yine sabit diskin içerisinde işlemci dosyaları veya veri tabanı dosyaları olabileceği gibi internet geçmişinden kullanıcı adlarına ve silinmiş dosyalara kadar birçok veri elde edilmesi mümkündür. Bu kapsamda bilgisayar içerisindeki işletim sistemi, programlar veya sürekli işlenen verinin tutulduğu bellek ise RAM olarak adlandırılmaktadır. Bununla birlikte bu bellekteki veriler kalıcı nitelikte değildir. Bu nedenle de bu kavram, "rastgele erişimli bellek" olarak Türkçeye çevrilmiştir. Uçucu nitelikteki bu veriler, şüphelinin veya sanığın elde edilmiş olan bilgisayarının internete bağlı olması durumunda internetteki adresine veya bağlı olduğu diğer bilgisayarlarda yer alan portların bilgilerini de ifade eder. Bu bilgilerin tespit edilmesi ve delil niteliğinde kullanılması bu anlamda mümkündür. Bu verilerin uçucu olarak adlandırılmasının sebebi ise bilgisayarın güç akışının herhangi bir şekilde kesilmesi durumunda bu verilerin de aynı anda silinmesi veya yok olmasıdır.⁴⁸⁴

⁴⁸² Dülger; s.62.

⁴⁸³ Dülger; s.69-70.

⁴⁸⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.77.

Elektronik delillerin elde edilmesinde yapılacak olan elektronik keşif sıklıkla masaüstü veya dizüstü bilgisayarlar üzerinde yapılmaktadır. Bilgisayarlar bir ağ bağlantısına sahip olabileceği gibi bağımsız da olabilir. Elde edilecek deliller, bilgisayarın işletim sisteminde otomatik bir şekilde oluşturulan dosyalardan veya verilerden de olabilir.⁴⁸⁵ Ramdan elde edilecek elektronik delillere, sistemde yer alan kullanıcı adlarından açık dosyalara veya bu dosyalara erişim, dosya üzerinde değişiklik, dosyanın saat ve bilgilerine kadar tüm işlemler örnek olarak gösterilebilir. Bu anlamda elektronik delilin bilgisayarın herhangi bir bileşeninde bulunması ihtimali oldukça muhtemeldir. Her bir bileşen için elde edilecek olan delilin veya verinin elde edilmesi durumunda farklı yöntemlerin izlenmesi gerekmektedir. Çünkü sabit disk üzerinde yer alan veri ile RAM üzerinde yer alan uçucu verilerin elde edilmesi farklı yöntemleri gerekli kılmaktadır. Bu nedenle bilgisayar donanımlarının ve bileşenlerinin neler olduğunun net bir şekilde bilinmesi önemlidir.⁴⁸⁶

2.4.2.Cep telefonları

Günümüz teknolojisinde yaşanan gelişmelerle birlikte cep telefonları da elektronik delillerin sıkça elde edildiği cihazlar haline gelmiştir. Çünkü günümüzdeki telefonların birçoğu, bilgisayar fonksiyonu icra edebilen bir nitelik arz etmektedir. Telefondan atılan bir mesaj, video veya ses kaydı bu anlamda elektronik delil olarak ifade edilebilecektir. Günlük hayatın neredeyse her anında kullanılan ve ihtiyaç duyulan cep telefonları bilgisayarların birçok özelliğini bünyesinde barındırmasından kaynaklı olarak, elektronik delillerin de en çok ulaşıldığı ve elde edildiği bir donanım haline gelmiştir.⁴⁸⁷

Cep telefonları, kablolu bir şekilde kullanılabilir gibi telekomünikasyon hattına bağlı olarak da kullanılabilir. Bu cihazlarda amaç haberleşmeyi sağlayabilmektir. Fakat bununla birlikte telefonların veri ve bilgi depolama gibi özellikleri de söz konusudur. Birçok telefonda, telefon numaralarından kimlik bilgilerine kadar veya e-maillerden ses kayıtlarına kadar birçok veri yer almaktadır. Bununla birlikte genellikle

⁴⁸⁵ Berber; s.51.

⁴⁸⁶ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.78.

⁴⁸⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.79.

bataryalar ile kullanılan bu cihazlar için en büyük tehlike, sınırlı bir ömre sahip olan bataryaların bitmesiyle içeriğinde yer alan dataların ve verilerin kaybolma tehlikesidir.⁴⁸⁸

Bu yönüyle bilgisayarlara benzerlik göstermelerinden kaynaklı olarak, bilgisayarların incelenme usulü ve yöntemleri cep telefonları noktasında da uygulanabilecektir. Sim kartlar ise dahili bir hafızaya sahip olarak, elektronik delillerin elde edilebileceği en önemli ortamlardan birini oluşturabilmektedir. Telefonda yer alan rehber bilgileri, mesajlar veya arama kayıtlarına ilişkin bilgiler sim kartlarda yer alabilmektedir. Bu anlamda sim kartların incelenmesi de ayrı bir önem teşkil edecektir.⁴⁸⁹

2.4.3.İnternet ağları ve bulut bilişim

İnternet, birçok bilgisayarı birbirine bağlayan bir bağlantı ağı olup bilgisayarlar arasında gerçekleşen iletişimi sağlayan, belirli standarttaki birbirine bağlı ağ yapısını ifade eder. İnternet kavramı bu anlamıyla “ağlar arası ağ” ibaresine karşılık gelen, dünyanın geneline yayılan bir iletişim ağı olarak tanımlanmakta⁴⁹⁰ ayrıca bilgi akışını ifade eden “bilgi otobanı” şeklinde ifade eden nitelendirmeler de bulunmaktadır. Doksanlı yılların başında sadece 100’lerle ifade edilen bilgisayar sayısı, günümüzde 10 milyonları geçmekte ve dünya nüfusunun yaklaşık onda biri bugün internet ile iletişim kurmaktadır. Bu ağ tabanlı iletişim, diğer tüm iletişim ortamlarından farklı olarak çoklu ortam, hiper metin, paket anahtarlama, eşzamanlılık ve etkileşimlilik özelliklerini barındırmaktadır.⁴⁹¹

Ayrıca ağ cihazları, içeriğinde bulundurduğu veriler ile elektronik delil elde edilmesine imkân sunabilen cihazlardandır. Birçok ağ cihazı içeriğinde erişim denetimi, ağ yapılandırılması, kullanım bilgileri veya yetkisiz erişim bilgileri gibi verileri barındırabilmektedir. Bu anlamda, söz konusu bu cihazların özelliklerinin ve fabrika ayarlarının ne şekilde olduğunu bilen bilişim uzmanları tarafından incelenmesi elektronik delil elde edilebilmesi açısından oldukça önemlidir. Daha önceki dönemlerde sadece

⁴⁸⁸ Berber; s.61.

⁴⁸⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.80.

⁴⁹⁰ Türkiye’de 1993 yılından bu yana aktif olarak kullanılan internet ağları 2008 yılı itibarıyla 26 milyondan fazla bir kişiye ulaşmıştır. Alpaslan, Osman Berk; İnternet Hukuku, 5651 Sayılı Kanun ve FSEK’te Düzenlenen İnternet Suçları, İstanbul, 2010, s.4-5; İnternet erişim, içerik ve yer sağlayıcı şeklindeki internet sünjeleri hakkında detaylı bilgi için bkz. s.5-7.

⁴⁹¹ Özbek, Veli Özer, İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları, s.101-102.

bilişim sistemleri üzerinden elektronik delil elde edilebilirken, günümüzde bu sistemlerle bütünleşmiş olan bilgisayar ağlarından ve internet ağlarından da elektronik delil elde edilebilmektedir. İnternet ve ağ ortamları bu bağlamda, elektronik nitelikteki verilerin sürekli bir şekilde çeşitlendiği ve elde edilebildiği ortamlardır. Burada önemli olan husus, bu şekilde elde edilecek verilerin delil niteliğinde olabilmesi için teknik niteliğinin anlaşılabilir bir şekilde dönüştürülmesinin sağlanmasıdır. Elbette klasik bilişim sistemlerinden elde edilecek verilerin yöntem ve usulleri veya analiz işlemleri ağ üzerinden veya internet üzerinden elde edilecek veriler noktasında birebir uygun düşmemektedir. Çünkü klasik sistemlerden veya depolama aygıtlarından farklı olarak, ağ üzerinde yer alan veriler devamlı bir nitelikte değişmekte ve dönüşmektedir. Ayrıca canlı bir ağ analiz işlemi ise belirli zamanlarda yapılabilecek bu anlamda zamansal bir sınırlama söz konusu olabilecektir.⁴⁹²

Bununla birlikte internet ağları kadar bu ağ sistemlerinde kullanılan yönlendiriciler, kablo öbekleri veya anahtarlar da elektronik delillerin elde edilebileceği veri merkezleridir. Kimi zaman bu delil araçlarının bizzat kendisi delil niteliği taşıyabilmektedir. Nitekim sunucular da bilgisayar ağında yer alan diğer bilgisayarlara hizmet veren genel bir bilgisayardır. Bunlarda ise amaç, paylaşımlı kaynak hizmetinin sunulabilmesi olarak ifade edilebilir.⁴⁹³ Yine internet veya ağ ortamları üzerinden elde edilecek delilleri örnek vermek gerekirse “istemci bilgisayar” sisteminin veya sunucunun ne olduğu, ağ aktif sistemleri veya güvenlik sistemleri üzerindeki veriler, kullanıcıların girdiği web siteleri veya gönderdiği elektronik postalar da bu ortamlarda elde edilebilecek elektronik delil niteliği arz eden verilerdendir.⁴⁹⁴

İnternet bağlantısını sağlamaya yarayan ve internet aracılığıyla yapılabilecek işlemlerin yapılmasını sağlayan, sanal alemi sunan, orada kalmasını ve orada işlemler yapabilmesini olanaklı kılan unsurlara “internet süjeleri” denilmektedir.⁴⁹⁵ İnternet süjelerinin hukuki bağlamda sorumluluğunun olup olmadığı ve bu sorumluluğuna gidilip gidilmediği, bu süjelerin yapmış olduğu işlemlerin ve gerçekleştirdiği fonksiyonların net bir şekilde belirlenmesiyle mümkün olabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte

⁴⁹² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.82-83.

⁴⁹³ Berber; s.59.

⁴⁹⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.83.

⁴⁹⁵ Başlar, Yusuf; “İnternet Süjeleri ve Cezai Sorumlulukları”, YÜHFD, C.XIX, 2022/2, s.603-633., s.604.

“İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun” kapsamında bu süjelerin bir kısmı düzenlenmiş fakat “internet servis sağlayıcı” ve “sunucu” gibi s jeler burada düzenlenmemiş ve sorumlulukları belirtilmemiştir. Bu konudaki eksiklik bu nedenle öğretide tartişmal  ve eleştirel bir husus ortaya koymaktadır.⁴⁹⁶

Ayrıca internet ortamının net bir şekilde aidiyet tespitinin yapılamaması ve kendine özgü ortamı nedeniyle ortaya çıkan hukuka aykırılıkların sorumluluğu bakımından kime ait olacağının belirlenmemesi de tartişılmaktadır. Bu nedenle internet ortamının düzenlenmesine yönelik yasal düzenlemelerin ve internet süjelerinin kim olduğu ve sorumluluklarının neler olduğunun belirlenmesi, internet ortamının hukuk dışı olmasının önüne geçebilmek adına oldukça önemlidir.⁴⁹⁷

Tüm bunlara ek olarak, elektronik delillerin bulunacağı ortamların en yaygın olarak kabul edilen ve bilişim teknolojisini değiştirip şekillendiren, bu niteliğiyle de konumuzla yakından ilgili olan bulut bilişim kavramının da tanımlanması ve açıklanması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu kapsamda bulut bilişim, elektronik verilerin normal bilişim sistemleri üzerinden saklanmasıdan ziyade istenilen her yerde ve zamanda erişime açık olabildiğini sağlayan bir bilişim modeli olarak tanımlanabilmektedir. Herhangi bir iletişim cihazı aracılığıyla mekan ve zaman fark etmeksizin erişimi mümkün kılan ve fiziksel sunuculardan daha esnek bir kullanma imk n  sunan bu sistem günümüzde oldukça yaygın bir hâl almıştır. Bu sistem, bilişim sistemlerinden yararlanılan her türlü hizmetin, internet üzerinden sağlanması ifade eder. Klasik anlamdaki bir bilişim sisteminden beklenen veri saklanması, yedeklenmesi veya verilerin iletilmesi bu sistem üzerinden de yapılabilir. Bu sistemin en büyük avantajlarından biri ise daha az maliyet ve personel ile daha hızlı ve esnek bir hizmet sunabilmesidir. Yaygın bir şekilde kullanılan bu sistem, çok fazla elektronik veriyi taşımasıyla pek çok elektronik delilin de elde edilebileceği ortamlardan biri haline gelmiştir. Bu bağlamda, özellikle kamu kurumları için birçok fiziksel sistemden kaynaklanan sorunu çözmeye yönelik

⁴⁹⁶ Başlar, “İnternet Süjeleri ve Cezai Sorumlulukları”; s.605.

⁴⁹⁷ Başlar, “İnternet Süjeleri ve Cezai Sorumlulukları”; s.629.

alternatifler de sunduğu kabul edilmektedir. Bu sisteme ülkemizde örnek olarak, Ulusal Yargı Ağı Projesi (UYAP) veya MERNİS verilebilir.⁴⁹⁸

2000’li yıllardan sonra bilişim sistemlerinde yaşanan gelişmelerle birlikte ortaya çıkan bulut bilişim kavramı, binlerce insanın mekan fark etmeksizin aynı zamanlamada bulunabileceği ve yararlanabileceği bir sistem ortaya koymuştur. Bu anlamda her yerden erişilebilen açık bir bilişim sistemi geliştirilmiştir.⁴⁹⁹ 2006 yılından sonra ortaya çıkan bu teknoloji, kullanıcıların kaynaklara ve verilere mekandan ve zamandan bağımsız bir nitelikte ulaşma imkânı sağlamıştır. Web servisleri kullanılarak internet üzerinde veri depolanmasını ve aynı zamanda bilgi paylaşımını sağlayan bir hizmet teknolojisidir.⁵⁰⁰ Bununla birlikte, bilişim sistemlerinde yaşanan son teknolojik gelişme bulut bilişim değildir. Sosyal medyanın bulut bilişim ile etkileşimi, Endüstri 4.0 veya yapay zekayla birlikte gelişen getirilen nesnelerin interneti kavramları da bu gelişmelere örnek olarak öne çıkabilmektedir.⁵⁰¹ Yine mobil cihazların bulut bilişim hizmetiyle birlikte kullanılması sonucu ortaya çıkan “mobil bulut bilişim” de hem mobil hem bilişim şeklinde çift taraflı bir fonksiyona sahip bir teknoloji olarak ifade edilmektedir.⁵⁰²

ABD Ulusal Standartlar ve Teknoloji Enstitüsü tarafından yapılan tanımlamaya göre bulut bilişim, düşük bir seviyede gerçekleştirilen yönetim çabası ve hizmet sağlayıcı etkileşimi sonucunda hızlı bir şekilde ulaşılabilen, bilgisayar ağları, sunucular, depolamalar veya uygulamalar gibi ayarlanabilir bilişim kaynaklarından oluşan ve istenilen her yerden erişilebilen bir bilişim modelidir. Buradaki tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, bu sistem ile bilişime dair birçok araç veya ortamın internetin kullanımı aracılığıyla ulaşımı ve hizmeti söz konusudur. Bu sayede esnek bir kullanım, mali tasarruf ve yüksek verimlilik sağlamaktadır. Ayrıca bu teknoloji, bilişim sistemlerinin tasarlanmasına yeni uygulama ve yazılımların geliştirilmesine de katkıda bulunmaktadır. Bunlara ek olarak sadece hizmet noktasında avantaj sağlamaktan ziyade

⁴⁹⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.84.

⁴⁹⁹ Turan, Metin; Bulut Bilişim, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s.70.

⁵⁰⁰ Küçüksille, Ecir Uğur/ Özger, Fadime / Genç, Sevdanur; Mobil Bulut Bilişim ve Geleceği, Akademik Bilişim 2013 – XV. Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 23-25 Ocak 2013, Akdeniz Üniversitesi, Antalya, s. 695.

⁵⁰¹ Turan; s.70.

⁵⁰² Küçüksille/ Özger/ Genç; s. 696.

bir depolama alanı, ağ kurma veya bilgi teknolojilerine ilişkin alt yapı sağlama gibi imkânlar da sunmaktadır.⁵⁰³

Sonuç olarak, bulut bilişim sistemi, dinamik bir yapıya sahip olup sanallaştırılmış ve internet üzerinden hizmet sunulabilir konuma getirilmiş kaynaklardan oluşur. Genel bir yaklaşımla da bu sistem, bilişim teknolojileri alanındaki en önemli etkilere sahip olan ve aynı zamanda küresel bir alanda hizmet verebilen bir teknoloji olarak açıklanabilir. Çok çeşitli hizmet ve kurulum şekilleri olan bulut bilişim sistemi, internet ortamı için kullanılan mecazi bir metafor şeklinde de nitelendirilebilir. Bu sistemin kullanımındaki en büyük amaç ise kolay bir erişilebilirlik ve maliyet tasarrufu sağlaması olarak ifade edilmektedir.⁵⁰⁴

2.4.4.Bellek kartları ve harddiskler

Bellek kartlarına bakıldığında ise her şeyden önce bu kartların birden fazla çeşidi olduğundan bahsetmek mümkündür. Küçük depolama birimleri niteliğinde bulunan bu aygıtlar, kimi zaman taşınabilir bellekler veya “flash” bellekler şeklinde adlandırılabilir. Bunlardan taşınabilir formatta olanlar, genellikle “USB” ara formatıyla bilgisayarlara bağlanabilir. Hafıza kartları şeklinde olan çeşitleri ise cep telefonlarında, bilgisayarlarda, oyun konsollarında, dijital kamera veya fotoğraf makinelerinde veya benzeri elektronik cihazlarda bulunabilen küçük depolama aygıtlarındandır. Bellek kartlarının bu her iki çeşidi de içeriğinde yer alan görüntü veya ses dosyaları, dokümanlar veya şifrelenmiş dosyalar ile elektronik delil elde etmeye imkân sunan donanım birimleridir.⁵⁰⁵

Bununla birlikte bellek kartlarının en büyük özelliği ise taşınabilir elektronik kayıt cihazı niteliğine sahip olmasıdır. Bu nedenle bu özellik, güç kesilse dahi karttaki bilgilerin kaybedilme riskinin olmadığını göstermektedir. Ayrıca boyutunun küçük olmasına rağmen yüzlerce veriyi sağlayabilme kapasitesi de bulunmaktadır.⁵⁰⁶ Buna ek olarak hafıza kartları ise bilgisayarlar içerisinde yer alan ve kullanıcıların yapmış olduğu tüm

⁵⁰³ Turan; s.72.

⁵⁰⁴ Turan; s.70-71.

⁵⁰⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.78-79.

⁵⁰⁶ Berber; s.58.

işlemlerin aktif ve işler bir şekilde iken depolayan devre plaketi olarak tanımlanmaktadır. Yine bu aygıtın kendisi de bizatihi suçun delili niteliğinde olabilmektedir.⁵⁰⁷

2.4.5.Diğer donanımlar

Elektronik deliller sadece burada sayılan donanımlardan ve ortamlardan ibaret değildir. Teknolojinin her geçen gün gelişmesiyle birlikte bu donanım ve ortamların da sayısı artmakta ve çeşitlenmektedir. Nitekim bunlara GPS cihazları, ATM'ler, kredi kartı kopyalama cihazları, taşınabilir bellekler, dijital saatler, fotokopi makineleri, tarayıcılar, çağrı cihazları, elektronik ajandalar veya akıllı kartlar da eklenebilir.⁵⁰⁸

Bu sayılanların dışında da elektronik aygıtların çeşitliliğinden yola çıkılarak elde edilecek olan elektronik delillerin birçok türde karşımıza çıkacağı bilinmektedir. Bu nedenle söz konusu bu çeşitliliğe karşılık elde edilecek olan aygıt veya cihazın uzman bilirkişi tarafından incelenmesi ve delil niteliği taşıyabilecek verilerin o şekilde elde edilebilmesi oldukça önemlidir.⁵⁰⁹ Yine bazı durumlarda fiziksel nitelikteki depolama aygıtları da elektronik delil olarak kabul edilecektir. Buna örnek olarak sabit diskler, bellek veya optik diskler de verilebilir. Bu anlamda bu aygıtlar, elle tutulabilir veya beş duyu organıyla algılanabilir olmasıyla maddi delillerden sayılacaktır.⁵¹⁰

⁵⁰⁷ Berber; s.55.

⁵⁰⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.84; Berber; s.59-62.

⁵⁰⁹ Berber; s.61.

⁵¹⁰ Say; s.42.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ELEKTRONİK DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ VE İSPAT DEĞERİ

3.1. Elektronik Delillerin Elde Edilmesi ve Hukuki Geçerliğinin İncelenmesi

3.1.1. Delillerin ortaya konulması ve tartışılması

Ceza yargılamasında deliller araştırılması, toplanması ve ikamesi şeklinde üç ayrı kategoride değerlendirilirler. Delillerin asıl elde edileceği ve toplanacağı aşama olarak, kanun koyucunun soruşturma aşamasını kabul etmiş olmasının yanı sıra öğretilde, mahkemenin iddianamenin kabulünden sonra da duruşmanın sonuna kadar geçen süreçte delil ikamesini gerçekleştirebileceği belirtilmektedir. *Şahin/Göktürk'e* göre delillerin asıl elde edileceği aşama soruşturma aşamasıdır. *Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır'a* göre de bu kabul doğru olmakla birlikte CMK 207.maddesi çerçevesinde delil ikamesinin son aşama olan karar aşamasına kadar yapılabileceğinin belirtilmiş olmasının göz önünde bulundurulması gerekliliği söz konusudur. Yazarların yapmış olduğu yorumlamaya göre burada, delilin geç bildirilmiş olmasının reddedilmesine sebep olmayacağı ve ayrıca herhangi bir taraftan bahsedilmemiş olmasının göz önünde bulundurularak, savcılık makamı dahil tüm tarafların duruşma esnasında delil ikame edebileceğinin kabulü gerekmektedir. Nitekim, sanığın son sözünü söylemeden önce tanık dinletme talebinin yanı sıra iddia makamının da duruşma devam ederken tanık dinletme talebinin olması durumunda bunun dinlenmesinin mümkün olduğu örnek olarak verilmektedir.⁵¹¹

Delillerin araştırılması ve bu araştırma sonucu elde edilebilecek deliller, “delil çeşitleri” başlığıyla ilk bölümde ele alınmıştır. Bundan kaynaklı olarak bu bölümde, delillerin toplanması, değerlendirilmesi ve tartışılmasının ne şekilde gerçekleştirileceğine değinilecek olup hâkimin bu konudaki takdir yetkisinin nasıl yorumlanacağı da ifade edilecektir.

Ceza yargılamasının nihai amacı daha önce de bahsettiğimiz üzere, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesinin ve hukuki vakıanın adil yargılanma ilkesine uygun bir

⁵¹¹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.326; Şahin/ Göktürk; s.441.

şekilde çözülmesinin sağlanmasıdır. Bu bağlamda, CMK m.160/2. fıkrada da “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” ibaresine yer verilmektedir.⁵¹² Bununla birlikte yeni CMK’da yer alan düzenleme gereği, her ne kadar delillerin toplanmasının soruşturma aşamasında tamamlanmış olması gerekliliği vurgulanmakta ise de adil bir yargılama ve maddi gerçeğe ulaşarak adaletin tesis edilmesi ilkeleri göz önüne alındığında bir delilin geç yitirilmiş ve sunulmuş olmasının onun reddini gerektirmediği ifade edilmektedir. Ayrıca CMK m.207’de yer alan düzenlemenin de bu durumu açıkladığı belirtilmekte olup benzeri bir şekilde m.177’de de ‘savunma hakkı’nın bir neticesi olarak sanığın kendisini savunabilecek delilleri duruşma evresinde sunabileceği ifade edilmektedir.⁵¹³

Delillerin elde edilmesine soruşturma aşamasında başlanacağından bir önceki başlıkta bahsetmiştik. Bir suça ilişkin olarak ihbar bulunması, olaya ilişkin hukuki bağlamda delil elde edilmesinin de başlangıç noktası olarak kabul edilebilecektir. Bu kapsamda bir delilin elde edilmesi sırasında ortaya çıkabilecek herhangi bir problemin o delilin ispat gücü bakımından da etkili olduğu belirtilmektedir. Fakat bununla birlikte elde edilebilecek olan bir delilin delil olarak kabul edilmesi ve kullanılması kovuşturma aşamasında takdir edilecek bir durumdur.⁵¹⁴

Delillerin elde edilmesi başlığı altında Kanun’da, şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, moleküler genetik incelemeler, fizik kimliğin tespiti şeklinde kişiden elde edilecek delillere yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Yine bunlara ek olarak, olay yerinden elde edilecek deliller bakımından keşif, yer gösterme, otopsi, arama ve el koyma, şirket yönetimi için kayyım tayini, bilgisayarlarda bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma, telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, gizli soruşturmacı görevlendirilmesi, teknik araçlarla izleme gibi

⁵¹² Cumhuriyet Savcısının görev ve yetkileri CMK m.160 ve m.161’de düzenlenmiştir.

⁵¹³ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.315; Öğretide bu konuda eleştirilen durumlardan biri, delil toplama işinde ortaya çıkan kolluk sistematigindeki uzmanlaşma durumudur. Kolluk ve savcılığın uzmanlaşma noktasındaki eksikliği ile bu konuda yetersiz kaldığı belirtilmektedir, s.316, Gökçen/Çakır; s.2918.

⁵¹⁴ Kaynakçıoğlu; s.47.

kurumlar da bulunmaktadır.⁵¹⁵ Bu başlıkların ayrıca ele alınmasının bireysel bir çalışma niteliğinde olacağı kanaatinde olmakla konumuzun kapsamı dışına çıkmamak adına bu başlıklar tek tek incelenmeyecek olup delillerin ne şekilde ortaya konulacağı, reddi sebeplerin neler olduğu ve değerlendirilmesinin ne şekilde yapılacağından bahsedilecektir.

3.1.1.1.Delillerin ortaya konulması ve reddi

Delillerin ortaya konulması ibaresi gerek soruşturmada gerekse de kovuşturma aşamasında toplanmış olan tüm delillerin duruşmada ortaya konularak tartışılmasını ifade eder.⁵¹⁶ Maddi gerçeğe ulaşabilmek, her somut olay bakımından toplanan delillerin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve hukuka uygun bir yargılama sonucu işlenen suçun ispatı ile mümkündür. Burada önemli olan, kanuna ve usulüne uygun tüm delillerin toplanabilmesi ve bir bütün olarak değerlendirilmesinin sağlanmasıdır. CMK m.206'da "delillerin ortaya konulması ve reddi" başlığı altında düzenlenen bu husus, elde edilen delillerin sanığın sorgusundan önce ortaya konulacağı ve tartışılacağını ifade etmektedir. Bu maddede yer alan ilke sonucu, tüm tarafların bilgisine sunulmuş olan delillerin gerek iddia gerek savunma makamı tarafından incelenmesi ve tartışılması ile maddi gerçeğe ulaşılmasının sağlanabilmesidir. Bu şekilde hâkim, hükmünü duruşmaya getirilmiş ve huzurda tartışılmış delillere dayandırarak kuracaktır.⁵¹⁷

Hukuken kabul edilebilir bir delil ikame talebi söz konusu değilse reddi mümkün olabilmekle birlikte bu sadece Kanun'da belirlenmiş olan nedenlere dayanabilecektir.⁵¹⁸ Kovuşturma aşamasında sadece soruşturmada toplanan delillerin ileri sürülmesi söz konusu değildir. Hâkimin re'sen araştırıp bulduğu delillerin yanı sıra duruşmadaki süjelerin ikame talepleri sonucunda ortaya konulan deliller de ele alınıp değerlendirilecektir.⁵¹⁹

⁵¹⁵ Bu düzenlemeler madde numarası olarak, CMK m.75, m.76, m.78, m.81, m.83, m.85, m.87, m.116, m.133, m.134, m.135, m.139, m.140'da yer bulmaktadır.

⁵¹⁶ Gedik; s.940.

⁵¹⁷ Yüksektepe; s.81.

⁵¹⁸ Oktar, Salih; Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2019, Yetkin Yayınları, s.200.

⁵¹⁹ Gedik; s.940.

