

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN
YERİ VE ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK VERİLERİN AKİBETİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Esra DEMİR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy RETORNAZ

Aralık 2019

**T.C.
GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MOLEKÜLER GENETİK
İNCELEMELERİN YERİ VE ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK
VERİLERİN AKİBETİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Esra DEMİR

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy RETORNAZ

Aralık 2019

ÖNSÖZ

Akademik alanda ilk kapsamlı çalışmam olan bu yüksek lisans tezim, yorucu olduğu kadar çok zevkli ve öğretici bir yolculuğun eseridir. Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler; Hukuk, moleküler genetik, tıp, bilişim ve insan hakları öğretilerinin birbiriyle kesiştiği multidisipliner bir konu olup aynı zamanda bu durum çalışmanın çok yönlülüğünü oluşturmuştur. Keza çalışmanın konusunu oluşturan alanda kaynak sorununun bulunmasının yanı sıra kaynakların farklı bilim dallarına ait olması nedeniyle de doğru kaynakların bulunması sorunlarını da beraberinde getirmiştir. Ancak tüm bu zorlukların bilinciyle çok büyük zevk alarak ortaya koymaya çalıştığım bu çalışmamın akademik alanda faydalı olmasını dilerim.

Bu çalışmam sırasında öncelikle; her anlamda bana destek olan, sorularıyla istediğim zaman kapısını çalma samimiyeti gösteren, bilgisiyle rehber olan, ilgi ve yardımlarını benden hiçbir zaman esirgemeyen ve çalışmamın oluşmasında en büyük payın kendisine ait olduğunu düşündüğüm kıymetli tez hocam **Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy RETORNAZ'a**; Yüksek lisans öğrenimim süresince 2210 Genel Yurt İçi Yüksek Lisans Bursu ile yardımları ve destekleri için **TÜBİTAK'a** teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Böyle bir akademik çalışmada şükranlarımı ifade etmeye çalıştığım bu bölümde elbette ki 2008 yılında kaybettiğim Aydın'ın küçük bir ilçesinde çok büyük fedakarlıklar ile bizleri yetiştiren kıymet ve değerini kelimeler ile ifade edemeyeceğim hep özlediğim, çok sevdiğim kıymetli ilkokul öğretmenim **Firdevs ORUN'u** anmadan geçmek istemem. Ve kıymetli ailem, beni bu zamana kadar hep desteklediğiniz ve bundan sonrasında da ellerinizi omzumdan çekmeyeceğinizi hissettirdiğiniz, hep güvendiğiniz, çok sevdiğiniz ve hayattaki en büyük şansım olduğunuz için **CANIM ANNEM, BABAM ve KARDEŞLERİM** iyi ki varsınız.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	ii
KISALTMALAR.....	vi
RESUME.....	viii
ABSTRACT.....	xiv
ÖZET.....	xix
GİRİŞ.....	1

Birinci Bölüm

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN YERİ

I. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ.....	18
A) Kavram-Tanım	18
B) Moleküler Genetik İncelemelerin Amacı.....	23
C) Moleküler Genetik İncelemelerin Hukuki Niteliği	27
1. Keşif	27
2. Olay Yeri İnceleme	28
3. Bilirkişi İncelemesi.....	29
4. Koruma Tedbiri	35
5. Değerlendirme	37
II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERE KONU VERİLER	38
A. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Yoluyla Örnek Elde Edilmesi ..	39
1. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma	39
a. Amacı.....	42

b. Hukuki nitelik	44
c. Vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanacağı kişiler	45
2. Vücuttan Örnek Almanın Şartları.....	49
a. Kişinin sağlığına zarar vermeme	50
b. Tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi olma	52
c. Suça ilişkin şartları.....	57
3. Tanıklıktan Çekinme	58
4. Kararı Verecek Makam	61
5. İtiraz.....	63
6. Vücuttan Örnek Almada Rıza	64
a. Genel olarak tıbbi müdahaleye rıza	64
b. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almada rıza	69
c. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya kendiliğinden rıza gösterilmesi hali	77
B. Olay Yeri İnceleme Yoluyla Materyal Elde Edilmesi	79
1. Olay Yerinden Materyal Elde Edilmesi	81
2. Olay Yerinden Elde Edilen Materyallerin Belgelenmesi, Toplanması, Korunması ve Paketlenmesi.....	83
C. Moleküler Genetik İncelemelerde Yöntem	84
III. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN ŞARTLARI	93
A. Şüphe.....	93
B. Kişi	99
C. Suç.....	101
D. Karar.....	103
E. Kanun Yolu	111
IV. HUKUKA AYKIRI MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER.....	112
A. Genel Olarak	112
B. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Moleküler Genetik İncelemeler	120

İkinci Bölüm

ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK VERİLERİN AKİBETİ VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK VERİLERİN AKİBETİ.....	124
A. Moleküler Genetik İnceleme Sonuçlarının Niteliği	124

B. Elde Edilen Verilerin Akıbeti	130
C. Adli Amaçlı DNA Veri Bankaları	138
1. Adli DNA Veri Bankaları Konusunda Uluslararası Düzenlemeler.....	141
2. Ülkemizdeki Durum	152
3. Değerlendirme	155
II. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER YOLUYLA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İHLAL EDİLMESİ SORUNU	159
A. Vücuttan Biyolojik Örnek Alınması Suretiyle Temel Hak İhlali.....	159
1. Vücut Dokunulmazlığı/Beden Bütünlüğü Hakkı	160
2. Sağlık Hakkı	163
3. Kendi Aleyhine Delil Göstermeme Hakkı	165
B. Adli DNA Analizi Yapılması Suretiyle Temel Hak İhlali	169
1. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı Hakkı	170
2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı.....	175
3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı	179
SONUÇ	190
KAYNAKÇA.....	194
ÖZGEÇMİŞ	211

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
A.g.e.	: Adı Geçen Eser
A.g.m.	: Adı Geçen Makale
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM.	: Anayasa Mahkemesi
Bkz	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
CGK	: Ceza Genel Kurulu
CHD	: Ceza Hukuku Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DEÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
dp.	: dipnot
E.	: Esas
EÜHFD	: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İBD	: İzmir Barosu Dergisi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İTÜSBD	: İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
K.	: Karar

K.T. : Karar Tarihi

MÜHF-HAD : Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi

S. : Sayı

s. : Sayfa

SDÜHFD : Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

TAAD : Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TCK : Türk Ceza Kanunu

THD : Terazi Hukuk Dergisi

v. : versus

vb. : Ve benzeri

vd. : Ve devamı

vs. : Ve saire

Y. : Yargıtay

YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

RESUME

Cette recherche se concentre sur les examens de génétique moléculaire en droit de procédure pénale. Notre objectif est de comprendre comment les examens de génétique moléculaire sont réglés dans le droit de procédure pénale et d'évaluer les conséquences de l'obtention des données génétiques. Le travail est divisé en deux parties: dans la première partie, nous questionnons la place que s'occupent les examens de génétique moléculaire dans le Code de procédure pénale; dans la deuxième partie, la situation des données obtenues à la suite des examens de génétique moléculaire est examinée et puis ces examens sont évalués dans le contexte des droits et libertés fondamentaux.

Vu les développements technologiques et scientifiques, les techniques d'analyse génétique moléculaire sont utilisées dans de nombreux domaines, y compris le droit, et ont des conséquences sur la vie humaine. Au milieu des années 80, les examens de génétique moléculaire se sont étendus au domaine du droit de la procédure pénale à la suite des études menées par le professeur Sir Alec John Jeffreys, qui ont permis de déterminer les caractéristiques de l'ADN identifiables comme des empreintes digitales. Les examens génétiques moléculaires, qui jouent un rôle majeur dans la l'enquête et la poursuite des crimes difficiles, ont une valeur substantielle en tant qu'éléments de preuve dans le domaine du droit de la procédure pénale. Ces preuves ont été acceptées comme des preuves scientifiques dans la doctrine, car les résultats de l'analyse génétique moléculaire sont précis à 99%, ce qui est scientifiquement prouvé.

L'analyse génétique moléculaire est réglé de manière claire et détaillée dans les dispositions des articles 78 (les examens de génétique moléculaire), 79 (l'ordonnance de juge et l'examen) et 80 (confidentialité des résultats de l'examen génétique) du Code de procédure pénale. En 2005 le Règlement n° 28532 sur l'examen physique, les examens génétiques et la détermination de l'identité physique en procédure pénale est entré en vigueur sur le fondement de l'article 82 du Code de procédure pénale.

En droit de procédure pénale, il n'y a pas de consensus sur le terme employé pour les examens de génétique moléculaire dans le droit turc et dans le droit allemand qui est la loi d'origine du code de procédure pénale turc. Ils sont traités sous le titre "d'examens de génétique moléculaire" dans le Code de procédure pénale turc. Dans le Code de procédure pénale allemand nous observons les notions des examens

génétiques moléculaires, de la détection d'ADN et de l'analyse d'ADN. Bien que les termes de l'analyse génique et génomique soient inclus dans la doctrine, les notions de l'analyse génétique moléculaire et de l'analyse d'ADN sont souvent utilisées de manière interchangeable pour exprimer les examens faits dans ce domaine. En outre, afin de préciser l'usage du terme en droit pénal, nous employons l'analyse juridique d'ADN car le terme de l'analyse d'ADN est utilisé non seulement dans le domaine juridique, mais également dans de nombreux autres domaines.

La définition de l'examen de génétique moléculaire ne figure pas dans le code de procédure pénale. Cependant, l'examen génétique moléculaire est défini dans le règlement n° 25832.

Dans la loi sur la procédure pénale, les examens de génétique moléculaire visent à évaluer la paternité et à déterminer si le résultat obtenu appartient au suspect, au défendeur ou à la victime. La loi interdit de faire des examens à des autres fins que celles prévues.

Il n'existe pas non plus de consensus sur la qualification juridique de l'analyse de génétique moléculaire en droit de la procédure pénale. Dans le Code de procédure pénale, les examens génétiques moléculaires sont réglés sous le titre du témoin, de l'examen d'expert et de l'observation dans le troisième chapitre du troisième partie intitulée la surveillance, l'inspection, l'observation et l'autopsie. Dans la doctrine, les qualifications juridiques des examens de génétique moléculaire sont mentionnées comme; l'observation pour le juge, l'examen d'expert pour la personne qui va exercer l'examen, l'examen de la scène du crime car il faut examiner les éléments obtenus sur place et la mesure judiciaire sur la base de ses rapports directs avec les droits et les libertés fondamentaux. La différence entre le systématique de la loi et les qualifications juridiques rend difficile la détermination de son caractère juridique. Cependant, nous pouvons dire de manière générale que les examens de génétique moléculaire ont un caractère juridique mixte.

Les données obtenues du suspect, de l'accusé et des autres personnes par la voie d'un examen physique et d'un échantillonnage corporel et des éléments obtenus par l'enquête sur la scène du crime peuvent être sujets des examens de génétiques moléculaires. L'article 78 du Code de procédure pénale prévoit l'expression "sur des données obtenues selon les procédures prévues aux articles 75 et 76". Par conséquent, les données obtenues par la voie d'un examen physique et d'un échantillon corporel peuvent être soumis à un examen génétique moléculaire. L'examen physique et l'échantillonnage corporel sont essentiellement soumis aux exigences que prévoit une intervention médicale. Les interventions médicales peuvent être effectuées par des médecins ou des professionnels de la santé, à condition de ne pas porter atteinte à la santé de la personne concernée. Nul doute que la condition la plus importante d'une intervention médicale est le consentement. Le consentement éclairé doit être reçu avant l'intervention médicale. Dans le Code de procédure pénale, il est prévu que l'intervention sera effectuée par le médecin ou par un professionnel de la santé à condition de ne pas porter atteinte à la santé de la personne, sans que le consentement soit requis pour un examen physique et un échantillonnage corporel du suspect, de l'accusé et d'autres personnes. Par conséquent, il n'est pas clair si les procédures d'examen physique et d'échantillonnage corporel peuvent être effectuées sans le

consentement et si l'examen de génétique moléculaire de ces données sera contraire à la loi. Cette question, qui suscite la discussion, est évaluée en deux parties: suspect-accusé et victime. Dans la doctrine, il est généralement admis que, même si le suspect et l'accusé n'y consentent pas, des examens et des échantillonnages peuvent être effectués et que ces données ainsi obtenues peuvent être analysées par un examen de génétique moléculaire en raison de l'obligation de l'endurance. Cependant, il ne sera pas toujours possible d'intervenir sans nuire à sa santé dans l'absence d'un consentement. En ce qui concerne le sujet de la victime, il n'est généralement pas accepté de réaliser une intervention médicale dans l'absence du consentement de la victime, car la victime subira des souffrances supplémentaires à son statut de la victime. Néanmoins, le fait de ne pas effectuer les examens dans le cas où la victime ne donne pas son consentement peut avoir pour conséquence que l'auteur ne sera pas trouvé. La question de savoir si une intervention médicale peut être faite sans le consentement doit être répondue en fonction des caractéristiques du cas en l'espèce et dans le respect au principe de proportionnalité. Les données sur lesquelles les examens de génétique moléculaire portent peuvent être obtenues par la voie de l'enquête sur la scène du crime, d'un examen physique et d'un échantillonnage corporel. Il est prévu qu'un examen génétique moléculaire puisse être effectué sur les parties du corps retrouvées et non identifiées en vertu de l'article 78/2 du Code de procédure pénale. De ce point de vue, l'analyse de génétique moléculaire peut être réalisée sur les matériaux obtenus lors d'une enquête sur la scène du crime. Toutefois, l'expression «parties du corps» dans la disposition ne correspond pas toujours aux matériaux obtenus sur la scène car l'expression de la partie du corps est un terme plus étroit. Par conséquent, il devrait être clairement indiqué dans la loi que les matériaux obtenus sur la scène peuvent être analysés. En fait, le code de droit pénal allemand, qui est la loi d'origine, stipule que les traces peuvent être analysées.

Dans la loi sur la procédure pénale, quelques conditions sont requises pour l'examen de génétique moléculaire. Dans notre étude, les examens de génétique moléculaire sont traités à travers les conditions sur le niveau du doute requis pour l'examen, le titulaire du matériel qui va être examiné, les crimes pour lesquels l'examen peut être effectué et l'autorité compétente pour ordonner l'examen. Tout d'abord, le Code de procédure pénale ne prévoit pas un niveau spécifique du doute quant à l'application des examens de génétique moléculaire. Pour cette raison, il est admis qu'un examen de génétique moléculaire peut être effectué même avec le doute de commencement. D'autre part, la loi prévoit que les examens de génétique moléculaire ne peuvent être effectués qu'au point de nécessité. Dans la doctrine, il est dit que la nécessité donne un caractère secondaire à l'analyse. En fait, comme cela n'est pas explicitement indiqué dans la loi, il faut admettre qu'il n'est pas secondaire. Néanmoins, la loi aurait dû préciser clairement qu'une telle mesure étroitement liée aux droits et libertés fondamentaux devrait être de qualité secondaire. Outre l'exigence du doute, les examens de génétique moléculaire peuvent être effectués sur les matériaux obtenus des individus auxquels un examen physique et une mesure d'échantillonnage corporel sont appliqués. Ainsi, l'analyse de génétique moléculaire peut être effectuée sur des données obtenues des suspects, des accusés et des autres personnes. Le matériel obtenu du suspect et de l'accusé ne pose pas de problème. Le problème est de savoir la portée du terme les autres personnes sujettes de l'examen physique et de l'échantillonnage. Lorsque le titre de l'article 76 du Code de procédure

pénale est "L'examen physique et l'échantillonnage corporel d'autres personnes", l'article ne vise que la victime et l'enfant dont la paternité fera l'objet d'une enquête. Selon le règlement, l'examen physique et l'échantillonnage corporel peuvent être appliqués à d'autres personnes. Cependant, il est clair qu'il n'est pas acceptable qu'un règlement prévoit une telle disposition au lieu d'une loi à l'égard du principe de l'égalité. En conséquence, des examens de génétique moléculaire peuvent être effectués sur l'échantillon prélevé du suspect, de l'accusé, de la victime et de l'enfant dont la paternité fera l'objet d'une enquête selon la loi. Si l'on souhaite recevoir et analyser du matériel provenant d'autres personnes, la loi doit régler cela de manière explicite. Il n'existe pas des limites en ce qui concerne les examens de génétique moléculaire en termes des crimes. Toutefois, dans les dispositions de l'article 75/5 du Code pénal, qui prévoit un examen physique et un échantillonnage corporel du suspect et de l'accusé, une peine d'emprisonnement supplémentaire est imposée comme condition d'application de la mesure d'examen physique et de l'échantillonnage corporel. Par conséquent, l'examen génétique, qui comme une étape postérieure à l'examen physique et à l'échantillonnage corporel, peut être appliqué aux infractions passibles d'une peine d'emprisonnement de deux ans ou plus pour le suspect et l'accusé. Toutefois, aucune limite n'étant prévue pour le matériel obtenu de la victime, la mesure peut être invoquée dans tous les cas considérés nécessaires. Il n'y a pas une limite sur les crimes pour l'examen de génétique moléculaire du matériel obtenu par l'enquête sur la scène du crime. Cependant, le matériel obtenu a toujours besoin d'un matériel de comparaison. Pour cette raison, si le matériel est un échantillon prélevé sur un suspect ou un accusé, il doit s'agir d'un crime qui nécessite un emprisonnement de deux ans ou plus. Mais, il n'est pas approprié qu'il n'y ait pas une limites des crimes pour la victime contrairement au suspect et à l'accusé. La compétence d'ordonner l'examen de génétique moléculaire appartient uniquement au juge en vertu de l'article 79 du code de procédure pénale. Contrairement aux autres mesures de protection, une autorité autre que le juge n'a pas le pouvoir de décider. En outre, il est mentionné dans la décision que la décision contient la désignation d'un expert pour l'examen.

Pour pouvoir utiliser les résultats des examens de génétique moléculaire qui constituent une preuve scientifique, ces preuves doivent sûrement avoir été obtenues de manière légale. L'article 38/5 de la Constitution prévoit que les indices obtenus de manière illégale ne peuvent pas être utilisés comme preuve. De même, l'article 206 du Code de procédure pénale intitulé 'l'exposition et le rejet des preuves' stipule que les preuves obtenues de manière illégale seront rejetées. L'article 217/2 stipulait également que l'infraction pouvait être prouvée par toutes sortes de preuves obtenues de manière légale. Conformément aux dispositions pertinentes de la Constitution et du Code de procédure pénale, les résultats de l'examen de génétique moléculaire obtenus de manière illégale ne peuvent être utilisés comme preuve pendant le procès. L'illégalité peut survenir lors de l'obtention de données pour l'analyse génétique moléculaire, lors d'une analyse de génétique moléculaire ou après une analyse génétique moléculaire. Un tel type de preuve, qui occupe une place très importante dans la constatation de la vérité matérielle, doit être obtenu de manière attentive et respectueuse à la loi.

Les données faisant l'objet d'une analyse de génétique moléculaire sont des "données à caractère personnel". Les données à caractère personnel sont définies

comme toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable en vertu de la loi n° 6698 sur la protection des données à caractère personnel. Les données d'ADN utilisées pour déterminer l'identité de la personne et révéler les informations la concernant constituent une donnée personnelle. De plus, les données suivantes sont acceptées comme données personnelles à caractère privé: race, origine ethnique, opinion politique, point de vue philosophique, religion, secte religieuse ou autre conviction; apparence, association, dotation ou appartenance à un syndicat, santé, vie sexuelle, condamnation pénale et mesures de sécurité, et données biométriques et génétiques. De ce point de vue, les données d'ADN soumises à un examen de génétique moléculaire sont des données spécifiques et délicates. L'article 80 du Code de procédure pénale énonce explicitement que les résultats de l'examen constituent des données à caractère personnel, que ces données ne peuvent être utilisées à d'autres fins et qu'elles ne peuvent être communiquées à une autre personne ayant l'accès au dossier.

Il existe différentes opinions et les différents moyens de mise en œuvre sur ce qui va arriver aux données d'ADN, qui sont des données personnelles sensibles et spécifique, après avoir été utilisées pendant le procès. Tout d'abord, il convient de préciser que le code à barres obtenu à la suite d'une analyse de génétique moléculaire et l'isolât d'ADN soumis à l'examen ont des caractéristiques différentes. Il est compromis de conserver le matériel obtenu et analysé par la voie d'un examen physique et d'un échantillonnage corporel ou à la suite d'une enquête sur la scène du crime. En effet, le stockage de telles données, qui contiennent toutes les informations sur le passé et l'avenir de la personne, constitue une grave menace pour les droits et libertés fondamentaux. Le stockage du code-barres n'est pas considéré comme aussi dangereux que l'ADN isolé, puisqu'il ne peut être examiné plus avant.

Dans la disposition de 80/2 du code de procédure pénale; il est réglé que ces informations seront immédiatement détruites en présence de le procureur après l'expiration du délai de contestation de la décision de non-poursuite, du rejet de la contestation, la date de devenir définitive pour la décision de l'acquittement et la décision de ne pas infliger de peine. Il convient de préciser que cette disposition n'indique pas clairement ce que l'on entend par «ces informations». Il est également difficile de savoir si les types des décisions énumérés sont *numerus clausus* ou s'ils constituent des exemples. Dans la doctrine, selon une opinion; il est indiqué que la disposition donne seulement des exemples; sinon, la place de stockage, la façon de stockage, les conditions et la durée ne sont pas stipulés. Toutefois, selon une autre opinion, il est indiqué qu'ils sont *numerus clausus* et par exemple en cas de condamnation, les résultats de l'analyse peuvent être stockés. Selon la Cour de Cassation, cette disposition est acceptée en tant que *numerus clausus*.

En droit international, de nombreux pays ont une banque de données génétiques juridiques. Les données d'ADN obtenues ne sont pas détruites à la fin du procès et sont stockées dans ces banques de données. Les banques de données génétiques juridiques, avec environ 25 ans d'histoire, permettent de résoudre les nombreux cas. De plus, les données peuvent être transférées dans un autre pays afin de fournir une coopération internationale. Cependant, il est très important de déterminer si ces données, extrêmement sensibles et contenant de nombreux secrets sur la personne, doivent être préservées et, le cas échéant, dans quelles conditions et

pendant combien de temps. La Turquie n'a pas encore de banque de données ADN médico-légales. Toutefois, comme indiqué clairement dans le rapport annuel 2018 de la Direction générale de la sécurité du Ministère de l'intérieur, la création d'une telle banque est envisagée.

Faire des examens de génétique moléculaire et préserver les données obtenues dans la base de données ADN médico-légales concernent plusieurs droits et libertés fondamentaux. En retirant du matériel biologique du corps, le droit à l'intégrité physique, le droit à la santé et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination peuvent être violés. De même, l'analyse de l'ADN médico-légale peut porter atteinte à la dignité humaine, au droit à la vie privée et au droit à la protection des données à caractère personnel. Le principe de proportionnalité doit toujours être pris en compte pour déterminer si les recherches en génétique moléculaire violent les droits et libertés fondamentaux de chacun.



ABSTRACT

The subject of this study is molecular genetic examinations in Criminal Procedure Law. In this study, it is aimed to comprehend the place of molecular genetic examinations in Criminal Procedure Law and to evaluate the consequence of the obtained molecular genetic data. The subject is explained under two chapters: in the first chapter, the place of molecular genetic examinations are determined in Criminal Procedure Law; in the second chapter, the consequence of the obtained data as a result of molecular genetic examinations is evaluated and then molecular genetic examinations are discussed in the context of fundamental rights and freedoms.

Techniques of molecular genetic analysis, which are the result of developments in science and technology, are used in many fields including law and affect our lives. In the mid-1980s, molecular genetic examinations expanded into the field of law on Criminal Procedure as a result of the studies conducted by Prof. Sir Alec John Jeffreys with finding out the characteristics of DNA which can be identified as fingerprints. Molecular genetic examinations, which play a major role in solving many crimes that seem impossible to solve, have a substantial value of evidence in the field of the law of Criminal Procedure. These kinds of evidence have been accepted as scientific evidence in the doctrine, since the results of molecular genetic analyses are up to 99% accurate which is scientifically proven.

Molecular genetic analysis was enacted in an explicit and detailed manner in the provisions of Article 78 (molecular genetic examination), 79 (judicial decision and making an examination) and 80 (confidentiality of genetic examination results) of the Code of Criminal Procedure. In 2005, on the basis of Article 82 of the Code of Criminal Procedure; Physical Examination, Genetic Examinations and Physical Identification in Criminal Procedure, Regulation No: 28532, was entered into force.

In Criminal Procedure Law, there is no consensus on the concept used to sign molecular genetic examinations in Turkish Law and in the German Law which is the original law of Turkish Code of Criminal Procedure. It is expressed under the title of ‘molecular genetic examinations’ in Turkish Code of Criminal Procedure. In the German Code of Criminal Procedure, the concepts of molecular genetic examinations, DNA detection, DNA analysis are included. Although the concepts of gene analysis and genome analysis are included in the doctrine, the concepts of molecular genetic analysis and DNA analysis are often used interchangeably in order to express the

analyses in this field. In addition, the concept of ‘forensic DNA analysis’ is also used in the doctrine to indicate the use of analysis in Criminal law, since the concept of DNA analysis is used not only in the legal field but also in many other fields.

Although the definition of molecular genetic examination is not included in the Code of Criminal Procedure, molecular genetic examination is defined in the Regulation No: 25832.

In Criminal Procedure Law, molecular genetic examinations are aimed to assessment of paternity and determine whether the finding obtained belongs to suspect, defendant or victim. Making examinations on the samples received to observation except these purposes are forbidden by the law.

Also there is no consensus on the legal characteristic of molecular genetic analysis in Criminal Procedure Law. In the Code of Criminal Procedure, molecular genetic examinations are organised in The Third Chapter entitled Observation, Examination, Judicial Inspection and Autopsy of The Third Section titled with Witness, Expert Examining and Judicial Inspection. In the doctrine, the legal characteristics of molecular genetic examinations are mentioned; judicial inspection in terms of judge, expert examination in terms of person to conduct the examination, crime scene investigation because of the examination of the material obtained from the scene and protection measure because of its direct connection of fundamental rights and freedoms. The variation between the place of regulation and the legal characteristics make it difficult to determine its legal character. However, it is mostly said that molecular genetic examinations have a combined legal characteristic.

Molecular genetic examinations can be subject to data obtained from suspect, defendant and the other people through physical examination and body sampling and data obtained from crime scene investigation. In the Code of Criminal Procedure Article 78 provides the expression “on samples obtained by the procedures foreseen in Articles 75 and 76”. Therefore, samples obtained from physical examination and sampling from the body can be subjected to molecular genetic examination. Physical examination and sampling from the body are essentially based on the requirements under which medical intervention is subject. Medical intervention may be carried out by medical doctors or health professionals provided that not to harm the health of the person being intervened. No doubt, the most important requirement of medical intervention is consent. Informed consent must be received prior to medical intervention. In the Code of Criminal Procedure, it is foreseen that the intervention will be performed without harming the health of the person by the physician or a member of the health profession, while consent is not required as a condition for taking physical examinations and taking samples from the body of the suspect, defendant, and other people. Therefore, it is unclear whether examination and sampling procedures can be performed against the consent and whether molecular genetic examination on this sample will be contrary to law. This issue, which causes discussion, is evaluated divided into two as suspect-defendant and victim. In the doctrine, it is stated generally that even if the suspect and the defendant do not consent, examination and sampling can be carried out and the resulting sample can be analyzed by molecular genetic examination owing to the duty of sufferance. However, it will not always be possible to intervene against the consent of the person without harming

his or her health. As for the subject of victim, it is not generally accepted performing a medical intervention contrary to the consent of the victim, because the victim will be suffered from the second time with this intervention. Nevertheless, failure to furnish medical attention in the event that the victim does not give consent may result that the crime cannot be clarified. Whether medical intervention can be made against consent should be decided in reference to the characteristics of the concrete case and the principle of proportionality. The data subject to molecular genetic examinations can be obtained by crime scene investigation besides by physical examination and body sampling. It is organised that molecular genetic examination can be carried out on the body parts which are found and unidentified under the article 78/2 of the Code of Criminal Procedure. From this point of view, molecular genetic analysis can be performed on the materials obtained from crime scene investigation. However, the expression 'body parts' in the provision may not always correspond to the material to be obtained from the crime scene, because the expression of body part is a more narrow statement. Therefore, it should be clearly stated in the Law that the material to be obtained from the scene can be analyzed. As a matter of fact, it is stated in the German code of Criminal Law, which is the original law, that the trace material can be analyzed.

In Criminal Procedure Law, a number of required qualifications are sought for molecular genetic examination. In our study, required qualifications for the molecular genetic examinations are mentioned in four categories: suspicion, the owner of the material on which the examination may be carried out, the crimes for which it can be applied, and the authority who make a decision for examination. First of all, a certain degree of suspicion is not predicted in the Code of Criminal Procedure for the application of molecular genetic examinations. For this reason, it is stated that it may demand molecular genetic examination even with the suspicion of a simple beginning. On the other hand, it is predicted in the law that molecular genetic examinations can only be made at the point of necessity. In the doctrine, it is stated bringing secondary quality to the analysis. As a matter of fact, since it is not explicitly stated in the letter of the law, it must be accepted that it is not secondary. Nevertheless, it should have clearly stated in the law that such a measure closely related to fundamental rights and freedoms should be of secondary quality. In addition to the suspicion requirement, molecular genetic examinations can be performed on material obtained from individuals whom physical examination and body sampling measure is applied. Thereby, molecular genetic analysis can be performed on data obtained from suspects, defendants and other people. There is no problem about the material to be obtained from the suspect and the defendant. The problem is that who is the other people involving physical examination and sampling measure. While the title of Article 76 of the Code of Criminal Procedure is 'physical examination and taking samples from the body of other people', in the provision of article refers only to the victim and the child whose paternity will be investigated. It is organised in the Regulation that physical examination and body sampling may be applied to other people. However, it is clear that it is not acceptable to make this arrangement to be made by Law with the Regulation in terms of the principle of legality. As a result, molecular genetic examinations can be performed on the sample obtained from the suspect, defendant, victim, and child whose paternity will be investigated as regulated in the Law. If it is desired to receive and analyze material from other person, it must be clearly regulated

by law. There is no limitation in the provisions regarding molecular genetic examinations in terms of crime condition. However, in the provision of article 75 paragraph 5 of the Code of Criminal Law which regulated physical examination and body sampling of the suspect and the defendant, predicted two years and more penalty of imprisonment is determined as a condition to apply the measure of physical examination and sampling. It is concluded that molecular genetic examination, which is a follow up of physical examination and body sampling measure, can be applied for offenses requiring imprisonment of two years or more in terms of the suspect and the defendant. However, as no criminal limit is foreseen on the material obtained from the victim, the measure may be resorted to in any case deemed necessary. There is no crime limit for molecular genetic examination of the material which is obtained from the crime scene. However, the obtained material is always in need of a comparison material. For this reason, if the material to be compared is a sample taken from a suspect or defendant, it shall be a crime that requires imprisonment of two years or more. However, it is not appropriate that there is no crime limit for the victim contrary to the suspect and the defendant. The authority to decide the molecular genetic examination is determined only as a judge in the Article 79 of the Code of Criminal Procedure. In addition, in the decision is mentioned to demonstrate the expert witness who is designee with examination. Unlike other protection measures, another authority other than the judge has not been given the authority to decide.

To be able to use the results of molecular genetic examinations which are scientific evidence, they must naturally have been obtained in accordance with the law. It is organised that the findings obtained in contrary to law cannot be accepted as evidence in the Article 38/5 of the Turkish Constitution. Similarly, in Article 206 of the Code of Criminal Procedure titled ‘exhibiting and challenging of evidences’ regulates that the evidence obtained unlawfully will be rejected. It was also stated in the article 217/2 that the offense could be proved by all sorts of evidence obtained in accordance with the law. In accordance with the relevant provisions of the Constitution and the Code of Criminal Procedure, the results of the molecular genetic examination obtained illegally cannot be used as an evidence in trial. Unlawfulness can occur during the obtainment of data for molecular genetic analysis, during molecular genetic analysis or after molecular genetic analysis. Such a type of evidence, which has a very important place in approaching material truth, must be obtained by observantly and lawfully.

The data subject to molecular genetic analysis are ‘personal data’. Personal data is defined as any information that relates to an identified or identifiable natural person in accordance with the Personal Data Protection Act, Act No. 6698. DNA data that is used to determine the identity of the person and reveal the information about the person is a personal data. Furthermore, the following datas are accepted as specific personal datas: data on the race, ethnic background, political opinion, philosophical view, religion, religious sect or other beliefs, appearance, association, endowment or union membership, health, sexual life, criminal conviction and security measures, and biometric and genetic data. From this point of view, the DNA data which is subjected to molecular genetic examination is a special and sensitive data. Article 80 of the Code of Criminal Procedure uncomplicatedly states that the examination results are personal

data, these data cannot be used for any other purpose, and they cannot be given to anyone else who has the authority to learn the contents of the file.

There are different opinions and implementations about the consequences of DNA data, which is a sensitive personal data of special quality, after being used in trial. Firstly, it should be stated that the barcode obtained as a result of molecular genetic analysis and the DNA isolate subjected to examination have different characteristics. It is compromised to conserve material that is obtained and analysed through physical examination and body sampling or as a result of crime scene investigation. This is because storing such data, which contains all the information about the past and the future of the person, poses a great threat to fundamental rights and freedoms. The storage of the barcode is not considered as dangerous as the DNA isolate, since no further examination can be made on it.

In the Article 80 paragraph 2 of the Code of Criminal Procedure; it is regulated that this information in process of the expiry of the reclamation period of the decision of non-prosecution, rejection of exception, acquitment, the decision of no need to inflict punishment and finalization of the decision will be immediately eliminated in the presence of the public prosecutor. It should be indicated that in this provision there is no clarity as to what is meant by 'this information. It is also unclear whether the decisions expressed in the provision are a *numerus clausus* or are intended to be illustrated by these decisions. In the doctrine, according to one opinion; it is stated that the provision is intended to be illustrated; otherwise, where, how, under which conditions and for how long the data will be stored is not specified in case of *numerus clausus*. However, according to another opinion, it is stated that a *numerus clausus* is made, for example in case of conviction, the results of the analysis can be preserved. According to the supreme court decision, it is appeared that the provision is accepted as *numerus clausus*.

In international law, many countries have a Forensic DNA Data Bank. The DNA data obtained are not destroyed at the end of the trial and are stored in these data banks. Forensic DNA Data Banks, with about 25 years history, bridge over solve the many cases. In addition, data can be transferred to another country in order to provide international cooperation. However, it is very important to determine whether such data, which is extremely sensitive and contains many secrets about the person, should be preserved and if so under what conditions and for how long. Turkey has not forensic DNA data bank yet. However, as stated clearly in the 2018 Annual Report of the General Directorate of Security of the Ministry of Interior, it is aimed to establish such a bank.

Making molecular genetic examinations and preserving the obtained data in the forensic DNA database is closely related to many fundamental rights and freedoms. By taking biological material from the body, one's right to physical integrity, right to health and the right to *nemo tenetur* can be violated. Likewise, forensic DNA analysis can impair one's human dignity, the right to privacy and the right to protection of personal data. The principle of proportionality should always be taken into consideration when determining whether molecular genetic investigations violate one's fundamental rights and freedoms.

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler oluşturmaktadır. Çalışmada Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemelerin yerinin anlaşılması ve elde edilen moleküler genetik verilerin akıbetinin değerlendirilmesi amaçlanmaktadır. Konu iki bölüm altında ele alınmaktadır. Birinci bölümde; moleküler genetik incelemelerin Ceza Muhakemesi Hukukundaki yeri tespit edilmekte, ikinci bölümde; moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen verilerin akıbeti değerlendirilmekte ve ardından temel hak ve özgürlükler bağlamında moleküler genetik incelemeler tartışılmaktadır.

Bilim ve teknolojiye meydana gelen gelişmelerin bir sonucu olan moleküler genetik analiz teknikleri hukuk dahil pek çok alanda kullanılmakta ve hayatımızı etkilemektedir. 1980’li yılların ortalarında Prof. Sir Alec John Jeffreys tarafından yapılan çalışmalar ile DNA’nın parmak izi olarak tanımlanabilecek özelliklerinin keşfedilmesi sonucu moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi alanına genişlemiştir. Çözülmesi mümkün görünmeyen pek çok suçun aydınlatılmasında büyük bir rol oynayan moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi Hukuku alanında önemli bir delil değerine sahiptir. Moleküler genetik inceleme sonuçlarının %99’a varan kesinlikte olmasının bilimsel açıdan da kanıtlanması dolayısıyla bu deliller doktrinde bilimsel delil olarak kabul edilmiştir.

Moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi Kanununun 78. (moleküler genetik incelemeler), 79. (hakim kararı ve inceleme yapılması) ve 80. (genetik inceleme sonuçlarının gizliliği) madde hükümlerinde açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. 2005 yılında ise Ceza Muhakemesi Kanununun 82. maddesine dayanılarak 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik çıkarılmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeleri ifade etmek amacıyla kullanılan kavram konusunda hukukumuzda ve mehzaz kanun olan Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda bir görüş birliği bulunmamaktadır. Konu Ceza Muhakemesi Kanunumuzda ‘moleküler genetik incelemeler’ başlığı altında ele alınmıştır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda ise moleküler genetik incelemeler, DNA tespiti, DNA incelemesi kavramlarına yer verilmiştir. Doktrinde gen analizi, genom analizi gibi kavramlara da yer verilmekle birlikte sıklıkla moleküler genetik inceleme ve DNA analizi kavramları bu alandaki incelemeleri ifade etmek amacıyla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Ayrıca doktrinde DNA analizi kavramının sadece

hukuk alanında değil pek çok alanda kullanılması dolayısıyla analizin Ceza Hukuku alanındaki kullanımını belirtmek için adli DNA analizi kavramı da kullanılmaktadır.

Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik incelemelerin tanımına yer verilmemiştir. Moleküler genetik incelemeler 25832 sayılı Yönetmelikte tanımlanmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler ile soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amaçlanmaktadır. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler ise kanunla yasaklanmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemelerin hukuki niteliği konusunda ise bir görüş birliği bulunmamaktadır. Moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi Kanununda Tanık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif başlığı ile Üçüncü Kısımın Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi başlıklı Üçüncü Bölümünde düzenlenmiştir. Doktrinde, moleküler genetik incelemelerin; hakim bakımından keşif, incelemeyi yapacak kişi bakımından bilirkişi incelemesi, olay yerinden elde edilen materyalin incelenmesi sebebiyle olay yeri incelemesi ve temel hak ve özgürlükler ile doğrudan bağlantılı olması nedeniyle ise koruma tedbiri niteliklerini haiz olduğu belirtilmektedir. Kanundaki düzenleniş yeri ve sahip olduğu hukuki nitelikler arasında farklılıkların bulunması hukuki niteliğini tespit etmeyi zorlaştırmaktadır. Ancak çoğunlukla moleküler genetik incelemelerin karma bir hukuki niteliğe sahip olduğu söylenmektedir.

Moleküler genetik incelemelere; şüpheli, sanık ve diğer kişilerden beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yolu ile alınan veriler ile olay yeri incelemesi sonucu elde edilen veriler konu olabilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesinde “75. ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde” ifadesine yer verilmiştir. Dolayısıyla beden muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen örnekler moleküler genetik incelemeye tabi tutulabilecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma özünde tıbbi müdahalenin tabi olduğu şartlara bağlı olarak gerçekleştirilmektedir. Tıbbi müdahale hekim veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından müdahalede bulunulan kişinin sağlığına zarar vermemek koşuluyla gerçekleştirilebilmektedir. Tıbbi müdahalenin şartlarından kuşkusuz en önemlisi rıza şartıdır. Tıbbi müdahale öncesinde kişinin aydınlatılarak rızasının alınması gerekmektedir. Ceza Muhakemesi Kanunumuzda hekim veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından kişinin sağlığına zarar vermeden müdahalenin gerçekleştirileceği öngörülmüş iken rıza şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutundan örnek alınabilmesinde bir şart olarak aranmamıştır. Dolayısıyla rızaya aykırı olarak muayene ve örnek alma işlemlerinin yapılıp yapılamayacağı ve alınan örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasının hukuka aykırılık teşkil edip etmeyeceği konusu açık değildir. Tartışmalara sebep olan bu konu şüpheli-sanık ve mağdur şeklinde ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Doktrinde genel olarak şüpheli ve sanığın katlanma yükümlülüğünün bulunmasından bahisle rızası bulunmasa dahi muayene ve örnek alma işlemlerinin yapılabileceği ve elde edilen örneğin moleküler genetik incelemeye tabi tutulabileceği belirtilmektedir. Ancak kişinin sağlığına zarar vermeden rızasına aykırı olarak müdahalenin gerçekleştirilmesi her zaman mümkün olamayacaktır. Mağdurun rızasına aykırı olarak müdahalenin gerçekleştirilmesi ise genel olarak kabul edilmemektedir. Zira mağdur bu müdahale ile ikinci kez mağdur edilmiş olacaktır. Bununla birlikte mağdurun rıza vermemesi durumunda müdahalenin yapılamaması suçun aydınlatılamaması gibi bir sonucun ortaya çıkmasına neden olabilecektir. Rızaya aykırı olarak müdahalede

bulunulup bulunulamayacağına somut olayın özellikleri ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Moleküler genetik incelemelere konu veri, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yolu ile elde edilebileceği gibi olay yeri incelemesi ile de elde edilebilmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununun 78/2 hükmünde “bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde” de moleküler genetik inceleme yapılabileceği öngörülmüştür. Bu hükümden hareketle olay yeri incelemesi ile elde edilen materyaller üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmektedir. Ancak hükümde geçen ‘beden parçaları’ ifadesi her zaman olay yerinden elde edilecek materyali karşılamayabilecektir. Zira beden parçası ifadesi daha dar kapsamlı bir ifadedir. Dolayısıyla Kanunda açık bir şekilde olay yerinden elde edilecek materyalin analize tabi tutulabileceğinin belirtilmesi gereklidir. Nitekim mehzaz kanun olan Alman CMK’sında açık bir şekilde iz materyalinin analize tabi tutulabileceği ifade edilmiştir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemelere başvurulabilmesi için birtakım şartların varlığı aranmaktadır. Çalışmamızda moleküler genetik incelemeler, inceleme için aranan şüphe, incelemenin yapılabileceği materyalin sahibi kişi, hangi suçlar için uygulanabileceği ve inceleme kararını verecek makam şartları bakımından ele alınmıştır. Öncelikle Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik incelemelere başvurulabilmesi için belirli bir şüphe derecesi öngörülmemiştir. Bu sebeple basit bir başlangıç şüphesiyle dahi moleküler genetik inceleme talebinde bulunabileceği ifade edilmektedir. Bunun yanı sıra kanunda moleküler genetik incelemelerin ancak zorunlu olması halinde yapılabileceği öngörülmüştür. Doktrinde, zorunlu olması halinin incelemeye ikincillik niteliği kazandırdığı ifade edilmektedir. Nitekim kanunun lafzında açık bir şekilde belirtilmediği için ikincil nitelik taşımadığının kabulü gerekmektedir. Ancak yine de temel hak ve özgürlükler ile yakından ilişkili böyle bir tedbire başvurulabilmesinin ikincil nitelik taşıması gerektiğinin kanunda açıkça belirtilmesi gereklidir. Kişi bakımından ise moleküler genetik incelemeler beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulandığı kişilerden elde edilen materyal üzerinde uygulanabilmektedir. Dolayısıyla şüpheli, sanık ve diğer kişilerden elde edilen veriler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmektedir. Şüpheli ve sanık üzerinden elde edilecek materyal konusunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Burada problem oluşturan husus diğer kişiler üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin kimleri içereceğidir. Zira Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinin başlığı ‘diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması’ iken madde hükmünde yalnızca mağdur ve soybağı araştırılacak çocuktan söz edilmektedir. Diğer kişiler üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanabileceği Yönetmelikte düzenlenmiştir. Ancak kanunilik ilkesi bakımından Kanun ile yapılması gereken bu düzenlemenin Yönetmelik ile yapılmasının kabul edilebilir olmadığı ortadadır. Sonuç olarak Kanunda düzenlendiği şekliyle şüpheli, sanık, mağdur ve soybağı araştırılacak çocuktan elde edilen örnek üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilecektir. Eğer diğer kişiler üzerinden materyal alınması ve bu materyalin analize tabi tutulması isteniyorsa kanunda açık bir şekilde düzenlenmesi gereklidir. Suç bakımından moleküler genetik incelemelere ilişkin hükümlerde herhangi bir sınırlama bulunmamaktadır. Ancak şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınmasının düzenlendiği CMK m. 75/5 hükmünde iki yıl ve daha fazla hapis cezasının öngörülmüş olması beden muayenesi ve vücuttan örnek alınma tedbirine başvurma bir şartı olarak belirlenmiştir. Buradan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin bir devamı niteliğinde olan moleküler genetik inceleme için de şüpheli ve sanık açısından iki yıl ve daha fazla hapis cezası gerektiren suçlarda uygulanabileceği sonucuna ulaşılmaktadır. Ancak mağdurdan elde edilen

materyal üzerinde suç bakımından herhangi bir sınır öngörülmediği için zorunlu görülen her durumda tedbire başvurulabilecektir. Olay yerinden elde edilecek materyal üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için suç bakımından herhangi bir sınır bulunmamaktadır. Ancak alınan materyal her zaman bir karşılaştırma materyaline muhtaçtır. Bu sebeple karşılaştırılacak materyalin şüpheli veya sanıktan alınan örnek olması durumunda iki yıl ve daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suç olması şartı aranacaktır. Şüpheli ve sanık bakımından aranan suç sınırının mağdur bakımından aranmamış olması ise yerinde olmamıştır. Moleküler genetik inceleme kararını verecek makam Ceza Muhakemesi Kanununun 79. maddesinde yalnızca hakim olarak belirlenmiştir. Diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak hakim dışında başka bir mercie karar verme yetkisi tanınmamıştır. Ayrıca kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişinin de gösterileceği düzenlenmiştir.

Bilimsel delil niteliğinde olan moleküler genetik inceleme sonuçlarının muhakemede kullanılabilmesi için elbette ki hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş olmaları gerekmektedir. Anayasanın 38/5 hükmünde kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceği öngörülmüştür. Keza Ceza Muhakemesi Kanununun ‘delillerin ortaya konulması ve reddi’ başlıklı 206. maddesinde de kanuna aykırı olarak elde edilen delilin reddedileceği düzenlenmiştir. Ayrıca 217/2 hükmünde yüklenen suçun hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği belirtilmiştir. Anayasanın ve Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uyarınca hukuka aykırı olarak elde edilen moleküler genetik inceleme sonuçları muhakemede delil olarak kullanılamayacaktır. Hukuka aykırılık moleküler genetik incelemeye konu verinin elde edilişi sırasında, moleküler genetik analiz sırasında veya moleküler genetik inceleme sonrasında meydana gelebilecektir. Maddi gerçeğe ulaşmada çok önemli bir yere sahip olan böyle bir delil türünün hükme esas alınabilmesi için dikkatli ve yasalara uygun bir şekilde hareket edilerek elde edilmiş olması gerekmektedir.

Moleküler genetik incelemeye konu veriler kişisel veri niteliğindedir. Kişisel veri, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanmıştır. Kişinin kimliğini belirlemeye yarayan ve kişiye ilişkin bilgiyi ortaya koyan DNA verisi kişisel bir veridir. Ayrıca Kanunda kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ‘özel nitelikli kişisel veri’ oldukları belirtilmiştir. Buradan hareketle moleküler genetik incelemeye tabi tutulacak DNA verisi özel nitelikli ve hassas bir veridir. Ceza Muhakemesi Kanununun 80. maddesinde, açık bir şekilde, inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğu, bu verilerin başka bir amaçla kullanılamayacağı, dosya içeriğini öğrenme hakkına sahip kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği düzenlenmiştir.

Özel nitelikli hassas bir kişisel veri olan DNA verisinin muhakemede kullanıldıktan sonra akıbetinin ne olacağı konusunda ise farklı görüşler ve uygulamalar bulunmaktadır. Öncelikle belirtmek gereklidir ki moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen barkod benzeri sonuç ile incelemeye tabi tutulan DNA izolatu farklı nitelik taşımaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yoluyla veya olay yeri incelemesi sonucu elde edilen ve analize tabi tutulacak olan materyalin muhafazası tehlikelidir. Zira kişinin geçmiş ve geleceğine ilişkin tüm bilgileri içerisinde barındıran böyle bir verinin saklanması temel hak ve özgürlükler açısından büyük bir tehdit teşkil etmektedir. Barkodun saklanması ise üzerinde başka bir

inceleme yapılamayacağı için DNA izolatının saklanması kadar tehlikeli görülmemektedir.

Ceza Muhakemesi Kanununun 80/2 hükmünde; bu bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği düzenlenmiştir. Belirtilmelidir ki hükümdeki ‘bu bilgiler’ ifadesi ile neyin kastedildiği konusunda bir açıklık bulunmamaktadır. Keza hükümde belirtilen kararların sınırlı bir sayım mı olduğu yoksa bu kararlarla örnek verilmesinin mi amaçlandığı açık değildir. Doktrinde, bir görüşe göre; örnek verilmesinin amaçlandığı aksi takdirde sınırlı sayım yapılmış olması halinde verilerin nerede, nasıl, hangi koşulda ve ne kadar süre saklanacağını belirtmediği ifade edilmiştir. Ancak diğer bir görüşe göre ise sınırlı bir sayım yapıldığı, örneğin mahkumiyet kararı verilmesi halinde, analiz sonuçlarının saklanabileceği ifade edilmiştir. Yargıtay kararlarında sınırlı sayım yapıldığının kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Uluslararası hukukta pek çok ülkede Adli DNA Veri Bankası bulunmaktadır. Elde edilen DNA verileri muhakeme sonunda yok edilmemekte ve bu veri bankalarında saklanmaktadır. Yaklaşık 25 yıllık bir geçmişi olan adli DNA bankaları pek çok suçun çözülmesine yardımcı olmaktadır. Ayrıca uluslararası iş birliğinin sağlanması açısından da verilerin bir başka ülkeye aktarılması söz konusu olabilmektedir. Ancak son derece hassas bir veri olan ve kişi hakkında pek çok sırrı da barındıran böyle bir verinin saklanması ya da hangi koşullarda, ne kadar süre ile saklanması gerektiği büyük önem taşımaktadır. Ülkemizde henüz mevcut bir adli DNA bankası bulunmamaktadır. Ancak İç İşleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 2018 yılı Faaliyet Raporunda da açık bir şekilde belirtildiği üzere böyle bir banka kurulması hedeflenmektedir.

Moleküler genetik analizlerin yapılması ve elde edilen verilerin adli DNA veri bankasında saklanması pek çok temel hak ve özgürlük ile yakından ilişkilidir. Vücuttan biyolojik materyal alınması yoluyla kişinin vücut dokunulmazlığı hakkı, sağlık hakkı ve kendi aleyhine delil vermeme hakkı ihlal edilebilmektedir. Keza adli DNA analizi yapılması suretiyle kişinin insan onurunu, özel yaşamın gizliliği hakkı ve kişisel verilerinin korunması hakkı ihlal edilebilmektedir. Moleküler genetik incelemelerin kişinin temel hak ve özgürlüklerini ihlal edip etmediğinin belirlenmesi sırasında ise her daim orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.

GİRİŞ

Ceza Muhakemesi Hukukunda Delillerin Yeri

Hukukun amacı; toplum hayatının en iyi şekilde düzenlenmesi,¹ birey ve toplum menfaatlerinin ‘adalet’ kavramıyla uzlaştırılmasıdır. Hukukun bir dalı olan Ceza Muhakemesi Hukuku da özünde aynı gayeye sahiptir.² Ancak Ceza Muhakemesi Hukukunun bu ortak amacın dışında kendine özgü bir amacı daha bulunmaktadır. En geniş anlamıyla Ceza Muhakemesi Hukukunun kendine özgü amacı “*hakikat*”e erişmektir.³ Bir ceza davasında esas olarak muhakemeye konu olan fiilin işlenmiş olup olmadığı, işlenmiş ise suç teşkil edip etmediği, suç teşkil eden fiilin suçu işlediği iddia edilen kişi tarafından işlenip işlenmediği ve son olarak da fiili işlemiş olan şahsın sorumluluğu araştırılarak maddi gerçeğe ulaşılması amaçlanmaktadır.⁴ Günümüz hukuk sisteminde ceza muhakemesi hukuku, bireylerin haklarına zarar vermeden maddi gerçeği bulmayı ve ceza uyumsuzluğunu çözmeyi amaçlamakta ve toplum ile birey menfaatleri arasında bir denge kurarak muhakeme faaliyetini gerçekleştirmektedir.⁵ Bu durumun bir sonucu olarak Ceza Muhakemesi Kanununda hukuka aykırı ve yasak yöntemlerin kullanılmasının önüne geçilebilmesi ve maddi gerçeğe ulaşmada insan hakları ihlallerinin azaltılabilmesi amacıyla en temel

¹ Nurullah Kunter, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 8. Bası, 1986, s. 21.

² Erol Cihan, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İÜHFM**, XXVIII, 3-4, 1963, 701-712, s. 701-702; Kunter, **a.g.e.**, s. 21.

³ Eralp Özgen, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 232, Ankara, Başnur Matbaası, 1968, s. 3. Ceza Muhakemesi Hukuku kendine özgü olan bu amacına tarihsel süreç içerisinde çeşitli aşamalardan geçerek ulaşmıştır. İlk olarak 18. yüzyılın ortalarına kadar süren sanığın suçlu olduğunun peşin olarak kabul edildiği ‘*suçlunun cezalandırılması aşaması*’ bulunmaktadır. Nevzat Toroslu/ Metin Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ekim 2017, s. 6; Cihan, **a.g.m.**, s. 709. Ardından 18. yüzyılın ikinci yarısından sonra dönemin felsefi ve liberal akımının etkisiyle ortaya çıkan masumiyet karinesi dolayısıyla sanığın hak ve yetkilere sahip bir süje olarak görüldüğü ‘*sanığın korunması aşaması*’ gelmektedir. Nur Centel/Hamide Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Basım, 14. Bası, Eylül 2017, s. 6; Toroslu/Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 6; Cihan, **a.g.m.**, s. 709. Son olarak günümüzde gerek bireyin gerekse toplumun menfaatlerinin korunabilmesi amacıyla ‘*şüpheli ve sanığın haklarına saygılı bir şekilde gerçeğin araştırılması aşaması*’na ulaşılmıştır. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 6. Karş. Cihan, **a.g.m.**, s. 709-710.

⁴ Özgen, **a.g.e.**, s. 3; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 232.

⁵ Hakan Karakehya, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İÜHFM**, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007, 121-142, s. 138; Kunter, **a.g.e.**, s. 22; Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 6-7; Mehmet Yayla, “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, **ABD**, Yıl: 71, S. 3, 2013, 289-313, s. 293.

ilkelerden biri olarak ‘*delilden sanığa gitme*’ kuralı benimsenmiştir.⁶ Günümüz ceza muhakemesi anlayışının benimsenmesi ile delil elde edilmesi ve delilin tespiti, yorumlanması konuları daha çok önem kazanmıştır.⁷

Ceza Muhakemesi Hukukunda hiçbir şey ‘*aşık*’ kabul edilmez ve uygun bir yolla ‘*hakikatin keşfi*’ gerekir.⁸ Hakikate ulaşmayı sağlayan ispat vasıtası, muhakeme konusu olayın yeniden canlandırılmasında kullanılan, geçmişte yaşanmış bir olayın aydınlatılarak maddi gerçeğe ulaşılması ve adaletin tesis edilmesi için Ceza Muhakemesi Hukukuna yardımcı olan iz ve eserler ‘*deliller*’dir.⁹ Yargılama makamı geçmişte yaşanmış olay hakkındaki gerçekliğe deliller vasıtasıyla dolaylı bir şekilde ulaşacaktır.¹⁰ Etkili bir ceza sistemi için gerçeğin araştırılmasının geciktirilmemesi gerektiği gibi adaletin de çabukluğa tercih edilmemesi gerekmektedir.¹¹

Ceza muhakemesinde deliller; önceden gerçekleşmiş olayın açığa çıkarılabilmesinde kullanıldıkları için olayın bir kısmını aydınlatacak nitelikte, önemli, temsil edici, gerçekçi,¹² beş duyu organı tarafından algılanabilecek maddi yapıda, elde edilebilir (ulaşılabilir) ve hukuka uygun yollarla elde edilmiş¹³ olmalıdır.¹⁴ Deliller müsterek olmalı ve karşı tarafa bildirilerek duruşmada tartışılmalıdır. Ayrıca deliller akla uygun ve bilimsel açıdan kabul edilebilir niteliği de haiz olmalıdır.¹⁵ Maddi gerçeğe ulaşabilmek için yargılama makamının çelişmeli

⁶ Aydın Aygün, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 8, Aralık 2016, 49-73, s. 50; Zekiye Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, **İBD**, Ocak 2007, Erişim: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, 13.03.2019.

⁷ Hakan Kızıllarslan, **Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulama**, Doktora Tezi, Ankara, Kızıllarslan Serisi I, Temmuz 2007, s. 26.

⁸ Faruk Erem, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 427, 1978, s. 19.

⁹ Nevzat Gürelli, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967, s. 1-3; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 232.

¹⁰ Hakan Karakehya, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **TAAD**, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, 59-82, s. 73.

¹¹ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 8-9.

¹² Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 174-175.

¹³ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 175; Ceza yargılamasında amaç maddi gerçeği bulmaktır ancak gerçeğin ne pahasına olursa olsun bulunması kabul edilemez. Delil elde etme yasaklarına aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilemeyeceği de hüküm altına alınmıştır. **A.g.e.**, s. 175.

¹⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 235.

¹⁵ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 236.

muhakeme yöntemi ile vicdani kanaatinin oluşması gerekmektedir.¹⁶ Hakim, tarafların delilleri ve talepleriyle bağlı olmayıp delilleri serbestçe değerlendirecek¹⁷ ve kararını Anayasanın¹⁸ 141/3 hükmü gereğince gerekçeli olarak verecektir.¹⁹

Ceza Muhakemesi Hukukunda deliller elde edilmiş yöntemlerine göre çeşitli tasniflere tabi tutulmaktadır. Kunter, bütün delillerin ispat edilecek hususu temsil ettiklerinden hareketle delilleri; somut olaya münhasır temsili deliller (tarihi deliller) ile genel mahiyette temsili deliller (tenkidi deliller) olarak sınıflandırmaktadır. Somut olaya münhasır temsili deliller kendi içinde beyan ve belge delilleri olarak ikiye ayrılmakta; temsili deliller ise belirtilerden oluşmaktadır. Dolayısıyla Kunter'e göre bütün ispat araçları delil niteliğindedir ve delillerin beyan, belge ve belirti olmak üzere üç çeşidi bulunmaktadır. Beyan delilleri, tanık beyanı, sanık beyanı ve sanık dışındaki tarafların beyanı olarak; belge delilleri, yazılı belgeler, şekil tespit eden belgeler ve ses tespit eden belgeler olarak; belirti delilleri²⁰ ise tabii ve suni belirtiler olarak tasnif edilebilecektir.²¹ Ceza Muhakemesi Hukukunda bir delil türünün somut olayı kesin olarak kanıtladığını söylemek mümkün değildir. Zira hem doğrudan elde edilen delillerde hem de dolaylı olarak elde edilen delillerde yanılma payı her zaman bulunmaktadır.²² Olay yerinde bulunan bütün belirti delilleri “dilsiz birer tanık” olup

¹⁶ Karakehya, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, s. 78.

¹⁷ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 8.

¹⁸ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18/10/1982, Resmi Gazete Tarihi: 9/11/1982, Sayı: 17863, Erişim: <https://www.mevzuat.gov.tr>, 15.11.2018.

¹⁹ Nur Centel, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 337-372, s. 368.

²⁰ Belirti, suçun konusunu oluşturan olaydan geriye kalan her türlü iz ve eser olarak tanımlanmaktadır. Kural olarak dolaylı deliller olan belirtiler, esas uyumsuzluğu doğrudan çözmemekte, somut olaya ilişkin delil araçlarının değerlendirilmesini sağlamaktadır. Bu nedenle de başka delillerle desteklenmeleri gerekmektedir. İz ve eserlerden şüpheli veya sanığın iradesi dışında kalanlara “tabi (doğal) belirti” denilmektedir. Tabi belirti delillerinden çoğu zaman fail haberdar değildir. Zira haberdar olması halinde bu delilleri ortadan kaldırmak isteyecektir. Olay yerinde belirti bırakabileceğini bilen fail daha suçu işlemeyi önce tedbir alacak ya da suç sonrası bunları silmeye çalışacaktır. Failin iradesiyle veya bir insan tarafından belirli bir amaç için hazırlanmış nesnelere ise “sunî (yapay) belirti” denilmektedir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287. Tabi belirtilerin somut olayı temsil edip etmedikleri dikkatli bir şekilde araştırılmalıdır. Çünkü olay yerinde bulunan iz suçu konusu olaydan önce ya da sonra gerçekleşmiş olma ihtimali bulunmaktadır. Bu sebeple bu tür delillerin olayı tek başlarına ispat kuvvetleri bulunmamaktadır. Tabi belirtiler eşyaya ilişkin olabileceği gibi şahsa ilişkin de olabilecektir. Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 199-200. Tabanca üzerindeki izler, olay mahallindeki ayak izleri, parmak izleri, kan, tükürük, saç gibi izler tabi belirtilere; olay yerinde bulunan tabanca, bıçak, şapka, elbise parçaları, düğme gibi nesneler ise sunî belirtilere örnek olarak verilebilecektir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287; Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 200.