Sanık sorguya çekildikten sonra delillerin ortaya konulmasına başlanır. Bunun en büyük önemi, sanığın doğrudan doğruya sorguya çekilmiş olması sonrasında delillerin ortaya konulmasının ispat açısından yorumlanabilmesidir. Kural olarak, sanığa bildirimde bulunulmuşsa o celsede sanık da hazır bulunabilecektir.⁵²⁰ Delillerin ispat açısından öneminin ne olduğu, konuyla ilgili olup olmadığı, ikame talebinin kabul edilip edilmeyeceği gibi hususlar, ifadeyi alacak veya sorguya girecek görevliler tarafından değil bu taleplerin iletildiği, ileri sürüldüğü mahkeme tarafından değerlendirilecek ve buna göre karar verilecektir. Nitekim CMK 206.maddesi de bu durumu açıkça belirtmektedir. Fakat bununla birlikte buna istisna olarak, istinabe suretiyle ifade alınması veya sorgu yapılması durumları ayrıca değerlendirilecek ve burada da talebin kabulüne ilişkin karar merci yine yargılamayı yapan mahkeme olacaktır.⁵²¹

Olaya ilişkin olan ve ispat kabiliyeti bulunan tüm delillerin duruşmada irat ve ikame edilmesi gerekmektedir. Çünkü mahkeme ancak bu şekilde elde edilecek ve ortaya konulacak delillere dayanarak vicdani kanaatle hüküm kurabilecektir. Bununla birlikte herkes tarafından bilinen, aşıkâr olan delillerin veya vakaların ayrıca ispat edilmesine gerek yoktur. Örneğin, çocuk bayramının her sene 23 Nisan’da kutlanması, herkesçe bilinen aşıkâr bir durum olup bunun ispatına ayrıca gerek yoktur. Deliller ileriye sürülürken içeriğinin, mahkemenin anlayabileceği şekilde belirginleştirilmesi ve bunun hüküm kurulmasından önce gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Ayrıca deliller ortaya konulduğunda somut bir gözlem ve açıklamanın da yapılması delilin ortaya konulması noktasında soyut bir talep şekline bürünmemesi açısından önemlidir. Birçok olayda delil ile ispat konusu arasında belirli bir ilişki, kendiliğinden göz önünde bulundurulsa da kimi zaman aradaki bağlantının net olmadığı durumlar söz konusu olabilmektedir. Bu durumda tarafların talebinin bu bağlantıyı da içermesi gereklidir.⁵²²

Delillerin toplanmasından sonraki aşama ise yargılama açısından elzem olan delillerin tartışılması aşamasıdır. Hâkim, değerlendirme yapıp vicdani kanaatiyle hüküm kurmadan önce maddi olaya ilişkin tüm iddia ve savunmaları dinleyecek ve ortaya konulan delilleri tartışacaktır.⁵²³ Ceza Genel Kurulu’nun 2013 tarihli vermiş olduğu bir

⁵²⁰ Ünver/Hakeri; s.599.

⁵²¹ Ünver/Hakeri; s.600.

⁵²² Ünver/Hakeri, s.599.

⁵²³ Gedik; s.942.

karara göre de maddi gerçeğe ulaşılması hem iddia hem savunma makamlarının görüşlerinin alınıp tartışılmasından sonra mümkündür. Hâkim ancak bu şekilde kendi huzuruna getirilmiş ve tartışılmış delillere dayanarak hüküm verebilecektir.⁵²⁴

Bununla birlikte öğretinin genel kabulünün de bir sonucu olarak, delillerin incelenmesi ve değerlendirilmesinde re'sen incelenebilirlik, tekrar ele alınabilirlik, doğrudan doğruyalık, serbestçe ve bütün olarak değerlendirilmesi, doğruluğu ve şüpheden sanığın yararlanması gibi ilkeler göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmektedir.⁵²⁵ CMK 217.maddede hâkimin ancak kendi huzuruna getirilmiş ve tartışılmış olan delillere dayanarak hüküm kuracağı belirtmektedir. Nitekim “duruşmanın doğrudan doğruyalığı” bir diğeri deyişle “yüz yüzelik” ilkesi ve ayrıca “sözlülük” ilkeleri de bu hususun getirdiği sonuçları ifade eden ilkelerdir. Adil yargılanmanın gerçekleşebilmesi noktasında da bu ilkelere uygun hareket edilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hâkim herhangi bir delille bağlı olmaksızın delil serbestisi ilkesi kapsamında hem lehe hem aleyhe toplanan tüm delilleri değerlendirerek şüpheden uzak bir sonuca ulaşmalıdır. Bununla birlikte her ne kadar “delil serbestisi” ilkesi gereği maddi olayı açığa kavuşturacak her şey delil olarak kullanılabilse de 206/2.maddesi gereği bir delilin ret olunabileceği haller de söz konusudur.⁵²⁶

Maddi gerçeğin re'sen araştırılması yükümlülüğü, ceza yargılamasının temel esaslarındandır. Bu ilke ceza muhakemesinin hukuk mahkemesinden ayrılan en önemli noktalarındandır.⁵²⁷ Bu ilkenin sonucu olarak, muhakemenin hızlanması ve kötüye

⁵²⁴ Yargıtay, CGK; E.2012/3-1469, K.2013/19, T.22.01.2013. Ceza Genel Kurulu’nun buna benzer şekilde verdiği bir diğer karara göre de “Ceza yargılamasının amacı olan somut gerçeğin açığa çıkarılması için kanıtların duruşmada ortaya konulmasından sonra, bu kanıtlardan sonuç çıkarma, yani tartışma evresi başlar. Böylece ortaya konulan kanıtlarla ilgili taraflara 5271 sayılı CYY’nın 216/1. maddesinde belirtilen sıraya göre söz hakkı verilecek ve tartışma olanağı sağlanacaktır. Bu tartışma tamamlandıktan sonra, önce bireysel iddia makamını temsil eden katılan ve vekili, sonra da kamusal iddia makamını temsil eden Cumhuriyet savcısı esas hakkındaki görüşünü beyan edecektir. Soruşturma evresinde elde ettiği kanıtlardan ulaştığı sonuca göre iddianameyi hazırlamakla görevli iddia makamı, bu suretle CYY’nın 225/1. maddesi uyarınca kovuşturma aşamasının sınırlarını belirlemektedir. Kovuşturma aşaması sonunda da iddia makamı, duruşmaya getirilip tartışılan kanıtları değerlendirerek esasa ilişkin iddialarını ortaya koyacak, sanık veya müdafii de buna ilişkin savunmasını yapabilecektir. Bu süreç yargılama sonucunda sağlıklı bir karara ulaşılabilmenin gerekli ve zorunlu koşuludur. (Yargıtay, CGK; E.2012/13-125, K.2012/236, T.19.06.2012, UYAP, Erişim Tarihi:22.07.2023).

⁵²⁵ Özen; s.317.

⁵²⁶ Yüksektepe; s.82; Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir delilin kabul edilebilirliğini kendi ulusal kanunlarına uygun olması, adil yargılanma ilkesi kapsamında bulunması ve delil özelliklerini taşınması gerekliliğine bağlamaktadır, Akt. Ünver/Hakeri, s.599.

⁵²⁷ CMK m.160/2. “Cumhuriyet savcısı, maddi gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adli kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak

kullanımların önüne geçilmesi mümkün olabilecektir. Bununla birlikte bu madde gereği, delil irat ve ikamesi taleplerinin de geniş bir şekilde yorumlanması ve değerlendirilmesi gerekmektedir. Burada önemli olan husus hukuka uygun olmayan bir gerekçeyle bu taleplerin reddedilmemesi gerekliliğidir. Ortaya konulan delillerin neler olduğunun açık ve net bir şekilde belirtilmesi ve somut olarak sunulmasından sonra mahkeme, bu delillerin somut olayla ilişkisini ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesini ne derece etkilediğini değerlendirip buna göre reddedip reddetmeyeceğine karar verebilmelidir.⁵²⁸

CMK 217.madde gereği soruşturma aşamasında ve duruşma hazırlığı sırasında toplanmış olan deliller, yargılama makamının huzuruna getirilmiş ve tartışılmış olmasıyla birlikte hükme esas teşkil edebilecektir. Duruşmaya getirilecek olan deliller, bu anlamda öncelikle iddianamede gösterilenlerdir.⁵²⁹ Bununla birlikte ayrıca ikame edilecek olan deliller var ise bunlar da duruşma hazırlığı sırasında ortaya konulmuş olmalıdır.

Tüm bunlara ek olarak, duruşma sırasında yeni delillerin ortaya çıkması ve değerlendirmeye alınması talep edilebilir. Maddi gerçeğe ulaşılması noktasında zorunlu olan hâllerde mahkeme de re'sen delil araştırabilecek ve ikamesini emredebilecektir. Duruşmada yapılan sorgu sırasında sanığın vermiş olduğu beyanlar da 'delil ikamesi' kavramı içerisinde değerlendirilmekte olup bu anlamda bir delil araştırması işlemi olarak sanığın sorgusu örnek gösterilebilmektedir. Yine benzeri şekilde sorgu yapıldıktan sonra toplanmış diğer deliller de ele alınıp tartışılabilir varsa sanığın soruşturmada vermiş olduğu beyanlar da duruşmada ortaya konulup incelenecektir. CMK 206.maddesine göre

muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür.” ibaresine yer verilmektedir. Bununla birlikte HMK'da m.25'te hâkimin re'sen delil araştırabileceği durumlar kabul edilmiştir. Bu ilke maddi gerçeğin araştırılması ilkesiyle de sıkı sıkıya bağlıdır; Özen; s.106.

⁵²⁸ Ünver/Hakeri; s.600. “... bir delilin reddedilmesi için CMK'nın 206/2. maddesinde sayılan durumların dışında delilin, akla, mantığa, bilimsel verilere, fizik kurallarına, herkesçe bilinen somut duruma, hayatın olağan akışı içinde gündelik yaşamdan edinilen karine niteliğindeki bilgilere aykırı olması ya da tanığın yalan söylediğinin ortaya çıkması gibi reddi için haklı, makul ve kabul edilebilir hukuki gerekçelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu, tanıkların, katılanın babası ve halası olmasının, anlatımlarının reddedilmesinin tek haklı ve yasal gerekçesi olamayacağı gözetilmeden, “katılanın yakınları olması dikkate alınarak beyanlarına itibar edilmemiştir” şeklindeki yasaya ve hukuka uygun olmayan gerekçelerle savunmaya itibarla hüküm kurulması,” (Yargıtay, 4.CD; E.26494/3767, T.27.2.2012, UYAP, Erişim Tarihi:16.04.2023).

⁵²⁹CMK m.170/4. fıkraya göre, “İddianamede yüklenen suçu oluşturan olaylar mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklanır; yüklenen suçu oluşturan olaylar ve suçun delilleriyle ilgisi bulunmayan bilgilere yer verilmez.” Beşinci fıkra da ise “İddianamenin sonuç kısmında şüphelinin sadece aleyhine olan hususlar değil lehine olan hususlar da ileri sürülür.” hükmü yer almaktadır. CMK m.174/1-a bendine göre de iddianamede suçun ispatına yönelik doğrudan etki edebilecek düzeyde mevcut olan bir delilin toplanmaması iddianamenin iade sebebi sayılmıştır.

bu işlemler, her ne kadar sanığın sorgusundan sonra yapılacak olsa da kendisine yapılmış tebligata rağmen mazeretsiz şekilde gelmemiş olan sanığın sorgusunun yapılmamış olması, delillerin ortaya konulmasına ve incelenmesine engel olmamaktadır. Tüm bunlara ek olarak, bazı delillerin ortaya konulmasından vazgeçilmesi veya ikame noktasında bir sıralama oluşturulması da söz konusu olabilir. Buna örnek olarak, hâkimin hangi tanığın ilk olarak dinleneceğine veya bazılarının dinlenip dinlenmeyeceğine karar vermesi gösterilebilir.⁵³⁰

Delillerin kanuna aykırı elde edilmiş olması durumunda, ispat edilmek istenen olayın karara etkisi yoksa ve sadece davayı uzatma maksadıyla yapılmış ise bu gibi durumlarda delilin incelenme talebi reddolunacaktır. CMK m.206/2. fıkrada ortaya konulacak bir delilin reddedileceği haller gösterilmekle birlikte, 207.maddede de ortaya konulması isteminin geç bildirilmiş olması durumunun ret sebebi olmayacağı belirtilmiştir. Burada geç bildirilmiş olması ifadesinin ise zaman bakımından bir önceki maddede geçen sorgunun bitmesinden sonra delillerin ortaya konulması ifadesi göz önünde bulundurularak belirleneceği belirtilmektedir.⁵³¹

Delillerin irat ve ikame talebinin reddedilmesi somut ve ciddi bir sebebin bulunmasıyla mümkündür. Talepte bulunan kişinin yargılamayı uzatmak ve sürüncemede bırakmak amacını taşıması durumunda haklı ret sebebi söz konusu olabilecektir. Kimi zaman talebin geç yapılması bu amacı taşıması noktasında bir karine teşkil etse de sadece geç ileri sürülmüş olan bir talebin direkt olarak bu amacı taşıdığıнын söylenemeyeceği belirtilmektedir. Bu kabule göre mahkemenin bu tarz bir talebi detaylı bir şekilde irdeleyip değerlendirmesi ve ona göre bir ret veya kabul gerekçesi sunması da gerekmektedir.⁵³²

Delillerin reddi ancak burada belirtilen sebeplerle mümkündür. Delil irat ve ikame talebi, bu sebepler dışında reddedilemeyecek fakat bununla birlikte tarafların yargı makamına oyalayarak zaman kazanmaya çalışması gibi girişimleri söz konusuysa diğer kanuni nedenlerin de bulunmasıyla talepleri reddedilecektir. Maddi gerçeğin

⁵³⁰ Sonuç olarak, delillerin ortaya konulması işlemi esas itibarıyla tanık veya bilirkişinin dinlenmesi, elde edilen belgelerin okunması veya olaya ilişkin olan eşyaların incelenmesi şeklinde olacaktır, Şahin/Göktürk; s.508-509.

⁵³¹ Özen; s.496.

⁵³² Ünver/Hakeri; s.603.

araştırılması, re' sen araştırma ilkesi, usul ekonomisi gibi yargılamaya dair ilkeler göz önünde bulundurulduğunda hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delillerin reddedilmesi gerekmektedir.⁵³³

Öğretide 206.maddenin ilk fıkrasında yer alan ikinci ve üçüncü cümlelerin, CMK m.193/1'de yer alan düzenlemeyle karşılaştırıldığında çelişkiye sebebiyet verdiği kabul edilmektedir. Bunun nedeni olarak, m.193/1'de yer alan 'hazır bulunmayan sanık hakkında duruşma yapılamaz.' ifadesi gösterilmekte olup söz konusu bu çelişkinin iki farklı yoruma başvurulabilir. Bu kapsamda yapılan ilk yorumlamaya göre, CMK m.206/1.fıkra'da yer alan ikinci ve üçüncü cümleler, belirtilen muhakeme işlemlerinin duruşma kapsamında değerlendirilmemesi olarak, ikinci bir yorumlama olarak ise söz konusu muhakeme işlemlerinin sanığın duruşmada hazır bulunma zorunluluğunun bir istisnası olarak uygulanmasıdır. Delillerin ortaya konulması ceza yargılamasında kabul edilen müstereklik ve kolektiflik ilkesinin de bir neticesidir.⁵³⁴

CMK m.206/2-a fıkrası gereği kanuna aykırı bir şekilde elde edilmiş olan delil reddedilecektir. Burada sözü geçen "kanuna aykırı" ifadesi ise *Ünver/Hakeri* tarafından hatalı olarak değerlendirilmekte bunun yerine "hukuka aykırı" ifadesinin kullanılması gerektiği belirtilmektedir. Bunun sebebini ise kanuna aykırı olarak düzenlenen ifadenin sadece delilin ortaya konulmasını engellediği fakat hukuka aykırı dosyaya girmesini engellemediğini ifade etmektedir. Yine aynı madde kapsamında düzenlenen farklı bir ret sebebi ise ispat edilecek olan olaya ilişkin bir etkisi söz konusu olmaması durumudur. İrat ve ikame talebi bulunan delilin daha önceden ispatlanmış hususlara ilişkin olmaması gerekmektedir. Ortaya konulan delil ya bir vakıayı ispat kabiliyeti taşımalı veya yeni bir delil niteliğinde bulunmalıdır. Bu ret sebeplerinden farklı olarak, delil ile olay arasında nedensel ilişkinin bulunmadığı durumlarda, bu kanaatin delillerin serbestliği dahil diğer ilkeler çerçevesinde değerlendirilmiş olması ve açıklanması gerektiği de belirtilmektedir.⁵³⁵

Son olarak, delillerin reddedilmesi sebeplerinden biri de tarafın talebinin sadece davayı uzatma amacını taşımış olması durumudur. Burada irat ve ikame talebi, bir somut

⁵³³ Ünver/Hakeri; s.600.

⁵³⁴ Özen; s.495.

⁵³⁵ Ünver/Hakeri, s.602.

delil veya emare söz konusu olmaksızın sadece soyut bir talebe dayanıyorsa ve duruşmayı uzatma durumu veya maksadı taşıyorsa bu talep reddedilecektir. Burada düzenlenmiş olan ret hali zorunlu ret sebeplerinden kabul edilmektedir.⁵³⁶ Bununla birlikte ret sebeplerinin bu şekilde düzenlenmiş şekli kurallara bağlanmış olması, mahkemenin maddi gerçeğe ulaşma amacının ana dayanağıdır. Burada önemli olan husus delil ikame talebinin yanında delile nasıl ulaşıldığı, ne şekilde elde edildiği ve neyi ispat ettiği gibi bilgilerin de değerlendirmeye alınması ve ret kararının bu şekilde verilmesidir.⁵³⁷

Bu ret sebeplerinden farklı olarak, CMK'nın 206/3.fikrasında savcı ile sanık veya müdafinin birlikte rıza göstermesi durumunda tanığın dinlenmesinden veya başka herhangi bir delilin ortaya konulmasından vazgeçilmesi düzenlenmiştir. Burada mahkemeye bir zorunluluktan ziyade bir takdir yetkisi verildiği belirtilmektedir. Bununla birlikte mahkemenin delillerin değerlendirilmesi ve ikame taleplerinin reddi konusunda bu maddede düzenlenen hususu da göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵³⁸ Yine delillerin ortaya konulması ve reddedilecek delillerin belirlenmesi hususları tamamlandıktan sonra delillerin tartışılmasına geçilecek olup tartışması tamamlandıktan sonra ise deliller değerlendirilirken hangi hususların göz önünde bulundurulduğu ve takdir yetkisinin ne şekilde kullanıldığı açıklanacaktır.

3.1.1.2.Delillerin tartışılması ve takdir yetkisi

Ceza muhakemesinde yapılacak tüm işlemler, delillerin değerlendirilmesi sonrasında gerçekleşmektedir. Önceki bölümlerde ifade edilen “delil serbestisi” ilkesi gereği, delillerin değerlendirilmesinde yargılama makamı bir sınırlamaya tabi olmaksızın serbesttir. Bununla birlikte delillerin elde edilmesi ve araştırılması noktalarında “hukuk devleti” ilkesinin de bir sonucu olarak, bu serbestliğin sınırsızlığından söz edilmesi

⁵³⁶ Ünver/Hakeri, bu sebebin zorunlu bir şekilde ret sebebi olarak düzenlenmiş olmasını eleştirmektedir. Yazara göre, her ne kadar bu amaçla hareket edilmiş olan bir talep söz konusu olsa da ortaya konulan delil maddi gerçeğe ulaştırma açısından önemli bir veri ise ceza muhakemesinin amacı aykırı olarak delilin reddedilmesi gerekmektedir benim hukuka uygun, olaya ilişkin ve diğer delil özelliklerini taşıyabilecek nitelikte bir delil ise tarafların amacının delilin direkt reddi sebebi olarak değerlendirilmemesi gerektiğini belirtmektedir. Yine CMK madde 207’de getirilmiş olan düzenlemede bu ret sebebinin keyfi bir şekilde yorumlanmasının önüne geçilmesi amacını taşıdığı belirtilmektedir. Bu maddede delilim reddinin sadece geç bildirilmiş olmasına dayanmasının mümkün olmadığı düzenlenmiştir. Bu nedenle CMK madde 206’da yer alan düzenlemenin kanundan çıkartılması gerektiği düşüncesindedir. Ünver/Hakeri, s.602.

⁵³⁷ Ünver/Hakeri; s.603.

⁵³⁸ Ünver/Hakeri, s.604.

mümkün değildir. Bu nedenle elde edilen delilin hukuka aykırılığı söz konusu olduğunda, değerlendirme dışı tutulması gerekecektir. Yine delil serbestisi ilkesine göre her şey delil olmakla birlikte delillerin, belirli özellikleri taşıması ve mahkemeye sunulduğu durumda ret sebebi teşkil etmemesi gerekmektedir. Bu ilke iki yönden sınırlandırılmış buna göre; yalnızca duruşmaya getirilen, tartışılan ve sadece hukuka uygun şekilde elde edilmiş olan delillerin değerlendirilmeye alınması mümkün kabul edilmiştir. Mahkeme bu bağlamda kanaatini tahminlere değil, huzura getirilen ve tartışmaya sunulan delillere dayandıracaktır. Ve ayrıca ilk bölümden de hatırlanacağı üzere mahkeme, hukuka aykırı şekilde elde edilen delili değerlendirmeye dahi almayacak ve hükme esas kabul etmeyecektir.⁵³⁹

CMK'nın 177.maddesinin 1.fıkrasına göre, “Sanık, tanık veya bilirkişinin davetini veya savunma delillerinin toplanmasını istediğinde, bunların ilişkin olduğu olayları göstermek suretiyle bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanına veya hâkime verir.” Burada sanığa verilen ‘delillerin toplanmasını isteme’ hakkı, mağdur veya katılana verilmemiştir. Bununla birlikte CMK 178’inci maddesinde katılan için mahkemenin tanık veya uzman kişinin duruşmaya çağırılmasına ilişkin talebin reddi halinde bu kişileri mahkemeye getirebileceği düzenlemesi bulunmaktadır.⁵⁴⁰

Hâkim, delilleri serbest şekilde değerlendirdikten sonra incelediği davadan edindiği vicdani kanaatine göre hüküm tesis edecektir. Burada keyfilikten uzak ve kanuna uygun şekilde hüküm kurulmasında kanun yolları aracılığıyla bir denetim öngörülmesi söz konusudur. Bu bağlamda hâkimin hükmünü dayandığı gerekçeli karardan hangi delillerin değerlendirmeye alınıp alınmadığı incelenecek ve bir aykırılık olup olmadığı değerlendirilecektir. Buna ek olarak, hâkim hükmünü dosyanın içeriğine, akla ve hukuka uygun bir şekilde gerekçeyle açıklamışsa denetim mekanizması için de bu gerekçe kabul edilebilecektir. Yine kanun yolu incelemesi söz konusu olduğunda, gerekçenin maddi olayla uyuyup uyuyamadığı, maddi olayda elde edilen delillerin karara ne derece etki ettiği ve herhangi bir hukuka aykırılık durumu söz konusu olup olmadığı tespit edilecektir. Hâkim huzura sunulan dosya içeriği ve delilleri bir bütün olarak değerlendirip, maddi gerçeğe ulaştıracak şekilde bir karar verecektir. Burada hâkimin kararını verirken

⁵³⁹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.332-333.

⁵⁴⁰ Özen; s.484.

“doğrudan doğruyalık” bir diğer deyişle "yüz yüzelik" ilkesini göz önünde bulundurulmasının da aranacağı belirtilmektedir. Bu ilkenin bir sonucu olarak, mahkemenin olayın taraflarıyla veya olayda elde edilen delillerle doğrudan temas etmesi beklenmektedir. Örneğin, olayda bir sanık söz konusuysa mahkeme onu bizzat dinleyecek, silahla yaralama söz konusuysa silahı bizzat görecektir ve buna göre bir kanaat oluşturacaktır.⁵⁴¹

Dosyada yer alan her delili mahkeme, res’en değerlendirmeye almaktadır. Bu bağlamda, iddia veya savunma makamının aralarında anlaşarak bir delilden vazgeçmesi hâkim veya mahkemeyi bağlamaz. Bununla birlikte, hüküm kurulurken sanık veya tanığın beyanlarının güvenilir ve gerçekçi olması hususlarına özellikle dikkat edilmelidir. Bu kapsamda hâkim, delilleri değerlendirme noktasında kolektif bir katkıyla bilirkişiden yardım isteyebilecektir.⁵⁴²

Maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve olayın sübuta ermesi için her türlü delil incelenebilecektir. Bu kapsamda savcılık hem lehe hem de aleyhe olan tüm delilleri toplamakla yükümlüdür. Delillerin değerlendirilmesi bu bağlamda hem soruşturma hem de kovuşturma evrelerinde gerçekleştirilen bir durumdur. Mahkemenin delil olmaksızın hüküm kuramaması gibi savcılık da delil olmaksızın herhangi bir ceza muhakemesi işlemi yapamaz ve iddianame düzenleyemez. Savcı, bu anlamda adli kolluk dahil tüm kamu görevlilerinden yararlanabilecektir. CMK 161.maddesi gereği, kolluk görevlisinin herhangi bir suç ihbarında kendiliğinden soruşturmaya başlaması ve delil elde etmesi, delillerin hukuka aykırı hale gelmesine sebebiyet vereceğinden savcılığa haber vermeksizin delil elde edilmesi söz konusu olmamalıdır.⁵⁴³

⁵⁴¹ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.334.

⁵⁴² Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.335-337.

⁵⁴³ Yargıtay uygulamasında bu husus; “Somut olayda yukarıda sözü edilen yasal düzenlemelere aykırı şekilde kolluk görevlilerinin kendi yaptığı çalışmalar üzerine Cumhuriyet Savcısının CMK’nın 160 vd. maddelerine göre yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın, bir sosyal paylaşım sitesinde bulunan ilanda yazılı cep telefonunu arayarak suça konu edilen eve önce bir kolluk görevlisinin müşteri olarak girdiği, içerideki bayanlardan biriyle fuhuş pazarlığı yaparak önceden seri numarası alınmış parayı bayana verdikten sonra polis kimliğini açıkladığı, ardından diğer kolluk görevlilerinin aynı eve girerek olay tespit tutanağında yazılı delillere el konulduğu, içeride bulunan sanık ve mağdurların kimlik tespitleri yapıldıktan sonra konuyla ilgili Cumhuriyet Savcısına bilgi verilerek, mağdurların ifadesinin alınması, şüphelinin gözaltına alınması, el konulan suç unsurlarıyla tahkikat evrakının mevcutlu olarak gönderilmesi talimatı alındığı, daha sonra Sulh Ceza hâkimliğinden, elde edilen delillerin rızaen teslim edildiğine dair tutanakta bir ibare bulunmamasına rağmen, CMK’nın 127 nci maddesi uyarınca el koyma kararı alındığı anlaşılmıştır. Her ne kadar olay tespit tutanağında polislerin arama yapmadan evden ayrıldıkları yazılmışsa da yapılan işlemlerin arama ve el koyma niteliğinde olup, CMK’nın 116 vd. ile 123 ve 127’nci maddelerine

Tüm bunlara ek olarak, delillerin değerlendirilmesinde herhangi bir sıralama veya hiyerarşi söz konusu değildir. Kanun’da belirtildiği üzere, iddianame okunduktan sonra sanığın sorgusuna geçilir. Sorgu bittikten sonra ise hangi delilin ele alınacağı belirlenecektir. Yine hâkimin değerlendirme sonrası delilleri tartışması ve reddedilen bir delil varsa bunu belirtmesi, hukuki bir delil varsa da bunu açık göstermesi zorunludur. Çünkü bunun aksi durumu mutlak bozma nedeni olarak değerlendirilmektedir.⁵⁴⁴

Yapılacak delil değerlendirilmesinin esas amacı, maddi gerçeğe ulaşabilmesini sağlamaktır. Bu nedenle delillerin gerek elde edilmesi gerekse değerlendirilmesi noktasında soruşturma ve kovuşturma makamlarına birtakım sınırlanmalar getirilmiştir. Hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak, bazı delillerin elde edilmesine sınırlama getirilmesi durumu “delil elde etme yasağı” olarak belirtilmektedir. Bununla birlikte “delil değerlendirme yasağı” ise yargılamada ortaya konulacak veya değerlendirilip hükme esas alınacak bazı delillerin kabul edilmeyeceği anlamını taşımaktadır. Tüm bunlar hukuk devleti ilkesinden kaynaklı olan kabulün sonucu olarak öğretide “delil yasakları” şeklinde adlandırılmaktadır.⁵⁴⁵

Hukuka uygunluk denetiminin gerek delilin elde edilmesi gerekse değerlendirilmesi aşamasında delil yasaklarıyla sağlandığı belirtilmektedir. Yargıtay’ın ve öğretinin genel kabulüne baktığımızda da bu yasakların iki başlık altında, “delil elde etme yasağı” ve “delil değerlendirme yasağı” olarak incelendiği ve böyle bir ayrım söz konusu olduğu görülmektedir.⁵⁴⁶ Uygulamaya bakıldığında ise Yargıtay’ın delil yasakları

aykırı olduğu, bu nedenle elde edilen delillerin de hukuka aykırı yöntemle elde edilmiş delil niteliğinde bulunduğu anlaşıldığı, yine mağdurların kolluk ifadelerine de yukarıda sözü edilen açıklamalar nazara alındığında. Cumhuriyet Savcısının CMK’nın 160 vd. maddelerine göre yaptığı yazılı veya sözlü bir görevlendirme bulunmaksızın yapılan işlemler sonucu ulaşıldığından, bu ifadelere de itibar edilemeyeceği, kaldı ki mağdurların tercüman bulundurulmadan alınan kolluk ifadelerinden sonra mahkemeye sunup, içeriğini tekrar ettikleri noter tercümeli dilekçelerinde de, yeteri kadar Türkçe bilmeden alınan ifadelerini kabul etmediklerini, okuyup anlamadan kolluk görevlilerinin baskısıyla imzaladıklarını beyan etmeleri karşısında, bu ifadelerin de mahkumiyete esas teşkil edecek nitelikte bulunmadığı, dolayısıyla sanığın üzerine atılı fuhuş suçunu işlediğine ilişkin, hukuka uygun yöntemlerle elde edilmiş delil bulunmadığının anlaşılması karşısında, sanığın beraati yerine mahkumiyetine karar verilmesi” şeklinde yer alan kararla vurgulanmıştır. (Yargıtay, 18.CD; K.3819/1302, T.13.06.2016, UYAP, Erişim Tarihi:19.07.2023).

⁵⁴⁴ Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.335-337.

⁵⁴⁵ Gedik; s.924-925.

⁵⁴⁶ Özen; s.305-315; Gökçen/ Balcı/ Alşahin/ Çakır; s.337-338; Öztürk; s.257.

hususunda vermiş olduğu kararlardaki değerlendirmelerinin istikrarlı bir görüşü ve uygulamayı ifade etmediği belirtilmektedir.⁵⁴⁷

CMK m.230/1.fıkrasında, verilecek olan mahkûmiyet hükmünün gerekçesinde delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi gerektiği ve ayrıca hükme esas alınacak veya reddedilecek olan delillerin de açık bir şekilde belirtilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Bu nedenle her ne kadar dosyada hukuka aykırı yöntemlerle elde edilmiş olan bir delil söz konusu olsa da bunun da ayrıca ve açıkça gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda mahkeme, hukuka aykırı nitelikteki delilleri de tespitle yükümlü kılınmıştır.⁵⁴⁸

Duruşmaya katılan tüm tarafların delillerin içeriğini öğrenmesi, hâkimin kolektif bir şekilde hüküm verme faaliyetine bir katkı niteliğindedir. Delillerin tartışılması bu bağlamda oldukça önemlidir. CMK 215.maddesi gereği her bir delilin tartışılması ve tarafların her delil bakımından görüşlerinin alınması gerekmektedir. Ayrıca CMK 201.maddesinde yer alan hükme göre savcı, müdafî, vekil, sanık, katılan, tanık, bilirkişi veya duruşmaya çağrılan diğer kimseler soru sorma haklarına sahip olacaktır.⁵⁴⁹ Yine benzeri şekilde CMK'nın 216.maddesinde yer alan düzenleme gereği de duruşmada ortaya konulmuş olan delillere ilişkin olarak söz hakkı öncelikle katılana, ardından vekiline, Cumhuriyet savcısına, daha sonra sanığa ve müdafisine, en sonunda da kanuni temsilcisine verilecek şekilde tartışmanın düzeni belirtilmiştir. Ceza yargılamasında medeni hukuktan farklı olarak “iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür.” hükmü geçerli değildir. Çünkü ceza yargılaması şekli gerçeği değil, maddi gerçeği amaçlamaktadır. Bu nedenle ispat külfetinin söz konusu olmamasından dolayı mahkeme, sanık ya da savcı tarafından ileri sürülmüş olsa dahi tüm hususları araştırıp buna göre bir vicdani kanaate ulaşmak mecburiyetindedir. Çünkü ne sanık suçsuzluğunu ne de savcı sanığın suçu işlediğini ispat ile yükümlü değildir.⁵⁵⁰

Ceza yargılamasının temel amacı olan maddi gerçeğe ulaşma amacıyla her şeyden önce sanığın menfaati bulunmaktadır. Sanığın susma hakkına sahip olmasıyla birlikte kendisine yöneltilen bazı sorulara cevap vermekle yükümlü olduğunu belirten yazarlarla birlikte susma hakkını kabul etmekle birlikte sanığın vermiş olduğu beyanların bir delil

⁵⁴⁷Gökçen/Çakır; s.2944-2945.

⁵⁴⁸ Gedik; s.927.

⁵⁴⁹ Gedik; s.943.

⁵⁵⁰ Gedik; s.946-947.

niteliğinde değil bir savunma niteliğinde kabul edilmesi gerektiğini belirten görüşler de bulunmaktadır.⁵⁵¹

Katlanma yükümlülüğü aynı zamanda sanığın kendisini suçlamaya zorlanamaması ve susma hakkını da ifade etmektedir. Buna göre iddia makamı başvuracağı delillerin hukuka aykırı olmadığını ve zorlama yöntemlerle elde edilmediğini ortaya koyabilmeli ve bu şekilde delil elde etmelidir.⁵⁵² Katlanma yükümlülüğü şüphelinin veya sanığın aktif bir şekilde yargılamaya katılacağı anlamına gelmemektedir. Çünkü şüpheli veya sanığın kendi rızası olmaksızın katılmaya zorlanması, elde edilecek delillerin hukuka aykırı olmasına sebep olmaktadır. Bu nedenle mutlaka aktif katılımının kendi rızasıyla olması gerekmektedir.⁵⁵³ Aktif bir şekilde katılmaya zorlanma yasağı, diğer bir anlatım biçimiyle şüpheli/sanığın bağımsız bir delil sunmaya zorlanmaması olarak da ifade edilebilir.⁵⁵⁴

3.1.2. Elektronik delillerin elde edilmesi ve analizi

3.1.2.1. Elektronik delillerin toplanması ve incelenmesi

Elektronik deliller, elektronik nitelikteki bir araç tarafından iletilen veya bu araçlar üzerinde kaydedilen ve soruşturma açısından önemi bulunan bilgi veya veriler olarak tanımlanabilir. Bu delillerin yargılamada kullanılabilmesi için klasik delillerin ele alınması gibi ele alınıp incelenmesi gerekmektedir. Fakat bu deliller klasik delillerden farklı olarak, DNA veya parmak izi gibi görünmez bir yapıya sahip olmakta ve gizli bir yapı yansıtmaktadır.⁵⁵⁵ Elektronik delilin bu yapısı nedeniyle elde edilmesi çok kolay değildir. Genellikle bilişim sistemlerinden elde edilen bu deliller, başka bir bilişim sistemi aracılığıyla ortaya çıkarılmaktadır. Bu nedenle soruşturmaya dair veya suça ait olan herhangi bir iz veya delilin bulunabileceği ihtimali göz önünde bulundurularak bu

⁵⁵¹ Bununla birlikte sanığın, CMK m.147/1 gereğince, ifade ve sorgu sırasında kimliğe ilişkin sorulara doğru cevap verme yükümlülüğü bulunmaktadır. Kanun koyucunun bu iradesi susma hakkına getirilen bir istisna niteliğinde kabul edilmektedir. Bu bağlamda şüpheli veya sanık kendisine kimlik ile ilgili bilgiler sorulduğunda doğru bir şekilde cevap verme zorunluluğu altında olacak fakat susma hakkı kişinin kimlik bilgisi hakkında uygulanamayacaktır. Özen İnci; s.133

⁵⁵² Sarıgül, Ali Tanju; “Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 153, 2021, s.45.

⁵⁵³ Sarıgül; s.42.

⁵⁵⁴ Sarıgül; s.43; Özen İnci; s.135.

⁵⁵⁵ Berber; s.44.

sistemlere titizlikle yaklaşılmaması ve bu sistemlerin iyi tanınması gerekmektedir. Ayrıca manyetik ortamda bulunan bu deliller bakımından kullanıldığı suç tipi de göz önüne alınarak elde etme yöntem ve donanımı ona göre belirlenmelidir.⁵⁵⁶

Elektronik delillerin toplanması aşaması da diğer deliller gibi bir adli soruşturma gereği var olacak yazılı bir savcılık veya mahkeme kararına bağlıdır. Alınacak olan arama kararında, arama planının yer alması, kararın kapsamının net bir şekilde ortaya konulması ve gerçekleştirilecek işlemlerin neler olduğu belirtilmelidir. Aksi şekilde bu unsurlardan birinin kararda eksik olması durumunda yeni bir arama kararı gerekecek fakat bilişim sistemlerinin elektronik yapısı göz önünde bulundurulduğunda bu durum sorun teşkil edebilecektir.⁵⁵⁷ Bu delillerin yapısından kaynaklı olarak yanlış yapılacak bir taşıma işleminin veya inceleme yönteminin delilin özünün değişmesine veya bozulmasına sebep olacağı unutulmamalıdır. Bu nedenle elektronik delil elde edilmişse toplanması ve muhafaza edilmesi noktasında da özel önlemlerin alınması gerektiği belirtilmektedir. Aksi halde bu delillerin kullanılamaz bir duruma gelmesi söz konusu olabilmektedir.⁵⁵⁸

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte daha önceleri suçun hedefi niteliğinde olan bilişim sistemleri, bugün suçun işlenmesinde araç konumunda olabilmekte, suça ilişkin elektronik nitelikteki delilleri içerebilmekte ve bunları dönüştürülmektedir.⁵⁵⁹ Bu noktada bir şeyin elektronik delil olması ile elektronik olarak elde edilmesi farklı şeylerdir. Örneğin, adliyelerde yapılan tüm işlemler UYAP kullanılarak kaydedilmekte ve saklanmaktadır. Fakat bu işlemler, dijital bir şekilde kaydedilip saklanmakla birlikte elektronik delil niteliğinde kabul edilmemektedir. Elektronik delilden bahsedilebilmesi için her şeyden önce delilin özünün de dijital olması gerekmektedir. Bu bakımdan elektronik delillerin elde edilmesi noktasında klasik delillerden farklı yöntem ve usullerin uygulanması gereklidir.⁵⁶⁰

Bu gerekliliğin sebebi ise sadece olay yerinde bulunan sistem veya aygıtın fiziksel olarak bütünlüğünün korunması değil içeriğinde yer alan elektronik nitelikteki verilerin de bütünlüğünün sağlanabilmesidir. Bu nedenle bu verilerin özel bir şekilde toplanıp

⁵⁵⁶ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.203.

⁵⁵⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.202.

⁵⁵⁸ Say; s.33-34.

⁵⁵⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.203.

⁵⁶⁰ Kaynakçıoğlu; s.50.

muhafaza edildikten sonra nakledilmesi gerekir. Elektronik delillerin görülebilir hale getirilmesi için belirli araç ve yazılım programlarına ihtiyaç vardır. Ayrıca bu yapıya dönüştürürken uygulanması gereken prosedür veya süreç ve bu sürecin açıklanması için uzman kişilerin tanıklık yapması da gerekebilmektedir.⁵⁶¹ Bu bakımdan toplanacak olan elektronik delile ilişkin müdahalede bulunacak personelin mutlaka bilişim sistemlerini, bu sistemlerin yapısını ve elektronik delillerin içeriğini iyi analiz edebilmesi ve tanınması beklenir.⁵⁶²

Delillerin elde edilme yöntemleri, elektronik deliller için de geçerli olmaktadır. Her şeyden önce hukuka uygun şekilde elde etme yöntemlerinin kullanılması yasal ve gerekli düzenlemelere uygun olarak elde edilmesi bakımından oldukça gereklidir. Çünkü bu durum delilin kullanılabilirliği noktasında oldukça elzemdir.⁵⁶³ Bu nedenle herhangi bir özel düzenleme veya tedbir bulunmasa dahi dijital delillerin kendilerinde var olan elektronik yapısından kaynaklı olarak klasik delillerden farklı şekillerde ele alınıp incelenmesi gerekmektedir. Bununla birlikte dijital delillerin kolaylıkla değiştirilebileceği veya bozulabileceği göz önünde bulundurularak elde etme işlemlerinin uzman kişiler tarafından yapılması gerekmektedir.⁵⁶⁴

Bununla birlikte elektronik delilin elde edilmesinde ilk temasın ne şekilde olacağı her ülkenin uygulamasında farklı şekillerde olabilmektedir. Örneğin, ülkemizde bu tarz bir adli soruşturma kapsamında ilk temas kolluk personeli olan polis ekipleri tarafından gerçekleştirilirken, ABD’de gerçekleştirilecek temas ‘ilk müdahale ekipleri’ tarafından gerçekleştirilmektedir.⁵⁶⁵ Daha önce de detaylı şekilde bahsedildiği üzere CMK’da yer alan düzenlemenin neticesi olarak, delillerin soruşturma aşamasında toplanması esası kabul edilmekte ve bu bağlamda elektronik delillerin elde edilmesi her şeyden önce kolluk ve savcılık makamlarının işinin bir parçası olarak belirtilmektedir. Bundan kaynaklı olarak, söz konusu bu kişilerin ve süreçte sorumlu olacak her kişinin elektronik

⁵⁶¹ Berber; s.44, Yazara göre, uygun bir prosedür rehberi bulunmuyorsa izlenmesi gereken ilk aşamada dokümantasyon ve konum tespiti işlemleri yapılacak ve bu işlemler yapılırken elektronik olmayan biyolojik iz veya delillerin olabileceği ihtimali de göz önünde bulundurulacaktır. s.67.

⁵⁶² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.203.

⁵⁶³ Afandak; S.65.

⁵⁶⁴ Kaynakçıoğlu; s.51.

⁵⁶⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.203; Bucak, Yeşim; s.71. Konuya ilişkin ABD uygulamasına ve ülkemizde yer alan usuli düzenlemelerle karşılaştırılmasına “Elektronik Delillere Yönelik Hukuki Düzenlemeler” başlığı altında ayrıca değinilecektir.

delillerin özelliklerini, hassasiyetlerini, toplanma ve muhafaza edilme yöntemlerini bilmesi bir zorunluluk olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁶

Çoğu zaman bilgisayarların işlenen suçlarda araç olarak kullanılması söz konusu olduğu gibi suçu oluşturan veya suç delilini taşıyabilen, ayrıca suçun hedefi niteliğinde olabilen bir konumda da bulunması mümkündür. Bu noktada öncelikle, elektronik delillerin asıl mantığını ve rolünü anlayabilmek adına olay yerinin incelenmesinde uygulanacak olan prosedürün nasıl olacağının belirlenmesi gerekmektedir. Nitekim, bu aşamalarda olaya müdahale edecek olan ilgili kişilerin ne şekilde hareket etmesi gerektiğinin bilinmesi de son derece önem arz etmektedir.⁵⁶⁷ Elde edilen bir elektronik verinin delil niteliğinde olup olmadığı, HMK 199.maddesi kapsamında belge veya 200.maddesi kapsamında senet niteliği taşıyıp taşımadığı ise elde edilen her veri için detaylı bir inceleme gerektirmektedir. Bu incelemenin de gerek “log” kayıtlarından gerekse zaman damgasından veya güvenli e-imza ile imzalanması yönünden yapılması gerekmektedir.⁵⁶⁸

Bu nitelikteki verilerin toplu olarak bir araya gelmesi ve elektronik belge niteliği kazanması ve bu delillerin mahkemeye sunulması, fiziki olarak ortaya konulabilmesiyle mümkündür. Bu delillerin kabul edilebilirliği ve doğrulanabilir olması gibi özelliklerin ayrıntısı bir sonraki başlıkta ayrıntılı olarak işlenecektir. Bununla birlikte bu delillerin yapısı gereği taşıdığı hassasiyetlerden kaynaklı olarak detaylı şekilde incelenmesi ve doğrulanabilirliğinin net şekilde tespit edilmesi gerekmektedir. Bu noktada söz konusu verilerin adli bilişim yöntemleriyle gerekli cihaz ve donanımlarla fiziki bir hale getirilmesi gerekmektedir. Bu teknik süreçte bütünlüğün sağlanabilmesi ve delilin güvenilir olduğunun belirlenmesi gerekir. Fakat her halde delilin orijinali tüm bu işlemlerden önceki asıl ilk halidir. Bu nedenle önemli olan ilk asıl delile ulaşılmış ve o delilin muhafaza edilmesidir.⁵⁶⁹

Elektronik verilerin özelliklerine bakıldığında kolaylıkla değiştirilebilir, kopyalanarak çoğaltılabilir ve silinebilir özellikler barındırdığı ve hassas bir nitelikte

⁵⁶⁶ Berber; s.43.

⁵⁶⁷ Berber; s.43.

⁵⁶⁸ Altıntaş, Kerim, Ahkam Dergisi, s.51; “Log kaydı”: Gerçekleştirilen tüm işlem ve hareketlerin tek tek kayıt altına alınmasıyla oluşan dosyalar olarak tanımlanabilir, Soylu; s.7.

⁵⁶⁹ Gönenç; s.85. Adli bilişimde kullanılan yazılım ve donanımlar hakkında detaylı bilgi için, Say; s.59-78.

bulunduğu görülmektedir. Bu verilerin söz konusu bu özelliklere sahip olmalarından dolayı ancak gerekli usuli işlemler yapılarak, ‘delil’ niteliği kazandırılabilceği ve delil niteliği kazanarak bir suçun aydınlatılmasında kullanılabileceği yadsınamaz bir gerçektir.⁵⁷⁰ CMK madde 134 ve devamında yer alan tedbirlerin asıl amacı, klasik arama tedbirlerinin bilgisayar ortamlarına uygulanmasının mümkün olmamasının yetersizliği karşısında başka şekilde elde edilemeyen elektronik delillerin elde edilebilmesinin sağlanmasıdır.⁵⁷¹ Yine bu delillerin sağlıklı bir biçimde elde edilmesi ve yargılama aşamasında kabul edilebilirliğinin sağlanması için sürece aktif olarak katılan personelin, kullanılan yöntemlerin ve delil koruma zinciri faktörlerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁵⁷²

Elektronik delillerin kendilerine has bu özelliklerinden kaynaklı olarak uzman kişiler tarafından elde edilmesi söz konusu olduğundan detaylı olarak adli bilişim biliminin de ele alınıp incelenmesi, konunun anlaşılması bakımından uygun olacaktır. Nitekim adli bilişim kısaca, elektronik delilin elde edildiği aşama olarak nitelendirilmektedir.⁵⁷³

3.1.2.2. Adli bilişim süreci

Adli bilişim kavramı, elektronik cihazlardan delil elde edilmesi noktasında adli delillendirme sürecinin en önemli aşamasıdır. Bu süreç teknolojinin gelişmesiyle birlikte bu gelişmelere ayak uydurmaya çalışmanın bir sonucudur. Adli bilişim denildiği zaman akla gelen ilk şey, bilgisayar veya mobil adli bilişim olsa da teknolojinin gelişmesiyle birlikte bu kavram, daha da genişlemiş ve veri depolama işlemi gören veya veri giriş-çıkış işlemlerini gerçekleştiren birçok cihaz buna dahil edilmiştir. Örneğin; evlerde sıklıkla bulunan smart-tv, drone cihazları veya veri akışını sağlayan, log kaydı tutan cihazlar bunlardan bazılarıdır. Bu şekilde adli bilişim kapsamına giren cihaz çeşitliliğinin gün geçtikçe artması bu kavramı da kendi içerisinde farklı türlere ayırmıştır.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.145-146.

⁵⁷¹ Başlar, “Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri”, s.85.

⁵⁷² Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.168.

⁵⁷³ Kaynakçıoğlu, s.52.

⁵⁷⁴ Burada konunun kapsamını genişletmemek adına adli bilişim türlerinden bahsedilmemektedir. Detaylı bilgi için bkz. Karakuş, Serkan; Derin Öğrenme Yöntemlerinin Kullanılarak Dijital Deliller Üzerinde Adli

Ülkemizde 2006 yılından bu yana farkındalığı oluşan adli bilişim kavramı için ilk gelişmeler ve düzenlemeler kamu kurumları tarafından gerçekleştirilmiş özellikle emniyet ve jandarma bünyesinde kullanılan bir bilim dalı niteliğinde olmuştur.⁵⁷⁵ Adli bilişim kavramı, gerçekleşmiş olan adli olayların sayısal nitelikteki sistemler açısından incelenerek delillendirilmesini sağlayan bir bilim dalıdır. Bu süreçte disketlerden,⁵⁷⁶ sabit disklerden veri kurtarılması kopyalanması veya çözümlenmesi gerçekleştirilir. Ayrıca adli bilişimi, hukuk ve bilgisayar güvenliği alanlarının toplamı olan bir alt bilim dalı olarak “bilgi güvenliği” niteliğinde yorumlamak mümkündür.⁵⁷⁷

Günümüzde internet veya bilgisayar ağlarının veya otomatik bir şekilde işleyen veri sistemlerinin birçok suç için yeni ve büyük bir fırsat sunduğu belirtilmektedir. Gerek bilgisayar gerekse elektronik nitelikteki araçlar hızla artan bir şekilde mala karşı kişilere karşı veya kurumlara karşı suçların işlenmesi bunların desteklenmesi amacıyla kullanılmaktadır. Bu şekilde işlenen suçlarda gerek bilgisayar sistemlerine karşı gerekse bilgisayar sistemlerinin kullanılmasıyla işlenmesi durumunda elektronik delillerden bahsetmek mümkündür. Bu nedenle karşılaşılan bu tarz suçlarda kanunu uygulayacak olan adli kolluk veya savcılığın elektronik delillere ilişkin nitelikte bir soruşturma yapacağına şüphe bulunmamaktadır.⁵⁷⁸

Bilişim İncelemesi, Fırat Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2018, s.12-19; Soylu; s.10-12.

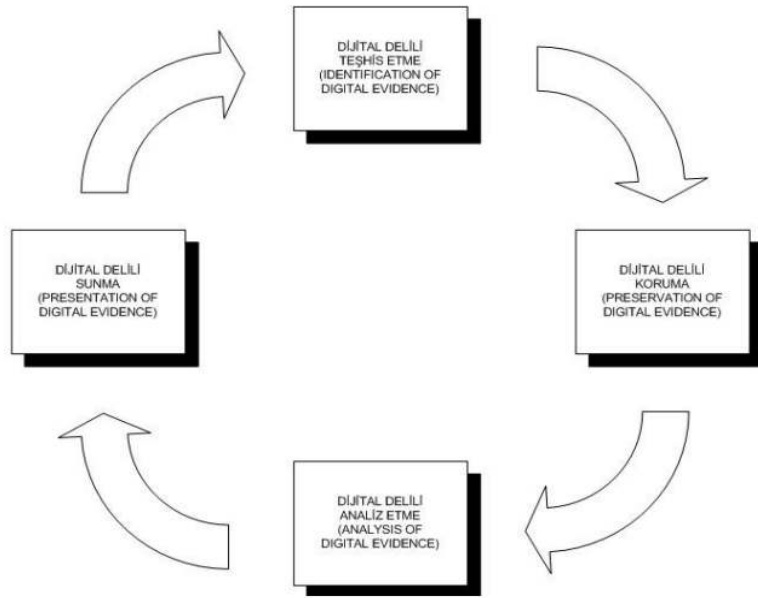
⁵⁷⁵ Karakuş; s.12-19.

⁵⁷⁶ “Elektronik deliller, muhafaza edilme şekillerine göre iki farklı hafızada bulunabilmektedir. İlk olarak sabit diskler, CD’ler ve taşınabilir hafızalar şeklindeki kalıcı olarak saklanma imkânı tanıyan hafızalar bulunmaktadır. İkincil olarak ise ağ sunucuları, geçici depolama donanımları, ram hafızalar şeklinde elektronik delillerin geçici olarak depolandığı birimler söz konusudur.” (Sarsıkoğlu; s.525).

⁵⁷⁷ Şahin; s.90.

⁵⁷⁸ Berber; s.42.

Hukukumuzda, elektronik delillerin ne şekilde toplanacağı ve muhafaza edileceği konusunda kapsamlı bir düzenleme söz konusu olmamakla birlikte, uygulamada gerçekleştirilen belirli bir prosedür söz konusudur.⁵⁷⁹ Çünkü bu delillerin yapıları gereği, mahkemede kabul edilip incelenebilmesi için özel bir müdahale gerekmekte olup bu noktada uygun şekilde adli bilişim prosedürü neyse tüm aşamalarıyla birlikte izlenmelidir. Bunun bir sonucu olarak, sınırlı şekilde olmamak kaydıyla belirli aşamaların gerçekleştirilmesinden ve o şekilde elektronik delillerin elde edilmesi ve toplanmasından bahsedilebilir. Bu bağlamda söz konusu aşamaların toplama, inceleme, analiz etme, belge hazırlama ve raporlama biçiminde bir sıralamaya tabi olduğu belirtilmektedir.⁵⁸⁰ Elektronik delillerin elde edilmesinde ilk aşama olan toplanması aşamasından mahkemeye sunulması aşamasına kadar geçen süreç ise örnek niteliğinde bir döngü ile şu şekilde ifade edileceği belirtilmektedir. (Dijital Delillendirme Döngü Modeli)⁵⁸¹



Şekil 3: Dijital Delillendirme Döngü Modeli

⁵⁷⁹Bunun sebeplerinden birkaçı bilişim teknolojisinin teknolojilerinin ithal edilirken alt yapısının kurulmamış olması, bilişim suçlarına ilişkin yeterli bir bilginin oturmamış olması veya suçun mağdurlarının işlenen suçun farkında olmaması olarak belirtilmektedir, Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.204-205.

⁵⁸⁰ Berber; s.45; Afandak; s.66; Saraydere; s.8.

⁵⁸¹ Uzunay/ Koçak; s.4; Benzeri şekilde belirtilmiş şema örneği ve aşamalar hakkında detaylı bilgi için bkz, Karakuş; s.19-23; Soylu; s.79.

Adli bilişim sürecinin ilk aşaması, elektronik delilin teşhis edilip muhafaza edilebilmesidir. Bu aşama delil bütünlüğünün sağlanması bakımından oldukça önemlidir. Çünkü bu aşamada oluşabilecek herhangi bir sorun, elektronik delilin yapısının zarar görmesine veya bozulmasına sebebiyet verebilmektedir. Bu sebeplerin sonucu olarak toplanması aşamasında bazı usul ve kuralların uygulanması zorunluluğu söz konusudur.⁵⁸²

Delillerin toplanması aşaması, bunlardan farklı olarak elektronik delillerin bulunması ve tespit edilmesini de kapsamaktadır. İnceleme aşaması ise elde edilecek olan delillerin somut bir hale getirilerek delilin önemini sağlamayı hedefleyen bir aşamadır. Bu aşamada ilk olarak, delilin bir bütün şeklinde içeriği ve durumu belgelenerek açıklaması yapılır ve delilin içeriğinde hangi verilerin bulunduğu ortaya konulur. Ayrıca somut bir hale getirildikten sonra önemli veya önemsiz olan verilerin ayıklanması işlemi de bu aşamada yapılır. Analiz aşamasına geçildiğinde ise elde edilen delillerin ispat bakımından değerlerinin tespitine ve uzman ekip tarafından analiz edilmesine başlanır. Son aşama olan belge hazırlama (sunma) aşamasında ise elde edilen delillere ilişkin hazırlanan tutanaklar incelenerek uygun bir prosedür altında tüm verileri özetleyen bir inceleme raporu hazırlanacaktır. Bu raporun daha sonrasında kullanılması bakımından muhafaza edilmesi de zorunludur. Çünkü bu rapor ile delillerin geçerliliğinin değerlendirildiği aşamada elde edilen delillerin uygun prosedüre göre elde edilip edilmediğinin de kontrol edilebileceği belirtilmektedir.⁵⁸³

Elektronik suçların bu şekildeki hızlı artışı Amerika’da da gündeme gelmiş olup, federal ve eyalette bulunan kolluk görevlileri ve savcılık makamları tarafından bu suçların araştırılmasında uygulanabilecek yöntemlere dair çalışmalar yapılmıştır. Ayrıca karar verme sürecine yardımcı olabilecek şekilde elektronik suçlar hakkında uzmanlaşmış kişilerden oluşan teknik bir çalışma ekibi oluşturmuş ve bu ekip tarafından bu suçların soruşturmasında kullanılabilecek nitelikte bir “rehber serisi” de hazırlanmıştır. Buna göre, elektronik suçlarla karşılaşılması durumunda ilk aşamadaki görevliden laboratuvar aşaması veya sonrasında mahkeme aşamasına kadar izlenecek sürecin ne şekilde olacağı bu

⁵⁸² Bunun sebeplerinden birkaçı bilişim teknolojisinin teknolojilerinin ithal edilirken alt yapısının kurulmamış olması, bilişim suçlarına ilişkin yeterli bir bilginin oturmamış olması veya suçun mağdurlarının işlenen suçun farkında olmaması olarak belirtilmektedir, Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.204-205.