²¹ Kunter, **a.g.e.**, s. 580-582; Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Eylül 2018, s. 592-493.

²² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 237.

olayın aydınlatılabilmesi için “konuşturulmaları” keşif ve bilirkişi incelemeleri ile mümkün olabilmektedir.²³

Ceza Muhakemesinde deliller akıl dışı delil, dini delil, kanuni delil ve vicdani delil olmak üzere çeşitli aşamalardan geçmiştir.²⁴ Muhakemeye konu olayın geçmişte meydana gelmesi, ne zaman ve hangi şartlarda ortaya çıkacağının belli olmaması ve dolayısıyla delillerin önceden hazırlanamaması sonucu Ceza Muhakemesi Hukukunda delil serbestisi²⁵ ve vicdani delil sistemi²⁶ benimsenmiştir.²⁷ Vicdani delil sisteminde gerçeği bulmaya yarayacak her türlü iz, eser ve emareden yararlanılabilmekte;²⁸ rasyonel olan her delile, özellikle de bilim ve tekniğin yardımına, başvurulabilmektedir.²⁹ Vicdani delil sistemi, ispat konusunda hiçbir kuralın bulunmadığı ve işin tamamen hakimın keyfiliğine bırakıldığı anlamını

²³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 288.

²⁴ Veli Özer Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, **YÜHFD**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 357-406, s. 358.

²⁵ Muhakeme hukukunun diğer bir dalı olan hukuk muhakemesinden farklı olarak ceza muhakemesi taraflarca ileri sürülen olay, norm, delil ve isteklerle bağlı kalarak şekli gerçeği araştırmakla yetinmeyerek maddi gerçeği araştırmakta; bunun bir sonucu olarak da ceza muhakemesinde “biçimsel delil ilkesi” yerine “delil serbestisi ilkesi” benimsenmektedir. Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 7; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 7. Belirli delillerle belirli olguları ispata zorlanması ile hakim ancak biçimsel gerçeğe ulaşabilecek ve bu durum da ceza muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşma amacı ile bağdaşmayacaktır. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 233. Hukuk Muhakemesinde davalı ve davacı belirtilen süreler içerisinde dilekçelerinde iddia ve savunmalarına dayanak teşkil eden her bir vakıanın hangi delille ispat edileceğini göstermekle yükümlü olup kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterememektedir. Baki Kuru/ Ramazan Arslan/ Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 25. Bası, 2014, s. 361. Hukuk muhakemesinde hakim önüne getirilen kanuni delillerle biçimsel gerçeğe uygun olarak karar vermektedir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 8. Ancak kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda hakim delilleri serbestçe takdir edecektir. Kuru/ Arslan/ Yılmaz, **a.g.e.**, s. 364. Re’sen araştırma ilkesinin egemen olduğu bazı hukuk davaları: hizmet tespiti davaları, işe iade davaları, kadastro davaları, nesebin (soybağının) reddi davaları, babalık davası, boşanma davaları, olağanüstü zamanaşımı zilyetliğine dayalı tapu iptali ve tescil davaları. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız: Seda Özmumcu, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **SDÜHFD MİHBİR Özel Sayı**, C. 4, S. 2, Ocak 2014, 145-171.

²⁶ Vicdani delil sistemi, Ceza Muhakemesi Kanunun 217. maddesinde “*Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir*” şeklinde ifade edilmiştir. Ali Kemal Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, **YÜHFD**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 407-424, s. 408. Hakim yargılamada ispatı gereken olayları belirli delillerle ispatlamak zorunda olmadığı gibi; ortaya konulan delilleri değerlendirmek bakımından da kural olarak kanuni kurallar ile bağlı değildir. Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 408.

²⁷ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 173; Bununla birlikte çok sınırlı hallerde ceza muhakemesi hukukunda delillerin sınırlandığı görülmektedir. Örneğin, CMK m. 222’de “duruşmanın nasıl yapıldığı ve kanunda belirtilen usul ve esaslara uyulup uyulmadığı ancak tutanak ile ispat olunabilecektir” hükmü düzenlenmiştir., s. 173.

²⁸ Gürelli, **a.g.e.**, s. 3.

²⁹ Kunter, **a.g.e.**, s. 546; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 491.

taşınamaktadır. Hakim, mantık ve tecrübe kurallarına, sağlam bilimsel verilere dayanan ve hukuka uygun şekilde elde edilen deliller sonucunda kararını verecektir.³⁰

Bilimsel-Tıbbi Deliller

Bilimsel deliller günümüzde kimi yazarlarca ayrı bir delil yöntemi kimilerince ise mevcut delil sistemi içerisinde ele alınmaktadır.³¹ Bilimsel deliller, hakimın delilleri serbestçe değerlendirebilmesinin bir sınırı olarak karşımıza çıkmaktadır. Bilimsel delil, ilgili bilim dalının kural ve verilerine göre doğru yöntemler uygulanarak yapılan inceleme sonunda elde edilen verilerdir.³² Hatta vicdani delil sisteminin sakıncalı olduğu, hakimlerin keyfi hükümler verebileceği ve bilimsel delillerin ise bu tehlikeyi önleyebileceği doğru kabul edilmiş; bir gün vicdani delil sisteminin yerini bilimsel delillere bırakacağı dahi söylenmiştir. Ancak her bilimsel delilin objektif nitelik taşımadığı hususunun da gözden kaçırılmaması gerektiği de belirtilmiştir.³³

Adli bilimler geçmişte meydana gelmiş uyuşmazlığın konusunu oluşturan olayın bilimsel metotlarla canlandırılarak maddi gerçeğe ulaşılmasına yardımcı olmaktadır. Adli tıp ve iz bilim (kriminalistik) de bu açıdan önem arz etmektedir. Doğa bilimlerinin hukuka uygulanması sonucu ortaya çıkan adli bilimler tıbbi delillerin elde edilmesini sağlamaktadır. Tıp bilimi yöntemlerinin kullanılması suretiyle tıbbi bir muayene yahut inceleme sonucu elde edilen deliller tıbbi deliller olarak adlandırılmakta ve bilimsel delil aşamasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıp bilimindeki ve teknolojiadaki gelişmeler ceza muhakemesi açısından büyük önem taşıyan tıbbi delillerin önemini daha da görünür kılmakta; özellikle diğer delil türleri olan beyan, belge delillerinin yanlış, yanıltıcı ve yalan olma ihtimalinin varlığı bilimsel-tıbbi delillerin önem ve değerini daha da artırmaktadır.³⁴ Moleküler genetik inceleme sonuçlarının %99,9'a varan kesinlikte olduğunun bilimsel açıdan

³⁰ Ali Kemal Yıldız, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2002, İstanbul, s. 139-140.

³¹ Örneğin Kızılarıslan, Adli bilimler ve adli tıp alanındaki gelişmelerle bağlantılı olarak muayene ve örnek alma işlemlerinin kullanımının da arttığını, 20. yüzyılın başından itibaren gelişen adli tıp ve gen teknolojisi, muayene ve örnek alma yolları ile elde edilen delillerin güvenilirliğini artırdığını böylece Ceza Muhakemesi işlemleri halini aldığını ve vicdani delil sisteminden bilimsel delil sistemine geçilmesi sürecinin çok önemli bir faktörü olduğunu belirtmiştir. Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 26.

³² Yıldız, "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu", s. 408.

³³ Kunter, **a.g.e.**, s. 546; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 491.

³⁴ Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", s. 358-360.

kanıtlanması nedeniyle bu tür analiz sonucu elde edilen deliller öğretide bilimsel delil olarak kabul edilmektedir.³⁵

Moleküler Genetik Alandaki Gelişmelerin Ceza Hukukuna Yansıması

1800'lü yılların ortalarında Mendel'in bezelye bitkisi üzerinde yaptığı çalışmalar sonucu kalıtımın kuralları formülleştirilmiştir. 1869 yılında Miescher tarafından DNA keşfedilmiş ve 1944 yılında Avery, McCarty ve McLeod tarafından DNA'nın genetik bir materyal olduğu kanıtlanmıştır. 1953 yılında ise James Watson ve Francis Crick'in biyoloji alanında anlamı çok büyük olan ve kendilerine daha sonra Nobel ödülü de kazandıracak olan çalışmaları sonucu DNA'nın çift sarmal yapıda olduğu keşfedilmiştir.³⁶ Biyoloji alanında gerçekleşen bu devrim niteliğindeki gelişmeler DNA hakkında bilgi patlamasına yol açmış³⁷ ve yeni bir çağı başlatmıştır.³⁸ Genetik araştırmalarda bir dönüm noktası niteliğinde olan DNA'nın yapısının çözülmesi, birçok bilim dalını etkilemiş ve elbette ki hukuk alanında da yeni olanakların doğmasını sağlamıştır.³⁹

³⁵ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 139. Ayrıntılı bilgi için bkz: Yıldız, "Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu". Bedenin muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen deliller ile moleküler genetik incelemeler sonrası elde edilen deliller veya beden üzerinden tıp bilimi gerekleri olmadan alınan bir örneğin adli tıp bilimi yöntemleriyle incelenmesi sonucu alınan rapor tıbbi delillere örnek olarak verilebilecektir. Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 284.

³⁶ George T. Duncan/Martin L. Tracey/Éric Stauffer, Chapter 9: DNA Typing, **Forensic Science An Introduction to Scientific and Investigative Techniques**, Edited by Stuart H. James/Jon J. Nordby/Suzanne Bell, 4. Bası, 2014, s. 230-232.

³⁷ Yusuf Büyükkay, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", **AÜEHFD**, C. IX, S. 3-4, 2005, 355-382, s. 359.

³⁸ Pelin Fidanoglu/Nevin Belder/Beyza Erdoğan/Özlem İlk/Farid Rajabli/Hilal Özdağ, "Genom Projeleri 5N 1H: ne, nerede, ne zaman, nasıl, neden ve hangi popülasyonda", **Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi**, 2014, C. 71, S. 1, 45-60, s. 46.

³⁹ Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 231; Veli Özer Özbek, "Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 523-572, s. 528.

Deoksiribonükleik asitin kısaltılmış hali olan DNA,⁴⁰ bireysel tüm genetik özelliklerin yapıtaşını oluşturmaktadır.⁴¹ Ait olduğu organizmaya ilişkin tüm bilgiyi; yalnızca bugünün bilgisini değil gelecekte neler olacağının bilgisini de içinde barındıran bir molekül olan DNA,⁴² tüm canlıların, bitkilerin, hayvanların, bakterilerin ve diğer mikro organizmaların, canlılık işlevi ve biyolojik gelişmeleri için gerekli olan kalıtsal kodu taşıyan bir nükleik asittir.⁴³ Bir insan vücudundaki tüm hücreler aynı DNA bileşimine sahiptir ve her bir kişinin DNA'sı, tek yumurta ikizleri hariç olmak üzere, benzersizdir. Buna ek olarak mutasyonların meydana geldiği nadir durumlar dışında, kişinin DNA'sı yaşamı boyunca aynı kalmaktadır.⁴⁴ Her DNA molekülü, bükülü merdiveni (twisting ladder) andıran çift sarmal (double helix) yapıda olup birbirleriyle eşleşen ve merdivenin "basamaklarını" oluşturan üç milyar nükleotid bazdan oluşmaktadır. İki zincir arasında hidrojen bağları (hydrogen bond) bulunmaktadır.⁴⁵ DNA'nın tek bir birimi yahut monomeri deoksiribonükleotit olarak adlandırılmakta ve DNA milyonlarca nükleotitten meydana gelmektedir. Diğer bir deyişle bir DNA molekülü, nükleotitlerin birbiri ardına sıralanmasıyla oluşan uzun polinükleotit zincirinden oluşmaktadır. DNA'nın yapı taşı olarak bilinen nükleotit, beş karbonlu şeker olan deoksiriboz şekeri (deoxyribose), bir veya daha fazla fosfat grubu (phosphate groups) ve bir azotlu baz (nitrogenous base) olmak üzere üç bileşen içermektedir. Aynı şeker ve fosfat grubunu içeren nükleotitler farklı bazlara sahiptir. DNA molekülünün organik bazları, adenin (adenine, A), guanin (guanine, G), sitozin (cytosine, C) ve timindir (thymine, T).⁴⁶ Nükleotitler içerdikleri organik bazlara göre adlandırılmaktadır. Bir zincirde bulunan adenin daima diğer zincirde bulunan timin

⁴⁰ DNA, kromozom olarak adlandırılan hücre çekirdeğinin içerisinde yer alan hücre bölünmesi sırasında görülebilen çomak biçimindeki ipliksi yapının içinde bulunmakta ve insan vücudunu oluşturan 23 çift kromozomun yarısı anneden diğer yarısı babadan alınmaktadır. Kromozomlar üzerinde bulunan DNA zincirlerinin küçük, anlamlı bir parçası olan gen ile kalıtsal bilgiler kuşaktan kuşağa aktarılmaktadır. Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 231; Veli Özer Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1076-1132, s. 1077; Gülsüm Ezgi Öztürk, "Adli DNA ve Kimliklendirme", Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Bitirme Tezi, İzmir, 2015, s. 2.

⁴¹ Roy M. Hope, Structure and Function of DNA: an introduction, **Dna in Forensic Science: Theory, Techniques And Applications**, Editors: James Robertson/A. M. Ross/L. A. Burgoyne, Chapman and Hall/CRC, 2002, s. 3.

⁴² Sevil Atasoy, "Bilimsel Deliller", **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, 516-518, s. 517.

⁴³ Committee on DNA Technology in Forensic Science, Board on Biology, Commission on Life Science, National Research Council, **DNA Technology in Forensic Science**, National Academies Press, Washington D.C., 1992, s. 2; Öztürk, "Adli DNA ve Kimliklendirme", s. 2.

⁴⁴ Jean E. McEwen, **State Dna Forensic Databanking: Legal, Ethical, And Social Policy Implications And Recommendations For The Future**, Brandeis University, In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy, Kasım 1995, s. 13.

⁴⁵ McEwen, **a.g.e.**, s. 13; Hope, **a.g.e.**, s. 7; Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 230.

⁴⁶ Hope, **a.g.e.**, s. 3; Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 230.

ile; bir zincirde bulunan guanin de daima diğer zincirdeki sitozin ile eşleşmektedir. Adenin ile timin bazları arasında iki hidrojen bağı; guanin ile sitozin arasında ise üç hidrojen bağı bulunmaktadır. Böylece DNA molekülü bir "fermuar" gibi işlev görmektedir. Adenin timin ile çift olması sitozinin de guanin ile çift olması (A-T, G-S) sadece DNA ve RNA'nın yapı ve fonksiyonunun temeli değil aynı zamanda diğer birçok biyolojik sürecin de temelini oluşturmaktadır.⁴⁷ Bazlar ve bazların kişiye özel dizilişi genetik bilginin kaydedilmiş olduğu bir "dil"i sembolize etmektedir. Adenin, guanin, sitozin ve timinden oluşan bu dört harflik silsile '*genetik kodu*' oluşturmaktadır.⁴⁸ Gen,⁴⁹ kişinin fizyolojik bütün özelliklerini belirlemekte ve organizmanın işlemesi için gerekli bilgileri saklamaktadır.⁵⁰ Gen, mesaj kodlama fonksiyonu olan ekzonlar ile kodlama fonksiyonu olmayan intronlardan oluşmaktadır. Dolayısıyla kalıtıma ilişkin bilgiler DNA'nın tamamında yer almamaktadır.⁵¹ Kodlamayan kısımların insan DNA'sının %60-95'ini oluşturduğu söylenmektedir. Genetik bilgi içermeyen bu kısımların işlevi tam olarak bilinmemekle birlikte kodlayan alanları koruma işlevinin olduğu tahmin edilmektedir.⁵² İnsanlarda, kalıtsal kodu taşıyan DNA, kırmızı kan hücresi (alyuvar, eritrosit) hariç vücudun tüm çekirdekli hücrelerinde bulunmaktadır. Kırmızı kan hücresi olan eritrositlerde çekirdek bulunmadığı için DNA da bulunmamakla birlikte kandaki diğer hücrelerde DNA bulunmaktadır.⁵³

⁴⁷ McEwen, **a.g.e.**, s. 13; Hope, **a.g.e.**, s. 3.

⁴⁸ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1078.

⁴⁹ Gen, vücudun belirli bir yapısını, işlevini veya özelliğini kodlayan baz çiftleri dizisidir. Her bir hücrede, her biri (ortalama olarak) 30.000 baz çifti uzunluğunda olan tahmini 100.000 gen bulunmaktadır. McEwen, **a.g.e.**, s. 14.

⁵⁰ Rıfat Erten/Birsen Acır/Sema Taşveren, "Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi", **AÜHFD**, C. 45, S. 1, 1996, 573-588, s. 575.

⁵¹ Fıdanoglu/Belder/Erdoğan/İlk/Rajabli/Özdağ, **a.g.m.**, s. 47; Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1079.

⁵² Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1079.

⁵³ **DNA Technology in Forensic Science**, s. 2; Oğuz Polat, **Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar Suç-Suçlu-Suç Yeri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004, s. 332.

Moleküler genetik alandaki keşifler ve teknolojik gelişmeler sonucu elde edilen bilgiler tıp alanında,⁵⁴ ilaç bilimi ve sanayiinde,⁵⁵ iş yaşamında,⁵⁶ sigorta alanında,⁵⁷ tarımda, soybağının tespiti, babalık ve velayet davaları, suç faillerinin bulunmasına

⁵⁴ Gen teknolojisinin tıp alanındaki uygulamaları genetik tanı çalışmaları ile başlamıştır. Gen dizilimindeki hataların genetik hastalıklara neden olması ve günümüzde erişilen bilgi birikimi ile hastalıkların genetik temeller üzerindeki aydınlatıcı etkisiyle genetik tanı uygulamaları başlamış ve hızla artmıştır. Dikkat eksikliği ve aşırı hareketlilik gibi davranış bozukluklarının dahi genetik temellerinin bulunması ve tanının gerçekleştirilebilmesi bu alandaki gelişmelerdendir. Diziliminde hata bulunan genin yanına sağlıklı bir kopyanın yerleştirilmesi ve bu yolla genetik temele dayalı hastalıkların tedavisini amaçlayan gen tedavisi ile bazı kalıtsal hastalıklar üzerinde başarılı sonuçlara da ulaşılabilmektedir. Beyazıt Çırakoğlu, “2020’de Gen Teknolojisi”, 2000-2020 Sürecinde Nasıl Bir Dünya, Türkiye, Sağlık, Tıp Ortamı Öngörülebilir, Oluşturulabilir?, **Türkiye Tabipler Birliği**, Nisan 2002, 85-90, s. 86. Genetik araştırmalar ile kişilerin gen analizleri yapılarak hastalıkların doğum ve hamilelik öncesi dönemde teşhis ve tedavi edilebilmesi, salgın hastalıklara karşı dirençlerinin artırılması ve kötü alışkanlıkların terk edilebilmesi amaçlanmaktadır. Tekin Memiş/Mustafa Fadıl Yıldırım, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD C. VIII**, S. 1-2, 2004, 283-306, s. 288. Örneğin kişi genetik olarak Alzheimer ya da Huntington hastalığına yatkınlığı konusunda bilgi sahibi olabilmekte, hamilelik sırasında cenindeki hastalık teşhis edilip hamilelik sonlandırılabilir. Büyükey, **a.g.m.**, s. 364.

⁵⁵ Gen teknolojisinin ilaç sektöründe kullanılması ile “farmakogenomik” adlı ihtisas alanı doğmuştur. Büyükey, **a.g.m.**, s. 363. Gen teknolojisine yönelik tıp alanındaki çalışmalarının bir devamı olarak en önemli katkılarında biri ilaç sektöründe görülmüş, gen teknolojisi ile çok sayıda ilaç ve aşı üretilmiştir. Hormonların, proteinlerin, genlerin bakterilerde klonlanmasıyla elde edilen ilaçlar geniş hasta kitlelerine ulaşmaktadır. Bu durumun en güzel örneklerinden biri diyabet hastaları için üretilmiş olan insülin ilacıdır. Kişilerin genetik yapılarına göre ilaç etkileşimlerini inceleyen farmakogenetik çalışmaları ile kişilerin genetik yapılarına uygun ilaçların verilmesi ile tedavinin etkisi de artacaktır. Çırakoğlu, **a.g.m.**, s. 86,88.

⁵⁶ Genetik analizler iş yaşamında başlangıçta işçi sağlığı, iş güvenliği ve araştırma amaçlı olarak kullanılırken zamanla kişilerin günlük iş hayatlarının kaderini belirlemede kullanılmaya başlanmıştır. İşe alımlarda, terfilerde, iş sözleşmesinin feshinde genetik analizlerin kullanıldığı bilinmektedir. Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 288. Bu durumun sonucu olarak toplum, yeni ve ciddi bir bölünme biçimi olasılığı olan genotipe dayalı ayırım ile karşı karşıya kalmıştır. İşverenler, işe alımlarda genetik taramadan yararlanarak alacakları kişileri seçmekte; hastalığa daha kolay yakalanabilecek kişileri almamakta, çalışanları ise işten çıkarmaya çalışmakta ve bu bilgileri terfi değerlendirmelerinde kullanmaktadır. Keza işyeri kazalarına duyarlı olduklarını düşündükleri işçileri çalıştırmak istememektedirler. Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, Mart 2010, s. 235-236. Genetik analizler iş ilişkilerinde ilk kez ABD’de siyah ırktan işçiler için kullanılmıştır. 1970-1980 yılları arasında siyah ırkın bazı kimyasal maddelere aşırı tepki verdiği tespit edilmiş ve bu nedenle Amerikan Ordusunda bazı kişilerin Hava Savunma Akademisine girmelerine izin verilmemiştir. Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 288.

⁵⁷ Genetik analizler etkisini sigorta alanında etkisini sigorta sözleşmesindeki primin karşılığı olan rizikonun gelecekte gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da hangi oranda gerçekleşeceği belli değildir. Ayfer Uyanık Çavuşoğlu, “Genom Analiz Sonuçlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB)**, C. 23, S. 1-2, Ocak 2003, 827-850, s. 829. Genetik hastalıkların tespitini sağlayan genetik analiz hayat, hastalık ve kaza sigortaları için önem taşımaktadır. Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 289. Sigorta şirketleri, sigorta ettirenlerin gelecekte karşılaşılabilecek hastalığın cinsi, ağırlığı, süresi ve ölüm zamanı gibi konularda belirsizlik içerisinde. Sigortalanan rizikonun gerçekleşme ihtimali genetik analiz sonuçları ile tespit edilebilmektedir. Böylece gerçekleşme ihtimali daha fazla olan rizikolarda prim miktarı da yükselecektir. Çavuşoğlu, **a.g.m.**, s. 829. Genetik ayırımı en çok uygulayanların sigorta şirketleri ve sağlık hizmeti sağlayanlar oldukları söylenmektedir Sağlık sigortası sağlayıcıları olan işverenler, en sağlıklı işçileri çalıştırarak ödeyecek primleri azaltma eğilimindedirler. Örneğin, aile geçmişinde orta yaşlarda ortaya çıkan ve öldürücü olan Huntington hastalığı bulunan genç bir kadının yaşam sigortası talebi, teste tabi tutulmamasına rağmen, sigorta şirketlerince reddedilmiştir. Metin, **a.g.e.**, s. 235-236. 1970’li yıllarda ABD’deki sağlık şirketlerinin çoğu Akdeniz Anemisi testini zorunlu tutmaktaydı ve testi yaptırmayanlar ile testin sonucu pozitif çıkanların sigorta şirketi tarafından sigortası yapılmamaktaydı. Çavuşoğlu, **a.g.m.**, s. 829.

yönelik kimlik tespiti, kayıp kişilerin tespiti, doğal felaket ya da terör olayları sonucu çok ölümlü olaylarda kişilerin kimliğinin tespiti amacı gibi hayatın pek çok alanında karşımıza çıkmakta ve güvenilir bir teknik olarak uygulanmaktadır.⁵⁸ Moleküler genetik alandaki gelişmelerin hukuk alanına yansması ise yüzyılın en önemli ve olağanüstü buluşu olarak değerlendirilmiştir.⁵⁹

20. yüzyılın başlarında uzun yıllar süren denemeler sonucu keşfedilen ve devrim niteliğinde bir yenilik olarak görülen iki insanın parmak izinin aynı olamayacağı 1901 ila 1925 yılları arasındaki süreçte neredeyse tüm dünya polisleri tarafından uygulanması kabul görmüş bir yöntemdir.⁶⁰ Parmak izi karşılaştırması, yakın zamana kadar kişiselleştirme yeteneği tartışmasız olan, her bir parmak izinin eşsiz ve hatasız olduğuna neredeyse evrensel şekilde inanılan bir yöntem olarak bir yüzyıldan beri mahkemelerde kullanılmıştır.⁶¹ Ancak parmak izinin her zaman bulunabilen bir delil olmaması; bulunsa dahi kesin bir kimliklendirmeye

⁵⁸ Necat Batur, “Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme”, **TBB Dergisi**, 2016, S. 126, 69-94, s. 71; Ayşim Tuğ/Yeşim Doğan Alakoç/Cüneyt Elma, “Avukatların Adli DNA Analizleri Konusunda Bilgi Düzeyleri”, **TBB Dergisi**, Sayı 70, 2007, 41-49, s. 42; Devrim Güngör/Okan Bakşi, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, **Adli Bilimler Dergisi**, C. 8, S. 3, Eylül 2009, 63-71, s. 67.

⁵⁹ Nihal Açıkgöz/İ. Hamit Hancı/A. Hadi Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, **AÜHFD**, C. 51, S. 2, Haziran 2002, 199-206, s. 199.

⁶⁰ Atasoy, “Bilimsel Deliller”, s. 516.

⁶¹ Jane Campbell Moriarty/Michael J. Saks, “Forensic Science: Grand Goals, Tragic Flaws and Judicial Gatekeeping”, **Judges’ Journal**, American Bar Association, C. 44, S. 5, Sonbahar 2005, 16-33, s. 19. İnsanların parmak izi, avuç içi izi, yüz şekli gibi fiziksel özellikleri kullanılarak tanımlama yapılması uzun zamandır kullanılmaktadır. Bunlardan en yaygın olarak kullanılanı da parmak izidir. İnsanları tanımlamak, kimlik tespit etmek amaçlı olarak ilk kez 1858 yılında Hindistan’ın Bengal eyaletinde İngiliz Devlet memuru Sir William Herschel tarafından kullanılmıştır. 1880 yılında ise Nature dergisinin Ekim sayısında parmak izlerinin hayat boyu değişmediği ve suçluların yakalanmasında kullanıldığı ifade edilmiştir. Osmanlı’da ise ilk kez 1899 yılında Bertillon tekniği ile polis teşkilatında kullanılmıştır. 1910 yılında ise Henry-Galton sistemi Macar asıllı Yusuf Cemil Bey tarafından ülkemize getirilmiş ve yeni bir Parmak izi Dairesi kurularak çalışmalara başlanmıştır. Parmak izi, parmak ucundan ilk boğum kadar olan yerde bulunan papillerin dokunulan yerlere por deliklerinden çıkan sıvı sayesinde nesneler üzerinde bırakılan izlere denilmektedir. İsmail Güneş, “Suçların Aydınlatılmasında Parmak İzi”, **YÜHFD**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 425-433, s. 426-427. Parmak ucunda derin kesik ve yaralar olmadığı sürece parmak izi hatları yaşam boyunca değişmez. Tek yumurta ikizleri de dahil olmak üzere yeryüzünde birbirinin aynı olan parmak izi bulunmamaktadır. DNA profili ise tek yumurta ikizleri dışında herkes için farklıdır. Parmak izini oluşturan karakteristik özelliklere göre tasnif edilebilmektedir. Kişilerden alınan parmak izleri karakteristik özelliklerine göre arşivlenmektedir. Kime ait olduğu bilinmeyen parmak izleri önce karakteristik özellikleri çıkarılarak formüleleştirilmekte ardından sisteme kayıtlı diğer izler ile karşılaştırılmaktadır. AFIS (Automated Fingerprint Identification System), parmak izlerinin bilgisayar ortamına girilmesi, işlenmesi, sorgulanması, karşılaştırılması, doğrulanması, depolanması için kullanılan bir sistemdir. Güneş, **a.g.m.**, s. 430-431.

(identifikasyona) elverişli olmaması sonucu fen bilimciler, identifikasyona izin verecek başka yöntemlerin bulunması arayışına girmişlerdir.⁶²

1980’li yılların ortalarında, Birleşik Krallık’ta Prof. Sir Alec John Jeffreys⁶³ tarafından yapılan seminal çalışmalarda DNA analizleri ile ilgili ortaya çıkan bilgiler DNA’nın kullanım alanını Ceza Muhakemesi Hukuku alanına genişletmiştir.⁶⁴ Leicester Üniversitesi Genetik Bölümü öğretim üyesi olan Prof. Sir Alec John Jeffreys DNA’nın parmak izi (*DNA fingerprint*)⁶⁵ olarak tanımlanabilecek birtakım özelliklerinin olduğunu ileri sürmüştür.⁶⁶ Genetik parmak izi analizi, iz bırakan kişinin vücut materyallerinden (kan, sperm, saç, tükürük, deri, tırnak vb.) elde edilen hücre çekirdeğinde kalıtımı oluşturan DNA molekülünün yapı ve işlevinin genetik olarak araştırılarak mukayese edilmesi temeline dayanmaktadır.⁶⁷ DNA parmak izi (*DNA fingerprinting*), DNA molekülünün veya parçasının (*fragment*) boyutuna karşılık gelmektedir. Farklı işaretleyici (*marker*) ve farklı boyutta fragmanlara sahip olan DNA boyutundaki uzunluk, ileride açıklanacağı üzere, DNA’daki tekrar dizilerinin miktarını belirlemekte ve bu farklılık da kişilerin kimliklendirilmesini sağlamaktadır.⁶⁸ Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşabilmek için son yıllarda sıklıkla kullanılan DNA molekülü, tek yumurta ikizleri dışında herkesin DNA’sının birbirinden farklı olması dolayısıyla kanıt açısından güçlü bir araç olarak kabul edilmektedir.⁶⁹

1983 yılının Kasım ayında 15 yaşında, okul çağında, Lynda Mann isimli bir genç kız tecavüz edildikten sonra Leicestershire’de Black Pad patikasında boğularak öldürülmüş bir şekilde bulunmuş ve tüm uğraşlara rağmen cinayet çözülememiştir. Ardından birkaç yıl sonra 31 Temmuz 1986 yılında yine 15 yaşındaki bir başka genç

⁶² Atasoy, “Bilimsel Deliller”, s. 516.

⁶³ Alec John Jeffreys/Victoria Wilson/Swee Lay Thein, “Hypervariable ‘minisatellite’ regions in human DNA”, *Nature*, 314, 7 March 1985, 67-73; Alec John Jeffreys/Victoria Wilson/Swee Lay Thein, “Individual-specific ‘fingerprints’ of human DNA”, *Nature*, 316, 4 July 1985, 76-79.

⁶⁴ Donald Chalmers, “General Themes”, Chapter 1, **Genetic Testing And The Criminal Law**, Edited By: Don Chalmers, Routledge Taylor and Francis Group, 1st Edition, First Published 2005, eBook Published 25 September 2017, s. 1.

⁶⁵ Parmak izi karşılaştırmasının kabul gören güvenilirliği sayesinde DNA profillemeye yöntemi için de DNA parmak izi (*DNA fingerprint*) ifadesi kullanılmıştır. Moriarty/ Saks, **a.g.m.**, s. 19.

⁶⁶ Polat, **a.g.e.**, s. 305; Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 233.

⁶⁷ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 528.

⁶⁸ Thea Denean Hall, **Public Perception and Privacy Issues with DNA Regulations and Database in Alabama**, Published by ProQuest, Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy Public Policy and Administration Walden University, December 2016, s. 15; **DNA Technology in Forensic Science**, s. 1.

⁶⁹ Büyükkay, “Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler”, s. 364.

kız, Dawn Ashworth, Psikiyatri Hastanesi yakınında Ten Pound Lane civarında tecavüz edildikten sonra boğularak öldürülmüş bir şekilde bulunmuştur. Bu ikinci cinayetle ilgili olarak psikiyatri hastanesinde aşçılık yapan bir kişi suçu işlediğini öne sürmüştür. Olaydan 3 yıl önce Leicester Üniversitesinde Watson ve Crick isimli genetikçilerce DNA örneklerinin kodlanarak kaydedilmesini sağlayan yeni bir teknik geliştirilmesi sayesinde;⁷⁰ olay sonrası polis tarafından üç köyden yaşları 16-34 arasında olan 4500'den fazla gönüllü erkekten DNA örneği alınmış ve yakın tarihte DNA analiz testini geliştiren Sir Alec Jeffreys'ten yardım istenmiştir. Jeffreys, Leicester Üniversitesinde, toplanan örnekler üzerinde DNA analizi yaparak genç kızlardan alınan örneklerin profilleri ile gönüllülerden toplanan örneklerin profillerini karşılaştırmış ve yapılan analiz sonucu iki cinayetin de aynı kişi tarafından işlendiğini, eşleşen örneğin itirafta bulunan aşçıya ait olmadığını ve 4500'ün üzerinde gönüllü erkekten alınan DNA örneklerinin hiçbirinin mağdurların vücudundan alınan sperm örnekleri ile eşleşmediğini tespit etmiştir. Bu olaylar sırasında fırıncılık yapan Colin Pitchfork isimli kişi DNA analiz çağrısına uymayarak bir arkadaşının onun yerine örnek vermesini sağlamış ve kendisi örnek vermekten kaçınmıştır. Bu durumun bir iş arkadaşının polise başvurusu sonucu öğrenilmesi üzerine 1987 yılında Pitchfork tutuklanmıştır. Ocak 1988'de Pitchfork, DNA kanıtları ile yargılanıp hüküm giyen ilk kişi; işlenmiş olan ikinci cinayet için itirafta bulunan aşçı ise DNA analiz yöntemi kullanılarak aklanan ilk kişi olarak tarihe geçmiştir.⁷¹ “Pitchfork” olayı olarak bilinen bu olay sonrasında suçların aydınlatılmasında moleküler genetik inceleme dönemi başlamıştır.

Pitchfork olayının yanı sıra başka ülkeler ve mahkemelerde de DNA inceleme yöntemi Ceza Muhakemesi Hukukunda delil olarak kullanılmaya başlanmıştır. 13 Kasım 1987 yılında İngiltere’de Bristol Crown Mahkemesinde Robert Melias DNA delili ile cinsel saldırı suçu isnadında bulunulan ilk kişi olmuş ve mahkum edilmiştir. Yine DNA’nın suç olgusunda kullanımının ilk örneklerden biri 1987 yılının Kasım ayında Florida’nın Orange şehri Cirent Mahkemesinde yapılan DNA eşleştirmesi sonucu cinsel saldırı suçundan Tommie Lee Andrews tutuklanmıştır.⁷² Yapılan yargılama sonucu, Andrews DNA ve eşleşme olasılığı kanıtlarıyla mahkum

⁷⁰ Kızıarslan, **a.g.e.**, s. 137.

⁷¹ Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 233-234.

⁷² Polat, **a.g.e.**, s. 306.

edilmiştir.⁷³ Amerika’ da ilk kez 1988 yılında New York’ta Hakim Joseph Harris tarafından ceza muhakemesinde hukuka uygun bir delil olarak kabul edilmiştir.⁷⁴ Almanya’da ise DNA analizini hukuka uygun geçerli bir delil olarak kabul eden ilk mahkeme 1988 yılında Berlin Ağır Ceza Mahkemesi olmuş, ardından Darmstadt ve Heilbronn Ağır Ceza Mahkemeleri olmak üzere çeşitli Alman Mahkemeleri tarafından da uygulanmıştır. 1990 yılında Alman Federal Mahkemesi, 1995 yılında ise Alman Federal Anayasa Mahkemesi DNA analizlerinin hukuken geçerli delil aracı teşkil ettiklerini kabul etmiştir.⁷⁵ Danimarka’da “Gladsaxe” davasında cinsel saldırıya teşebbüsten hakkında hüküm kurulmuş kişinin saçından alınan örnek üzerinde yapılan DNA analizi ile profillerin eşleşmemesi sonucu yargılama yenilenmiş ve itham edilen kişi beraat etmiştir. Hüküm sonrasında da DNA test sonuçlarının kullanımının önemini gösteren bu davada negatif eşleşme (negative match) suçsuzluğun delili olarak kabul edilmiştir.⁷⁶

Fen bilimlerine ait bir yöntem olan moleküler genetik inceleme yöntemi, bilimdeki gelişmeler ve analiz tekniklerinin ulaşmış olduğu seviye göz önünde bulundurulduğunda Ceza Muhakemesi Hukuku açısından oldukça önemli bir delil değeri taşımaktadır.⁷⁷ DNA teknolojisinde meydana gelen gelişmeler ile çözümsüz olduğu düşünülen pek çok olay bir çözüme kavuşma olanağı kazanmıştır.⁷⁸ DNA, yapısı gereği değişmezliği sayesinde, cinsel suçların ve diğer şiddet içeren suçların soruşturulması ve çözülmesinde muazzam bir potansiyele sahiptir. Moleküler genetik inceleme yöntemi ile ilk olarak geleneksel parmak izinde olduğu gibi şüphelinin olay yerindeki mevcudiyeti tespit edilerek şüpheli ile suç arasındaki bağlantı doğrulanabilmekte; ikinci olarak DNA materyalinin o kişiye ait olmadığı kanıtlanarak yanlışlıkla suçlanabilecek veya mahkum edilebilecek masum bir kişinin aklanması sağlanabilmekte ve üçüncü olarak da DNA, başka hiçbir ipucunun bulunmadığı

⁷³ Nicole Palmour, **Forensic Applications of Molecular Genetics: Ethics and Law to Inform Public Policy Issues**, McGill University, Department of Human Genetics, Doktora Tezi, Montreal, Kanada, Ağustos 2008, s. 23.

⁷⁴ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 528.

⁷⁵ Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 5, S. 2, 2017, 29-87, s. 33.

⁷⁶ Chalmers, **a.g.e.**, s. 1.

⁷⁷ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 523.

⁷⁸ Polat, **a.g.e.**, s. 305. DNA gözle görülemeyen kanıtların hırsızlık, cinayet, cinsel saldırı gibi olayları çözmeye anahtar rol oynamaktadır. Örneğin tehdit mektubunun pulunda yer alan tükürük, ip ile bağlanan kişinin ipinde bulunan bir deri hücresi, mağdurdaki ısırik izinden elde edilen tükürük ile şüpheli ya da sanığın kan veya tükürük örneği ile karşılaştırılarak fail ortaya çıkarılabilecektir. Polat, **a.g.e.**, s. 305.

durumlarda şüpheliyi tanımlamak için kullanılabilmektedir.⁷⁹ DNA analizlerinin Ceza Muhakemesi Hukukunda kullanımının artması ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için en büyük ilerleme olarak nitelendirilmiştir.⁸⁰

Moleküler genetik analiz yöntemi, tüm örnek alma yöntemlerinin önüne geçen, diğer metotların çok çeşitliliğine karşın vücudun herhangi bir yerinden alınacak tek bir hücreyle dahi kesine yakın sonuç doğurabilen;⁸¹ diğer ispat aracı araştırma yöntemlerine göre bilimsel açıdan çok daha güvenilir bir yöntemdir.⁸² DNA teknolojisindeki gelişmeler ile her geçen gün daha hızlı, kolay bir şekilde daha küçük materyallerle çalışılabilmesi, gittikçe daha doğru ve güvenilir sonuçlar elde edilebilir hale gelmesi ve otomatik işleme olanaklarının gelişmesi ile birlikte teknolojinin ucuzlaması; elde edilen DNA delillerinin adli bilimler alanında da kullanımının olağanüstü bir hızla yaygınlaşması ve kullanım amaçlarının çeşitlenmesi⁸³ ve cinsel suçlardan şiddet içeren tüm diğer suçlara kadar geniş bir yelpazede failden mağdur ya da olay yerine veya olay yeri ya da mağdurdan faile DNA örneği içerebilecek vücut dokusu veya sıvılarının aktarılma olasılığı; önceden üzerinde yapılan incelemelere rağmen sonuç alınamayan izlerden DNA analiz yöntemi ile malvarlığına karşı suçların bile aydınlatılabilmesi imkanı kriminoloji biliminde DNA analizinin kullanım alanının genişlemesini sağlamıştır.⁸⁴ Dolayısıyla hukukumuzda moleküler genetik analizlerin kullanılması gerçeğin tespiti ve adaletin gerçekleştirilebilmesi açısından son derece önem taşımaktadır.⁸⁵

⁷⁹ McEwen, **a.g.e.**, s. 10.

⁸⁰ Chalmers, **a.g.e.**, s. 1. Amerika’da Ulusal Bilimler Akademisinin Ulusal Araştırma Konseyi (National Research Council of the National Academy of Science) tarafından DNA’nın adli olgularda kullanımı üzerine yapılan çalışmada DNA kimliklendirme işlemi ile yalnızca suçu işleyen failin tespitinin değil suçu işlemediği halde şüpheli ya da sanık sıfatını almış kişilerin aklanmasını da sağladığı belirtilmiştir. Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 137; Polat, **a.g.e.**, s. 305-306.

⁸¹ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 139.

⁸² Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Eylül 2016, s. 297.

⁸³ Erhan Büken, “Adli Tıpta Genetik Araştırmalar”, **İyi Klinik Uygulamalar Dergisi**, S. 22, 2009, 33-42, s. 33; Polat, **a.g.e.**, s. 305.

⁸⁴ Aygörmez Ugurlubay, **a.g.m.**, s. 34.

⁸⁵ Memiş/Yıldırım, **a.g.m.**, s. 284.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Delil Değeri

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik analiz yöntemiyle delil elde edilmesi büyük çoğunlukla mümkündür. Zira kişi yakma suretiyle olay yerinde bıraktığı parmak izlerini yok etse dahi DNA verilerini değiştirmesi ya da yok etmesi mümkün değildir. Ancak moleküler genetik inceleme sonuçları bir belirti delili olup tek başına olayı ispat kuvvetine sahip değildir. Bu nedenle analiz sonucu verilerin faile ait olduğunu gösterse dahi mahkumiyet hükmü için tek başına yeterli bir delil olmayacaktır. Belirti delilleri suçu işleyen kişinin iradesi dışında olayı doğal bir şekilde temsil eden delillerdir. Tabi belirti ispat için yapılmaz ama yine de olayı temsil eder; insan iradesi dışında oldukları için objektif niteliktedirler.⁸⁶ Keza Yargıtay da tek başına bir belirti delili dışında olayı aydınlatacak, kesin inandırıcı delil bulunamadığı durumda mahkumiyet hükmü verilmesini bozma nedeni olarak değerlendirmektedir.⁸⁷ Ancak sanığın da ifadeleri ile örtüşmesi durumunda tek başına belirti delili de mahkumiyet hükmünde kullanılabilir.⁸⁸

Hem bilimsel hem de yasal literatürde güvenilir bir bilimsel kanıt yöntemi olarak geniş kabul görmüş olan DNA analizleri de diğer bilimsel çalışmalarda olduğu gibi yanılmaz değildir. Objektif ve güvenilir olarak nitelendirilen bilimsel deliller bir bilirkişi tarafından incelenmesi zorunluluğu olan deliller olması nedeniyle

⁸⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 634.

⁸⁷ **T.C. Y. 17. CD.**, E.: 2015/12142, K.: 2016/4498, K.T.: 30.03.2016, “Sanığın aşamalarda suçlamayı inkar etmesi, olay yeri inceleme raporu ve krokisine göre çapa makinesinin çalıştığı yerden yaklaşık 100-150 m. kadar uzaklıkta ve **müştekinin bahçesinin dışında umuma açık stabilize yol üzerinde ele geçirilen ve moleküler genetik incelemede, sanığa ait DNA profilinde belirtilen genotip özellikleri ile uyumluluk arzeden sigara izmariti dışında, başkaca mahkûmiyetini gerektirir nitelikte her türlü şüpheden uzak somut, kesin ve inandırıcı delil elde edilemediğinden** ve “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince beraat kararı verilmesi gerekirken yazılı şekilde mahkumiyetine karar verilmesi Bozmayı gerektirmiş, sanık ...'nın temyiz nedeni bu bakımdan yerinde görülüş olduğundan, hükümlerin açıklanan nedenle tebliğnameye aykırı olarak **BOZULMASINA**”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

⁸⁸ **T.C. Y. 2. CD.**, E.: 2013/28518, K.: 2013/27737, K.T.: 26.11.2013 “Katılana ait işyerinde meydana gelen duvar delmek suretiyle hırsızlık yapılması olayında, işyerinden elde edilen sigara izmaritleri ile sanıktan alınan kan ve kıl örneklerinin analizi sonucunda verilen 16.05.2008 tarihli kriminal polis laboratuvarı raporunda, **sanığın DNA profilinin, işyerinde elde edilen sigara izmaritlerindeki genetik moleküler yapıyla uyduğunun belirtilmesi, öte yandan suçlamayı reddeden sanığın daha önce bu işyerine geldiğine dair savunmada bulunmaması karşısında, söz konusu raporun suçun sanık tarafından işlendiğine dair yeterli bir dayanak ve kanıt oluşturacağı gözetilmeden, ispata yeterli olmadığı biçimindeki gerekçeyle beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, O yer Cumhuriyet Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülüş olduğundan hükümlerin bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA**”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

sübjektiftir.⁸⁹ Elde etme veya inceleme sırasında kontaminasyon olasılığının bulunması ve bilirkişinin tarafsızlığını koruyamaması durumları bu delillere yönelik tehlikeyi ifade etmektedir.⁹⁰ Hakim bilimsel delillerin güvenilirliğini kontrol etme ve güvenilirlikleri konusunda herhangi bir şüpheye düşmesi durumunda da kabul etmeme takdirine sahiptir. Ancak bir bilimsel delili kabul etmeyen hakim bunun gerekçelerini de açıkça belirtmesi gerekmektedir.⁹¹ Bu sebeple hakimin, bilimsel yöntemleri kullanarak delil elde edecek ise mümkün olduğu kadarıyla şüphe duymayınca kadar tahlile devam etmesi ve neticenin aynı çıkması durumunda bilimsel sonuç olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹²

Delil öğretisi açısından verilen bilgiler ışığında; moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen delilleri; “**şahsa ait tabii belirti ve maddi delil niteliğinde tıp bilimi yöntemleri ile elde edilen bilimsel deliller**” olarak tanımlamak mümkündür.⁹³ Fen bilimleri yoluyla elde edilen bu deliller bilimselliklerinin kanıtlanacağı ana kadar sübjektif olarak kabul edilecek; tıp bilimi ve diğer bilimler tarafından desteklenmelerinin ardından objektif bir nitelik kazanacaktır. Bilimsel yolla elde edilen delillerle dahi hakim kesin kanaate ulaşamazsa “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesi uygulanacaktır.⁹⁴

Bu çalışmamızın konusunu, fen bilimleri alanındaki gelişmelerin hukuka yansımalarının bir sonucu olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemelerin yeri ve elde edilen moleküler genetik verilerin akıbeti oluşturmaktadır. Çalışmamızda konuyu iki bölüm halinde ele alacağız: 1) Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Yeri, 2) Elde Edilen Moleküler Genetik Verilerin Akıbeti.

⁸⁹ Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 19; Kunter, **a.g.e.**, s. 546-547; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 491-492; Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 358.

⁹⁰ Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 358.

⁹¹ Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 409. Bilimsel delili elde etmede kullanılan yöntemin, güvenilir olmaması ve olaya doğru uygulanmaması durumlarında hakim elde edilen sonucu kabul etmemelidir. Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 411.

⁹² Kunter, **a.g.e.**, s. 547; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 492.

⁹³ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 286.

⁹⁴ Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 358; Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 285-286.

Birinci bölümde Ceza Muhakemesi Hukuku alanında moleküler genetik incelemenin yerinin açıklanması amaçlanmıştır. Bu amaç doğrultusunda öncelikle moleküler genetik incelemenin amacı ve hukuki niteliği tespit edilmeye çalışılacaktır. Ardından hangi verilerin moleküler genetik incelemeye konu olabileceği ve hangi şartlarda incelemenin gerçekleştirilebileceği ele alınacaktır. Son olarak yapılan veya yapılacak moleküler genetik incelemelere karşı gidilebilecek kanun yolları ve hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen moleküler genetik incelemeler üzerinde durulması gerektiği kanaatindeyiz.

İkinci bölümde ise moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen moleküler genetik verilerin akıbeti tartışılacaktır. Bu bölümde moleküler genetik verilerin niteliği ortaya konulacak ardından ulusal hukukumuzda ve uluslararası hukukta elde edilen verilerin akıbeti verilerin yok edilip edilmemesi gerekliliği, saklanması gerektiği düşünülen verilerin depolanma koşulları değerlendirilecektir. Son olarak ise temel hak ve özgürlükler bakımından moleküler genetik incelemelerin vücut dokunulmazlığı, sağlık hakkı, kendi aleyhine delil göstermeme hakkı, insan onurunun dokunulmazlığı hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında ele alınacaktır.

Birinci Bölüm

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA

MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN YERİ

I. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN AMACI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A) Kavram-Tanım

Moleküler genetik incelemeler, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK)⁹⁵ döneminde yasa da açık bir şekilde düzenlenmemişti. Bilim ve teknoloji de ki gelişmelerin bir sonucu olan moleküler genetik incelemelerin yargılamadaki pek çok işlem gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil edebilmesi ve kişinin hakları ile doğrudan ilişkili olması dolayısıyla esas ve usullerinin yasa ile açık bir şekilde düzenlenmesi gerekliliği ifade edilmekteydi.⁹⁶ Anayasanın 17.

⁹⁵ Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu, Kanun Numarası: 1412, Kabul Tarihi: 4/4/1929, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih: 20/4/1929, Sayı: 1172, 1 Haziran 2005 tarihi itibarıyla 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu yürürlüğe girmiştir, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.11.2018).

⁹⁶ Özlem Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul, Beta Basım, 1. Baskı, Ocak 2008, s. 105; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 523-524; Aygörmüz Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 35; Batur, **a.g.m.**, s. 73. CMUK’un Bilirkişinin tayini başlıklı 66. maddesinin son fıkrasında “*hazırlık soruşturmasında muayeneleri icap eden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır*” şeklinde yetersiz bir düzenleme bulunmaktaydı. Uygulamada bu kısa hükme dayanılarak vücut üzerinde muayene ve örnek alma işlemleri yapılmakta ve alınan örnekler moleküler genetik incelemelere tabi tutulmaktaydı. Kişinin genetik kimliğini açığa çıkaran ve gen teknolojisindeki gelişmeler dolayısıyla kötüye kullanımlara son derece açık olan moleküler genetik incelemeler için CMUK m. 66/son hükmü ihtiyaçlara cevap verecek bir nitelikte değildi. Bu sebeple doktrinde ilgili hüküm yeterli güvenceye sahip olmaması ve yasal sınırlarının önceden belirli olmamasının oranlılık ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmekteydi. Zira moleküler genetik incelemelere karşı kimin, hangi şartlarda kime karşı başvurabileceği ve elde edilen verilerin akıbetinin ne olacağı sorularına yeterli bir cevap bulunamamaktaydı. CMUK m. 66/son hükmüne getirilen eleştiriler ve kanun ile açık ve ayrıntılı

maddesinin 2. fıkrasında “*tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*” düzenlemesi ile bu husus güvence altına alınmıştır. Keza UNESCO’nun 1997 tarihli konferansında kabul edilen İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nin İnsan Genomu ile ilgili Araştırmalar başlıklı 10. maddesinde⁹⁷ insan genomu ile ilgili olarak yürütülecek hiçbir araştırma ya da uygulamanın insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin veya insan topluluklarının onuruna gösterilen saygıdan daha üstün olmadığı belirtilmiştir.⁹⁸ Bu gereklilikten hareketle çeşitli CMK Tasarılarında moleküler genetik incelemelere ilişkin hükümlere yer verilmiştir.⁹⁹ Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler ilk kez 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun (CMK)¹⁰⁰ Üçüncü Kısımının Üçüncü Bölümünde Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi başlığı altında düzenlenerek yasal zemine kavuşmuştur.¹⁰¹ 5271 Sayılı CMK ve sonrasında çıkarılan 5353 sayılı Kanunla¹⁰² getirilen değişikliklerle birlikte moleküler genetik incelemeler 78 (moleküler genetik incelemeler), 79 (hakim kararı ve inceleme yapılması) ve 80 (genetik inceleme sonuçlarının gizliliği) hükümlerinde sıkı koşullar altında, açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir.¹⁰³ 2005 yılında CMK’nın 82. maddesine dayanılarak 75 ilâ 81 inci

bir şekilde düzenlenmesi gerekliliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 523-524; Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 35; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 105.

⁹⁷ 11 Kasım 1997 İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, İnsan Genomu ile ilgili Araştırma Madde 10: “*Özellikle biyoloji, genetik ve tıp alanlarında insan genomu ile ilgili olarak yürütülecek hiçbir araştırma ya da uygulama, insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin veya insan topluluklarının onuruna gösterilen saygıdan daha üstün değildir.*”, <http://www.unesco.org.tr>, (Erişim Tarihi: 10.03.2019).

⁹⁸ Batur, **a.g.m.**, s. 73-74.

⁹⁹ Örneğin 1999 tarihli tasarıda vücudun muayenesi hükmü altında “genetik analiz” terimine yer verilerek elde edilen örneklerin incelenmesine ve genetik analizlere tabi tutulmasına karar verilebileceği düzenlenmiştir. Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 525. 2001 tasarısında 81 ve 82. maddelerde; 2004 tasarısında ise 78 ve 79. Maddelerde düzenlemeler yapılmıştır. Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 35-36; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 295.

¹⁰⁰ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 4/12/2004, Yayımlandığı Resmî Gazete Tarihi: 17/12/2004, Sayı: 25673, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.11.2018).

¹⁰¹ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 101; Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 36; Ebru Altaş, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı”, **CHD**, S. 3, Nisan 2007, 77-110, s. 79.

¹⁰² Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, Kanun No: 5353, Kabul Tarihi: 25.05.2005, <https://www.tbmm.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.12.2018).

¹⁰³ Batur, **a.g.m.**, s. 73, Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ise 75 (şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücutundan örnek alınması), 76 (diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması) ve 77 (kadının muayenesi) hükümlerinde düzenlenmiştir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 310; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 621; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 284; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

maddelerde öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usulleri gösterecek 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik¹⁰⁴ çıkarılmıştır.¹⁰⁵ 2007 yılında ise kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, verilerin saklanması, verilerden yararlanılması ile Türkiye Millî DNA Veri Bankasının kuruluş ve görevlerine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi amacıyla DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı yapılmış ancak tasarı yasalaşmamıştır.¹⁰⁶

Almanya’da ise moleküler genetik incelemeler, 22.03.1997 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Değişikliği Kanunu ile ilk defa yasal bir zemine kavuşmuştur.¹⁰⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (Strafprozeßordnung (StPO)) 81e ve 81f hükümlerinde ‘moleküler genetik incelemeler’¹⁰⁸ başlığı altında düzenlenmiştir. ‘DNA Tespiti’ başlıklı 81g hükmü ise gelecekteki cezai takibatlar için özel hükümler içermektedir.¹⁰⁹ Avusturya’da Avusturya Ceza Muhakemesi Kanununun soruşturma aşamasında kimliklendirmeye ilişkin ikinci bölümünde “moleküler genetik inceleme” başlığı altında 124. maddesinde; gelecekteki yargılamalarda kullanılmak üzere DNA profili kaydına ilişkin hüküm ise Güvenlik Güçleri Kanununun 67. maddesinde öngörülmüştür. İsviçre’de ise moleküler genetik incelemelere ilişkin düzenlemeler İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununun “DNA Analizleri” başlığı altında 255. maddesinde genel koşullar; 256. maddesinde kitlesel DNA analizlerine ilişkin düzenleme ve 257. maddesinde ise hükümlülerden elde edilecek DNA profillerine ilişkin düzenleme öngörülmüştür.¹¹⁰

Moleküler genetik incelemeler hakkında kullanılacak kavram konusunda ne Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda ne de mehzaz olan Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda bir görüş birliği bulunmaktadır. Alman CMK m. 81e, Avusturya CMK m.

Kendine özgü uygulanma koşullarının bulunması moleküler genetik incelemenin farklı bir hukuki niteliğe bürünmesini sağlamış ve beden muayenesi ve vücuttan örnek almadan ayrı bir hükümde düzenlenmesini zorunlu kılmıştır. Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1086.

¹⁰⁴ Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete Tarihi: 01.06.2005, Resmi Gazete Sayısı: 25832, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 15.11.2018).

¹⁰⁵ Batur, **a.g.m.**, s. 73, Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636; Aygün, **a.g.m.**, s. 51.

¹⁰⁶ İade edilen DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, 17.01.2007, <http://www.ttb.org.tr>, (Erişim Tarihi: 10.04.2019).

¹⁰⁷ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 33-34.

¹⁰⁸ Molekular Genetische Untersuchung.

¹⁰⁹ Werner Beulke/Sabine Swoboda, **Strafprozessrecht**, 14. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018, s. 175.

¹¹⁰ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 59, 65.

124 ile Türk CMK m. 78 “moleküler genetik incelemeler” ifadesine yer verirken; ileride yapılacak analizlere yönelik olarak düzenlenen Alman CMK’sının m. 81g hükmünde “toplu DNA tespiti” (*DNA-Identifizierung*), 81h hükmünde ise “toplu DNA incelemesi” (*DNA-Reihenuntersuchung*); İsviçre CMK’sı m. 255 ile İsviçre DNA Profilleri Kanunu “DNA analizi” kavramına yer vermiştir.¹¹¹ Doktrinde ise genellikle genom analizi, gen analizi, moleküler genetik incelemeler/araştırmalar ve DNA analizi kavramları kullanılmaktadır. Özellikle moleküler genetik incelemeler ile DNA analizi kavramlarının sıklıkla birlikte ya da birbirinin yerine eş anlamlı sözcükler olarak kullanıldıkları görülmektedir.¹¹² DNA analizi veya DNA parmak izi kavramlarının bu alanı tasvir için genel olarak kullanılan kavramlar oldukları belirtilmekle birlikte DNA analizi kavramının RNA analizi gibi diğer analizleri de kapsayan genişlikte bir kavram olması dolayısıyla ‘genetik analiz’ kavramının tercih edilmesi gerektiği ifade edilmiştir.¹¹³ Buna karşılık, genetik analiz kavramının bir üst kavram olduğu; DNA analizinin ise bu genetik analiz usullerinden sadece birisi ve ceza muhakemesi açısından gerekli ve yeterli olması dolayısıyla kullanılması gereken kavramın DNA analizi olduğu belirtilmiştir.¹¹⁴ Belirtilmelidir ki genom analizi ve gen analizi kavramları Ceza Muhakemesi Hukuku alanında yapılan incelemeleri tasvir açısından uygun kavramlar değildir. DNA analizi dört farklı gen analiz yönteminden (fenotip analizi,¹¹⁵ kromozom analizi,¹¹⁶ protein kimyasal analiz,¹¹⁷ DNA analizi) sadece biri olup gen analizlerinin yalnızca bir kısmını oluşturmaktadır. Ceza Muhakemesi bakımından söz konusu olan analiz şekli DNA analizidir.¹¹⁸ Gerçekten Ceza Muhakemesi Hukuku ne gen ne de genom ile ilgilenmekte, sadece karşılaştırma yoluyla kimliklendirme yapılabilecek dar bir alanda bu inceleme yöntemini

¹¹¹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 36 İade edilen DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısında ise ‘DNA analizi’ kavramına yer verilmiş olmakla birlikte ceza yargılaması ile ilgili olan DNA analizleri adli amaçlı DNA analizleri olarak ifade edilmiştir. **A.g.m.**, s. 36.

¹¹² Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 37.

¹¹³ Chalmers, **a.g.e.**, s. 1 dp. 2.

¹¹⁴ Eleştiriler için bkz: Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1076-1077; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 527-528.

¹¹⁵ Fenotip Analiz, vücut yapısının şekil itibarıyla analiz edilmesidir. Veli Özer Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, **CHD**, S. 3, Nisan 2007, 47-76, s. 47.

¹¹⁶ Kromozom Analizi, mikroskop yardımıyla kromozomlardaki değişikliklerin tespit edilmesidir. Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 47.