⁵⁸³ Berber; s.45.

rehberde açıklanmıştır. Rehberde belli başlı başlıklara atıf yapılmış olup örneğin, olay mahallinin araştırılması, elektronik delillerin kontrol edilmesi, teknolojinin yapılacak araştırmalarda kullanılması, elektronik suçların neler olduğu, dijital delil “forensik” bölümünün oluşturulması ve dijital delillerin mahkemede sunulması şeklinde başlıklar ana hatlarıyla belirtilmiştir.⁵⁸⁴

Bu bağlamda, elektronik delillerin elde edildiği aşamada gerek kolluk makamlarının gerek müfettişlerin gerekse adli bilişim uzmanlarının tamamının belirli rolleri söz konusudur. Buradaki sorumluluğun kapsamında ise elektronik delillerin elde edilmesi, toplanması, muhafaza edilmesi veya saklanması sürecinin tamamı sayılabilecektir. Ayrıca bu sorumluluğun kapsamı günümüzde adli kolluk içerisinde yer alan herkesi kapsayacak şekilde belirtilmektedir. Bu nedenle sorumlu olabilecek her kişinin bu delillerin yapısındaki hassasiyeti ve toplama, muhafaza etme aşamalarındaki ilkeleri eksiksiz bilmesi gerekliliği ifade edilmektedir.⁵⁸⁵

Olay yerine geçecek uzman ekibin bu süreç kapsamında öncelikle yapması gereken delilin elde edilmesine ilişkin cihazları hazır edebilmek ve olay yerinin güvenliğini sağlayabilmektir. Daha sonrasında ise olay yerinde bulunan elektronik veya klasik nitelikteki tüm delillerin sağlamlığını ve bütünlüğünü koruma altına alması gerekmektedir. Bu işlemlere başlamadan önce yapılması gereken hazırlık işlemleri ise gerekli donanım birimleri ve kontrol listelerinin hazırlanması, delilin elde edilmesi aşamasında ihtiyaç duyulacak yazılım ve aygıtların belirlenmesidir. Bu aşamaların mümkün olduğu ölçüde işin kapsamını iyi bilen adli bilişim uzmanlarınca gerçekleştirilmesi delillerin değişikliğe uğramaması bakımından oldukça elzemdir.⁵⁸⁶ Çünkü daha önce de ifade ettiğimiz üzere bu delillerin yapısı gereği delil kaybına neden olma sorunu bu delillerin toplanmasının uzman kişiler ile mümkün olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Olay yerinde bahsedilen işlemlere başlamadan önce yapılması gerekli diğer bir iş ise bilgisayar sistemlerinin veya donanımlarının farklı açılardan fotoğraflarının çekilmesi işlemidir. Buna ek olarak, sistemin bağlı olduğu ekranlar üzerindeki yazıların, numaraların veya görüntülerin kayda alınması da gerekmektedir. Bu

⁵⁸⁴ Berber; s.42.

⁵⁸⁵ Berber; s.43-44.

⁵⁸⁶ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.205.

gereklilik daha sonradan ortaya çıkabilecek olan herhangi bir şüphenin önüne geçebilmek açısından önemlidir.⁵⁸⁷

Ayrıca olay yerinde elektronik delilleri hasara uğratabilecek veya zarar verebilecek bir durum oluşmamasına dikkat edilmelidir. Bundan farklı olarak ispat bakımından ilişkili olabileceği düşünülerek bahsi geçen tüm hesap bilgilerinin ve şifrelerin de not edilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte elde edilecek tüm delillerin içeriğine dair açıklayıcı şekildeki delil etiketlerinin konulması veya seri numaraları ile kaydedilmesi de sonraki süreçlerde işi kolaylaştırması açısından önemlidir. Ardından yapılan tüm işlemler tutanağa bağlanarak envanter listesi oluşturulmalı ve her bir kopyanın altı imzalanmalıdır. Başından sonuna kadar yapılan tüm işlemlerin bu şekilde tutanaklara bağlanması ve imzalanmasının bu delillerin ispat bakımından önemini arttıracak ve delil niteliğini kuvvetlendireceği belirtilmektedir. Ayrıca kovuşturma sırasında gelebilecek herhangi bir itiraz noktasında da bu tutanakların ve buna ilişkin alınacak uzman bilirkişi raporunun da delil değerlendirilmesi bakımından kolaylık sağlayacağı ifade edilmektedir.⁵⁸⁸

Elektronik delilin bulunması ihtimaline binaen kapalı bulunan bilişim sistemlerinin açılmaması, mevcut delillerin zarar görmesine sebebiyet vermemek açısından önemlidir. Elektronik delil elde edilebilecek olay yerinde bilişim sisteminin kapalı olması durumunda örneğin, sistem açılırken sistemin oluşturacağı geçici nitelikteki dosyalar veya disk alanları daha önceden silinmiş olan bazı elektronik verilerin kurtarılma ihtimalini de ortadan kaldırmak ve bu şekilde delil bütünlüğünün zedelenmesine neden olabilmektedir. Buna ek olarak, olay yeri müdahalesinden önce uzaktan erişim ile müdahale olabileceği ve delillerin değiştirilebileceği ihtimali düşünülerek olay yerinde elektromanyetik koruma sağlayabilecek aygıt veya donanımlar da bulundurulmalıdır. Ayrıca inceleme yapılacak olan olay yerinde elektronik delil niteliğinde olmayan fakat olayın aydınlatılmasında etkisi olabilecek parmak izi, giysi veya benzeri klasik delillerin

⁵⁸⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.206.

⁵⁸⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.206.

de titizlikle toplanması sağlanmalıdır.⁵⁸⁹ Yine “imaj alma”⁵⁹⁰ işlemi için farklı bilgisayarlar kullanılarak işlem gerçekleştirilmeli, adli bilişim usullerine uygun bir şekilde veri depolama birimlerinden imaj alınmalıdır. İmaj alınan orijinal disklerin ise hasar almayacak şekilde muhafaza edilmesine özen gösterilmelidir.⁵⁹¹

Bilişim sistemlerinin yapısının genellikle katmanlı bir biçimde olacağı ifade edilmektedir. Bir diğer anlamıyla basit niteliğe sahip teknolojilerin üzerine daha yüksek teknolojiler eklenerek inşa edilmesi söz konusudur. Bu nedenle adli bilişimin konusu itibarıyla depolama sistemi ve ağ sistemi olarak iki ayrı sisteme ayrılacağı ifade edilmektedir. Burada ağ sistemlerinden kast edilen ise birden fazla bilgisayarı birbirine bağlayan iletişim ağlarıdır. Bu ağ sistemlerinin bir araya gelmesiyle de “internet” meydana gelmektedir.⁵⁹²

Elektronik delillerin elde edilebileceği ortamlara baktığımızda, internet üzerinden elde edilen dosyalar, elektronik donanım ve aygıtlar, bilgisayarlarda yer alan veri havuzları, alan ağları veya online yedekleme üniteleri görülebilir.⁵⁹³ Bir yazılım ile bu verilerin bulunduğu ortam belirlenir ve o şekilde bir ifade biçimi ortaya çıkarılır.⁵⁹⁴ Bununla birlikte olay yerinde bulunan elektronik verilerin ele alınması işlemi, delilin teşhis ve tespiti, olay yerinin güvenliğinin sağlanması ve dokümantasyonu şeklindeki işlemler gerçekleştirildikten sonra toplama ve muhafaza işlemleri de yapıp elde edilen

⁵⁸⁹Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.207; Kapalı durumda olan bir bilgisayar sistemi söz konusuysa yapılması gereken işlemler şu şekilde belirtilmektedir; öncelikle olay yerinin ve bilgisayar sistemlerinin güvenliği sağlanacak ve ardından herhangi bir yazıcı veya sistem çalışıyorsa bu işlemi bitirmeleri beklenecek. Daha sonra bilgisayar şarj veya bataryaya bağlıysa bunu çıkararak, tüm sistem ve aygıtın fotoğraflarını çekip gerektiği takdirde kayda almak. Son olarak elde edilen tüm parçaların neler içerdiğini açıklayacak etiketlemeyi yaparak, kullanıcılara ait herhangi bir şifre veya hesap bilgisi bulunması durumunda bunları kaydetmek; Berber; s.51.

⁵⁹⁰ “İmaj Alma: Adli bilişim kapsamında yapılacak incelemelerde bozulma ve değişim yaşanmaması adına elde edilen delillerin kopyaları üzerinde incelemeler gerçekleştirilir. Birebir kopyasının alınması durumlarında dünya genelinde kabul edilmiş birbirinden farklı yazılım ve donanımlara ihtiyaç olmaktadır. Bu işlem elde edilen delilin içerisinde yer alan tüm verilerle bir bütün olarak ele alınması anlamını taşır. Bu şekilde alınacak kopya var olan veya önceden silinmiş olan tüm verilerle birlikte gizlenmiş veya diğer depolama aygıtlarında yer alan verileri de kapsamaktadır. Orijinal olan medyanın tamamıyla her byte’ı içerecek şekilde kopyalanmasını belirtir. Orijinal kopyada yer almayan hiçbir veri bu nedenle birebir kopyada da yer almayacak ve yapılacak kopyalama işleminin buna sebebiyet vermemesi sağlanacaktır.” (Soylu; s.7); Saraydere; s.39.

⁵⁹¹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.207; Berber; s.51.

⁵⁹² Say; s.41.

⁵⁹³ Uzunay/ Koçak; s.3.

⁵⁹⁴ Göksoy; s.29.

verilerin uygun şekilde nakledilmesiyle süreç tamamlanır.⁵⁹⁵ Tüm bunlara ek olarak, elde edilen elektronik deliller üzerinde yapılacak işlemlerin tamamının kamera kaydına alınması ve delil açma odalarında incelenmesi gerekliliğinin de önemli olduğu ifade edilmektedir.⁵⁹⁶

3.2. Elektronik Delillerin Hukuki Geçerliliğinin İncelenmesi Ve Değerlendirilmesi

Hassas nitelikte ve kolay bozulabilir yapıda olan elektronik delillerin bu yapısından kaynaklı olarak, klasik delillere oranla elde edilmesi aşamasında birçok sorunun ortaya çıkması muhtemeldir. Bu deliller elde edilirken yapılacak herhangi bir hata veya ortaya çıkacak herhangi bir sorun, elde edilecek olan verilerin zarar görüp değişmesine veya yok olmasına sebep olabilir. Bu nedenle elde edilme süreci boyunca, ilk müdahaleden son incelemeye kadar ve ayrıca mahkemeye sunulması aşamasına kadar devam eden her aşamada gerekli prosedürlerin yerine getirilmesi oldukça önemlidir.⁵⁹⁷

Elektronik delillerin hukuki geçerliliğinin söz konusu olabilmesi için her şeyden önce klasik delillerde bulunan gerçek, akla uygun, erişilebilir, olayı temsil kabiliyeti bulunan, müşterek ve hukuka uygun elde edilmiş olması gibi temel özellikleri taşıması gerekmektedir. Tüm bu özellikler daha önceki bölümde ele alındığından burada sadece bu özelliklerin elektronik delillere yansımalarına değinilecektir.⁵⁹⁸

Müştereklik ilkesine baktığımızda, bunun elektronik delildeki yansımalarının diğer delillere nazaran daha avantajlı bir durum ortaya koyduğu belirtilebilir. Çünkü soruşturma aşamasında başlayan delil elde etme sürecinde dahi elde edilen elektronik verilerin bir kopyasının şüpheliye verilmesi kanun gereğidir. Bu şekilde, failin de elde edilen deliller hakkında bilgi sahibi olması ve buna ilişkin daha sonrasında itirazlarını bildirilmesi sağlanabilecektir. Bununla birlikte klasik delillerden farklı olarak failin ya da mağdurun elde edilen delilleri kendi belirledikleri bir uzmana inceletmeleri ve bilgi almaları söz konusu değilken, elektronik deliller için bu söz konusu olabilecektir. Buna

⁵⁹⁵ Berber; s.48.

⁵⁹⁶ Bu aşamalarda kullanılan uluslararası yöntem ve usuller kapsamında ISO/IEC 27042 standardı ve diğer standartlar için bkz., Soylu; s.84.

⁵⁹⁷ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.92.

⁵⁹⁸ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.92.

örnek vermek gerekirse, elde edilen bir parmak izinin incelemesi, fail veya mağdur tarafından özel bir uzmana yaptırılamazken, delil olarak elde edilen bilgisayardaki bir hard diskin şüpheli tarafından bir başkasına incelettirilerek kendi lehine delil bulunması durumunda bunu mahkemeye arz etmesi söz konusu olabilecektir.⁵⁹⁹

Delillerin akla uygun olması, elektronik deliller noktasında da birebir geçerlidir. Bu özellik, bilimsellik özelliğinin de niteliğini taşımakla beraber elektronik deliller noktasında ayrıca bir yansıması söz konusudur. Çünkü bu deliller bilişim sistemleri veya benzeri elektronik ortamlardan elde edilebilir. Ve ancak analiz edilip somut bir hale getirilerek ortaya konulabilmektedir. Bu bağlamda, elde edilen elektronik delili analiz edip, yorumlayan teknik uzman ekibin kullanacağı yöntem ve uygulayacağı prosedür, mahkeme huzuruna sunulacak olan delilleri de etkilemekte ve mahkemenin kararının oluşmasına katkı sağlayacağı belirtilmektedir. Bununla birlikte adli bilişim uzmanının hazırlayacağı raporun mahkemeyi bağlayıcı olması durumu söz konusu değildir.⁶⁰⁰

Elektronik delilin bilimsel olması durumu ise bilimsel yöntemlerin kullanılmasıyla elde edilmesi ve müdahalede bulunacak olan personelin ehliyeti ve yetki düzeyinin ne olduğuyla ilgili bir durumdur.⁶⁰¹ Bu personel soruşturma veya kovuşturma makamı tarafından atanan bilirkişi olmakla birlikte, adli bilişim konusunda da uzmanlık düzeyinde bilgi sahibi olabilmelidir. Bununla birlikte elektronik delilin bilimsel nitelikte olması bilimsel yöntemlerle elde edilmesine bağlıdır. Fakat bu tek başına yeterli bir durum değildir. Elektronik delilin bilimsel yöntemlerle elde edilmesinin yanı sıra hukuka uygun şekilde elde edilmiş olması da oldukça önemlidir. Bu bağlamda elektronik delillerin sahip olması gereken en önemli özelliğin hukuka uygunluk olduğunu belirtebiliriz. Çünkü bu delillerin hassas ve kolay bozulabilir yapısına ek olarak, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin ifşa edilebilmesi durumlarına da sebebiyet verebilmesinden kaynaklı olarak hukuka uygun elde edilmemiş olması durumu sıklıkla söz konusu olabilecek ve bu takdirde elde edilecek delilin geçerliliği konusunda şüphe gündeme gelebilecektir.⁶⁰²

⁵⁹⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.92-93.

⁶⁰⁰ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.93.

⁶⁰¹ Değirmenci, Olgun; Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s.62.

⁶⁰² Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.93-94.

Elektronik delillerin hukuki bakımdan geçerliliğinin denetlenmesi ile birlikte bunun teknolojik bakımdan da yapılması gerektiğinden bahsedilmektedir. Nitekim teknolojik geçerliliğin sağlanabilmesi, elektronik delilin bütünlük, doğrulanma, inkâr edilememe, doğruluk ve tekrar ele alınabilirlik ilkelerine uygun olabilmesi ile mümkün olabilecektir.⁶⁰³

3.2.1.Elektronik delilin ceza yargılamasında kabul edilebilirliği ve ispat gücü

Öğreti ve uygulamada yer alan genel kabul olarak, elektronik delillerin muhakemede delil olarak kullanılabilmesinin mümkün olduğunu ifade edebiliriz. Hukuka uygun şekilde elde edilmiş, içeriğinin gerçekte ilgili olduğu kanıtlanmış, taklit veya tahrifin söz konusu olmadığı durumlarda muhakeme makamlarının elektronik delili tek başına kullanabileceği ve hükme esas alabileceği belirtilmektedir. Bu nitelikleri taşımayan bir verinin ise delil olarak kullanılmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Burada önemli olan husus, elektronik delilin bütünlüğünün ve doğruluğunun sağlanabilmesidir.⁶⁰⁴

Elektronik delillerin muhakeme aşamasında kullanılabilirliğinin kabul edilebilmesi için gerek elde edilme gerekse de değerlendirilip mahkemeye sunulma noktasında doğruluğunun sağlanabilmesi gerekmektedir. Bunun da en temel yolunun bilgilerin değiştirilmemesi adına sistem ve dosya bütünlüğünün sağlanabilmesi olduğu ifade edilmektedir. Elektronik delillerin bu şekilde doğrulanmasının ise elde edilen sistem ve dosyaların tamamının incelenerek farklı kaynaklarla teyit edilmesi yoluna gidilmesi ile mümkün olabileceği kabul edilmektedir.⁶⁰⁵

Yargıtay'ın bu delillere ilişkin uygulamasına genel olarak baktığımızda ise vermiş olduğu kararlarda, elektronik delillere itibar ettiği ve kimi zaman bu tarz bir delilin söz konusu olduğu durumlarda elde edilmemiş olmasını ve bu nitelikteki delillerin araştırılmamış olmasını bozma sebebi saydığı ifade edilebilir. Nitekim bir kararında da “... Diğer delil türlerine göre özellik arz eden bazı yönleri olmakla birlikte dijital deliller de sonuçta deliller hiyerarşisinin kabul edilmediği, delil serbestisinin benimsendiği ceza

⁶⁰³ Detaylı bilgi için bkz. Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.94-98.

⁶⁰⁴Sarsıkoğlu; s.524.

⁶⁰⁵Sarsıkoğlu; s.521.

muhakemesi sistemimizde bir ispat aracıdır. İspat aracı olan delilin değerlendirilmesinde, ceza muhakemesi hukukunda bir delil için öngörülen nitelikleri taşıyıp taşımadığı nazara alınıp, genel olarak; somut olayın özellikleri, yüklenen suçun işleniş biçimi, dosyadaki diğer deliller gibi hususlar gözetilip, özel olarak da; delilin temsil ettiği olayın niteliği, ele geçiriliş yeri, şekli ve zamanı, bu delilin sair karakteristik özellikleri gibi hususlar göz önünde bulundurulmalıdır...”⁶⁰⁶ denilerek elektronik delilin bir delil türü olduğu ve diğer delillere özgü özellikleri taşıyıp taşımadığının incelenerek değerlendirmesi gerektiği belirtilmiştir.

Bununla birlikte elektronik delillerin muhakeme sürecinde kullanılabilmesi delil serbestisi ilkesinin bir sonucudur. Nitekim Yargıtay’ın vermiş olduğu bir kararda, delil serbestisi ilkesinin de bir sonucu olarak, müşteki tarafından ortaya konulan mesaj kayıtlarının delil olarak kabul edileceği belirtilmiştir. Bu hüküm “...şüphelinin müşteki tarafından ibraz edilen mesaj kayıtlarını kabul etmemesi, mesaj kayıtlarının bu kapsamda usulüne uygun delil ve yazılı delil başlangıcı sayılamayacak olması ve müşteki tarafından yazılı bir belge ibraz edilememesi gerekçeleriyle kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verilmiş ise de... mevcut delillerin kamu davası açılmasını gerektirir nitelikte bulunduğu ve bu delillerin mahkemesince değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeksizin, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmemiştir.” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁰⁷

⁶⁰⁶ Yargıtay, 5.CD; E.2007/9856-6957, T.01.10.2007. Yargıtay, 9.CD; E.2008/21562, K.2010/10946, T.25.10.2010. Yargıtay, 9.CD; 2010/12773-10407, Yargıtay, 1.CD; E.2007/9024, K.2008/4006, T.14.05.2008. Yargıtay, 1.CD; E.2008/10249, K.2012/48, T.16.01.2012. Yargıtay, 3.CD, E.2011/36421, K.2013/5261, T.13.02.2013. UYAP, Erişim Tarihi:16.06.2023

⁶⁰⁷ (Yargıtay, 4.CD; E.2011/2606, K.2011/22901, T.30.11.2011, UYAP, Erişim Tarihi:16.06.2023); 6100 sayılı Hukuk Mahkemeleri Kanunu madde 199’a göre ise belgeler “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları” olarak tanımlanmıştır. Yargıtay, 10.CD; 06.10.2011 tarih ve Esas No:2011/4970 Karar No: 2012/ 55530 sayılı kararında “...Emniyet Müdürlüğü’nün ... kapalı ve mühürlü zarf içerisinde sanıkların kullandığı telefonlara ilişkin olarak mahkemece verilen iletişim tespit kararlarına dayanılarak düzenlenen iletişim tespit tutanakları ve buna ilişkin CD’lerin gönderildiğinin belirtildiği, iddianamede ve Cumhuriyet savcısının mütalaasında ise adli emanetin ... sırasında kayıtlı iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD’lerin dosyada delil olarak saklanmasına karar verilmesinin talep olunduğu, ancak dosyada ... sayılı emanet makbuzu, iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD’lerin bulunmadığı, tespiti yapılan görüşmelerin çözümünün ardı ardına sıralanarak düzenlendiği ... sayfadan ibaret bir tutanak bulunduğu görüldüğünden a) ...iletişim tespit çözüm tutanağı ve CD’ler ile çözüm tutanaklarının denetime imkân verecek şekilde dosyaya konulması, b) ... çözümünün yetkili bilirkişiler tarafından yapıpı yapılmadığı, yapıldı ise buna ilişkin bilirkişi yemin tutanaklarını temin edilip iletişim çözüm tutanakları sanıklara okunarak diyecekleri sorulduktan sonra tüm deliller birlikte değerlendirilerek sanıkların hukuki durumları ayrı ayrı tartışılıp saptanması gerekirken eksik araştırma ile hüküm kurulması ... hükmün CMUK’nın 321. Maddesi gereğince bozulmasına...”(Yargıtay, 10.CD;

Teknolojide yaşanan gelişmelerle beraber hayatın her yönünde olduğu gibi ceza hukuku alanında da elektronik deliller vazgeçilmez bir konuma gelmektedir. Elektronik delillerin en büyük örneklerinden biri de olaya konu elde edilmiş bilgisayara ait “IP numaraları”dır.⁶⁰⁸ Her insana ait olan bir kimlik numarasının bulunması gibi IP adresi de çevrimiçi olunan durumlarda bilgisayarın internette yer alan kimliğidir. Her bilgisayarın bu anlamda kendine ait olan bir IP adresi söz konusudur.⁶⁰⁹

Özellikle hakaret, tehdit veya cinsel taciz gibi suçlara ilişkin birçok davada kilit önemi bulunan bu numaraların delil niteliği taşıdığı ifade edilmekle birlikte buna ek olarak, bu delillerin yan delillerle desteklenmesinin maddi gerçeğe ulaşılabilmesi noktasında oldukça önemli olduğu da belirtilmektedir. Çünkü bu deliller, yeni bir delil türü olmaktan ziyade *Arslan*’a göre içerdiği elektronik unsurun niteliğini veya özelliğini yansıtmaktadır. Bu kapsamda yazara göre, “*bu delillerin tek başlarına delil olarak kullanılmasına genellikle imkân bulunmamaktadır. Bu nedenle, bu delillerin diğer delillerle birlikte değerlendirilmesi ve teyit edilmesi zorunludur.*”⁶¹⁰

Bu delillerin elde edilmesi ve muhakeme sürecinde ortaya konulması noktasında usule uygun bir şekilde hareket edilmesi ise hayati bir önem taşımaktadır. Aksi halde bu delillerin hukuka aykırı bir hale geleceği ve kullanılmasının mümkün olmayacağı belirtilmektedir. Bu süreçte gerçekleştirilecek herhangi bir kasti ya da ihmali hareket, gerçeğin ortaya çıkarılması noktasında da bir delilin yok olmasına sebep verebilecektir. Bu aşamada böyle bir sonucun ortaya çıkmaması adına gerek yargılama süreçlerinin eğitimi gerekse de uzman kişilerin istihdamı üzerinde önemle durulması gerektiği de

28.02.2012 2011/4970 E., 2012/55530 K., Yargıtay Kararlar Dergisi, Aralık 2012, Cilt:38, Sayı:12, s. 2517-2518).

⁶⁰⁸ “...IP (internet Protokolü) numarası sorulmalıdır. Microsoft Corporation'den de erişimin engellediği iddia olunan tarih/tarihler ve takip eden günlerde şikayetçinin e-mail adresine giriş yapıp yapılmadığı, erişim sağlanmışsa IP bilgileri, bu tarihler itibarıyla e-mail adresine ait şifrenin değiştirilip değiştirilmediği, değiştirilmiş ise ne zaman ve hangi IP numarası ile yapıldığı araştırılmalıdır. IP adresi kayıt bilgilerinden, ilgili Telekom Müdürlüklerinden, sisteme giriş yapan veya başarısız olan IP numaraları kullanıcılarının adres ve telefon bilgileri istenmeli, aynı şekilde sanığa ait olduğu iddia olunan e-mail adresini kullanan IP numaraları saptanıp adres ve telefon bilgileri de istenmelidir...” (Yargıtay; 8.CD., E.2014/29566, K.2015/13421; 17.CD., E.2018/5732 E., K.2019/7785; 8.CD.; E.2019/28939, K.2020/12742. UYAP, Erişim Tarihi:10.06.2023)

⁶⁰⁹ Bu adres manuel bir biçimde belirlenebileceği gibi otomatik bir şekilde bilgisayar aracılığıyla da oluşabilmektedir. IP adresinin, “sabit IP” ve “değişken IP” şeklinde iki farklı çeşidi söz konusudur. Ehliz, Hakan; Bilişim Suçlarının Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Değişen Güvenlik Algısı Üzerinde Etkisi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2019, s.49.

⁶¹⁰ Arslan; s.262-264.

ifade edilmektedir. Ayrıca güvenilir nitelik arz eden elektronik delillerin olayı temsil kabiliyetinin yüksek olacağından bu konuda ayrıntılı düzenlemeler yapılması gerektiği de belirtilen görüşler arasındadır.⁶¹¹

Yine bunlara ek olarak, uygulanacak iletişimin denetlenmesi tedbirinde elde edilecek tape kayıtlarının, elektronik delil olarak değerlendirilmekle birlikte olayın ispatı noktasında büyük önem arz ettiği belirtilmektedir. Buna ek olarak, bu kayıtlarda yer alan ses kayıtları veya benzeri verilerin uygulamada sıklıkla itiraz konusu olduğu da ifade edilmektedir. Bu noktada bu şekilde bir itirazın gelmesi durumunda elde edilen kayıtların tekraren incelemeye alınması ve sanığa aidiyetinin tespit ettirilmesi gerekmektedir.⁶¹²

Fakat bununla birlikte bu sonuç, elde edilen delilin hükme esas alınabileceği anlamını taşımamaktadır. Çünkü buradaki önemli husus, elektronik delillerin de tıpkı fiziki deliller gibi akla uygun, gerçekçi, olayı temsil kabiliyeti olan ve hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olma unsurlarını taşıması durumudur. Bunun için ise elde edilen bir verinin veya belgenin ne şekilde oluşturulduğu, değiştirilip değiştirilmediği veya başka bir işleme tabi tutulup tutulmadığı bir bütün halinde değerlendirilerek neticeye varılmalıdır. Bu aşamada fiziki delillerde uygulanan keşif yapılması durumu, bilirkişi raporu alınması veya uzmanların tanık şeklinde dinlenmesi gerekebilmektedir. Elektronik deliller, gerçekleşen somut olay noktasında bir vakianın doğrudan ispatını açıklayabileceği gibi fiilin şüpheli veya sanık tarafından işlenmediğini de ortaya koyabilecektir. Ayrıca bu delillerde yasallık ilkesinin mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶¹³

Bu delillerin yapısı gereği soruşturma veya kovuşturma aşamasında doğrudan yararlanılması söz konusu olmamakta, incelemeye ve değerlendirilmeye elverişli bir hale getirilmesi bir diğer deyişle sanal yapıdan gerçek, fiziki bir yapıya büründürülmesi gerekmektedir. Öte yandan bu delillere ilişkin yapılacak tüm işlemlerin ve elde edilecek tüm bulgu ve sonuçların yargılama sürecinde raporlanarak belgelendirilmesi de gerekmektedir. Bu süreç belirli aşamalardan oluşmaktadır. Bunlar karar alma, toplama,

⁶¹¹ Arslan; s.265.

⁶¹² Arslan; s.262-264.

⁶¹³ Arslan; s.257.

inceleme, analiz etme, belge hazırlama ve raporlama şeklindedir. Ayrıca bu delillerde yasallık ilkesinin mutlak surette göz önünde bulundurulması gerekmektedir.⁶¹⁴

Sonuç olarak günümüzde ceza yargılamasında sadece bilişim suçları kapsamında değil, diğer suçlar bakımından da gerçekleştirilen birçok yargılamada elektronik delillerin önemi yadsınamaz bir gerçek haline gelmektedir. Elektronik delillerin güvenilirliği hususunun da bu delillerin hassas ve sanal yapısı göz önünde bulundurulduğunda delil olarak kullanılması noktasında elektronik delilleri dezavantajlı konuma getirdiği ve bu delillerin yargılamada delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı noktasında tartışmalara sebebiyet verdiği belirtilmektedir. Bu tartışmalarla birlikte elde edilen elektronik delilin şüphe yaratmayacak bir biçimde tam bir kanaat oluşturması gerektiği genel kabul olarak ifade edilebilir. Bunun ise en büyük sebebinin, şüpheden sanık yararlanır ilkesinin delilin türüne bakılmaksızın maddi gerçeğe ulaşılması açısından eksiksiz uygulanması gerektiği inancıdır.⁶¹⁵

Son olarak mukayeseli hukuk kapsamında elektronik delillerin fiziksel delillere oranla karşılaştırılmasına baktığımızda ise genellikle bu delil türünün fiziksel delillerle eşdeğer tutulduğu yönünde bir eğilim bulunduğu belirtilmektedir. Bu durumun da üç özellikte ortaya çıkması söz konusudur. Bu bağlamda ilk olarak, “eş değerlik” özelliğinden bahsedilmekte buna göre elektronik delilin de tıpkı normal belgeler gibi bir belge niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. İkincisi özellik ise ‘elektronik imza’nın normal imzaya eş değer olarak kabul edilmesi hususudur. Üçüncü bir özellik ise ‘elektronik posta’nın klasik posta anlayışıyla eşdeğer şekilde yorumlanması durumu olarak açıklanmaktadır.⁶¹⁶

Elektronik delillerin ispat gücü anlamında yaşanan diğer bir sorunun ‘güvenilirlik’ meselesi olduğu ifade edilmektedir. Bu delillerin güvenilirliği uygulamada da elektronik deliller noktasında en çok tartışılan ve üzerinden durulan hususlardan bir tanesidir. Bu delillerin kolay değiştirilebilir olmasının yanı sıra bunlara atfedilen delil değeri söz konusu bu delillerin orijinal olup olmadığına göre değişebilecektir.⁶¹⁷ Buna göre söz konusu bu delillerin aidiyet tespiti zor fakat değiştirilmesi veya bozulması kolaylıkla

⁶¹⁴Arslan; s.257, s.261.

⁶¹⁵ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.98.

⁶¹⁶ Değirmenci; s.129.

⁶¹⁷ Bucak, Yeşim; s.69.

mümkün olan niteliğe sahip olmasının bu delilleri delil zincirinin en zayıf halkası olarak ortaya koymaktadır. Yine bu delillerin güvenilirliği hususu Yargıtay içtihatlarında da sık sık gündeme gelmekte ve tartışma konusu olmaktadır. Bu nedenle yüksek mahkeme, bu tarz delillerin değerlendirilmesi noktasında dikkat ve özen gösterilmesi gerektiğine işaret etmektedir.⁶¹⁸

*Sarsıkoğlu, “e-delillerin manipülasyona açıklığı ve yüzde yüz güvenilir olmaması sebebiyle delil başlangıcı olduğu” yönündeki görüşe iştirak etmediğini belirtmektedir. Bunun yerine elektronik delillerin kimi zaman elektronik kamerada yer alan bilgiler gibi doğrudan delil olarak kimi zamanda bir bilgisayarda yer alan elektronik izlerden elde edilecek veriler gibi dolayısıyla delil olma niteliğini haiz olduğunu belirtmektedir.*⁶¹⁹

Yargıtay’ın elektronik delillerin güvenilirliği noktasında vermiş olduğu farklı içtihatları söz konusu olmakla birlikte genel anlamda yüksek mahkeme, bu delillerin güvenilir olup olmadığı hususunu hassasiyetle ele almaktadır. Nitekim 2010 yılında vermiş olduğu bir karara göre, sanığın işyerinde bulunan güvenlik kamerası kayıtlarının orijinal olup olmadığının tespiti için bilirkişi raporunun yeterli olduğunu kabul etmiş ve yerel mahkemenin kararını bu bağlamda bozmuştur.⁶²⁰

Yine 1. CD’nin 2012 tarihinde vermiş olduğu bir karara göre de insan öldürme suçuyla alakalı bir yargılamada suça ilişkin bulunan güvenlik kamerası kayıtlarının bilirkişi tarafından incelendikten sonra sonuçlarının taraflara bildirilmesi ve tarafların beyanının alınması gerektiği kanaatine varmış, bu bakımdan söz konusu görüntülerin hangi tarihe ve ne şekilde incelendiği hususunda mahkemenin net bir sonuca varamadığı durumlarda mahkumiyet kararı da verilemeyeceğini belirtmiştir.⁶²¹

3.2.2.Elektronik delillerin doğrulanmasına ilişkin hukuki kurallar

Bir delilin hukuka uygun olması noktasındaki en temel prensiplerden bir tanesi de o delilin doğrulanabilir olmasıyla ilgilidir. Delilin iddia edilen şey olup olmadığı ispat noktasında delilin doğrulanabilirliğini ifade etmektedir. Duruşma salonuna gelen tanığın yapılan kimlik tespitiyle tanık listesinde belirtilen kişi olup olmadığının tespit edilmesi

⁶¹⁸ Arslan; s.256.

⁶¹⁹ Sarsıkoğlu; s.520.

⁶²⁰ Yargıtay; 10.CD, T.22.01.2013, E.2012/20151, K.2013/680, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.

⁶²¹ Yargıtay; 1.CD, E.2008/10249, K.2012/48, T.16.01.2012, UYAP, Erişim Tarihi:08.06.2023.

gibi elde edilen bir elektronik delilin de gerçekten ispat noktasında önemli olan delil olup olmadığının tespiti gerekmektedir. Dijital deliller bu açıdan kendilerine has olan kolaylıkla değiştirilebilir ve bozulabilir yapısından kaynaklı çoğu zaman doğrulanma noktasında dezavantaj gösterebilmektedir.⁶²²

Elektronik delillerin doğrulanması noktasında önemli olan üç başlık vardır. Buna göre verilerin gizliliğinin sağlanması, bütünlüğünün sağlanması ve inkar edilememesinin sağlanması hususları doğrulanma aşamasında elektronik delilin ‘güvenilirlik’ unsurunu da sağlayacağı belirtilmektedir. Bu kapsamda gizliliğin sağlanması, elektronik ortamda gerçekleştirilen veri akışının üçüncü kişilerce öğrenilmemesini ifade etmekte olup, bütünlüğün sağlanması ise alıcıya gönderilmiş olan verilerin göndericinin iletmiş olduğu ilk şekliyle alıcıya ulaşmış olduğunun ispatını sağlamaya dönüktür. Bununla birlikte inkar edilememesinin sağlanması hususu ise kişinin gönderdiği verilerin gerçekten o kişi tarafından gönderilip gönderilmediğini belirlenebilmesi olarak açıklanmaktadır.⁶²³

Bu üç aşama, elektronik delilin olay yerinden elde edildiği andan itibaren mahkeme aşamasına getirilmesine kadar geçen sürede bütünlüğünün bozulmamasının sağlanması ve inkar edilememesi neticesine ulaştırması bakımından oldukça önemlidir. Bu aşamaların gerçekleştirilmesi noktasında birçok teknik geliştirilmiş ve genel olarak bu bütünlüğün sağlanması doğrulama, şifreleme aşamalarının gerçekleştirilmesi ‘kriptoloji’ şeklinde bir bilim dalı altında gerçekleştirilmektedir.⁶²⁴ Elektronik deliller noktasında en çok tartışılan hususlardan biri de elde edilen delillerin mahkeme aşamasında kimden ne zaman ne şekilde alındığı ve bütünlüğünün bozulup bozulmadığını ispat edilebilmesidir. Bu bağlamda değişik şekillerde kriptografik çözümler ortaya sunulmuş olsa da elektronik delillerin ispatı bakımından bu çözümlerin tek başına kullanılmasının yetmediği belirtilmektedir.⁶²⁵

Elektronik delilin delil niteliğine sahip olup olmamasının yanı sıra bu delillerin hukuka aykırı elde edilip edilmediği de tartışma konusu olmaktadır. Bu delillerin tek başlarına kullanıldığı durumlarda dahi delil tamamlayıcısı olarak kullanıldığı belirtilmektedir. Fakat sıklıkla karşılaşılan sorunların başında elektronik niteliğe sahip

⁶²² Afandak; s.126.

⁶²³ Uzunay/ Koçak; s.6.

⁶²⁴ Uzunay/ Koçak; s.6.

⁶²⁵ Uzunay/ Koçak; s.8.

belge ve delillerin güvenilirliği gelmektedir. Bu sorunun çözülmesi durumunda dahi bu verilerde değişiklik yapılmasının kolaylıkla mümkün olması ayrı bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Teknolojinin gelişmesiyle birlikte elektronik niteliğe sahip bir veri ve belgelerin saklama ve işleme kapasitelerinin gelişip değişmesiyle bu belgelerin veya verilerin elde edilmesi veya üzerinde yapılan değişikliğin tespit edilmesi de zorlaşmaktadır. Bu bağlamda söz konusu bu sorunların önüne geçilebilmesi, elektronik imzalarda yer alan güvenliğin sistemin oluşturulması ve detaylı kanuni düzenlemelerin yapılmasıyla mümkün olabilecektir. Elektronik deliller ele alındığında her şeyden önce sahip olduğu dezavantajların göz önüne alınması gerekmektedir.⁶²⁶

Elektronik delillere ilişkin Kanun'da m.134'te belirtilen "arama ve el koyma tedbiri" ve ayrıca m.135 ve m.140'ta düzenlenmiş bulunan koruma tedbirleriyle bu delillerin elde edilme usulü belirtilmiştir. Fakat bununla birlikte elektronik delillerin, delil noktasındaki niteliği ve ispat noktasındaki derecesi hakkında bir düzenleme söz konusu değildir. Bu nedenle elde edilen bir elektronik delilin taklit niteliğinde olmayıp doğrulanabilir şekilde olması, sunulan delilin üzerinde analiz ve incelemeler yapılarak bilimsel bir açıklığa kavuşturulmasıyla mümkündür. Bu bakımdan mahkemede elektronik delilin sunulduğu durumlarda uzman bilirkişiden rapor alınması bu delillerin doğrulanabilirliği açısından oldukça önemlidir. Yine bu delillerin doğrulanmasına ilişkin olarak, CMK'da belirtilen tedbirlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin açıklamalara ileriki bölümde yer verilecektir.⁶²⁷

3.2.3. Elektronik delillerin delil teorisine göre yeri

Hayatın her alanında karşımıza çıkan elektronik deliller, herkes için birer dijital ayak izi niteliğindedir. Teknolojinin dünden bugüne değişmesi ve dönüşmesiyle birlikte güvenilir niteliği olan belgeler dahil değişikliğe uğrayabilecek bir format kazanabilmektedir. Bu anlamda, elde edilen bir delilin güvenilir ve doğruluğunun tespit edilebilir olması yargıda kullanılabilmesinin en büyük öncülüdür. Yapılabilecek doğrulamanın hükme esas alınması noktasında aynı derece etkili olacağı bilinmelidir. Bu anlamda tüm detaylarıyla ele alınmış, incelenmiş ve güvenilirliği kanıtlanmış olan bir

⁶²⁶ Futtu; s.106.

⁶²⁷ Afandak; s.127.

elektronik delil veya belge vakanın ispatı noktasında klasik bir senetten daha güçlü olabilecektir. Elektronik belgelerin her şeyden önce hukuki dinlenme hakkı göz önüne alındığında dahi delil niteliği olduğunun ortaya çıkacağı belirtilmektedir. Elektronik nitelikli belgeler, elektronik verilere ilişkin bir kanuni düzenleme söz konusu olmasa dahi hukuki dinlenilme hakkının getirdiği bir sonuç olarak adil yargılanmanın sağlanabilmesi bakımından delil olarak kabul edilecek ve kullanılabilir. ⁶²⁸

Klasik delillere baktığımızda nasıl ki bir senet için tek başına delil niteliği olmaksızın uyumsuzluk konusu bir olayla ilişkisi olduğunda ispat kabiliyeti gündeme gelebiliyorsa “elektronik veriler” içinde bu durum geçerlidir. Nitekim elektronik verilerin delil niteliği kazanması, bir vakanın ispat edilmesi bakımından önemli olmasıyla mümkün olabilecektir. Elektronik veriler, kimi zaman yazılı bir belge kimi zaman delil başlangıcı ya da Kanun’da düzenlenmemiş nitelikteki delillerden kabul edilebilecektir. Burada önemli olan husus, elektronik verinin delil niteliği kazanabilmesi için olaya ilişkin temsil kabiliyetine sahip olabilmesidir. Eğer bir veri, hâkimde olayın gerçekleştiğine ilişkin bir kanaat oluşturabiliyorsa elektronik delil niteliği kazanabilmiştir denilecektir. ⁶²⁹

Kovuşturma aşamasında, elektronik delillerin delil olarak kullanılabilmesi için belirli şartlarla elde edilmesi ve incelemesinin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bir önceki başlıkta da detaylı bir şekilde bahsedilen adli bilişim süreçlerinin tamamından geçtikten sonra soruşturma bakımından öneminin olup olmamasına dair yapılan analiz ve incelemeyle bu veriler delil niteliğinde kullanılabilir. Hukuka uygun bir şekilde Kanun’da yer alan arama ve el koyma tedbirleri kapsamında elde edilip, adli bilişim sürecini tamamlayan ve adli kopyaları alınıp üzerinde işlemler gerçekleştirilen deliller mahkemede maddi gerçek noktasında ispata yardımcı olabilecektir. ⁶³⁰

Elektronik delillerin delil çeşitleri kapsamında hangi kategoriye girdiği noktasında bu delillerin belge niteliğinde ya da görüntü ses kaydeden tespiti benzeri bir delil olup olmadığı öğretide tartışmalı bir husustur. Elektronik deliller, karşımıza farklı şekillerde çıkabilmektedir. Buna göre ilk durum, bilgisayarın hafızasında veya ekranında sanal olarak gözükmesi durumudur. İkincisi ise bu delillerin çıktı olarak alınarak, bir

⁶²⁸ Futtu; s.155-156.

⁶²⁹ Futtu; s.98.

⁶³⁰ Karakuş; s.26.

kopyasının ortaya konulmasıdır. *Özbek*, bu delillerin yazılı belge niteliğinde olduğunu kabul etmemekte bunun sebebinin içeriğinin değiştirilme ihtimali olmasına binaen delil olma kabiliyetini zayıflattığını belirtmektedir. Bu şekilde elde edilen belgelerin bu nedenle tek başına delil olabilme ve ispatı sağlama kabiliyetinin çok fazla olmadığını belirtmektedir. Çünkü yazara göre, bu şekildeki belgeler, orijinal belgeler niteliğinde olmayıp sadece onların görünen bir suretidir. Bu nedenle bunlara dayanılarak tek başına mahkûmiyet kararı verilmesi yeterli görülmemekte ve diğer delillerle de desteklenmesi gerekmektedir. Bu durumda ise bilgisayar verileri, ispata yardımcı olan vakıa ve iz şeklindeki belirti delillerinden olabilecek olup ancak dolaylı bir şekilde ispatta kullanılabilir. ⁶³¹

Özbek, elektronik nitelikteki verilerin klasik delillerden farklı olarak değiştirilip değiştirilmediğinin anlaşılmasının mümkün olamayacağını belirlenemeyeceğini, bundan dolayı sadece ispatı ortaya koyabilmek adına keşif konusu olarak kabul edileceğini belirtmektedir. Bu bağlamda, elektronik verileri belirti olarak kabul etmekte ve elektronik verilerin bulunduğu ortamın ise keşfe konu olan şey ya da obje olacağını ifade etmektedir. Bu kapsamda, elektronik nitelikteki verilerin delil olma kabiliyeti ve ispatta kullanma gücünün de az olduğunu belirtmektedir. ⁶³²

Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 09.10.2013 tarih, E.2013/9110, K.2013/12351 sayılı kararında elektronik deliller ile ilgili olarak "...Dijital deliller de kimyasal, biyolojik ve benzeri diğer tüm deliller gibi sanıklar ya da başkaları tarafından çeşitli şekillerde gizlenmeye, değiştirilmeye, bozulmaya elverişlidir. Sanıklar veya başkaları tarafından delillerin yok edilme, silinme, gizlenme, değiştirilme veya bozulmak istenmesi o kadar olağandır ki; yasa koyucu maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından büyük bir tehlike oluşturan bu fiilleri ayrı bir suç olarak veya nitelikli hal olarak düzenlemiştir. Ancak, dijital delillerin değiştirilebilme kolaylığı ve sanal oluşundan hareketle hükme

⁶³¹ Özer Özbek, Veli; "Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği Ve Değerlendirilmesi", *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 59(1-2), 2001, 181-202., s.185-186.

⁶³² Belgenin yazılılık unsurunun asli unsur olduğunu bu nedenle elde edilen elektronik delillerin, şekil tespiti yapan veya ses tespiti yapan belgeler şeklinde tasnif edilmesi görüşüne de katılmamakta, bunun istisnai hükümlerin yorumlanmasına aykırı olduğunu belirtmektedir, *Özbek*; "Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi"; s.187-189.

esas alınamayacak olduğunun ileri sürülmesi delil olgusuna aykırıdır...” şeklinde ifade edilmiştir.⁶³³

Öğretide bu delillerin ‘özel hayatın dokunulmazlığı’ bağlamında da ele alınıp değerlendirilmesinin, elde edilen verilerin delil olarak kullanılıp kullanılmaması bakımından etkili olacağı şeklinde yaklaşımlar da söz konusudur. Bu bağlamda elde edilen delilin, kişinin ‘gizli alanı’ olarak belirtilen alanıyla ilgili olması durumunda delil olarak değerlendirilemeyeceğini fakat ‘özel hayatı’ kapsamına girdiğinde orantılılık ilkesine göre hareket edilerek maddi gerçeğe ulaşma bağlamında sağlayacağı yarar ile zarar dengesi karşılaştırılarak kullanılabileceği belirtilmektedir.⁶³⁴

3.3.Elektronik delillere yönelik hukuki düzenlemeler

3.3.1. Uluslararası hukukta elektronik delillere ilişkin düzenlemeler

Tüm dünyada teknolojinin hızla gelişmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan “sanal ortamda gerçekleştirilen suçlar” kavramı, farklı farklı tanımlamalara sebebiyet vermekle birlikte bu durum, kavrama ilişkin “siber suçlar, bilgisayar suçları, teknoloji suçları” gibi adlandırmalara yol açmıştır.⁶³⁵ Bununla birlikte Avrupa Ekonomik Topluluğu tarafından esas alınan ‘bilişim suçları’ kavramı ve tanımı günümüzde birçok ülke tarafından kabul edilmekte ve kullanılmaktadır. Bu tanımlamaya göre bilişim suçları, bilgilerin otomatik bir şekilde işlenmesini sağlayan ve data verilerinin taşınmasına yarayan bir sisteme karşı veya o sistem aracılığıyla gerçekleştirilen hukuk dışı ve yetkisiz şekilde icra edilen her türlü fiil olarak açıklanmaktadır.⁶³⁶

Siber suçların işlenme oranının yıllara göre kademeli bir şekilde artış sağladığı ve bu suçların dünya geneline vermiş olduğu maddi zarar hesabının, 2021 yılına kadar toplamda 6 trilyon dolar gibi bir rakama ulaştığı belirtilmektedir. Böylesi bir rakamın getirdiği sonuçlar, bu suçlarla mücadelenin de ulusal düzeyde yapılmasının etkisiz ve yetersiz olacağının bir yansımasıdır. Çünkü bu suçların klasik anlamda bir mekan

⁶³³ <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm> Erişim Tarihi: 20.06.2023.

⁶³⁴ Özbek; “Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi”; s.189.

⁶³⁵ Tezcan, Durmuş; “Bilişim Suçlarında Uluslararası Adli Yardımlaşma”, Yaşar Hukuk Dergisi, C.1, S.2, 287-294, 2019, s.287.

⁶³⁶ Aliusta/ Benzer; s. 36.

kavramı olmaksızın ‘siber uzay’ olarak adlandırılan bir ortamda işlenmekte olup, sürekli gelişen teknolojiyle birlikte şekil ve içerik değiştiren bir suç tipi niteliğinde olduğu belirtilmektedir. Tüm bu sebepler, bu suçlarla mücadelenin de evrensel nitelikte olması ve yapılacak yasal düzenlemelerin de bu husus dikkate alınarak yapılması gerekliliğini ortaya koymaktadır.⁶³⁷

Bu bağlamda gerek uluslararası hukukta gerekse de ulusal mevzuatta belirli düzenlemelere yer verilmiş olup adli yardımlaşma yoluyla bu suçlarla mücadele yöntemleri ve bu suçlarda kullanılacak elektronik delillerin elde edilmesine yönelik usuli düzenlemeler geliştirilmektedir. Ayrıca söz konusu bu delillerin ne şekilde ele alınacağı ve yargılamada kullanılacağı da açıklanmaya çalışılmaktadır. Bu nedenle biz de bazı yabancı ülkelerin (Almanya, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri) ve uluslararası toplulukların (Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi, Avrupa Birliği) konuya ilişkin kanuni düzenleme ve kriterlerine yer verip bilişim suçlarıyla mücadele ve delil elde etme yöntemlerinin ne şekilde olduğunun açıklanmasında fayda görüyoruz.⁶³⁸

3.3.1.1.Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler tarafından bilişim suçlarıyla mücadele konusunda özellikle 1980’li yılların sonuna doğru birçok çalışma ve girişimler de bulunulmuştur.⁶³⁹ Özellikle Birleşmiş Milletler’in Uluslararası Telekomünikasyon Birliği tarafından gerçekleştirilen çalışmalar ile bilişim suçları noktasında belirli düzenlemeler yapılmaya çalışılarak, bu suçların kontrol altına alınması için belirli uğraşlar ortaya konulmuştur. Bu suçlar noktasındaki ilk düzenleme ise 1988 tarihli olup 2000’li yılların başında internet kullanımının artmasıyla beraber ilgili düzenlemeler de çeşitlenerek arttırılmıştır.⁶⁴⁰ Bu kapsamda konuya ilişkin olarak, 2000 yılında İtalya’da düzenlenen “Sınırı Aşan Siber Suçlar Çıkmazı” panelinde, bilişim suçlarına yönelik tartışmalar ve çözüm önerileri

⁶³⁷ Aliusta/ Benzer; s. 36. Çünkü dünya genelinde gerçekleşen bilişim ve internet teknolojilerindeki gelişmeler bağlamında ülkemizin hukuki açıdan geri planda kaldığı yönünde öz eleştiri yapılmaktadır. Aliusta, Cahit/ Benzer, Recep; “Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye’nin Dahil Olma Süreci”, Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi, Cilt:4, No:2, S:35-42, 2018, s. 35; Tezcan, Bilişim Suçlarında Uluslararası Adli Yardımlaşma; s.287-288.

⁶³⁸ Çalışkan, Emin; Zararlı Yazılımların Etkisinde Dijital Adli Delillerin Güvenilirliği, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2013, s.130.

⁶³⁹ Ehliz, Hakan; s.88; Aliusta/ Benzer; s.37.

⁶⁴⁰ Bucak, Yeşim; s.38-39.

üzerinde durulmuştur. Daha sonrasında yapılan “Asya Pasifik Bölgesel İştirakçileri” panelinde ise bu suçlara ve teknolojik gelişmelere dikkat çekilmek istenmiş, hazırlanan taslağın üye ülkeler tarafından kabul edilmesi öngörülmüştür. Yine 2000 yılında, taraf devletlerin bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlarda önlem almaları öngörülmüş olup bu kapsamda “bilişim sistemine izinsiz bir şekilde erişim, sistemin işlenemez hale getirilmesi, sistemde yer alan verilerin silinmesi vs.” gibi fiiller suç sayılarak bunlarla mücadele edilmesi kararlaştırılmıştır.⁶⁴¹

Birleşmiş Milletler kapsamında siber suçlara yönelik ilk kanuni nitelikteki düzenleme ise 1990 yılında “Suçların Önlenmesi ve Bu Suçlara Yönelik Düzenlemelerin Ele Alınması” şeklindeki kongrede gerçekleştirilmiştir. 2000’li yıllarda ise Birleşmiş Milletler Genel Meclisi tarafından alınan bir karar ile üye ülkelere yönelik belirli yükümlülükler getirilmiştir. Buna göre üye ülkelerden, bilgisayar sistemleri kullanılarak işlenen bilişim suçlarının önüne geçilebilecek kanun ve düzenlemeler yapılması ve her türlü sisteme yetkisiz erişim veya veri güvenliği noktasında yasal tedbirlerin alınması ve yaptırımların düzenlenmesi istenmiştir.⁶⁴²

Ayrıca taraf devletlerin bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlarda önlem almaları öngörülmüş olup bu kapsamda “bilişim sistemine izinsiz bir şekilde erişim, sistemin işlenemez hale getirilmesi, sistemde yer alan verilerin silinmesi vs.” gibi fiiller suç sayılarak bunlarla mücadele edilmesi kararlaştırılmıştır.⁶⁴³ Yine bu suçların önlenmesi noktasında, 2010 yılında ulusal ve uluslararası çapta iş birliği yapacak çalışma grupları oluşturulması da alınan kararlardan bir tanesi olup, konuya ilişkin 2012 yılında Dubai’de gerçekleştirilen Dünya Telekomünikasyon Konferansı ile kabul edilen düzenlemeler de konu bağlamında kabul edilen önemli çalışmalardan olmuştur.⁶⁴⁴

3.3.1.2. Avrupa Birliği

Avrupa Birliği kapsamında bilişim sistemleriyle alakalı ilk çalışmalar, 1987 yılında başlatılmış olup internetin getirmiş olduğu problemlerin ne şekilde düzenleneceği konusunda yasal düzenlemeler görüşülmüş ve bu amaçla Avrupa Komisyonu kapsamında

⁶⁴¹ Ehliz, Hakan; s.88; Aliusta/ Benzer; s.37.

⁶⁴² Bucak, Yeşim; s.38-39.

⁶⁴³ Ehliz, Hakan; s.88; Aliusta/ Benzer; s.37.

⁶⁴⁴ Bucak, Yeşim; s.38-39.

bir ekip kurularak bu suçlara karşı çalışma yapılması yoluna gidilmiştir. 1999 tarihinde ise Avrupa Parlamentosu, elektronik imzaların ıslak imza niteliğinde kullanabileceği yönünde tavsiye kararı vermiştir. 29 Haziran 2001 tarihinde Fransa’da yapılan konvansiyonda ise taraf olan ülkelerin bilişim suçlarıyla ne şekilde mücadele edeceğine yönelik belirli düzenlemelere gidilmiş ve taraf ülkelerle iş birliği yapılabilmesi öngörülmüştür. Ayrıca bunlara ek olarak, bilişim ve siber suçlar noktasında farklı konvansiyonlar oluşturularak bilgisayar sistemleri ve verilerin güvenliği bağlamında hangi fiillerin suç olacağı ayrıntılı bir şekilde belirtilmiştir.⁶⁴⁵

Elektronik delillere ilişkin ise Avrupa ülkelerinde detaylı şekilde özel düzenlemelerin bulunmadığı, konuya ilişkin dolaylı nitelikte düzenlemelerin yer aldığı belirtilmektedir. Bununla birlikte elektronik delillere ilişkin arama veya el koyma tedbirleri noktasında bazı Avrupa ülkelerinde özel düzenlemeler söz konusu olduğu ve buna örnek olarak, İngiltere’de yürürlükte olan Polis ve Suç Delili Kodu (Police and Criminal Evidence Code) şeklindeki yasal düzenlemenin verilebileceği belirtilmektedir.⁶⁴⁶

Yine Avrupa ülkelerinde dijital delillerin orijinallerinin ve soruşturma konusuyla ilgili olması durumunun özellikle göz önünde bulundurulduğu belirtilebilir. Elektronik deliller noktasında Avrupa genelinde dikkate alınan belirli değerlendirme kriterlerinden bahsedildiğinde ise bunlar, delilin etkili olması, kullanışlılığı ve yasal nitelikte olması şeklinde ifade edilmektedir. Söz konusu bu şartları sağlayan delilin, yargılamada kabul edilebilir nitelikte olabilmenin ilk şartlarını da sağlayacağı kabul edilecektir. Bununla birlikte elektronik delillerin değerlendirilmesi noktasında asıl yetkinin hâkimler de olduğu belirtilerek aranan diğer delil özelliklerinin; güvenilir olması, yasal olması, suça konu olayla ilgili olması şeklinde sıralandığını ifade edebiliriz.⁶⁴⁷

Bununla birlikte Avrupa Birliği kapsamındaki ülkelerde elektronik delillerin adli süreçte kabul edilebilirliği noktasında belirli araştırmalar ve projeler gerçekleştirilmiştir. Bu projelerin öncülüğü niteliğinde ise AB Komisyonu tarafından kabul edilen “Delillerin Online Araştırılmasında Kullanılacak Siber Araçlar Projesi” (CTOSE-Cyber Tools On-line Search for Evidence) verilebilecektir. Bunun nedeni ise bilişim suçlarına ilişkin mahkeme huzuruna gelen bir uyuşmazlık veya davada elektronik delillerin kabul

⁶⁴⁵ Ehliz, Hakan; s.85-86.

⁶⁴⁶ Çalışkan; s.130-134.

⁶⁴⁷ Çalışkan; s.133.

edilebilmesini sağlayan doğrulama yöntemlerinin neler olacağını belirlemek amacıyla tasarlanmış olmasıdır.⁶⁴⁸

Avrupa Birliği kapsamında yapılan düzenlemelere bakıldığında ise 2005 yılında “Bilişim Sistemleri Aleyhine Saldırlara Dair Avrupa Birliği Çerçeve Kararı” şeklinde bir karar verilmiş olup konusu itibariyle bu kararın yön verici bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Ayrıca İnterpol ve Europol çalışmalarının da bu kapsamda önemli sonuçlar ortaya çıkardığı belirtilmektedir. Bütün bunlara ek olarak birçok komisyon kurularak, siber suçlara yönelik mücadele timleri de oluşturulmuştur. AB’nin bu şekilde kendi örgütsel yapısı içerisinde uyumlu bir sistem oluşturarak çalışma yürütmeye çalıştığı ve bilişim suçlarıyla mücadele konusunda önemli gelişmelere imza attığı belirtilebilir.⁶⁴⁹ Bununla birlikte Avrupa Birliği ülkelerine bakıldığında, ülkeler arasında farklı düzenlemelerin yer aldığı ve bu delillerin kabul edilebilirliği hususunda özellikle delil serbestisi ve ifade özgürlüğü bakımından bir standart oluşturulduğu belirtilebilecektir.⁶⁵⁰

3.3.1.3. Avrupa Konseyi

Avrupa Konseyi’nin bilişim suçlarına yönelik çalışmaları 1980’li yılların sonlarına doğru başlamış olup bu suçların soruşturulması ve bu suçlara yönelik arama, el koyma tedbirlerinin ne şekilde olacağı detaylı şekilde bu tarihten sonra ele alınmaya başlanmıştır. Ayrıca bu suçlar kapsamında uygulanacak soruşturma usullerinin nasıl olacağı da 1995 tarihli hazırlanan bir taslak ile belirtilmiştir.⁶⁵¹

Bu alanda imzalanan ilk uluslararası sözleşme ise Avrupa Konseyi bünyesindeki Bakanlar Komitesinin 8.11.2001 tarihinde kabul ettiği Avrupa Siber Suç Sözleşmesi (Budapeşte Sözleşmesi) olarak kabul edilmektedir. Konseyin kurucu üyelerinden olan Türkiye ise bu sözleşmeyi 10.11.2010 tarihinde imzalamış ve 29.09.2014 tarihinde de yürürlüğe koyarak sözleşmeyi kabul etmiştir. Bu sözleşmenin en büyük amaçlarından biri siber suçların soruşturulması ve elektronik delillerin ne şekilde elde edileceğine dair usul kurallarının belirlenmesi ve bu uluslararası alanda yeknesak kurallar

⁶⁴⁸ Çalışkan; s.130-134.