¹¹⁷ Protein Kimyasal Analiz, farklı proteinlerin genetiğe bağlı değişimlerinin araştırılmasıdır. Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 48

¹¹⁸ Büyükcay, **a.g.m.**, s. 360-361; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 48; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 526-527; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1076; Altaş, **a.g.m.**, s. 79.

kullanılmaktadır.¹¹⁹ Ayrıca konuyu daha kapsamlı ve net bir şekilde ortaya koyması dolayısıyla DNA analizi terimine öncelik verilmesi gerektiği; ancak DNA analizi kavramının üst bir kavram olması dolayısıyla DNA'nın hem kodlanmış hem de kodlanmamış alanında yapılan incelemeleri kapsadığı da belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Hukuku alanında yapılan analizin amaç ve kapsam açısından sınırlı olduğu sadece suçların aydınlatılması bakımından kimliklendirme amacına hizmet ettiği ve bu amaç doğrultusunda DNA'nın yalnızca kodlanmamış kısmının analizi ile sınırlı tutulduğu ifade edilmiştir. Bu gerekçelerle yanlış anlamaların önüne geçilebilmesi amacıyla en yerinde kavramın “adli amaçlı DNA analizi” olduğu ifade edilmiştir.¹²⁰ Gerçekten de Ceza Muhakemesi Hukukunda kullanılabilecek en doğru kavram “adli amaçlı DNA analizi” olmakla birlikte moleküler genetik incelemeler ve DNA analizine yönelik tanımlarda DNA analizinin moleküler genetik bir inceleme olduğu belirtilmektedir.¹²¹ Bu sebeple DNA incelemesini moleküler genetik bir inceleme olarak tanımlamanın da hatalı olmayacağı sonucuna ulaşılabilecektir.¹²² Sonuç olarak, Ceza Muhakemesi Hukuku alanında kullanılan DNA materyalinin kodlamayan alanında yapılan analizi ifade etmek için “adli DNA analizi” kavramı kullanılabileceği gibi yasal kavram olan “moleküler genetik incelemeler” kavramının da kullanılması gerektiği kanaatindeyiz.

Moleküler ve genetik inceleme, CMK m. 78 vd. hükümlerinde¹²³ düzenlenmiş olmakla birlikte tanım ve kapsamına Ceza Muhakemesi Kanunumuzda yer verilmemiştir.¹²⁴ Ancak 25832 sayılı Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 3. maddesinde, “*gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki*

¹¹⁹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 37.

¹²⁰ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 38-39.

¹²¹ “DNA incelemesi olarak da adlandırılan moleküler genetik incelemeler...”, Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 295.

¹²² Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 37-38. Ünver/Hakeri, ‘moleküler genetik incelemeler’ ifadesinde yer alan “genetik” ifadesinin de yanlış olduğunu; zira moleküler incelemelerin gen dışı alanda yapıldığı ifade etmektedir. Yener Ünver/Hakan Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, TBB Yayınları 104, Sorularla Hukuk Dizisi 5, 1. Baskı, Mayıs 2006, s. 87.

¹²³ CMK Madde 78: “1) 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır.

2) Birinci fıkra uyarınca yapılabilen incelemeler, bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilir. Birinci fıkranın ikinci cümlesi, bu hâlde de uygulanır.”, <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 27.04.2019).

¹²⁴ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 634; Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 375.

özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması” olarak tanımlanmıştır.¹²⁵ Buradan hareketle Ceza Muhakemesi Hukukunda adli amaçlı DNA analizi; kişiyi diğerlerinden ayırmaya yarayan bir DNA kimlik şablonu (DNA profili) elde ederek kimliklendirmede bulunabilmek amacıyla DNA üzerinde (moleküler genetik) kodlamayan alanda inceleme yapılması olarak tanımlanabilecektir.¹²⁶

B) Moleküler Genetik İncelemelerin Amacı

Moleküler genetik inceleme ile hücre çekirdeğinde bulunan kalıtımı oluşturan genetik bilgilerin taşıyıcısı olan DNA, analiz edilmekte ve insanın hücrelerindeki değişmez değiştirilemez özellikler somut hale getirilmektedir.¹²⁷ Ceza Muhakemesi Hukuku uygulamasında moleküler genetik incelemeler; CMK m. 78/1 ve 78/2 uyarınca soybağının tespiti veya suçla mücadele edilebilmesi, suçlunun ortaya çıkarılması ve suç şüphesi altında bulunan kişinin şüpheden arınabilmesi için beden muayenesi ve vücuttan örnek alma hükümleri sonucu elde edilen örnekler ile olay yeri incelemesi ile bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan iz, eser ve emarelerden elde edilen örneklerin incelenme sonuçlarının karşılaştırılarak şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla yapılabilmektedir.¹²⁸ Şüpheli, sanık veya diğer bir kişiden alınan örnekler ya da bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde olayla bağlantılı olarak elde edilen bulguların soybağının tespiti veya şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığını belirlemek dışında başka bir amaca yönelik incelemeler yapılması kabul edilmemiş ve kanun ile açıkça

¹²⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 634-635; Veli Özer Özbek/Mehmet Nihat Kanbur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/İlker Tepe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2014, s. 519; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1085; Altaş, **a.g.m.**, s. 81. İade edilen tasarruğun 2. maddesinin e bendinde ise DNA analizi, “DNA profili elde etmek amacıyla DNA örneği üzerinde yapılan bilimsel test” olarak; DNA profili ise yine aynı yasalaraşmayan tasarruğun f bendinde “bir kişiyi diğerlerinden ayırt eden DNA karakteristiklerinin tümünü” olarak tanımlanmıştır. Altaş, **a.g.m.**, s. 80.

¹²⁶ Aygörmöz Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 39.

¹²⁷ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1097.

¹²⁸ Doğan Soyaslan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2018, s. 274-275; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 322; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 521-522; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 81, 103; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1098; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636, 638; Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 376; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 296; Altaş, **a.g.m.**, s. 86. Vücuda ait olmayan ancak vücudun üzerinde veya herhangi bir eşya üzerinde bulunan biyolojik bulgunun elde edilebilmesi için arama ve el koymaya ilişkin hükümler uygulama alanı bulacağı hakkında bkz: Batur, **a.g.m.**, s. 81.

yasaklanmıştır.¹²⁹ Örneğin kişinin kalıtsal hastalıklarının öğrenilmesine yönelik¹³⁰ veya cinsiyet tespiti, ırk tespitine yönelik incelemeler yapılması kanuna aykırılık teşkil edecektir.¹³¹

Alman Ceza Muhakemesi Kanunda ise 81e hükmü uyarınca “genetik parmak izi” olarak da adlandırılan DNA analizinin 81a (beden muayenesi; kan örneği alınması) ile 81c (diğer kişilerin beden muayenesi) hükümleri uyarınca elde edilen örnekler üzerinde yapılabileceği ve bu yolla kişinin cinsiyetinin de belirlenebileceği ifade edilmiştir. Ayrıca moleküler genetik incelemelerin başka suretle elde edilen materyaller (bulunan, muhafaza altına alınan veya el konulan suç izi bulguları) üzerinde yapılabileceği ifade edilmiştir. 81e/1 hükmünün son cümlesinde ise belirtilenlerin dışında kalan olgulara ilişkin tespitlerin yapılamayacağı belirtilmiştir.¹³² Doktrinde cinsiyet tespitinin yapılabilmesine ilişkin olarak Alman CMK’sındaki hükmün Ceza Muhakemesi Kanunumuzda da düzenlenmesi gerektiği; cinsiyete yönelik taramada bulunulmasının zaman kazandıracağı ifade edilmiştir.¹³³

Alman CMK’sının 81g hükmünde ise gelecekte kişi aleyhine açılacak ceza davaları için veri oluşturması amacıyla moleküler genetik incelemeler yapılabileceği düzenlenmiştir.¹³⁴ 81h hükmünde Toplu DNA incelemesi başlığı altında somut olguların hayata, vücut dokunulmazlığına, özgürlüğe veya cinsel yaşamı tayin özgürlüğüne karşı bir suç işlendiği şüphesini göstermesi durumunda; failin taşıdığı tahmin edilen inceleme özelliklerine uyan kişilerin yazılı rızalarıyla ve olay yerinden elde edilen bulguların bu kişilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığını tespit etmek

¹²⁹ Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, *EÜHFD*, C. X, S. 3-4, 2006, 273-345, s. 301; Altaş, *a.g.m.*, s. 86; Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 322; Soyaslan, *a.g.e.*, s. 274; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 522; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1098.

¹³⁰ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 301.

¹³¹ Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 296; Ünver/Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 87. Yazarlar, işlenen suçun ya da şüphelinin niteliği itibarı ile cinsiyet ve ırk tespitinin zorunlu olduğu hallerde bu tür incelemelere de imkan tanınabileceğini belirtmektedir, Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 296; Ünver/Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 87.

¹³² Friedrich-Christian Schroeder/Torsten Verrel, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019, s. 104; Feridun Yenisey/Salih Oktar, *1 Şubat 1877 Tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung (StPO))*, İstanbul, Beta Yayınevi, 2. Bası, Mayıs 2015, s. 63-64.

¹³³ “CMK m. 78 ile alakalı olarak de lege ferenda öncelikle madde kapsamında alınan örneklerden ayrıca cinsiyet tespitinin yapılabilmesinin önünün açılması yerinde olur. Zirâ cinsiyetin açıkça ortada olduğu bazı durumlarda her profilin taranmasındansa, sadece o cinsiyete yönelik taramada bulunma zaman kazandırmaktadır.” şeklinde ifade edilmiştir. Aygörmez Ugurlubay, *a.g.m.*, s. 60.

¹³⁴ Schroeder/Verrel, *a.g.e.*, s. 104.

amacıyla kitle testlerinin yapılabilmesi düzenlenmiştir.¹³⁵ Ceza Muhakemesi Kanununda ise ileriki ceza yargılamalarında kullanılmak üzere DNA profillerinin oluşturulması ve bunlar üzerinde karşılaştırma yapılabilmesi amacıyla bir sisteme kaydedilmesi ya da kitlesel DNA analizlerine tabi tutulmasına ilişkin hükümlere yer verilmemiştir. 2007 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanan “DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı” 14 Nisan 2008 tarihinde Başbakanlık tarafından iade edilmiş aradan geçen yıllara karşın Başbakanlığa ne bu Tasarı ne de yeni başka bir tasarı sunulmuştur.¹³⁶

Moleküler genetik incelemelerin soybağının tespiti amacıyla kullanılabilmesi için bir suçun aydınlatılmasında soybağı tespitinin zorunlu olması gerekmektedir. Örneğin alt ve üst soy ilişkisinin nitelikli sayıldığı hallerde şüpheli, sanık ve mağdur arasında soybağının tespiti gereklidir. Keza TCK’da düzenlenen çocuğun soybağını değiştirme ve çocuğun kaçırılması ve alıkonulması bakımından da moleküler genetik inceleme yapılabilir. ¹³⁷ Soybağının tespiti bakımından Medeni Hukuk ve Medeni Usul Hukuku bakımından da önem arz eden moleküler genetik incelemelerin, ¹³⁸ Ceza Muhakemesi Hukukunda olduğu gibi ayrıntılı bir şekilde düzenlenmemiş olması doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Çocuğun soybağının araştırılması ceza hukuku alanında bir suç sebebiyle yapılabilmesi gibi işlenmiş herhangi bir suç olmaksızın da söz konusu olabilmektedir. ¹³⁹ Bu noktada çözülmesi gereken sorun soybağı tespitine

¹³⁵ Beulke/Swoboda, **a.g.e.**, s. 176; Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 69.

¹³⁶ Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 36.

¹³⁷ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 322, dp. 296. Ceza muhakemesi alanında tıbbi yolla elde edilecek delillerle ilgili ayrıntılı düzenlemeler bulunmakla birlikte hukuk muhakemesinde soy bağının tespitinin olması gerektiği şekilde ele alınmadığı gerekçesiyle ceza muhakemesi hükümlerinin bu alana da uygulanması gerektiği; çocuğun soybağının araştırılmasının herhangi bir suç olgusuna bağlı olmaksızın Ceza Muhakemesi Yasası ile belirlenen ilkeler uyarınca yapılması gerektiği görüşü hakkında bkz: Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 70-71.

¹³⁸ Ali Cem Budak, “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **YÜHFD**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 337-356, s. 337. Genetik özelliklerin her insanda farklı olması medeni hukukta babalığın tespiti ve soybağının kurulmasına yönelik bilgilere ulaşılmasını sağlamaktadır. Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 287. Medeni Hukukta hakim babalığın tespiti, daha önceden kurulmuş soybağının ortadan kaldırılması, nesebin reddi davalarında genetik analizlerin kullanılmasını, DNA testi yapılmasını isteyebilmektedir. Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 298.

¹³⁹ Gerçekten de moleküler genetik analiz yapılabilmesi için ortaya çıkan sorunun bir suç olması şartı bulunmamakta; çocuğun soybağına ilişkin araştırma konuya ilişkin herhangi bir sorun çıkması durumunda her zaman yapılabilir. Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 67. Türk Medeni Kanunu’nun 284. maddesinde hakim soy bağının tespitinde, babalığa hükmederken ya da daha önceden kurulmuş soy bağının ortadan kaldırılmasında gen analiz tekniklerinin kullanılmasını isteyebileceği açıkça düzenlenmiştir. Hükümde, taraflar ve üçüncü kişilerin, soy bağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlü oldukları; davalının, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermemesi durumunda durum ve koşullara göre bundan

yönelik moleküler genetik incelemenin suç olgusu bulunsun ya da bulunmasın Ceza Muhakemesi kurallarına göre mi yoksa Hukuk Muhakemesi kurallarına göre mi yapılacağıdır. Zira soybağının tespitine yönelik 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda ayrıntılı düzenlemeler bulunmakla birlikte Hukuk Muhakemesinde konu gerektiği şekilde ele alınmamıştır.¹⁴⁰ Belirtmek gerekir ki Ceza Hukuku alanında çocuğun soybağının tespiti amacıyla moleküler genetik inceleme CMK m. 76'da öngörülen koşulların gerçekleşmesine bağlı tutulmuştur.¹⁴¹ Dolayısıyla herhangi bir suçun söz konusu olmadığı durumlarda Medeni Usul Hukuku hükümlerince araştırmanın yapılması daha uygun olacaktır. Zira Ceza Muhakemesi Kanunu hükümleri ceza muhakemesinde ve ceza mahkemeleri tarafından uygulanmaktadır. Bir suç sebebiyle babalığın tespiti söz konusu olduğunda CMK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır.¹⁴²

25832 sayılı yönetmeliğin 14. maddesinin 4. fıkrasında “*moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir*” hükmü düzenlenmiştir. Hükümden de anlaşıldığı üzere Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik inceleme için kullanılacak bölgenin kodlamayan genomik alandan seçilmesi; tıp, biyoloji ve diğer bilim dallarındaki uygulamalardan farklı olarak kişileri diğer

beklenen sonucun, onun aleyhine doğmuş sayılabileceği öngörülmüştür. İlgili düzenleme mehz Kanun olan İsviçre Medeni Kanun'u m. 254 ile de paraleldir. Meral Gürbüz, **Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eylül 2010, s. 37. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun “*soybağı tespiti için inceleme*” başlıklı 292. maddesinde ise konuya ilişkin ayrı bir hüküm daha öngörülmüştür. Hükümde, uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkesin soy bağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorunda olduğu; haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkimin incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar vereceği belirtilmiştir. Düzenleme ile soybağı incelemesinin önemi vurgulanmış ve gerçeğin açığa çıkmasını zorlaştıracak ya da olanaksızlaştıracak davranışlara izin verilmeyeceği ifade edilmiştir. Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 69. Soybağının tespiti amacıyla herkesin vücudundan kan veya doku alınmasına katlanma zorunluluğu bulunmaktadır. Hukuk davaları için düzenlenen bu mecburiyetin ceza davaları bakımından uygulanması tartışmalıdır. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 631.

¹⁴⁰ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 69-70.

¹⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 630.

¹⁴² Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 631. Yasa yapım tekniği açısından konuya ilişkin açık düzenlemelerin Hukuk Muhakemeleri Kanununda yer almasının daha yerinde olacağı belirtilmekle birlikte suç söz konusu olup olmadığına bakılmaksızın çocuğun soybağını belirlemek için yapılacak moleküler genetik incelemelerde CMK'nın ilgili hükümlerinin uygulanması gerektiği hakkında bkz: Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 70-72.

kişilerden ayıran ancak kalıtsal hastalık ve karakterlerini içermeyen yönü ile analizin yapılmasının amaçlandığını göstermektedir.¹⁴³

C) Moleküler Genetik İncelemelerin Hukuki Niteliği

Moleküler genetik incelemeler Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesinde belirtildiği üzere CMK 75. ve 76. maddeler uyarınca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri sonucu elde edilen materyaller üzerinde gerçekleştirilebilmektedir. Moleküler genetik incelemeler bu yönüyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin bir devamı, uzantısı niteliğinde olup bu tedbirden bağımsız bir yapıda değildir. Bunun dışında bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan materyaller üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabilir. Bu yönüyle ise moleküler genetik incelemeler “keşif ve olay yeri incelemenin” uzantısı niteliğindedir. Moleküler genetik inceleme ile örnekler üzerinde gerçekleştirilecek olan analizin başarısı bir önceki işlem niteliğinde olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile keşif ve olay yeri incelemenin başarısına bağlıdır. Öyle ki moleküler genetik incelemeler, beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yoluyla elde edilen örnekler ile olay yerinden elde edilen örneklerin karşılaştırılması temeline dayanmaktadır.¹⁴⁴

1. Keşif

Moleküler genetik incelemeler CMK 74 vd. hükümlerinde düzenlenen “gözlem altına alınma, muayene, keşif ve otopsi” başlığı altında kaleme alınmıştır.¹⁴⁵ Keşif, hakim veya mahkeme veya naip hâkim ya da istinabe olunan hâkim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından, esas olarak delillere, olay yerine, olayda kullanılan araçlara, suçun konusuna, olayın meydana geliş sürecine ilişkin bilgi ve kanaat elde edilmesi amacıyla görerek, duyarak,

¹⁴³ Yücel Arısoy/Çiğdem Eresen/Veli Özer Özbek, “Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler”, **Türkiye Klinikleri J Med Science**, S. 28, 178-181, s. 180; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525; Batur, **a.g.m.**, s. 73.

¹⁴⁴ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1085; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 519.

¹⁴⁵ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1086.

koklayarak, tadarak ve dokunarak gerçekleştirilen araştırmalardır.¹⁴⁶ Belirti delillerini ikame yöntemi olarak da kabul edilen keşif¹⁴⁷ ile mahkeme, anlatılanların doğru olup olmadığını denetleyebilmekte ve buna ilişkin kanaat oluşturabilmektedir.¹⁴⁸

Keşfin konusunu beş duyu organıyla yapılan algılama faaliyeti ve bu algılama faaliyeti sonucunda ulaşılan bilgiler oluşturmaktadır.¹⁴⁹ Canlı cansız her şey keşfe konu olabilmektedir. Bir suçun işlenmesinden hemen sonra olay yerinde yapılacak incelemeler de bir tür keşif niteliği taşımaktadır.¹⁵⁰ Keza kişiler üzerinde yapılacak incelemeler de keşfin konusunu oluşturabilmektedir.¹⁵¹ Bu yönü ile moleküler genetik incelemelerin hakim bakımından bir keşif işlemi niteliğinde olduğu belirtilmiştir.¹⁵²

2. Olay Yeri İnceleme

Moleküler genetik incelemelerin bir diğer yönünü olay yerinden elde edilen iz materyali oluşturmakta ve bu nedenle olay yeri inceleme büyük önem taşımaktadır. Olay yeri incelemesi, suç işlenen yerde, bilimsel ve teknik araştırma metotlarıyla suçun işlenme şekli, sebepleri ve faili hakkında bilgi verecek olan delillerin aranması, bulunması ve muhafaza altına alınması için yapılan işlemlerin tümü olarak ifade edilmektedir.¹⁵³ PVSK¹⁵⁴ ek madde 6/7 uyarınca; polis, suçun delillerini tespit etmek amacıyla, Cumhuriyet savcısının emriyle olay yerinde gerekli inceleme ve teknik araştırmaları yapmakta, delilleri tespit etmekte, muhafaza altına almakta ve incelenmek üzere ilgili yerlere göndermektedir.¹⁵⁵ Ayrıca PVSK ek madde 6/3 uyarınca, edinilen bilgi veya alınan ihbar veya şikâyet üzerine veya kendiliğinden bir suçla karşılaşan polis, olay yerinde kişilerin ve toplumun sağlığına, vücut bütünlüğüne veya malvarlığına zarar gelmemesi ve suçun delillerinin kaybolmaması ya da

¹⁴⁶ Ali Kemal Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, *İÜHFİM*, C. LXV, S. 1, 2007, 127-174, s. 128.

¹⁴⁷ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 326.

¹⁴⁸ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, s. 132.

¹⁴⁹ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 326.

¹⁵⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 521; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1088; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 537.

¹⁵¹ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 327.

¹⁵² Bkz: Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1088.

¹⁵³ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 336.

¹⁵⁴ Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Kanun No: 2559, Kabul Tarihi: 4/7/1934, Yayımlandığı R. Gazete Tarih: 14/7/1934, Sayı: 2751, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

¹⁵⁵ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 336.

bozulmaması için derhal gerekli tedbirleri alacaktır. Bu hüküm ile polis olay yerinde gerekli ve acele tedbirleri alarak delilleri tespit edebilecektir.¹⁵⁶ Ancak belirtilmelidir ki kolluk tarafından olay yeri incelemesi çerçevesinde gerçekleştirilen ‘delil toplama işlemi’ keşif olarak nitelendirilemeyecektir.¹⁵⁷

3. Bilirkişi İncelemesi

Muhakeme süjeleri, muhakeme konusu olay ve olaya ilişkin delilleri anlamlandıracak hayat tecrübesine her zaman sahip olmayabilmektedir.¹⁵⁸ Uyuşmazlık konusu olay hakkında uzmanlığın, özel ya da teknik bilginin bulunmaması hakimin hüküm vermekten kaçınması için bir mazeret teşkil etmemektedir. Bu durum karşısında iddia, savunma ve özellikle yargılama makamı muhakeme sırasında ispat aracı delilleri anlamlandırabilmek ve değerlendirebilmek konusunda bir yardımcıya ihtiyaç duymaktadır.¹⁵⁹ Bu sayede bilirkişilik kurumu, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına aracılık eden bir kurum olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁶⁰

Bilirkişi (ehli hibre, ehli vukuf, eksper),¹⁶¹ maddi uyuşmazlığa ilişkin bir konuda, uzmanlığı, özel veya teknik bilgisi nedeniyle uzmanı olduğu alana dair tecrübe kurallarını bildirmesi, elde ettiği verilere yönelik çeşitli analizler ve saptamalarda bulunarak sonuç çıkartması istenen, kanunda bilirkişiyi görevlendirmeye yetkili kişiler tarafından görevlendirilen, muhakeme makamlarının yardımcısı konumunda bulunan ve delil değerlendirme araçlarını sunan kişidir.¹⁶² Hukuki

¹⁵⁶ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 337.

¹⁵⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 521; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1089; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 537.

¹⁵⁸ Gürelli, **a.g.e.**, s. 5.

¹⁵⁹ Özlem Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1133-1184, s. 1135; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 118; Gürelli, **a.g.e.**, s. 5, 15.

¹⁶⁰ Handan Yokuş Sevrük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İÜHFİM**, C. LXIV, S. 1, 2006, 49-107, s. 49.

¹⁶¹ Gürelli, **a.g.e.**, s. 5, dp. 1.

¹⁶² Yaprak Öntan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 19. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanununun Tanımlar başlıklı 2. maddesinde bilirkişi, “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde oy ve görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvurulmuş gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi” şeklinde tanımlanmıştır. Bilirkişilik Kanunu, Kanun No: 6754, Kabul Tarihi: 03.11.2016, Resmi Gazete: 24.11.2016, Sayı: 29898, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 14.03.2019).

mahiyeti itibariyle bilirkişi, sadece yargılama makamının yardımcısı olmayıp muhakeme makamlarının hepsinin yardımcısıdır. Buradan çıkarılacak sonuç ise herhangi bir hususta özel bilgiye ihtiyaç duyulduğunu düşünen muhakeme makamı bilirkişiden yardım isteyebilecektir.¹⁶³ Bilirkişiye başvurma yetkisi ise hakim veya mahkeme tarafından kullanılabilen bir yetkidir. Mahkeme veya hakim resen ya da Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin, sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcinin istemi üzerine bu kararı verebilecektir. Soruşturma evresinde ise Ceza Muhakemesi Kanununun 63/3 hükmü uyarınca Cumhuriyet savcısı da bu yetkiyi kullanabilmektedir.¹⁶⁴

Bilirkişi atamaya yetkili makam tarafından, atama kararında uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren sorularla hangi konunun tespit edilmesi gerektiği açık ve net bir şekilde belirtilmelidir.¹⁶⁵ Zira “dava konusu olay” ya da “iddianame konusu olay” ile ilgili değerlendirme yapılması gibi soyut taleplerde bulunulması bilirkişiliğin

¹⁶³ Güreli, **a.g.e.**, s. 16. Ceza Muhakemesi Kanunu; hakim, mahkeme veya soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı tarafından belirli bir uzmanlık bilgisi ile çözülecek soruna ilişkin konunun uzmanının oy ve görüşüne başvurulmasında bilirkişi mütalaasından; yine belirli bir uzmanlık bilgisi ile çözülecek olan soruna ilişkin konunun uzmanına başvurulması durumunda uzman mütalaasından söz etmektedir. Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 275; Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 201. Bilirkişilerde arandığı gibi bu kişilerin uzmanlığı, özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren bir alanda uzman olmaları gereklidir. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 97. Silahların eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak yargılama sırasında taraflar bilirkişi davet etme hususunda aynı imkanlara sahip olmalı ve çağrılan bilirkişiler farklı muameleye tabi tutulmamalıdır. Süheyl Batum/Feridun Yenisey/Celal Erkut/Sibel İnceoğlu, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından**, Yayın No: TÜSİAD-T/2003/12-369, Aralık 2003, s. 79. Silahların eşitliği ilkesinin bir gereği olarak CMK m. 179’da sanığın doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişi ve tanıkların ad ve adreslerini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirmekle yükümlüdür. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 56. CMK m. 179/2 hükmünde Cumhuriyet savcısı da iddianamede gösterilen veya sanığın istemi üzerine davet edilen tanık ve bilirkişiler dışında gerek mahkeme başkanı veya hâkim kararıyla, gerek kendiliğinden başka kimseleri davet ettirecek ise bunların ad ve adreslerini sanığa yine makul süre içinde bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 57. Soruşturma evresinde bilirkişiyi tayin yetkisi Cumhuriyet savcısında bulunduğundan şüpheli, müdafisi veya kanuni temsilcisi bu talepte bulunabilecektir. Kovuşturma evresinde ise sanık, sanıktan başka Cumhuriyet savcısı ve katılan da bilirkişi davet ettirebilecektir. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 57. Bilirkişi raporunun hazırlanmasının ardından da bilirkişi raporu hakkında uzmanından bilimsel mütalaa istenebilecektir. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 98. Bilirkişi raporu ile uzman mütalaasının farklılık arz etmesi kovuşturmadaki tartışılabilirlik ilkesi uyarınca tartışılacak ve bu da maddi gerçeğe ulaşmaya yarayacaktır. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 99.

¹⁶⁴ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 202; Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, s. 1143. Cumhuriyet savcısı soruşturma sırasında bilirkişiyi dinleyebilecektir. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 86.

¹⁶⁵ Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 53. Hakim hukuki sorunların çözümünde bilirkişiye başvuramayacaktır. Zira CMK’nın 63. maddesinde “*genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda*” bilirkişiye başvurulamayacağı belirtilmiştir. Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, s. 1145.

niteliğine aykırı olacaktır. Atamaya yetkili makam, bilirkişiden uzmanlık alanına giren konularda belirli tecrübe kurallarının bildirilmesini isteyebileceği gibi; sahip olduğu bilgiyi kullanmak suretiyle olay açısından belirli saptamaları yapmasını ya da bu saptamaları yaptıktan sonra yine uzmanlığını kullanmak suretiyle belirli analizler yapmasını ve sonuçlar çıkarmasını isteyebilecektir.¹⁶⁶ Bilirkişi incelemesinin keşfi gerektirmesi durumunda; bilirkişi kendisini görevlendirmiş olan merciden keşif yapılmasını isteyebilecektir.¹⁶⁷

Kanun koyucu kimi hallerde belirli kişi veya kurumların bilirkişilik yapmasını zorunlu kılmıştır.¹⁶⁸ Resmi bilirkişi olarak ifade edilen bu kişilerin¹⁶⁹ öncelikle atanacağı belirtilmekle birlikte tarafsızlığın sağlanabilmesi amacıyla kamu görevlilerinin, bağlı bulundukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamayacakları ifade edilmiştir.¹⁷⁰ Keza kanun koyucu kimi hallerde de konunun önemi ve uygulamadaki aksaklıkları gidermek bakımından bilirkişiye başvurulmasını zorunlu tutmuştur.¹⁷¹ Sahte para ve değerler üzerine yapılacak incelemeler, şüpheli veya sanığın bilincinin incelenmesi ve gözlem altına alınması, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, moleküler genetik incelemeler, ölünün adli muayenesi ve otopsi ile son olarak zehirlenme şüphesi bilirkişiye başvurma zorunluluğunun kanunda ayrıca ve açıkça belirtildiği hallerdir.¹⁷²

Moleküler genetik incelemeler söz konusu olduğunda yetkili makamın bilirkişiye başvurarak oy ve görüş alması kanun tarafından zorunlu tutulmuştur.¹⁷³ Kanun koyucu burada hakime bilirkişi tayini konusunda takdir hakkı tanımamıştır.¹⁷⁴ Keza bir Yargıtay kararında bilirkişi mütalaasına başvurarak moleküler genetik

¹⁶⁶ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 308-309.

¹⁶⁷ T.C. Y. 1. CD., E.: 2014/1586, K.: 2014/3791, K.T.: 09.07.2014, “*Olay mahallinde adli tıp uzmanıyla birlikte tatbiki ve temsili keşif yapılarak, sanık İ.nin fiziki durumuyla otopsi bulguları dikkate alındığında, sanık İ.’in maktül bıçakla vurmak suretiyle öldürdükten sonra, cesedini ikiye parçalayıp evine on metre mesafedeki çöp konteynirına atmasının mümkün olup olmadığının belirlenmesi*”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

¹⁶⁸ Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 202; Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, s. 1143.

¹⁶⁹ Güreli, **a.g.e.**, s. 52.

¹⁷⁰ Yokuş Sevük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 62.

¹⁷¹ Yokuş Sevük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 63.

¹⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz: Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 303-325; Öntan, **a.g.e.**, s. 56-76; Yokuş Sevük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 63-72.

¹⁷³ Yokuş Sevük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 70.

¹⁷⁴ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 537; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1089; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 521.

inceleme yapılması yerine hakimın kendisinin bir değerlendirme yaparak hüküm veremeyeceği belirtilmiştir.¹⁷⁵ Moleküler genetik incelemeler, analizi gerçekleştirecek doktor veya uzman bakımından bir bilirkişi incelemesi niteliği taşımaktadır.¹⁷⁶ Tıp alanında bilirkişilik, kriminal alanlarda meydana gelen lezyonların “identifikasyonu” yani belirlenip tanımlanması, travmatik lezyonların niteliğinin belirlenmesi, insana ait her türlü saç, kıl, kan, sperm gibi biyolojik oluşumların incelenmesi ve şüpheli, sanık, mağdur ile medeni haklarını kullanmak isteyenlerin durumlarının belirlenmesi gibi konuları kapsamaktadır.¹⁷⁷

Hukuk ve tıp tarihin ilk devrelerinden beri birbirinden yararlanmaktadır. Örneğin; M.Ö. 3000 yıllarında adli vakıalara hekimin de katıldığı bilinmektedir. M.Ö. 44 yılında senato binasında 23 bıçak darbesi ile öldürülen “Julius Caesar”ın ölümüne göğüs boşluğundaki bıçak darbesinin neden olduğuna ilişkin hekim raporu tarihteki ilk adli rapor olarak kabul edilmektedir.¹⁷⁸ Ceza Muhakemesinde adli rapor yazımı tıbbi deontolojide son aşama olan sonuç çıkarma olup tıbbi ve hukuki açıdan muayene ve müdahalenin asıl amacını oluşturmaktadır.¹⁷⁹ Adli raporun titiz, tarafsız düzenlenmiş olması Ceza Muhakemesinin maddi gerçeğe ulaşmasında önemlidir. Raporun dilinin adli mercilerin ve tarafların anlayacağı şekilde sade, gereksiz ayrıntılara girmeden, raporda kullanılan tıbbi terimlerin açıklamalarını içeren, yanlış anlama ve kararsızlıklara neden olmayacak şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.¹⁸⁰ Bilirkişi incelemesi sona erdiğinde yaptığı işlemleri, vardığı sonuçları ve kendisinden istenen incelemeleri açıkça yaptığını belirterek açıklayıcı raporu imzalamış bir şekilde ilgili mercilere gönderecektir. Mühür altında bulunan şeyler de ilgili mercilere gönderilecek ve bu durum tutanak ile bildirilecektir. Ancak elbette ki bilirkişi, CMK m. 67/3 hükmü uyarınca, raporda ve sözlü açıklamaları sırasında çözümünü uzmanlığı,

¹⁷⁵ T.C. Y. 1. CD., E.: 2017/1599, K.: 2017/3412, K.T.: 23.10.2017, “...olay yerinden elde edilen prezervatif üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması, **maktulenin otopsisinde uterus lümeninde tespit edilen 0,5 cm. çapındaki embriyo üzerinde babalık tespitine yönelik moleküler genetik inceleme yapılması suretiyle doğru olup olmadığının belirlenmesi gerektiği düşünülmeden, herhangi bir bilirkişi incelemesine dayanılmaksızın yukarıda bahsedilen embriyonun çapı değerlendirilip, maktulenin sanıktan ayrı olduğu dönemde hamile kaldığı ve bu hususun savunmayı doğruladığı sonucuna varılarak, dosya kapsamına uygun olmayan yanlışlıklarla gerekçeyle sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır.**”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

¹⁷⁶ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1088.

¹⁷⁷ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 16.

¹⁷⁸ Sedat Bakıcı, “Adli Tıp-Adli Tıp Kurumları ve Önemi”, **ABD**, S. 1, 1980, 28-33, s. 28; Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 23.

¹⁷⁹ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 81.

¹⁸⁰ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 98-99.

özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlar dışında açıklama yapamayacak ve hakim tarafından yapılması gereken hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamayacaktır.¹⁸¹

CMK m. 201 uyarınca Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukat; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere, duruşma disiplinine uygun olarak doğrudan soru yöneltebileceklerdir.¹⁸² CMK m. 66/6 hükmünde gerekli olması halinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabileceği gibi; mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısının, bilirkişinin doğrudan soru sormasına izin de verebileceği düzenlenmiştir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi ise görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafî bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilecektir.¹⁸³ Ancak muayene edilen şüpheli veya sanığa yönelik doğrudan soru sorma yetkisini kullanırken bilirkişinin onu aldatmaya yönelik sorular sorması sonucu elde edilecek olan beyan hukuka aykırı nitelik taşıyacak ve ispata ilişkin kanaatin oluşması sırasında kullanılamayacaktır.¹⁸⁴

Bilirkişi mütalaası, başlı başına delil niteliğini haiz değildir; delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi aracıdır. Ancak bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkan iz, eser ya da emareler delil olarak nitelendirilebilecektir.¹⁸⁵ Doktrinde, DNA profillerinin karşılaştırılması sonucunda eşleşme olup olmadığına ilişkin bilirkişi raporunun delil

¹⁸¹ Yokuş Sevrük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 81; Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, s. 1152.

¹⁸² Yokuş Sevrük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 93. Hükümet tasarısında gerekçe olarak; doğrudan soru yöneltmeyi düzenleyen CMK'nın 201. maddesinde, Common Law sisteminde kabul edilen çapraz sorgu sistemini, kanunun bütünüyle bağdaşmayacağı gerekçesiyle tamamen almamakla birlikte savunma hakkını sağlam tutmak amacı ile Cumhuriyet savcısı, müdafî veya vekil sıfatıyla duruşmaya katılan avukata; sanığa, katılana, tanıklara, bilirkişilere ve duruşmaya çağrılmış diğer kişilere doğrudan soru yöneltme yetkisi verildiği; böylece, savunma hakkını güçlendirilmesi ve avukatın daha etkin olması sağlanmaya çalışıldığının amaçlandığı belirtilmiştir. Yokuş Sevrük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 93.

¹⁸³ Yokuş Sevrük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 84.

¹⁸⁴ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 343. Hekimin muayene sırasında yaptığı görüşmede tamamen gizli kalması ve mütalaaya yazılmaması koşulu ile verilen bilgilerin, ilgilinin ses kaydı alınmak suretiyle mahkemeye verilmesinde hukuka aykırı olan bu veriler hukuka aykırılık teşkil edecek ve kullanılamayacaktır. Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 343.

¹⁸⁵ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 277-278; Toroslu/ Feyzioğlu, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 201; Yenerer Çakmut, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, s. 1142. Doktrinde Gürelli, bilirkişi görüşünün mahiyetini bazen delil, bazen delilleri değerlendirme vasıtası ve bazen de her ikisi olarak nitelendirmektedir. Gürelli, **a.g.e.**, s. 18.

niteliğini haiz olduğunun kabul edilmesi gerektiği ifade edilmişse de¹⁸⁶ bilirkişinin sahip olduğu özel bilgisi dolayısıyla çeşitli saptamalar yapması ve bunu mahkemeye bildirmesi durumunda bilirkişi zaten var olan ancak mahkemenin elde edebilmesi için özel bilgiye ve donanımına sahip olmadığı veriyi; sahip olduğu özel bilgi ve donanımla saptamakta ve bunu mahkemeye sunmaktadır. Dolayısıyla bilirkişi tarafından yapılan saptama duruşmada mahkemeye sunulsa dahi burada delil olan şey bilirkişinin yaptığı saptama faaliyeti olmayıp özel uzmanlığı sayesinde elde ettiği veridir. Bilirkişinin faaliyeti bu durumda delil elde edilmesi aracı niteliğindedir. Bilirkişi muhakemeye konu somut olayda uzmanlık alanına ilişkin tecrübe kurallarını bildirmeyip bu tecrübe kurallarını kullanmak suretiyle mahkeme tarafından kendisine bildirilen ya da sahip olduğu uzmanlık sayesinde yine kendisinin elde ettiği verilerden sonuçlar çıkararak bunları mahkemeye bildirmesi durumunda ise bilirkişi mütalaası bir delil değerlendirme aracı niteliğini taşımaktadır.¹⁸⁷

Hakim, resmi bilirkişilerin raporları ile bağlı değildir;¹⁸⁸ bilirkişinin görüşünü serbestçe takdir edecektir.¹⁸⁹ Bunun bir sonucu olarak hakim, gerekli görmesi halinde başka bilirkişilerin de oy ve görüşlerine başvurabilecektir.¹⁹⁰ CMK m. 214 hükmü uyarınca bilimsel görüşlere ilişkin açıklama söz konusu olduğunda da CMK m. 68 gereğince bilirkişi duruşmada dinlenebilecek böylece muayene eden, rapor yazan doktorların duruşmada dinlenmesi mümkün olabilecektir.¹⁹¹ Hakim bilirkişi mütalaasından ulaşılan sonuçları kabul etmediği takdirde bunu mantık kuralları çerçevesinde bilimsel bir şekilde gerekçelendirmelidir. Bununla birlikte hakim veya mahkemenin bilimsel deliller açısından dahi hiçbir denetim yapmadan raporda yer alan sonuçları kararına geçirmesi de mümkün değildir. Bu durumda mahkeme bilimsel sonucun ortaya çıkarılması için kullanılan yöntemin güvenilir olup olmadığını eğer

¹⁸⁶ Bkz: Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 393-394.

¹⁸⁷ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 279.

¹⁸⁸ Gürelli, **a.g.e.**, s. 98.

¹⁸⁹ Gürelli, **a.g.e.**, s. 95. Soruşturmada bilirkişi atamaya yetkili makam olarak Cumhuriyet savcılığı da bilirkişi raporu ile bağlı değildir. Bilirkişinin, soruşturma evresinde savcının yardımcısı gibi işlevi söz konusudur. Yeterli şüpheyi ulaştığında kamu davası açmak zorunda olan Cumhuriyet savcısının 170/4 gereği iddianamede, yüklenen suç oluşturur olayları, mevcut delillerle ilişkilendirilerek açıklayacağı da göz önünde tutulursa delillerin yeterli şüpheyi oluşturup oluşturmadığı bakımından takdir hakkı vardır. Bu bakımdan da bilirkişi raporuyla bağlı bulunmamaktadır. Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 96.

¹⁹⁰ Oral Mavioğlu, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, **İÜHF**, XXXVI, S. 1-4, 1970, 371-387, s. 385. Hakimin bilirkişi raporunu takdir ederken kendi yetersizliğini öncelikle kabul ettiği konuda sonradan keyfi denebilecek bir şekilde kendisi bir düşünce ortaya koyarak buna göre karar veremeyecektir. Mavioğlu, **a.g.m.**, s. 385.

¹⁹¹ Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 89.

güvenilirse bu yöntemi uygulayan kişinin bu alandaki yeterliliği ve yöntemin olaya tam olarak uygulanıp uygulanmadığı konularında denetlemeli hatta gerekli olması halinde başka bilirkişiler aracılığı ile denetlettirmelidir.¹⁹²

4. Koruma Tedbiri

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını, muhakeme sonrası kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanabilmesini sağlamak için uygulanan ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çarelerdir.¹⁹³ Koruma tedbirleri özgürlüğe, vücut bütünlüğüne yönelik olarak şüpheli, sanık veya üçüncü kişilere karşı uygulanabilmektedir.¹⁹⁴ Koruma tedbirlerinin en önemli özelliği, kişi hak ve hürriyetlerine sınırlamalar getirmesidir. Bu sınırlamalar kişinin hürriyetine, malvarlığına, özel hayatının gizliliğine ve vücut bütünlüğüne müdahale teşkil edebilmektedir.¹⁹⁵ Moleküler genetik incelemeler temel hak ve özgürlüklere yönelik müdahale niteliğinde olması dolayısıyla koruma tedbiri niteliğini haizdir.

Moleküler genetik incelemeler ile güvenilir bilimsel yöntemler kullanılarak suçların aydınlatılması ve ceza yargılamasının hukuka uygun bir şekilde makul sürede sonlandırılmasına yönelik deliller elde edildiğine herhangi bir şüphe bulunmamaktadır. Moleküler genetik inceleme kararının inceleme sonrası elde edilen DNA profillerinin korunması, toplanması ve yargılamada hazır bulundurulmasından başka bir amacı bulunmamaktadır. Buna karşılık analiz kararı ile özel hayatın ve kişisel verilerin korunması gibi bazı temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettiği de bilinmektedir.¹⁹⁶ Doktrinde Ceza Muhakemesi Kanununda koruma tedbiri başlığı altında düzenlenmemiş olmakla birlikte koruma tedbiri niteliği taşıyan başka tedbirlerin de bulunduğu, daha çok keşif ve bilirkişi niteliği taşıyan bu düzenlemelerin temel haklara müdahale etmeleri dolayısıyla koruma tedbiri başlığı altında da ele

¹⁹² Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 340; Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 418-419.

¹⁹³ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1087; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 347-348.

¹⁹⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 348-349.

¹⁹⁵ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 185.

¹⁹⁶ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 40.

alınmalarının gerektiği ifade edilmiştir.¹⁹⁷ Bu özelliği dolayısıyla doktrinde adli DNA analizlerinin hukuki niteliğinin koruma tedbiri olduğu ifade edilmiştir.¹⁹⁸

Koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için birtakım şartların varlığı gerekmektedir. Öncelikle temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil ettikleri için koruma tedbirlerinin yasa ile düzenlenmesi gereklidir. Keza koruma tedbirleri geçici nitelikte oldukları için istenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona ermekte ve ancak hüküm kesinleşinceye kadar devam edebilmektedir. Koruma tedbirleri, muhakeme sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ve hükmün yerine getirilmesine yardımcı olmalıdır. Bu yönüyle tedbire başvurmak amaç değil araç niteliğindedir.¹⁹⁹ Koruma tedbirlerine başvurulabilmesi için birtakım ön şartların da gerçekleşmesi gereklidir. Koruma tedbirlerine başvurmada “zorunluluk” bulunmalı tedbire başvurmada gecikme, tehlike doğuracak nitelikte olmalıdır. Gecikme ile kastedilen, o koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeyi güçleştirecek hatta olanaksız kılacak olmasıdır. Bununla birlikte bir suç şüphesinin bulunması ve hakkın gerçekten var olduğu konusunda kuvvetli bir ihtimalin mevcut olması yani “görünüşte haklılığın” bulunması gerekmektedir. Keza koruma tedbirine başvurulması “oranlılık” ilkesine uygun olmalıdır. Orantı, araçla amacın, yöntemle hedefin dengeli olması anlamına gelmektedir. Tedbire muhatap olan kişinin uğrayacağı zarar ile tedbir sonucu elde edilecek yarar arasında bir denge bulunmalıdır.²⁰⁰

İleride ayrıntılı şeklide açıklanacağı üzere moleküler genetik incelemeye başvurulabilmesi için; belli bir suç şüphesinin bulunması, oranlılık ilkesi ve temel haklara ağır müdahale oluşturması dolayısıyla hemen her aşamada hakim kararının aranması, yasayla düzenlenme zorunluluğu şartları koruma tedbirinin özellikleriyle örtüşmektedir.²⁰¹

¹⁹⁷ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1085.

¹⁹⁸ Aygörmöz Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 40.

¹⁹⁹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 349; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 535.

²⁰⁰ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 350-351; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 535-536; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1087.

²⁰¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 520; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 536; Altaş, **a.g.m.**, s. 82.

Koruma tedbirleri ile moleküler genetik incelemenin birbirlerinden ayrıldıkları hususlar da bulunmaktadır. Koruma tedbirlerinin zorlama özelliği moleküler genetik inceleme için her durumda geçerli değildir. Özellikle olay yeri incelemesi ile elde edilen vücuda ait materyallerde herhangi bir zorlama faaliyeti bulunmamaktadır. Şüpheli, sanık yahut diğer bir kişinin materyalin alındığından haberi dahi olmamaktadır. Ancak olay yerinden alınan materyal ile karşılaştırma yapılabilmesi için mutlaka ‘mukayese materyaline’ ihtiyaç duyulmaktadır. Şüpheli, sanık, mağdur veya üçüncü bir kişiden alınarak elde edilebilen mukayese materyal ise çoğu zaman bir zorlamayı gerektirmektedir. Koruma tedbirlerinin bir diğer özelliği geçici olmasıdır; istenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona ermektedir. Yani bir yaptırım niteliğinde değildir. İlk bakışta moleküler genetik incelemeler için de aynı hususun geçerli olduğu söylenebilirse de moleküler genetik inceleme verilerinin ileride muhtemel olarak işlenebilecek suçlar için yapılacak yargılamalarda kullanılmak üzere saklanması, veri bankalarının bulunması koruma tedbirlerinin geçici olma özellikleriyle bağdaşmamaktadır. Bu yönüyle moleküler genetik inceleme önleyici bir tedbir niteliğine bürünmektedir. Koruma tedbirlerinde olduğu gibi moleküler genetik incelemelerde de oranlılık ilkesine uygunluk aranıyorsa da analiz için gecikmede sakınca bulunması zorunlu değildir. Elde edilen materyalin 2 yıl içerisinde analizi yapılabilir. İncelemenin o an için yapılamaması muhakemeyi yapılamaz, hükmü infaz edilemez ya da muhakeme masraflarını karşılanamaz hale getirmesi söz konusu olmamaktadır. Dolayısıyla gecikildiğinde analiz yapılamaz değildir. Ancak başlı başına bu durum moleküler genetik incelemeyi koruma tedbiri olmaktan çıkarmayacaktır.²⁰²

5. Değerlendirme

Moleküler genetik incelemelerin hukuki niteliğine ilişkin açıklamalar doğrultusunda, bu tür incelemelerin bağımsız bir tedbir niteliğinde olmadığı sonucuna varılabilecektir. Zira bir taraftan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin bir parçası olması ve moleküler genetik incelemelerin konusunu kişinin hassas verilerinin oluşturması dolayısıyla koruma tedbiri niteliği bulunurken; diğer taraftan olay yerinden elde edilen iz ve materyaller üzerinde uygulanması dolayısıyla olay yeri

²⁰² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 520-521; Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 536-537; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1087-1088.

incelemesi ve hakim bakımından keşif niteliği bulunmakta; bir diğer taraftan ise elde edilen verilerin bilirkişi tarafından incelenmesi analizin bilirkişi incelemesi niteliğini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla moleküler genetik incelemeler karma bir hukuki niteliği haizdir.²⁰³

II. CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERE KONU VERİLER

Canlı organizmaya ait (bitki, hayvan, insan) her türlü biyolojik materyal moleküler genetik incelemelerin konusunu oluşturmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukunda ise moleküler genetik incelemelerin konusunu “insana ait biyolojik bulgu ve materyaller” oluşturmaktadır.²⁰⁴ Bu biyolojik bulgu ve materyaller, Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesinin 1. ve 2. fıkrası ile ilgili Yönetmeliğin 23. Maddesi uyarınca öngörülen işlemler sonucu elde edilmektedir.²⁰⁵

Biyolojik bulgular olayın özelliğine göre şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücudundan örnek alınarak yahut olay yerinde parçalanmış şekilde veya olay yerindeki eşyalara/objelere bulaşmış şekilde bulunabilmektedir.²⁰⁶ Biyolojik bulguların bu şekilde dağılımı Ceza Muhakemesi Hukukunda yapılacak olan moleküler genetik incelemelerin iki yönünü ortaya koymaktadır: Olay yerinden elde edilen “iz materyalin analizi” ve şüpheli, sanık yahut diğer kişilerden elde edilen “vücut materyalinin analizi”.²⁰⁷ Moleküler genetik incelemeler özünde olay yeri incelemesi ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin tamamlayıcısı niteliğindedir. Olay yeri inceleme ekiplerince toplanan örnekler ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri sonucu ilgili kişilerden alınan örneklerin analize tabi tutularak elde edilen materyallerin kime ait olduğunun belirlenebilmesi amacıyla

²⁰³ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 534; Özbek, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, s. 375; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1085-1086; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 82. Yenisey/Nuhoğlu; moleküler genetik incelemelerin Ceza Muhakemesi Hukukunda hukuki niteliğinin koruma tedbiri olduğunu; bu tedbir kullanılarak daha sonra delil olarak kullanılacak şüphe sebeplerinin elde edileceğini ifade etmektedir. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 635.

²⁰⁴ Batur, **a.g.m.**, s. 74.

²⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636.

²⁰⁶ Batur, **a.g.m.**, s. 74.

²⁰⁷ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1086; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 519.

karşılaştırılmaktadır.²⁰⁸ Beulke, moleküler genetik incelemelerin temelini daima suç soruşturma makamları²⁰⁹ tarafından değişik yollarla elde edilen karşılaştırma materyalinin²¹⁰ oluşturduğunu belirtmektedir.²¹¹

A. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma Yoluyla Örnek Elde Edilmesi

Gelişen teknoloji ile birlikte beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, delil değeri yüksek bazı verilere ulaşılabilmesi açısından önem kazanan bir delil elde etme yöntemidir.²¹² Moleküler genetik inceleme için kişiden alınan tek bir referans numune dahi yeterli olabilmektedir.²¹³ Bu yönüyle bedene müdahale teşkil eden beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ceza muhakemesi açısından büyük önem taşımakta²¹⁴ ve alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması, işlenmiş olan suçla ilgili son derece önemli delillere ulaşılabilmesini sağlayabilmektedir.²¹⁵

1. Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma

Beden muayenesi, şüphe sebebiyle veya delil elde edilmesi amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik olarak araştırılmasıdır.²¹⁶ Bedenin tıbbi muayenesi; Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde bedenin tıbbi muayenesi, “*tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler*” olarak tanımlanmıştır. Yapılan tanımlamada muayene faaliyeti bir bütün olarak ele alınmış, tedavi, tespit ve teşhis amacına yönelik olarak muayenenin özellikleri bir arada sayılmıştır. Oysa Ceza Muhakemesi Hukuku anlamında muayene amaç unsuru

²⁰⁸ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, *İÜHFM*, 2012, C. LXX, S. 1, 19-38, s. 28.

²⁰⁹ Strafverfolgungsbehörden.

²¹⁰ Vergleichsmaterial.

²¹¹ Beulke/Swoboda, *a.g.e.*, s. 175.

²¹² Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 283.

²¹³ Güngör/Bakşi, *a.g.m.*, s. 65.

²¹⁴ Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 21.

²¹⁵ Yenisey/Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 620; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 513.

²¹⁶ Yenisey/Nuhoğlu, *a.g.e.*, s. 620.

yönünden tedavi ve teşhis amaçlı muayenelerden farklılık arz etmektedir. Müdahale ise, “*tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler*” olarak tanımlanmıştır. Müdahale nitelikli işlemler muayene kapsamı içinde kabul edilmemiş²¹⁷ ve müdahale kavramı muayene kavramından daha geniş kapsamlı olarak tanımlanmıştır.²¹⁸ İç beden muayenesi kavramı Yönetmeliğinin 3. maddesinde; “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” olarak tanımlanmıştır. Kanunda (m. 75/4) ve Yönetmelikte (m. 4/4) cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi olarak kabul edileceği belirtilmiştir.²¹⁹ Kanun koyucu bu hükümle cinsel organ ve anüs bölgesinde yapılan muayenenin cilt altı dokularında yahut cildin yüzeyinde yapılıp yapılmaması ayrımını kaldırarak bunun bir iç beden muayenesi olduğunu hüküm altına almıştır. Kişinin cinsel bölgesinin görülmesi ve bu bölgelerin tıbbi görüntüleme yöntemleri ile muayenesi iç beden muayenesi kapsamında kabul edilmiştir.²²⁰ Vücudun bu kısımlarının aslında dış bedene ait doğal vücut boşlukları olarak nitelendirilmesi mümkündür. Ancak beden bu bölümlerinde yapılacak olan muayenenin kişinin ar ve hayâ duygularını zedeleme olasılığı yüksek olduğundan yerinde olarak iç beden kabul edilerek daha sıkı koşullara bağlanmıştır.²²¹ Keza genital muayenenin Türk Ceza Kanunu’nda suç olarak düzenlenmesi de cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılacak olan muayenenin koşullarının ağırlaştırılmasını gerektirmiştir. Ceza Muhakemesi Kanununun 75. maddesindeki şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması başlığından hareketle muayenenin niteliğine yönelik bir ayrıma gidildiği anlaşılmassa da hükümde yalnızca iç beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya yer verilmesi böyle bir ayrımın varlığını ortaya koymaktadır. Buradan hareketle şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine ilişkin düzenleme kanunda yapılmışken; dış beden muayenesi kapsam ve koşulları genel olarak iç beden muayenesine benzer olacak şekilde ilgili yönetmelikte hüküm altına alınmıştır.²²² Kanaatimizce Anayasanın 17/2 hükmü göz

²¹⁷ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 78.

²¹⁸ Faruk Turhan, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli ve Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, TBB Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1025-1075, s. 1030.

²¹⁹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 286.

²²⁰ Aksoy İpekçiöğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 24-25.

²²¹ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²²² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 310; Fatih Selami Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 3,

önünde bulundurulduğunda vücut bütünlüğüne müdahale teşkil edebilen dış beden muayenesine yönelik düzenlemelerin de kanun ile yapılması gerekmektedir. Ayrıca kanun koyucunun iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma giderek düzenleme yapması doktrinde Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda kabul edildiği şekilde; niteliğe yönelik, vücuda müdahale niteliğinde olan muayene ve örnek alma işlemleri ile vücut yüzeyinde elle veya gözle yapılan müdahale özelliği göstermeyen muayene ve örnek alma işlemleri şeklinde ayrıma gidilmesinin daha doğru olacağı belirtilerek haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Zira basit bir işlemle ağız boşluğundan sürüntü (swap) yoluyla örnek alınması ile ağız boşluğundan iğne ve benzeri aletler kullanılarak tıbbi müdahalelerle biyolojik materyal alınması işlemlerinin nitelikleri aynı değildir.²²³

Vücuttan örnek alma, beden muayenesine benzer olarak Ceza Muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücut dokunulmazlığına müdahale teşkil edebilecek nitelikte muhakeme faaliyeti için yapılan bir diğer işlemdir.²²⁴ Ancak vücuttan örnek alma, bedene yönelik bir müdahale teşkil etmekle birlikte beden muayenesinden farklıdır. Beden muayenesinde muayenenin konusu şüpheli, sanık ve diğer kişiler iken vücuttan örnek almanın konusu vücuttan alınan örneklerdir. Uyuşmazlığın çözümünde her ikisine aynı anda başvurulabileceği gibi farklı zamanlarda da başvurulabilecektir.²²⁵ Ceza Muhakemesi Hukuku anlamında vücuttan örnek alma maddi gerçeğe ulaşılabilmesi için delil elde etme amacıyla insan vücudundan doku alınmasıdır.²²⁶ İlgili Yönetmeliğin Tanımlar başlıklı 3. maddesinde örnek, “*bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal*” olarak tanımlanmıştır.²²⁷ Biyolojik materyalin alınma şekli ve türü amaca göre farklılık arz etmektedir. Vücuttan alınan örneğin alındığı yere göre “vücudun üzerinden alınanlar” ve “vücut ve vücut boşluklarından girişimsel (invaziv) yöntemlerle alınanlar” olmak üzere ikiye ayrılmakta; alınan materyalin cinsine göre ise kan, saç, kıl, kemik, tırnak, deri parçası,

<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.11.2018); Turhan, **a.g.m.**, s. 1031. İç beden muayenesine CMK m. 75’te düzenlenmiş olmasına rağmen dış beden muayenesine yer verilmemiş olmasının nedeni 5353 sayılı kanunla CMK m. 75’te yapılan değişiklik gerekçesinde; “dış beden muayenesi ayrıca düzenlenmemiştir. Dış beden muayenesi için ayrıca karar alınmasına gerek bulunmayıp soruşturma ve kovuşturma makamları bu işlemleri kendileri yapabileceklerdir.” şeklinde belirtilmiştir. Turhan, **a.g.m.**, s. 1029.

²²³ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 135.

²²⁴ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 116.

²²⁵ Pervin Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, 1157-1175, s. 1159.

²²⁶ Batur, **a.g.m.**, s. 74.

²²⁷ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 286.

semen, gaita gibi doku örnekleri, idrar, tükürük, seminal, sperm, vajinal ve anal yayma gibi vücut sıvıları şeklinde ayrılmaktadır.²²⁸ Kanun koyucu vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesini iç beden muayenesi kapsamında görmeyerek ayrıca düzenlemiştir. Vücuttan alınan örnekler kanun koyucu tarafından biyolojik örnekler ve diğer örnekler olarak ikili bir ayrımla ele alınmıştır.²²⁹ Ancak belirtilmelidir ki “benzeri biyolojik örnekler” ifadesi esasen maddede sayılan kan, tükürük, saç, tırnak vb. tüm ifadeleri zaten kapsamaktadır. Dolayısıyla doktrinde değişikliğe gidilmesi gerektiği yerinde olarak ifade edilmiştir.²³⁰

Belirtmelidir ki beden muayenesi ve vücuttan örnek alma hükümlerinin uygulanabilmesi için muayeneye konu olacak kişinin “canlı” olması gereklidir. Bu nedenle maktul ile mağdur kavramları birbirinden ayırt edilmelidir. Ölü bedenler üzerinde yapılacak olan muayene ve örnek alma işlemlerinde Ceza Muhakemesi Kanununun 75. ve 76. maddeleri değil; keşif, adli muayene veya otopsiye ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.²³¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu uyarınca da ölmüş kişiler hakkında 81a ya da 81c hükümleri yerine ölmüş kişilerden kan örneği alınması için öngörülen 94. madde uygulanacaktır.²³²

a. Amacı

Şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından uygulanabilecek olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin amacı kanunda “*bir suça ilişkin delil elde etmek*” olarak belirlenmiştir.²³³ Ceza Muhakemesi anlamında beden muayenesi

²²⁸ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 120.

²²⁹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 310.

²³⁰ Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 76.

²³¹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 622; Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 116, 261; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

Adli muayene, ölmüş bir insan vücudunun üzerinde ölümün meydana geliş şekli ve kimlik tespitine yönelik bir faaliyettir. Beden muayenesinde kişinin sağ olması dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin ihlali ve Ceza Muhakemesinde uyulması gereken kurallar, yasal düzenlemeler söz konusu olmaktadır. Adli muayene ve otopsi bir delil araştırma, keşif işlemiyken; beden muayenesi ve vücuttan örnek alma temel hak ve özgürlüklere müdahale edebilen yasal düzenlemeler ile sıkı olarak çerçevesi çizilen koruma tedbiri niteliği ağır basan karma nitelikli bir muhakeme işlemidir. Otopsi ve adli muayenede klasik bir hasta-hekim ilişkisi bulunmazken beden muayenesi ve örnek almada delilleri tespit işleminin yanı sıra tedavi amaçlı muayene de mümkün olabilmektedir. Hekim bir bilirkişi olmakla beraber koruyucu ve tedavi edici hekimlik sıfatını da icra etmektedir, Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 17-18.

²³² Schroeder/Verrel, **a.g.e.**, s. 105.