⁶⁴⁹ Aliusta/ Benzer; s. 37.

⁶⁵⁰ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.99.

⁶⁵¹ Ehliz, Hakan; s.87.

belirleyebilmektir.⁶⁵² Mevzuatımızda elektronik delillerin elde edilmesi bakımından uygulanan tedbir hükümlerinin Siber Suç Sözleşmesinin belirli maddelerinde yer alan elektronik delillerin elde edilmesi ve korumasına ilişkin koruma tedbir hükümlerine de büyük ölçüde uygunluk gösterdiği kabul edilmektedir.⁶⁵³

Sözleşme kapsamında belirtilen tedbirler ancak maddi bir vakıya ilişkin gerçekleştirilen bir ceza soruşturmasının olmasıyla mümkün olmaktadır. Bu tedbirlerin kapsamına ise sadece bilgisayar verileri değil soruşturma ile ilgili bulunan elektronik ortamdaki depolanmış veya işlenmiş her türlü trafik, içerik ve abone verileri girdiği belirtilmektedir. Ayrıca bu tedbirlerin sadece bilişim suçlarıyla sınırlı tutulmamış, birkaç madde hariç herhangi bir suçta bulunan elektronik delilin toplanması amacıyla kullanılabilir olarak düzenlendiği belirtilmiştir.⁶⁵⁴

Siber suç sözleşmesinin ceza hukukuyla alakalı olan 14 ve 21'inci maddeleri arasındaki düzenlemeler ise elektronik delillere ilişkin koruma tedbirlerini ele almaktadır. Buradaki düzenleme gereği, elektronik nitelikte depolanmış veya iletişim amacıyla kullanılan tüm veriler ve trafik, içerik veya abone verileri “bilgisayar verisi”ni oluşturmaktadır. Bunlara yönelik tedbirler ise klasik nitelikteki arama ve el koyma tedbirlerinin siber suçlar ve elektronik deliller bağlamında düzenlenmiş hali olarak kabul edilmektedir.⁶⁵⁵ Yine sözleşmenin 29.maddesi gereği, hizmet veren sunucunun taraf devletlerinden birinde bulunması durumunda diğer üye devletin, verilerin muhafaza edilmesini talep edeceği belirtilmiştir. Ayrıca sözleşmenin 32.maddesi ise bulut bilişim üzerinde yer alan verilerin ve bilgilerin ne şekilde muhafaza edileceğine ilişkin hüküm barındırmaktadır. Bu kapsamda, başka bir devlette bulunan bulut bilişim verilerinin erişimi noktasında izin verilmesi hususu taraf devletler arasında gerçekleştirilecek bir yardımlaşma ile mümkün olabilecektir.⁶⁵⁶

Türk Ceza Muhakemesi hukukunda bilişim sistemlerine yönelik tek usuli düzenleme, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer almaktadır. 5271 sayılı yasanın 134. maddesinde düzenlenen “Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve

⁶⁵² Aliusta/ Benzer; s.37-38.

⁶⁵³ Çakır/Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.519.

⁶⁵⁴ Aliusta/ Benzer; s.40.

⁶⁵⁵ Bucak, Yeşim; s.39-40.

⁶⁵⁶ Bucak, Yeşim; s.67.

kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma” başlıklı maddesiyle aynı yasanın beşinci bölümünde düzenlenen “Telekomünikasyon Yoluyla Yapılan İletişimin Denetlenmesi” başlıklı 135. vd. maddelerindeki tedbirler de bilişim suçları bakımından uygulanmaktadır. Bilişim suçlarının yukarıda değindiğimiz, karmaşık ve teknik yapısı nedeniyle bu suçlarla mücadelenin zorlukları göz önüne alındığında, Türk Ceza Muhakemesi hukukunun bu konuda eksik olduğu ve geride kaldığı ifade edilmektedir.

Kanunumuzda yapılan düzenlemelerin Siber Suç Sözleşmesi’nin 20 ve 21. maddelerindeki tedbirleri tam olarak karşılayamadığı belirtilmektedir. Bu düzenlemeler arasındaki fark teknik detaylara girmeksizin sade bir şekilde açıklanacak olursa, 5271 sayılı yasanın 135.madde hükmünün yalnızca kişiler arası iletişimin denetlenmesine olanak sağladığı bu kapsamda iki gerçek kişi arasında geçen konuşma eyleminin bulunması yönünde kullanıldığı ifade edilmektedir. Oysa Sözleşme’nin 20 ve 21. maddelerinde düzenlenen ve olması gereken tedbirler, bilişim sistemleri arasındaki her türlü veri iletişimini kapsamaktadır. Bu bağlamda Türk Ceza Muhakemesi hukukunun bilişim alanında öngördüğü tedbirlerin, Sözleşme’nin öngördüğü standartların çok gerisinde kaldığı belirtilmektedir. Ayrıca Sözleşmeye uyum sağlanması ve bilişim suçlarıyla etkin bir mücadelenin yürütülebilmesi için ceza muhakemesi hukukunda bir an önce sözleşmeye uygun kanuni değişikliklerin gerçekleştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁶⁵⁷

3.3.2. Bazı yabancı hukuk düzenlerinde elektronik delillere ilişkin düzenlemeler

3.3.2.1. Almanya

Bilişim suçlarına ilişkin Almanya Ceza Kanunlarında da ülkemize benzer şekilde bir düzenleme söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu suçlar, farklı maddeler kapsamında ayrı şekillerde düzenlenmiş olup biz de olduğu şekliyle belirli bir bölüm altında düzenleme yoluna gidilmemiş fakat bu suçlara ilişkin özel kanunlar yapılmıştır. Alman Ceza Kanunu’nun on beşinci bölümü 202a, 202b, ve 202c maddelerinde “veri casusluğu” veya “verilerin haksız yere ele geçirilmesi” niteliğinde suçlar düzenlenmiştir. Yine internet sükjeleri noktasında da sorumluluğı ortaya koyan belirli düzenlemeler

⁶⁵⁷ Aliusta/ Benzer; s.40.

yapıldığı bu bağlamda, erişim veya servis sağlayıcıları için çeşitli yükümlülükler içeren düzenlemelere gidildiği belirtilmektedir.⁶⁵⁸

Almanya'nın ceza usul hukukuna bakıldığı zaman, dijital deliller noktasında belirli hükümler yer aldığı görülebilecektir. Bu bağlamda delil serbestisinin kabul edildiği ülkede elektronik deliller de mahkemeye sunulabilmektedir. Alman Hukuku'nda yargının oluşturmuş olduğu içtihatların, elektronik delillerin kabul edilebilirliği noktasında önemli bir role sahip olduğu belirtilmektedir. Nitekim delil serbestisi ilkesinin bir kabulü olarak, her türlü delilin mahkemeye sunulabileceğinin kabul edildiği Alman hukukunda, elektronik delilin de bir delil olarak kabul edildiği belirtilmektedir.⁶⁵⁹

Ülkemizin, uygulama bakımından benzerlik gösterdiği hususlardan bir tanesi de Almanya'da elektronik delillere yönelik uygulamalardır. Örneğin, polise gelecek bir ihbar üzerine soruşturma yapılabilmesi açısından hâkimin arama kararı vermesi bu benzerliklerden bir tanesidir. Bu bağlamda, Almanya'da elektronik deliller açısından bu düzenleme dışında ayrıca bir düzenlemenin söz konusu olmamasıyla birlikte elektronik delillere ilişkin olarak genel arama hükümlerinin uygulanacağı ifade edilmektedir. Ayrıca diğer bir benzerlik ise elde edilen elektronik verilerin savcılık tarafından görevlendirilen personel tarafından incelenmesi ve analiz sürecinde uzman kişilerden yardım almasıdır.⁶⁶⁰ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, savcılığın soruşturma işlemi kapsamında bir talebi olduğu takdirde işlemin yapılacağı yerde dairesi bulunan asliye mahkemesinden bu talebi istemesi gerekliliğinden de bahsedildiği belirtilmektedir.⁶⁶¹

Bunlara ek olarak, Almanya Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bizim mevzuatımızda da bulunan benzeri düzenlemeye göre hukuka aykırılık noktasında hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olan delillerin kullanılmayacağı da kabul etmektedir. Bu bağlamda, hukuka aykırı bir şekilde elde edilen delilin elektronik delil şeklinde olması durumunda da bu delilin yargılamada kullanılmasının söz konusu olamayacağı

⁶⁵⁸ Ehliz, Hakan; s.83.

⁶⁵⁹ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.100.

⁶⁶⁰ http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html (Son Erişim Tarihi 03.06.2023) , Soylu; s.45.

⁶⁶¹ Burada başvuracağı sorgu hâkimi gerek savcılığın gerekse kolluğun doğrudan başvurabileceği ve bir soruşturma işleminin yapılabilmesi durumlarında söz konusudur, 162/1. Madde, Feridun Yenisey/Salih Oktar, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozeßordnung (StPO), Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

belirtilmektedir.⁶⁶² Bu şekilde hukuka aykırı delillerin değerlendirme kapsamına alınmamasının en büyük sebebinin ise temel hak ve özgürlüklerin korunabilmesi düşüncesi olarak açıklandığı ifade edilmektedir.⁶⁶³ Burada kanaatimizce yapılan düzenlemeyle net bir şekilde hukuka aykırı delillerin önüne geçilmek istenmiş ve bu şekilde sanığın haklarının önemli bir biçimde ihlal edilmesine sebebiyet veren delillerin, hükme esas alınmayacağı belirtilmiştir.

3.3.2.2. Fransa

Fransa’da ilk zamanlar, bilişim suçlarının mevcut Ceza Kanunu’ndaki suçlar ile ilişkilendirilerek düzenlendiği ve o şekilde bir cezalandırma yöntemine gidilmeye çalışıldığı belirtilmektedir. Bu bağlamda söz konusu ülkede ilk kez, 1988 tarihli yasayla birlikte doğrudan, bilişim suçlarıyla ilgili bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bu düzenleme kapsamında bilişim suçlarına ilişkin gerek bilişim sistemleri aracılığıyla gerekse bilişim sistemlerine karşı işlenen farklı suç türleri düzenlendiği ve cezalandırma yoluna gidilmesinin tercih edildiği, daha sonrasında 1993 tarihli ayrı bir yasal düzenlemeyle de bu kapsamdaki suçların genişletildiği aktarılmaktadır.⁶⁶⁴

Sonraki tarihlerde de farklı şekillerde özel yasal düzenlemelere gidilerek, “sistemlere yetkisiz bir şekilde erişim, sistemde yer alan verilerin işleyişini bozma ve zarar verme ve dijital verilerde değişiklik ve sahtekarlık yapılmasının vs.” suç olarak kabul edildiği belirtilmektedir. 29.05.2019 tarihinde kabul edilen güncel Fransız Ceza Kanunuyla ile de bilişim suçları konusundaki en geniş düzenlemeye gidildiği ve “bilgiyi

⁶⁶² StPO § 136a’da “yasak sorgu usulleri” şu şekilde belirtilmiştir, “(1) Kötü davranma, yorma, vücuda yapılan müdahaleler, ilaç vermek, işkence, aldatma veya hipnoz suretiyle, şüphelinin iradi karar verme ve iradi faaliyette bulunma özgürlüğü engellenemez. Zorlama, sadece Ceza Muhakemesi Hukukunun izin verdiği hallerde mümkündür. Bu hükümlere göre izin verilmeyen bir tedbir uygulamakla tehdit ve kanunda öngörülmeyen bir yarar vaad etmek yasaktır. (2) Şüphelinin hatırlama kabiliyetini veya idrak etme kabiliyetini engelleyen tedbirler uygulanamaz. (3) 1 ve 2’nci fıkralardaki yasaklar, şüphelinin rızası olsa dahi geçerlidir. Bu yasakların ihlali ile elde edilen ifadeler, sanık değerlendirmeye rıza gösterse dahi delil olarak değerlendirilemez.”, Yenisey/ Oktar; s. 212-213.

⁶⁶³ Bununla birlikte buna istisna olarak getirilen düzenleme ise sırf hukuka aykırı şekilde elde edilmiş olmasının, delilin değerlendirme dışı tutulacağı anlamına gelmemesi durumudur. Detaylı bilgi için bkz. Özkul; s.406.

⁶⁶⁴ Ehliz, Hakan; s.83.

otomatik işleyen sistemlere yönelik saldırılar” başlığı altında her bir suçun ayrı ayrı düzenlendiği ifade edilmektedir.⁶⁶⁵

Yine Fransız hukuk sisteminde de elektronik delilin, delil serbestisi ilkesinin bir sonucu olarak ceza yargılamasında kabul edildiği fakat bununla birlikte ilkenin istisnalarının bulunduğu ve bu şekilde yorumlandığı belirtilmektedir. Bu istisnalardan ilki, delil türünün toplanması sırasında temel hak ve özgürlükleri özenle dikkat edilmesi ve bu hakların ihlal edilmemesi konusunda hassasiyet gösterilmesi durumudur. İkincisi ise elde edilecek delillerin hukuka uygun elde edilmesi gerekliliğidir. Üçüncü bir durumda ise elde edilecek olan delillerin toplanması aşamasında usuli kuralların birebir uygulanması ve ihlalin önüne geçilmesi hususudur. Sonuç olarak, Fransa hukukunda bu istisnalara uyulması kaydıyla elektronik delillerin de bir ispat aracı olarak kullanılabileceği ve delil değeri olabileceği belirtilmektedir.⁶⁶⁶

Fransa’da elektronik deliller bakımından yapılan düzenlemeler, Fransa ceza usul kanunu kapsamında yer almaktadır. Bu bağlamda diğer Kıta Avrupası ülkelerinde kabul edilen delil serbestisi ilkesi, Fransa’da da geçerli olmakta ve elektronik deliller de delil olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte, olayla ilgili bir ihbar söz konusu olduğunda gerekli müdahaleyi hâkim gerçekleştirecek bu bakımdan polis veya elektronik delillerin analizi sürecinde uzman kişilerden de yardım alınabilmektedir. Yine yapılacak olan arama işleminde elde edilecek olan deliller tek tek tutanak altına alınarak incelenmesi için mühürlenecek ve ardından muhafaza edilecektir. Elektronik deliller açısından ise genellikle el koyma işlemi veya kopyalama işlemi söz konusu olacaktır. Elektronik delillerin bir suç teşkil etmesi veya bir suç teşkil eden içerikle ilgili olması durumunda silinmesi söz konusu olabilecek ve ayrıca zaman aşımı nedeniyle savcılık talebi sonucunda yok edilebileceği ifade edilmekte ve yapılacak tüm işlemlerin resmi şekilde kaydedilmesi gerekmektedir.⁶⁶⁷

Bununla birlikte Fransız ceza hukukuna bakıldığında, hukuka aykırı delillerin kabul edilip edilmeyeceğine dair net bir hükmün bulunmadığı fakat çeşitli hükümlerle insan onuruyla bağdaşmayacak şekilde baskılar ve işkence sonrası elde edilen delillerin

⁶⁶⁵ Ehliiz, Hakan; s.84.

⁶⁶⁶ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.100.

⁶⁶⁷ https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT00000607115_4/ (Son Erişim Tarihi 03.06.2023). Soylu; s.48.

kabul edilmeyeceği belirtilmektedir. Bu bağlamda, elektronik delilin hukuka aykırı olması durumunda da kabul edilebilir olması için her şeyden önce özel hayatın gizliliği noktasında bir müdahale taşımaması, savunma hakkının dışına çıkmaması şeklinde koşulları taşıması gerekmektedir.⁶⁶⁸

Burada gerek delil elde etme süreci gerekse delillerin yargılamada değerlendirme sürecinde getirilen sınırlamaların en büyük amacının, temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmemesinin sağlanması ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesi olduğu aktarılmaktadır. Bu kapsamda bir delilin hukuka aykırı olup olmadığının belirlenmesi göreceli bir husus olmakla birlikte asıl önemli olanın ve tartışma yaratan durumun hukuka aykırı nitelikteki bir delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağını belirlenmesi durumu olduğu ifade edilmektedir.⁶⁶⁹

3.3.2.3. Amerika Birleşik Devletleri

Bilgisayarın ilk kez bulunduğu, bununla ilgili çeşitli teknolojik araştırmaların yapıldığı ve bu anlamda internetin ve bilgisayarın oldukça geliştiği ve geliştirildiği yer Amerika Birleşik Devletleridir. Bilişim dünyasını yönlendiren ve “Silikon vadisi” olarak bilinen Kaliforniya eyaletindeki vadide ise dünyanın en büyük şirketleri yer almaktadır. Bu sebeplerle bilgisayarın ana vatanı niteliğindeki bu ülke bilgisayar suçlarının da işlendiği ilk ülke konumundadır. Bu bakımdan ülkede bilişim suçları kapsamında yapılan kanuni düzenlemeler hem federal devletler bağlamında hem de tüm ülkeyi kapsayacak nitelikte yapılmakta ve kanunlar çıkarılmaktadır.⁶⁷⁰

Ayrıca bu suçlara karşı çeşitli özel birimler kurulmuş ve o şekilde çalışmalar yapılmıştır. Buna örnek olarak, Amerika Bilgi Teknolojileri Kurumu, Amerikan Güvenlik ve İstihbarat Kurumu verilebilir. Yine 1996 yılında başkana bağlı nitelikte özel bir komisyon oluşturularak telekomünikasyon ve iletişim ağları alt yapılarının korunması için de çalışmalar yapılmıştır. Yine benzeri şekilde FBI kapsamında bilgisayar sistemlerine girme veya benzeri suçların ortaya çıkarılması amacıyla da özel yapılar

⁶⁶⁸ Özkul; s.409.

⁶⁶⁹ Özkul; s.418.

⁶⁷⁰Ehliz, Hakan, s.78

oluşturulmuş ve Adalet Bakanlığı ile iş birliği yapılarak çeşitli çalışmalar gerçekleştirilmiştir.⁶⁷¹

Bilişim suçlarında olduğu gibi bu suçların çözüme kavuşturulmasında kullanılan elektronik delillere ilişkin yapılan ilk düzenlemeler bakımından da ABD öne çıkan ülkelerdendir. Bilişim teknolojilerine öncülük yapması bu duruma sebep olmuş ve ardından ilgili yasal düzenlemelerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Bu kapsamda ABD hukuk sisteminde elektronik delillerin muhakeme aşamasında kabul edilip değerlendirilmesi için federal yasalarda bulunan düzenlemelere uyumlu olması aranmakta ve elektronik delillerin bu şekilde değerlendirilmesini sağlayan özellikler beş ana başlıkta ele alınabilmektedir. Buna göre bu özellikler; delilin gerçekliği, ilgili olması, ön yargı oluşturmaması, başka kaynaklardan elde edilmesi ve en iyi delil niteliği şeklinde belirtilmektedir.⁶⁷²

Yine bunlara ek olarak, Amerika yasalarında elektronik delillere ilişkin belirli özel düzenlemeler de mevcuttur. Örneğin, “Elektronik Haberleşmenin Dinlenmesi Yasası”, “Elektronik Haberleşmenin Dinlenmesi” ve “İzlerinin Sürülmesi Statüsü”, “Elektronik İletişimin Gizliliği Yasası” ve “Gizliliğin Korunması Kanunu” bunlardan bazılarıdır. Bununla birlikte “Federal Delil Kuralları Yasası” da mevcut olup bu yasanın 901.maddesinde elektronik deliller tanımlandığı, 1002.maddesinde ise bu delillere ilişkin “en iyi kanıt” kuralının getirildiği belirtilmektedir. Elektronik Haberleşmenin Dinlenmesi Yasası incelendiğinde ise bu yasanın genel olarak, kişiler arasında gerçekleşen haberleşmedeki üçüncü bir kişinin haberleşme ihlalini düzenlediği ifade edilmektedir. Bu bağlamda gerek telefonla gerek bilgisayar programlarıyla veya e-postayla haberleşmenin gerçekleşmesi ve bu haberleşme sırasında ortaya çıkabilecek ihlallerin bu yasa kapsamındaki düzenlemeye dahil olacağı kabul edilmektedir. Bununla birlikte, Elektronik Haberleşmenin Dinlenmesi ve İzlerinin Sürülmesi Statüsünde yer alan genel düzenlemenin ise internet üzerinden veya telefon üzerinden gerçekleştirilen haberleşmelerdeki data verilerinin toplanmasına ilişkin sınırlama getirilmesiyle ilgili olduğu belirtilmektedir. Elektronik İletişim Gizliliği Yasası’nda ise internet süjelerinden olan internet erişim sağlayıcılarının tutmuş olduğu verilerin toplanmasının ne şekilde olacağına ilişkin usullerin belirlenmesi açıklanmıştır. Yine bu Kanun’da elde edilecek

⁶⁷¹Ehliz, Hakan; s.79.

⁶⁷² Çalışkan; s.130. Taşınması gereken bu özelliklere ilişkin detaylı bilgi için bkz. s.131-132.

olan elektronik verilerden, trafik verilerinin veya abone bilgilerinin ne şekilde ve kimlerle paylaşılabilirliğinin detaylı bir şekilde açıklandığı aktarılmaktadır.⁶⁷³

Amerika'daki bütün bu yasal düzenlemelere bakıldığında elektronik delillerin ceza yargılamasında kabul edilebilirliği noktasında özel kuralların bulunmadığı, federal mahkemelerde yürütülen davalar bakımından belirli kurallar ve kararların ortaya konulduğu belirtilebilir. Bu bakımdan ülkedeki bazı mahkemelerde görülen yargılamada bu delillerin, “delil” olarak kabul edilip değerlendirilmesinde temkinli bir yaklaşım ortaya çıktığı belirtilse de genel anlamda federal mahkemelerin elektronik delillerin güvenilirliği hususunda hassasiyetle yaklaştığı belirtilmektedir.⁶⁷⁴

Anglo-Amerikan hukuk sistemine bakıldığında ise kıyas yapılacak şekilde genişletici bir yorumun söz konusu olduğu ifade edilmektedir. Ayrıca kıyasla birlikte karar verilmesi ve bu kararların uygulamaya dönüşmesi de söz konusu olup bu şekildeki kararların benzer fiiller noktasında da stabil bir konuma geldiği belirtilmektedir. Fakat bununla birlikte ülkemizde her fiil bakımından mahkemenin karar verebilmesi ispatın gerçekleşmesiyle mümkündür.⁶⁷⁵

Bununla birlikte söz konusu bu delillerin kabul edilebilirliği noktasında bu hukuk sisteminde çeşitli ölçütler belirlenmektedir. Bu kapsamda sistemin oluşturduğu ve “delil kuralları” olarak adlandırılan bu kuralların varlığı ise yargılama sisteminin temel yapı taşlarından biri olan jüri kurumundan bağımsız bir şekilde düşünülmemektedir. Bu bağlamda, bu hukuk sistemlerinde oluşturulan delil kurallarının hem jürinin hem yargıçların sunulan delilleri, olaya ilişkin yorumlamasından geldiği ifade edilmektedir. Nitekim bu bağlamda, Amerikan hukukunda elektronik delillerin kabul edilebilirliği noktasındaki en önemli kararlardan birinin, “Lorraine v. Markel American Insurance Company” kararı olduğu aktarılmaktadır. Bu kararın elektronik deliller bağlamında önemli olmasının sebebi ise bu delillere ilişkin tüm hususları ele alan ve bunları dikkatli bir şekilde inceleyen bir yaklaşıma sahip bir karar niteliğinde olması şeklinde açıklanmaktadır. Bu kararda mahkemenin, elektronik delilin hükme esas alınabilmesi

⁶⁷³ Yetim, Servet; Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (Facebook Örneği), Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s.115; Amerika'da yer alan düzenlemeye göre bilişim suçu, ceza kanununda yer alan düzenlemeyi ihlal edici nitelikte olan bilgisayar teknolojisinin bilgilerinin kullanılması ve bu bilgilerin araştırılması olarak ifade edilebilir, Afandak; s.40

⁶⁷⁴ Başlar; Ceza Yargılamasında Elektronik Delil, s.99; Soylu; s.46.

⁶⁷⁵ Soylu; s.45.

noktasında beş hususa dikkat edilmesi gerektiğini belirttiği, bu hususların ise “ilgililik, sahiplik, dolaylı delil (duyduğunu aktaran delil) niteliği, en geçerli delil niteliği ve haklı ön yargı” olarak sıralandığı belirtilmektedir. Yine benzeri şekilde burada oluşturulan bazı kuralların bizim hukuk sistemimizde de kısmi bir şekilde benimsendiği kabul edilmektedir. Örneğin, “ilgili olması” hususu, hukukumuzda da kabul edilen olayı temsil edilebilirlik özelliği ile birebir benzerlik gösteren bir husus olarak kabul edilmektedir. Bu bakımdan elektronik delillerin olayı temsil edilebilir olması durumunda, delil değerinin olabileceğinden bahsetmek mümkün olabilecektir. Sahiplik unsuru ise elektronik delilin hassas yapısı göz önünde bulundurulduğunda değiştirilmeye müsait olmasından kaynaklı olarak kasten veya sehven değişikliğe uğrayabilmesi durumlarının bir neticesi olarak ortaya çıkan bir özelliktir. Bu bakımdan elektronik delilin kim tarafından oluşturulduğu veya ne şekilde elde edildiğinin ispatı bu delillerin sahipliğini de doğrudan etkileyebilecek bir husustur. Bu durumun bir diğer deyişle elektronik delilin doğruluğunun ispatı bu delillerin ne şekilde oluşturulduğunu ve bir değişiklik olup olmadığının ispatı anlamına da gelmektedir.⁶⁷⁶

Yine dolaylı delil özelliği ise elektronik delillerin en önemli özelliklerinden bir tanesidir. Bu durum elektronik delilin, tanık delili gibi doğrudan olaya şahitlik edilecek şekilde değil de bir sistem tarafından insan müdahalesiyle veya müdahalesi olmaksızın dolaylı şekilde oluşturulması anlamını taşımaktadır. Bu bakımdan dolaylılık özelliğinin elektronik delilin kabul edilebilirliği noktasında da bazı problemler yarattığı ifade edilmektedir. Son olarak, en iyi delil kuralına bakıldığında ise bu hususun elektronik delilin aslının mahkemeye sunulması olarak açıklanabileceği belirtilmektedir. Bunun sebebi ise mahkemenin delili kabul edebilmesi bakımından orijinalinin bir diğer deyişle herhangi bir sahtelik veya değişiklik olmayan halinin mahkemeye sunulması amacı olarak açıklanmaktadır. Hukukumuzda da klasik delil bakımından belge fotokopilerinin aslı gibi kabul edilmeyeceği kuralından yola çıkılarak bu hususun dolaylı uygulandığı belirtilmekle birlikte elektronik deliller bakımından delilin orijinalleri noktasında birebir delilin kendisinden değil delilin bulunduğu veya kaydedildiği sistemin bütünlüğünden bahsedilecektir. Bu bağlamda burada önemli olan husus orijinallik değil, söz konusu sistemin bütünlüğü ve doğru çalışıyor olabilmesi olarak ifade edilebilecektir.⁶⁷⁷

⁶⁷⁶ Değirmenci; s. 137-138.

⁶⁷⁷ Değirmenci; s.140.