²³³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 510; Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 2; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287.

ve vücuttan örnek alma işlemlerine başvurulabilmesi için öncelikle “bir suçun işlendiğine ilişkin şüphenin” varlığı gerekmektedir. Bir suçun işlendiğine dair şüphenin bulunmadığı durumlarda muayene ve örnek alma işlemleri ceza muhakemesi uygulaması sayılamayacaktır. Keza ilgili madde gerekçesinde de muayene ve örnek almanın ancak sanığa isnat edilen bir suçla ilgili olarak delil elde etme amacına yönelik uygulanabileceği; bilimsel deney ve veri bankası oluşturmak amacıyla bu işlemlerin yapılamayacağı belirtilmiştir.²³⁴ Vücuda müdahalenin amacı ancak var olan bir suç şüphesini kuvvetlendirmek veya şüpheyi ortadan kaldırmak olabilecek; bir suç şüphesi oluşturmak ve soruşturma evresini başlatmak için vücuda müdahale edilemeyecektir.²³⁵ Delil elde etme amacı taşımayan muayene ve örnek alma, Ceza Muhakemesi Kanununun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümleri kapsamına girmemektedir.²³⁶ Bu haliyle beden muayenesi; bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla kişinin vücudunun içinde veya dışında tıbbi inceleme yapılması iken vücuttan örnek alma; bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla ilgililerden biyolojik ve diğer materyalin alınmasıdır.²³⁷

Vücuttan örnek alınarak delil elde edilmesi amacı dışında vücuttan örnek alma tedbiri Ceza Muhakemesi Kanunun 78. madde hükmü uyarınca soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde de uygulanabilmektedir. Bu durumda amaç referans numune alıp karşılaştırma yapabilmektir. Suça konu olayla ilgili olarak elde edilmiş delil niteliğindeki biyolojik maddenin kime ait olduğunun tespiti ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması, yapılacak inceleme ve analizler sonucu elde edilecek verilerin şüpheli, sanık veya mağdurdan alınan bu referans numunelerden elde edilecek verilerle

²³⁴ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 224; Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 4; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 74.

²³⁵ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 311. Soruşturma evresinin, şüpheli veya sanığın vücuduna müdahale teşkil edebilecek bir işlem ile başlaması mümkündür. Ancak bu müdahale işleminin yapılmasına karar verebilmek için soruşturma evresini başlatmayı haklı gösterecek ölçüde suç şüphesinin bulunması gereklidir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 311.

²³⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 621. Ceza Muhakemesi Kanunundaki ve ilgili düzenlemeler dışında Türk Ceza Kanunu, 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarını Tarzı İcrasına Dair Kanun, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun, 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Hasta Hakları Yönetmeliği ve Hekimlik Meslek Etiği Kuralları gibi düzenlemelerde ise delil elde etme amaçlı olmayan beden muayenesine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Tedavi veya diğer amaçlı muayeneler, gözaltına alınan kişinin sağlık kontrolü delil elde etme amaçlı olmadıkları için hakimden önceden karar alınması gerekli olmayan durumlar oldukları için TCK m. 287 kapsamında suç da teşkil etmemektedir. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 621.

²³⁷ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 1.

karşılaştırılması ile mümkün olabilmektedir.²³⁸ Hatta vücuttan örnek alma işleminin çoğunlukla olay yerinden elde edilmiş deliller ile karşılaştırma yapmak için gerçekleştirildiği belirtilmiştir.²³⁹

b. Hukuki nitelik

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma Kanunun “Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif” başlıklı üçüncü kısmının üçüncü bölümünde “Gözlem Altına Alma, Muayene, Keşif ve Otopsi” başlığı altında düzenlenmiştir. Bu başlık altında sayılan diğer işlemler gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alma da bilirkişi incelemesinin zorunlu olduğu çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren işlemlerdendir.²⁴⁰ Kanaatimizce ve doktrinde de genel kabul gören görüşe göre; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, koruma tedbiri ve soruşturma aracı olma özelliklerini birlikte taşıyacak şekilde ‘*karma nitelikli*’ bir kurum olarak düzenlenmiştir. Hem bir bilirkişi incelemesi hem bir keşif hem de temel hak ve özgürlüklere özellikle de kişi dokunulmazlığına müdahale teşkil ettiğinden koruma tedbiri niteliklerini haizdir. Ancak kurumun düzenlendiği bölüm ve düzenleniş şekli arasında uyum bulunmadığını belirtmek gereklidir.²⁴¹ Doktrinde, Kanun koyucunun da beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerini sıkı şartlara bağlamakla koruma tedbiri olma özelliğini ortaya koyduğu; CMK’da gözlem altına alma, keşif, otopsi başlığı altında düzenlenmiş olmakla birlikte koruma tedbiri niteliğinin daha ağır bastığı;²⁴² bu sebeple koruma tedbirleri başlığı altında yer verilmesinin daha uygun olacağı ifade edilmiştir.²⁴³

²³⁸ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 64; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 514; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019); Gizem Dursun, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, **DEÜHFD, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan**, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2955-2996, s. 2974; Batur, **a.g.m.**, s. 74.

²³⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 622; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 309.

²⁴⁰ Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 22.

²⁴¹ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 183; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 307-308; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 511; Aygün, **a.g.m.**, s. 52; Batur, **a.g.m.**, s. 76.

²⁴² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 511; Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 185-187; Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 21; Aygün, **a.g.m.**, s. 52.

²⁴³ Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1165.

Mehaz kanun olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da 1931 yılında (m. 81a-81g) “Bilirkişi ve Keşif” başlığı altında koruma tedbirlerine paralel bir şekilde düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alma çok uzun yıllardan beri uygulanmaktadır.²⁴⁴ İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununda ise “araştırma araçları” başlığı altında soruşturma evresinde başvuru delil araştırma yöntemlerinden biri olarak ‘denetim’ adı ile düzenlenmiştir. İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununda tutuklama gibi koruma tedbirleri, “koruma tedbirleri” başlığı altında düzenlenmiştir.²⁴⁵

c. Vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanacağı kişiler

Vücuttan örnek alma tedbiri şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Şüpheli ve sanığın vücudundan moleküler genetik incelemeler yapılabilmesi için örnek alınması Ceza Muhakemesi Kanunun 75.

²⁴⁴ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019); Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 308.

²⁴⁵ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 308.

maddesinde,²⁴⁶ ilgili Yönetmeliğin ise 6. maddesinde²⁴⁷ düzenlenmiştir.²⁴⁸ Diğer kişilerin vücudundan örnek alma Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinde²⁴⁹ ve

²⁴⁶ **Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması**

Madde 75 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/2 md.): “1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. 2) İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. 3) İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. 4) Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır. 5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamaz; kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz. 6) Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. 7) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.” <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁴⁷ **Şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınması**

Madde 6 – “1) Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak, gibi örnekler alınabilmesine, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu örnekler Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilerek bu husus tutanağa geçirilir. 2) Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. 3) Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. 4) Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır. 5) Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz. 6) Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.”, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁴⁸ Batur, a.g.m., s. 76.

²⁴⁹ **Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması**

Madde 76 – (Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) “1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. 2) Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur. 3) Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir. 4) Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. 5) Bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir.”, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

ilgili Yönetmeliğin ise 8. maddesinde²⁵⁰ düzenlenmiştir.²⁵¹ Ceza Muhakemesi Kanunumuzda diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması, şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasından daha katı koşullara tabi tutulmuş ve ayrıntılı bir şekilde kaleme alınmıştır.²⁵² Belirtilmelidir ki iz bilimi açısından gözle görülemeyen mikro izlerle soruşturmanın hızla ilerlemesi, fail/failere ulaşılması ve maddi gerçeğin elde edilmesi imkanı karşısında diğer kişiler bakımından tedbire başvurmak mümkün hatta bir bakıma da zorunludur.²⁵³ Ancak doktrinde diğer kişiler kavramının kapsamı konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Bu sebeple moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanma şartlarına geçmeden önce diğer kişiler kavramının kapsamının açıklanması gerektiği kanaatindeyiz.

Diğer kişiler kavramı, şüpheli ve sanık dışında kalan mağdur,²⁵⁴ soybağı araştırılacak çocuk ve ilgili diğer kişileri kapsayan geniş bir kavramdır. Kanunda 76. maddenin başlığı “*diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” olarak belirlenmiştir. Ancak hükümde sadece mağdur ve soybağı araştırılacak çocuğun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin düzenleme yapılmıştır. Kavram olarak diğer kişiler ifadesi, mağdur ve soybağı araştırılacak çocuktan daha geniş bir kavramdır. Mağdur ve soybağı araştırılacak çocuk dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi yahut vücudundan örnek alınması işlemlerine ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi, bir diğer tabirle kanun başlığı ile içeriğinin farklı düzenlenmesi bu

²⁵⁰ **Diğer kişilerin vücudundan örnek alınması**

Madde 8 – “1) Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun ve diğer kişilerin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine, sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re’sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. 2) Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. 3) Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.”, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁵¹ Batur, **a.g.m.**, s. 78.

²⁵² Turhan, **a.g.m.**, s. 1027.

²⁵³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 514, Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁵⁴ Mağdur (pasif süje), ceza normu tarafından korunan ve suç tarafından ihlal edilen varlık veya menfaatin sahibidir. Nevzat Toroslu, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2009, s. 95. Mağdur kavramı ise yönetmeliğin 3. maddesinde “suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi” olarak tanımlanmıştır. Ancak tanımı yapılan kavram, mağdur değil suçtan zarar görendir. Suçtan zarar gören kavramı ile mağdur kavramı birbirinden farklı olup aynı kavramlar değildir. Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 630.

tedbirlerin muhatabının kim olacağı sorununu doğurmaktadır.²⁵⁵ Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinin gerekçesinde ise vücuttan örnek alınması işleminin şüpheli ve sanık dışındaki başka kişiler açısından da gerekli olabileceği belirtilmiştir.²⁵⁶ Kanunun uygulamasını göstermek amacıyla çıkarılan Yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerinde düzenlenen diğer kişilerin beden muayenesi vücutundan örnek alınması hükümlerinde kanundan farklı olarak “mağdur ve diğer kişiler”²⁵⁷ ifadeleri kullanılarak “diğer kişi” kavramı şüpheli ve sanık dışındaki herkesi kapsayacak şekilde kullanılmıştır.²⁵⁸ Ancak böyle bir düzenlemenin kanun yerine yönetmelik ile yapılması haklı olarak kanunun çizdiği sınırın aşılması olarak nitelendirmiştir. Kanuni düzenlemedeki başlıkta diğer kişiler ifadesine yer verip sonrasında içeriğinde yalnızca mağdura yer verilmesi mağdur dışındaki diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma düzenlemesinin yapılmasının unutulduğunu göstermektedir. Şüpheli ve sanık dışındaki kişiler hakkında vücuttan örnek alma, kanuni bir temele oturtulmadığı için mağdur dışındaki diğer kişilerin bu işlemlere tabi tutulması ve dolayısıyla bu yolla elde edilen deliller hukuka aykırılık arz edecektir.²⁵⁹ Uygulamada ise şüpheli, sanık ve mağdur dışındaki diğer kişiler hakkında beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanmasında herhangi bir tereddüt yaşanmadığı görülmektedir.²⁶⁰

Kanaatimizce, her ne kadar kanun koyucunun amacı gerekçede ifade edildiği şekilde geniş kapsamlı olarak şüpheli ve sanık dışında kalan kişilere bu tedbirin uygulanması olsa da temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden böyle bir tedbirin

²⁵⁵ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 292; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Bahri Öztürk/Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem/Özge Sırma/Yasemin F. Saygılar Kırt/Özlem Özaydın/Esra Alan Akcan/Efser Erdem, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2012, s. 499-500.

²⁵⁶ Dursun, **a.g.m.**, s. 2975, “*maddî gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de beden muayenesi gerekli olabilir. Örneğin, mağdur üzerinde yapılacak olan incelemeler, iddia ve savunma açısından önemli bulguları ortaya koyabilir. Bu nedenle maddede, 78 inci maddede yer alan usulün şüpheli veya sanık dışındaki kişiler bakımından da uygulanabilmesi öngörülmüştür.*” Dursun, **a.g.m.**, s. 2975, dp. 51.

²⁵⁷ Belirtilmelidir ki bu şekilde mağdur ve diğer kişiler ayrımına gidilmesi de diğer kişiler kavramının zaten mağduru da içine alacak genişlikte olması dolayısıyla eleştiriye açık bir düzenlemedir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316.

²⁵⁸ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁵⁹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 291-292. Doktrinde Kanunun ifadesinden vücuttan örnek alma tedbirinin mağdur hakkında uygulanacağını anlaşıldığı bazı durumlarda mağdur dışındaki diğer kişiler hakkında da vücuttan örnek alma tedbirinin uygulanması gerektiği ifade edilmiş ve örnek olarak tecavüz suçunda mağdurun tecavüz sonrası hamile kalması, ceninin ya da doğacak bebeğin de muayenesi veya vücutundan örnek alınması gerekebileceği ve bu durumda CMK m. 76 uygulama alanı bulacağı ifade edilmiştir. Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁶⁰ Batur, **a.g.m.**, s. 79.

mağdur ve soybağı araştırılacak çocuk dışında uygulama alanı bulabilmesi için kanunda açıkça düzenlenmesi gereklidir.²⁶¹

2. Vücuttan Örnek Almanın Şartları

Koruma tedbiri niteliğinin bulunması dolayısıyla vücuttan örnek alınmasında uyulması zorunlu birtakım koşullar bulunmaktadır.²⁶² Özünde bir tıbbi müdahale olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, tıbbi müdahalenin genel koşullarına tabidir.²⁶³ Tıbbi müdahale, kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden bedensel, fiziksel ve ruhsal birtakım anomalilerin teşhisi, tedavisi, hastalığın hafifletilmesi, acıların dindirilmesi, hastalığın önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural, ilke ve teknik gereklere uygun şekilde gerçekleştirilen en basit tıbbi tedaviden en ağır cerrahi operasyonlara kadar uzanan bir girişim olarak ifade edilmektedir.²⁶⁴ Tıbbi müdahale kavramı tıp bilimi uygulamasında klasikleşmiş bulunan ya da yeni geliştirilmiş olmakla beraber tıbbi nitelik taşıdığı genel kabul görmüş mevcut birtakım müdahale tiplerinden soyutlanmak suretiyle oluşmuş, teknik ve içeriği zamana göre değişken, dinamik bir kavramdır.²⁶⁵ Kişinin yaşamı, sağlığı ve cismani bütünlüğüne yönelik bir müdahalenin tıbbi nitelik taşıyıp taşımadığının belirlenmesi; kim tarafından, hangi amaçlarla ve nasıl gerçekleştirileceği ile yakından ilgilidir.²⁶⁶

Kişinin yaşamına, sağlığına veya vücut tamlığına yönelik olarak gerçekleştirilecek bir müdahalenin tıbbi müdahale olarak kabul edilmesi ve hukuka

²⁶¹ Aynı yönde bkz: Berrin Akbulut, “Dış Beden Muayenesi”, *TAAD*, Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, 83-123, s. 99.

²⁶² Turhan, *a.g.m.*, s. 1041; Batur, *a.g.m.*, s. 76.

²⁶³ Ünver/Hakeri, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 294.

²⁶⁴ Cüneyt Çilingiroğlu, *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 15; Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Doktora Tezi, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972, s. 24; Mustafa Kıcalıoğlu, *Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2011, s. 1, 3-4; Fatih Birtek, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, *İBD*, C. 81, S. 5, 2007, 1997-2006, s. 1999; Özlem Yenerer Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003, s. 24.

²⁶⁵ Çilingiroğlu, *a.g.m.*, s. 15; Nevzat Güreli, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, *Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan (1981-1982)*, *İÜHF*, 1979-1980-1981 C. 45, S. 1-4, 267-275, s. 268.

²⁶⁶ Çilingiroğlu, *a.g.e.*, s. 15.

uygun sayılabilmesi için birtakım şartların varlığı aranmaktadır.²⁶⁷ Bunlar; tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler tarafından gerçekleştirilmesi, müdahalenin gerekli ve tıp biliminin genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılması, kanunen öngörülmüş amaçlara uygun gerçekleştirilmesi ve hastanın aydınlatılmış rızasının bulunmasıdır.²⁶⁸ Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için sağlanması gereken bu şartlar özünde tıbbi müdahale teşkil eden vücuttan örnek alma için de geçerlidir.

a. Kişinin sağlığına zarar vermeme

Hiçbir hukuki menfaat kişinin yaşam hakkı ve sağlığından daha önemli bir değer taşımamaktadır. Bu sebeple kişinin rızasının bulunması durumunda dahi sağlığa zarar verme tehlikesi bulunan işlemlerin yapılamayacağı kabul edilmektedir.²⁶⁹ Keza Ceza Muhakemesi Kanununun 75/2 hükmünde vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, ‘*kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması*’ koşulu ile gerçekleştirilebileceği düzenlenmiştir.²⁷⁰ Belirtilmelidir ki Kanunda yalnızca kan veya benzeri biyolojik örneklerden söz edilmesiyle kan veya benzeri biyolojik örnekler dışındaki örnekler için kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartının aranmadığı anlaşılmaktadır.²⁷¹ Ceza Muhakemesi Kanunun 76/1 hükmünde ise vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için müdahalenin kişinin ‘*sağlığını tehlikeye*

²⁶⁷ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 26; Özlem Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku), Sempozyum**, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 1-40, s. 39.

²⁶⁸ Ş. Berfin Işık Yılmaz, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **TBB Dergisi**, 2012(98), 389-410, s. 391-392; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 26-41; Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, s. 4-6; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 111; Hakan Hakeri, “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku), Sempozyum**, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 61-147, s. 62; Battal Yılmaz, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ekim 2010, s. 3-7; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 2-3.

²⁶⁹ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 234.

²⁷⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 510. İlgili Yönetmeliğin 6. Maddesinde ise vücuttan örnekler alınabilmesi için müdahalenin, ‘*kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması*’ durumunda yapılabileceği ifade edilmiştir. Yönetmelikte aranan açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi koşulunun tedbiri uygulayan kişide daha sonra bir zarar doğması durumunda bu zararlı netice bakımından taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması anlamına geldiği ifade edilmiştir. Aksi durumda tedbiri uygulayan taksirli hareketinin meydana getirdiği neticeden sorumlu tutulabilecektir. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 510.

²⁷¹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 311-312.

düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak koşuluyla’ yapılabileceği düzenlenmiştir.²⁷²

Beden muayenesi ve örnek alma işlemlerinde vücuda bir miktar zarar verileceği, muayene ve örnek alma işlemlerinin ilgisini sıkıntıya sokacağı, acı vereceği kaçınılmazdır. Bu durum ceza muhakemesinin amacı, kişilerin katlanma yükümlülükleri ve orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilebilecektir. Ancak yasalar buna bir sınıra kadar izin vermektedir.²⁷³ Sağlığa zarar verme tehlikesi, müdahalenin kişinin dış görünümüne, acı duygusuna ve psikolojisine zarar verme ihtimali düşünülerek değerlendirilmelidir. Müdahalenin doğasından kaynaklanan kaçınılmaz acı ve hoşnutsuzluk duygusuna katlanılması gerekli olup; sağlığa zarar verme olarak değerlendirilemeyecektir.²⁷⁴ Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi, hukuki bir kavram olmadığı için hakim ya da savcının bilirkişi olarak hekim veya bir sağlık personelinin görüşüne başvurması gereklidir.²⁷⁵ AİHM, hastanın yeterli şekilde anamnezinin alınmamasını ve müdahalenin ilgilinin sağlığında meydana getirebileceği tehlikenin özenli bir şekilde değerlendirilmemesini kişinin sağlığı açısından tehlike oluşturabileceğini kabul etmektedir.²⁷⁶

Yönetmeliğin 3. maddesinde “*tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” olarak tanımlanan cerrahi müdahale,²⁷⁷ şüpheli ve sanık üzerinde yapılacak olan vücuttan örnek alma işlemi açısından yasaklanmış olmayıp sadece sağlığa zarar vermeme şartı öngörülmüştür. Bunun yanı sıra 76. maddede diğer kişiler açısından orantılılık ilkesinin bir görünümü olarak cerrahi müdahalede bulunulamayacağı ve ancak sağlığı tehlikeye düşürmeyecek hallerde işlem yapılabileceği düzenlenmiştir.²⁷⁸ Bundan olarak şüpheli veya sanık dışındaki kişilerin vücutundan operasyon gerektiren müdahaleler yolu ile biyolojik örnek

²⁷² Batur, **a.g.m.**, s. 79; Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 261. Yönetmeliğin 8. maddesinde ise şüpheli ve sanık için yapılan düzenlemeye benzer şekilde diğer kişilerin sağlığını “*açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak*” koşulu aranmıştır. Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515.

²⁷³ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 234.

²⁷⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 312.

²⁷⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 513; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 312.

²⁷⁶ Turhan, **a.g.m.**, s. 1052.

²⁷⁷ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 625; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515.

²⁷⁸ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 236; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Mahmutoğlu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 21; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

alınamayacaktır.²⁷⁹ Bu yasağın sebebi; suçla doğrudan bağlantısı bulunmayan kimselerin, salt maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi amacıyla tedbire maruz kalmaları suretiyle haklarına en alt düzeyde müdahale edilmesinin amaçlanmış olmasıdır.²⁸⁰ Şüpheli ve sanığa, muayenesi için ilgili koşulların oluşması ve ölçülülük ilkesine de aykırılık teşkil etmemesi koşuluyla cerrahi müdahalede bulunulabilecektir. Ancak cerrahi müdahalede bulunurken ölçülülük ilkesi kapsamında fiilin ceza hukukunda karşılığı olan ceza miktarı da göz önünde bulundurulmalıdır.²⁸¹

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerine karar verilirken orantılılık ilkesi doğrultusunda vücut bütünlüğünün zedelenmemesi, kişinin sağlığının tehlikeye düşürülmemesi amaçlanmaktadır. Tedbir ile elde edilecek yararın fazla olması halinde tedbire karar verilebilecek ancak kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunması durumunda ise tedbire başvurulamayacaktır. Bu durumda elde edilecek delillerin başka yollar ile elde edilmesi imkanının bulunup bulunmadığı araştırılarak öncelikle o yollar denenecektir.²⁸²

b. Tabip veya sağlık mesleği mensubu kişi olma

Ceza Muhakemesi Kanununun 75/3 hükmü uyarınca vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler²⁸³ alınmasının “*ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından*” yapılabileceği düzenlenmiştir.²⁸⁴ İlgili Yönetmeliğin 6. maddesinin 3.

²⁷⁹ Batur, **a.g.m.**, s. 79.

²⁸⁰ Dursun, **a.g.m.**, s. 2978.

²⁸¹ Özge Apış, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, **MÜHF-HAD**, 2012, C. 18, S. 1, 267-296, s. 286; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 625; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁸² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 513; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁸³ Vücuttan örnek alma ile ilgili olarak kanunun 75. maddesinin 1. fıkrasında “kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler” ibaresi bulunmakta iken örnek almaya yetkili kişi ile ilgili 3. fıkrasında “kan veya benzeri biyolojik örnekler” denilmektedir. Burada vücuttan alınacak örnekler arası bir ayrıma mı gidildiği yoksa bir unutma mı olduğu anlaşılamamaktadır. Eğer kanun koyucu böyle bir ayrıma gidiyorsa kanunda biyolojik olmayan örnekleri almaya yetkili makam gösterilmediği ifade edilmelidir. Yönetmelikte ise biyolojik örnekler ile diğer örneklerin hekim veya hekim gözetimindeki sağlık mesleği mensubu kişi tarafından alınacağı belirtilerek kanunda bırakılan boşluk yönetmelik hükmü ile doldurulmaya çalışılmıştır. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 315.

²⁸⁴ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 625. 5353 sayılı kanun değişikliğinden önce “hekim tarafından veya hekim gözetimindeki sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi” tarafından yapılabileceği düzenlenmişti. Değişiklik ile sağlık mesleği mensubu kişi tek başına

ve 4. fıkralarında ise şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması işleminin hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla ancak tabip tarafından veya tabip gözetimindeki sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir.²⁸⁵ Muayeneyi yapacak kişi CMK m. 75'te hekim veya sağlık mesleği mensubu bir kişi olarak belirtilmiş iken CMK m. 76'da diğer kişilerin beden muayenesi ve örnek alınması işlemlerinin kim tarafından yapılacağı belirtilmemiştir. Bu konuya ilişkin düzenleme ilgili Yönetmeliğin 7. ve 8. maddelerinde bulunmaktadır. Yönetmelik hükmü gereğince diğer kişilerin beden muayenesi “*ancak tabip*” tarafından yapılabilirken vücuttan örnek alma işlemleri hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla “*ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından*” yapılabilmektedir.²⁸⁶

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda²⁸⁷ tıbbi müdahalede bulunma yetkisi bulunan kişiler hekimler (m. 1 vd.), diş hekimleri (m. 29 vd.), ebeler (m. 47 vd.), sağlık memurları, hastabakıcı hemşireler (m. 63 vd.) ve diş protez teknisyenleri, acil tıp teknikerleri olarak belirlenmiştir.²⁸⁸ Türk Ceza Kanunu'nun²⁸⁹ 280. maddesinin 2. fıkrası ile ilgili Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinde “sağlık mesleği mensubu kişi”; tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler olarak tanımlanmıştır.²⁹⁰ Hükümde biyolog, kimyager ve biyokimyager sağlık mesleği mensubu olarak tanımlanmamıştır. Bu sebeple görev yaptıkları kriminal laboratuvarlarda vücuttan örnek alma yetkileri

müdahaleyi tek başına yapabilecek hale getirilmiştir. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 626. Çoğu doktorun, başka alanlarda uzman doktorların dahi bu tür biyolojik örnekleri alamayacağı; almaları halinde ise tıp literatüründeki adı ile “DNA'yı intihar ettireceği” söylenmektedir. Bu nedenle bu tür örneklerin alınmasını alanında uzman tabip ile sınırlamak gerektiği ifade edilmiştir. Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 76-77.

²⁸⁵ Turhan, **a.g.m.**, s. 1051.

²⁸⁶ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 318; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 293; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 517; Turhan, **a.g.m.**, s. 1051.

²⁸⁷ Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, Kanun No: 1219, Kabul Tarihi: 11/04/1928, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 14/04/1928, Sayı: 863, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 03.11.2018).

²⁸⁸ Murat Aydın, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Eylül 2008, s. 59; Birtek, **a.g.m.**, s. 1998-1999; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 16; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 27. Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler arasında Dördüncü fasılda sayılan sünnetçiler ile ilgili hükümler 2/1/2014-6514/26 m. ile mülga olmuştur.

²⁸⁹ Türk Ceza Kanunu, Kanun No: 5237, Kabul Tarihi: 26.09.2004, <https://www.tbmm.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

²⁹⁰ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 315; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019); Mehmet Ali Zengin, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2012, s. 31.

bulunmamaktadır. Buradan hareketle vücutundan örnek alınacak kişinin öncelikle kolluk nezaretinden başka bir kuruluşa sevk edilmesi, burada alınan biyolojik örneklerin daha sonra ilgili laboratuvara gönderilmesinin zaman kaybına, gerekli veya yeterli örnek alınamaması gibi durumlara neden olabileceği söylenebilecek ise de en basit örneğin alınması sırasında dahi tıbbi müdahaleyi gerektiren bir durumun ortaya çıkabileceği göz önünde bulundurulduğunda vücuttan örnek alma işleminin sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yerine getirilmesi tıbbi ve hukuki bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁹¹ Tıbbi müdahalede bulunma hakkına sahip olmayan kişilerin müdahaleleri hukuka aykırılık teşkil edecektir.²⁹²

Tıbbi müdahale, tıp biliminin genellikle kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun olmalıdır.²⁹³ Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişi, tedavi araçlarını ve uygulayacağı yöntemi seçerken serbesttir ancak tıp biliminin kabul görmüş yöntemleri kullanılmalıdır.²⁹⁴ Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13/2 hükmü uyarınca tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavinin yasak olduğu bir diğer tabirle hekimin tıp biliminin kabul ettiği ilke ve kurallara aykırı veya aldatıcı müdahalede bulunamayacağı düzenlenmiştir.²⁹⁵

Kişinin sağlığının korunması ve sağlığına zarar verilmemesi açısından beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin tabip tarafından gerçekleştirilmesi daha güvenlidir. Doktrinde de kanunda yapılması gereken düzenlemenin yönetmelik ile yapıldığı kanundaki düzenlemenin, tıp eğitimi almamış kişiler olan sağlık mesleği mensubu kişiler tarafından yapılabileceği göz önünde bulundurulduğunda, oranlılık ilkesi ile bağdaşmadığı belirtilmiştir.²⁹⁶ Şüpheli ve sanığın vücutundan örnek

²⁹¹ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 66.

²⁹² Feridun Yenisey, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, 868-880, s. 870.

²⁹³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 33; Gürelli, **a.g.m.**, s. 269.

²⁹⁴ Yener Ünver, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk-İdare Hukuku)**, **Sempozyum**, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 149-177, s. 149-150; Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s. 391.

²⁹⁵ Işık Yılmaz, **a.g.m.**, s. 392; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 38.

²⁹⁶ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019). Yazar ayrıca elde edilen örneklerin moleküler genetik incelemelere tabi tutulması ihtimali karşısında “alanında uzman hekim” tarafından işlemlerin yapılmasına ülke konjonktürü düşünüldüğünde her yerde moleküler genetik incelemeler alanında uzmanlaşmış hekimin bulunamaması gerekçesiyle olması gereken hukuk aşamasında kalacağını belirtmektedir. Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi

alınmasında Yönetmeliğin tabip veya tabip gözetimindeki sağlık mesleği mensubu kişi tarafından yapılabileceği düzenlemesi sağlık mesleği mensuplarının tek başlarına örnek almaları olanağını ortadan kaldırmıştır.²⁹⁷

Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili çeşitli meslek gruplarının sağlaması gerekli olan koşullar ilgili kanunlarda düzenlenmiştir.²⁹⁸ Hekimlik yapabilmenin koşulları da yasalarla çizilmiş; ancak bunun yanı sıra mesleğin tarihi gelişimi ile birlikte oluşagelen örf adet, tıp etiği ve deontolojisi kuralları ile öğretide belirlenmiş prensipler mesleğin kim tarafından ve ne şekilde yapılacağını da belirlemiştir.²⁹⁹ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 1. maddesinde hekimlik mesleğinin icrası için ilk şart “*Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak*” olarak öngörülmüştür.³⁰⁰ Hekimlerin Hekimlik mesleğini icra edebilmeleri için 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun³⁰¹ 7. maddesi uyarınca tabip odasına³⁰² üye olma zorunlulukları bulunmaktadır.³⁰³ Tıbbi müdahalede bulunabilmek için resmi ehliyetli kişi olmanın bir diğer şartı hekimlik yapmaya

Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm.

²⁹⁷ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 315. Kanun ve yönetmelik düzenlemeleri karşılaştırıldığında yönetmelik hükmünün AİHM içtihatlarını karşılamak bakımından daha güvenceli, yerinde ve yasal düzenlemeden daha ileri olduğu ifade edilmiştir. Turhan, **a.g.m.**, s. 1053; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 512.

²⁹⁸ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 27.

²⁹⁹ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 240.

³⁰⁰ M. Emin Artuk/Ahmet Gökçen/M. Emin Alşahin/Kerim Çakır, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2017, s. 456; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmut, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta Basım, 10. Baskı, Eylül 2017, s. 350, dp. 199; Aydın, **a.g.e.**, s. 60; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 27-28.

³⁰¹ Türk Tabipler Birliği Kanunu, Kanun No: 6023, Kabul Tarihi: 23/01/1953, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarihi: 31/01/1953, Sayı: 8323, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 03.11.2018).

³⁰² Tabip odaları, mesleki görevlere ve kanunlarda yer almış kurallara hekimlerin uyup uymadıklarını denetleyen aynı zamanda hekimlerin de kendilerini denetleyebildikleri, meslek içi disiplini sağlayan, mesleki dayanışma ve gelişmeyi gerçekleştiren bir meslek kuruluşudur. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 119; Aydın, **a.g.e.**, s. 60.

³⁰³ Artuk/ Gökçen, **a.g.e.**, s. 457; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 119; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 32; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 4.

geçici³⁰⁴ veya sürekli³⁰⁵ engel bir halinin bulunmamasıdır.³⁰⁶ Tıbbın uygulayıcısı olarak hekim, tıbbi müdahale sırasında kişinin hayatta kalması ve sağlığını yeniden kazanması için hastalığı teşhis etmek, çeşitli tedavi metotları uygulamak, cerrahi müdahalelerde bulunmak, hastalığı devamlı olarak gözetlemek, gerektiğinde yeni tedavi yollarına başvurmak gibi çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır.³⁰⁷ Hekim, beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya niçin gerek duyulduğunu, muayene ve örnek almada hangi işlemlerin yapılacağını, muayene sonuçlarının ceza uyumsuzluğu açısından önemini, sonuçların nasıl kullanılacağını ilgili kişiye anlatarak onu bilgilendirmelidir.³⁰⁸ Ayrıca CMK m. 66/6 gereğince muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafî bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilecektir. Şüpheli ve sanık ise CMK'nın 147. maddesi uyarınca suçla ilgili sorulan sorulara karşı susma hakkına sahiptir. Bu nedenle şüpheli ve sanığın hekimin yönelttiği sorulara cevap verme yükümlülüğü bulunmamaktadır.³⁰⁹

Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81a (beden muayenesi; kan örneği alınması) ve 81c (diğer kişilerin beden muayenesi) hükümlerinde kişinin beden

³⁰⁴ Türk Tabipler Birliği Kanununun 38. maddesi uyarınca “Haysiyet Divanı, odaya girmeyen veya kanunun kendisine tahmil ettiği diğer vecibeleri yerine getirmeyenler hakkında” disiplin cezası verileceği düzenlenmiştir. Disiplin cezaları 39. maddede öngörülmüş ve cezalar arasında geçici olarak meslekten men de bulunmaktadır. 15 günden 6 aya kadar geçici olarak mesleği icra etmekten yasaklanabileceği düzenlenmiştir. Ayrıca bir bölgede üç defa mesleği yerine getirmesi geçici olarak yasaklanan hekimin o bölgede çalışması yasaklanabilecektir. Geçici olarak mesleği men cezası alan hekimler süre zarfında hiçbir şekilde mesleği icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerler de kapatılacaktır. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 120; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 33; Mehmet Emin Özgül, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, XII Levha Yayınevi, 2010, s. 178; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 4.

³⁰⁵ 1219 sayılı kanunun 28. maddesi uyarınca hekimlik mesleğinin icrası için “Türk Ceza Kanununun 53 üncü maddesinde belirtilen süreler geçmiş olsa bile; kasten işlenen bir suçtan dolayı beş yıl veya daha fazla süreyle ya da devletin güvenliğine karşı suçlar, Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlar, zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, güveni kötüye kullanma, hileli iflas, ihaleye fesat karıştırma, edimin ifasına fesat karıştırma, suçtan kaynaklanan malvarlığı değerlerini aklama veya kaçakçılık suçlarından” hapis cezasına mahkûm olmak veya iyileşmesinin mümkün olmadığı belirlenen ve mesleği icra etmesine engel bir akıl hastalığına yakalanan hekimin Sağlık Bakanlığının teklifi ve Sağlık Bakanlığı Yüksek Disiplin Kurulu kararıyla meslekten yasaklanıp ve diplomaları geri alınacaktır. Özgül, **a.g.e.**, s. 179; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 121; Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 34. Hekimin meslekten tamamen çıkarılmasına neden olabilecek bu şartların bir kısmının hekimlik mesleği ile bağdaşmadığı; meslekten men cezasının ancak hekimlik mesleğinin kötüye kullanılması ile mümkün olması gerektiği belirtilmiştir. Bkz: Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 121.

³⁰⁶ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 33; Aydın, **a.g.e.**, s. 60.

³⁰⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 24-27.

³⁰⁸ Turhan, **a.g.m.**, s. 1052.

³⁰⁹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 319.

muayenesinin ve örnek alma işlemlerinin yalnızca hekim tarafından yapılabileceği; 81d (utanma duygusunun rencide edilmesi) ise beden muayenesinin aynı cinsiyetten bir kişi tarafından ya da erkek veya kadın hekim tarafından yapılabileceğini düzenlenmiştir.³¹⁰

c. Suça ilişkin şartları

Ceza Muhakemesi Kanunun 75/5 hükmünde üst sınırının iki yıldan daha az hapis cezası gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesinin yapılamayacağı; kişiden kan veya biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağı düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için uyumsuzluk konusu suçun cezasının 2 yıl veya daha fazla hapis cezası olması gerekmektedir.³¹¹ Kanun koyucu, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ya da vücudundan örnek alınması için zorunluluk veya başka şekilde delil elde etme imkanının bulunmaması şartlarını aramamıştır.³¹² Buna karşın beden muayenesi ve vücuttan örnek alma karma nitelikli bir tedbir olduğu için kanun koyucu koruma tedbirlerine benzer olarak kanunen isnat edilen suç ile uygulanacak işlem arasında orantı bulunmasını aramaktadır. Kişiye isnat edilen suçun cezasının belli bir ağırlıkta olması öngörülerek³¹³ kişinin vücut dokunulmazlığı ve özel hayatının gizliliği gibi haklarına müdahale teşkil eden ve gerektiğinde zor kullanılarak uygulanabilen bu tedbirin basit suçların soruşturulmasında uygulanmasının engellenmesi amaçlanmıştır.³¹⁴ Belirtilmelidir ki beden muayenesi ve vücuttan örnek almanın daha çok gerekli olduğu cinsel suçlar ve uyuşturucu madde ile ilgili suçlar ise çoğunlukla üst sınırı 2 yıl ve üzeri hapis cezası gerektiren suçlardır.³¹⁵ Birden fazla suç isnadı

³¹⁰ Schroeder/Verrel, **a.g.e.**, s. 103, 108; Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 61.

³¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 513; Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 5. Doktrinde bu 2 yıllık sürenin kaldırılması gerektiği ya da karşılaştırmalı hukukta da olduğu gibi 1 yıl ile sınırlandırılması gerektiği ifade edilmektedir. Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 77. Hüküm uyarınca taksirle yaralama (TCK m. 89/1-2), terk (TCK m. 97/1), çocuk düşürme (TCK m. 100), tehdit (TCK m. 106/1), konut dokunulmazlığının ihlali (TCK m. 116/2), haksız arama (TCK m. 120), hakaret (TCK m. 125) gibi suçlarda şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınamayacaktır. Batur, **a.g.m.**, s. 77; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 513.

³¹² Aysun Altunkaş, **Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 82, CMK Tasarısı’nın yasalaşmasından önceki, 79.maddesinde, çok zorunlu ve başka şekilde delil elde etme imkanının bulunmadığı hallerde başvurulabileceği belirtilmekteydi. Altunkaş, **a.g.m.**, s. 82.

³¹³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 312.

³¹⁴ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 637; Turhan, **a.g.m.**, s. 1042.

³¹⁵ Turhan, **a.g.m.**, s. 1044.

bulunması durumunda her bir suç ayrı ayrı değerlendirilerek ve 2 yıl veya üstü hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirine başvurulabilmelidir.³¹⁶

Şüpheli ve sanığa ilişkin CMK 75/5 hükmünün aksine kanun koyucu diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri için isnat edilen suçun cezasının belirli bir ağırlıkta olmasını aramamaktadır.³¹⁷ Diğer kişilerin vücuttan örnek almada soruşturma veya kovuşturma konusu suçun ceza miktarı bakımından herhangi bir sınır öngörülmemiştir. Dolayısıyla kanunda düzenlenmiş tüm suçlar için diğer şartların da oluşması halinde mağdur ve diğer kişilerin vücutta üzerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerine başvurulabilecek, moleküler genetik inceleme amaçlı örnek alınabilecektir.³¹⁸ Suçun aydınlatılması bakımından şüpheli veya sanık için dahi suça ilişkin bir alt sınır öngörülmüş ve uygulama yasağı getirilmiş iken, diğer kişiler bakımından böyle bir sınırlama öngörülmemesi eleştiriye açıktır.³¹⁹

3. Tanıklıktan Çekinme

Vücuttan alınan örnek üzerinde moleküler genetik analiz yapılması ile kişinin kendisi veya yakını aleyhine delil elde edilebilecektir. Ceza Muhakemesi Kanunu 76/4 hükmünde³²⁰ tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabileceği düzenlenmiştir.³²¹ Hüküm uyarınca tanıklıktan çekinme

³¹⁶ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 6.

³¹⁷ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317; Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 34.

³¹⁸ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 18; Batur, **a.g.m.**, s. 79. Bu amaçla üst sınırı iki yıldan az hürriyeti bağlayıcı ceza gerektiren nitelikli olmayan taksirle bir kişinin yaralanmasına neden olma suçu (TCK 89/1-2 md.) ile ilgili olarak yürütülen soruşturma kapsamında, başka suretle delil elde etme imkanının bulunmaması halinde mağdura çarpan aracın tespiti için araç üzerindeki kan veya biyolojik bulgunun mağdura ait olup olmadığına yönelik mukayese amaçlı mağdurun vücuttan kan örneği alınabilecektir. Ancak aynı soruşturma kapsamında mukayese amaçlı olarak şüpheli veya sanıktan kan örneği alınamayacaktır. Batur, **a.g.m.**, s. 79.

³¹⁹ Dursun, **a.g.m.**, s. 2979.

³²⁰ CMK m. 76/4: “Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınır. Kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz.”, <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 10.05.2019).

³²¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 516; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

hakları bulunan kişiler vücutlarına dokunulmasına izin vermeyebileceklerdir.³²² Ancak tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanarak beden muayenesi ve örnek vermekten kaçınan mağdurun sonrasında kararını değiştirerek muayeneye ve örnek alınmasına rıza göstermesi halinde, vücudundaki delilin kaybolabileceği olayla ilgili belki de var olan tek delilin yok olabileceği de bildirilerek kişi aydınlatılmalıdır.³²³ Çekinmeye karar verilmesi durumunda çekinme sebebiyle birlikte kişi yemin ettirilerek tanıklıktan çekinebilecektir.³²⁴ Yalnızca CMK m. 76'da öngörülen bu düzenleme şüpheli ve sanık bakımından tanıklıktan çekinme sebepleriyle muayene ve örnek alınmasından kaçınılması kabul edilmemiştir.³²⁵

Tanıklıktan çekinme halleri CMK m. 45 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir. 45. maddede şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanların tanıklıktan çekinebileceği düzenlenmiştir. 46. maddede meslek ve sürekli uğraşları nedeniyle tanıklıktan çekinebilecek kişiler düzenlenmiştir. 48. maddede; tanık, kendisini veya 45. maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebileceği ve tanığa cevap vermekten çekinebileceğinin önceden bildirileceği düzenlenmiştir.³²⁶ Ceza Muhakemesi Kanununun tanıklıktan çekinmeye ilişkin hükümlerinden yalnızca 45. madde³²⁷ beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri açısından kaçınma sebebi yapılabilecektir.

³²² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317.

³²³ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 67; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 117. Tanıklıktan çekinebilecek kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmadan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile moleküler genetik incelemelere tabi tutulması başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Anayasa olmak üzere mevzuata aykırılık teşkil edebilecektir. Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1104.

³²⁴ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1105.

³²⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 632; Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1104.

³²⁶ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 270.

³²⁷ **Tanıklıktan çekinme Madde 45** "(1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir: a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı. b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi. c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar. (2) Yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez. (3) Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler.", <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 19.11.2018).

Zira bu düzenleme, ileride ayrıntılı bir şekilde açıklanacağı üzere kişinin kendini ve yakınlarını suçlandırmama hakkının bir gereği olarak öngörülmüştür.³²⁸

Çocuk ve akıl hastasının tanıklıktan çekinme hakkının bulunması durumunda kararı kanuni temsilcisi verecektir. Ceza Muhakemesi Kanununda çocuk veya akıl hastasının, “tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması” halinde görüşünün alınacağı öngörülmüştür. Kanunda yer alan bu ifadenin “çocuk veya akıl hastasının, vücuda müdahaleye izin vermenin, muayenenin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek bir durumda ise görüşü alınır” şeklinde anlaşılması gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.³²⁹ Keza tıbbi deontolojide de işlemlerin anlam ve sonuçlarını anlayabilecek olan küçük ve akıl hastalarının bilgilendirilmelerinin ve gerektiğinde fikir ve rızalarının alınmasının gerekli olduğu belirtilmektedir.³³⁰ Çocuk, 18 yaşını doldurmamış kişi olup; çocukların çekinme konusunda görüşlerinin de alınmasıyla birlikte kanuni temsilcileri yetkili kılınmıştır. Ancak vücut dokunulmazlığı kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardanır. 15 yaşını doldurmuş ve akli melekeleri yerinde olan bir çocuğun bu hakkı tek başına kullanabilmesi gereklidir. Keza Yargıtay’ın bu zamana kadar olan uygulaması da bu yöndedir. Yargıtay, 15 yaşını dolduran çocukların kişiye sıkı suretle bağlı haklardan olan şikayet hakkını tek başına kullanabileceklerini kabul etmektedir. Kanuni temsilcinin rızası aranırsa adeta şikayet hakkı da kanuni temsilciye tanınmış olacaktır. Çocuk şikayet hakkını kullansa dahi kanuni temsilci muayeneye rıza göstermeyebilecek böylece şikayete konu olay ile ilgili delil de bulunamayacak ve beraat kararı verilecektir.³³¹ Kanuni temsilci şüpheli ya da sanık sıfatında ise kararı hakim verecektir. Ancak bu şekilde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık sıfatı bulunmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamayacaktır.³³² Bu düzenleme aile içinde işlenen suçlar bakımından son derece eleştiriye açık bir düzenlemedir. Zira bu düzenleme ile aile içerisinde işlenmiş bir suçun delillerinin kullanılması engellenebilecek ve böylece

³²⁸ M. Tevfik Gülsoy/A. Nezir Kök, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, **AÜEHFD**, C. IX, S. 1-2, 2005, 1-21, s. 19; Altaş **a.g.m.**, s. 85; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1104. Karş: Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1168; Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 270.

³²⁹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317.

³³⁰ Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 267.

³³¹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 632.

³³² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 516; Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 266-267; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 318; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1105; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

adalet yanıltılabilecektir. Dolayısıyla maddi gerçeğin açığa çıkarılması bakımından sakıncalı yönleri bulunan bir hükümdür.³³³

4. Kararı Verecek Makam

CMK m. 75/1 ve 76/1 hükümleri uyarınca Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya karar verilebilecektir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulacak; hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verecek; onaylanmayan kararlar hükümsüz olacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır.³³⁴ Hemen hemen tüm koruma tedbirleri düzenlemelerinde olduğu gibi gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vücuttan örnek almaya yerinde olarak Cumhuriyet savcısının karar verebileceği düzenlenmiştir.³³⁵ Gecikmesinde sakınca bulunması hali kavramı Yönetmeliğin 3. maddesinde “*derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâli*” şeklinde tanımlanmıştır.³³⁶ Şüpheli, sanık yahut diğer bir kişinin vücudundan örnek alınmasında örnek alma zamanı, alınan materyalin delil değeri açısından büyük önem taşımaktadır. Hangi tarih ve zamanda örnek alındığı soruşturma ve kovuşturma açısından olduğu kadar örnek üzerinde yapılacak incelemeler sonucu varılacak tespitin sıhhati açısından da önemlidir. Örnek alma; olayın hemen sonrasında, usulüne ve amacına uygun olarak; örnek alan, istemde bulunan kişiler ve alınma zamanı belirtilerek yapılmalıdır. Ayrıca

³³³ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s.633.

³³⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 287-292; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 19; Dursun, **a.g.m.**, s. 2977; Turhan, **a.g.m.**, s. 1048; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 74. Bilirkişiliğe ilişkin genel hükümlere dayanarak soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının resen bilirkişiden vücuda müdahaleyi talep etmesi mümkün olmasına rağmen beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin hükümler ancak hakim kararı ile uygulanabilmektedir. Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 308; Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 23. Bu düzenleme ile Cumhuriyet savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya yönelik kararı soruşturma evresiyle sınırlı tutulmadığı anlaşılmaktadır. Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 74.

³³⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 511; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 313. Ancak Cumhuriyet Savcısının bu yetkisi soruşturma evresi ile sınırlıdır. Zira savcının kovuşturma evresinde karar verme yetkisi yoktur. Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

³³⁶ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 6.

mukayese için alınan örneklerin gecikmeksizin laboratuvar incelemesine gönderilmesi gereklidir.³³⁷ Bu sebeple beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin gecikmesinde tehlike bulunabilmektedir. Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde karar Cumhuriyet Savcısınca verilebilecektir. Ancak Cumhuriyet Savcısı tarafından alınan kararın hakim onayına sunulması koşulu getirildiğinden takdir aslen hakim in yetkisindedir. Cumhuriyet Savcısı yetkisini hakime ulaşamadığı durumlarda kullanabilmekte; hakime ulaşılabilen hallerde zaten savcının beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya karar verme yetkisi bulunmamaktadır.³³⁸ Gecikmesinde sakınca bulunma halinin düzenlenmiş olması biyolojik verilerin kısa sürede bozulup özelliklerini kaybetmesi riski dolayısıyla önem arz etmektedir.³³⁹ İşlenmiş bir suç nedeniyle şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişiler üzerinde bulunan maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayabilecek biyolojik delillerin vücutta kalma süresi bulunmaktadır.³⁴⁰ Maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin üzerinde, işlenen suça dair örnek ve izlerin araştırılması, suç sırasında oluşabilecek yaraların, çiziklerin, ekimozların tespiti önem taşımaktadır.³⁴¹ Zira muhakemenin ileri aşamalarında bu tür örnekler genetik incelemelere konu olacak, şüpheli ve sanığın aleyhine ağır sonuçlar doğurabilecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile ilgili CMK m. 75'te kolluğa yetki tanınmamıştır. Gecikmede tehlike bulunması hali, ceza muhakemesinde istisnai durumlar için gerekli olan, kullanılmadığı takdirde soruşturmanın gerektiği gibi yapılamamasına, delil kaybına neden olabilecek bir haldir. Bu sebeple gecikmede sakınca bulunan hallerde kolluğa da bu yetki tanınmasının amaca daha uygun olacağı doktrinde ifade edilmiştir.³⁴² Ancak kanaatimizce temel hak ve özgürlükler ile doğrudan ilişkili olan böyle bir tedbire kolluk tarafından yetki tanınmamış olması yerindedir.

Yönetmeliğin 19. maddesinde sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene

³³⁷ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 119.

³³⁸ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 227.

³³⁹ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 65.

³⁴⁰ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 227.

³⁴¹ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 228.

³⁴² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 313. Turhan; saç, tükürük, tırnak gibi tıbbi bir müdahaleyi gerektirmeden alınabilecek örneklerin şüpheli ve sanıktan alınmasında adli kolluğa yetki verilmesi gerektiği görüşündedir. Turhan, **a.g.m.**, s. 1048.

ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hâkim kararı aranmayacağı belirtilmiştir.³⁴³

5. İtiraz

Ceza Muhakemesi Kanunun 75. ve 76. maddelerinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma gereğince verilen hakim ve mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir.³⁴⁴ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerine itiraz; işlem öncesinde veya işlem sırasında yapılacak itiraz ile sonrasında işlemin hukuka aykırı yapıldığına ve sonuçlarının değerlendirilmesine karşı itiraz şeklinde ikiye ayırmak mümkündür.³⁴⁵

Ceza Muhakemesi Kanununun 269. maddesinde itiraz kanun yoluna başvurulmasının kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmayacağı; ancak, kararına itiraz edilen makam veya kararı inceleyecek merciin, geri bırakılmasına karar verebileceği düzenlenmiştir. Ancak beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirleri vücut dokunulmazlığını ihlal edebilecek niteliktedir ve tedbirin uygulanması durumunda gerçekleştirilen müdahalenin telafisi bulunmamaktadır. Bu nedenle, itirazın beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin uygulamasını durdurma etkisi doğuracağı yönünde bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır.³⁴⁶

Ceza Muhakemesi Kanununda gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararlar 24 saat içerisinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacağı, hakim 24 saat içerisinde kararını vereceği, hakim tarafından onaylanmayan kararların hükümsüz olacağı ve elde edilen delillerin kullanılamayacağı düzenlenmişse de elde edilen delillerin yok edilip edilmeyeceği konusunda bir düzenleme getirilmemiştir. Bu husus ile ilgili bir denetim mekanizması

³⁴³ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 76.

³⁴⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 316; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 291-293; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 514-517; Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

³⁴⁵ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 325.

³⁴⁶ Dursun, **a.g.m.**, s. 2969.

oluşturulması gerekmektedir.³⁴⁷ Zira elde edilen verilerin yok edilmemesi TCK m. 138’de düzenlenen “verileri yok etmeme” suçunun oluşmasına sebebiyet verebilecektir. Ancak kuşkusuz 7 günlük itiraz süresi içerisinde elde edilmiş olan delillerin yok edilmemesi gerekmektedir.³⁴⁸

6. Vücuttan Örnek Almada Rıza

Moleküler genetik incelemelerde vücuttan örnek almada rıza özel önem arz etmektedir. Zira kişinin vücudundan alınan örnek ile kişi aleyhine delil elde edilebilecektir. Bu durumda kişinin rızasına aykırı olarak örnek alınması ve örneğin kişi aleyhine delil teşkil etmesi, kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkı ile çatışabilecektir. Dolayısıyla ilgili kişiden örnek alınmasında rızanın aranıp aranmayacağı, rıza göstermeyen kişiden zorla materyal alınıp alınamayacağı ve rızanın bulunması durumunda karar alma yolunun işletilip işletilemeyeceği konuları üzerinde önemle durulması gereken tartışmalı konulardandır.

a. Genel olarak tıbbi müdahaleye rıza

Biyotıp etiğinin ana ilkelerinden olan özerkliğe saygı ilkesinin bir gereği olarak kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı bulunmaktadır. Bu durum da hekime hastanın aydınlatılmış onamının alınması konusunda etik bir ödev yüklemektedir.³⁴⁹ Vücut bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilecek tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için temel kural, vücut bütünlüğüne müdahalede bulunulacak olan kişinin hekim tarafından tıbbi müdahalenin tehlikesi ve sonuçları ile ilgili aydınlatılarak rızasının alınması ve müdahalenin bu rıza sınırları içerisinde yapılmasıdır. Kişinin rızası alınmadan vücuduna yönelik gerçekleştirilecek herhangi bir müdahale hukuka aykırı nitelik taşıyacak ve diğer koşulların da bulunması halinde o kişinin sorumluluğunu doğuracaktır.³⁵⁰ Aydınlatılmış onam kavramı, hastanın,

³⁴⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 514-517.

³⁴⁸ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

³⁴⁹ Metin, **a.g.e.**, s. 127; Erwin Deutsch, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, Çev. İrfan Yazman, 171-186, s. 176.

³⁵⁰ Ayşe Nuhoglu, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 34-68, s. 67; Arif Barış Özbilen, “Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin

kendisine uygulanması gereken tıbbi işlemler, bu işlemlerin doğuracağı muhtemel sonuçlar, müdahalenin yapılmaması halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar ve hastalığın akıbeti hakkında bilgi edinme hakkının bir sonucu olarak ortaya çıkmıştır.³⁵¹

Aydınlatma yükümlülüğü, hekimin hastaya müdahalesinin hukuka aykırılığını ortadan kaldıran, hastanın müdahaleye rızasının bir koşuludur.³⁵² Hastanın aydınlatılmasına ilişkin külfet münhasıran hastaya tıbbi müdahalede bulunacak olan hekime aittir.³⁵³ Tıbbi deontolojide, hekimin her girişimsel tıbbi müdahalede (invaziv) kişinin aydınlatılmış onamını alması gereklidir.³⁵⁴ Hasta, hastalığı gereği birden fazla uzmanlık alanından hekim tarafından tedavi edilmekte ise her uzman hekim kendi alanı ile ilgili konularda hastayı aydınlatmak ile yükümlüdür.³⁵⁵ Tıp mesleğinin kendine özgü terminolojisi dolayısıyla hastanın hekimi tam anlamıyla anlayabilmesi için mümkün olduğunca tıp terimlerinden kaçınılarak³⁵⁶ hastanın anlama ve algılama seviyesi ile uygun olacak şekilde, meydana gelebilecek sonuçlar da belirtilerek, herhangi bir ticari kaygı taşımadan, yanlış yönlendirilmeden tamamen tıp bilimi ile bağlantılı olarak açık ve net bir şekilde bu yükümlülüğün yerine getirilmesi gerekmektedir.³⁵⁷ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 22. maddesi uyarınca, kanunda gösterilen istisnalar hariç olmak üzere kimsenin rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacağı düzenlenmiştir. Ayrıca aynı Yönetmeliğin 24. maddesinde tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının gerekli olduğu ifade edilmiştir.³⁵⁸ 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde³⁵⁹ ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin müdahaleye rızasının hukuka

Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller”, **İTÜSBD**, Y.12, S. 24, Güz 2013/2, 99-124, s. 100; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 86; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 35; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 124-125.

³⁵¹ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 95.

³⁵² Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü”, **AÜHFD**, C. 52, S. 3, 2003, 55-77, s. 60.

³⁵³ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 69-70.

Tıbbi müdahaleyi (el atmayı) ve tedaviyi üstlenmiş olan hekim bu yükümlülüğünü başka bir hekime bırakabilecektir. Yılmaz, **a.g.e.**, s. 48.

³⁵⁴ Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 130; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 7.

³⁵⁵ Tuğçe Oral, “Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü”, **ABD**, 2011/2, 185-209, s. 193; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 70.

³⁵⁶ Oral, **a.g.m.**, s. 188.

³⁵⁷ Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 73.

³⁵⁸ Oral, **a.g.m.**, s. 195.

³⁵⁹ **Madde 70** – (Değişik: 23/1/2008-5728/38 md.) “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)* Hilafında hareket edenlere iki yüz elli Türk Lirası idari para cezası verilir.” <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 03.11.2018).

uygun bir şekilde alınması gerektiği madde hükmüne aykırı davrananların idari para cezası ile cezalandırılacakları düzenlenmiştir.³⁶⁰

Belirtilmelidir ki bazı hallerde hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaktadır. Bu haller: hastanın aydınlatmadan vazgeçmesi (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 20)³⁶¹, hastanın bilgisinin bulunması, aydınlatmanın hasta üzerinde olumsuz etki yapma olasılığının bulunması (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 19) ve tıbbi aciliyet halleridir (Hasta Hakları Yönetmeliği m. 24/3).³⁶² Aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı veya daraldığı hallerde doğal olarak kişinin kendi bedeni üzerinde karar verme hakkı ile hekimin tedavi yükümlülüğü karşı karşıya gelmektedir. Hekim, her somut olayda bu iki menfaat arasında bir değerlendirme yaparak, üstün gördüğü menfaat lehine karar vermelidir.³⁶³

Tıbbi müdahalelerde söz konusu olan yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü hakları insana sırf insan olması nedeniyle tanınan, kişiye sıkı sıkıya bağlı, mutlak haklardandır.³⁶⁴ Ancak bu haklar üzerinde kişinin mutlak bir tasarruf yetkisi bulunmamaktadır.³⁶⁵ Kişinin tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için öncelikle hastanın böyle bir rıza vermeye ehil olması ve rıza verilecek hakkın sahibi olması gereklidir.³⁶⁶ Ayrıca hukuken geçerli bir rıza için rızanın hasta tarafından hekime

³⁶⁰ Artuk/ Gökçen, **a.g.e.**, s. 457-458.

³⁶¹ Hasta Hakları Yönetmeliğinin 20. maddesi uyarınca ilgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilecektir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınacak, kişi bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilecek ve bilgi verilmesini isteyebilecektir. Uğur Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **DEÜHFD**, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014(Basım Yılı 2015), 3535-3556, s. 3550.

³⁶² Aydın, **a.g.e.**, s. 84-85; Yılmaz, **a.g.e.**, s. 43-44; Metin, **a.g.e.**, s. 131-132.

³⁶³ Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, s. 19.

³⁶⁴ Bilge Öztan, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitapevi, 37. Baskı, Eylül 2012, s. 275.

³⁶⁵ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 130.

³⁶⁶ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 130. Tam ehliyetli kişiler, ayırt etme gücüne sahip, ergin ve hakkında kısıtlılık kararı bulunmayan kişiler oldukları için fiil ehliyetine sahiptir ve dolayısıyla tıbbi müdahaleye rıza gösterebilme yetenekleri bulunmaktadır. Rıza ehliyetine sahip olma konusunda sorun küçük ve kısıtlılarda ortaya çıkmaktadır. Oral, **a.g.m.**, s. 196. Tıbbi müdahalenin küçük üzerinde gerçekleştirilmesinde ise üç kişi bir aradadır: hekim, kanuni temsilci ve küçük. Üç kişinin tıbbi müdahale konusunda ortak karara sahip olmaları durumunda herhangi bir problem bulunmamaktadır. Hekimin tıbbi tedaviyi doğru bulduğu ve kanuni temsilcinin de tıbbi tedaviyi kabul ettiği durumlarda 1219 sayılı Kanunun açık hükmü uyarınca küçüğün rızasının bulunmamasına rağmen tıbbi müdahalede bulunulabilecektir. Ancak buradaki müdahale elbette ki küçüğün ya da kısıtlının yararına olmalıdır. Hasta Hakları Yönetmeliği 24/4 hükmünde kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanunu’nun 346 ve 487. maddeleri uyarınca mahkeme kararının bulunmasına bağlıdır. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 134-135; Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, s. 28;

yöneltirilmiş olması gerekmektedir. Hastanın rıza verirken herhangi bir şekilde iradesinin sakatlanmaması ve rızanın hekimin verdiği aydınlatmaya dayanması gereklidir. Tıbbi müdahale, kişinin özgür ve aydınlatılmış rızasının bulunması durumunda yapılabilir. Hata, hile, tehdit ya da eksik bir aydınlatma ile alınan rıza ise geçersiz olacaktır.³⁶⁷ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 28 uyarınca mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir. Dolayısıyla rıza açık, örtülü, sözlü, yazılı veya işaret ile verilebilecektir. Ancak kanunda bazı hallerde örneğin 1219 sayılı Kanunun 70. maddesinde “büyük ameliyei cerrahiyeler için” rızanın yazılı alınması gerekli görülmüştür.³⁶⁸

Rızanın konusu, hekimin koyduğu teşhis sonucu hastaya uygulamayı uygun bulduğu ve hastayı bu konuda bilgilendirdiği tedavinin şeklidir. Hasta Hakları Yönetmeliğinin 28. maddesi uyarınca, hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rızanın hükümsüz olduğu ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamayacağı belirtilmiştir.³⁶⁹ 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 26/2 hükmü uyarınca rıza, kişinin üzerinde mutlak suretle tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olarak verilebilecektir.³⁷⁰

Tıbbi müdahaleye rıza gösterme, kişinin kendi geleceğini serbestçe belirleme hakkına dayandığından rızaya ilişkin irade her zaman geri alınabilecektir.³⁷¹ Geri alınmış rıza, buna ilişkin açıklama yapılana kadar gerçekleşen tıbbi müdahalelerin hukuka aykırılığını engelleyecektir. Rızanın geri alınmasından sonra yapılacak herhangi bir müdahale hukuka aykırı olacaktır.³⁷² Keza rızanın geri alınmasına kadar

Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 116. Kişiye sıkı suretle bağlı haklardan olan tıbbi müdahalelere kanunun öngördüğü hallerde veli ya da vasi tarafından açıklanacak olan rızanın mutlaka tıbbi müdahalede bulunulacak olan kişi lehine kullanılması gereklidir. Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 209.

³⁶⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 137-139; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 75; Oral, **a.g.m.**, s. 198; Şimşek, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, s. 3549.

³⁶⁸ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 73; Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 142; Oral, **a.g.m.**, s. 199; Aydın, **a.g.e.**, s. 92; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 120.

³⁶⁹ Oral, **a.g.m.**, s. 199; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 76; Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 118.

Ancak kimi durumlarda hekimin henüz teşhis edemediği hastalığı tespit edebilmek için çeşitli testler, muayeneler yapabilmesi de rıza konusu olabilmektedir. Aydın, **a.g.e.**, s. 105.

³⁷⁰ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 142; Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, s. 34.

³⁷¹ Kıcalıoğlu, **a.g.e.**, s. 122.

³⁷² Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 54.

geçen süre içinde tıbbi müdahale aracılığıyla elde edilmiş olan deliller hukuka uygun olduğundan, bu delillerin hukuka aykırılığı ileri sürülemeyecektir.³⁷³

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2. maddesinde hekimin ilk vazifesinin insan sağlığına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermek olduğu düzenlenmiştir. Bu görevi gereği hekim, tıbbi açıdan tehlikenin söz konusu olduğu durumlarda, mevcut durum ileride hastanın hayatını ve sağlığını, tıp bilimin önleyemeyeceği ve etkilerini silemeyeceği ölçüde tehdit etmekte ise hastanın rızasını aramadan da müdahalede bulunabilecektir.³⁷⁴ Varsayılan rızadan söz edilebilmesi için ilk şart müdahaleden önce hastanın rızasının alınamayacak olmasıdır.³⁷⁵ Kişinin kedisinden hukuken kabul edilebilir rıza açıklamasının elde edilmesinin fiilen mümkün olmadığı hallerde kişinin sağlığı için hekim varsayılan rıza gereğince müdahalede bulunabilecek ve bu durumda yapılan müdahaleler hukuka aykırılık teşkil etmeyecektir.³⁷⁶

Tıbbi müdahalede bulunabilmek için temel kural hastanın aydınlatılmış onamıdır. Ancak istisnai olarak bazı durumlarda kişilik değerlerine zarar veren müdahale, ilgili kişinin rızası olmamasına rağmen hukuka uygun sayılmaktadır.³⁷⁷ Tıbbi müdahalede rızanın aranmadığı durumlar, çok istisnai olup, kamu sağlığının korunması³⁷⁸ ve ceza hukuku sisteminden kaynaklanan müdahalelerde söz konusu olmaktadır.³⁷⁹

³⁷³ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 201.

³⁷⁴ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 131-133.

³⁷⁵ Oral, **a.g.m.**, s. 203.

³⁷⁶ Centel/Zafer/Çakmut, **a.g.e.**, s. 351; Artuk/ Gökçen, **a.g.e.**, s. 458; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 48-49. Tıbbi zorunluluk, hastanın bilinci kapalı olduğu için rızasının alınmadığı haller ile hastanın rızası ile başlanan bir tıbbi müdahalede genel anestezi altındaki hastaya, önceden öngörülemeyen ve rızasının kapsamı dışında kalacak yeni bir tıbbi müdahalenin yapılması zorunluluğu durumlarında söz konusu olmaktadır. Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 47. Tıbbi zorunluluk halini takdir edecek olan kişi hekimdir. Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 207.

³⁷⁷ Özbilen, **a.g.m.**, s. 100.

³⁷⁸ Kişinin hayatında çok önemli bozukluklara sebep olabilecek ve toplumdaki diğer kişilerin hayatını kuvvetle etkileyecek hastalıklar karşısında kişi istemese dahi korunmaktadır. Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 57. maddesinde hangi rahatsızlıkların kamunun sağlığını tehlikeye attığı düzenlenmiştir. Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 145-146; Oral, **a.g.m.**, s. 204.

³⁷⁹ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 45-46; Oral, **a.g.m.**, s. 204.

b. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almada rıza

Moleküler genetik incelemelere konu olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yoluyla kişinin rızasına aykırı olarak materyal alınması durumunda hukuka aykırı olarak elde edilen delilden söz edilip edilemeyeceği tartışmalıdır.³⁸⁰ Belirtilmelidir ki yukarıda ayrıntılı şekilde açıklandığı üzere kişinin vücuduna yönelik tıbbi bir müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için kişinin aydınlatılmış onamının alınması gereklidir. Ancak ceza hukuku sisteminden kaynaklanan muayene ve örnek alma işlemlerinde kişinin rızası aranmamaktadır. Muhakeme işlemleri sırasında karar alınması gerekmeyen veya karar alınması gerekip de usulüne uygun karar alınan durumlarda muayene edilecek kişinin muayene ve müdahale işlemlerine direnç göstermesi durumunda zorla işlem yapılıp yapılamayacağı çözümü zor ve hukukçular ile tıpçıları karşı karşıya getiren bir konudur.³⁸¹

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine rıza göstermeyen şüpheli, sanık veya diğer kişilere yönelik zor kullanılması AİHS m. 3 ile güvence altına alınan insanlık dışı ve onur kırıcı muamele yasağı ile 8. maddede güvence altına alınan özel hayata saygı gösterilmesi hakkı ihlal edilebilecek niteliktedir. Bu ihlal yoluyla elde edilen delillere dayalı olarak yargılama yapılması da AİHS m. 6 ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkını ihlal edebilecektir.³⁸²

İşkence yasağına ilişkin olan AİHS m. 3 *“hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz”* şeklindedir.³⁸³ Herhangi bir istisnaya yer verilmemiş olan hüküm ile mutlak bir yasak düzenlenmiştir. Ancak bu yasağın kapsam ve koşullarına hükümde yer verilmemiştir. Bu hususlar, işkencenin unsurları, yasağa ilişkin yükümlülükler, esaslar, maddenin kapsamı ve meydana gelen ihlalin işkence yasağı boyutunu aşip aşmadığına ilişkin ayrıntılar AİHM içtihatları ile

³⁸⁰ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 98.

³⁸¹ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 213.

³⁸² Turhan, **a.g.m.**, s. 1060. Turhan, zorla müdahale ile amacın kişiye kasten acı ve ıstırap çektirmek değil de delil elde etmek olduğu için sözleşmedeki işkence yasağının ihlalinin söz konusu olamayacağını müdahalenin insanlık dışı veya onur kırıcı davranış niteliği taşıyabileceğini belirtmiştir. Turhan, **a.g.m.**, s. 1060.

³⁸³ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Kabul Tarihi: 04.11.1950, Yürürlük Tarihi: 03.09.1953, Ülkemiz tarafından 04.11.1950 tarihinde imzalanmış olan sözleşme 10.03.1954 tarihli 6366 sayılı kanun ile onaylanmış, 19.03.1954 tarihli resmi gazete ile yayımlanmıştır, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf, (Erişim Tarihi: 27.01.2019).

belirlenmiştir.³⁸⁴ İşkence yasağının ihlalinin söz edebilmek için şiddetli fiziksel veya ruhsal yönden acı veren bir fiilin mevcut bulunması, eylemin cezalandırmak, bilgi veya itiraf elde etmek ya da gözdağı vermek, ayrımcılık amaçlarına yönelik olarak kasten ve eylemin kamu görevlisi tarafından veya onun bilgisi ya da onayı dahilinde gerçekleştirilmiş olması gereklidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin temel içtihat niteliğini kazanmış başvuru Jalloh vs. Almanya³⁸⁵ başvurusudur. Kararda göz altında bulunan başvuranın zorla maruz kaldığı tıbbi tedbirler incelenmiştir.³⁸⁶ Karar, zorla muayene ve örnek almanın koşullarının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önem arz etmektedir.³⁸⁷

29 Ekim 1993'te, dört sivil polis memuru, başvuran, Abu Bakah Jalloh'un en az iki farklı durumda, ağzından küçük bir plastik torba (balon) aldığını ve para karşılığında başka bir kişiye teslim ettiğini gözlemlemiş; torbaların uyuşturucu içerdiğine inanan polis memurları tarafından başvuran yakalanmıştır. Savcı, yakalanması üzerine küçük bir torbayı yutan başvurana soruşturmanın gecikmesini engellemek için doktor tarafından kusturucu ilaç (emetic, brechmittel) verilmesi yönünde talimat vermiş ve bu ilaçları almayı reddeden başvurana ilaçlar zorla tuz çözeltisi şeklinde burundan mideye sokulan bir tüp vasıtasıyla verilmiş; ek olarak da doktor tarafından bir morfin türevi olan apomorfin enjekte edilmiştir. Zorla gerçekleştirilen bu müdahale sonucunda başvuran 0.2182 gram kokaini kusmuştur.³⁸⁸ Başvurucu Jalloh, zorla yapılan tıbbi müdahalenin AİHS'nin 3., 6. ve 8. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvuruyu değerlendiren Mahkeme, zorla gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin yasak olmadığını; ancak somut olayda kusturucu ilaçların kullanılmasının olmazsa olmaz olmadığını belirtmiştir. Zira savcılık makamlarının zor kullanılarak elde ettiği delillere kişinin doğal sisteminden geçerek de ulaşılabileceği ifade edilmiştir.³⁸⁹ Davanın tüm koşullarını değerlendiren mahkeme, AİHS m. 3

³⁸⁴ AİHS işkence yasağını düzenlediği 3. maddesinde mutlak bir yasak öngörmüş ve kişinin beden bütünlüğünü ve onurunu korumak amacıyla hiçbir istisna getirilmesine izin vermemiştir. Hükümde işkence, insanlık dışı muamele ve onur kırıcı davranış olmak üzere üç basamak öngörülmüş ve bunların belirli bir ağırlıkta olması aranmıştır. Aralarında nitelik değil nicelik farkı bulunmaktadır. Varlığı aranan en az yoğunluk eşiği somut olayın şartları göz önünde bulundurularak (yaş, cinsiyet, sağlık durumu, muamelenin süresi, ortam, kişide oluşturduğu fiziki ve manevi etki) değişkenlik göstermektedir. Nur Centel, "Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, 3-19, s. 8-9.

³⁸⁵ AİHM, Jalloh v. Germany, No: 54810/00, 11.07.2006, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-76307>, (Erişim Tarihi: 27.01.2019).

³⁸⁶ Dursun, **a.g.m.**, s. 2984.

³⁸⁷ Turhan, **a.g.m.**, s. 1027.

³⁸⁸ AİHM, Jalloh v. Germany, prg. 11-13.

³⁸⁹ AİHM, Jalloh v. Germany, prg. 77.

kapsamına girmesi için gerekli asgari koşulların oluştuğunu; ilaç içirilmek suretiyle kusturulmasına alternatif ve daha az küçük düşürücü biçimde delillere ulaşılabilmesi imkanı olduğunu; bu nedenle başvuran bakımından insanlık dışı ve küçük düşürücü muamele yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁹⁰

AİHM, beden muayenesi ve vücuttan örnek almada delil elde etme amacıyla zor kullanılabileceğini kural olarak kabul etmektedir. Ancak Mahkeme ihlal kararı verirken AİHS'nin 3. maddesi ile ilgili içtihatlarında belirlediği asgari sınırın aşılmamış olmasını araştırmaktadır.³⁹¹ Ölçülülük ilkesi göz önünde bulundurularak delil elde etmek için zorla gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerinin ilk tedbir olarak değil de kişinin haklarına daha az müdahale teşkil eden bir yolla delil elde etme imkanının bulunmadığı hallerde başvurulmasını AİHM Sözleşmenin ihlali olarak değerlendirmemektedir.³⁹²

AİHM, X ve Y vs. Hollanda kararında,³⁹³ kişinin fiziksel ve psikolojik durumunu kapsayan zorla muayeneyi özel hayat kavramı içerisinde değerlendirmiştir.³⁹⁴ AİHM 8. madde kapsamında müdahalenin yasal dayanağının olup olmadığını, müdahalenin yasal düzenlemelere uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğini ve nihayet müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını araştırmaktadır.³⁹⁵ Y.F. vs. Türkiye davasında³⁹⁶ başvuran, eşinin zorla jinekolojik muayeneden geçirilmesinin özel hayatın korunması hakkındaki Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmesine neden olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme kararında tıbbi muayenenin gerekliliğini ve kanunla öngörülen hallerin mevcudiyetinin ispatlanamadığını; ayrıca, savcı tarafından da böyle bir talimat verilmediğini belirtmiştir. Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmekte; ancak, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi gerektiğini ve söz konusu kişinin onayını gerektirdiğini ifade etmektedir. Aksi halde,

³⁹⁰ AİHM, Jalloh v. Germany, prg. 82-83.

³⁹¹ Turhan, **a.g.m.**, s. 1067.

³⁹² Turhan, **a.g.m.**, s. 1074.

³⁹³ AİHM, X and Y v. The Netherlands, No: 8978/80, 26.03.1985, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57603>, (Erişim Tarihi: 18.01.2019).

³⁹⁴ AİHM, X and Y v. The Netherlands, prg. 22.

³⁹⁵ Dursun, **a.g.m.**, s. 2991-2992.

³⁹⁶ AİHM, Y.F. v. Turkey, No: 24209/94, 22.07.2003, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61247>, (Erişim Tarihi: 18.01.2019).

gözetindeki bir kimsenin keyfi uygulamalara karşı yasal haklarından mahrum kalabileceği belirtilmiştir. Mahkeme, söz konusu müdahalenin kanunda öngörülmediği gerekçesiyle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine oybirliği ile hükmetmiştir.³⁹⁷

Hakim kararına karşın kişiye özellikle cinsel suçlarda muayeneden kaçınma imkanının tanınması gerektiği doktrinde belirtilmektedir. Zira rıza bulunmaması durumunda genital muayene yapılması teknik olarak mümkün olmadığı için kişinin ya uyutulması gerekecek ya da muayene zor kullanılarak gerçekleştirilecektir. Zor kullanılması durumunda ise %95 gibi yüksek bir oranda hatalı sonuç çıkacağı ifade edilmiştir.³⁹⁸

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesi ile yargılamanın tarafı olan kimselerin adil ve eşit bir yargılama yürütülmesi hakkına sahip olmalarının güvence altına alınması amaçlanarak adli yargılanma hakkı düzenlenmiştir.³⁹⁹ “Susma hakkı” veya “kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkı” AİHS'nin 6. maddesinde açıkça belirtilmemiş olmasına karşın “adil yargılanma hakkı” kapsamında olduğu AİHM kararlarından anlaşılmaktadır.⁴⁰⁰ Buradan hareketle 6. madde kapsamında kişinin tıbbi zorunluluk nedeniyle müdahaleye tabi tutulması sonucu müdahale sırasında delil elde edilmesi ile kişinin rızası hilafına muayeneye tabi tutularak delil elde edilmesinin kişinin aleyhe delil vermeme hakkını ihlal edip etmediği hususları üzerinde durulmalıdır.

Tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan bir müdahale ile şüpheli ya da sanığın vücudundan veya alınan biyolojik materyalden herhangi bir suç ile ilgili iz, eser ve delil elde edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda ilgili kişinin rızası ve hakim kararı olmadan delil elde edilmesi söz konusudur. Bu delillerin hukuka uygun olup olmadığı kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkını ihlal edip etmediği gündeme

³⁹⁷ AİHM, Y.F. v. Turkey, prg. 43-44.

³⁹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 624.

³⁹⁹ Dursun, **a.g.m.**, s. 2987.

⁴⁰⁰ Serkan Cengiz/Fahrettin Demirağ/Teoman Ergül/Jeremy McBride/Durmuş Tezcan, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Kasım 2008, s. 134.

gelmektedir.⁴⁰¹ AİHM, Saunders vs. Birleşik Krallık⁴⁰² kararında kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkını AİHS'nin 6. maddesi kapsamında 'adil yargılanma hakkı' çerçevesinde değerlendirmiştir. Mahkeme, kişinin iradesinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan vücut dokularının kullanılmasını mümkün saymış ve kişinin kendini suçlamama ve susma hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁰³ Karar konu özelinde değerlendirildiğinde, tıbbi zorunluluk bulunan hallerde elde edilen delillerin geçerli kabul edildiği, zorunlu tıbbi muayene sırasında kişinin vücudunda bulunan ve özellik arz eden iz ve işaretler belirtilerek oluşturulan raporun başka bir suçta delil olarak kullanılabileceği anlaşılmaktadır.⁴⁰⁴

Şüpheli ve sanığın zorla muayene edilerek delil elde edilmesi halinin aleyhe delil vermeye zorlanamama kuralına aykırılık teşkil edip etmediği konusu da AİHM kararlarında tartışılmıştır.⁴⁰⁵ 22 Haziran 1999 tarihli Tirado Ortiz ve Lozano Martin vs. İspanya davasında başvuranlar, alkol testi yaptırmayı kabul etmemeleri nedeniyle kurallara uymama ağır suçundan mahkum edilmelerinin, ceza gerektiren bir suçla suçlanan her kişinin kendini suçlayan ifadeler vermeme hakkına sahip olduğu ilkesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, kendini suçlamama hakkının esasen susma hakkı ile ilgili olduğunu, yasal düzenlemeler çerçevesinde delil elde etme amacıyla uygulanabilecek tedbirleri kapsamayacağını ifade etmiştir. Mahkeme, polis memurlarının, başvuranların suç işlediklerinden şüphelendikleri için alkol testi talep ettiklerini gözlemlemiş; ayrıca keyfi ve uygunsuz test uygulamasına karşı muhtelif güvenceler sunulduğunu ve buna ek olarak, alkol düzeyine ilişkin testler, trafik mevzuat ile bağlantılı olarak Avrupa Konseyine üye ülkelerde genel olarak kullanılmakta olduğunu belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, somut olayda AİHS'nin 6. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.⁴⁰⁶

Tıbbi deontoloji açısından zorla muayenenin kişinin sağlığına ne kadar zarar verebileceği bilimsel verilerle net bir şekilde ortaya konulmamıştır. Elbette ki konunun

⁴⁰¹ Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 207-208.

⁴⁰² AİHM, Saunders v. United Kingdom, No: 19187/91, 17.12.1996, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58009>, (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

⁴⁰³ AİHM, Saunders v. United Kingdom, prg. 69.

⁴⁰⁴ Kızılarlan, **a.g.e.**, s. 208.

⁴⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 633.

⁴⁰⁶ AİHM, Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain (dec.), No: 43486/98, 15.06.1999, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=002-6496>, (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

içinin pozitif hukukla doldurulması gereklidir. Anglo-Sakson Hukukta zorla muayene kabul edilmemiş; ilgili kişinin muayene olmamasının suçluluğuna karine olarak kabul edileceği belirtilmiştir.⁴⁰⁷ Alman hukukunda ise zorla muayene kabul edilmiştir. Alman CMK'sının 81a hükmü uyarınca rıza bulunmaksızın şüpheliden kan örneklerinin hakim tarafından yetkilendirilmiş bir hekim tarafından alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu zorla muayene şüphelinin sağlığı için bir tehlike oluşturmeyen haller ile sınırlandırılmıştır. Alman hukukunda zorla muayene diğer kişiler bakımından da kabul edilmiştir. Alman CMK'sının 81c/2 hükmü uyarınca şüpheli dışındaki kişiler de sağlık açısından bir tehlike doğurmayan durumlarda rızası olmasa dahi bir doktor tarafından muayene ve örnek alma işlemlerine tabi tutulabilmektedir.⁴⁰⁸ Fransız Ceza Muhakemesi Kanununda ise zorla muayene benimsenmemiştir. Bunun yerine hakim kararına uymamanın gerektirdiği miktarda para cezası uygulanmaktadır.⁴⁰⁹

Hukukumuzda ve öğretide ise zorla muayene yapılıp yapılamayacağı sorunu çözüme kavuşturulmuş değildir. Doktrinde bedenın tıbbi muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilecek delillerin yanılma olasılığı çok düşük, kişiye özgü adeta kişinin etiketi niteliğinde olan DNA analizi ile kısa, kesin ve güvenilir yoldan delil elde edilerek hukukla ve insan haysiyeti ile bağdaşmayan yollardan delil elde edilmesinin önüne geçilebileceği ifade edilmiştir. Bu nedenle maddi gerçeğe ulaşılabilmesi ve adaletin tecelli ettirilebilmesi için şüpheli ve sanığın rızasının bulunmadığı durumda zorla muayene ve örnek almaya başvurulabileceği belirtilmiştir.⁴¹⁰ 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda kişinin beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya rıza göstermemesi durumunda ne yapılacağı, zorla muayeneye karar verilip verilemeyeceği ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmeliğin 18. maddesinde ise “*mevzuatta aranan tüm koşulların gerçekleşmiş olmasına ve şüpheli sanık veya diğer kişilerin bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen muayene yapılmasına ya da örnek alınmasına rıza vermemeleri hâlinde, kararın infazı için ilgilinin muayenesini veya vücudundan örnek alınmasını sağlamak üzere ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemler alınır*”

⁴⁰⁷ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 214.

⁴⁰⁸ Chalmers, **a.g.e.**, s. 5.

⁴⁰⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 624.

⁴¹⁰ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019); Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 31.

hükümü düzenlenmiştir. Kanunda herhangi bir düzenleme yapılmayan ancak yönetmelik ile düzenlenen bu soruna ilişkin olarak alınacak önlemlerin neler olacağı, bu ifade ile neyin kastedildiği açık değildir.⁴¹¹ Doktrinde “gerekli önlemler” ifadesi ile rıza hilafına işlem yapılmasını mümkün kılacak önlemlerin kastedildiği ifade edilmiştir. Bu görüşe göre hüküm uyarınca rıza bulunmasa dahi muayene yapıp örnek alınabilecek, rıza olmaksızın yapılan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma hukuka aykırı nitelik taşımayacaktır. Ancak zorla müdahale yapılabileceğine ilişkin düzenlemenin yönetmelik yerine kanun ile yapılması gerektiği belirtilmiştir.⁴¹² Zira vücut bütünlüğüne müdahale ancak tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerde meşru kabul edilmektedir.⁴¹³

Muayene ve örnek almaya rıza gösterilmemesi sonucu muayene ve örnek alma tedbirlerinin zorla uygulanmak istenmesi durumunda fiziksel mücadele de kaçınılmaz olacaktır. Dolayısıyla bu mücadele sırasında kişiler birbirlerine zarar verebilecektir. Böyle bir durumda sanığın ve şüphelinin sağlığına zarar vermeden muayene ve örnek alma mümkün olamayacaktır.⁴¹⁴ Kanunda hem kişinin sağlığına zarar vermeden muayene ve örnek alma işlemlerinin gerçekleştirilmesi gerektiğinin öngörülmesi hem de rıza olmaksızın da zorla muayene ve örnek alınabilmesi kişiyi ya beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya razı olma ya da kötü muamele çeşitlerinden birisine maruz kalma alternatifleri arasında bırakmaktadır.⁴¹⁵

Beden üzerinde yapılacak incelemelerde ceza yargısında kişinin rızasının aranmaması, zorla muayenenin yapılabilmesi muhakeme hukukunun bir diğer dalı olan hukuk muhakemesinde ise kabul edilmemiştir. Farklı amaç ve ilkelere sahip olan bu iki dal arasında temel hak ve özgürlüklerle doğrudan ilgili bir tedbir hakkında kıyas yapılması da mümkün görünmemektedir.⁴¹⁶

⁴¹¹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 624; Altunkaş, **a.g.m.**, s. 85; Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 214; Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 65.

⁴¹² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 321; Dağ Güray, **Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011, s. 277.

⁴¹³ Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1170.

⁴¹⁴ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 65.

⁴¹⁵ M. Bedri Eryılmaz, “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, **Ankara Barosu Dergisi**, 2000, S. 1, 47-96, s. 54.

⁴¹⁶ Zeynep Albayrak, “Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme”, **TAAD**, Yıl: 9, Sayı: 33, Ocak 2018, 721-751, s. 730. HMK m. 291/2 uyarınca Hukuk Muhakemesinde zorla muayene kabul edilmemiş üzerinde inceleme yapılacak kişi ispat yükü üzerinde olan taraf ise bu delilden vazgeçmiş;

Uygulamada şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinde, rızası aramamakta; hakim veya savcı kararı ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri gerçekleştirilmektedir. Ancak söz konusu kişinin mağdur olması durumunda rıza hilafına muayene ve örnek alma işlemlerinin gerçekleştirilmesi ikinci bir mağduriyete sebep olabilecektir. Aksi kabul edildiğinde ise diğer bir deyişle rızanın aranması durumunda şüpheli, sanık yahut üçüncü bir kişinin mağduru muayene olmaması konusunda zorlaması ve böylece aleyhlerine delil elde edilmesini engellemeleri de mümkün olabilecektir.⁴¹⁷ Mağdurun müdahaleye rıza göstermemesi durumunda Cumhuriyet savcısının iddiayı ispat edememe olasılığı ortaya çıkabilecektir. Böyle bir olasılık karşısında mağdurun müdahaleye rıza göstermemesinin sonucuna katlanması sonucu ortaya çıkmaktadır.⁴¹⁸ Doktrinde hakim veya savcı kararı ile rızası bulunmasa dahi mağdurun muayenesine karar verilmesi gerektiği yönünde görüşler bulunmakla birlikte;⁴¹⁹ mağdurun rızası hilafına zorla muayene ettirilmemesi gerektiği, muayeneye rıza göstermemesinin sonucu olan

diğer taraf ise iddia edilen vakıaları kabul etmiş sayılacaktır. Hakim bu hususları delillerin değerlendirilmesi aşamasında göz önünde tutacaktır. Ancak tarafların keşfe karşı durdukları her durumun ispat yükü açısından bir değerlendirmeye tabi tutulması her zaman adil sonuçlar doğurmayabilecektir. Nitekim bu sebeple HMK m. 291/2’de hakimin duruma ve karşı koyma sebebine göre bu hükmü uygulamayabileceği düzenlenmiştir. Ancak bu husus taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalarda geçerlidir. Kamu düzeninden kaynaklanan davalarda ise kişinin rızası olmasa bile üzerinde inceleme yapılabilecektir. Ancak incelemenin; bilimsel verilere uygun olarak, hakim kararı doğrultusunda ve müdahalenin sağlık açısından bir tehlike doğurmayacağı durumlarda yapılması şartlarına uygun olarak yapılması gerekmektedir. Türk, Alman, İsviçre medeni yargılarında zorla beden üzerinde inceleme ancak kanunda açıkça belirtilmiş istisnai hallerde ve kamunun menfaatinin bulunduğu hallerde yapılabilecektir. Ayrıca incelenin gerekli ve sağlık yönünden bir tehlike de arz etmemesi de gerekmektedir. Albayrak, **a.g.m.**, s. 737-741. 3. kişilerin üzerinde yapılacak inceleme için HMK m. 291/3’te düzenlenmiştir. Keşif 3. kişi için uygun olan zamanda yapılacağı, gecikmesinde sakınca bulunan haller dışında keşfin zamanının ve yerinin bildirileceği söylenmektedir. Keşfe karşı koyulması halinde ise sebep olunan giderlere katlanacağı ve disiplin para cezasına hükmedileceği yaptırım olarak belirlenmiştir. Ayrıca gerektiğinde zor kullanılmasına da karar verilebileceği düzenlenmiştir. Dolayısıyla 3. Kişilerin bedenleri üzerinde inceleme yapılması durumunda kişinin buna rıza göstermemesi halinde ilgili hüküm gereğince zorla inceleme yapılabilecektir. Ancak tüm keşif için düzenlenmiş genel bir hükümden yola çıkılarak beden üzerinde inceleme gibi vücut dokunulmazlığı ile doğrudan ilgili bir konuda 3. kişilerin müdahaleye rıza göstermemeleri halinde zor kullanılmasının söylenmesi bu kadar kolay görünmemektedir. Dolayısıyla 291/3 hükmünün yalnızca kanun tarafından ayrıca öngörülmüş istisnai durumlarda uygulanması daha isabetli bir yaklaşımdır. Albayrak, **a.g.m.**, s. 741-743.

⁴¹⁷ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 293-294; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317; Aksoy İpekçioglu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1172; Hüseyin Ertuğrul, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, **GÜHFD**, 2008, C. XII, S. 1-2, 687-699, 693; Aksoy İpekçioglu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 31.

⁴¹⁸ Aksoy İpekçioglu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1172.

⁴¹⁹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 293-294; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 317; Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 693.

iddiayı ispat edememe olasılığına katlanmak durumunda kalması ve Yönetmelikteki düzenlemenin bu yönde değiştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir.⁴²⁰

Rızaya aykırı olarak muayene ve örnek alma işlemlerinde, ceza uyumsuzluğuna konu olan suçun aydınlatılıp bozulan kamu barışının yeniden sağlanması ihtiyacı ile şüpheli, sanık veya üçüncü şahısların bedenine saygı hakkı (sağlık hakkı) yarışmaktadır. Vücuda müdahale ile ilgili yasal düzenlemelerde bu iki menfaat arasındaki dengenin sağlanması gerekmektedir.⁴²¹ Zorla muayene yoluyla işlem yapılması durumlarında, işlemin yapılma amacıyla ve elde edilmesi umulan menfaatle orantılı olup olmadığı her işlem açısından ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Orantılılık ilkesinin yanı sıra uygulanabilecek bir diğer yöntem ise zorla muayeneyle tıbbi, hukuki veya temel hak ve özgürlükler açısından zarar verme olasılığı bulunan hallerde ikinci bir hakim kararı almaktır.⁴²² Usulüne uygun olarak alınmış hakim kararına karşın kişinin rızasının bulunmadığı, direndiği durumlarda ikinci bir hakim kararı alınarak işlemlerin mutlaka yapılmasının gerekip gerekmediği hakkında somut olaydaki koşullara göre yeniden karar verilmesi, yapılacak işlem ile kişiye ağır bir zarar verilmesinin önüne geçilebilmesini sağlayabilecektir.⁴²³ Kanaatimizce de kişinin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine rızasının bulunmadığı hallerde müdahalede bulunulup bulunulamayacağı orantılılık ilkesi ile belirlenmeli; işlemin yapılmasının olmazsa olmaz olup olmadığı ikinci bir hakim kararı ile tespit edilmelidir.

c. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya kendiliğinden rıza gösterilmesi hali

Şüpheli, sanık veya diğer kişilerin vücuduna müdahale edilmesine rıza gösterilmesi veya işlemin talep edilmesi halinde karar almaya ilişkin usulün izlenip izlenmeyeceği konusunda yasada açıklık bulunmamaktadır. Kural olarak hak sahibinin kendi özgür iradesiyle hak üzerinde tasarruf edilmesine izin verdiği hallerde müdahaleler meşrudur. Ancak kişinin rızasının hukuka uygunluk sebebi teşkil edip

⁴²⁰ Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 31.

⁴²¹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 306.

⁴²² Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 217-218.

⁴²³ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 624.

müdahalenin meşru sayılabilmesi için üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği bir hakkın bulunması gerekmektedir.⁴²⁴

CMK'nın 75. maddesinde, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin yapılabilmesi için mutlaka Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkeme kararı alınması gerektiği belirtilmiştir. Karar alınmaksızın şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alma işlemlerinin yapılması öngörülmemiştir.⁴²⁵ Ceza Muhakemesi Kanununun 76/2 hükmü ile Yönetmeliğin 18/2 hükmü uyarınca ise mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine rızasının bulunduğu durumlarda hakim veya savcı kararı aranmayacağı öngörülmüştür. Diğer bir deyişle, mağdurun rızasının bulunduğu durumlarda hakim veya savcı kararına gerek görülmemiştir.⁴²⁶ Mağdurun rızasının bulunduğu hallerde de tedbirin uygulanma şekli ile ilgili hususlar varlığını koruyacak; muayene mutlaka hekim tarafından yapılacak, örnek almaya ilişkin işlemler ise hekim ya da onun gözetimindeki sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılacaktır.⁴²⁷

Mağdur dışındaki kişilerin kendileri başvurarak talep etmemişlerse vücutlarına müdahale edilebilmesi için rıza gösterecekler dahi karar alma usulü işletilecektir.⁴²⁸ Doktrinde şüpheli ya da sanığın böyle bir istemde bulunma hakkının varlığının savunma hakkının bir gereği olduğu, rıza doğrultusunda işlemin yapılmamasının kişinin savunma ve kendi lehine delil sunma hakkını ihlal edeceği belirtilmiştir.⁴²⁹

Yönetmeliğin 18/3 hükmü uyarınca bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilecek ya da vücutlarından örnek alınabilecektir. Dikkat edilmesi gereken husus düzenleme

⁴²⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 314.

⁴²⁵ Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 623; Dursun, **a.g.m.**, s. 2972.

⁴²⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 516; Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 19; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 314; Aksoy İpekçioğlu, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, s. 31. Mağdurun rızasının aranmaması usule ilişkin bir düzenleme olması dolayısıyla oranlılık ve kişinin sağlığına zarar vermeme gibi esasa ilişkin unsurlara yönelik bir düzenleme niteliğinde değildir. Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

⁴²⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 516.

⁴²⁸ Karş: Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 693.

⁴²⁹ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 7; Apış, **a.g.m.**, s. 282.

uyarınca Soruşturma evresinde şüpheli ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermesi halinde sulh ceza hakiminden karar talep edilmeyecek Cumhuriyet Savcısı doğrudan ilgili kurumdan işlemi talep edebilecektir. Kovuşturma evresinde ise sanık ve diğer kişilerin mahkemeye başvurarak kendiliğinden müdahale talep etmeleri halinde mahkeme bu kişileri ilgili kuruma gönderecektir.⁴³⁰ Doktrinde Yönetmelikteki bu düzenleme ile rızaya hukuksal geçerlilik tanındığı ifade edilmiştir.⁴³¹ Vücut dokunulmazlığına yönelik böyle bir müdahalenin kanun yerine yönetmelik ile yapılması elbette ki kanunilik ilkesi açısından tartışmaya açıktır.⁴³²

B. Olay Yeri İnceleme Yoluyla Materyal Elde Edilmesi

Adli bir ortamdan DNA numunesinin alınması birkaç yol ile mümkün olabilmektedir. Bunlardan ilk ve en temel toplama yöntemi olay mahallinde bırakılan biyolojik materyallerin toplanmasıdır.⁴³³ Olay yerinde bulunan izlerin tespiti ve varsa biyolojik materyallerin temini, failin kimliğinin belirlenmesi ve olayın aydınlatılması bakımından önem arz etmektedir. Moleküler genetik inceleme yapılabilecek biyolojik deliller; olay yerinde çeşitli numunelerin üzerine bulaşmış olabileceği gibi, boğuşma, yaralama, cinsel saldırı ve cinayet gibi olaylarda tükürük, meni, kan, kıl, kepek, deri epiteli gibi biyolojik materyaller karşılıklı olarak mağdurun ve failin cildi üzerine ya da olayın özelliğine göre çevrede bulunan diğer bir kişinin üzerine bulaşmış şekilde bulunabilmektedir.⁴³⁴ Locard'ın "her temas bir iz bırakır" sözünden hareketle olay yerinden elde edilecek örnekler ile suçla ilgili olabilecek kişilerden alınacak örneklerin karşılaştırılması sonucu maddi gerçeğe ulaşılabilmesi Ceza Muhakemesi Hukuku açısından büyük önem taşımaktadır.⁴³⁵

Ceza Muhakemesi Kanununun 78/2 hükmünde "*bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları*" üzerinde de moleküler genetik incelemelerin yapılabileceği belirtilmiştir. Hükümden hareketle suça konu olay yerinde, olay yerinin

⁴³⁰ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 314-317; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 516.

⁴³¹ Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 76.

⁴³² Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", s. 30.

⁴³³ Palmour, **a.g.e.**, s. 133.

⁴³⁴ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 63.

⁴³⁵ Açıkgöz/Hancı/Çakır, "Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri", s. 200.

yakınında ya da başka bir yerde bulunan ve olayla herhangi bir şekilde ilgisi olan beden parçaları veya biyolojik bulgular üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabileceği kabul edilmiştir.⁴³⁶ Ceza Muhakemesi Kanununun 78/1 hükmünde ise “elde edilen bulgu” ifadesi kullanılmıştır.⁴³⁷ Olay yerinden elde edilen bulgunun beden parçası olması durumunda herhangi bir sorun bulunmamaktadır. Ancak olay yerinden elde edilen bulgular her zaman beden parçası niteliğinde değildir. İlgili Yönetmeliğin 3. maddesi uyarınca beden parçası, bir bedenin tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, el, bacak, ayak gibi uzuv ve iç organları ifade etmektedir. Olay yerinden saç, kıl, cinsel salgı gibi örnekler de elde edilebilecektir. Bu sebeple beden parçası ibaresi olay yerinden elde edilen materyal kavramını her zaman karşılamamaktadır.⁴³⁸ Beden parçası ifadesinin materyal kavramını her zaman karşılayamaması; diğer vücut materyallerinin analize tabi tutulabilmelerinde herhangi bir tereddütün oluşmaması açısından kanundaki ifadenin değiştirilerek olay yerinden elde edilen materyal izler üzerinde incelemenin yapılabileceğinin açıkça belirtilmesi kanun yapım tekniği açısından daha uygun olacaktır.⁴³⁹ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda ise iz materyalin analize tabi tutulacağı açıkça öngörülmüştür.⁴⁴⁰

Yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğer eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilecektir. Hükümden kişinin vücut yüzeyinde kendisine ait biyolojik nitelikte örnek alınmasında bu maddenin uygulanamayacağı; olay yeri inceleme uzmanları tarafından vücut yüzeyinden biyolojik örnek alınmasının ancak başkasına ait olması durumunda uygulanabileceği anlaşılmaktadır.⁴⁴¹ Yönetmelik hükmü uyarınca bu haller beden muayenesi ve örnek alınması tedbiri kapsamı dışında tutulmuş⁴⁴² ve doktor veya sağlık personeli tarafından

⁴³⁶ Batur, **a.g.m.**, s. 80.

⁴³⁷ “Elde edilen bulgu” ifadesinin “olay yerinden elde edilen materyal” ifadesi ile örtüştüğü söylenebilirse de olması gereken yasada net biçimde yer verilmiş olmasıdır. Altaş, **a.g.m.**, s. 89.

⁴³⁸ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 116; Altaş, **a.g.m.**, s. 89.

⁴³⁹ Fatih Selami Mahmutoglu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 8,

<http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/27b485a20728432f3c6b2f169f7a8f80c62998517818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.03.2019); Altaş, **a.g.m.**, s. 89.

⁴⁴⁰ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 546.

⁴⁴¹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 620.

⁴⁴² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 510.

alınmasına gerek görülmemiştir.⁴⁴³ Ancak bu hususun kanunda değil de yönetmelikte düzenlenmesi elbette ki yerinde olmamıştır.⁴⁴⁴

Kişinin vücuduna ait olmayan vücudunun veya herhangi bir eşyasının üzerinde bulunan biyolojik bulgunun elde edilebilmesi için arama, el koyma hükümlerinin uygulanması gerektiği ifade edilmiştir.⁴⁴⁵ Alman CMK'sının 81e hükmünün ikinci fıkrasında ise moleküler genetik incelemelerin “muhafaza altına alınan ve el konulan suç izi bulgularının” üzerinde de yapılabileceği düzenlenerek⁴⁴⁶ olay yerinden elde edilen materyallerin moleküler genetik incelenmesinde, Alman CMK hükmünün Türk CMK hükmüne kıyasla daha belirli ve ayrıntılı düzenleme getirdiği; böylece Alman CMK'sının hangi tedbirin uygulanacağına yönelik tartışmaların önüne geçtiği ifade edilmiştir.⁴⁴⁷

1. Olay Yerinden Materyal Elde Edilmesi

Moleküler genetik incelemeler için gerekli olan materyal canlı olan her yerden vücudun parçası olan her tür biyolojik materyalden alınabilmektedir. Mitokondrial DNA analizi dışında adli DNA analizi için uygun veriler çekirdekli hücreleri içeren biyolojik materyaller ile sınırlıdır. Kan, kan lekeleri; semen ve seminal lekeler; doku ve organlar; kemikler ve dişler; saç ve tırnaklar; tükürük, idrar ve diğer biyolojik sıvılardan elde edilebilecektir. Bunların yanı sıra göz yaşı, ter, serum ve diğer vücut sıvıları çekirdekli hücreden yoksun oldukları için DNA analizi için uygun değildir. DNA verisinin toplanmasında olası her yerden veri elde edilebileceği için olayı soruşturanların iyi bir bilgi birikimi ve hayal etme gücüne sahip olmaları gerekmektedir.⁴⁴⁸ Örneğin olay yerinde bulunan şapka, maske, gözlük (burun ve kulağa temas eden kısımdan) gibi eşyalardan saç kılı ya da deri hücresi (keratosit); diş fırçası, kürdan, sakız gibi materyallerden tükürük, kan, ağız epitel hücreleri ve akyuvarlar, ısırık izinden deri ya da tükürük; sigara izmaritinin filtreli kısmından tükürük; pul ya da zarfın yapışkanlı kısmında tükürük; şişe, bardak, çatal, teneke kutu

⁴⁴³ Batur, **a.g.m.**, s. 81.

⁴⁴⁴ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 510.

⁴⁴⁵ Batur, **a.g.m.**, s. 80-81.

⁴⁴⁶ Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 64.

⁴⁴⁷ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 61.

⁴⁴⁸ Polat, **a.g.e.**, s. 306-307.

gibi materyallerin kenarında, ağız kısmında yer alan tükürük; kullanılmış prezervatif ya da iç çamaşırdan cinsel salgı, kan; kıyafetlerden kan, meni, kıl, tükürük, deri; tırnak, tırnak parçası ya da tırnak makasından kan, doku; battaniye, yastık, çarşaf vb. yüzey kısımlarından kan, tükürük, meni, kıl; silah kabzasından, mermi çekirdeğinin dış yüzeyinden kan, doku, deri; bıçak, balta gibi malzemelerin kesici yüzeyinden elde edilebilecek kan, kıl, saç, doku, deri; fayans, yer döşemesi, duvar, koltuk, perde gibi eşyaların yüzey kısmından kan, kıl; ağaç, dal, toprak, yaprak, araba tamponu, far, asfalt gibi yerlerin yüzey kısmında kan, kıl gibi materyallerde DNA bulunabilecektir.⁴⁴⁹ Herhangi bir şekilde bulunan beden parçalarının kime ait olduğunun tespiti için bu biyolojik bulgular üzerinde de moleküler inceleme yapılabilecektir.⁴⁵⁰ Yargıtay da olay yerinden elde edilen materyaller üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmamasını eksik inceleme olarak değerlendirmektedir.⁴⁵¹

Belirtmek gereklidir ki olay yerinden elde edilen örnekler üzerinde yapılan incelemenin kişi lehine sonuçlanması o kişinin fail olduğunu kesin olarak ortaya koymamaktadır. Zira fail olay yerinde hiçbir iz bırakmamış da olabilecektir.⁴⁵²

⁴⁴⁹ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, s. 206; Polat, **a.g.e.**, s. 307-308; Batur, **a.g.m.**, s. 80-81; Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 63.

⁴⁵⁰ Batur, **a.g.m.**, s. 81.

⁴⁵¹ **T.C. Y. 1. CD.**, E.: 2016/3073, K.: 2017/5267, K.T.: 25.12.2017, “Sanık ... hakkında maktul ...'ı kasten öldürme suçundan kurulan beraat hükmünün incelenmesinde; 1) Olay yerinde yapılan incelemeyle kan lekeleri, boş bira şişesi ve şüpheli sıvı birikintisinden alınan örnekler üzerinde, sanık ve maktule ait kan örnekleri de incelenmek suretiyle moleküler genetik inceleme yaptırılması gerektiğinin düşünülmemesi...Suretiyle eksik inceleme sonucu yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, Bozmayı gerektirmiştir”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

T.C. Y. 1. CD., E.: 2017/1599, K.: 2017/3412, K.T.: 23.10.2017, “Sanığın, eşi olan maktulenin kendisine sadakatsizlik ettiğine dair ayrıntılı ve aşamalarda sürekli genişleyen savunmalarının, maktuleye ait telefon hatlarının görüşme dokümlerinin gerekirse sanıktan da sorulmak suretiyle incelenmesi, olay yerinden elde edilen prezervatif üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması, maktulenin otopsisinde uterus lümeninde tespit edilen 0,5 cm. çapındaki embriyo üzerinde babalık tespitine yönelik moleküler genetik inceleme yapılması suretiyle doğru olup olmadığının belirlenmesi gerektiği düşünülmeden, herhangi bir bilirkişi incelemesine dayanılmaksızın yukarıda bahsedilen embriyonun çapı değerlendirilip, maktulenin sanıktan ayrı olduğu dönemde hamile kaldığı ve bu hususun savunmayı doğruladığı sonucuna varılarak, dosya kapsamına uygun olmayan yanılgılı gerekçeyle sanık hakkında haksız tahrik hükmünün uygulanması...”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁴⁵² Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 295.

2. Olay Yerinden Elde Edilen Materyallerin Belgelenmesi, Toplanması, Korunması ve Paketlenmesi

Moleküler genetik analize tabi tutulacak örneklerin olay yerinde tespit edilmesi kadar olay yerinden doğru bir şekilde toplanması da büyük önem arz etmektedir. Olay yerinden delillerin toplanması, laboratuvara gönderilmesi veya saklanması sırasında yapılan hatalar DNA analiz sonuçlarını olumsuz etkilemekte bu durum da yargılamanın gecikmesine, adaletin yanıtılmasına neden olabilmektedir.⁴⁵³

İncelenecek örneklerin laboratuvara sevki sırasında dikkat edilmesi gereken birtakım hususlar bulunmaktadır. Olay yerinden elde edilmiş olan biyolojik materyal üzerinde başarılı bir DNA analizinin yapılabilmesi olay yerinden hangi örneklerin ne şekilde toplandığı ve korunduğu ile ilgilidir. Materyali toplama ve belgelemede kullanılan teknik, toplanan delilin türü ve miktarı, delilin kontrol altında tutulması ve paketleme şekli ile delilin nasıl korunması gerektiği moleküler genetik incelemede önemle dikkat edilmesi gereken noktalardır.⁴⁵⁴

Olay yerinden alınan materyalin analizinden önce uygun bir şekilde belge ile kanıtlanması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle karşılaştırmaya konu olacak materyalin orijinal pozisyonu ve şartlarına dokunulmadan, hareket ettirilmeden, toplanmadan önce yeri ve pozisyonu not edilerek fotoğraflanmalı ve video kasete alınarak belgelenmelidir. Ardından olay yerindeki diğer nesnelerle olan ilişkisi belirtilerek bir krokisi çizilmelidir. Zira uygun şekilde belgelenmemiş delillerin kaynağından şüphe edilebilecek, uygun şekilde paketlenmeyen delil kontamine olabilecek, olması gereken şartlarda korunmaması halinde ise özelliğini yitirerek bozulabilecektir.⁴⁵⁵ Olay yerinden elde edilen materyaller hassas oldukları için kontamine olmaması adına açıkça görülen lekelerin zor görünen lekeler ile yan yana getirilmesi engellenmeli, deliller ayrı ayrı toplanmalı, her delil için ayrı eldiven kullanılmalı ve eldivenler sık sık değiştirilmeli, el ağza ya da buruna götürülmemeli,

⁴⁵³ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuvara Gönderilme Usulleri”, s. 199.

⁴⁵⁴ Nihal Açıkgöz/İ. Hamit Hancı/A. Hadi Çakır, “DNA Laboratuvarının İşleyişi”, **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED)**, C. 11, S. 4, 2002, 126-128, s. 127; Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 69.

⁴⁵⁵ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuvara Gönderilme Usulleri”, s. 201; Açıkgöz/Hancı/Çakır, “DNA Laboratuvarının İşleyişi”, s. 127.

hapşırıp öksürülmemeli ve maske kullanılmalıdır.⁴⁵⁶ Ayrıca elde edilen materyaller +4°C’ de saklanmalı ve mümkün olduğunca hemen laboratuvara gönderilmelidir. Delillere zarar verebilecek nemli ve sıcak şartlardan kaçınılmalıdır. Materyaller ıslak şekilde paketlenmemeli, ıslak numuneler oda sıcaklığında kurutulmalıdır. Olay yerinden toplanan kan, meni gibi leke örnekleri temiz bir ortamda doğal şekilde kurutularak ayrı ayrı ambalajlanıp, etiketlenerek gönderilmelidir. Anal ve vajinal swapların eküvyon (pamuklu çubuk) ile alınarak ayrı ayrı steril tüplere konup, ağızlarının kapatılması ve etiketlenerek gönderilmeleri gereklidir. Plastik torbalar, nemli parçaların kurummasını engellediğinden delilin bozulmasına küf ve bakteri üremesine ve kokuşmaya neden olabilecektir. Bu nedenle yerine kağıt torbalar kullanılmalıdır. Kağıt torbalar da bez torbalara konularak hem delillerin korunması sağlanmalı hem de örneklerin mühürlenmesi sağlanarak değiştirilmesinin önüne geçilmelidir. Ambalajları kapatmak için tel zımba yahut toplu iğne kullanılmamalıdır. Katı cisimler delilin kaybolmasına neden olacak sürtünmeye izin vermeyen sert koruyucularda taşınmalıdır. Kan, vücut sıvıları ve diğer bulaşıcı sıvılar ya da kontamine olmuş keskin uçlu maddeler (iğne, bıçak vb.) içeren numuneler, sızıntı geçirmez, kırılmaz, delinmeye dayanıklı, koruyuculara konularak muhafaza edilmelidir.⁴⁵⁷ Ambalajın üzerindeki etikete tarih, saat, alınan kişi biliniyorsa adı, örneğin bulunduğu yer, toplayıcının adı, olay numarası ve gösterim numarası yazılmalıdır.⁴⁵⁸ Numuneler laboratuvara ulaştıktan sonra ilk odada tutanakla açılarak moleküler genetik analizin ve karşılaştırmanın yapılabilmesi için DNA izolasyon odasına alınmalıdır.⁴⁵⁹

C. Moleküler Genetik İncelemelerde Yöntem

DNA analiz teknikleri, insan genetiği ile ilgili bilgi patlaması sonucu moleküler biyoloji alanındaki gelişmelerin bir meyvesi olarak ortaya çıkmıştır.⁴⁶⁰ Moleküler genetik alandaki gelişmeler, protein kodlanmasında yer almayan DNA kısmında

⁴⁵⁶ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 140; Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, s. 202; Polat, **a.g.e.**, s. 308-309.

⁴⁵⁷ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, s. 202-203; Açıkgöz/Hancı/Çakır, “DNA Laboratuvarının İşleyişi”, s. 128.

⁴⁵⁸ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, s. 203.

⁴⁵⁹ Açıkgöz/Hancı/Çakır, “DNA Laboratuvarının İşleyişi”, s. 128.

⁴⁶⁰ **DNA Technology in Forensic Science**, s. 2.

kişiler arası farklılıkları incelemeyi mümkün hale getirmiştir.⁴⁶¹ Geleneksel bilimden türetilen ilk kişiselleştirme bilimi olan DNA profillemeye (DNA typing)⁴⁶² ilk kez 1985 yılında Birleşik Krallık'ta sosyal bir çalışma için kullanılmış ardından, 1986 yılında, birkaç ticari şirket tarafından kullanılan DNA profillemeye, 1988 yılında FBI tarafından da kullanılmaya başlanmıştır.⁴⁶³ 1980'li yıllardan beri DNA profili oluşturmak için farklı laboratuvarlar DNA'ları parçalara ayırmak için farklı enzimler (enzymes), belirteçler (markers) veya sondalar (probes) kullanmaktadır.⁴⁶⁴ Son yıllarda adli amaçlar için DNA örneklerinin ve hızlı DNA dizinlemesi tekniklerinin kullanımı insan genetik varyasyon araştırmalarının çok büyük bir bölümünü oluşturmaktadır. Bir şüpheliden alınan örnekteki DNA'nın, suç mahallindeki örnekle uyuşup uyuşmadığını belirlemek için dünya çapında standart sistemler geliştirilmiş ve hızla benimsenmiştir.⁴⁶⁵ Tüm dünyada adli amaçlı genetik analizlerde standardizasyonun sağlanabilmesi adına Uluslararası Adli Genetik Kurulu (International Society for Forensic Genetics-ISFG) 1992 yılından beri çeşitli zamanlarda öneriler yayınlamaktadır. Avrupa ülkelerinden çalışma gruplarının da onayladığı bu öneriler ve gelişen teknoloji ile ortaya çıkan sorunların çözümüne yönelik standardizasyon çalışmaları sürmektedir.⁴⁶⁶

İnsanlar diğer türlere göre biyolojik olarak birbirlerine daha çok benzer ve bazların dizilişi de büyük ölçüde aynıdır.⁴⁶⁷ Belirtmelidir ki DNA profillemeye, her hücrede aynı ve ortak olarak bulunan, yaklaşık 1 metre uzunluğundaki DNA'nın tamamı üzerinde yapılmamaktadır. DNA molekülü üzerindeki inceleme belirli bazı bölgelerle sınırlandırılmıştır.⁴⁶⁸ DNA dizisindeki yaklaşık üç milyon baz çifti iki kişi

⁴⁶¹ **DNA Technology in Forensic Science**, s. 1.

⁴⁶² Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 17.

⁴⁶³ Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 235; **DNA Technology in Forensic Science**, s. 1.

⁴⁶⁴ McEwen, **a.g.e.**, s. 21. Bu tekniklerden bir kısmı; restriksiyon enzimi kullanılarak yapılan RFLP (the Restriction Fragmentation Length Polymorphism Method); tek nükleotid polimorfizmlerini inceleyerek yapılan Single Nucleotide Polymorphisms (SNP's); çeşitli sayıda ardışık tekrarlar bakılarak yapılan Variable Number of Tandem Repeats (VNTR's); DNA üzerinde birden fazla noktaya bakarak yapılan çoklu lokus problemleri MLS (Multi-Locus System); DNA üzerinde tek bir yere bakarak yapılan tek lokus problemleri SLS (Single Locus System). Ayrıntılı bilgi için bkz: McEwen, **a.g.e.**, s. 15-21; Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 19; Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1080, dp. 3; Ayşe Serin/Hüsnüye Canan/Ayça Ulubay, "İdentifikasyona Dayalı Adli Uygulamalarda Tek Nükleotid Polimorfizmler", **Türkiye Klinikleri Forensic Medicine**, C. 13, S. 2, 2016, 47-54, s. 48.

⁴⁶⁵ Mildred K. Cho/Pamela Sankar, "Forensic Genetics and Ethical, Legal and Social Implications Beyond the Clinic", **Nature Genetics Supplement**, C. 36, S. 11, Kasım 2004, 8-12, s. 9.

⁴⁶⁶ Büken, **a.g.m.**, s. 38.

⁴⁶⁷ McEwen, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁶⁸ Atasoy, "Bilimsel Deliller", s. 517.

arasında çeşitlilik göstermekte ve bu varyasyon alanlarına polimorfizm denilmektedir. Belirli bir kromozom bölgesindeki belirli DNA dizilerinin farklı versiyonlarına ise allel denilmektedir. Popülasyonda iki veya daha fazla alleli bulunan geni tanımlamada da polimorfik terimi kullanılmaktadır.⁴⁶⁹ DNA tanımlama analizleri kişilerin değişen allellerinin bulundukları yerlerin tanımlanmasıyla yapılmaktadır. Böylece adli DNA test teknikleri DNA'nın çok sayıda polimorfik (several highly polymorphic) veya aşırı değişken (hypervariable) bölümlerine odaklanmaktadır.⁴⁷⁰ Genetik yapıdan faydalanarak bireylerin kimlik tespitine izin veren test tekniği olan DNA Profillemeye işlemi için sıklıkla DNA polimorfizmleri temel alınmaktadır.⁴⁷¹ DNA profillemeye, adli bilimcilerin kullandığı insanların DNA Profillerine dayanarak kimlik tespitini sağlayan bir tekniktir. Şifrelenmiş numara dizilerinden oluşan DNA profilleri, kişinin kimlik belirtecini oluşturmaktadır.⁴⁷²

DNA üzerinde bulunan polimorfik varyasyonlardan yararlanılarak adli amaçlı kimliklendirme yapılabilmektedir. Bu polimorfik varyasyonlar temelde ikiye ayrılmaktadır. İlki tek nükleotid polimorfizmleri [Single Nucleotide Polymorphisms (SNP's)], diğeri değişen sayıda ardışık tekrar dizilerinin oluşturduğu polimorfizmlerdir [Variable Number of Tandem Repeats (VNTR's)]. Uygulamada daha çok VNTR lokuslarının bir alt dalı olan STR (Short Tandem Repeat) yani kısa ardışık tekrarlar kullanılmaktadır.⁴⁷³ STR, yüksek polimorfik bazlardan (yüksek çeşitliliğe sahip baz dizilerinden) oluşan özel bir sekans sınıfıdır.⁴⁷⁴ Minisatelit olarak da ifade edilen bu kısa dizi tekrarları DNA molekülünün dizilişindeki özellikleri ortaya koymaktadır.⁴⁷⁵ Adli amaçlı moleküler genetik incelemelerde DNA üzerinde çalışılan gen bölgeleri, kişiye özgü kalıtsal özelliklerin kodlamasını yapmayan bölgelerdir. Kısa tekrar dizi bölgeleri (Short Tandem Repeat =STR) adı verilen bu bölgeler kişiden kişiye farklı (polimorfik) özellik göstermekle karşılaştırma olanağı sağlamakta ve bir şahsı diğerinden ayırt etmektedir. STR bölgeleri kişilerin ırksal özellikleri ya da ten, göz, saç rengi veya boy gibi kalıtsal karakterler hakkında fikir vermemektedir.

⁴⁶⁹ McEwen, **a.g.e.**, s. 14.

⁴⁷⁰ McEwen, **a.g.e.**, s. 15.

⁴⁷¹ Açıkgöz/Hancı/Çakır, "Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri", s. 199.

⁴⁷² Öztürk, "Adli DNA ve Kimliklendirme", s. 5.

⁴⁷³ Serin/Canan/Ulubay, **a.g.m.**, s. 48.

⁴⁷⁴ McEwen, **a.g.e.**, s. 24.

⁴⁷⁵ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1079.