Delilin bilimsel bir özelliğe sahip olması noktasında da Anglo-Amerikan hukukunda yargısal içtihatlar ile belirli ölçütler konulmuş ve bu ölçütler zamanla geliştirilmiştir. Bu bağlamda Amerikan hukukunda yargı makamları tarafından kabul edilen genel ölçüt ise 1923 yılında verilmiş olan “Frye v. United States” kararı esas alınarak belirlenmektedir. Bu kararın da bir yansıması olarak, kullanılacak olan delinin bilimsel olarak kabul edilebilir bir nitelik arz etmesi aranmaktadır. Fakat zamanla bu ölçütün, bilimselliği olmayan delinin muhakeme dışında tutulması noktasında sınırlayıcı olduğu yönünde eleştirilere tabi tutulduğu da ifade edilmiş bu nedenle Amerikan yüksek mahkemesi tarafından 1993 yılında “William Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticels” kararı ile bu genel kabul, elde edilen delilin bilimsel güvenilirliğinin olup olmadığını belirleme yetkisinin muhakemeyi yapan hâkime tanınması gerektiği şeklinde değiştirilmiştir.⁶⁷⁸

Elektronik delillere ilişkin uygulanan “arama veya el koyma tedbirleri” bakımından ise ülkemizdeki uygulamada olduğu gibi Amerikan ceza yargılama sisteminde de mahkeme kararıyla verilir kolluk güçleri tarafından uygulandığı belirtilmektedir. Bu kapsamda ABD Anayasasına eklenen “Dördüncü Değişiklik” ile getirilen düzenlemeyle, soruşturma aşamasındaki arama ve el koyma tedbirine yönelik belirli yetki sınırlamaları getirilmiş, bu anlamda iki temel esas belirlenmiştir. Bu iki esas, elektronik delillere yönelik bir tedbirin uygulanması için öncelikle arama kararının bulunması (Johnsan United States Davası, 1948) ve istisnai durumlar hariç geçerli bir karar olmadan arama yapılmasına imkan verilmemesi (İllinois v. Rodriguez Davası, 1990) olarak belirtilmektedir. Yine bu değişikliklerle beraber Amerikan mahkemeleri arama kararının bulunması noktasında istisnai uygulamaların çok sınırlı bir şekilde olması gerektiğini de kabul etmişlerdir. Bununla birlikte mevcutta bulunan bir arama kararının halihazırdaki bir olaya uygulanamayacağı burada delillerin kaybolma ihtimali veya zarara uğrama durumu gibi gerekçelerin belirtilmesi zorunluluğu da kabul edilmektedir. (Parkhurstv. Trapp Davası).⁶⁷⁹

ABD kanunları çerçevesinde kişilerin temel hakları üzerinde durulan genel düzenlemelerin bazı maddelerinde de yine elektronik delillerle ilgili hükümlere yer verilmiştir. Bu düzenlemelere göre aksi bir hüküm federal kanunlarında söz konusu

⁶⁷⁸Sarsıkoğlu; s.518.

⁶⁷⁹ Bucak, Yeşim; s.71.

değilse, resim, kayıt veya yazılar delil sayılabilecek fakat bunların delil sayılabilmesi orijinal olmasına bağlı tutulacaktır. Yine bu delillerin arama ve el koyma süreçleri, genel arama kuralları kapsamında düzenlenmiş bu bağlamda, kişisel hakların zedelenmesine yol açmamak kaydıyla geçerli olan bir nedene dayanılarak arama ve el koyma yapılabileceği belirtilmiştir. Bu usul kurallarının uygulanması sırasında yaşanabilecek eksiklikler ise mahkeme tarafından verilecek kararlar aracılığıyla tamamlanabilecektir. Bununla birlikte, klasik delillere ilişkin kabul edilen genel düzenlemeler elektronik deliller için de uygulanmaktadır. Bu bakımdan özellikle kişilerin özel hayatının ve mahremiyet haklarının ihlal edilmemesi durumu göz önünde bulundurulmaktadır. Arama yapıldığı sırada elektronik delillerin içeriğinin aranması bakımından ayrıca verilmiş bir arama kararı olması gerekliliği belirtilmektedir.⁶⁸⁰

3.3.3. Türk ceza muhakemesi kapsamında elektronik delillerin elde edilmesine ilişkin düzenlemeler

Ceza hukuku kapsamında maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için soruşturma ve kovuşturma sürecinde söz konusu olay ile ilgili olabilecek her türlü delilin toplanması gerekmektedir. Fakat bu delillerin toplanması için mevzuatta öngörülen tedbirlere göre hareket edilmesine ihtiyaç duyulur. Elektronik delillerin kolaylıkla değiştirilebilir veya silinebilir özelliklerinin olması ise bu koruma tedbirlerinin önemini yansıtmaktadır.⁶⁸¹ Çünkü söz konusu özelliklerin elektronik delillerin muhakemede kullanılabilmesi noktasında dezavantaj oluşturduğu belirtilmektedir. Nitekim CMK m.134 de bulunan “bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma tedbiri” ile m.135’de yer alan “iletişimin tespiti, dinlenmesi, kaydedilmesi de bu kapsamda düzenlenmiştir.”⁶⁸² Bu şekilde kanun koyucu, maddi gerçeğe ulaşılması bakımından elde edilecek deliller noktasında en çok başvurulanan tedbirlerden olan arama tedbirini özel bir görünüme büründürmüş ve ayrı bir hüküm altına almıştır. Bu kapsamda

⁶⁸⁰ <http://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1245&context=facpubs> (Erişim Tarihi 03.06.2023).”; http://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm (Erişim Tarihi 03.06.2023).” https://www.law.cornell.edu/rules/fre/rule_103” (Erişim Tarihi 03.06.2023). Soylu; s.46.

⁶⁸¹ Başlar, “Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri”, s.83.

⁶⁸² Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.516.

çalışmamızın son başlığında elektronik delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi noktasında kilit taşı olarak kabul edilen bu tedbirlere ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

3.3.3.1. CMK kapsamında m.134'ün incelenmesi ve m.135'te yer alan düzenlemeyle karşılaştırılması

Öğretide, madde 134 kapsamında belirtilen “bilgisayarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve elkoyma” tedbirinin farklı şekillerde ele alınıp incelendiği görülmektedir. Nitekim bazı yazarlar da bu tedbiri, “bilgisayarda arama” ve “bilgisayarda el koyma” şeklinde iki ayrı başlık olan “arama” ve “el koyma” başlıkları altında ele almayı uygun görmüştür. Farklı bir görüş ise sadece “elkoyma tedbiri” başlığı altında ele alınmasının uygun olduğunu belirtmektedir. Ünver/Hakeri ise m.134'te yer alan bu düzenlemenin bir “el koyma” hükmü olarak değil, genel “arama” tedbirinin bilgisayar ve programları için getirilmiş özel bir düzenlemesi olarak kabul etmektedir.⁶⁸³ Bir diğer deyişle yazara göre buradaki düzenleme, “elkoyma” maddesi niteliğinde değil, “arama” tedbiri niteliğindedir. Çünkü burada yapılan arama işlemi sonrasında bir şeye el koyulması gerçekleşmeyip sadece elde edilen verilerin örnek veya kopyalarının alınması yani kısaca delil tespitin yapılması durumu söz konusudur. Bu nedenle de ancak istisnai hallerde söz konusu araç veya bilgisayar kütüklerine el konulmasına izin verilmektedir. Bu istisnai hallerde dahi söz konusu bilgisayara el koymuş olmak için değil, orada yer alan bilgi veya verilere ulaşabilmek amacıyla geçici şekilde el konulmaktadır.⁶⁸⁴ Yine öğretide bu hükmün el koyma olarak yorumlanmasının uygulamayı da yanılttığı ve burada yer alan düzenleme ve istisnalara bakılmaksızın kolluk tarafından herhangi bir arama veya inceleme yapılmadan çeşitli sebeplerle bilgisayar veya programlarına genel el koyma tedbiri gibi işlem yapıldığı belirtilmektedir.⁶⁸⁵

⁶⁸³ Öztürk; s.333-s.341; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır; s.479, s.501; Şahin/Göktürk; s.370; Ünver/Hakeri; s.438.

⁶⁸⁴ Aktaş, Batuhan; “Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.14, S.2, 2017, s.217.

⁶⁸⁵ Ünver/Hakeri; s.438; Aktaş; s.217.

Bu tedbirin uygulanabilmesi noktasında koruma tedbirleri için aranan ön koşulların yanı sıra belirli kanuni şartlar da getirilmiştir.⁶⁸⁶ Buna göre söz konusu şartların tamamının gerçekleşmediği takdirde bilgisayarlarda, program veya kütüklerinde arama yapılması mümkün olmayacaktır. Bu tedbirin uygulanabilmesi için kanun maddesinde belirtilen bu şartlar ise somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin bulunması, olaya ilişkin soruşturmanın başlatılmış olması, başka bir surette delil elde etme imkanının söz konusu olmaması, Cumhuriyet Savcısı'nın talebinin olması, olaya ilişkin hâkim tarafından verilmiş bir arama kararının bulunması ve bilgisayarın şüpheli tarafından kullanılıyor olması şeklindedir.(m.134)⁶⁸⁷ Bu şartlardan farklı olarak, olaya ilişkin bilgisayar veya bilgisayar programı noktasında şifre nedeniyle verilere ulaşılamaması, gizli bilgilerin bulunuyor olması veya yapılacak işlemlerin uzun bir süreç gerektirmesi durumunda, şifrenin çözümlenmesi ve gerekli verilerin kopyalanabilmesi için el koyma işlemi yapılabilecektir. Bu el koyma işlemi, şifre çözüme ulaşıldığı veya yeterli ve gerekli kopyaların alınarak verilere ulaştığı takdirde son bulacak, alınan araç veya cihazlar iade edilecektir. (m.134/2) Çünkü bu işlem, şifrelerin çözülmesi ve gerekli kopyaların alınabilmesini sağlamaya yöneliktir. Ayrıca bu düzenlemenin esas amacı, el konulan bilgisayar veya kütükleri üzerinde sonradan bir değişiklik yapılmış olduğu şeklindeki iddiaların ve itirazların önüne geçilmesidir.⁶⁸⁸ Bununla birlikte bu şekilde genel çaplı bir el koyma işlemi yapılmaksızın sadece sistemdeki verilerin tamamı ya da bir kısmının kopyasının alınması suretiyle delillere ulaşılması da mümkün olabilmektedir. Bu

⁶⁸⁶ Koruma tedbirleri bakımından aranan ortak koşullara bakıldığında bunların, “kanunla düzenlenmiş olma, geçici olarak uygulanma, amaç değil araç olarak kullanılma, zorlama, gecikmede sakınca bulunma, görünüşte haklılık ve orantılılık ilkeleri şeklinde belirtildiği görülmektedir. Konunun kapsamı dışına çıkılmaması adına başlıkların detaylarına değinilmemiştir. Detaylı bilgi için bkz. Şahin/Göktürk; s.287-293; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır; s.391-399; Ünver/Hakeri; s.328-333; Öztürk; s.269-272.

⁶⁸⁷ Madde kapsamında getirilen tedbirlere yönelik diğer düzenlemeler için bkz. “Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği” (17.madde) ve “Suç Eşyası Yönetmeliği” (9. madde), <https://www.mevzuat.gov.tr>, Erişim Tarihi:10.07.2023.

⁶⁸⁸ Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır; s.481; Burada bahsi geçtiği üzere istisnai bir durumun bulunmadığı durumlarda Yargıtay, elde edilen delillerin md.134'e aykırı olarak elde edildiğinden hukuka aykırı olacağını kabul etmektedir. “...Sanığın aşamalarındaki savunmalarında ve dilekçelerinde el konulan hard disklerin hiçbirisinde şifre olmadığını, yedekleme işlemi yapılabileceğini ve ayrıca istendiğinde kendisinin yorum yapanların IP şifrelerini verebileceğini belirtmesi de dikkate alındığında; Hatay 1.Sulh Ceza Mahkemesi'nin 11.12.2012 tarih ve 2012/1288D.İş sayılı ve Hatay 3.Sulh Ceza Mahkemesi'nin 05.12.2012 tarih ve 2012/1243 D.İş sayılı kararlarında CMK 134. maddesine aykırı olarak “hard disklere el konulması ve inceleme yapılması” kararları verildiği anlaşılmaktadır...” (Yargıtay 8.CD., E.2020/6565, K.2021/2658, T.22.02.2021, UYAP, Erişim Tarihi:02.06.2023)

durumda yapılan işlemler de tutanağa bağlanacak ve ilgilileri tarafından imzalanarak belirtilecektir.⁶⁸⁹

Tedbirin uygulanabilmesi noktasında gereken arama kararı için hâkime ulaşılmadığı veya gecikmesinde sakınca bulunduğu durumda, Cumhuriyet savcısından karar alınması mümkün kabul edilmektedir. Fakat bu şekilde savcıdan alınmış bir karar söz konusuysa 24 saat süre içerisinde hâkimin onayına sunulması ve hâkimin de buna ilişkin kararını 24 saat içerisinde vermiş olması da aranmaktadır. Aksi halde süre şartının sağlanmaması veya hâkimin talebi reddetmesi durumunda elde edilen kopyaların veya çözümü yapılan verilerin derhal imha edilmesi gerekecektir. (madde 134/2)⁶⁹⁰ Ayrıca bunlara ek olarak, bilgisayarlara ilişkin yapılacak arama işleminin genel arama kararından farklı nitelikte detaylı bir arama kararı gerektirdiği kabul edilmektedir. Çünkü bu düzenlemeye rağmen, genel arama kararıyla bilgisayarlar üzerinde arama yapılması durumunda elde edilecek olan verilerin veya delillerin hukuka aykırı nitelikte kabul edileceği Yargıtay'ın bu doğrultuda vermiş olduğu kararlarında belirtilmiştir.⁶⁹¹

Tüm bunlara ek olarak, hâkimin vereceği karar bakımından, genel arama kararından farklı olarak şüphelinin işlediği suçun ne olduğu, aranacak delil niteliğindeki verinin neyi içerdiği ve hangi bilişim sistemlerinin aranacağını açık bir şekilde belirtmesi gerekmektedir. Bu gerekliliğin asıl amacı olarak, kolluğun arama veya

⁶⁸⁹ Öztürk; s.333-s.334; Gökçen/Balcı/Alşahin/Çakır; s.501.

⁶⁹⁰ 05.07.2018 tarih ve 7145 sayılı Kanun ile Cumhuriyet Savcılarına bu yetki tanınmıştır. (<https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2018/07/20180731-1.htm>, Erişim Tarihi:10.07.2023)

⁶⁹¹ Ünver/Hakeri; s.439; Değirmenci, Olgun; Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi, s.68. "...CMK'nın 119. maddesi uyarınca sanık tarafından işletilen iki ayrı işyerinde arama yapılmasına karar verilmesine karşın, aynı işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde arama yapılabilmesine olanak tanıyan CMK'nın 134. maddesine göre verilmiş bir arama kararı bulunmadığı anlaşılmakla, işyerinde bulunan bilgisayarlar üzerinde yapılan arama sonucunda elkonulan ve içerisinde müşterki firmaya ait lisanssız yazılımların olduğu belirtilen harddiskler ve CD'ler hukuka aykırı delil niteliğinde olup hükmüne esas alınamayacağından..." (Yargıtay 19.CD. E.2015/2092, K.2015/1175, T.06/05/2015); "...İncelemeye konu olayda; İstanbul Anadolu 35. Sulh Ceza Mahkemesinin 17/04/2013 tarih ve 2013/510 değişik iş sayılı kararı ile sanığın evinde CMK 116-119 maddeleri uyarınca arama yapılmasına dair karar verildiği, bu karar kapsamında yapılan aramada sanığa ait iki adet bilgisayara el konulduğu, yine İstanbul Anadolu 36. Sulh Ceza Mahkemesinin 18/04/2013 tarih ve 2013/195 değişik iş sayılı kararı ile sanığın ikametinden ele geçen bilgisayar üzerinde inceleme yapılması ve kopya çıkarılmasına hükmedildiği anlaşılmakla, arama sonrası bilgisayarların yedeklemesinin yapıp şüpheliye verildiğine dair bir ibareye tutanakta yer verilmediği gibi, 18/04/2013 tarih ve 2013/195 değişik iş sayılı kararın ise bilgisayarlara el konulmasından sonra alındığı, bu suretle CMK'nın 134. maddesi hükümlerine riayet edilmeyerek bilgisayar kütüklerinde bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, bilgisayar kasasında hukuka aykırı yapılan bu arama ve el koyma sonucu elde edilen delillerin de hukuka uygun elde edilmiş delil niteliğinde olmadığı..." (Yargıtay 18.CD. E.2016/8680, K.2018/5914, T. 24/04/2018. UYAP, Erişim Tarihi:10.07.2023.) Benzeri nitelikte kararlar için bkz. (Yargıtay 19.CD., E.2015/2211, K.2015/867, T. 28/04/2015, UYAP, Erişim Tarihi:10.07.2023.)

kopyalama yetkisini kötüye kullanılmasının önüne geçilebilmesi olduğu ifade edilmektedir.⁶⁹²

Bununla birlikte kanuni ibareye bakıldığında her ne kadar inceleme konusu olarak bilgisayar, bilgisayar programları ve kütükleri belirtilmiş ise de teknolojinin gelişmesiyle birlikte söz konusu bilgisayar kavramı da sürekli değişip küçülmeye başlamakta bu bağlamda tedbirin konusunun ne olması gerektiğine ilişkin öğretide karışıklık olduğu belirtilmektedir. Daha önceki bölümde bilgisayar kavramına detaylı bir şekilde yer verildiğinden burada çok fazla tanımlamaya yer verilmeksizin tedbirin konusunun ne olması gerektiğine ilişkin açıklamalarda bulunmakla yetinilecektir.⁶⁹³

Bilgisayar kavramı, donanım veya yazılım unsurlarını bir arada bulunduran elektronik aygıt olarak tanımlanmaktadır. Bununla birlikte, farklı amaçlar için üretilmiş aygıtların da işlev bakımından bilgisayara yaklaştığı belirtilmekte olup bu konuda verilebilecek en büyük örneğin, günlük hayatın vazgeçilmezi noktasında olan cep telefonları olduğu söylenebilir. CMK m.134 kapsamında düzenlenen tedbir açısından öğretide, kullanım amaçları birbirinden farklı olsa da içeriğinde, bilişim teknolojisi barındıran akıllı telefon ve tabletlerin tedbirin konusu olup olmayacağına ilişkin tartışma bulunmaktadır. Bununla birlikte her ne kadar maddenin lafzi şekildeki yorumundan sadece “bilgisayar” ifadesi anlaşılrsa da kabul edilen genel görüşe göre, akıllı telefon ve tabletlerde yer alan durağan ve pasif nitelikteki verinin incelenmesi açısından madde 134’te yer alan tedbirlerin uygulanabileceği belirtilmektedir. Yine m.134’te yer alan bu tedbirin uygulanması için şartların, bu araç ve aygıtlar bakımından da sağlanması ve buna ilişkin bir hâkim kararının bulunmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir.⁶⁹⁴ Bu bağlamda, söz konusu bu maddenin uygulanması noktasında bilgisayar kavramının geniş

⁶⁹² Aktaş; s.228; Alman hukukundaki uygulama biçimine bakıldığında ise tedbirin gerçekleştirilmeden önce üzerinde arama yapılacak bilgisayar veya bilgisayar programlarındaki verilerin neler olduğuna ilişkin anahtar kelimeler belirlenmesi ve bu belirlenen kelimeler ile arama yapılması usulünün kabul edildiği ifade edilmektedir. Böylelikle arama kararı öncesinde anahtar kelimelerin belirlenerek söz konusu belirlenen dosyaların aranması ve bu şekilde aramanın daha hızlı yapılarak özel hayatın gizliliğine saygı gösterilmesinin amaçlandığı belirtilmektedir, s.229.

⁶⁹³ Aktaş; s.218.

⁶⁹⁴ Aktaş; s.219; Başlar, “Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri”, s.86.87; “Bilgisayar programı” ise 5846 sayılı FSEK (Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu) m. 1/B “tanımlar” başlığı altında “Bir bilgisayar sisteminin özel bir işlem veya görev yapmasını sağlayacak bir şekilde düzene konulmuş bilgisayar emir dizgesini ve bu emir dizgesinin oluşum ve gelişimini sağlayacak hazırlık çalışmaları” şeklinde tanımlanmıştır. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.3.5846.pdf> (Erişim Tarihi: 10.07.2023.)

olarak ele alınarak sadece bilgisayar sistemi ve donanımlarını değil yan donanımlar, akıllı telefonlar veya benzeri şekilde elektronik veri içeren, kaydeden veya işleyebilen dijital cihazları da kapsadığı belirtilmektedir.⁶⁹⁵

CMK madde 134'te yer alan düzenleme, sadece şüphelinin kullandığı veya ona ait olan bilgisayar ve bilgisayar kütükleri noktasında arama yapılmasına müsaade etmekte olup diğer üçüncü kişilere ait bilgisayarlarda bu tedbirin uygulanması mümkün kabul edilmemektedir. Öğretide de buna benzer şekilde söz konusu bilgisayar, bilgisayar programları veya kütüklerinin şüphelinin mülkiyetine veya zilyetliğine haiz bir durumda olmasının aranmadığı sadece şüpheli tarafından kullanılıyor olmasının yeterli olduğu ileri sürülmektedir. Eğer şüpheli, tedbire konu olan bilgisayarı kullanıyor ve suça ilişkin delillerin bilgisayarda bulunduğuna ilişkin kuvvetli şüphe ve hâkim kararı bulunuyorsa bu bilgisayarın üçüncü bir kişiye ait olmasına bakılmaksızın arama veya el koyma işlemi gerçekleştirilebilecektir. Bununla birlikte şüpheli dışında üçüncü kişiler tarafından kullanılan bilişim sistemleri veya programları için bu tedbire başvurulması mümkün kabul edilmemektedir.⁶⁹⁶

Bu nedenle de öncelikle bir suç soruşturması kapsamında şüpheli olan bir kimsenin bulunması ve bu şüphelinin bilgisayarı vs. kullanmış veya kullanıyor olması gerekmektedir. Bununla birlikte maddenin bu şekilde düzenlenmiş olması, söz konusu bu tedbirlerin sanığa ilişkin uygulanıp uygulanmayacağı noktasında farklı görüşlerin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Bu noktada, kanuni düzenleme esas alındığında söz konusu tedbir ve işlemlerin kovuşturma evresinde sanık noktasında uygulanmasının kanunilik ilkesine aykırı olacağı belirtilmektedir.⁶⁹⁷ Aksi görüşte olan *Şahin/Göktürk* ise bu durumun ceza muhakemesi bakımından bir çelişki oluşturmadığını, sebebinin ise ceza muhakemesinde asıl delil toplama aşamasının zaten soruşturma aşaması olarak belirtildiğini ifade etmektedir. Ayrıca Kanun'da kovuşturma aşamasında delil toplanmasına engel bir düzenleme bulunmadığını hatta mahkemeye re'sen araştırma

⁶⁹⁵ Yüksektepe; s.22.

⁶⁹⁶ Aktaş; s.220.

⁶⁹⁷ Ünver/Hakeri; s.439; Kanun maddesinde şüpheli kavramından bahsedilmesi nedeniyle bunun sadece soruşturma aşamasında başvurulabilen bir tedbir niteliğinde olduğu bu bakımdan kovuşturma aşamasında başvurulamayacağını savunan görüşlerde bulunmaktadır, Başlar, "Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri", s.88.

yapma yetkisi verildiğinden kovuşturma evresinde bu tedbirlere başvurabileceğini belirtmektedir.⁶⁹⁸

Ayrıca bu tedbir bakımından herhangi bir suç tipi sınırlaması yapılmaksızın sadece soruşturmanın varlığı kabul edilmiş olup düzenleme kapsamında katalog suçlara yer verilmemiştir.⁶⁹⁹ Bu tedbirin uygulanması noktasında aranan diğer bir şartın, “başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması” olarak kabul edilmesi, bu tedbire “son çare” şeklinde başvurulması gerekliliğine ilişkin olarak getirilmiş bir düzenleme olarak yorumlanmakta ve burada kanun koyucunun esas amacının, temel hak ve özgürlüklere getirilecek bir sınırlamanın ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak son çare şeklinde başvurulmasını kabul etmesidir.⁷⁰⁰

Genel tedbirlerin uygulanmasından farklı olarak burada incelenecek eşyalar (bilgisayar, bilgisayar kütükleri vs.) elektronik bir yapıya sahiptir.⁷⁰¹ Bundan dolayı da tedbir kararının verilmesinden sonra yapılacak arama işlemi ile elde edilecek veriler metin haline getirilecektir. Fakat burada bilgisayardaki tüm kayıtlar değil, doğrudan maddi olay ile ilgili delil niteliği taşıdığı düşünülen kayıtların dönüştürülmesinin yeterli olacağı kabul edilmektedir.⁷⁰² Yapılan arama neticesinde suça ilişkin olarak herhangi bir delile ulaşılmadığı takdirde ise bu durum belgelenerek tedbire son verilmesi gerekmektedir. Buna ek olarak, elde edilen delillerin suça ilişkin olmaması veya yeterli görülmemesi durumunda yok edilmesi gerekecektir.⁷⁰³

Bu tedbirin uygulanması bakımından asıl olan, “arama” istisnai olan ise “el koyma” işlemi şeklinde bir genel kabul bulunmaktadır. Bir diğer deyişle, m.134 kapsamında yapılacak olan işlem, bilgisayar veya kütüklerine el koymaksızın sistemde arama yapılarak gerekli verilere ulaşılması ve tedbirin sonuçlandırılması olarak belirtilmektedir. Bu nedenlerle tedbirin kapsamında yer alan el koyma işleminin yapılabilmesi ancak yukarıda bahsedildiği şekliyle istisnai hallerde mümkün olacaktır.

⁶⁹⁸ Şahin/Göktürk; s.373.

⁶⁹⁹ Aktaş; s.222.

⁷⁰⁰ Aktaş; s.223.

⁷⁰¹ Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.527; Suç Eşyası Yönetmeliği (9. madde), <https://www.mevzuat.gov.tr> , Erişim Tarihi:10.07.2023.

⁷⁰² Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.527.

⁷⁰³ Çakır / Kılıç, Adli Bilişim ve Elektronik Deliller, s.528.

Bununla birlikte, istisnai bir durum söz konusu olmuş ve el koyma işlemi gerçekleştirilmiş ise sistemde yer alan bütün verilerin yedeklemesinin yapılması da zorunlu tutulmaktadır. Ayrıca alınan yedekten birer kopya çıkarılarak şüpheli veya vekiline verilmesi ve tutanağa geçirilmesi de kanun tarafından öngörülmüştür.⁷⁰⁴

Tedbirin şartları bakımından yapılan iki önemli değişikliğe bakılacak olursa ilk olarak, tedbire başvurulması için somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin aranmış olması ve kuvvetli şüphenin aramasıyla tedbire başvurunun zorlaştırıldığı belirtilebilir. İkinci önemli değişiklik ise madde 134/4'üncü fıkrada yer alan “istenmesi halinde” ibaresinin metinden çıkarılarak onun yerine sistemdeki yedeklerin kopyasının şüpheli veya vekiline verilmesinin zorunlu hale getirmiş olmasıdır.⁷⁰⁵ Fakat getirilen bu düzenleme öğretide, maddeye yönelik yapılan en büyük eleştirilerden bir tanesi olarak kabul edilmektedir. Çünkü şüpheli veya vekiline yedeklerden bir tanesinin verilmesi hususu, söz konusu suçun şüphelisinin bir “hacker”⁷⁰⁶ olması durumunda şüphelinin söz konusu suçu işlemeye devam etmesine neden olabileceğinden bu durumun ceza hukukunun amacıyla bağdaşmadığı ifade edilmekte ve eleştirilmektedir.⁷⁰⁷

Bununla birlikte hükmün getirilmesindeki asıl amacın, bilgisayarlara el koymaksızın verilere ulaşılabilmesi durumunda bilgisayarın tamamına el konularak insanların bilgisayar kullanma imkanlarının elinden alınmasının önüne geçilmesi şeklinde olduğu ifade edilmektedir.⁷⁰⁸ Çünkü günlük hayatta sıklıkla kullandığımız bilgisayarlarda özel hayata ilişkin veriler bulunulabileceği gibi bunlar kişisel, ticari veya mesleki nitelikte, sır niteliğinde bilgiler de içerebilmektedir. Bununla birlikte söz konusu bu bilgilerin maddi gerçeğe ulaşma açısından kilit önemi de bulunabileceği kabulü vardır. Kanun koyucunun bu sebepleri göz önünde bulundurarak hem temel hak ve özgürlüklerin korunması hem de kamusal yararın korunması noktasında bir denge oluşturmaya çalıştığı

⁷⁰⁴ Öztürk, s.341; Ünver/Hakeri; s.438; Şahin/Göktürk; s.373.

⁷⁰⁵ Aktaş; s.225.

⁷⁰⁶ “Bilgisayar korsanı” olarak da ifade edilen bu kavram, “yetenekli bilgisayar uzmanı” şeklinde tanımlansa da genel kabul edilen popüler anlamıyla, sahip olduğu teknik bilgisini hata ve istismar yöntemleriyle kullanarak bilgisayar sistemlerine giren zararlı kişi olarak kabul edilmektedir. Detaylı bilgi için bkz. <https://tr.wikipedia.org/wiki/Hacker> Erişim Tarihi: 10.07.2023. İngilizcede log olarak geçen “Kütük” kavramı ise bilgisayarlarda her işlemin kaydedildiği belgeler olarak tanımlanmaktadır. [https://tr.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCt%C3%BCK_\(bili%C5%9Fim\)#cite_note-1](https://tr.wikipedia.org/wiki/K%C3%BCt%C3%BCK_(bili%C5%9Fim)#cite_note-1) Erişim Tarihi: 10.07.2023.

⁷⁰⁷ Ünver/Hakeri; s.440.