Böylelikle bu yolla elde edilen sonuçlar, adli olayların araştırılmasında ilgili kişilere karşı bir ön yargıya sebep olmadan güvenle kullanılabilecekleri söylenmektedir.⁴⁷⁶ Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal hastalık hakkında açıklama içermeyen, bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilmektedir.⁴⁷⁷

Biyolojik delillerin günümüz anlamındaki gücüne ulaşması bu PCR teknolojisinin bulunmasından sonra gerçekleşmiştir.⁴⁷⁸ 1983 yılında Mullis isimli bir bilim adamı tarafından Polimeraz Zincir Reaksiyonu (Polymerase Chain Reaction-PCR) yöntemi geliştirilmiştir.⁴⁷⁹ PCR, esasen, DNA'nın genetik olarak bilgilendirici bir dizisinin çoğaltılmasını (kopyalanmasını) ve çoğaltılmış ürünlerdeki DNA dizisinin incelenmesini içermektedir. Böylece PCR, küçük bir izden hareketle bütünü üreterek, analizi yapacak kişinin saç, tükürük, kemik, diş özü ve deri izleri gibi son derece küçük biyolojik örnek izlerini tanımlamasını ve incelemesini sağlamaktadır.⁴⁸⁰ Veriler arası karşılaştırma yapılabilmesi için ilk olarak mevcut izden yüksek miktarda DNA elde edilmeye çalışılmaktadır.⁴⁸¹ PCR yönteminde DNA'nın belli bir kısmı polimeraz yardımıyla kısa sürede çoğaltılmaktadır. Böylece adli kriminalistik bakımından en büyük problem olan yeterli DNA materyalinin bulunmaması PCR tekniği ile kısmen de olsa aşılabilmektedir.⁴⁸² Adli DNA analizleri için PCR tabanlı çeşitli teknikler bulunmaktadır. Bunlardan biri olan polimarker (polymarker) tekniği, fazla numune tüketimi olmadan maksimum ayırım gücü sağlamaktadır.⁴⁸³

Günümüzde neredeyse tüm laboratuvarlarda testlerin hassaslığı, ayırt etme gücü ve hızlı sonuç verme yeteneğiyle moleküler genetik incelmelerde PCR tekniğine dayalı STR yöntemi tercih edilmektedir.⁴⁸⁴ STR yönteminde DNA, genetik işaretleyicilerin insan kromozomları üzerindeki birkaç farklı yerde mevcut bulunan

⁴⁷⁶ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 70; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1080.

⁴⁷⁷ İmdat Elmas/Gökhan Ersoy, “Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut”, **Klinik Gelişim**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, C. 22, Adli Tıp Özel Sayısı, 2009, 111-113, s. 112.

⁴⁷⁸ Atasoy, “Bilimsel Deliller”, s. 517.

⁴⁷⁹ Duncan/Tracey/Stauffer, **a.g.e.**, s. 232; Fidanoglu/Belder/Erdoğan/İlk/Rajabli/Özdağ, **a.g.m.**, s. 49.

⁴⁸⁰ McEwen, **a.g.e.**, s. 21.

⁴⁸¹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1080.

⁴⁸² Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1081, dp. 3.

⁴⁸³ McEwen, **a.g.e.**, s. 24.

⁴⁸⁴ Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 19; Öztürk, “Adli DNA ve Kimliklendirme”, s. 7.

(genellikle 13 STR’da) sayısal bir envanter oluşturmaktadır.⁴⁸⁵ ABD ve İngiltere’de de STR en yaygın kullanılan analiz yöntemidir.⁴⁸⁶

Çeşitli şekillerde elde edilen DNA molekülü, moleküler genetik inceleme sırasında birtakım aşamalardan geçirilerek analiz edilmektedir.

- İlk olarak **DNA izolasyonu** aşamasında, moleküler genetik incelemeler için kullanılacak olan DNA’nın elde edilebilmesi için proteinlerden ve istenmeyen safsızlıklardan arındırılmış olması gerekmektedir. Bu amaçla öncelikle DNA hücreden izole edilmeli ve mümkün olduğunca mekanik etkilerden kaçınılarak spesifik olmayan DNA parçalarının (fragmentlerinin) oluşmasına engel olunmalıdır. Elde edilen DNA’nın enzimlerle kolayca reaksiyona girebilmesi için proteinlerden tamamen arındırılmış olması gerekmektedir.⁴⁸⁷ Mevcut hücre materyallerinden ayrıştırılarak saf DNA molekülü elde edilmektedir.⁴⁸⁸
- İkinci olarak çift sarmal yapıda olan DNA **restriksiyon enzimi** yardımıyla birbirinden ayrılmaktadır. Enzim kimyasal bir makas gibi minisatelit olarak adlandırılan polimorfik baz dizi alanına odaklanarak DNA’yı spesifik sekansın bulunduğu yerden keserek parçalara ayırmaktadır. Herkesin DNA’sının birbirinden farklı olmasının bir sonucu olarak oluşan DNA parçalarının uzunlukları da birbirinden farklılık arz etmekte ve insanların birbirinden ayırt edilmesini sağlayacak DNA parmak izini oluşturmaktadır.⁴⁸⁹
- Üçüncü aşamada DNA replikasyonunun yapay olarak gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilen **PCR** yöntemi ile DNA molekülü çoğaltılmaktadır. PCR işlemi üç adımdan oluşmaktadır. PCR yönteminde ilk adım **denatürasyon (denaturation)** işlemidir. Bu işlemde çift sarmal yapıyı oluşturan zincirin birbirinden ayrılması için

⁴⁸⁵ Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 19.

⁴⁸⁶ Cho/Sankar, **a.g.m.**, s. 9.

⁴⁸⁷ Cemal Ün/Klaus Wimmers/Siriluck Ponsuksili/Friedrich Schmoll/Karl Schellander, “Mikrosatelitler ve Kullanım Alanları”, **Institute of Animal Science**, University of Bonn, Hayvansal Üretim, 2000, S. 41, 9-14, s. 11.

⁴⁸⁸ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1081.

⁴⁸⁹ McEwen, **a.g.e.**, s. 16.

DNA tampon çözelti içerisinde ısıtılmaktadır. 94-95 °C’de birkaç dakika ısıtılan iplikçikler birbirinden ayrılmaktadır. Ardından DNA’nın belirli bir bölgesini tanıyıp o bölgesi ile reaksiyona girebilen ardışık nükleotidlerin (oligonükleotid) ihtiyaç duyduğu sıcaklık sağlanmaktadır. İkinci adım olan **bağlanma işleminde (annealing process)**, her bir şeridin bir ucuna "primer" adı verilen kısa bir tek zincirli DNA parçası eklenir ve kendi eşlenikleri olan tamamlayıcı bölümüne bağlanmaktadır. Elde edilen tek zincirli DNA, çift sarmal yapıdaki DNA’nın kısa bir kesitini oluşturmaktadır. **Uzatma (extension)** adı verilen üçüncü adımda ise çözeltiyeye DNA polimeraz adı verilen enzim eklenmektedir. Enzim primerlere bağlanarak uzamasını sağlamaktadır. Böylece zincir etkili bir şekilde yeniden sentezlenmekte (re-synthesizing) ve yeni bir DNA sarmalı elde edilmiş olmaktadır. Açıklanan bu üç adımın her tekrarı önceki dizideki DNA miktarını iki katına çıkarmaktadır. İşlem gerektiği kadar tekrarlanarak analiz için yeterli miktarda DNA elde edilinceye kadar kopyalama işlemine devam edilecektir.⁴⁹⁰ PCR işleminde örnekte hangi DNA varsa o çoğaltılmaktadır. İlgili kişinin DNA’sı ile karışan kişinin DNA’sı ayırt edilememektedir. Oldukça hassas olan bu verilerde kontaminasyon (bulaşma) riski yüksek olduğundan, kontaminasyonu engellemek için çok dikkat edilmelidir.⁴⁹¹

- **Elektroforez (electrophoresis)** olarak bilinen dördüncü aşamada, DNA parçaları boyutlarına göre bir jel içindeki bantlara ayrılmaktadır. Bu aşama agaroz jel levhasının bir ucuna yerleştirilen DNA parçalarına elektrik akımı uygulamasını içermektedir. DNA negatif yüke sahip olduğu için fragmanlar jelin uzak ucundaki pozitif yüklü uca doğru boyutlarına bağlı olarak göç ettirilmektedir. Elektroforez sırasında fosfat grupları iyonize edilerek polinükleotitler büyüklüklerine göre değişiklik gösterecek şekilde, büyük moleküller daha yavaş küçük moleküller daha hızlı hareket etmekte⁴⁹² ve küçük parçalar jelin uzak ucuna doğru ve daha büyük parçalar ise yakın uca doğru

⁴⁹⁰ McEwen, **a.g.e.**, s. 21-22; Ün/Wimmers/Ponsuksili/Schmoll/Schellander, **a.g.m.**, s. 11-12.

⁴⁹¹ Polat, **a.g.e.**, s. 308-309; Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 140.

⁴⁹² Ün/Wimmers/Ponsuksili/Schmoll/Schellander, **a.g.m.**, s. 12.

kümelenmektedir.⁴⁹³ Böylece DNA parçaları elektrik akımı vasıtasıyla ayıklanarak uzunluklarına göre tanzim edilmektedir.⁴⁹⁴

- Beşinci aşama olan **southern blotting (hibridizasyon)** aşamasında ise DNA fragmanları naylon bir zar üzerine lekelenmektedir. Tampon çözelti jel ve zar içerisinden çekilerek DNA fragmanlarıyla birlikte absorbe edilmektedir. Böylece DNA fragmanları jeldeki aynı konumlarında kalarak taşınmakta ve zara bağlanmaktadır. Hibridizasyon işleminde yüksek polimorfik alanlara veya bunlara bitişik görünen tek sarmallı baz dizilerini tamamlayacak şekilde DNA'nın tek sarmallı bölümlerine radyoaktif sonda (radioactive probes) uygulanmakta ve bu fragmanlar naylon zar üzerinde görselleştirilmektedir. Fragmanların yerleri radyoaktif bir etiketle işaretlenmektedir.⁴⁹⁵
- Altıncı aşama olan **otoradyografi** işleminde ise radyoaktif ışınlama yolu ile DNA parçalarının bir röntgen filmi üzerinde gösterilmesi tekniğidir. Bu aşamada radyoaktif işaretli DNA parçaları (prob) bağlandığı DNA bantlarını röntgen filmi şeklinde görünür hale getirmektedir.⁴⁹⁶
- Son aşama olan **verilerin değerlendirilmesi** aşamasında, şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerden elde edilen vücut hücreleri ile olay yerinden alınan iz delilleri karşılaştırılmaktadır.⁴⁹⁷ Otoradyografi aracılığı ile elde edilen yatay ve uzunluğuna göre düzenlenmiş kodlamayan alana ait DNA parçalarını gösteren röntgen filmi değerlendirilmektedir.⁴⁹⁸ İnceleme sonucu elde edilen 'barkod' genetik analizör cihazı tarafından sayısal değere dönüştürülmekte ve böylece her insanın (tek yumurta ikizleri hariç) kendine özgü barkodu oluşturulmaktadır.⁴⁹⁹ Çeşitli şekillerde elde edilen DNA örneklerinin kısa ardışık tekrar profillerinin en az 13 STR bölgesi çalışılarak

⁴⁹³ McEwen, **a.g.e.**, s. 18-22.

⁴⁹⁴ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1082.

⁴⁹⁵ McEwen, **a.g.e.**, s. 18-22.

⁴⁹⁶ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1083.

⁴⁹⁷ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 140.

⁴⁹⁸ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1083.

⁴⁹⁹ Büyükkay, "Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler", s. 365; Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 71.

oluşturulan sayısal veri⁵⁰⁰ karşılaştırma materyali ile kıyaslandığında iki materyalin aynı kişiye ait olup olmadığı kesine yakın bir şekilde yüksek olasılıklarla ortaya koymaktadır.⁵⁰¹ Materyaller arasında eğer tam bir uyuma bulunmuyorsa, veri miktarı az ya da veri bozulmuş ise diğer yöntemler (örneğin yakınlardan elde edilen örnekler üzerinde çalışılması gibi) devreye sokulacaktır.⁵⁰² Ancak numunelerin karıştırılması, soruşturma materyalinin kirletilmesi, DNA alınacak materyalin eski olması, analiz sırasında deformasyon, görsel değerlendirmede özensizlik ve verilerin eksik olması gibi durumlar analizde hatalı sonuçlara neden olabilecektir. Bu olasılıklar DNA analiz sonucunun delil olarak değerlendirilmesinde mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Zira teoride çok yüksek oranlarda olan analize güven bu gibi etkilerle olumsuz yönde etkilenebilecektir.⁵⁰³

Laboratuvar hataları bir kenara konulacak olursa olay yerinden alınan örnek ile şüpheli yahut sanığın DNA'sının eşleşmemesi durumunda kişi üzerindeki şüphe kalkacaktır. Diğer taraftan iki STR grubu arasında eşleşme sağlanması halinde ise şüpheli veya sanığın aleyhine kanıt olarak sunulacaktır. Ancak sınırlı sayıda lokus arasında bir karşılaştırma yapıldığı için bu durum da kesin olarak algılanmamalıdır. Eşleşme olması durumunda yapılması gereken bir sonraki adım eşleşmenin şans eseri meydana gelme olasılığını belirlemektir. “Eşleşme olasılığı” olarak adlandırılan bu durum, alellerin analiz edilen lokusta ne kadar yaygın olduğunu belirlemeyi gerektirmektedir. Suç mahallinden alınan örnekteki alellerin yaygın olarak ortaya çıkması durumunda örneğin şüpheliden başka birinden gelme olasılığı da artacaktır. Bu durumda ilgili popülasyonun kim olduğu sorusu gündeme gelecektir. Pratik olmayan bir yol olarak popülasyonun belirlenmesinde suç mahalline DNA bırakabilecek ve olay yerindeki örnekte DNA modelinin sıklığını hesaplayabilecek tüm insan nüfusunun DNA'sı analiz edilerek belirlenebilmektedir. Alternatif olarak ise adli genetikçiler olasılıkları hesaplamak için ırk ve etnik kökene göre kategorize edilen referans veri tabanları kullanılabilmektedir. Bu veri tabanlarının kullanılması Amerika Ulusal Araştırma Konseyi (US National Research Council-NRC) tarafından açıklanan

⁵⁰⁰ Elmas/Ersoy, **a.g.m.**, s. 112.

⁵⁰¹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1083; Büken, **a.g.m.**, s. 33.

⁵⁰² Büken, **a.g.m.**, s. 33.

⁵⁰³ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1083-1084.

bir raporda önerilmiştir. Elde edilmiş olan DNA'nın ırk özellikleri biliniyorsa o ırka ait veri tabanı kullanılabilir; eğer ırk özellikleri bilinmiyorsa değerlendirme tüm ırklar yönünden yapılacaktır. Irka ait alt grupların genetik özelliklerinin ırkın genel özelliklerinden farklı olabileceği de ayrıca gözetilmelidir.⁵⁰⁴

İdentifikasyon amaçlı adli DNA analizlerinde STR yönteminin yanı sıra tek nükleotid polimorfizmleri olan SNP (single nucleotide polymorphism) tekniğinin de kullanılabilirliği belirtilmektedir. STR tiplendirmesi ile dahi analiz yapılamayacak adli biyolojik örnekler bulunabilmektedir. Bu durumda oldukça az miktarda ve/veya ileri derecede parçalanmış yapıda DNA bulunması ile karşılaştırılacak referans örneğinin bulunmaması durumlarında STR yöntemi etkisiz kalmaktadır. Aşırı derecede parçalanmış DNA örneklerinin kimliklendirilebilmesinde ve referans örneğin bulunmadığı durumlarda SNP fenotipik tahmin ile yakın soy ve/veya biyocoğrafik soy tahmini yapmaya yardımcı olabilecek potansiyele sahiptir. 2001 yılında İnsan Genom Projesinin tamamlanması ile genom üzerinde SNP tanımlanmıştır.⁵⁰⁵ Yakın gelecekte SNP'lerin STR'ların yerini alması öngörülmemekle birlikte ileri derecede parçalanmış DNA örneklerinde, kayıp ve

⁵⁰⁴ Cho/Sankar, **a.g.m.**, s. 9; Büken, **a.g.m.**, s. 34; Moriarty/Saks, **a.g.m.**, s. 19.

⁵⁰⁵ Serin/Canan/Ulubay, **a.g.m.**, s. 48. SNP'ler, fenotip tahminlerden hareketle suçun failini belirlemede daha güvenilir bir yöntemdir. Özellikle herhangi bir şüphelinin ya da sanığın bulunmadığı durumlarda olay yerindeki iz ve lekeler ile kitlesel felaketlerde hiçbir DNA eşleşmesi olmayan ve başka delil de bulunmayan durumlarda SNP kullanılarak olay aydınlatılabilecektir. Fenotipik özelliklerden sorumlu basit ve kompleks genetik polimorfizmlerin tanımlanması ile dış görünüşe dayalı özelliklerin tahmini mümkün olmakta ve kimlik tespit yapılabilmektedir. Serin/Canan/Ulubay, **a.g.m.**, s. 51. Adli DNA fenotipleme ile ilgili en güzel ve şu anki tek örnekler göz, saç, deri renklerinin varyasyonlarıdır. Birçok genin fenotipe çevresel faktörlerle birlikte katkıda bulunduğu düşünüldüğünde insanın tüm dış özelliklerinin karmaşık olduğu düşünülmesine rağmen; en azından geniş bir kategorik düzeyde insan pigmentasyon özelliklerinin genel olarak daha az karmaşık olmasından hareketle insanın pigmentasyon özelliklerinin anlaşılma çalışmasının diğer dış özelliklerin anlaşılma çalışmasından daha avantajlı bir durum olduğu belirtilmiştir. Manfred Kayser, "Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes", **Forensic Science International: Genetics**, 18, 2015, 33-45, s. 34. Bunun yanı sıra kişinin dış görünüş özelliklerinin renkli kontakt lens, saç boyası, bronzlaştırıcı cilt losyonu, suni saç şekillendirme, saç transplantasyonu, yüz veya diğer plastik cerrahi gibi yapay yollarla değiştirilmesi mümkündür. Bununla birlikte çok fazla planlamayı gerektirmeyen eldiven giymek gibi basit bir eylem dahi fail tarafından göz ardı edilmektedir. Parmak izi analizi hala günümüzde 100 yılı aşkın bir süre sonrasında dahi kullanılabilir. Bu sebeple teorik ve pratik açıdan kişinin dış görünüşünü değiştirmesi mümkün olmakla birlikte birçok olayda sorun olarak karşılaşılabilecek olası görünmemektedir. **A.g.m.**, s. 44. Geleneksel DNA analizi, karşılaştırılan materyallerin tam eşleşmesine (exact match) dayanmaktadır. Ancak DNA testlerinde her zaman tam eşleşme meydana gelmemekte; bazı durumlarda DNA testi kısmi eşleşme (partial match) ile sonuçlanmaktadır. Kısmi eşleşme durumunda Ailesel DNA testleri (familial DNA testing) ile DNA'nın sahibine ulaşılmaktadır. Sherry A. O'Berry, **Criminal Justice Professionals' Perceptions Of The Need For Familial DNA Testing Guidelines In The Criminal Justice System**, University of Phoenix, 2015, Published by ProQuest LLC (2018), s. 50.

kimliği meçhul kalıntıların kimliklendirilmesi gibi zorlu adli olguların analizinde ve faili meçhul olaylarda araştırma alanının daraltılmasında kullanılabilecektir.⁵⁰⁶

III. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN ŞARTLARI

A. Şüphe

Ceza yargılaması şüphe ile başlayıp şüphenin yenilmesi ile sona ermektedir. Ortaya çıkan şüphenin derecesindeki artış yargılamanın hükümle sonlanmasını sağlayacak aşamaya doğru ilerlemesini sağlamaktadır.⁵⁰⁷ Moleküler genetik inceleme, özel hayatın gizliliği ve vücut dokunulmazlığı başta olmak üzere temel haklara müdahale teşkil eden karma nitelikli bir analiz yöntemi olması dolayısıyla analize başvurabilmek için gerekli olan şüphe derecesini belirlemek önem arz etmektedir. Moleküler genetik incelemeye başvurabilmek için hangi şüphe derecesinin arandığı başta oranlılık ilkesi olmak üzere genel hükümler çerçevesinde ceza muhakemesine hakim olan ilkeler göz önünde tutularak belirlenmelidir.⁵⁰⁸ Suçun işlenip işlenmediği konusunda soruşturma ve kovuşturma makamlarının delillere ve olgulara dayanan bir tahmini söz konusudur. Daima yanılma payını içerisinde taşıyan şüphe; yanılma payının derecesine göre, basit, makul, yeterli ve kuvvetli şüphe olarak dörde ayrılmaktadır.⁵⁰⁹ Basit şüphe, CMK m. 160 hükmünden hareketle bir suçun işlendiğine dair olguya dayanan basit bir izlenim olarak ifade edilebilecek başlangıç şüphesidir.⁵¹⁰ Başlangıç şüphesinin bir üst basamağı olan makul şüphe ise kanunda tanımlanmamıştır. Adli ve Öleme Arama Yönetmeliğinin⁵¹¹ 6. maddesinde makul şüphe, hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe olarak

⁵⁰⁶ Serin/Canan/Ulubay, **a.g.m.**, s. 53.

⁵⁰⁷ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 104.

⁵⁰⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 522; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1098; Altaş, **a.g.m.**, s. 86.

⁵⁰⁹ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 88.

⁵¹⁰ Centel/Zafer, **a.g.e.**, s. 88.

⁵¹¹ Adli ve Öleme Aramaları Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 01.06.2005 Resmî Gazete Sayısı: 25832, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 25.04.2019).

tanımlanmıştır.⁵¹² Makul şüphe, AİHS'ye göre soruşturmalar ve koruma tedbirleri bakımından asgari gereklilik niteliğindedir.⁵¹³ Yeterli şüphe ise CMK m. 170/2 uyarınca kamu davası açılabilmesinin bir şartı olarak düzenlenmiş ve doktrinde eldeki delillere göre yapılacak muhakemede kişinin mahkum olma ihtimalinin beraat etme ihtimalinden daha kuvvetli olması olarak ifade edilmiştir. Yeterli suç şüphesinin bulunmaması halinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilecektir.⁵¹⁴ Genellikle koruma tedbirlerinin bir ön şartı olarak düzenlenen kuvvetli şüphe ise şüpheli veya sanığın suçun faili ya da şeriki olduğunun kuvvetle muhtemel olması halinde söz konusu olmaktadır.⁵¹⁵

Moleküler genetik inceleme hükümlerine başvurulabilmesi için yasa koyucu herhangi bir şüphe derecesi öngörmemiştir.⁵¹⁶ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik incelemeleri düzenleyen 81e hükmü yasalaşmadan önce tasarı halindeyken moleküler genetik incelemeler için kuvvetli şüphenin aranacağı öngörülmüş; ancak moleküler genetik inceleme yönteminin şüpheli veya sanığı aklayabilme niteliği dolayısıyla lehe kullanılma imkanının varlığı yasalaşma sürecinde basit başlangıç şüphesinin varlığının analize başvurmak açısından yeterli olması gerektiğine karar verilmesine ve yasaya bu konuda özellikle bir hüküm konulmamasına neden olmuştur.⁵¹⁷ Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüpheyne ilişkin bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak doktrinde kanunda düzenleme getirilmeyerek Alman Ceza Muhakemesi Kanunundaki düzenlemeye benzer olarak basit bir başlangıç şüphesi ile tedbire başvurulabilmesinin kabul edildiği ifade edilmiştir.⁵¹⁸ Moleküler genetik incelemelerin yapılabilmesi için Ceza Muhakemesi Kanunu mevcut bir ceza soruşturması veya kovuşturmasının bulunmasını aramaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununun aksine Ceza Muhakemesi Kanunumuzda şüphelinin tespiti

⁵¹² İlyas Şahin, "Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi", *MÜH-HAD*, C. 20, S. 3, 2014, 97-144, s. 113; Centel/Zafer, *a.g.e.*, s. 91-92.

⁵¹³ Şahin, *a.g.m.*, s. 114.

⁵¹⁴ Centel/Zafer, *a.g.e.*, s. 92; Şahin, *a.g.m.*, s. 117.

⁵¹⁵ Centel/Zafer, *a.g.e.*, s. 92.

⁵¹⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, *a.g.e.*, s. 522; Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1098.

⁵¹⁷ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1098.

⁵¹⁸ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1099. Bu tedbire üçüncü kişilerin dahi katlanma zorunluluğu bulunduğu gerekçesiyle basit bir başlangıç şüphesinin şüpheli bakımından yeterli olması gerektiği gerekçesi hakkında bakınız: Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1099.

amacıyla moleküler genetik inceleme tedbirine başvurulması hukukumuzda kabul edilmemiştir.⁵¹⁹

CMK'nın 78. maddesinde 75. ve 76. maddeleri uyarınca yapılacak olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen örnekler ile bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının **tespiti için zorunlu olması halinde** yapılabileceği düzenlenmiştir.⁵²⁰ Moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için gerekli olan şüphe konusunda yasada herhangi bir açıklık bulunmamakla birlikte kanun koyucunun basit şüphe ile incelemeye başvurulabilmesinin de yeterli kabul edilmediği moleküler genetik inceleme yöntemi kullanılarak istenilen amaca ulaşılabilmesi için moleküler genetik inceleme yapılmasının zorunlu olmasının da arandığı ifade edilmiştir.⁵²¹ Bu haliyle belirtilmelidir ki tedbire başvurabilmek bakımından yapılacak olan moleküler genetik inceleme amaca ulaşmaya elverişli, gerekli ve elde edilmek istenen amaç ile verilmesi imkan dahilinde olan sonuç oranlı olmalıdır. Keza Ceza Muhakemesi Kanunumuz da moleküler genetik incelemelere başvurabilmek bakımından ayrıca “zorunlu” olması şartını aramaktadır. Dolayısıyla tedbire başvurabilmek bakımından basit bir başlangıç şüphesi gerekli ancak yeterli değildir. Basit başlangıç şüphesine ek olarak maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında moleküler genetik incelemelere başvurmak zorunlu olmalıdır.⁵²² Hükümde yer alan bu ifade ile incelemenin ikincilliğinin mi yoksa şüpheyi yenmek adına kesin sonuç verecek delil elde etmenin mi vurgulandığı öğretilerde tartışmalıdır. Eğer incelemenin ikincilliği kabul edilirse başka türlü delil elde edilebilmesi durumunda incelemeye başvurulamayacak; ancak amaca ulaşabilmek analiz yapılmaksızın mümkün değilse

⁵¹⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636. Mevaz kanun olan Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81h paragrafında hakkında soruşturma ve kovuşturma başlamamış kişilerden alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasına izin verilmiştir. Hüküm uyarınca “*somut olguların hayata, vücut dokunulmazlığına, özgürlüğe veya cinsel özgürlüğe karşı bir suç işlendiği şüphesini ortaya koyması halinde, failin taşıdığı tahmin edilen inceleme özelliklerine uyan kişilerin, yazılı olarak rıza göstermeleri halinde, olay yerinden elde edilen izlerin bu kişilerden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tespiti amacıyla moleküler genetik incelemeler yapılabilir*” hükmü düzenlenmiştir. Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoğlu, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt 1 (CMK 1-156), Haziran 2013, s. 700; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636.

⁵²⁰ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1099. Ünver/Hakeri, bu düzenlemenin hatalı olduğunu önemli olanın zorunluluk değil ölçülülük olduğunu belirtmekte ve zorunluluk koşulunun aranmasının inceleme yapılmasını düzenlemenin amacına aykırı olarak zorlaştırdığı gerekçesiyle madde metninin bu yönde değiştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 296; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 87.

⁵²¹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 296; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 87.

⁵²² Altaş, **a.g.m.**, s. 87.

moleküler genetik inceleme gerçekleştirilecektir. Diğer taraftan ise “zorunlu olması” ifadesi ile kesin sonuç verecek ve şüpheyi aydınlatacak delillerin ortaya konulması amacıyla incelemeye başvurulması kabul edilirse bu durum incelemeye ikincillik niteliği vermeyecektir.⁵²³

Doktrinde kimi yazar, moleküler genetik incelemelerde, iletişimin denetlenmesi ve teknik araçlarla izleme tedbirlerinde olduğu gibi ikincillik kuralının benimsediğini, başka türlü delil elde etme imkanının bulunması halinde bu yeni ve modern tedbirin uygulanmasının kabul edilmediğini ifade etmektedir.⁵²⁴ Keza moleküler genetik incelemelere ancak zorunlu olması ve başka türlü delil elde etme imkanının bulunmaması durumunda başvurulabileceği, buradan hareketle kanunun orantılılık ve ikincillik ilkelerini açıkça kabul ettiği, bunun sebebinin ise insan hakları bakımından daha güvenceli olma isteği olduğu da ifade edilmiştir.⁵²⁵ Diğer bir kısım yazar ise; bir soruşturma metodu olarak kullanılan moleküler genetik incelemelerin başka türlü delil elde edilememesi durumunda başvurulacağı düzenlemesine benzer bir düzenleme içermediğini; dolayısıyla bu analize başvurulmasının ikincil nitelik arz etmediğini ifade etmektedir.⁵²⁶ Bunun yanı sıra yapılan analiz sonucunun yüksek oranda kesinlik taşıması ve yargılamanın aydınlatılmasını sağlayacak nitelikte olmasının, moleküler genetik incelemelerin ikincil nitelik taşımadığını gösterir nitelikte olduğu belirtilmiştir. Ayrıca incelemenin yapılmasına hakim karar “verebilir” denilmektedir. Buradan analiz ile ulaşılmak istenen amaç ile verilmesi muhtemel zarar arasında bir oranın bulunması durumunda incelemenin yapılmasına başvurulabileceği eklenmiştir.⁵²⁷ İnceleme amaca ulaşmaya elverişli, elde edilmek istenilen amaç ve verilmesi imkan dâhilinde bulunan zarar ölçülü olmalıdır. İncelemeye başvurulabilmesi soruşturma/kovuşturma konusu fiilin ağırlığı ile moleküler genetik incelemenin verimliliği arasındaki orana göre belirlenecektir. İkincillik ilkesi, analiz metoduna başvurulabilmesi için en son çare olarak başvurulması moleküler genetik

⁵²³ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 106.

⁵²⁴ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 690.

⁵²⁵ Mahmutoğlu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 7; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 523; Batur, **a.g.m.**, s. 82.

⁵²⁶ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1099.

⁵²⁷ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 107.

inceleme için her zaman geçerli değildir. Kimi durumlarda analize daha önce başvurmak haklı ve amaca uygun olarak kabul edilebilecektir.⁵²⁸

Kanunda zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemelere başvurulabileceğinin kabul edilmiş olması kanaatimizce tedbirin ikincil nitelik taşıdığını göstermemektedir. Dolayısıyla başka türlü delil elde etme imkanının bulunması halinde de tedbire başvurulabilecektir. İnceleme sonucunda elde edilen sonucun kesine yakın bir sonuç olduğu bilinmektedir ve elde edilen sonuçla kişinin şüpheli sıfatının kalkarak aklanma olasılığı da bulunmaktadır. Kaldı ki kanun düzenlemesinde tedbire başka suretle delil elde etme imkanının bulunmadığı durumlarda başvurulacağı ifadesi yer almamaktadır. Kanun koyucu eğer ikincil nitelik taşıdığını kabul etseydi diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi başka türlü delil elde etme olasılığının bulunmamasını açıkça araması gerekirdi. Burada ise tüm koruma tedbirlerinde başvurabilmek için aranan zorunlu olma, tedbirin özelliği bakımından ayrıca vurgulanmıştır. Bu haliyle tedbire oranlılık ilkesi çerçevesinde başka türlü delil elde etme imkanının bulunduğu hallerde de başvurulabilecektir.⁵²⁹ Ancak kanaatimizce temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale teşkil edebilen böyle bir tedbire başvurulabilmesi için ikincillik ilkesinin kanunda açıkça aranması daha yerinde olacaktır.

Moleküler genetik incelemenin uygulanabilmesi için aranan “zorunlu olması” hali uygulamada birtakım tereddütlere ve yanlış uygulamalara sebep olabilmektedir. Kimi durumlarda moleküler genetik inceleme tedbiri gerekli ve zorunlu olmasına karşın uygulanmamakta kimi durumlarda ise moleküler genetik inceleme tedbirine başvurulduğu görülmektedir.⁵³⁰⁵³¹ Örneğin, silahla yaralanma olayında, olayı

⁵²⁸ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1099. Karş: Batur, **a.g.m.**, s. 83.

⁵²⁹ Altaş, **a.g.m.**, s. 87.

⁵³⁰ Batur, **a.g.m.**, s. 83.

⁵³¹ **T.C. Y. 2. CD.**, E.: 2016/5254, K.: 2018/11350, K.T.: 15.10.2018.

“Olay yerinden ve... ile... plakalı araçlar içerisinde elde edilen bulgular üzerinde Ankara Jandarma Kriminal Daire Başkanlığınca yapılan inceleme sonucu düzenlenen 02.07.2014 ve 08.07.2014 tarihli uzmanlık raporlarının hüküm kurulduktan sonra Eskişehir Cumhuriyet Başsavcılığına gönderildiğinin ve mahkemeye ulaşmadığının UYAP'tan yapılan kontrolde tespit edilmesi ve 08.07.2014 uzmanlık raporuna göre; **incelenen bulgularda sanık ... ile birlikte farklı iki erkek şahsın daha DNA profillerinin tespit edildiğinin anlaşılması karşısında, hüküm kurulmadan önce söz konusu uzmanlık raporlarının sonucu beklenilerek dosya içerisine alınması, olay yerinden ve her iki araç içerisinde elde edilen bulgulardan elde edilen DNA profilleri ile karşılaştırılması amacıyla sanık ...'den 5271 sayılı CMK'nın 75. maddesi gereği kan örneği alınarak aynı Kanun'un 78. maddesi doğrultusunda moleküler genetik inceleme yaptırılması, ayrıca sanık ... ile sanık ...'in olay tarihlerinde kullandıkları telefon numaraları tespit edilerek 14-15-16.12.2013 tarihlerindeki baz sinyal bilgilerini de kapsar**

gerçekleştiren kişinin kim olduğu biliniyor ve mağdurdan başka bir kimse yaralı değil ise olay yerinde bulunan kan lekesi üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması zorunlu değildir. Keza suçta kullanılan silahın, mermi çekirdeği veya boş kovanın balistik incelemesi ile tespiti mümkün ise silah üzerindeki kan veya diğer biyolojik bulgular üzerinde silahın suçta kullanılıp kullanılmadığına ilişkin moleküler genetik inceleme yapılması zorunlu ve gerekli değildir. Ancak özellikle cinsel saldırı suçlarında failin belli olmaması veya faillerin birden çok olması durumlarında olaydan hemen sonra olay mağdurunun vücudundan örnek alınması ve olay sırasında üzerinde bulunan kıyafetlerin incelenerek biyolojik bulgu tespit edilmesi halinde moleküler genetik inceleme yapılması gereklidir.⁵³² Maddi gerçeğin ortaya konulmasında delillerin zamanında ve kaybolmadan toplanarak güvenilirliği yüksek düzeyde bilimsel bir yöntem olan moleküler genetik inceleme yolu ile olayla ilgisi olmayan kişiler hakkında tutuklama ve cezalandırma yolunun önüne geçilebilmesi için olayın özelliği ve kanuni sınırlar çerçevesinde moleküler genetik inceleme yapılabilir. Ancak kişinin hak ve özgürlüklerinin korunması yargılamanın gereksiz işlemlerle uzatılmasının önüne geçilmesi, gereksiz yargılama masraflarına neden olunmaması bakımından da zorunlu olmadıkça moleküler genetik incelemelere başvurulmaması gerekmektedir.⁵³³

şekilde HTS kayıtlarının Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumundan getirilmesi, yapılacak araştırma ve inceleme sonucuna göre deliller bir bütün halinde değerlendirilerek sanıkların hukuki durumunun takdir ve tayininin gerektiği gözetilmeden eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, Bozmayı gerektirmiştir”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 21.03.2019).

T.C. Y. 6. CD., E.: 2012/12388, K.: 2015/541, K.T.: 22.1.2015

“Olay günü, kardeşi M.. B.. ve yeğeni C.. B.. ile birlikte yolda yürüten yakınanın elindeki cep telefonunun, turuncu tişörtlü bir kişi tarafından çekerek alındığı ve olayı birlikte gerçekleştirdikleri iddia edilen üç kişinin kaçarak uzaklaşmaya başladıkları, yakınanın, telefonu alan kişi dışındaki faillerden birisini yakaladığı ancak bu kişinin bıçak göstermek suretiyle yakınanın elinden kurtulduğu, kaçan bu kişinin yırtılan tişörtün bir parçasının yakınanın elinde kaldığı, olay yerinde tesadüfen bulunan tanık H.. S..’ın kolluk ifadesinde, olayı gerçekleştiren kişileri mahalleden tanıdığını, telefonu alıp kaçanın U.. U.., yakınana bıçak çekenin sanık K.. T.. ve diğerinin de T.. Ş.. isimli kişiler olduğunu beyan ettiği, Uğur’un olaydan bir gün sonra yakalandığı ve tanık Canan ve yakınan tarafından teşhis edildiği, yaşı küçük olduğu için Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/121 esas sayılı dosyasında yargılamasına devam edildiği, Turgay’ın ise suç tarihinde ceza evinde olduğu tespit edildiğinden hakkında herhangi bir işlem yapılmadığı, yakınan ve tanıklara soruşturma aşamasında teşhis yapılmadığı, kovuşturma aşamasında ise bu kişilerin sanığı teşhis edemedikleri, tanık Hasan Sebat’ın da kolluk anlatımını kabul etmeyerek sanığı olay yerinde görmediğini beyan ettiğinin anlaşılması karşısında; sanığın suç arkadaşı U.. U..’ın yargılandığı Diyarbakır Çocuk Ağır Ceza Mahkemesinin 2008/121 esas sayılı dosyasının celp edilip incelenmesi ve yakınanın elinde kaldığı belirtilen faile ait tişört parçasına el konulup konulmadığı araştırılarak, bulunması ve üzerinde bulgu elde edilmesi durumunda, sanıktan alınacak örneklerle moleküler genetik inceleme yapılması ve sonucuna göre delillerin bir bütün halinde değerlendirilmesi gerekirken, eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması...”, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁵³² Batur, a.g.m., s. 83.

⁵³³ Batur, a.g.m., s. 84.

B. Kişi

Koruma tedbiri niteliğini de haiz olan moleküler genetik incelemelerin kişi bakımından kime karşı uygulanabileceğini tespit etmek önem arz etmektedir. Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik incelemelerin uygulanacağı kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirlerinin uygulanabileceği kişiler olduğu ifade edilmiştir.⁵³⁴

Ceza Muhakemesi Kanununun 75. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alma öngörülmüştür.⁵³⁵ Bu bakımdan şüpheli ve sanığın vücudundan alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilecektir.⁵³⁶ Moleküler genetik incelemeler için elde edilen materyaller şüpheli ve sanığa ilişkin olabileceği gibi mağdur ve suç ile ilişkili diğer bir kişiye de ait olabilecektir.⁵³⁷ Ceza Muhakemesi Kanununun 76. maddesinde şüpheli ve sanık dışındaki üçüncü kişilerin bedeni üzerinde iç ve dış beden muayenesi yapılabilmesi ile vücutlarından kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi hüküm altına alınmıştır.⁵³⁸ Ceza Muhakemesi Kanununun 78. maddesinde yapılan atıf dolayısıyla şüpheli ve sanık dışında kalan suçla ilgili diğer kişiler üzerinde de moleküler genetik incelemeler yapılabilecektir.⁵³⁹ Ancak her ne kadar CMK'nın 78. maddesinde 75. ve 76. maddelere atıf yapılıyor olsa dahi bu maddelerde yer alan önemli eksiklikler ve kanunilik ilkesi gereğince moleküler genetik incelemelerin mağdur dışındaki üçüncü kişiler bakımından uygulanma olasılığının olmadığı doktrinde ifade edilmektedir. Şöyle ki 75. maddede şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin hususun kanunda öngörülmemiş olması; keza 76. maddede madde başlığından farklı olarak üçüncü kişilere ilişkin düzenlemeye yer verilmemesi kanunilik, belirlilik ve ölçülülük ilkeleri ile bağdaşmamaktadır.

⁵³⁴ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 112-113.

⁵³⁵ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 113, Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1100.

⁵³⁶ Altaş, **a.g.m.**, s. 88.

⁵³⁷ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636.

⁵³⁸ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 515; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 113, Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1100. Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ile ilgili kanuni düzenlemeden farklı olarak diğer kişilerin beden muayenesinde kanun koyucu dış beden muayenesini kanunda açıkça düzenlemiştir. Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 292.

⁵³⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 636.

Dolayısıyla bu kişilere ait veriler üzerinde moleküler genetik analiz yapılması sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırı ve yasak delil niteliğinde olacağı belirtilmektedir.⁵⁴⁰

CMK m. 78/2 hükmünde moleküler genetik incelemelerin bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabileceği düzenlenmiştir. Ancak buradaki amaç da bulunmuş olan materyal izin şüpheli, sanık yahut mağdura ait olup olmadığının tespiti ile sınırlıdır. Bu şekilde elde edilmiş materyal izlere yönelik yapılacak bir analiz de sadece mevcut ya da o soruşturma ile bağlı diğer bir muhakemede kullanılmak üzere yapılabilecektir.⁵⁴¹

Şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri ile olay yeri incelemesi sonucu elde edilen deliller dışında herhangi bir yolla elde edilmiş bulunan materyalin analize tabi tutulması mümkün değildir.⁵⁴²

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma, yukarıda açıklandığı üzere, yalnızca canlı bedenler üzerinde yapılabilmektedir. Moleküler genetik incelemenin ise ölü bir kimseden alınan örnek üzerinde gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği belirlenmelidir. Yargıtay 2009 tarihli bir kararında ölen kişinin kimliğinin tespit edilebilmesi amacıyla moleküler genetik inceleme yapılabileceğine hükmetmiştir.⁵⁴³

⁵⁴⁰ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 298; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1103.

⁵⁴¹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1101.

⁵⁴² Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1102. Bu konuya örnek olarak; bir soruşturmaya konu olmuş suç yerine uydurma bir suçtan dolayı gözaltına alınan ve sorgulanan kişinin kullandığı bardak, içtiği sigara izmariti veya dökülen saçlarının toplanarak DNA örneği alınarak moleküler genetik incelemeye tabi tutulamayacağı verilebilecektir. Bu şekilde delil elde edilmesi hukuka aykırı nitelik taşıyacak ve delil muhakemede kullanılamayacaktır. Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s.1102.

⁵⁴³ **T.C. Y. 9. CD., E.: 2009/8701, K.: 2009/7816, K.T.: 1.7.2009**, “*Somut olayda; trafik kazasında ölen kişinin kimliğinin soruşturma aşamasında belirlenememesi nedeniyle nüfus kaydında ölüm bilgisinin işlenemediği, sanık hakkında taksirle ölüme neden olma suçundan açılan dava sonucunda mahkemeye sanığın mahkumiyetine dair hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, ardından ölenin çocukları olduklarını söyleyen kişilerin Cumhuriyet Başsavcılığına başvurarak ölenin kimliğinin tespiti ile ölüm bilgisinin nüfus kaydına işlenmesini istediği, Cumhuriyet Başsavcılığı ölenin kimliğinin belirlenebilmesi bakımından moleküler genetik inceleme yapılmasına karar verilmesini istemişse de, Sulh Ceza Hakimliğince soruşturma ve kovuşturma aşamalarının tamamlanmış olması nedeniyle bu istemin reddine karar verildiği, Adalet Bakanlığının da bu kararın kanun yararına bozulması için başvuruda bulunduğu anlaşılmaktadır. 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun 31. maddesinin 1. fıkrasının (e) bendi uyarınca; adli olaylarda ve kazalarda meydana gelen ölüm olaylarını nüfus müdürlüklerine veya Genel Müdürlüğe bildirme yükümlülüğünün Cumhuriyet Savcılıklarına ait bulunduğu, ölenin kimliğinin tespit edilememesi nedeniyle Cumhuriyet Savcılığının bu bildirim soruşturma aşamasında yapamamış olmasının bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmayacağı, ayrıca ölenin kimliğinin saptanabilmesi için moleküler genetik inceleme yapılması için 5271 sayılı Ceza*

Ceza Muhakemesi Kanununda da açıkça elde edilen materyalin şüpheli, sanık yahut mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla moleküler genetik inceleme yapılabileceği belirtilmiştir. Buradan hareketle ölü bir beden üzerinde cesedin şüpheli, sanık yahut mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla moleküler genetik inceleme yapılabilecektir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81e hükmü uyarınca moleküler genetik incelemeler şüpheli ve tanık olarak dinlenmeleri söz konusu olabilecek şüpheli dışında kalan diğer kişiler üzerinde gerçekleştirilebilmektedir. Ayrıca 81e/2 hükmü uyarınca muhafaza altına alınan veya el konulan suç izi bulgular üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabilmektedir.⁵⁴⁴ İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunun 255/1 hükmü uyarınca suçların aydınlatılması amacıyla şüpheli, sanık, diğer kişilerden (özellikle mağdurdan ya da şüpheliden ayrılmasını sağlamak bakımından zorunlu olması durumunda olay yeri ile ilişkisi bulunandan) veya ölümlerden biyolojik materyal alınabileceği ve bu örneklerden DNA profili çıkarılabileceği öngörülmüştür.⁵⁴⁵

C. Suç

Kanunda hangi suçlar bakımından moleküler genetik incelemeye başvurulabileceği düzenlenmemiştir. Ancak madde hükmünde incelemenin 75. ve 76. maddelerde öngörülen işlemler ile elde edilen örnekler üzerinde inceleme yapılabileceği düzenlendiğinden şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek almadaki suçlara ilişkin koşullar moleküler genetik incelemenin yapılabileceği suçlar bakımından da dikkate alınabilecektir.⁵⁴⁶ Bu sebeple CMK m.

Muhakemesi Kanunu'nun 79. maddesi uyarınca hakim kararına ihtiyaç bulunduğu, somut olayda yerel mahkemece hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilmiş olması karşısında henüz kovuşturma aşamasının sonuçlanmadığı, bu durumda Cumhuriyet Başsavcılığının ölüm olayı ile ölenin kimliğini bildirme yükümlülüğünün halen devam ettiği ve ölenin kimliğinin tespiti ile ilgili işlemlerin Cumhuriyet Başsavcılığınca yerine getirilmesi gerektiği, ayrıca hakim kararı ile yapılabilecek işlemler bakımından ilgili merciden istemde bulunabileceği, o nedenle Sulh Ceza Hakimliğinin ret kararının yasal dayanaktan yoksun bulunduğu sonucuna varılmıştır. SONUÇ: Açıklanan nedenlerle; kanun yararına bozma talebine dayanılarak düzenlenen tebliğnamedeki bozma isteği incelenen dosya kapsamına nazaran yerinde görüldüğünden, Zonguldak 1. Asliye Ceza Mahkemesinin 02.07.2008 tarih ve 2008/217 değişik iş sayılı kararının CMK'nın 309. maddesi uyarınca BOZULMASINA", <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 21.05.2019).

⁵⁴⁴ Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 59-60, 64.

⁵⁴⁵ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 66.

⁵⁴⁶ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 108.

75/5'te üst sınırı iki yıldan daha az olan suçlar bakımından şüpheli ve sanığın beden muayenesinin yapılamayacağı; vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınamayacağı hükmü uyarınca şüpheli ve sanıktan elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için de iki yıl ve üzeri hapis cezasının öngörülmüş olması gereklidir.⁵⁴⁷ Tedbire başvurabilmek bakımından hapis cezasının üst sınırının iki yıl veya üzeri olması yalnızca şüpheli ve sanık için getirilmiş bir sınırlamadır. Diğer kişilerden ve olay yerinden elde edilen materyalin analizinde böyle bir sınırlama bulunmamaktadır.⁵⁴⁸ Olay yerinden elde edilen materyaller bakımından ise herhangi bir suç sınırlaması bulunmamaktadır. Ancak her halde olay yerinden elde edilen materyali karşılaştırmak için bir karşılaştırma materyaline ihtiyaç bulunmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma hükümlerine göre elde edilecek olan karşılaştırma materyalinde ise şüpheli ve sanık açısından suçun 2 yıl veya daha fazla hapis cezası gerektiren suçlardan olması gerekecektir. Ancak hapis cezasının üst sınırı iki yıl veya daha fazla olsa bile tedbire başvurmak zorunluluk arz etmiyorsa tedbir uygulanmayabilecektir. Kanunun lafzında da moleküler genetik incelemeler “yapılabilir” denilerek bu husus vurgulanmıştır.⁵⁴⁹ İnceleme kararı verilirken suçun niteliği ve ağırlığı göz önünde bulundurularak tedbire başvurulması ile yapılacak inceleme amaca ulaşmaya elverişli, gerekli ve elde edilmek istenen amaç ile verilmesi muhtemel zarar ölçülü olmalıdır.⁵⁵⁰

Madde hükmünde her ne kadar sınırlayıcı bir süre öngörülmemişse de madde kendi kendini sınırlar niteliktedir. Moleküler genetik incelemelere yalnızca soybağının tespiti veya elde edilen bulgunun şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla başvurulabilmektedir. Bu amaçlar dışında inceleme yapılması yasaklanmıştır. İncelemeye başvurulacak olayın da bu amacı gerçekleştirmeye elverişli olması gerekmektedir.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ Altaş, **a.g.m.**, s. 92.

⁵⁴⁸ Karş: Altaş, **a.g.m.**, s. 92.

⁵⁴⁹ Altaş, **a.g.m.**, s. 92.

⁵⁵⁰ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 544; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1106.

⁵⁵¹ Altaş, **a.g.m.**, s. 92; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 109. Örneğin, kabahatler bakımından moleküler genetik inceleme yapılması mümkün olmamalıdır. Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1107.

D. Karar

Ceza Muhakemesi Kanununun hakim kararı ve inceleme yapılması başlıklı 79. maddesinde “78. madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir. Kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilir” hükmü düzenlenmiştir.⁵⁵²

Kişinin hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilişkili olan moleküler genetik incelemeler kişinin genetik bilgisini içerisinde bulunduran DNA’nın incelenmesidir. Bu sebeple incelemeye hakim karar vermesi gerektiği ve inceleme kararında incelemeyi yapacak olan bilirkişiyi de göstereceği öngörülmüştür.⁵⁵³ Kanunda “sadece hakim karar verebilir” ifadesi ile yetkili makam olarak yalnızca hakimden söz edilmişse de kovuşturma evresinde moleküler genetik inceleme yapılmasının zorunlu olması durumunda bu kararı mahkeme makamının vereceği konusunda herhangi bir şüphe yoktur. Moleküler genetik incelemeler, hakim veya mahkeme kararı ile yapılabilecektir.⁵⁵⁴ Karar soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde ise mahkeme makamı tarafından verilecektir.⁵⁵⁵ Moleküler genetik inceleme ile elde edilen sonuçlar sadece kovuşturma aşamasında değil aynı zamanda soruşturma aşamasında da kullanılabilir.⁵⁵⁶ Moleküler genetik inceleme ile vücudun muayenesi çerçevesinde şüpheli, sanık ve mağdurun bedeninden örnek alınmasını karıştırmamak gerekmektedir. Daha önce de değinildiği üzere, ilgili kişilerin vücudundan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da resen hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilecektir. Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan halde karar vermesi durumunda kararının yirmi dört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulması gereklidir. Hakim veya mahkeme yirmi dört saat içinde kararını verecek, onaylanmayan kararlar ise hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller de kullanılamayacaktır.⁵⁵⁷

⁵⁵² Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 523; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1107.

⁵⁵³ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275.

⁵⁵⁴ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 300-301.

⁵⁵⁵ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 109; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 322; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 153.

⁵⁵⁶ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 296.

⁵⁵⁷ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 109-110.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek almadan farklı olarak moleküler genetik incelemeler için gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramına yer verilmemiştir. Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı, soruşturma evresinde kural olarak sulh ceza hâkimine ve bazı koruma tedbirleri bakımından da mahkemeye tanınmış olan karar verme yetkisinin bu makamlara ulaşamıyor olması veya ulaşmak için harcanan zamanda söz konusu delillere sağlıklı bir şekilde ulaşmak ve bu delilleri korumak bakımından objektif ve yakın bir tehlikenin mevcut olması halinde, ilgili karar verme yetkisinin Cumhuriyet savcısına veya kolluk amirine devredilmesidir.⁵⁵⁸ Moleküler genetik incelemelere başvurulması ile ilgili tek yetkili merci hakim olarak belirlenmiştir.⁵⁵⁹ Gecikmesinde sakınca bulunması halinde moleküler genetik incelemeye savcı yahut kolluğun karar verebilmesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Moleküler genetik inceleme için “gecikmede tehlike bulunması” koşulunun gerçekleşme ihtimali bulunmamaktadır. Gerçekten de analiz için savcı veya kolluğa böyle bir yetki tanınması gerekli de görünmemektedir. Biyolojik örneğin elde edilmesinin ardından gecikmede herhangi bir sakınca bulunmamaktadır. Zira elde edilen materyal 2 yıla kadar analize tabi tutulabilmektedir. Gecikmede tehlike ancak muayene ve örnek almada ortaya çıkabilmektedir. Zira örneklerin bozularak özelliklerini yitirme ya da kaybolma ihtimalleri bulunmaktadır. Örnekler laboratuvarında uygun koşullarda muhafaza altına alındıktan sonra moleküler genetik inceleme yapılması için herhangi bir acele bulunmadığından hakim kararının alınması beklenecektir.⁵⁶⁰ Şüpheli, sanık ve diğer kişiler üzerinden hakim kararı ile alınmış örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için ikinci bir hakim kararı gerekecektir.⁵⁶¹ Gecikmede sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararıyla alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması kararının alınması gerektiğinde, Cumhuriyet Savcısı'nın örnek alma kararının 24 saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulması gerektiğinden, bu onay sırasında ayrıca genetik inceleme yapılması kararının da talep edilmesinin uygun olacağı ifade

⁵⁵⁸ Zekiye Özen İnci, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu”, **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, 1997-2046, s. 2003-2004.

⁵⁵⁹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 297.

⁵⁶⁰ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1107; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 637-339, dp. 386.

⁵⁶¹ Kunter/ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 691.

edilmiştir.⁵⁶² Ayrıca mağdurun rızasının bulunması halinde karar alma yolu işletilmeden alınabilen örnek üzerinde moleküler genetik analiz yapılabilmesi için de hakim kararı gerekmektedir.⁵⁶³

Yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca olay yerinden alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması için tekrar bir hakim kararına gerek duyulup duyulmayacağı konusunda kanunda açıklık bulunmamaktadır. Olay yerinden elde edilen materyal üzerinde DNA analizi yapmak için hakim kararı aranmasının gerekli olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Suçun işlenmesinin ardından olay yerinde yapılan araştırma, suçun aydınlatılması ve fail/faillerin belirlenebilmesi açısından kamu düzeni ile yakından ilişkilidir. Olay yerinden elde edilen materyal üzerinde yasaların izin verdiği esas ve usuller doğrultusunda gerekli işlemler yapılacaktır. Olay yerinden elde edilen veriler anonim özellik taşımaktadır. Ancak gerçekleştirilecek karşılaştırmalar sonunda özel bir anlam kazanacaklardır.⁵⁶⁴ Doktrinde olay yerinden elde edilmiş anonim nitelikteki iz materyalin analizinin hakim kararı olmadan yapılabileceğini zira artık şüpheli, sanık ya da üçüncü kişi için taşınan güvence kaygısı bulunmadığını belirtilmiştir.⁵⁶⁵ Mevzu Kanun olan Alman CMK'sında da bulunan, muhafaza altına alınan ya da el konulan örnekler üzerinde DNA analizi yapılabilmesi için hakim kararı aranmamaktadır. Bu tür örnekler üzerinde savcılığın veya savcılığa bağlı kolluğun karar verebileceği doktrin ve uygulamada ifade edilmektedir.⁵⁶⁶ Ancak CMK'nın 79. maddesinde; 78 inci maddenin 1. ve 2. fıkralarını kapsayacak şekilde moleküler genetik inceleme yapılmasına sadece hâkimin karar verebileceği düzenlenmiştir. 78. maddenin 1. fıkrası, 75. ve 76. maddeler uyarınca alınan örnekler

⁵⁶² Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 86; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 297.

⁵⁶³ T.C. Y. 13. CD., E.: 2012/17565, K.: 2012/23123, K.T.: 07.11.2012

“5271 sayılı CMK'nın 78. maddesi uyarınca, 75 ve 76. maddeye göre alınan örnekler üzerinde ... elde edilen bulgunun şüpheli ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için...moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için mutlaka hakimden karar alınması, 79/1. madde ve fıkrasının amir hükmüdür. Somut olayda, mağdurun rızası olduğu için, beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması için hakim veya Cumhuriyet Savcısından karar alınmasına gerek yok ise de; 5271 sayılı CMK'nın 78 ve 79/1. maddeleri uyarınca, mağdurdan alınan kan örneği ile suç konusu araçtan elde edilen bulguların karşılaştırılması, diğer bir ifadeyle moleküler genetik inceleme işleminin yapılabilmesi için mutlaka hakim kararına gerek bulunmaktadır... 5271 sayılı CMK'nın 309/4-a. maddesi uyarınca (BOZULMASINA)”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁵⁶⁴ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 111.

⁵⁶⁵ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 550; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1108.

⁵⁶⁶ Aygörmez Ugurlubay, **a.g.m.**, s. 62.

üzerinde inceleme yapılacağını düzenlemekte; Yönetmeliğin 23. maddesine yer vermemektedir. 78. maddenin ikinci fıkrasında ise moleküler genetik incelemenin bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabileceğini düzenlemektedir. Bu hükmün Yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca toplanan örnekleri kapsadığının kabulü ile olay yerinden elde edilen örnekler üzerinde de moleküler genetik inceleme yapılabilmesi için hakim kararı aranmalıdır.⁵⁶⁷ Keza Yargıtay da bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen materyaller üzerinde moleküler genetik analiz yapılmasında CMK 79. maddenin; 78/1 ve 78/2 hükümlerini kapsadığı gerekçesiyle olay yeri incelemesi ile elde edilen delillerin moleküler genetik incelenmesinde hakim kararını aramaktadır.⁵⁶⁸ Alman Hukukunda bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen

⁵⁶⁷ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 637-638, 641.

⁵⁶⁸ **T.C. Y. 6. CD., E.: 2009/18701, K.: 2011/5063, K.T.: 11.04.2011;** “Gördes ilçesinde meydana gelen hırsızlık olayı ile ilgili olarak olay yerinde bulunan ve delil olması nedeniyle muhafaza altına alınan 2 adet eldiven poşeti üzerinde DNA incelemesi yapılmasına yönelik Gördes Cumhuriyet Başsavcılığının talebinin, “5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde, olay yerinden elde edilen materyaller üzerine DNA incelemesi yapılabilmesi işleminin sayılmadığı, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 78 inci maddesinde hakim kararı gerektiren inceleme konusu olarak yalnızca 75 ve 76 ncı maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler sayılmış olup olay yerinden elde edilen herhangi bir eşya veya materyal (eldiven poşeti) üzerinde DNA incelemesi yapılmasının Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75, 76, 78 ve 79 uncu maddelerinde öngörülmediği” gerekçesiyle reddine dair Gördes Sulh Ceza Mahkemesinin 02/03/2009 tarihli ve 2009/31 değişik iş sayılı kararına karşı yapılan itirazın reddine ilişkin GÖRDES Asliye Ceza Mahkemesinin 04/03/2009 tarihli ve 2009/9 değişik iş sayılı kararına karşı Adalet Bakanlığının 17.07.2009 gün ve 2009/7977/39598 sayılı kanun yararına bozma istemine dayalı Yargıtay C.Başsavcılığının 10.08.2009 gün ve KYB.185823 sayılı ihbar yazısı ile infaz dosyası 09.09.2009 tarihinde Dairemize gönderilmekle incelendi... **Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemelere ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir,” düzenlemesiyle aynı Kanun’un 79/1.maddesindeki “78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir,” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hakim kararı ile mümkün olduğunun gözetilmemesi,**

Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay C.Başsavcılığının ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldüğünden kabulü ile, Gördes Asliye Ceza Mahkemesinden verilip kesinleşen 04.03.2009 tarih ve 2009/9 sayılı kararın 5271 sayılı CMK’nun 310. maddesi yollamasıyla 309. maddesi gereğince **BOZULMASINA**, kanun yararına bozma kararı doğrultusunda işlem yapılmak üzere dosyanın mahalline gönderilmesine, 11/04/2011 gününde oybirliğiyle karar verildi.”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

T.C. Y. 2. CD., E.: 2012/21976, K.: 2013/7760, K.T.: 10.04.2013, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemelere ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, “soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir”, düzenlemesiyle aynı Kanun’un 79/1. maddesindeki “78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir,” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hakim kararı ile mümkün olduğu, somut olayda ise suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hakim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama

materyaller hakkında moleküler genetik inceleme kararını öğreti ve uygulama doğrultusunda savcı veya savcıya bağlı kolluğun verebileceği kabul edilmektedir. Buradan hareketle doktrinde sahipsiz materyaller bakımından temel haklarına saldırıda bulunulan somut bir kişi bulunmadığı gerekçesiyle makul sürede suçların aydınlatılması ve usul ekonomisi açısından benzer bir düzenlemeye gidilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁵⁶⁹

İncelemeye yalnızca hakim karar verebildiği için hakim kararı olmadan yapılan analiz sonucu elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.⁵⁷⁰

Alman Ceza Muhakemesi Kanununda ise moleküler genetik inceleme kararına ilişkin düzenleme 81f hükmünde yapılmıştır. Hüküm uyarınca ilgili kişinin yazılı olarak rıza göstermediği hallerde 81e hükmünün birinci fıkrasında belirtilen incelemelere sadece mahkeme karar verebilecek; ancak gecikmede sakınca bulunması

yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasanın 38. maddesine 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve 5271 sayılı CMK.nun 206/2-a maddesinde yer alan “Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur” biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınamayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı isteme aykırı olarak BOZULMASINA...”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁵⁶⁹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 62.

⁵⁷⁰ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1107.

T.C. Y. 2. CD., E.: 2012/21976, K.: 2013/7760, K.T.: 10.04.2013, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemelere ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, “soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir”, düzenlemesiyle aynı Kanun’un 79/1. maddesindeki “78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir,” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hakim kararı ile mümkün olduğu, somut olayda ise suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hakim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasanın 38. maddesine 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve 5271 sayılı CMK.nun 206/2-a maddesinde yer alan “Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur” biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınamayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi, Bozmayı gerektirmiş, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı isteme aykırı olarak BOZULMASINA...”, <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

halinde ise savcılık veya savcılığın soruşturma görevlileri de incelemeye karar verebilecektir. Ayrıca incelemeye rıza gösteren kişi elde edilmesi istenilen verilerin hangi amaçla kullanılacağı konusunda aydınlatılacaktır.⁵⁷¹ Alman Ceza Muhakemesi Kanunundan farklı olarak Ceza Muhakemesi Kanunumuzda rıza ile moleküler genetik inceleme yapılması kabul edilmemiştir. Yalnızca diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması sırasında hakim veya cumhuriyet savcısının kararı olmaksızın beden muayenesi ve örnek alınmasını kabul etmiştir.⁵⁷² Doktrinde ilgilinin rızasına ilişkin düzenlemenin madde kapsamına alınmasının suçların aydınlatılmasında etkililiğin ve hızın hukuka uygun bir şekilde artacağı ifade edilmiştir.⁵⁷³

Türk ve Alman Hukuklarından farklı olarak Avusturya CMK'sında moleküler genetik inceleme yapılmasının mahkeme tarafından uygun bulunması koşulu ile savcılık tarafından karar verileceği öngörülmüştür.⁵⁷⁴ İsviçre'de ise İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunun 255. maddesinin 2. fıkrası uyarınca kişilerden invaziv olmayan örnek alma işlemine ve biyolojik materyallerden DNA profili çıkarılmasına kolluğun karar vereceği öngörülmüştür. 258. maddesinde ise invaziv örnek alma işleminin sadece hekimler ya da diğer tıbbi personel tarafından gerçekleştirileceği; 259. maddesinde DNA Profil Kanununun uygulama alanı bulacağı öngörülmüştür.⁵⁷⁵

Kararda gösterilecek Bilirkişi

Ceza Muhakemesi Kanununda kararı verecek makamın kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişiyi de göstereceği belirtilmiştir. Moleküler genetik inceleme özünde bir bilirkişi incelemesidir. CMK m. 79/2 hükmü uyarınca yapılacak incelemeler için resmen atanan veya bilirkişilikle yükümlü olan ya da soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan veya bu makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilât yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilecektir.⁵⁷⁶

⁵⁷¹ Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 64-65; Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 61.

⁵⁷² Yenisey/Nuhoglu, **a.g.e.**, s. 638.

⁵⁷³ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 62.

⁵⁷⁴ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 65.

⁵⁷⁵ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 66.

⁵⁷⁶ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 524; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275; Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 70; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 301; Mahmutoğlu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 9-10. CMK m. 79 hükmünün daha çok güvenlik

Yönetmeliğin 13/2 hükmü uyarınca incelemeyi yapacak bilirkişi gerçek ve tüzel kişi olabilecektir. Yönetmeliğin 13/5 hükmü uyarınca; teşkilât yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birim olarak kabul edilecekleri ifade edilmiştir.⁵⁷⁷ Düzenleme uyarınca ceza hukuku alanında yapılacak olan moleküler genetik incelemeler, emniyet, jandarma ve adli tıp kurumunca gerçekleştirilebilecektir. Bu konuda özel bir kurum ya da kuruluşa yetki verilmemiştir.⁵⁷⁸

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81f uyarınca da 81e ile elde edilen materyalin maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacıyla bir bilirkişi tarafından karşılaştırılacağı düzenlenmiştir.⁵⁷⁹

79/2 hükmünün devamında, bu kişilerin, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlü oldukları düzenlenmiştir. İncelenecek bulgu, bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilecektir.⁵⁸⁰ Yönetmeliğin 13/4 hükmünce, bilirkişiye gönderilen örneklerle ilgili olarak; hâkimliklerin, mahkemelerin ve Cumhuriyet başsavcılıklarının gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için gerekli her türlü tedbiri alacakları ifade edilmiştir. Bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt sistemi belirlenmiştir. Bu kayıt sisteminde bedeninden örnek alınan kişinin adı, soyadı, adresi ve doğum tarihine karşılık gelmek üzere bir kod sistemi uygulanmaktadır.⁵⁸¹ Kodlar çoğunlukla harfler, sayılar ya da her ikisinin birden kullanıldığı şifreler şeklinde belirlenmektedir. Bu sayede bilirkişi çalıştığı numunenin kime ait olduğunu bilmeden objektif bir biçimde elde edilen bulguların eşleşip eşleşmediğini veya hangi örneklerin eşleştiğini rapora

endişesi ile hazırlandığı ifade edilmiştir. Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 418.

⁵⁷⁷ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 524; Altaş, **a.g.m.**, s. 94.

⁵⁷⁸ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1108.

⁵⁷⁹ Beulke/Swoboda, **a.g.e.**, s. 175.

⁵⁸⁰ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275. İncelemeye tabi tutulacak kişinin kimliğinin mutlak olarak anonim hale getirilmesi olay yerinde faaliyet gösteren ve bu nedenle fail ve mağdurun kimliği hakkında bilgi sahibi olan Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığını mensuplarının soruşturmadan tamamen dışlanması sonucunu doğuracağı ve analizi Adli Tıp Kurumunun yapmak zorunda kalacağı hakkındaki görüş için bkz: Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1109-1110.

⁵⁸¹ Yokuş Sevük, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 70; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 301; Mahmutoglu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 11. CMK m. 79 hükmünün daha çok güvenlik endişesi ile hazırlandığı hakkında bkz: Yıldız, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, s. 418.

dökecek ve mahalline yine bu kod sistemini kullanarak gönderecektir.⁵⁸² Ancak yargılama sırasında yargılamanın aleniliği ilkesi gereğince bu bilgilerin kime ait olduğunun öğrenilmesi mümkündür.⁵⁸³

Bilirkişi yalnızca hakim tarafından istenen incelemeyi yapacak; başka bir inceleme yapamayacaktır. Bu durum için gerekli olan teknik tedbirler alınacaktır.⁵⁸⁴ Gen teknolojisinin ulaştığı seviye karşısında kötüye kullanılma olasılığının fazla olması ile moleküler genetik incelemelerin kişinin genetik kimliğini deşifre etmesi riski dolayısıyla incelemede gizlilik esastır.⁵⁸⁵ Moleküler genetik incelemelerde gizliliğin esas kabul edilmiş olması ile temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahale hafifletilmeye çalışılmaktadır. Bu sebeple bilirkişinin dosyayı inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Bilirkişi yalnızca moleküler genetik incelemeyi yapacaktır.⁵⁸⁶

Yönetmeliğin 14/3 hükmü uyarınca; bilirkişi tarafından yapılan analiz sonucu elde edilen bulguların ilgili makama gönderileceği ve bulgular üzerinden moleküler genetik inceleme için izole edilen DNA örneklerinin bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilerek raporda açıkça belirtileceği düzenlenmiştir.⁵⁸⁷ Belirtmek gereklidir ki adli amaçlı moleküler genetik incelemelerde sonuçların elde edildiği son aşama, bilgisayar donanımlı genetik analizör cihaz yazılımları sayesinde sonuçların otomatik olarak kaydetmesi ve ekrana yansıtılmasıdır. Dosyayı raporlandırmakla yükümlü bilirkişiler gerektiğinde raporlarında bu sonuçlara yer vermektedirler. İmha edilmesi söz konusu olduğunda sonuçların kaydedildiği diğer evrakın uygun şekilde yok edileceği düşünülse bile bilgisayar ortamındaki bir belgenin silinmesinin gerçek bir yok etme sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır. Zira uzman kişilerce elektronik ortamda silinmiş bir verinin bazı yöntemlerle tekrar elde edilmesinin mümkün olduğu bilinmektedir.⁵⁸⁸ Aynı yönetmelik hükümde olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin düzenlemelerin saklı tutulduğu belirtilmişse de mevzuat incelendiğinde konuya ilişkin herhangi bir düzenlemeye rastlanmamıştır. Vücuttan alınan örneklerin yok edilmesi olay yerinden alınan örneklerin ise yok

⁵⁸² Güngör/Bakşi, **a.g.m.**, s. 69; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 301.

⁵⁸³ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275.

⁵⁸⁴ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275.

⁵⁸⁵ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 524.

⁵⁸⁶ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1109.

⁵⁸⁷ Yokuş Sevik, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 70-71.

⁵⁸⁸ Güngör/Bakşi, **a.g.m.**, s. 69.

edilmemesi doğru ve yerindedir. Kimden alındığı bilinen vücut materyallerinin ilgisinden yeniden alınması mümkündür. Kötüye kullanılmasının önüne geçebilmek adına böyle bir yöntem izlenmesi doğru ve yerindedir. Ancak olay yerinden alınan örnekler için aynı şeyi söylemek mümkün görünmemektedir. Aksi halde dava dosyasındaki delillerin ortadan kaldırılmasına neden olabilecek böyle bir durum savunma hakkının ihlali dahil pek çok sorunu beraberinde getirebilecektir.⁵⁸⁹

E. Kanun Yolu

Kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen olağan kanun yolları olan itiraz, istinaf ve temyiz Ceza Muhakemesi Kanunumuzda 267 ila 307. madde hükümlerinde düzenlenmiştir.⁵⁹⁰ Ceza Muhakemesi Kanununun 267. maddesinde itiraz olunabilecek kararlar “*hâkim kararları ile kanunun gösterdiği hâllerde, mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilebilir*” şeklinde ifade edilmiştir. CMK düzenlemesinden anlaşıldığı üzere kural olarak hakim kararları ile yasada gösterildiği takdirde mahkeme kararlarına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek almaya ilişkin düzenlemelerde (m. 75/6, 76/5) ayrıca ve açıkça itiraz kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Moleküler genetik incelemeler açısından özellik arz eden husus moleküler genetik incelemelerde itiraz kanun yoluna başvurulup başvurulamayacağında karşımıza çıkmaktadır. Zira moleküler genetik incelemeler için böyle bir düzenlemeye yer verilmemiştir.⁵⁹¹

Doktrinde, moleküler genetik incelemeler için kanunda itiraz kanun yolunun öngörülmediği; moleküler genetik inceleme kararının hakim tarafından verilecek olmasına karşın ayrıca ve açıkça itiraz kanun yolu düzenlenmediği için bu yola gidilmesinin mümkün görünmediği ifade edilmiştir. Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma için öngörülmüş olan itiraz kanun yolunun moleküler genetik incelemeler için öngörülmemiş olmasının eleştiriye açık olduğu da belirtilmiştir. Açıkça itiraz kanun yolu düzenlenmediği için bu yola gidilemeyeceği ancak moleküler genetik incelemeler ile ilgili karara karşı ancak istinaf ya da temyiz kanun yoluna

⁵⁸⁹ Yenerer Çakmut, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, s. 129.

⁵⁹⁰ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 829.

⁵⁹¹ Altaş, *a.g.m.*, s. 99.

gidilebileceği ifade edilmiştir.⁵⁹² Belirtilmelidir ki moleküler genetik incelemelere hem soruşturma hem de kovuşturma evresinde başvurulabilmektedir. Soruşturma evresinde başvuru bu inceleme kararını hakim vereceği için itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir. Ancak kovuşturma evresinde başvuru inceleme mahkeme makamı karar vereceği ve yasada ayrıca itiraz kanun yolu öngörülmediği için itiraz kanun yoluna başvurulamayacak ancak hükümle birlikte istinaf/temyiz yoluna başvurulabilecektir.⁵⁹³

IV. HUKUKA AYKIRI MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER

A. Genel Olarak

İnsan haklarına saygıyı kendine esas almış bir hukuk sisteminde, muhakemeye konu olaya ilişkin ispat vasıtası olan ve mahkeme tarafından dikkate alınan bütün delillerin hukuk devleti ilkesine uygun bir şekilde elde edilmiş olması ve değerlendirilmesi esastır.⁵⁹⁴ Hukuk sistemine, dolayısıyla da hukuk kurallarına aykırı biçimde, hukuka aykırı yöntemler ile elde edilen delil ‘hukuka aykırı delil’ olarak adlandırılmaktadır.⁵⁹⁵

Karşılaştırmalı hukukta hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin geçerli olduğunu kabul eden ülkeler bulunduğu gibi hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin geçerli olmadığını kabul eden ülkeler de bulunmaktadır. Örneğin hukuka aykırı delillere dayanılamayacağı ilkesinin geçerli olmadığı ülkelerden olan Çin Halk Cumhuriyeti’nde Ceza Usul Yasasında delillerle ilgili bir hükme yer verilmemiştir. Yalnızca kararda bir hata yapılmış olması durumunda yüksek mahkeme alt dereceli

⁵⁹² ÖzbeK/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525; ÖzbeK, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1112-1114.

⁵⁹³ Altaş, **a.g.m.**, s. 100.

⁵⁹⁴ Uğur Alacakaptan, “Delil Yasakları”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, 519-524, s. 519; Duygun Yarsuvat, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, 6/2009, s. 1, <https://docplayer.biz.tr/11090602-Ceza-muhakemesi-hukukunda-kanuna-aykiri-elde-edilen-delillerin-gecerliliği.html>, (Erişim Tarihi: 31.01.2019).

⁵⁹⁵ Güçlü Akyürek, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **TBB Dergisi**, 2012, S. 101, 61-82, s. 62; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 770.

mahkemenin kararını bozma yetkisine sahiptir.⁵⁹⁶ Fransız hukuk sisteminde ise hukuka aykırı olarak elde edilmiş delillerin belli şartlar altında hükme esas teşkil edebileceği benimsenmiştir.⁵⁹⁷ Keza İsviçre hukukunda da İsviçre Ceza Muhakemesi Kanununun “Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılması” başlıklı 140/2 hükmünde ceza makamları tarafından hukuka aykırı bir biçimde veya geçerlilik kuralları ihlal edilerek ikame edilen delillerin kullanılamayacağı ancak ağır suçların aydınlatılması için vazgeçilmez olması halinde hukuka aykırı olarak elde edilen delilin kullanılabilmesi düzenlenmiştir.⁵⁹⁸ Alman Ceza Muhakemesi Kanununda da delillerin kullanılması yasağı nihai olarak düzenlenmemiştir.⁵⁹⁹ Alman Hukukunda hukuka aykırı olarak elde edilmiş deliller konusu çok tartışılmıştır. Sanık haklarını koruyan bir düzenleme olarak hukuka uygun olmayan yöntemler ile ikrar elde edilmesi yasaklanmıştır. Temel olarak içtihatlar ile düzenlenmiş olan bu konu karmaşık bir görünümde olup kanuna aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi hakime bırakılmıştır. Dolayısıyla somut olaya göre hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin değerlendirilmesi değişebilmektedir. Alman Federal Mahkemesi bir kararında doktor olmayan bir kişinin polisin emri ile şüpheliden kan alması durumunda, kanın alınış şeklinin kanuna aykırılık teşkil etmesine rağmen kanın delil olarak kullanılabilmesine hükmetmiştir. Başka bir kararda ise Alman Federal Mahkemesi sanığa susma hakkı olduğu belirtilmeden ifadesinin alınmasını hukuka aykırı delil olarak kabul etmiştir.⁶⁰⁰ Amerikan hukukunda ise 1960 ila 1970’li yıllarda verilen kararlarda temel haklara ilişkin konulardaki kanuna aykırılıklara önem verilmiş hukuka aykırı delillerin geçersizliği prensibi benimsenmiştir. Ancak 1970’li yıllardan sonra delillerin dava dosyasından çıkartılması konusunda Amerikan Yüksek Mahkemesi daha ihtiyatlı davranmaya başlamıştır.⁶⁰¹ İtalyan hukuk sisteminde ise delil elde etme yöntemleri konusunda yasaklar bulunmakla birlikte hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin geçersiz olacağı kabul edilmiştir. İtalyan Ceza Usul Yasasında kanun tarafından öngörülen yasakların ihlal edilmesi suretiyle elde edilen delillerin kullanılamayacağı; hakim karar verirken hukuka uygun olarak elde edilmiş delillere dayanarak karar vereceği; delilin niçin geçersiz olarak kabul edildiğinin kanunda belirtilmesi gerektiği

⁵⁹⁶ Yarsuvat, **a.g.m.**, s. 1-2.

⁵⁹⁷ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 2.

⁵⁹⁸ Akyürek, **a.g.m.**, s. 70.

⁵⁹⁹ Joachim Kretschmer/H. Özden Özkaya Ferendeci, “Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı – Anlamı, İşlevi ve Şartları”, **MÜHF-HAD**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, 440-445, s. 441.

⁶⁰⁰ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 3-4.

⁶⁰¹ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 4.

ve delilin kullanılamayacağını yargılamanın her safhasında ileri sürülebileceği öngörülmüştür.⁶⁰²

Türk hukuk sisteminde ise kanun koyucu, delillerin nasıl elde edileceğinin sınırlarını Anayasa ve yasalarla belirlemiş ve belirlenen usule uygun olarak elde edilmesini emretmiştir.⁶⁰³ Anayasa Mahkemesi 2001 yılında verdiği kararında hukuka aykırılığı; “*Hukuka aykırılık en başta milli hukuk sistemimiz içinde yürürlükteki tüm hukuk kurallarına aykırılık anlamına gelir. Bu çerçevede içinde, anayasaya, usulüne uygun olarak kabul edilmiş uluslararası sözleşmelere, kanunlara, kanun hükmünde kararnamelere, tüzüklere, yönetmeliklere, içtihadı birleştirme kararlarına ve teamül hukukuna aykırı uygulamaların tümü hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır.*” şeklinde ifade etmiştir. Mahkeme aynı kararında atıf yaptığı 1986 tarihli başka bir kararında ise⁶⁰⁴ hukukun genel ilkeleri adı verilen ve uygar dünyanın tüm medeni ülkelerinde uygulanan kuralların ülkemiz hukuk sisteminde de kabul edildiğini, hukukun genel ilkelerinin hukuki bağlayıcılığının bulunduğunu, hukukun genel ilkelerinin varlığını kabul etmenin hukuk devletinin gereklerinden biri olduğunu ve bu ilkelerin yasa koyucu tarafından dahi yok edilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme sonuç olarak hukuka aykırılık ile tüm pozitif hukuk kurallarıyla birlikte hukukun kabul edilmiş evrensel ilkelerine aykırılığın kastedildiğini açıkça ifade etmiştir.⁶⁰⁵

2001 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile 38. maddede “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*”⁶⁰⁶ düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme ile hukuka aykırı yollarla elde edilen delillere dayanma yasağı Anayasal bir nitelik kazanmıştır.⁶⁰⁷ AİHS’nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının bir gereği olarak Ceza Muhakemesi Kanununun İfade Alma ve Sorguda Yasak Usuller başlıklı 148/3 hükmünde⁶⁰⁸ yasak usullerle elde edilen ifadelerin rıza ile verilmiş olsa dahi delil olarak değerlendirilemeyeceği düzenlenmiştir.⁶⁰⁹ 5271

⁶⁰² Yarsuvat **a.g.m.**, s. 5.

⁶⁰³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 769.

⁶⁰⁴ **AYM.**, E.: 1985/31. K.: 1986/1, KT.: 17.3.1986.

⁶⁰⁵ **AYM.**, E.: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K.: 2001/2, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 27.02.2019).

⁶⁰⁶ <https://www.tbmm.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 31.01.2019).

⁶⁰⁷ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 5-6.

⁶⁰⁸ Madde 148/3: “*Yasak usullerle elde edilen ifadeler rıza ile verilmiş olsa da delil olarak değerlendirilemez.*”, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 31.01.2019).

⁶⁰⁹ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 6.

sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 206/2/a hükmünde⁶¹⁰ ortaya konulan delilin kanuna aykırı olarak elde edilmesi durumunda reddedileceği; 217/2 hükmünde⁶¹¹ ise yüklenen suçun ancak hukuka uygun olarak elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceği düzenlenmiştir.⁶¹² Madde gerekçesinde⁶¹³ de usul hukuku yönünden önem taşıyan ve adil yargılanma hakkı ile doğrudan bağlantılı bu düzenleme ile delilin doğru ve hakkaniyete uygun olmasının sağlanmaya çalışıldığı belirtilmiştir.⁶¹⁴ CMK m. 217/2 hükmünden hukuka aykırı bir delile dayanarak yüklenen suçun ispat edilmesinin mümkün olmadığı, dolayısıyla hukuka aykırı bir delilin suçun ispatında değerlendirme dışı bırakılacağı vicdani kanaate esas olamayacağı anlaşılmaktadır.⁶¹⁵ Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması durumunda CMK m. 289/1/i hükmü⁶¹⁶ gereğince hukuka kesin aykırılık teşkil edecek ve mutlak temyiz sebebi sayılacaktır.⁶¹⁷

⁶¹⁰ Madde 206/2: “Ortaya konulması istenilen bir delil aşağıda yazılı hâllerde reddolunur: a) Delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse...”, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 30.01.2019).

⁶¹¹ Madde 217/2: “Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir.”, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 30.01.2019).

⁶¹² Mehmet Gödekli, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, *AÜHFD*, C. 65, S. 4, 2016, 1815-1924, s. 1816-1817.

⁶¹³ CMK m. 217/2 hükmünün madde gerekçesi: “...Maddenin ikinci fıkrası, hâkimin, ceza davasının hükme bağlanması, idarî düzenleyici işlemlerin veya emirlerin uygulanmasına bağlı olduğu hâllerde, bunların yasallığını takdir ederek ve yasallıkları yönünden değerlendirerek sonucuna göre hüküm vermek yetkisine sahip bulunduğunu açıklamaktadır. Hâkimin takdir hakkına aidiyeti itibarıyla, hükme bu madde de yer verilmesi uygun görülmüştür. Maddenin son fıkrası, **usul hukuku yönünden olağanüstü önem taşıyan ve adil yargılama ile bağlantılı bir ilkeyi belirtmektedir. İlke, delilin doğruluğunu, haklılığını hakkaniyete uygunluğunu sağlamak amacını gütmektedir. Böylece ister soruşturma ister kovuşturma evrelerinde olsun, hukuka aykırı olarak, örneğin, işkence, narko analiz, hataya sürükleyici eylemler, sorgulamalar, baskılar, kişinin fizik ve moral bütünlüğüne saldırılar yolu ile elde edilmiş deliller hükme esas alınamayacaktır.** Böylece son fıkra soruşturma ve kovuşturma ile görevli olanların hukuka aykırı şekilde elde ettikleri delillerin hükme esas alınamayacağını belirterek bunlara ilişkin usul yaptırımını düzenlemiş olmaktadır. Son fıkra ayrıca, 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunla Anayasanın 38 inci maddesinde yapılan değişikliğin Tasarıya yansıtılması niteliğindedir. Delili böylece elde etmiş olanlar hakkında ceza ve disiplin soruşturması da yapılması gerekeceği ise açıktır. Ayrıca şu hususa işaret edilmelidir ki, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin geçersiz sayılacağı hâlleri sınırlandırmak amacı ile de, bazı hukuk sistemlerinde çaba gösterilmektedir: Söz gelimi İngiltere’de delilin geçersiz sayılması, ağır kusur, kabulünün davanın adilliğine, hakkaniyete zarar vereceği anlaşıldığı hâllerde söz konusu olmakta, yani mahkemeye bir takdir yetkisi tanınmaktadır. Anayasal hakları ihlâl suretiyle yapılmış soruşturma işlemlerinin geçersiz olduğunu kabul eden Amerika Birleşik Devletleri hukuku bu hususta iki sınırlama getiriyor: Kanuna aykırı eylemlere hedef kılınan kişi sanık değilse, kanuna aykırı olarak elde edilen delil geçersiz sayılmamaktadır. Delil, her ne suretle olursa olsun keşif olunacak idi ise geçerli sayılmaktadır.”, <http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=1696>, (Erişim Tarihi: 31.01.2019).

⁶¹⁴ Gödekli, *a.g.m.*, s. 1817.

⁶¹⁵ Altunkaş, *a.g.m.*, s. 35; Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 769.

⁶¹⁶ Madde 289/1: “Temyiz dilekçesi veya beyanında gösterilmiş olmasa da aşağıda yazılı hâllerde hukuka kesin aykırılık var sayılır:

i) Hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması.”, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 30.01.2019).

⁶¹⁷ Gödekli, *a.g.m.*, s. 1817.

Mevcut hukuki metinlerimizde bulunan farklılıklar dolayısıyla kavramın “hukuka aykırı delil” mi yoksa “kanuna aykırı delil” mi olacağı konusunda öğretide değişik görüşler ortaya atılmıştır.⁶¹⁸ Anayasa Mahkemesinin ilgili kararları ışığında Anayasanın 38. maddesinde yer alan kanun ifadesinden “pozitif hukukun” anlaşılması gerektiği⁶¹⁹ hukuka aykırılık kavramının kanuna aykırılık kavramından daha geniş bir içeriğe sahip olduğu söylenebilecektir.⁶²⁰ Hukukun bir dalı bakımından hukuka aykırı olan bir hususun diğer bir hukuk dalı bakımından hukuka uygun kabul edilmesi mümkün değildir. Hukuka aykırılık kavramı “haklara aykırılık” ile sınırlı olarak değil, aksine “herhangi bir hukuk kuralına aykırılık” veya “bir bütün olarak hem kanuna hem de kanun dışında kalan tüm hukuk düzeninin emrettiği veya yasakladığı kurallara aykırılık” tanımı doğrultusunda ele alındığı takdirde elde edilen deliller ceza yargılamasının nihai amacına hizmet edecektir.⁶²¹ Buradan hareketle hukuka aykırı delil kavramı; hukuk kuralları tarafından açıkça yasaklanmış usuller sonucu elde edilen delilleri, açıkça yasaklanmış olmamakla birlikte ilgili kurallara aykırı şekilde elde edilen delilleri ve ulusal düzenlemelerin sessiz kaldığı evrensel düzenlemelere aykırılık oluşturan yöntemler ile elde edilen delilleri kapsamaktadır.⁶²² Hukuka aykırı delil resmi sıfatlı bir kişi tarafından elde edilebileceği gibi böyle bir sıfatı bulunmayan kişi tarafından da elde edilebilecektir. Dolayısıyla delil elde etme yasağı özel kişileri de kapsayacak şekilde anlaşılmalıdır.⁶²³

Hukuka aykırı olduğu tespit edilen bir delilin maddi gerçeğe ulaşmayı amaçlayan Ceza Muhakemesi Hukukunda kullanılıp kullanılamayacağı sorunu çözüme kavuşturulması gereken önemli bir sorundur.⁶²⁴ Ceza yargılamasında delil değerlendirme yasağı, bir delilin veya bir delil incelemesiyle elde edilen sonucun yargılama hukukuna aykırı şekilde veya insan haklarını ihlal ederek elde edilmiş

⁶¹⁸ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1843. Anayasanın 38. maddesinde “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular*”; 1412 sayılı CMUK m. 254’te “*hukuka aykırı şekilde elde edilen deliller*”; 5271 sayılı CMK m. 217’de “*hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delil*” ve m. 206’da “*kanuna aykırı olarak elde edilen delil*” ifadeleri kullanılmıştır. Gödekli, **a.g.m.**, s. 1843; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 769.

⁶¹⁹ Süha Tanrıver, “Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **TBB Dergisi**, S. 65, 2006, 368-377, s. 372.

⁶²⁰ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 769.

⁶²¹ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1846-1848. Delil hukuka uygunluk nedeninden kaynaklanmakta ise kanuna veya hukuka aykırı delilden söz edilemeyecek; hukuka uygunluk nedenine dayanılarak elde edilen delil de yine aynı nedenle yargılamada kullanılabilecektir. Gödekli, **a.g.m.**, s. 1848.

⁶²² Akyürek, **a.g.m.**, s. 63.

⁶²³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 770.

⁶²⁴ Akyürek, **a.g.m.**, s. 64.

olmasına rağmen kullanılabilirliğinin tartışılmasıdır.⁶²⁵ Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı hükmü verecek hakime yönelik bir yasak olmakla birlikte; delilin toplanmasına yönelik delil elde etme yasağını da zorunlu kılmaktadır.⁶²⁶

AIHM, delillerin ne şekilde elde edildiğine ilişkin bir incelemeye girişmeksizin delillerin kabul edilebilir olup olmadığı değerlendirmesini ulusal mahkemelerin yetki alanı içerisinde görmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, hukuka aykırı delillerin kabul edilebilirliğini tartıştığı kararlarında konuyu adil yargılanma hakkı bağlamında ele almakta, iç hukukta adil yargılamayı zedeleyip zedelediği ile sınırlı bir inceleme yapmaktadır.⁶²⁷ AIHS'nin 6. maddesinde hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin davada kullanılamayacağına ilişkin ayrı, özel bir düzenleme bulunmamaktadır.⁶²⁸ AIHS'de düzenlenen temel hak ve hürriyetlere aykırı olarak şüpheli veya sanığın "savunma hakkının kısıtlanması" veya "işkence ya da kötü muamele teşkil eden eylemlerin gerçekleştirilmesi" durumlarında, elde edilen delile bağlı olarak mahkûmiyet hükmünün kurulması adil yargılanma hakkının ihlali teşkil etmektedir.⁶²⁹

Anayasa Mahkemesinin Yüce Divan sıfatı ile verdiği 2012 tarihli kararında, delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı delillerin hükme esas alınmaması gerektiğini ancak delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekilde ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerektiği belirtilmiştir.⁶³⁰ Hukuka aykırı delillerin değerlendirilmesi yasağı ile esas

⁶²⁵ Kretschmer/Özkaya Ferendeci, **a.g.m.**, s. 440.

⁶²⁶ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 769.

⁶²⁷ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1871; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 533.

⁶²⁸ Batur/Yenisey/Erkut/İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 88.

⁶²⁹ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1875.

⁶³⁰ **AYM.**, E.: 2011/1, K.: 2012/1, K.T.: 19.12.2012, "Çağdaş hukuk sistemlerinde, hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında hükme esas alınıp alınamayacağı hususunda iki ayrı görüş bulunmaktadır. Bunlardan birincisine göre, maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasındaki kamu yararı ile kişinin hukuka aykırı olarak delil toplanması sırasında ihlal edilen hakkının dengelenmesi, kamu yararının ağır basması hâlinde hukuka aykırı olarak toplanmış olan delillerin hükme esas alınması, aksi hâlde bunların hükme esas alınmaması gerekir. İkinci görüşe göre ise delillerin hukuka aykırı olarak toplanması sırasında kişilerin temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilip edilmediği, maddi gerçeğin araştırılmasındaki kamu yararının ağırlığı dikkate alınmaksızın elde edilen hukuka aykırı deliller hükme esas alınmamalıdır...Söz konusu kurallar dikkate alındığında, hukukumuzda toplanmaları sırasında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın hukuka aykırı delillerin ceza yargılamasında kullanılması yasaklanarak ikinci görüşün benimsendiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte doktrinde ve kimi Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararlarında belirtildiği üzere, delillerin toplanması için yapılan işlemlerin geçerliliğini etkilemeyen şekilde ilişkin basit usul hatalarının bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir..."", Başvuru Numarası: 2013/6183,

olarak hukukun uygulanması amaçlanmaktadır. Ceza mahkemesi, maddi gerçeğe ulaşma çabası içerisinde somut olayla ilgili yargılama ve değerlendirme yaparken yargılanan kişilerden ve hatta yargılama konusu olay hakkında verilecek kararın olası etkilerinden bağımsız olarak hukuku uygulamayı amaçlamaktadır. Hukuk devleti ilkesinden çıkarılacak kaçınılmaz sonuç da buna işaret etmektedir.⁶³¹

Hukukumuzda soruşturma evresinde veya mahkemenin iddianameyi değerlendirmesi sırasında delillerin hukuka aykırılığının tartışılmasına yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Kovuşturma evresinde ise soruşturma evresinde elde edilen delilin hukuka aykırılığı ileri sürülebileceği gibi mahkeme de bu hususları resen dikkate alabilecektir. Ayrıca kovuşturma evresinde elde edilen yeni delillerin de hukuka aykırı olup olmadığı tartışılabilecektir.⁶³² Mevzuatta yer alan düzenlemelerden, delilin elde edilmesi esnasında bir hukuka aykırılık gerçekleşmişse, şüpheli veya sanığın lehine ya da aleyhine olmasına bakılmaksızın hukuka aykırı bir delil, içeriğinden bağımsız olarak, değerlendirme dışı tutulmalıdır.⁶³³ Hukuka aykırı delilin değerlendirme yasağının söz konusu olabilmesi için hukuka aykırılık ile delilin elde edilmesi arasında illiyet bağı bulunmalıdır. Eğer hukuka aykırılık delilin elde edilmesi ile ilgili değil ise delil hukuka aykırı sayılmayacak ve değerlendirme dışı tutulmayacaktır.⁶³⁴

Konusu veya elde ediliş metodu nedeniyle yasaklanmış deliller kapsamına giren ve duruşmada değerlendirilmesi kabul edilmeyen hukuka aykırı bir delilden başka bir delil elde edilmesi durumunda hukuka aykırı delilden sonra gelen delilin hukuki durumu da tartışmalıdır.⁶³⁵ Konu ile ilgili olarak çeşitli sistemler ileri sürülmüştür. Bu sistemlerden ilki kanuna aykırı olarak elde edilen delilin sonrasında elde edilecek delillere etkisini kabul eden sistemdir. Bu sistem Amerikan Yüksek Mahkemesi Hakimi Frankfurter tarafından “zehirli ağacın meyveleri” teorisi ile

Karar Tarihi: 19/11/2014, Resmi Gazete Tarihi: 7 Mart 2015, Resmi Gazete Sayısı: 29288, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁶³¹ Akyürek, **a.g.m.**, s. 74.

⁶³² Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 770-771.

⁶³³ Akyürek, **a.g.m.**, s. 78; Altunkaş, **a.g.e.**, s. 29.

⁶³⁴ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 773.

⁶³⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 532. Örneğin işkence ile sanıktan suç aleti olan tabancanın saklandığı yerin öğrenilmesi üzerine tabanca üzerinde yapılan balistik inceleme sonucu parmak izlerinin karşılaştırılarak tabancanın sanık tarafından kullanıldığının şüpheye yer bırakmayacak şekilde ortaya konulması durumunda bu delilin kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalıdır. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 532-533.

açıklanmaktadır. Bu görüşe göre kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delil kendisinden sonra gelen delillere de etki edecek ve zehirli ağacın meyvesi de zehirli olacaktır. Amerikan Yüksek Mahkemesi sonrasında bu teoriyi yumuşatmak için yeni yaklaşımlar ortaya atmış olmakla birlikte Hollanda, Kanada ve İtalyan hukuk sistemlerinde bu görüş benimsenmiştir. Diğer bir sistem ise, kanuna aykırı olarak elde edilmiş olan delilin kanuna aykırılığının aynı delil ile sınırlandırılmasıdır. Alman içtihatlarında genel olarak hukuka aykırı delile dayanılarak elde edilmiş olan diğer delillerin geçerli olması gerektiği; elde edilen diğer delilleri değerlendirme kapsamı dışında bırakmasının açıkça haksız olduğu bilinen beraat kararlarının verilmesine neden olabileceği ifade edilmiştir.⁶³⁶ Alman Federal Mahkemesi, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin bütün ceza yargılamasını etkilemesine izin verilemeyeceği; dolayısıyla ceza yargılamasında delil kullanma yasağının uzayan bir etkisi bulunmadığı görüşündedir.⁶³⁷ Bir diğer sistem ise delillerin değerlendirmesinin hakimnin serbest takdirine bırakılmasıdır. İngiliz ve Fransız Hukuklarında bu sistemin örnekleri bulunmaktadır.⁶³⁸

Hukukumuzdaki mevcut yasal düzenlemeler karşısında delillerin, delil elde etmeye yönelik kanun normlarına aykırı olması, hukuka aykırı olduğunun kabulü için tek başına yeterlidir. Yargı organına yasak delilleri değerlendirmesi için herhangi bir takdir yetkisi tanınmamıştır. “*De lege lata*” yönüyle ülkemizde delil değerlendirme sistemi açısından mutlak ret yaklaşımının benimsendiğini söylemek mümkündür.⁶³⁹ Hukuka aykırı delilin kullanılmasını mutlak surette yasaklayan açık Anayasal ve yasal hükümlerin sonucu olarak, yasal olmayan bir delil kesinlikle dikkate alınamamaktadır. Öyle ki hâkimin, böyle bir delili karara esas almasa bile, sadece ondan esinlenerek ulaştığı hükmün de kanun yolu incelemesinde hukuk devleti, kanunilik ve adil yargılanma ilkeleri uyarınca geri çevirmesi gereklidir.⁶⁴⁰

⁶³⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 533; Yarsuvat **a.g.m.**, s. 11.

⁶³⁷ Kretschmer/Özkaya Ferendeci, **a.g.m.**, s. 445.

⁶³⁸ Yarsuvat **a.g.m.**, s. 11-12.

⁶³⁹ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1858. Eğer ceza yargıcı, bazı yargı kararlarında sadece “şekli aykırılık” olarak nitelendirilen muhakeme kurallarına aykırı biçimde elde edilen delilleri, suçlunun cezasız kalmaması ve kamu vicdanının tatmin olması adına hükme esas alabilmesi sağlanmak isteniyorsa da “de lege ferenda” açısından yasal değişikliğe gidilmesi zorunlu görünmektedir. Bunun için başta AY m. 38/6 olmak üzere, CMK m. 206 ve 217’de değişiklik yapılarak, Fransız hukukunda olduğu gibi, ceza mahkemesine “*yasayla açık şekilde yasaklanmamış delillerin*” değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda takdir yetkisi tanınabilir. Bu yönde bir takdir yetkisi tanınmaksızın resmi makamların usule aykırı biçimde elde ettikleri delillerin hükme esas alınması halinde, yargı organı, yasama tarafından açıkça tanınmayan bir yetkiyi kullanmış olacak ve “kuvvetler ayrılığı” ile “yasama yetkisinin devredilmezliği” prensiplerine aykırı hareket edilmiş olacaktır. Gödekli, **a.g.m.**, s. 1858.

⁶⁴⁰ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1911.

Hukuka aykırı olarak kabul edilen delillerin dosyadan çıkarılıp çıkarılmayacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Bu noktada hukuka aykırı olan delilin dosyadan çıkarılması gerektiğini ifade eden yazarlar olduğu gibi çıkarılmaması gerektiği kanısında olan yazarlar da bulunmaktadır.⁶⁴¹ Doktrinde dosyayı sonradan okuyacak süjeleri tesir altında bırakmamak adına hukuka aykırı olduğu tespit edilen delilin tali ceza davası açılması yolu ile soruşturma evresinde hakim, kovuşturma evresinde ise esas mahkeme tarafından hukuka aykırı olup olmadığına karar verilmesi; hukuka aykırılık bulunduğu tespit edilmesi halinde delilin tamamen dosyadan çıkarılması gerektiği ancak bir üst mahkemede tartışılabilmesi adına muhafaza edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar başlıklı CMK m. 230/1/b hükmünde mahkumiyet hükmünün gerekçesinde *“delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi”* düzenlemesi yapılmıştır. Bu düzenleme dolayısıyla hukukumuzda hukuka aykırı delilin dosyadan çıkartılması kabul edilmemiştir.⁶⁴² Keza ilk derece mahkemesi tarafından verilen kararın bir üst mahkemede istinaf ve temyiz kanun yolları ile denetiminin yapılacağı göz önünde bulundurulduğunda hukuka aykırı olduğuna hükmedilen delillerin incelenip gerekirse kabule göre değerlendirmeye alınabilmesi için delillerin dosyadan çıkartılmaması ve fakat ayrı bir bölümde saklanması gerekmektedir. Bu haliyle soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının, kovuşturma evresinde ise mahkemenin, koruma tedbirleri de dâhil elde edilen her türlü delilin, dava konusu suçun ispatına ilişkin kısmına girmeden hukuka uygun olup olmadığını denetlemesi; hukuka aykırılığın belirlenmesi halinde hukuka aykırı olan delilin dosyada ayrı bir kısma konularak muhafaza edilmesi gereklidir.⁶⁴³

B. Hukuka Aykırı Olarak Gerçekleştirilen Moleküler Genetik İncelemeler

Moleküler genetik incelemelerde hukuka aykırılık; materyal elde edilirken, inceleme sırasında veya inceleme sonrasında gerçekleşebilmektedir. Hukuka aykırı

⁶⁴¹ Gödekli, **a.g.m.**, s. 1908.

⁶⁴² Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 533-534.

⁶⁴³ Akyürek, **a.g.m.**, s. 79-80.

olarak gerçekleştirilen moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır.⁶⁴⁴ Muayene ve örnek alma tedbiri ile elde edilen örneklerin moleküler genetik incelemeye tabi tutularak delil elde edilmesi ve sonucun hükme esas olabilmesi için de muayene ve örnek alma faaliyetlerinin hukuka uygun yollar ile yapılmış olması gerekmektedir.⁶⁴⁵

CMK m. 217/2 hükmü uyarınca hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen beden muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen deliller kullanılamayacaktır.⁶⁴⁶ Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler yalnızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile olay yerinden elde edilen elde edilen materyaller üzerinde mümkündür. Bunun dışında herhangi bir şekilde elde edilen materyal üzerinde inceleme yapılması incelemeyi hukuka aykırı hale getirecektir. Örneğin soruşturma konusu suçtan değil de uydurma bir suçtan dolayı gözaltına alınıp sorgulanan kişinin sorgu sırasında içtiği sigara izmaritinden veya kullandığı herhangi bir materyalden örnek alınarak moleküler genetik inceleme yapılması mümkün değildir. Böyle bir uygulama aydınlatma yükümlülüğüne ve dürüst işlem ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Keza ifadesi alınan kişinin tutulduğu hücredeki saçlarının toplanarak olay yerinden elde edilen materyaller ile karşılaştırılması amacıyla muhafaza altına alınması da kişinin anayasal bir ilke olan kendi hakkında beyanda bulunma özgürlüğüne aykırılık teşkil edecektir. Zira bu halde vücuttan materyal elde edilmesinde hakim kararı aranması hükmü de dolanılmış olacaktır.⁶⁴⁷ Moleküler genetik incelemelere konu verilerden olan beden muayenesi vücuttan örnek alma yolu ile örnek elde edilmesinde Ceza Muhakemesi Kanunu 75/1 ile 76/1 maddelerinde Cumhuriyet savcısının gecikmede sakınca bulunan hallerde muayene veya örnek almaya karar vermesi durumunda kararın yirmi dört saat içerisinde hakim onayına sunulmaması ya da hakimnin yirmi dört saat içinde onaylamaması halinde karar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Kanun koyucu bu hükümlerle mutlak bir değerlendirme yasağı öngörmüştür.⁶⁴⁸ Moleküler genetik inceleme kararı CMK'nın açık hükmü uyarınca hakim tarafından alınacaktır. Usulüne uygun olarak alınmayan moleküler genetik inceleme kararlarının hukuka aykırı delil

⁶⁴⁴ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1114.

⁶⁴⁵ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1114.

⁶⁴⁶ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 514.

⁶⁴⁷ Özbek, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi”, s. 547; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1102-1103.

⁶⁴⁸ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 319.

teşkil edeceği belirtilmiştir.⁶⁴⁹ Ayrıca hükme esas teşkil eden moleküler genetik inceleme sonuçlarının aslı veya onaylı suretlerinin getirilerek hükmün verilmesi gereklidir.⁶⁵⁰

Normal şartlar altında kişinin vücuduna zarar vermeyecek bir müdahale olmakla birlikte hekimin taksirli davranışı nedeniyle kişinin sağlığına zarar verilmesi durumunda elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda gerek kanun gerek yönetmelikte müdahale açısından bir tehlikelilik arandığı için elde edilen delilin davada kullanılması gerektiği ifade edilmekte; ancak müdahalenin sağlığa zarar verme tehlikesi olmasına rağmen hekim bunu öngörememişse ve zarar meydana gelmişse elde edilen delilin davada kullanılmaması gerektiği belirtilmektedir.⁶⁵¹

Hakim kararı olmadan inceleme yapılması, iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlar bakımından inceleme yapılması, incelemede zorunluluk bulunmaması halinde inceleme yapılması halleri de incelemeyi hukuka aykırı hale getirecektir.⁶⁵² Suçun hukuki niteliğinin duruşmada değişerek müdahale yasağının söz

⁶⁴⁹ T.C. Y. 2. CD., E.: 2012/21976, K.: 2013/7760, K.T.: 10.4.2013, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemelere ve Fizik Kimliği Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 12/2 ve devamı maddeleri ile 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75 ve 76 ncı maddelerinde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, “soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir”, düzenlemesiyle aynı Kanun’un 79/1. maddesindeki “78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir,” hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, **suç yerinde elde edilen bulgular üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılabileceği ve bunun sadece hakim kararı ile mümkün olduğu, somut olayda ise suça konu otomobil içinde bulunan eldiven üzerinde hakim kararı olmaksızın moleküler genetik inceleme yapıp elde edilen DNA analiz sonucunun arşive alındığı, suç tarihinden sonra başka bir soruşturma nedeniyle sanığın DNA analizinin yapıp arşivde sorgulama yapıldığında daha önce arşive alınan DNA analiz sonucu ile sanığın DNA analiz sonucunun aynı olduğunun, buna göre aracı çalan kişinin sanık olduğunun tespit edildiği, bu suretle kanuna aykırı olarak elde edilen delilin, Anayasanın 38. maddesine 03/10/2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla eklenen 5. fıkrasında yer alan “Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez” ve 5271 sayılı CMK’nun 206/2-a maddesinde yer alan “Ortaya konulması istenilen bir delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse reddolunur” biçimindeki düzenlemeler gözetildiğinde hükme esas alınamayacağı, DNA analiz sonucundan başkaca sanığın suçu işlediğine dair delil bulunmadığı gözetilmeden yasal ve yeterli gerekçe olmadan yazılı biçimde sanığın mahkumiyetine karar verilmesi,”**, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁶⁵⁰ T.C. Y. 17. CD., E.: 2016/18934, K.: 2017/6246, K.T.: 24.05.2017, “Delil olma niteliğini ve güveni sağlamak bakımından hükme dayanak yapılan **moleküler genetik inceleme raporlarının aslı veya onaylı suretleri getirilmeden, onaysız örnekleri ile yetinilerek sanığın hükümlülüğüne karar verilmesi** suretiyle 5271 sayılı CMK’nın 169 ve 219. maddelerine aykırı davranılması,” <https://legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 20.03.2019).

⁶⁵¹ Mahmutoglu, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, s. 8-9.

⁶⁵² Altaş, **a.g.m.**, s. 101.

konusu olduğu bir suça dönüşmesi durumunda da delil hukuka aykırı olduğundan kullanılmaması gereklidir.⁶⁵³

Hukuka aykırı olarak moleküler genetik inceleme yapılmış olması durumunda genel hükümler çerçevesinde tazminata hükmedilmesi talep edilebilecektir. CMK m. 141 vd. hükümlerinde öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata hükmedilmesine ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün değildir. Zira tedbir, ilgili hükümde yapılan sınırlı sayım kapsamına girmemektedir. Bu nedenle ancak genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edilebilecektir.⁶⁵⁴



⁶⁵³ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 319.

⁶⁵⁴ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1114

İkinci Bölüm

ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK VERİLERİN AKİBETİ VE TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

I. ELDE EDİLEN MOLEKÜLER GENETİK VERİLERİN AKİBETİ

A. Moleküler Genetik İnceleme Sonuçlarının Niteliği

Ceza Muhakemesi Kanununun genetik inceleme sonuçlarının gizliliği başlıklı 80. maddesinin ilk fıkrası uyarınca⁶⁵⁵ şüpheli, sanık veya diğer kişilerin bedenlerinden elde edilen örnekler ile olay yerinden elde edilen materyaller üzerinde yapılacak olan moleküler genetik inceleme sonuçları “kişisel veri” niteliğini taşımaktadır. Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere bu kişisel verilerin başka bir amaçla kullanılamayacakları ve dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip kişiler tarafından bir başkasına verilemeyecekleri düzenlenmiştir. Aynı husus 25832 sayılı Yönetmelikte de tekrar edilmiştir.⁶⁵⁶ 2001 tasarısında bu verilerin gizliliğine ilişkin bir hüküm öngörülmemişken⁶⁵⁷ komisyonun madde gerekçesinde, tasarıdan farklı olarak kişisel

⁶⁵⁵ Genetik inceleme sonuçlarının gizliliği **Madde 80:** “75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.”, <https://www.mevzuat.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁵⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 639; Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323; Soyaslan, **a.g.e.**, s. 275; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 301; Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 297; Altaş, **a.g.m.**, s. 97.

⁶⁵⁷ 2001 tasarısı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz: Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 524.

veri niteliğindeki genetik inceleme sonuçlarının kişilik hakları bakımından taşıdığı önem sebebiyle özel bir düzenlemeye tabi tutulduğu ifade edilmiştir.⁶⁵⁸

Tarih boyunca süregelen kişisel verilere gereksinim duyulması, teknolojiadaki gelişmeler sonucu kişisel verilere kolaylıkla ulaşılabilmesi ve son olarak da gözetim teknolojilerindeki gelişmeler nedeniyle kaygı duyulması kişisel verilerin korunması hukukunun ortaya çıkışında etkili olmuştur.⁶⁵⁹ M.Ö. 5. yüzyılda kişiler ve birey arasındaki güven ilişkisinin bir sonucu olarak ortaya çıkan hekimin sır saklama yükümlülüğü kişisel verilere yönelik koruma düşüncesinin bir göstergesidir.⁶⁶⁰ Kişisel verilerin korunması ile kastedilen kişisel veri niteliği taşıyan bilgilerin toplanması, depolanması, değiştirilmesi yok edilmesi, kamuya açıklanması ve üçüncü kişilere aktarılması işlemlerinin hangi saik ve usullerle yapılabileceğinin belirlenmesi ve belirlenen sınırların aşılması halinde hangi hukuki yollara başvurulabileceğinin düzenlenmesidir.⁶⁶¹ Kişisel verilerin korunması ve buna yönelik çalışmalar aslında bir bakıma bilginin serbestçe dolaşımının sağlanması açısından da önemlidir. Nitekim kişiler, paylaştıkları bilgilerle özel hayatlarının ihlal edileceğine yönelik endişe taşımadığı ya da bu endişe en az seviyede tutulduğu sürece bilgilerini paylaşmaktan daha az çekinecek ve böylece çağdaş ekonominin hammaddesi olan bilgiye erişim de kolaylaşacaktır.⁶⁶²

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ilk uluslararası belge olan OECD tarafından “Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri” (OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data)⁶⁶³ 23 Eylül 1980 tarihinde bir Konsey tavsiyesi olarak kabul edilmiştir. Soft law niteliğinde olan bu kılavuz ilkelerin 1. maddesinde kişisel veri; *“belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin tüm bilgiler”* olarak

⁶⁵⁸ Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 88.

⁶⁵⁹ Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Şubat 2018, s. 20.

⁶⁶⁰ Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Baskı, Şubat 2008, s. 5-6.

⁶⁶¹ Hüseyin Can Aksoy, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 1. Bası, Mart 2010, s. 1.

⁶⁶² Aksoy, **a.g.e.**, s. 76-77.

⁶⁶³ OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data 23 September 1980, <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsdatapersonaldata.htm>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

tanımlanmıştır.⁶⁶⁴ 14 Aralık 1990 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri kabul edilmiştir. Avrupa Konseyi tarafından yapılan çalışmalar sonucu ise 28 Ocak 1981 tarihli 108 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi kabul edilmiştir. Ülkemiz bu sözleşmeyi ilk imzalayan ülkelerden biri olmuş ancak Sözleşme, 17 Mart 2016 tarih ve 29656 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak iç hukuka dâhil edilebilmiştir.⁶⁶⁵ Sözleşmenin Tanımlar başlıklı 2. maddesinin a bendinde kişisel veri; *“kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgileri ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.⁶⁶⁶ Keza yine Avrupa Konseyi tarafından 8 Kasım 2001 tarihinde 181 No’lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi’ne Ek Denetleyici Makamlar ve Sınıraşan Veri Akışına İlişkin Protokol kabul edilmiştir. Türkiye, bu protokolü 8 Kasım 2001 tarihinde imzalamış; 5 Mayıs 2016 tarihli 29703 sayılı Resmi Gazete ile iç hukukuna dâhil etmiştir.⁶⁶⁷ Avrupa Birliği ise 24 Ekim 1995 tarihinde 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifini kabul etmiştir.⁶⁶⁸ Yönergenin 2/a hükmünde kişisel veri; *“belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin bütün bilgiler”* olarak tanımlanmıştır.⁶⁶⁹ Avrupa Birliği tarafından 2012 yılında yeni bir tüzük çalışmalarına başlanmış 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmek üzere 95/46/EC sayılı Direktifi ilga ederek 2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation (GDPR))⁶⁷⁰ kabul edilmiştir.⁶⁷¹ Söz konusu tüzüğün Tanımlar başlıklı 4. maddesinin 1. fıkrasında kişisel veri; *“belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgidir; belirli bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya*

⁶⁶⁴ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 13.

⁶⁶⁵ Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemeler, <https://www.kvkk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁶⁶ <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁶⁷ <https://www.kvkk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁶⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁶⁹ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 43.

⁶⁷⁰ 2016/679 General Data Protection Regulation (GDPR), <https://eur-lex.europa.eu>, Türkçe çevirisi: <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁷¹ <https://www.kvkk.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

*toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen bir kişi” olarak tanımlanmıştır.*⁶⁷²

Kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkına benzer olarak insan haysiyetinin korunması ve maddi ve manevi varlığını geliştirmesi hakkından kaynaklanmaktadır.⁶⁷³ 2010 yılında yapılan değişiklik ile Anayasanın 20. maddesinin 3. fıkrasında⁶⁷⁴ düzenlenen kişisel verilerin korunması hakkı ile de anayasal korunma altına alınmıştır.⁶⁷⁵ Anayasa Mahkemesince kişisel verilerin korunması, “*özel hayatın gizliliğinin korunması kapsamında güvenceye kavuşturulmuştur... kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunması ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır*” şeklinde ifade edilmiştir.⁶⁷⁶ Anayasa Mahkemesi kişisel veri kavramını, “*belirli veya kimliği belirlenebilir olmak şartıyla, bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir. Bu bağlamda adı, soyadı, doğum tarihi ve doğum yeri gibi bireyin sadece kimliğini ortaya koyan bilgiler değil; telefon numarası, motorlu taşıt plakası, sosyal güvenlik numarası, pasaport numarası, özgeçmiş, resim, görüntü ve ses kayıtları, parmak izleri, genetik bilgiler, IP adresi, e-posta adresi, hobiler, tercihler, etkileşimde bulunulan kişiler, grup üyelikleri, aile bilgileri gibi kişiyi doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir kılan tüm veriler kişisel veri kapsamındadır.*” şeklinde tanımlamıştır.⁶⁷⁷ Anayasa Mahkemesince, kişisel veri kavramının teknolojik gelişmelere bağlı olarak çok farklı şekillerde ortaya çıkabileceği bu kapsama giren tüm verilerin kanun koyucu tarafından önceden öngörülebilmesinin ve tek tek sayılabılmesinin mümkün olmadığı; kavramın içeriğinin doktrin, uygulama

⁶⁷² <https://eur-lex.europa.eu>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁷³ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 54.

⁶⁷⁴ Anayasa madde 20/3: “*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2019).

⁶⁷⁵ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 54.

⁶⁷⁶ **AYM.**, E.: 2014/180, K.: 2015/30, K.T.: 19.3.2015, R.G. Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2019), **AYM.**, E.: 2015/32, K.: 2015/102, K.T.: 12.11.2015, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 136. maddesinde değişiklik yapılması hakkında karar, R. G. Tarih-Sayı: 2.12.2015-29550, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁶⁷⁷ **AYM.**, E.: 2014/180, K.: 2015/30, K.T.: 19.3.2015, R.G. Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2019).

ve yargı kararları ile belirlenerek anlam ve içeriğinin değişebileceği bu sebeple belirsiz olmadığı ifade edilmiştir.⁶⁷⁸

Ülkemizde ise 2016 yılında 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu⁶⁷⁹ yürürlüğe girmiştir. 1. maddesinde kanunun amacı “*kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemek*” olarak belirlenmiştir. Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 3. maddesinin 1. fıkrasının d bendinde kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁸⁰ Belli bir kişinin kimliği, etnik kökeni, fiziksel özellikleri, sağlık, eğitim, istihdam, durumu; aile yaşantısına ilişkin bilgiler, ikamet, kredi kart ve haberleşme bilgileri ile kişisel düşünce ve inançları bu kavram kapsamına girmektedir.⁶⁸¹ Bilginin kişisel veri olarak kabul edilebilmesi için kanun bilginin gerçek bir kişiye ait olmasını aramaktadır. Tüzel kişilere ilişkin veriler aynı zamanda gerçek kişiye ilişkin kişisel verileri de içeriyor ve gerçek kişiyi belirli veya belirlenebilir kılıyorsa bu durumda kişisel verilerin korunması hakkı kapsamında değerlendirilmektedir.⁶⁸² Bu tür veriler kişilerin tanınabilir veya kimliği belirlenebilir olmasını engelleyecek anonimleştirme işlemine tabi tutulmadıkça kişisel veri niteliğindedir.⁶⁸³

2016/679 Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün Tanımlar başlıklı 4. maddesinin 13. fıkrasında genetik veri; “*bir gerçek kişinin fizyoloji veya sağlığı ile ilgili eşsiz bilgiler sağlayan ve özellikle söz konusu gerçek kişiden alınan bir biyolojik numunenin analizinden kaynaklanan ve söz konusu kişinin kalıtım yoluyla alınan veya kazanılan özelliklerine ilişkin kişisel veriler*” olarak tanımlanmıştır.⁶⁸⁴ UNESCO

⁶⁷⁸ AYM., E.: 2015/32, K.: 2015/102, K.T.: 12.11.2015, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 136. maddesinde değişiklik yapılması hakkında karar, R. G. Tarih-Sayı: 2.12.2015-29550, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 20.05.2019).

⁶⁷⁹ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kanun Numarası: 6698, Kabul Tarihi: 24/3/2016, Yayımlandığı Resmi Gazete Tarih: 7/4/2016, Sayı: 29677, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 25.09.2018).

⁶⁸⁰ Kişisel verilerin korunması kanununa erişim: <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 25.09.2018).

⁶⁸¹ Aksoy, a.g.e., s. 1.

⁶⁸² Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 123.

⁶⁸³ Dilek Yüksel Civelek, **Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi, Uzmanlık Tezi, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı**, Nisan 2011, s. 17.

⁶⁸⁴ <http://www.kisiselverilerinkorunmasi.org>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

Genel Konferansı tarafından 16 Ekim 2003 tarihinde kabul edilen İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesinin 4. maddesinde⁶⁸⁵ genetik verilerin, kişinin genetik yatkınlıkları hakkında tahminde bulunmayı sağlayabilen veriler olması ve bu verilerin toplandığı zaman diliminde önemi anlaşılamayan bilgiler içerebilmesi dolayısıyla özel bir konuma sahip oldukları ifade edilmiştir.

Korunmaması halinde kişiye yönelik ayrımcılık yapılması riski yüksek olan verilere ise “hassas veriler” denilmektedir. Kural olarak bu tür verilerin kanunla öngörölmüş istisnaları dışında işlenmeleri yasaktır.⁶⁸⁶ AİHM, resmi makamların muhafaza ettiği parmak izleri, DNA profilleri ve hücre örneklerinin kişilerin kimliğini belirleyebilecek nitelikte kişisel veri olduğunu kabul etmektedir.⁶⁸⁷ 6698 sayılı Kanunun 6. maddesinde özel nitelikli kişisel veriler “*kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri*” olarak ifade edilmiş ve ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu belirtilmiştir.⁶⁸⁸ Moleküler genetik incelemelere konu olan DNA verisi, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamında özel nitelikli kişisel veridir.⁶⁸⁹

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde kişisel verilerin korunması hakkında doğrudan bir düzenleme içermemekle birlikte özel hayatın ve aile hayatının korunması başlıklı 8. madde ile Mahkemenin geliştirdiği içtihatlar çerçevesinde kişisel verileri koruma altına almıştır.⁶⁹⁰ AİHM, Leander vs. İsveç kararında,⁶⁹¹ kişisel verilerin korunmasının gizli polis sicilinde başvuranın özel hayatını ilgilendiren kişisel bilgiler içerdiğinin tartışmasız olması, başvurana bu bilgileri çürütme imkanının tanınmasının reddedilmesi karşısında bu bilgilerin saklanması veya yayılmasının AİHS m. 8/1

⁶⁸⁵ 16 Ekim 2003, İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi, <http://www.unesco.org.tr>, (Erişim Tarihi: 04.04.2019).

⁶⁸⁶ Civelek, **a.g.e.**, s. 21.

⁶⁸⁷ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, No: 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-90051>, (Erişim Tarihi: 23.03.2019), prg. 68.