⁷⁰⁸ Ünver/Hakeri; s.439.

ve bu bağlamda bilgisayarlara özgü özel bir düzenleme getirdiği belirtilmektedir.⁷⁰⁹ Ayrıca düzenleme kapsamında kuvvetli şüpheyi arayarak haberleşmenin gizliliği veya özel hayatın dokunulmazlığı noktasında ağır bir müdahale niteliğinde olan bu tedbirin önemini ortaya koymaktadır. Yine başka suretle delil elde etme imkanının bulunmamasını şart koşmuş olup bu şartla birlikte temel hak ve özgürlükler noktasında daha hafif bir müdahale gerektirecek şekilde delil elde etme imkanının bulunduğu durumda bu tedbirin uygulanmayacağını belirtmiştir.⁷¹⁰

Son olarak, bu madde kapsamında yapılan arama sırasında suç unsuru niteliğinde bir veriye veya bilgiye rastlanması durumu söz konusu olabilir. Örnek olarak, çocuk pornografisine ilişkin verilere ulaşılması durumu verilebilir. Böyle bir durumda, kolluk görevlileri tarafından bu veriye CMK 134.maddesi kapsamında ulaşılması durumu mümkün olup ayrıca bir el koyma gereği duymayabilir. Ayrıca 127.madde uyarınca bilgisayar veya programlarının böyle bir suçta araç olarak kullanılması fiili gerçekleşeceğinden, ileride müsadere edilebilecek eşya sıfatıyla da söz konusu verilerin veya kayıtların bulunduğu veya suçun işlenmesinde araç olarak kullanılan bu cihazlara el konulabilecektir. Bunun dışında koşulları bulunuyorsa yine 127.madde gereği kolluğun kendisine tanınan el koyma yetkisini de kullanabileceği ifade edilmektedir.⁷¹¹

3.3.3.2. İletişimin denetlenmesi yoluyla elektronik delil elde edilmesi

CMK 135.madde kapsamında getirilen bu düzenleme telekomünikasyon⁷¹² yoluyla gerçekleştirilen iletişimin, suçun önlenmesi amacıyla denetlenmesini düzenlemekle birlikte işlenmiş olan bir suçun çözümlenmesi noktasında delil elde edilmesi amacıyla da iletişimin denetlenmesine imkan veren bir maddedir. Burada asıl amaç, önleme ve istihbarat amaçlı iletişim denetimi olmakla birlikte ceza hukuku

⁷⁰⁹ Şahin/Göktürk; s.371.

⁷¹⁰ Aktaş; s.217; Şahin/Göktürk; s.371.

⁷¹¹ Ünver/Hakeri; s.439.

⁷¹² “Telekomünikasyon, her türlü işaret, sembol, ses ve görüntünün ve elektrik sinyallerine dönüştürülen her türlü verinin kablo, telsiz, optik, elektrik, manyetik, elektromanyetik, elektrokimyasal, elektromekanik ve diğer iletim sistemleri vasıtasıyla iletilmesi, gönderilmesi ve alınmasını ifade etmektedir.” Şahin, Cumhuriyet; (2007). Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), s.1098

kapsamında maddi gerçeğe ulaşılması bağlamında da bu tedbire başvurulması mümkün olabilecektir.⁷¹³

Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi, kanunumuzda iletişimin tespiti, dinlenmesi, kayda alınması ile sinyal bilgilerinin değerlendirilmesi şeklinde birden fazla türde yer bulmaktadır. (m.135/1). Buna ek olarak, mobil telefonların yerinin tespitin de bu madde kapsamında ele alınması kabul edilmektedir. (m.135/4) Bu tedbirlerin muhatabı ise iletişimi denetlenecek olan şüpheli veya sanıklar, denetlenecek unsurlar da bu kişilerin fiilen kullandığı tüm iletişim araçları olacaktır. Bunlar dışında üçüncü kişilere yönelik olarak bu tedbirin uygulanması mümkün olmayacaktır.⁷¹⁴

Kanunun aradığı bu şartlarla söz konusu tedbir, m.135’de yer alan arama ve elkoyma tedbirine benzerlik göstermektedir. Tüm bunlarla birlikte bilgisayarda arama, elkoyma tedbiri birçok yönden CMK m.135 kapsamında düzenlenen telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbirinden farklılık göstermektedir. Her şeyden önce m.135’te yer alan iletişimin denetlenmesi tedbiri sadece belirli suçlar bakımından uygulanabilmekte iken m.134’te yer alan arama ve elkoyma tedbiri bakımından böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.⁷¹⁵

Yine iletişimin dinlenmesi tedbiri, her türlü iletişim aracı üzerinde uygulanabilirken bilgisayarlarda arama ve elkoyma tedbiri sadece bilgisayarlar üzerinde gerçekleştirilmektedir. Bu bakımdan “pasif ve durağan” bir şekilde bulunan verilere ulaşmaya yönelik tedbirlerin CMK m.134 kapsamında kalacağı, “akış halindeki veri”lerin tespitin de ise m.135’te yer alan düzenlemeye göre yapılacağı belirtilmektedir.⁷¹⁶ Bir diğer

⁷¹³ Şahin; Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, s.1097

⁷¹⁴ Şahin, Cumhuriyet; Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme, s.1101.

⁷¹⁵ Aktaş; s.217. “...Yürütülen bir suç soruşturması veya kovuşturması dolayısıyla telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi tedbiri CMK’nın 135. maddesinde düzenlenmiştir. Anılan madde uyarınca; suç işlendiğine ilişkin kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı ve başka suretle delil elde edilmesi imkanının bulunmaması durumunda, suç tarihi itibarıyla hâkim veya gecikmesinde sakınca olan halde Cumhuriyet savcısının kararıyla şüpheli veya sanığın telekomünikasyon yoluyla iletişimi tespit edilebilir, dinlenebilir, kayda alınabilir ve sinyal bilgileri değerlendirilebilir. Aynı maddenin 8. fıkrasında, dinleme, kayda alma ve sinyal bilgilerinin değerlendirilmesine ilişkin hükümlerin ancak, bu fıkra da katalog şeklinde sayılan suçlarla ilgili olarak uygulanabileceği belirtilmiştir, 9. fıkra da ise, maddede belirtilen usuller dışında hiç kimsenin, bir başkasının telekomünikasyon yoluyla iletişimini dinleyemeyeceği ve kayda alamayacağı hükme bağlanmıştır...” Yargıtay, 6. CD; E.2021/1321, K.2021/15325, T. 11.10.2021, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023.

⁷¹⁶ Aktaş; s.218.

deyişle CMK m.135’de yer alan tedbir, bu şekilde akış halinde veri olduğunda uygulama alanı bulabilecektir. Örneğin, şüpheli ile diğer bir üçüncü kişi arasında gerçekleştirilen bilişim sistemlerinin iletişimi esnasında oluşan bir veri söz konusuysa bu durumda verinin “akış halinde-aktif nitelikte” olduğundan bahsedilecektir. Bu iki madde kapsamına girmeyen deliller ise savcılığın genel delil toplama yetkisi ile toplanacak ve değerlendirilecektir.⁷¹⁷



⁷¹⁷ Şahin; s.91.

SONUÇ

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler neticesinde ceza hukukunda yeni bir delil niteliğinde ortaya çıkan ‘elektronik delil’ kavramı, cezai uyuşmazlıkların çözümünde de sıklıkla başvurulmuş bir delil türü haline gelmiştir. Bu deliller, soyut yapıda olan ve somut bir biçime dönüştürülmesi için belirli tedbirlerin uygulanması ve usuli işlemlerin yapılmasını gerektiren elektronik verilerden oluşmaktadır. Bu verilerden oluşan elektronik delillerin varlığı gerek klasik gerekse bilişim sistemleriyle veya bilişim sistemlerine karşı işlenen suçlarda yok sayılamayacak kadar önemlidir. Fakat muhakeme makamları tarafından birçok uyuşmazlığın neticelendirilmesinde başvurulmuş bu delillere ilişkin, mevzuatımızda gerekli ve yeterli düzenlemelerin bulunmadığı belirtilmektedir. Söz konusu bu durum ise gerek öğretide gerekse uygulamada bu delillerin hukuki geçerliliği ve kabul edilebilirliği noktasında farklı görüşlere sebebiyet vermektedir. Bununla birlikte belirttiğimiz üzere genel görüşe göre, delil serbestisi ilkesinin de bir sonucu olarak, bu verilerin delil niteliği ve yargılamada kullanılabilirliği kabul edilmektedir.

Bir diğer husus ise kullanılabilirliği kabul edilen bu delillerin elde edilme usulü ve ispat noktasındaki değeridir. Günümüz yargılama makamları açısından oldukça önem taşıyan bu delillerin delil olarak kabul edilip kullanılabilmesi için her şeyden önce hukuka ve usulüne uygun bir şekilde elde edilmesi ve muhafaza edilerek sunulması gerekmektedir. Aksi halde usulüne uygun olmayan şekilde elde edilmesi bu delilleri, hukuka aykırı delil niteliğine büründürerek kullanılması ve hükme esas alınması noktasında imkansız bir konuma getirecektir. Bu nedenle her şeyden önce bu verilerin hassas özellikleri ve adli bilişim süreci de göz önünde bulundurularak uzman kişilerce dikkatli ve eksiksiz şekilde elde edilmesi ve incelenmesi gerekmektedir. Elbette ki bu durum, elektronik delillere ilişkin yapılacak detaylı düzenlemelerin gerekliliğini ve bunun uygulanabilirliğinin sağlanmasını da ön plana çıkarmaktadır.

Yine belirttiğimiz üzere, elektronik delillerin öğretide benzeri kavramlarla karıştırılması hususunun ise hukukumuzda uygulama bakımından bir yanılgı oluşturduğu sonucuna varılmamaktadır. Bu kapsamda elektronik niteliğe sahip olmaları, bu delillerin özel olarak ele alınması gerekliliğini ortaya koymaya yeterli olmaktadır. Fakat bu delillerin elde edilmesi ve ispat açısından kullanılmasına yönelik net düzenlemelerin

olmamasının yargı kararlarında mahkumiyete esas alınması bakımından farklılıklara sebebiyet verdiği de bir gerçektir.

Elektronik delillere ulaşılması ve elde edilmesi noktasında hukuki süreç belirli teknik bilgi ve uzmanlığı gerektirmektedir. Bu bakımdan bu delillere ilişkin yapılacak arama kopyalama veya el koyma işlemlerinin ve adli bilişim sürecinin uzman kişiler tarafından gerçekleştirilmesi oldukça önemlidir. Bu noktada öğretide, elektronik delillerin muhakeme açısından önem taşıyan ve ispat değeri bulunan deliller şeklinde hükme esas alınabileceği yönünde görüşler olmakla beraber, hükme esas alınamayacağını ileri süren yaklaşımlar da bulunmaktadır. Yine bu bağlamda, verilen birçok kararda da elektronik delillerin ancak başka delillerle desteklenerek ve şüpheye yer vermeyecek şekilde gerekçelendirilerek kullanılması gerektiği belirtilmektedir.⁷¹⁸ Ayrıca tam tersi nitelik taşıyan ve başka delillerle desteklenmeksizin tek başlarına mahkumiyete esas alındığı noktasında kararlar da bulunmaktadır. Bu şekildeki farklı yaklaşımların ve kararların sebebinin ise elde edilen ve muhakeme için önem taşıyan elektronik delilere ilişkin yeterli bilgi ve donanımın bulunmaması olduğu ifade edilmektedir.

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte hayatın her alanına kolaylık getiren internet teknolojisi, “bilişim suçları” kavramıyla mücadeleye de yeni bir boyut kazandırmıştır. Bu bağlamda, bilişim suçlarıyla mücadeleyi zorlaştıran en önemli faktörün, bu suçların zaman veya mekan sınırına ihtiyaç duymayan şekilde tüm dünyada internet ağları üzerinden işlenebilmesi ve bu hususun delillerin elde edilmesini imkansız bir niteliğe büründürmesi olarak ifade edebiliriz. Bu durum ise bahsettiğimiz üzere, yapılan uluslararası düzenlemelerde bilişim suçlarının ele alınması ve elektronik delillere ilişkin usulü ve asgari standartların belirlenmesinin önemini ortaya çıkarmıştır. Bu kapsamda ortaya konulan en önemli düzenleme ise Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi olarak kabul edilmektedir. Türkiye’nin de taraf olduğu bu sözleşme kapsamında çeşitli bilişim suçları ve bu suçlardan elde edilecek delillere yönelik çözüm getiren hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna ek olarak uluslararası nitelik arz eden farklı toplulukların gerçekleştirdiği birçok çalışma ve düzenlemeler de bulunmaktadır. Yine bu suçlarla

⁷¹⁸ Yargıtay 16.Ceza Dairesi bir kararında da buna dikkat çekerek “elde edilen birden çok dijital delillerin incelemelerinin tamamlanması ve bir bütün halinde ele alınması, diğer delillerle birlikte ele alınması gerektiğine, suçun işlenip işlenmediğinin buna göre değerlendirilmesi gerektiği” belirtmiştir. (Yargıtay 16.CD; E.2017/3067, K:2018/504, T. 27.02.2018, UYAP, Erişim Tarihi:03.07.2023.)

mücadele kapsamında bu toplulukların gerçekleştirdiği uluslararası standartlara uyum sağlayabilmek adına Almanya, Fransa veya Amerika Birleşik Devletleri gibi ülkemizde de farkındalık içeren çalışma ve düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte olumlu nitelikte bahsedilen bu düzenlemelerin birtakım eksiklikler ve hatalar barındırması öğretide eleştiri konusu olarak dile getirilmektedir.

Bu kapsamda hukukumuzda elektronik delillerin elde edilmesine yönelik uygulanması gereken usul işlemlerinin Kanun'da sadece 134.maddeyle düzenlenmiş olması, öğretideki eleştirilerin en büyük sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bu madde kapsamında sadece “bilgisayar” kavramına yer verilmiş olmasının günümüz teknolojisi karşısında kullanılan elektronik cihaz çeşitliğinin artması sonucu yetersiz kaldığı ve uygulamada karışıklığa sebebiyet vermekte olduğu belirtilmektedir. Bu nedenle uygulamadaki karışıklığın giderilmesi ve teknolojik gelişimin takip edilmesi sağlanarak, günümüzün en önemli delil kaynaklarından biri niteliğinde olan elektronik ortamdaki verilere yönelik ayrıntılı düzenlemelerin yapılmasına ihtiyaç duyulmaktadır.

Tüm bu değerlendirmelerin neticesi olarak, elektronik delillere ilişkin tartışma ve farklılıkların sonlandırılması ve bu delil türünün ispat değerinin tespiti bağlamında kanaatimizce; elektronik delillerin öneminin ortaya konularak, bunlara ilişkin gerekli yasal ve teknik bilginin uygulayıcılara verilmesi ve söz konusu yargılama makamlarında bulunan uygulayıcıların da bu delillerin niteliklerine hâkim olmasını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir. Bu şekilde hareket edilmesi hem yeni suç türleriyle mücadelede hem de yaşanan teknolojik dönüşüme ayak uydurabilme noktasında daha etkin bir sonuç alınabilmesini mümkün kılacaktır.

KAYNAKÇA

- Afandak, K. (2021). *Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller*. [Doktora tezi, Ankara Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No:695235)
- Aliusta, C., & Benzer, R. (2018). Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi ve Türkiye'nin Dahil Olma Süreci. *Uluslararası Bilgi Güvenliği Mühendisliği Dergisi*, 4(2), 35-42.
- Alpaslan, O. B. (2010). İnternet Hukuku, 5651 Sayılı Kanun ve FSEK'te Düzenlenen İnternet Suçları. https://ugayhukuk.com/wp-content/uploads/2021/11/Av_Osman_Berk_Alpaslan-Internet_Hukuku_5651_Sayili_Kanun_FSEK_Duzenlenen_Internet_Suclari.pdf
- Akyürek, G. (2012). Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 101, 61-83.
- Aktaş, B. (2017). Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Tedbiri Üzerine Bir İnceleme. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14(2), 211-241.
- Altıntaş, K. (2021). Elektronik Verilerin Delil Niteliği. *Ahkam Dergisi*, 1, 40-52.
- Arslan, Ç. (2015). Dijital Delil ve İletişimin Denetlenmesi, *CHKD*, 3(2), 253-266.
- Atalay M. & Çelik E. (2017). Büyük Veri Analizinde Yapay Zekâ ve Makine Öğrenmesi Uygulamaları. *Mehmet Akif Ersoy Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, 9(22), 155-172.
- Ateş Benek, N. (2022). Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma. *Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology*, 10(2), 367-411.
- Başlar, Y. (2013). Ceza Yargılamasında Elektronik Delillerin Elde Edilmesine ve Korunmasına İlişkin Usul Hükümleri. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*. 0(3), 82-105.
- Başlar Y. (2016). Ceza Yargılamasında Elektronik Delil. Yetkin Yayınları.
- Başlar, Y. (2022). İnternet Süjeleri ve Cezai Sorumlulukları. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 19(2), 603-633.
- Beccaria, C. (2013). Suçlar ve Cezalar Hakkında. (6.Baskı). (S. Selçuk Çev.). İmge Kitabevi.
- Boga, B. (2019). *Ceza Muhakemesinde Delillerin Tartışılması*. [Yüksek Lisans tezi, Necmettin Erbakan Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 544792)
- Bozdağ, A., & Sarıusta, K. (2017). Ceza Yargılamasında Mağdurun Beyanı ve Delil Değeri. *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8(2), 573-602.

- Bucak, Y. (2019). Adli Bilişim ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilgisayarda Arama. [Yüksek Lisans Tezi, Üsküdar Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 600970)
- Canpolat, C. (2021). Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanık Beyanının İtibari Değerine İlişkin Bazı Özel Durumlar. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25(2), 511-554.
- Çalışkan, E. (2013). *Zararlı Yazılımların Etkisinde Dijital Adli Delillerin Güvenilirliği*. [Yüksek Lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi] Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 333928).
- Kılıç, M.S. (2014). Elektronik Deliller ve Yapısal Özellikleri. H. Çakır / M. S. Kılıç (Ed.), *Adli Bilişim ve Elektronik Deliller-* (1.Baskı) (s.137-158). Seçkin Yayıncılık.
- Centel, N. & Zafer, H. (2015). Ceza Muhakemesi Hukuku. (12.Baskı). Beta Yayınevi.
- Dülger, M. V. (2022). Bilişim Suçları ve İnternet İletişim Hukuku. (9.Baskı). Seçkin Yayınları.
- Değirmenci, O. (2014). Ceza Muhakemesinde Sayısal (Dijital) Delil. (1.Baskı). Seçkin Yayıncılık.
- Değirmenci, O. (2020). Adli Bilişimde Önceliklendirme (Triyaj) Yönteminin Ceza Muhakemesi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi. *Bilişim Hukuku Dergisi*, 2(1), 47-79.
- Demirezen, M.U. (2020). Büyük Veri ve Büyük Veri İşleme Mimarileri. Ş. Sağıroğlu, M.U. Demirezen, (Ed.), *Yapay Zekâ ve Büyük Veri: Teknolojiler, Yaklaşımlar ve Uygulamalar*. (s.61-104). Nobel Akademi Yayınları
- Düden, S. (2019). *Türkiye'de Adli Bilişimin Gelişimi ve Dijital Delil İncelemeleri*. [Yüksek Lisans tezi, Gebze Teknik Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No 569937).
- Ehliz, H. (2019). Bilişim Suçlarının Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Değişen Güvenlik Algısı Üzerinde Etkisi, [Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No:596665).
- Ekim, A. (2013). *Bilişim Suçlarında Sayısal Delillerin Toplanması, Muhafaza Edilmesi, İncelenmesi ve Raporlanması*. [Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi] Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 345035)
- Eravcı, D. B. (2020). Kurumların Dijital Dönüşümü: Büyük Veri. *Çalışma İlişkileri Dergisi*, 11(1), 90-112.
- Ermeydan, D. (2018). *Türk Ceza Kanunu'nda Bilişim Suçları*. [Yüksek Lisans tezi, Çağ Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 512539)
- Feyzioğlu, M. (1996). Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık. (1.baskı). US-A Yayıncılık.
- Feyzioğlu, M. (1999). Suçsuzluk Karinesi: Kavram Hakkında Genel Bilgiler ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 48(1), 135-163.

- Feyzioğlu, M. (2015). Ceza Muhakemesinde İspatın Ölçütü Olarak Vicdani Kanaat. Işık Yayınları.
- Futtu, E. (2021). Delil Başlangıcı ve Elektronik Belgelerin Delil Başlangıcı Niteliği. Seçkin Yayıncılık.
- Gedik, D. (2019). Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestliği (CMK m.217), *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21(Özel S.), 913-963.
- Gedik, D. (2019). Bilişim Suçlarında İp Tespiti ile Ekran Görüntüleri Çıktılarının İspat Değeri. *Bilişim Hukuku Dergisi*, 1(1), 51-84.
- Gönenç, E. (2015). *Adli Bilişim ve Elektronik Delillerin Hukuk Yargılamasındaki Yeri*. [Yüksek Lisans tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 431523)
- Gedik D. & Topaloğlu M. (2015). Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması. (2.Baskı). Adalet Yayınevi.
- Gödekli, M. (2016). Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 65(4), 1815-1924
- Gökçen A. & Balcı M. & Alşahin M. E. & Çakır K. (2023). Ceza Muhakemesi Hukuku. (7.Baskı). Adalet Yayınevi.
- Göksoy, R. (2017). *Ceza Muhakemesinde Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Güvenilirliğinin Sağlanması*. [Yüksek Lisans tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 475779)
- Göksu, M. (2010). *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil*. [Doktora tezi, Ankara Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 265428)
- Gürel, A. B., & Mengilli, İ. (2021). Dijital Delil Kavramı ve Yargılamadaki Yeri. *Leges Hukuk Dergisi*, Sayı:139-140-141, 78-108.
- Gün, N. (2020). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları*. [Yüksek Lisans tezi, Çankaya Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 633084)
- Güngör, M. B. (2021). *Türk Hukukunda Bilişim Suçları ve Bilişim Yoluyla İşlenen Suçlar*. [Yüksek Lisans tezi, Yalova Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 677827)
- Henkoğlu, T. (2014). Adli Bilişim Dijital Delillerin Elde Edilmesi ve Analizi. Pusula Yayıncılık.
- İnci, Z. Ö. (2017). Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku Mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katılma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler. *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7(2), 119-168.
- Karabulut, F., Karapazarlıoğlu, E., & Tosun, H. (2015). Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 120, 386-422.

- Karaburun, G. (2017). Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları. *Adli Tıp Bülteni Dergisi*, 22(3), 200-207.
- Karakuş S. (2018). *Derin Öğrenme Yöntemlerinin Kullanılarak Dijital Deliller Üzerinde Adli Bilişim İncelemesi*. [Yüksek Lisans tezi, Fırat Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 537570)
- Kaymakçı, S. (2014). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*. [Doktora tezi, Marmara Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 354743)
- Kaynakçıoğlu, U. (2015). *Ceza Muhakemesinde Dijital Deliller*. [Yüksek Lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 393163)
- Keser, Berber, L. (2004). Adli Bilişim, Yetkin Yayınları.
- Köse, M. (2016). *Ceza Kovuşturmasında Delillerin Ortaya Konulması ve Değerlendirilmesi*. [Doktora tezi, Anadolu Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 432491)
- Kunter, N. & Yenisey, F. & Nuhoglu, A. (2010). Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku. Beta Yayınevi.
- Küçüksille, E., Özger, F., Genç, S. (2013). Mobil Bulut Bilişim ve Geleceği. 14.Akademik Bilişim Konferansı Bildirileri, 695-699.
- https://ab.org.tr/ab13/kitap/kucuksille_ozger_AB13.pdf
- Özbek, V. Ö. (2007). Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 283-287.
- Özbek, V. (2001). Elektronik Ortamda Saklı Bulunan Verilerin Ceza Muhakemesinde Delil Niteliği ve Değerlendirilmesi. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 59(1-2), 181-202.
- Özbek, V. Ö. (2002). İnternet Kullanımında Ortaya Çıkabilecek Bazı Ceza Hukuku Sorunları. *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 4, 101-158.
- Özbek, M. (2013). Adli Bilişim Uygulamalarında Orijinal Delil Üzerindeki Hash Sorunları. *In 1st International Symposium on Digital Forensics and Security (ISDFS'13)*.
- Özen, M. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, (6.Baskı). Adalet Yayınevi.
- Özen, M. & Özocak, G. (2015). Adli Bilişim, Elektronik Deliller ve Bilgisayarlarda Arama ve El Koyma Tedbirinin Hukuki Rejimi (CMK M. 134). *Ankara Barosu Dergisi*. (1), 43-77.
- Özkul, F. (2017). Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Şekilde Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu. *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, (9), 397-425.
- Öztürk B. (2022). Ana Hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku. (9.Baskı). Seçkin Yayınları.
- Roxin, C. (2005). İspat Hukukunun Esasları (Y. Ünver, Çev.). *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, 4(8), 265-289.

- Saraydere, İ. (2018). Dijital Delillere İlk Müdahale İmaj Alma ve İnceleme Süreçleri. [Yüksek Lisans tezi, Afyon Kocatepe Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 501528)
- Sarıgül, A. T. (2021). Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğüne Getirilen Sınır-Nemo Tenetur Seipsum Accusare İlkesi. *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Cilt, 153, s.39-64.
- Say, K. (2006). *Bilişim Suçlarında Elde Edilen Delillerin Olay Yerinden Toplanması ve Laboratuvarında İncelenmesi*. [Yüksek Lisans tezi, Ankara Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 193784)
- Şahin, E. (2015). Sayısal Delilin Ortaya Çıkarılması Kapsamında Koruma Tedbirleri. *International Journal of Legal Progress*, 1(2), 88-106.
- Şahin, C. (2007). Telekomünikasyon Yoluyla İletişimin Denetlenmesi Yargıtay Kararları Çerçevesinde Bir Değerlendirme. *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1), 1095-1112.
- Şahin, C. (2019). Ceza Muhakemesinde Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma (Cmk M. 134). *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 271-286.
- Şahin C. & Göktürk N. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku (13.Baskı), Seçkin Yayınevi.
- Sarsıkoğlu, Ş. (2015). Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat Hukuku Açısından Elektronik Delil E Delil Kavramı. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 6(22), 507-534.
- Sevük, H. Y. (2006). Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik. *Journal of Istanbul University Law Faculty*, 64(1), 49-107.
- Soylu, N. (2021). *Dijital Delillere El Konulması Sürecinde CMK 134. Madde Hükümlerinde Görülen Problemler ve Çözüm Önerileri*. [Yüksek Lisans tezi, Üsküdar Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 666424)
- Soyaslan D. (2018). Ceza Muhakemesi Hukuku (7.baskı). Yetkin Yayınları.
- Süzen, A. A. (2018). *Adli Bilişim İçin Ram İmajı Alınarak Elektronik Delil Elde Etme*. [Doktora tezi, Süleyman Demirel Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 517441)
- Uzunay, Y. & Koçak, M. (2005). Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller. *Akademik Bilişim Konferansı*, Gaziantep. <https://www.turcademy.com/tr/kitap/adli-bilisim-ve-elektronik-deliller-9789750228735>
- Ünver Y. & Hakeri H. (2022). Ceza Muhakemesi Hukuku. (19.Baskı). Adalet Yayınevi.
- F. C. Schroeder, T. Verrel (2019). Ceza Muhakemesi Hukuku (S. Oktar, Çev.). Yetkin Yayınları.
- Tezcan D. (2022). Dijital Ceza Muhakemesi Hukuku, (2.baskı). Seçkin yayınları.
- Tezcan D. (2019). Bilişim Suçlarında Uluslararası Adli Yardımlaşma, *Yaşar Hukuk Dergisi*, 1(2), 287-294.

- Taşdemir, Ö. (2021). Ceza Adaletini Dijitalleştirmek, Büyük Veri Vicdani Kanaate Karşı. Bilge Y, editör. Sağlık Alanında Büyük Veri Analitiği ve Uygulamaları. (1.Baskı). Bilge Yayınları, 37-55.
- Tosun, Ö. (1984). Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri. (4.Baskı). Acar Matbaacılık Tesisleri.
- Turan, M. (2019). Bulut Bilişim. Seçkin Yayınları.
- Yalçın, A. (2021). Suçsuzluk Karinesi, Adalet Yayınevi.
- Yazıcı, N. (2021). *Türk Ceza Hukukunda Bilişim Suçları (TCK. M. 243-244 ve 245)*. [Yüksek Lisans tezi, Fatih Sultan Mehmet Vakıf Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 684226)
- Yavuz, M. (2012). Ceza Muhakemesinde İspat Sorunu. *TAAD*, Yıl:3, Sayı:9.
- Yenisey, F. & Oktar, S. (2015). Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, Strafprozeßordnung (StPO). Beta Yayınları.
- Yetim S. (2016). Ceza Muhakemesi Hukuku Kapsamında Sosyal Medyadan Elektronik Delil Toplama ve Değerlendirme (Facebook Örneği). Seçkin Yayıncılık.
- Yılmaz, M. (2016). Elektronik İmzalı Belgelerin Karşılaştırmalı Hukukta ve İdarî Yargılama Hukukunda Delil Niteliği. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22(3), 3435-3486.
- Yılmaz, Z. (2021). *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*. [Yüksek Lisans tezi, Marmara Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 678700)
- Yılmaz, Y. (2013). *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delillerin İspat Değeri*. [Yüksek Lisans tezi, Galatasaray Üniversitesi]. Yüksek Öğretim Kurulu Ulusal Tez Merkezi. (Tez No: 347396)
- Yüksektepe M. A. (2021) Ceza Muhakemesinde İspat ve Yöntemleri. (1.Baskı). Platon Hukuk Yayınevi.
- Zoğlar Durmaz B. (2021). Ceza Muhakemesinde İspat ve İfade Alma ve Sorgunun Yürüyüşü. (1.Baskı). Oniki Levha Yayınları.