⁶⁸⁸ <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

⁶⁸⁹ Aygörmöz Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 58.

⁶⁹⁰ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 30-31.

⁶⁹¹ AİHM, Leander v. Sweden, No: 9248/81, 26.03.1987, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57519>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019).

içerisinde değerlendirileceği içtihadını oluşturmuştur.⁶⁹² Mahkeme, M.S. vs. İsveç kararında⁶⁹³ ise rıza olmaksızın hassas kişisel verilerin işlenmesinin davanın doğası gereği 8. madde kapsamında olacağını ifade etmiştir.⁶⁹⁴ AİHM, Z vs. Finlandiya kararında,⁶⁹⁵ kişisel verilerin korunmasının kişinin özel ve aile hayatına saygı hakkından faydalanmasında temel öneme sahip olduğunu; sağlık verilerine saygı göstermenin AİHS taraflarınca gözetilmesi gereken hayati bir ilke olduğunu belirtmiştir.⁶⁹⁶ AİHM S. ve Marper kararında, parmak izleri, DNA profilleri ve hücre örneklerinin kişiyi belirli veya belirlenebilir kılacak nitelikte “kişisel nitelikli veriler” olduklarına kuşku bulunmadığını; parmak izi, DNA profili ve hücre örnekleri arasında sonradan daha çok kullanılabilecekleri gerekçesiyle DNA profilleri ile hücre örneklerinin nitelik olarak parmak izinden farklılık arz ettiğini ifade etmiştir.⁶⁹⁷ Mahkeme, hücre örneklerinin kişinin sağlığı ile ilgili son derece hassas bilgiler olan hem ilgili kişinin hem de aile fertlerinin genetik şifresini içerdiğini belirtmiştir.⁶⁹⁸

Ceza Muhakemesi Kanununun 80/1 hükmünde elde edilen verilerin kişisel veri olmaları dolayısıyla başka hiçbir amaçla kullanılamayacakları hükmü ile elde edilen sonuçların bu alanlarda yapılacak bilimsel araştırmalarda, makale ve benzeri yayınlarda kullanılabilemesinin önüne geçildiği belirtilerek adli DNA analizlerinde kullanılan gen bölgelerinin topluma özgü değerlerinin ancak bu bulguların bilimsel araştırmalarda kullanılmasıyla ortaya çıkabileceği, bulguların kullanılması için ad, soy ad, cinsiyet, yaş gibi kişisel bilgilerin hiçbirine gerek duyulmadığı ifade edilmiştir.⁶⁹⁹

B. Elde Edilen Verilerin Akıbeti

Ceza muhakemesi sırasında olay yerinden ve ilgili kişilerden alınan biyolojik materyalin imhası konusu önem arz etmektedir. Zira beden muayenesi ve vücuttan

⁶⁹² AİHM, Leander v. Sweden, prg. 48.

⁶⁹³ AİHM, M.S. v. Sweden, No: 74/1996/693/885, 27.08.1997, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58177>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019), prg. 34-35.

⁶⁹⁴ Deryck Beyleveld, “An Overview of Directive 95/46/EC in Relation to Medical Research”, **The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe**, 2004, 5-21, s. 11.

⁶⁹⁵ AİHM, Z v. Finland, No: 22009/93, 25.02.1997, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58033>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁶⁹⁶ AİHM, Z v. Finland, prg. 95.

⁶⁹⁷ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 68-69.

⁶⁹⁸ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 72.

⁶⁹⁹ Güngör/Bakşi, **a.g.m.**, s. 69.

örnek alma ile moleküler genetik inceleme sonrası elde edilen verilerin ileride meydana gelebilecek olası bir soruşturma ve kovuşturmada materyalin sahibi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi ihtimali ile ileride işlenecek suçlarda eldeki hazır bilgilerle faile ulaşılabilmesi isteği karşı karşıya gelmektedir.⁷⁰⁰ Ceza Muhakemesi Kanununun 80. maddesinin 2. fıkrasında “*bu bilgiler, kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir.*” düzenlemesi öngörülmüştür.⁷⁰¹

Öncelikle ifade etmek gerekir ki ilgili Kanun hükmünde kullanılan “bu bilgiler” ifadesi ile ne kastedildiği açık değildir. Alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik inceleme sonuçlarının mı yoksa beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile olay yerinden elde edilen örneklerin mi yok edileceği anlaşılamamaktadır. Bir diğer ifade ile elde edilen verilerin yok edilme/imha işleminin materyalin kendisine mi yoksa materyalden elde edilen bilgi ve delile mi uygulanacağı konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır.⁷⁰² Kunter/Yenisey/Nuhoğlu; CMK m. 80/2 hükmünün 1. fıkrada olduğu gibi 75., 76. ve 78. maddeleri uyarınca elde edilen bilgileri kapsadığını, bilgilerin yok edilmesi zorunluluğunun sadece genetik incelemeden elde edilen bilgileri değil beden muayenesi ve örnek alma suretiyle elde edilen bilgileri de kapsadığını ifade etmiştir.⁷⁰³ Alman CMK’sında DNA profilinin çıkarıldığı şüpheli, sanık veya mağdura ait DNA örnekleri 81a/3 ve 81c/5 hükümlerinde ceza yargılamasında örneklere ihtiyacın ortadan kalktığı anda örneklerin gecikmeksizin yok edileceği açıkça belirtilmiştir. Ancak şüpheli, sanık ya da mağdura ait olmayan Alman CMK m. 81e/2 uyarınca elde edilen bulunan, muhafaza altına alınan veya el konulan verilerin yok edileceğine ilişkin bir yükümlülük öngörülmemiştir.⁷⁰⁴ Moleküler genetik incelemeye konu edilen örneklerin saklanması teknoloji ve tıp alanındaki gelişmeler göz önünde bulundurulduğunda kötüye kullanılabilecek niteliktedir. Bu nedenle örneklerin de yok edilmesi gerektiği kabul edilmelidir. Keza mehzaz kanun

⁷⁰⁰ Kızılarşlan, **a.g.e.**, s. 144.

⁷⁰¹ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 639; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302.

⁷⁰² Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 640; Kızılarşlan, **a.g.e.**, s. 144; Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302.

⁷⁰³ Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 697.

⁷⁰⁴ Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 63.

olan Alman CMK'sında 81g ve 81h hükümlerinde alınan hücre örneklerinin yok edileceği düzenlenmiştir.⁷⁰⁵ Sonuç olarak kanaatimizce yok etme işleminin hem DNA profilinin elde edildiği hücre materyalini bulunduran örneğe hem de moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen veriye uygulanması yerinde olacaktır. Bu sebeple 'bu bilgiler' ifadesinin DNA örneği ve DNA profilini kapsadığının kabulü gereklidir.

Bir başka tartışma konusu ise Ceza Muhakemesi Kanununda sözü edilen, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilip kesinleşmesi üzerine Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği ifadelerinden ne anlaşılması gerektiğidir. Elde edilen verilerin sadece sayılan hallerde mi yok edileceği yoksa sayılan hallerin örnek verme şeklinde mi olduğu yönünde farklı görüşler bulunmaktadır. Doktrinde bir görüş, Kanunun tek tek hangi hallerde yok etme işleminin uygulanacağını saydığını, sayılan haller dışında kalan hallerde elde edilen bilgilerin yok edilmesinin gerekmediği sonucunun ortaya çıktığını; buradan hareketle de özellikle mahkumiyet hükmünün verilmesi halinde söz konusu verilerin muhafazasının mümkün olacağını belirtmiştir.⁷⁰⁶ Benzer şekilde bir başka görüş ise mahkumiyet hükmü verilmesinin yanı sıra güvenlik tedbirlerine hükmedilmesi, davanın düşmesi kararlarında da bilgilerin yok edilmeyeceğini ifade etmiştir.⁷⁰⁷ Ek olarak, 5353 sayılı kanun ile hükümde değişiklik yapılmadan önce hükmün kesinleşmesi hallerinde de bilgilerin yok edileceği öngörülmüş iken madde değişiklik gerekçesinde "*her türlü hükmün değil, sadece beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi halinde bu bilgilerin yok edilmesi kabul edilmiş, böylece, özellikle mahkumiyet halinde bilgilerin muhafazası mümkün kılınmıştır*" ifadeleri kullanılmıştır. Değişiklik ile her hüküm bakımından değil beraat ve ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin hüküm verilmesi durumunda bilgilerin yok edileceği ve imha işleminin derhal gerçekleştirilmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁰⁸ Keza yine benzer şekilde, moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen bilgilerin kanun hükmünden hareketle mahkumiyet hükmü verilmesi durumunda yok edilmeyeceğinin anlaşıldığı belirtilmiştir. Bununla birlikte sonuçların nerede ve nasıl saklanacağı; daha sonra kim

⁷⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 640.

⁷⁰⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 639-640.

⁷⁰⁷ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 297; Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 89.

⁷⁰⁸ Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 89; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 639, dp. 395.

tarafından, hangi koşullarda ve hangi amaçlarla kullanılabileceğinin düzenlenmediği ve ilgili CMK hükmünün bu sorulara cevap verebilecek bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir. Bu nedenle genetik inceleme sonuçlarının hangi koşullarda yok edileceği; nerede ve nasıl saklanacağına açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷⁰⁹ Ayrıca 80. madde hükmünün amaca uygun olmayan eksik bir düzenleme niteliğinde olduğu ceza verilmesine yer olmadığı kararı sonrasında genetik inceleme sonuçlarının yok edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir.⁷¹⁰ Bir başka görüşe göre ise Kanun ve yönetmelik düzenlemelerinden mahkumiyet hükmü verilmesi durumunda elde edilen verilerin yok edilmesi zorunluluğunun bulunmadığı ancak bu hususun açıkça kanunda düzenlenmesi gerektiği belirtilmiştir. Zira yönetmelikte, her ne kadar kanun ile yapılması gerekliyse de fizik kimliğin tespiti için mahkumiyet kararı verilmesi durumunda arşivleneceğine ilişkin benzer bir hükmün moleküler genetik analiz için Ceza Muhakemesi Kanununda yapılması gerektiği ifade edilmiştir.⁷¹¹ Doktrinde diğer bir görüş ise Ceza Muhakemesi Kanunun 80. maddesi ve ilgili yönetmelik hükmü göz önünde bulundurularak; normun *ratio legis* ve koruma amacı ile şüpheden özgürlük yararlanır ilkesi doğrultusunda; DNA verilerin belirli somut olaylarda mutlaka silinmesine özel önem verildiği, Kanun koyucunun mahkûmiyet hâlini özellikle norm dışı bıraktığına yönelik bir verinin bulunmadığı, normda mahkûmiyet hâlinde kişisel veri niteliğindeki DNA profillerinin sistemde kayıtlı kalacaklarına ilişkin belirli bir hüküm getirilmediği, kayıt süresi ve sistemden silmeye ilişkin herhangi bir ilave hüküm de öngörülmediği ve bu sebeple DNA profillerinin kanun seviyesinde yasal bir düzenleme bulunmadan herhangi bir sistemde kayıtlı tutulmalarının temel haklara saldırı teşkil edeceği; hükmün mahkumiyet hâlinde DNA profillerinin silinmemesine yasal dayanak teşkil etmemesi gerektiği ifade edilmiştir.⁷¹² Kanaatimizce de her ne kadar kanunun amacı sınırlı bir sayım yaparak sadece hükümde belirtilen hallerde imha işleminin gerçekleştirilmesi olsa da bu hususun kanunda açık bir şekilde ve gerekli güvencelerle birlikte öngörülmesi gerekmektedir. Zira yok edilmeyen verilerin akıbetine ilişkin kanunda herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir.

⁷⁰⁹ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302-303; Eryılmaz, **a.g.m.**, s. 56.

⁷¹⁰ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302. Akıl hastalığı nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilen kişinin sonradan cinsel bir suçu veya kasten öldürme suçunu tekrardan işlemesi tehlikesinin varlığı, bu verilerin yok edilmesi sonucu gelecekte yapılacak bir ceza muhakemesi bakımından sorun teşkil edeceği konusunda bkz: Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302.

⁷¹¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525.

⁷¹² Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 64, dp. 163.

Uygulamada ise Yargıtay kararları vücuttan elde edilen materyal ile olay yerinden elde edilen materyalin karşılaştırılması sonucu verilen kararın Ceza Muhakemesi Kanununun 80/2 hükmünde sayılan kararlardan biri olup olmadığına bakılarak yok etme işleminin yapılması gerektiği yönündedir.⁷¹³ Yargıtay'ın çeşitli kararlarından anlaşıldığı üzere, mahkumiyet hükmünün varlığı halinde elde edilmiş olan DNA profil verileri bir veri bankasında saklanmaktadır.⁷¹⁴ Yargıtay'ın 14.03.2017 tarihli kararında yer alan muhalefet şerhinde ise, sanığın daha önceden işlemiş olduğu bir suç sebebiyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi tespit edilmemiş vücut örnekleri üzerinde yapılan analiz sonucunun hukuka aykırı olarak bir sisteme kaydedildiği ve olay yerinde bulunan sanığa ait şapkadan elde edilen örnekler ile karşılaştırılarak sanığa ait olduğunun tespit edilmesinin hukuka aykırı olduğu

⁷¹³ T.C. Y. 2. CD., E.: 2014/13900, K.: 2014/11288, K.T.: 29.4.2014, “Dosya içeriğine göre; sanığın hırsızlık ve işyeri dokunulmazlığını bozmak suçlarını gerçekleştirdiği iddia olunan yakına ait kahvehanede ele geçirilen bir adet bayan atleti ve bir adet yara bandı kutusu üzerindeki kan izlerinin karşılaştırıldığı Emniyet Genel Müdürlüğü kriminal polis laboratuvarı daire başkanlığının kayıtlarındaki 18.05.2006 tarihli olayın şüpheli olarak yakalanan O. S.'tan alınan BYL.2006/2060 sayılı kan numunelerinin alındığı soruşturma evrakının CMK.nun 80/2. maddesinde sayılan kararlardan başka bir karar ile sonuçlanıp sonuçlanmadığı araştırılmadan, gerekirse sanıktan yeniden kan örneği alınarak olay yerinde ele geçen yara bantı kutusu ve atlet üzerindeki kan izlerinin mukayesesi yapıldıktan sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, karşılaştırmaya esas önceki kan numunelerinin alındığı olaydaki kişisel verilerin imha edilmesi gerektiği, başka bir amaç ile kullanılamayacağı, hukuka aykırı elde edildiğinden hukuka aykırı delilin hükme esas alınamayacağı şeklindeki yasal olmayan gerekçe ile 5271 sayılı CMK.nun 78/1 ve 80/1-2 maddelerindeki düzenlemeler gözetilmeden eksik inceleme ve araştırma sonucu yazılı şekilde beraat kararı verilmesi”, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

⁷¹⁴ T.C. Y. 17. CD., E.: 2015/13442, K.: 2016/6183, K.T.: 26.4.2016, “Dosya kapsamından, 29.11.2011 günü tespit edilemeyen bir vakitte, müştekinin tek katlı, müstakil yapı niteliğinde bulunan işyerinin çatı kiremitleri kırılarak, içeri girilip, 1.500,00 TL değerindeki 8 adet aletin çalındığı, olay yerinde yapılan incelemede, çatının kırık kısmının altında kalan, iç taraftaki tahtalı bölümde bir adet berenin ele geçirildiği, 29.11.2011 tarihli Adli Kolluk-Cumhuriyet Savcısı Görüşme Tutanağına göre, soruşturmayı yürüten Cumhuriyet Savcısı'nın talimatıyla, bu yolla elde edilen bulgu niteliğindeki berenin, kriminal incelemeye gönderildiği, 26.12.2011 tarihli ekspertiz raporunda, DNA veri bankasında yapılan taramada, bereden elde edilen epitel hücrenin, Emniyet Müdürlüğü'nün 23.2.2004 tarihli yazısına istinaden, av tüfeği yaralaması olayı ile ilgili olarak hazırlanan BYL-04-00561 Sayılı uzmanlık raporunda bildirilen sanık ...'un açık yarısından alındığı belirtilen kan örneği ile uyumlu olduğunun bildirildiği, bu yolla yakalanan sanığın, aşamalarda, müştekiyi tanıdığı, hurdacılık yaptığı için müştekinin işyerine zaman zaman gelip gittiği, beresini de bu esnada unutmuş ya da düşürmüş olabileceği, hırsızlık iddiasını ise kabul etmediğini savunduğu, müştekinin ise sanığın savunmasını doğrulamadığı, sanığın, işyerinin önünden gelip gittiği, ancak işyeri içine girmesi gibi bir durumun söz konusu olmadığı, kaldı ki berenin işyerinin çatı kısmında ele geçirildiğini beyan ettiği, sanık müdafinin aşamalarda DNA bankasına kaydedilen verinin hukuka aykırı yöntemle alındığı, bu sebeple delil niteliğini haiz olmadığını iddia edip ileri sürmesi şeklinde gerçekleşen temyize konu olayda; mukayeseye dayanak teşkil eden, Emniyet Müdürlüğü'nün 23.2.2004 tarihli yazısına istinaden, av tüfeği yaralaması olayı ile ilgili olarak hazırlanan BYL-04-00561 Sayılı uzmanlık raporuna konu incelemenin hakim izni ile yapıp yapılmadığının araştırılarak, moleküler genetik inceleme ve bu yolla alınan örneklerin sisteme kaydedilmesine dair o tarihteki yasal düzenlemelerde dikkate alınmak suretiyle, delil niteliğini taşıyıp taşımadığının karar yerinde tartışılması ile elde edilen sonuca göre sanığın hukuki durumun değerlendirilmesi gerektiğinin gözetilmeden eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi, ...”. Benzer yönde T.C. Y. 17. CD., E.: 2015/13598, K.: 2016/5353, K.T.: 13.4.2016, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

belirtilmiştir.⁷¹⁵ Keza 01.11.2016 tarihli Yargıtay kararının muhalefet şerhinde de DNA verilerinin arşivlenerek başka yargılamalarda kullanılmasına yönelik bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı bu yolla elde edilen delillerin hukuka aykırı delil teşkil ettiği ifade edilmiştir.⁷¹⁶

Ceza Muhakemesi Kanununda elde edilen bilgilerin Cumhuriyet Savcısının huzurunda derhal yok edileceği; buna ek olarak Yönetmeliğin 14. maddesinin 2. fıkrasında verilerin Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle yok edileceği ifade edilmiş ancak bunun dışında bir açıklık getirilmemiştir.⁷¹⁷ 5353 sayılı

⁷¹⁵ T.C. Y. 17. CD., E.: 2015/22839, K.: 2017/2999, K.T.: 14.3.2017

Muhalefet şerhi: “Sanık tüm aşamalarda atılı suçları işlemediğini, suçsuz olduğunu savunmuştur. Sanık, katılana ait evin balkonunun altında bulunan şapkanın kendisine ait olduğunu, ancak olay mahalline nasıl konulduğunu bilmediğini beyan etmiştir. Bu itibarla sanığın daha önce işlediği başka bir suç sebebiyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi tespit edilmemiş vücut örnekleri üzerinde yapılan çalışma sonucu elde edilen genotip özelliklerin hukuka aykırı olarak bir sisteme kaydedildiği ve yargılama konusu olayımızda olay mahallinde bulunan şapka üzerinden alınan materyal üzerinde genotip incelemesi yapılarak sisteme yüklenen sonuçlarla karşılaştırılıp sanığa ait olduğunun tespit edilmesinin 5271 Sayılı CMK'nın 217/2. maddesinde öngörülen "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmüne açıkça aykırı olduğu sabittir.

Yukarıda izah ettiğim Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve Kanunlarımızdaki hükümler çerçevesinde, yasadik delil niteliğindeki bilirkişi raporu haricinde sanığın atılı suçları işlediğine dair mahkumiyetini gerektirir kesin ve inandırıcı delilin yargılama dosyası arasında bulunmadığından beraatine karar verilmesi ve dolayısı ile ilk derece mahkemesinin hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından kurduğu hükümlerin bozulması gerektiği kanaatinde olduğumdan, sayın çoğunluğun onama kararına katılmıyorum.”, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

⁷¹⁶ T.C. Y. 17. CD., E.: 2016/10020, K.: 2016/11226, K.T.: 1.11.2016

Muhalefet Şerhi: “Suça sürüklenen çocuk tüm aşamalarda atılı suçları işlemediğini, suçsuz olduğunu savunmuştur. Suça sürüklenen çocuk temyiz dilekçesinde de; vücudundan DNA analizi için örnek alınmadığını, olay mahallinde bulunan çorap üzerinden elde edilen epitel hücrelerin kendisine ait olmadığını, karşılaştırma yapıldığı bildirilen bilginin ait olduğu materyalinde kendisine ait olmadığını beyan etmiştir. Bu itibarla, suça sürüklenen çocuğun 24/01/2011 tarihinde işlediği başka bir suç sebebiyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi tespit edilmemiş vücut örnekleri üzerinde yapılan çalışma sonucu elde edilen genotip özelliklerin hukuka aykırı olarak bir sisteme kaydedildiği ve yargılama konusu olayımızda olay mahallinde bulunan çorap üzerinden alınan epitel hücreler üzerinde genotip incelemesi yapılarak sisteme yüklenen sonuçlarla karşılaştırılıp suça sürüklenen çocuğa ait olduğunun tespit edilmesinin 5271 Sayılı CMK'nın 217/2. maddesinde öngörülen "Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir." hükmüne açıkça aykırı olduğu sabittir. Her ne kadar Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesine göre, mahkumiyet kararı verilmesi halinde bu Yönetmeliğin 15. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler (fotoğrafi, iris görüntüsü, beden ölçüleri, diş izi, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak eşkal bilgileri, kulak, dudak gibi organların bıraktığı kimlik tespitine yarayabilecek vücut izleri ile sesi ve görüntüleri) kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen diş izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivleneceği belirtilmiş ise de bu bilgilerin fizik kimliğinin tespiti ile ilgili olup, DNA verilerini içermediği açıktır. Kaldı ki, fizik kimliğinin tespitine dair verilerin arşivlenemesinin ön koşulu da kişi hakkında mahkumiyet kararı verilmesidir. Yönetmeliğin bu hükmü, DNA verilerinin arşivlenmesine kesinlikle izin veren bir hüküm değildir ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20/3ncü maddesi hükmü nazara alındığında bu şekilde yorumlanması da mümkün değildir.”, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 19.05.2019).

⁷¹⁷ Yenisey/Nuhoğlu, a.g.e., s. 640; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, a.g.e., s. 525.

Kanunla değişiklik yapılmadan önce, bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi veya hükmün kesinleşmesi hallerinde ‘en geç on gün’ içerisinde Cumhuriyet Savcısının huzurunda yok edileceği öngörülmekteydi.⁷¹⁸ Yönetmeliğin 22. maddesinde ise Cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılan iş bölümlerinde, elde edilen verilerin imha edilmesi ve diğer işlemlerin yürütülmesi amacıyla yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı görevlendirileceği düzenlenmiştir. İmha işleminin savcı huzurunda ve onun uygun göreceği usullerle derhal yapılması gerektiğinden, kovuşturmayaya yer olmadığı, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleşir kesinleşmez incelemeyi yapan laboratuvara bildirilmesi gerekmektedir.⁷¹⁹ Tıbbi atıkların nasıl imha edileceği Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği 9/a ile Tıbbi Atıklar Yönetmeliğinde gösterilmiştir.⁷²⁰

Yönetmeliğin 14/2 hükmünün son cümlesinde “*olay yerinden elde edilen diğer delillere ilişkin hükümler saklıdır*” düzenlemesi bulunmaktadır.⁷²¹ Buna karşın yönetmelikte buna ilişkin başka bir açıklama yapılmamıştır. Saklı tutulan hükümlerin nerede saklı tutulduğu merak konusu teşkil etmektedir.⁷²² Kanunda 75., 76. ve 78. madde hükümleri uyarınca alınan örneklerden söz edilmektedir ki bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen örneklerin 78. madde hükmüne dahil olduğu açıktır. Yönetmelikte öngörülen bu düzenleme ile bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen örneklerin yok edilmeyeceği ifade edilmeye çalışılmakta ise bunun yönetmelik ile değil kanun ile ifade edilmesi gerekmektedir. Düzenlemedeki eksiklik dolayısıyla bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen örneklerin akıbetinin belirsiz olduğu söylenebilecektir.

Yönetmelik 14/3’te bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulguların ilgili makama gönderileceği; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örneklerinin bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edileceği ve bu hususun raporda açıkça belirtileceği düzenlenmiştir.⁷²³ Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulguların ilgili makama gönderilecek olması dolayısıyla DNA profilini içeren belge bir bilirkişi raporu niteliği

⁷¹⁸ Ünver/Hakeri, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 89; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 639, dp. 395; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525.

⁷¹⁹ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 70.

⁷²⁰ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 145.

⁷²¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525.

⁷²² Altaş, **a.g.m.**, s. 98.

⁷²³ Yıldız, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, s. 302; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 640; Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 525-526.

taşımaktadır. Yönetmeliğin 14/3 hükmünde yer alan “DNA örnekleri” sözcüğü açık ve anlaşılır değildir. DNA profili elde edilecek olan materyalin (biyolojik örneğin) yok edileceği hususunda açık bir hükme ihtiyaç bulunmaktadır.⁷²⁴

Genetik incelemelerde kullanmak üzere elde edilen DNA örneklerinin kanun hükmü uyarınca raporun yazılmasından sonra derhal yok edilmesi gerekliliğine karşın, Adli Tıp Kurumu Uygulama Yönetmeliği m. 13/son hükmünde “*Biyoloji ihtisas dairesine tevdi edilen ve zamanla bozulması mümkün olan her türlü biyolojik materyal ve biyolojik materyal taşıyan örnekler uygun koşullarda ve gerekli güvenlik önlemleri alınarak muhafaza edilir. Bu gibi maddelerin üzerlerine geliş tarihi, kayıt numarası ve gönderen adlî merciin kayıt numarası yazılır. Bu maddeler gönderen makama iade edilmediği takdirde raporları yazıldıktan altı ay sonra bir tutanakla imha edilir. İmha usulü genel hükümlere tabiidir. Vaginal ve anal frottiller ile DNA izolatları en az bir yıl muhafaza edilir*”⁷²⁵ düzenlemesi bulunmaktadır. Halen yürürlükte olan bu yönetmeliğin söz konusu hükmünün CMK’nın 80. maddesi ile çeliştiği açıktır ve elbette ki kanun hükmü uygulama alanı bulacaktır.⁷²⁶

Ceza Muhakemesi Kanununda moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen verilerin başka bir soruşturma ve kovuşturmada kullanılıp kullanılamayacağı ise düzenlenmemiştir. Bir görüşe göre moleküler genetik inceleme için vücuttan alınan materyalin, alınma nedeni olan soruşturma ve kovuşturma dışında bununla bağlantılı diğer bir yargılamada kullanılabilmesi mümkündür.⁷²⁷ Bir diğer görüşe göre ise moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen veriler kişisel veri oldukları için başka bir suçla ilgili başlatılan soruşturma ve kovuşturmada kullanılabilmeleri mümkün değildir. Ancak CMK m. 79/2 uyarınca suçla ilgili yeni bir moleküler genetik inceleme yapılacakmış gibi hakim kararı alınması durumunda kullanılması söz konusu olabilecektir.⁷²⁸ İlgili hükmün komisyon gerekçesinde ise ancak ilgili kişinin şüpheli, sanık veya mağdur olduğu bir başka olay dolayısıyla açılan soruşturma ve kovuşturmada delil olarak kullanılmak üzere Cumhuriyet Savcısı, hakim veya

⁷²⁴ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 65.

⁷²⁵ Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği, Resmî Gazete Tarihi: 31.07.2004 Resmî Gazete Sayısı: 25539, <http://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 22.04.2019).

⁷²⁶ Güngör/Bakşı, **a.g.m.**, s. 70.

⁷²⁷ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 298.

⁷²⁸ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323. Bezer şekilde: Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 531.

mahkeme tarafından istenebileceği belirtilmiştir.⁷²⁹ Kanaatimizce moleküler genetik incelemeye konu verilerin kişisel veri olması dolayısıyla başka soruşturma ve kovuşturmada kullanılmasının mümkün olmaması gerekmektedir. Bu verilerin başka soruşturma ve kovuşturmalarda kullanılabilmesi ancak moleküler genetik inceleme için öngörülen gerekli koşulların sağlanması ile mümkün olabilmelidir.

DNA analizi sonucu ulaşılan hayli kişisel ve hassas olan bu verilerin korunması, sıkı güvenlik önlemlerinin alınmasını gerektirmektedir.⁷³⁰ Birçok ülkede sanığın beraat etmesi, şüpheliye yöneltilen şüphenin ortadan kalkması halinde soruşturma ve kovuşturma sonunda elde edilmiş olan materyaller ile sonuç veri girdilerinin yok edilmesi gerektiğine ilişkin hükümler kabul edilmiştir. Avrupa konseyinin DNA analizlerinin ceza yargılamasında kullanılmasına yönelik tavsiye kararı, davada kullanılan ve sonuca bağlanan örneklerin korunmaması yönündedir. Ancak makul sebeplerle depolama yapılabileceği öngörülmüştür.⁷³¹ Belirtilmelidir ki makul sebep ifadesi belirsiz bir ifadedir. Makul sebebin varlığına kim tarafından karar verileceği, makul sebebin ne olduğu ve hangi koşullarda makul sebebin varlığının kabul edileceği hususlarının içeriğinin doldurulması gereklidir.

C. Adli Amaçlı DNA Veri Bankaları

Zaman içerisinde, başka hiçbir ipucunun bulunmadığı olaylarda DNA tanımlama teknolojisi (*DNA Identification Technology*) ile cinsel suçlar gibi başlıca diğer suçlarda tekerrür oranlarının yüksek olması karşısında suçların hızlı bir şekilde aydınlatılabilmesi ve gelecekteki yargılamalarda kullanılabilmesi amacıyla DNA profili elde etme ve bunları DNA veri bankalarına kaydetme düşüncesi doğmuştur.⁷³² DNA veri bankaları (*DNA databanks*), DNA örneklerinin ve DNA analizleri ile elde edilen DNA verilerinin depolandığı veri havuzlarıdır.⁷³³ 1995 yılından beri, pek çok ülkede kriminal amaçlı araştırma ve soruşturmalarda geleneksel parmak izi ile benzer fonksiyonda ancak adli materyalin yeni bir türü olan DNA verileri toplanmakta ve

⁷²⁹ Ünver/Hakeri, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 88.

⁷³⁰ *DNA Technology in Forensic Science*, s. 2.

⁷³¹ Kızılarıslan, *a.g.e.*, s. 145.

⁷³² McEwen, *a.g.e.*, s. 10; Aygörmez Ugurlubay, *a.g.m.*, s. 34.

⁷³³ McEwen, *a.g.e.*, s. 6.

muhafaza altına alınmaktadır.⁷³⁴ Veri tabanındaki bilgiler kullanılarak olay yerinden elde edilen biyolojik materyalle kişiler arasında ilişki kurulabilmekte ve farklı suçlara karışan kişilerin belirlenmesi yapılabilmektedir.⁷³⁵ Belirtmek gereklidir ki bir suç mahallinde her ne kadar parmak izi bulunması ihtimali DNA içeren biyolojik örneklerin bulunmasından daha fazla ise de işlenmiş olan suçun niteliğine göre durum değişebilmekte, özellikle fiziksel mücadele içeren insan öldürme ve cinsel dokunulmazlığa karşı suçlarda, olay yerinde semen, kan, tırnak parçası, saç veya tükürük gibi vücut sıvıları veya DNA içeren diğer dokuların bulunması ihtimali artmaktadır.⁷³⁶ Adli DNA veri bankaları ile bağlantılı olaylar arasındaki ilişkinin tespit edilebilmesi, belirsizliklerin daha erken aşamalarda önlenmesi, şüpheli konumundaki birçok kişinin gereksiz yere mağdur olmadan aklanması sağlanabilmekte ve böylece suçların aydınlatılmasında daha çabuk ve etkili sonuçlar alınabilmektedir.⁷³⁷

DNA tanımlama teknolojisi ile DNA veri bankasının mevcudiyetinin varsayıldığı; böyle bir veri bankasının bulunmadığı durumlarda DNA'nın işlevinin yalnızca olay yeri ile şüpheli ve sanık arasında bağlantı kurma ile kişileri aklayabilme fonksiyonları ile kısıtlı kalacağı; bu sebeple DNA veri bankası kavramının aslında DNA tanımlama teknolojisinin çekirdeğinde yer aldığı söylenmiştir. Ancak DNA verisinin kişinin hastalığa yatkınlığını, ailesel ya da davranışsal karakteristik özelliklerini içermesi, edinilen bilginin yalnızca suç ile ilişkili kişiye değil onun biyolojik çevresine de ait olabilmesi DNA veri bankalarına yönelik çok sayıda yasal ve politik endişeleri de beraberinde getirmiştir.⁷³⁸ DNA, suç ve suçlulukla mücadelede güçlü bir araç olmakla birlikte adli DNA veri bankalarının topluma yönelik olan faydaları ile bireyler ve topluluklara yönelik risklerinin değerlendirilmesi gerekmektedir.⁷³⁹ Zira genetik özelliklerin açıklanması sonucu kişinin işe alımında zorluklarla karşılaşması, iş sözleşmesinin feshedilmesi, sigorta işlemlerini yapamaması yahut yüksek ücretler ödemesi gerekmesi, evlenmesinde engel teşkil etmesi gibi toplumdan tecrit edilmiş bir şekilde yaşama mahkum edilebileceği,⁷⁴⁰

⁷³⁴ McEwen, **a.g.e.**, s. 8; Büken, **a.g.m.**, s. 34.

⁷³⁵ Büken, **a.g.m.**, s. 35.

⁷³⁶ McEwen, **a.g.e.**, s. 9.

⁷³⁷ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 72.

⁷³⁸ McEwen, **a.g.e.**, s. 10-11; Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 645-646.

⁷³⁹ Palmour, **a.g.e.**, s. 70.

⁷⁴⁰ Memiş/Yıldırım, **a.g.m.**, s. 295; Büyükay, **a.g.m.**, s. 356.

insanları birbirinden farklı kılan DNA yapılarıyla oynamak suretiyle canlılığın çeşitliliğini engelleyici yahut azaltıcı girişimlerde bulunulabilecek Nazi Almanyası tarafından hedeflenen ari ırk, tek bir millet hatta bunun da ötesinde tek tip insanlardan oluşan bir toplumun meydana getirilmesine dahi neden olunabileceği,⁷⁴¹ bir ırk üzerinde gen özelliklerine göre üretilen bu maddeler üzerinde büyük sermaye sahipleri tarafından piyasa oluşturulabileceği, diğer ülke istihbarat teşkilatının tahrip ve başka amaçlı faaliyetlerini de kolaylaştırabileceği ve böylece ülkenin ulusal güvenliği açısından büyük tehdit oluşturabileceği gibi endişeleri içerisinde barındırmaktadır.⁷⁴²

Adli DNA veri bankalarının taşıdığı mahremiyet riskleri adli bilimcileri DNA profillerinin yalnızca “intron DNA (junk DNA)” kısmı ile sınırlı olarak çalışmaya yöneltmiştir. Intron DNA, DNA molekülünün yapısal proteinleri kodlamayan alanlarında bulunmaktadır. Bu nedenle yalnızca kimliğe ilişkin bilgileri içeren, kişinin hastalık veya davranışsal özelliklerine ilişkin herhangi bir bilgiyi içermeyen DNA kısmı üzerinde inceleme yapılmaktadır. Bilgisayar ortamına aktarılan DNA veri bankası ağındaki bilgiler yalnızca DNA profillerinin sayısallaştırılmış bir formunu (sayı dizisi) içermektedir. Dolayısıyla kişisel genetik bilgileri edinmek isteyen kişiler veya kurumlar açısından çok da ilgi çekici olmadıkları söylenmektedir. Bununla birlikte, DNA profillerinin yanı sıra profillerin türetildiği orijinal örneklerin veri bankalarında bulundurulması; veri bankalarında gizlilik riski oluşturabilecek nitelikte potansiyel bir tehlike arz etmektedir.⁷⁴³ İncelemeye konu olan materyalin saklanması, kötüye kullanılması riski nedeniyle hukuk düzeni tarafından kabul edilmemektedir. Ancak inceleme sonucu elde edilen sonucun saklanabileceği ve parmak izinden daha sağlıklı bir teşhis aracı olduğu söylenmektedir.⁷⁴⁴ Türkiye de dahil olmak üzere pek çok ülkede adli amaçlarla alınan materyallerin yalnızca alınma amacıyla uygun olarak kullanılmalarına izin verilmekte başka amaçlarla kullanılmaları yasaklanmaktadır.⁷⁴⁵ DNA verilerinin alınması, işlenmesi ve korunması konusunda çok sıkı koşulların konulması, oluşabilecek risk ve duyulan endişeler dolayısıyla gereklidir.⁷⁴⁶

⁷⁴¹ Zengin, **a.g.e.**, s. 94; Erten/Acır/Taşveren, **a.g.m.**, s. 574.

⁷⁴² Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 297.

⁷⁴³ McEwen, **a.g.e.**, s. 12; Elmas/Ersoy, **a.g.m.**, s. 113.

⁷⁴⁴ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 635.

⁷⁴⁵ Büken, **a.g.m.**, s. 36.

⁷⁴⁶ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 646.

1. Adli DNA Veri Bankaları Konusunda Uluslararası Düzenlemeler

DNA veri bankaları suç niteliğindeki olguların çözümlenmesinde büyük bir imkan tanımakla birlikte bu konudaki gizlilik, insan hakları ve özgürlükleri bağlamında; DNA veri bankasında kimin verilerinin saklanacağı, suçlara karışan kişilerden ise hangi tip ve ağırlıktaki suçlara karışan kişilerin verilerinin hangi koşullarda ve ne zamana kadar saklanacağı, biyolojik materyaller saklanacak ise hangi örneklerin daha sonra kullanılmak üzere tutulacağı tartışmaları sürüp gitmektedir. Adli DNA veri bankaları ile ilgili olarak Avrupa'nın çeşitli ülkelerinde ve Amerika'da farklı uygulamalar bulunmaktadır.⁷⁴⁷

Avrupa konseyi, DNA veri bankalarını desteklemekte ve elde edilmiş olan verilerin üye devletlerce dolaşımının sağlanması konusunda tavsiye kararlar vermektedir.⁷⁴⁸ 17 Eylül 1987 tarihli R (87) 15 sayılı Kişisel Verilerin Emniyet Birimleri Tarafından Kullanılmasına Yönelik Tavsiye Kararı'nda,⁷⁴⁹ Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi üye devletlere ilk olarak kişisel verilerin emniyet birimlerince kullanılmak üzere toplanılmasının ancak somut bir tehlike veya belli bir suçun cezalandırılmasıyla sınırlı olması gerektiği emniyet birimleri tarafından kullanılacak kişisel verilerin, kaydedildikleri amaçlar için gerekli olmamaları halinde silinmeleri için gerekli tedbirlerin alınması gerekliliği belirtilmiştir.⁷⁵⁰ 10 Şubat 1992 tarihinde kabul edilen R (92) 1 sayılı DNA analizlerinin Ceza yargılaması sisteminde kullanılmasına ilişkin Avrupa Konseyi tavsiye kararının⁷⁵¹ kapsam ve sınırların belirlendiği 2. maddesinde suçluların soruşturulması ve kovuşturulmasında şüphelinin veya başka bir kişinin tespit edilebilmesi amacıyla kişiden örnek alınması ve bu örneklerin DNA analizine tabi tutulması için uygulanabileceği belirlenmiştir. Tavsiye kararının örneklerin ve örneklerden çıkan sonuçların kullanılması başlıklı 3. maddesinde ise ceza soruşturma ve kovuşturması amacıyla; DNA analizi yapmak için

⁷⁴⁷ Büken, **a.g.m.**, s. 35.

⁷⁴⁸ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 647.

⁷⁴⁹ Council Of Europe Committee of Ministers Explanatory Memorandum to Recommendation No. R (87) 15 of the Committee of Ministers to member states regulating the use of personal data in the police sector, 17 September 1987, <https://rm.coe.int/168062dfd4>, (Erişim Tarihi: 23.04.2019).

⁷⁵⁰ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 647.

⁷⁵¹ On The Use of Analysis of Deoxyribonucleic Acid (DNA) Within The Framework of The Criminal Justice System, Recommendation No. R (92) 1, <https://rm.coe.int/09000016804e54f7>, (Erişim Tarihi: 07.04.2019).

alınan örnekler ile bu örneklerin DNA analiz sonuçlarının başka amaçla kullanılmaması gerektiği ifade edilmiştir. DNA analizi için alınan örneklerin ilgili davada artık ihtiyaç duyulmaması halinde imha edilmesi gerektiği, DNA analizi ve elde edilen verilerin hangi hallerde ne kadar süre ile saklanabileceğinin ulusal mevzuatta kesin süreler ile belirlenmesi gerektiği ise örnek ve veri depolanması başlıklı 8. maddesinde tavsiye edilmiştir.⁷⁵²

Avrupa Birliği, sınır aşan suçların artması, terörizm ve benzeri suçların aydınlatılmasının sıkı iş birliği gerektirmesi dolayısıyla ‘prosedürel’ (laboratuvarların akreditasyonunun sağlanması gibi) ve ‘teknik’ (analiz için kullanılacak materyal, sistem ve istatistiki değerlendirmelerin ortaklaştırılması gibi) olmak üzere iki tip standardizasyon gerektirdiğini bildirmekte ve bu standartlar tartışılmaya ve geliştirilmeye devam etmektedir.⁷⁵³

27 Mayıs 2005 tarihinde Almanya’nın Prüm kentinde imzalanan Prüm Anlaşması (Prüm Convention), terörizm, sınır ötesi suçlar ve yasa dışı göç ile daha etkin bir şekilde mücadele etmek için AB ülkeleri arasındaki sınır ötesi iş birliğini geliştirmek amacıyla Belçika, Almanya, İspanya, Fransa, Lüksemburg, Hollanda ve Avusturya tarafından imzalanmıştır.⁷⁵⁴ Sözleşme taraf olan AB üyesi devletlere Ulusal DNA veri bankaları kurma ve verilere otomatik erişim sağlama yükümlülüğü getirmektedir.⁷⁵⁵ 26.08.2008 tarihinde “2008/616/JHA of 23 June 2008” sayı ve tarihli “Özellikle Terörizmle, Sınır Aşan Suçlarla Mücadele Amacıyla Sınır Ötesi İş Birliğinin Arttırılması Konulu Konsey Kararı” Avrupa Birliği kapsamında yürürlüğe girmiştir.⁷⁵⁶ Bu Sözleşme ile AB üyesi 27 ülkeye DNA veri bankası kurulması ve profillerin otomatik taranması yöntemiyle tüm üye devletler arasında veri eşleşmesi ve aktarımı sağlanması yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece DNA veri bankası kurulması uluslararası bir boyuta ulaşmıştır.⁷⁵⁷

⁷⁵² <https://rm.coe.int/09000016804e54f7>, (Erişim Tarihi: 07.04.2019).

⁷⁵³ Büken, **a.g.m.**, s. 39-40.

⁷⁵⁴ <https://ec.europa.eu/anti-fraud/sites/antifraud/files/docs/body/prumtr.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁷⁵⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=LEGISSUM%3Ajl0005>, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁷⁵⁶ COUNCIL DECISION 2008/615/JHA of 23 June 2008, on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism and cross-border crime, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32008D0615>, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁷⁵⁷ Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 73.

INTERPOL, ülkelerin DNA veri bankaları kurmalarını teşvik etmektedir. Prüm Anlaşması ile başlayan süreçte INTERPOL Gateway adlı proje ile DNA veri bankalarında taramaların tek merkezden yapılarak uluslararası suçların aydınlatılması yönünde adımlar atılmıştır.⁷⁵⁸ 2002 yılında kurulan INTERPOL'ün DNA veri tabanında şu anda 84 üye ülkenin katkılarıyla 180.000'den fazla DNA profili bulunmaktadır.⁷⁵⁹

Günümüzde ceza adalet sisteminde DNA kanıtlarının kullanımı artmaktadır. Bununla birlikte pek çok ülkenin kendi ulusal veri tabanları bulunmaktadır.⁷⁶⁰ Avrupa ülkelerinde DNA veri bankası, İngiltere'de 1995 yılında; Kuzey İrlanda ve İskoçya'da 1996 yılında; Hollanda ve Avusturya'da 1997 yılında; Almanya ve Slovenya'da 1998 yılında; Finlandiya ve Norveç'te 1999 yılında; Danimarka, İsveç, Hırvatistan ve Bulgaristan'da 2000 yılında; Fransa ve Çek Cumhuriyeti'nde 2001 yılında; Belçika, Estonya, Litvanya ve Slovakya'da 2002 yılında; Macaristan ve Letonya'da 2003 yılında;⁷⁶¹ İtalya'da ise 2009 yılında⁷⁶² kurulmuştur. Avrupa ülkelerinde DNA veri tabanları ceza soruşturması amacıyla kullanılmakta olup; bunlardan yalnızca Belçika, Lüksemburg ve Hollanda'da ilgili kanunlarda DNA analiz ve karşılaştırmasının spesifik olarak doğrudan veya dolaylı olarak suça karışmış kişilerin belirlenmesi amacıyla yapılacağı belirtilmiştir.⁷⁶³

Birleşik Krallık, DNA veri bankasından adli amaçlı olarak ilk ve en fazla yararlanan ülkedir.⁷⁶⁴ Birleşik Krallık Ulusal DNA Veri Tabanı (*UK National DNA Database (NDNAD)*), 1995 yılında faaliyete geçmiştir.⁷⁶⁵ Kuzey İrlanda ve İskoçya'da

⁷⁵⁸ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 647.

⁷⁵⁹ International Criminal Police Organization, <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁶⁰ Rahime Erbaş, "The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases", **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology**, C. 5, S. 2, 2017, 163-178, s. 165.

⁷⁶¹ Peter D. Martin, National DNA Databases – Practice and Practicability A Forum for Discussion, **International Congress Series**, Vol. 1261, 2004, 1–8, s. 3.

⁷⁶² V. Marchese/N. Cerri/L. Caenazzo, "Italian National Forensic DNA Database in an European Perspective", **Forensic Science International: Genetics Supplement Series**, Vol. 4, Issue 1, 2013, 246-247, s. 246.

⁷⁶³ Filipe Santos/Helena Machado/Susana Silva, "Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?", **Life Sciences, Society and Policy**, Vol. 9, Dec. 2013, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁶⁴ Büken, **a.g.m.**, s. 35.

⁷⁶⁵ Helen Wallace, "The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy", **EMBO Reports**, July 2006, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019); Leyla Keser Berber/Murat Lostar, **Bilişimde Biyometrik Yöntemler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006, s. 79.

da ayrı bir DNA veri bankası bulunmakla birlikte buradaki DNA profilleri NDNAD'ye aktarılmaktadır. Başlangıçta yalnızca şiddet içeren suçlar ile cinsel suçlar ve hırsızlık suçuna ilişkin DNA profil kaydı içeren banka sonrasında neredeyse tüm suçlara ilişkin elde edilen verileri kaydetmeye başlamıştır.⁷⁶⁶ Ceza yargılamasına NDNAD'nin katkıları bulunmakla birlikte DNA profillerinin ve DNA örneklerinin kalıcı olarak depolanması “genetik mahremiyete” (genetic privacy) yönelik endişeler doğurmaktadır. DNA profilleri kısa ardışık tekrar olarak bilinen DNA'nın spesifik alanlarına dayanan bir sayı dizisi olmakla birlikte; DNA örnekleri, ek gizlilik kaygıları uyandıran çok daha fazla genetik bilgi içermektedir. DNA profilleri, DNA veri tabanlarında muhafaza edilmesine karşın DNA örnekleri onu elde eden polisin mülkü sayılmakta ve DNA'yı analiz eden şirketlerde yıllık ücret karşılığında kalıcı olarak saklanmaktadır.⁷⁶⁷ Ulusal DNA Veri Tabanı Strateji Kurulu 2017/2018 Yıllık Raporu (The National DNA Database Strategy Board Annual Report of 2017/2018) verilerine göre Nisan 2001-Mart 2018 yılları arasında NDNAD çözilememiş suçlarda, kişi ile suç mahalli arasında 675.395 eşleşme sağlamıştır.⁷⁶⁸ 31 Mart 2018 tarihi itibarıyla NDNAD'de 6.196.278 kişilerden elde edilen DNA profil kaydı; 590.404 olay yerinden elde edilen DNA profil kaydı bulunmaktadır. 2017/18 yıllarında NDNAD'ye 40.078 yeni olay yeri profili kaydıyla birlikte 259.099 yeni kişi profil kaydı yüklenmiştir. Buna karşın 130.520 kişinin profil kaydı ile olay yerinden elde edilen 4.983 kayıt silinmiştir.⁷⁶⁹

Eylül 1994'te imzalanan DNA Kimlik Kanunu (DNA Identification Act), ulusal bir DNA tanımlama indeksi oluşturması için FBI yöneticisine yetki vermiş ve 1990 yılında pilot proje olarak oluşturulmuş olan CODIS (Combined DNA Identification System), 1995 yılında ulusal düzeyde kullanılmaya başlanmıştır. CODIS farklı eyaletlerdeki DNA veri bankaları ile bilgi alışverişinde bulunulmasına olanak sağlamak ve böylece şüphelilerin tanımlanması ve çözilemeyen vakıaların

⁷⁶⁶ Wallace, **a.g.m.**, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁶⁷ Wallace, **a.g.m.**, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁶⁸ National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18, The National Police Chiefs' Council/Home Office/ National DNA Database, February 2019, s. 7, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/778065/National_DNA_Database_anual_report_2017-18_print.pdf, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁶⁹ National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18, s. 10.

çözümlemesini sağlamaktadır.⁷⁷⁰ CODIS veri bankası ağının (CODIS databanking network) temel amacı, anonim DNA örneklerinin veri bankasında bulunan daha önceden mahkum edilmiş kişilerden alınan örnekler ile karşılaştırılarak şiddet içerikli suçlarda (özellikle cinsel suçlarda) failin kimliğinin tespit edilmesine yardımcı olmak olarak ifade edilmiştir. İkincil bir işlev olarak kayıp kişileri bulmak ve kimliği bilinmeyen insan kalıntılarını tespit etmek olarak belirtilmiş olsa da bu işlevin az sayıda dava ile sınırlı kalacağı belirtilmiştir. Ayrıca öncelikle kayıp kişinin akrabalarından gönüllü şekilde alınan DNA örneklerinden elde edilen profillerin bankaya verilmesini gerektirdiği için de işlevinin temel hak ve özgürlükler açısından tartışmalı olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷¹ CODIS'in ulusal düzeyde bir parçası olan NDIS (National DNA Index System) Ekim 1998'de uygulamaya konulmuştur. NDIS'e 50 eyaletin tamamı, DC (District of Columbia), federal hükümet, ABD ordusu Ceza Soruşturma Laboratuvarı ve Porto Riko dahildir.⁷⁷²

Amerika'da ölüm cezasına çarptırılmış pek çok kişinin DNA kanıtları ile aklandığı ifade edilmektedir. The National Registry of Exoneration, 9 Nisan 2019 tarihli 'Exoneration 2018' raporunda 2018 yılında DNA identifikasyon kanıtlarının suçlu olduğu düşünülen kişilerin bir yıl içerisindeki tüm aklanmaların (exoneration) yaklaşık %15'ini oluşturduğu; 2018 yılına kadar gerçekleşen tüm aklanmaların ise yaklaşık %20'sini oluşturduğu belirtilmektedir.⁷⁷³

Adli DNA incelemelerinden en çok yararlanan iki ülke olan Birleşik Krallık ile Amerika arasında DNA analizi yapmak bakımından önemli farklılıkların bulunduğu belirtilmiştir. Birleşik Krallık'ta DNA 3 günde analiz edilirken, Amerika Birleşik Devletleri analizleri 3 gün ile birkaç ay arasında değişmekte olduğu belirtilmiştir. Keza DNA profillerinin veri tabanına yüklenmesinde de İngiltere ve ABD arasında büyük farklılıklar bulunduğu ifade edilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri'nde DNA'nın

⁷⁷⁰ Jean E. McEwen, "Forensic DNA Data Banking by State Crime Laboratories", **American Journal of Human Genetics**, C. 56 S. 6, June 1995, 1487-1492, s. 1487; Jason Silverstein, "The Dark Side of DNA Evidence: Collecting DNA upon arrest can identify the guilty and exonerate the innocent. But it also amounts to an expanding racial dragnet", **The Nation**, 15 April 2013 Issue, <https://www.thenation.com/article/dark-side-dna-evidence/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

⁷⁷¹ McEwen, **a.g.e.**, s. 42.

⁷⁷² <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁷³ The National Registry of Exoneration, Exonerations in 2018, 09 April 2019, <https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations%20in%202018.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

yüklenmesi İngiltere’dekinden daha ayrıntılı bir şekilde kontrol edilmektedir. Amerika Birleşik Devletleri’nin CODIS’e profil yüklemesinde gecikmeler olabilirken; İngiltere, DNA profillerini doğrudan NDNAD’a yükleyebilen özel laboratuvarlar bulunmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri’nde ise özel laboratuvarların DNA’yı CODIS’e yüklemesine izin verilmemektedir. DNA veri tabanını araştırmak İngiltere’de otomatik uygulama iken Amerika’da değildir.⁷⁷⁴

Almanya’da 17.04.1998 tarihinde Federal Suçlar Bürosu (Bundeskriminalamt) kapsamında merkezi DNA analizi verileri bankası kurulmuş; 07.09.1998 tarihinde ise DNA Kimlik Tespiti Kanunu Resmi Gazetede yayımlanmış ve bu kanun ile sonraki ceza yargılamalarında kimliğin tespiti amacıyla kullanılmak üzere vücuttan örnek alınması ve alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması ve DNA profillerinin Federal Suçlar Bürosundaki veri bankasında muhafaza edilmesi öngörülmüştür. Bu Kanunun 1. maddesine dayanılarak Alman Ceza Muhakemesi Kanununa “DNA kimlik tespiti” başlıklı 81g hükmü eklenmiştir. 2005 yılında ise “Adli DNA Analizleri Hükümlerinin Yenilenmesi Kanunu” çıkarılmış ve 81g ile 81f hükümlerinde değişiklikler yapılmıştır. Kitlesel adli moleküler genetik incelemeleri (Molekulargenetische Reihenuntersuchung) konu alan “DNA-Kitlesel İnceleme (DNA-Reihenuntersuchung)” başlıklı 81h düzenlenmiş ve DNA Kimlik Tespiti Kanunu içerisindeki hükümler Alman CMK m. 81g IV ve V içerisine aktararak, DNA Kimlik Tespiti Kanunu yürürlükten kaldırılmıştır.⁷⁷⁵ Almanya’da 17 Nisan 1998 tarihinden bu yana DNA analiz verileri (DNA Analyse-Datei) Federal Suç Soruşturma Bürosu tarafından kaydedilmektedir. 2019 yılının ilk çeyreğinin sonu itibarıyla (31.03.2019) Federal Suçlar Bürosu (Bundeskriminalamt) kayıtlarında güncel olarak yaklaşık 1.207.907 adet DNA analiz verisi bulunmaktadır. 865.923 adeti kişilerden elde edilen veriler, 341.984 adeti olay yerinden elde edilen verilerdir. Her ay yaklaşık 8.000 adet yeni kayıt yapılmaktadır. Mevzuat gereğince 1998 yılından bu yana 676.000 adet veri ise silinmiştir.⁷⁷⁶ 1998 yılından 31.03.2019 tarihine kadar toplam 290.181 eşleşme sağlanmış olup; 61.960 vakada bağlantı bulunmuş dolayısıyla farklı yerlerde bulunan olay yerinden aynı kaynağa ait DNA profili elde edilmiştir. 228.221 vakada bir kişiye ait DNA profili karşılaştırılan örnek ile eşleşerek suçların

⁷⁷⁴ Hall, **a.g.e.**, s. 42.

⁷⁷⁵ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 34-35.

⁷⁷⁶ DNA-Treffer

Statistik,

31.03.2019,

https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

aydınlatılmasında önemli bir katkı sağlanmıştır.⁷⁷⁷ DNA profilleri kullanılarak 2.505 adet hayata karşı suç (Straftaten gegen das Leben), 3.949 adet cinsel dokunulmazlığa karşı suç (Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung), 4.068 adet vücut bütünlüğüne karşı suç (Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit) aydınlatılmıştır.⁷⁷⁸ Doktrinde DNA profillerinin kaydedilmesi sonucu elde edilen bu neticelerin DNA profillerini veri bankalarında kaydetmeyen Türkiye'nin hem ulusal hem de uluslararası suçların bilimsel veriler ile aydınlatılmasında çağın gerisinde kalmasına neden olduğu ve elde edilen DNA profillerinin yok edilmesinin bir kaynak israfı olduğu ifade edilmiştir.⁷⁷⁹

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81g hükmünde; şüpheli ve sanığın ağır bir suçtan veya cinsel dokunulmazlığa yönelik işlemiş olduğu bir suçtan dolayı ilerideki ceza yargılamalarında kullanılabilmesi amacıyla biyolojik materyal alınarak, bu örneklerden DNA profilinin ve cinsiyetinin tespit edilebilmesi amacıyla moleküler genetik incelemelere tabi tutulabileceği kabul edilmiştir. Bunun için işlenen fiilin türü, işleniş tarzı, şüpheli ve sanığın kişilik özellikleri veya diğer verilerin failin gelecekte ağır bir suçtan dolayı bir ceza yargılamasının vuku bulabileceğine işaret etmesi koşullarının da gerçekleşmesi aranmaktadır. Hükümde ayrıca sair suçların tekrar işlenmesinin önemli bir suçun haksızlık içeriğine eşdeğer sayılabileceği de belirtilmiştir. Alınan vücut materyallerinin moleküler genetik incelemeler için kullanılmasına gerek kalmadığı durumda geciktirilmeksizin imha edileceği düzenlenmiştir. Ayrıca yapılan moleküler genetik incelemede DNA profilinin çıkarılması ve cinsiyet tespiti dışında başka herhangi bir tespit yapılamayacağı, bu yöndeki incelemelerin yasak olduğu ifade edilmiştir. Gelecekteki ceza yargılamalarında kullanılmak üzere DNA tespitinin şüphelinin yazılı rızası ile yapılabileceği ancak kişinin yazılı rızası olmaksızın vücudundan örnek alınmasının sadece mahkeme tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise avcılık ve savcılığın soruşturma görevlilerinin karar verebileceği öngörülmüştür. Ancak şüpheli veya sanığın rızası olmaksızın alınan örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasına yalnızca mahkemece karar verilebileceği ifade edilmiştir. Yazılı rıza gösteren kişinin ise elde edilen verilerin ne şekilde kullanılacağı konusunda

⁷⁷⁷ https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁷⁷⁸ Tüm liste için bkz: https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁷⁷⁹ Aygörmez Ugurlubay, **a.g.m.**, s. 71.

aydınlatılacağı yasada belirtilmiştir. Mahkemenin karar vereceği durumlarda gerekçeli bir şekilde yazılı olarak her somut olayın şartlarına göre; suçun önemli bir suç olup olmadığını değerlendirmek için belirleyici olguların, gelecekte şüpheli ve sanık hakkında ceza yargılaması yapılabileceğini kabul etmeyi gerektiren bulguların ve her olayda belirleyici öneme sahip her bir durumun değerlendirilerek karar verileceği kabul edilmiştir. 81g hükmünün 5. fıkrasında hem gelecekteki ceza yargılamaları için elde edilen profillerin hem de 81e hükmünün 1. ve 2. fıkraları uyarınca elde edilen profillerin Federal Suçlar Bürosuna kaydedileceği ve Federal Suçlar Bürosu Kanunu kapsamında kullanılabileceği öngörülmüştür. Ayrıca ceza yargılamasının, tehlikenin önlenmesi ve uluslararası adli yardımlaşma kapsamında aktarılabileceği belirtilmiştir.⁷⁸⁰ Alman Ceza Muhakemesi Kanununun 81h hükmü uyarınca yapılan kitlesel DNA analizleri ile tespit edilen DNA profilinin ileride yapılacak ceza yargılamalarında kullanılmak amacıyla Federal Suçlar Bürosundaki DNA veri bankalarına kaydedilmeyeceği öngörülmüştür.⁷⁸¹

Alman CMK'sının 81g hükmüne denk gelebilecek bir düzenleme Avusturya'da Güvenlik Güçleri Kanununun 67. maddesinde "DNA incelemesi" başlığı altında öngörülmüştür. Bu hükmün CMK yerine kolluğun görev ve yetkilerini düzenleyen bir kanun ile düzenlenmiş olması; kanun koyucunun ilerideki ceza yargılamalarında kullanılmak üzere DNA analizi yapılarak profillerin kaydedilmesini ve verilerin yeniden kullanılmasını kolluğun görev alanına giren "*kimlik bilgilerinin tespiti amaçlı bir işlem*" olarak ele aldığını göstermektedir. İlgili hüküm uyarınca DNA analizi yapılarak kişinin kimliğinin tespit edilebilmesi kişinin cinsel dokunulmazlığa yönelik bir suçu veya en az 1 yıl hürriyeti bağlayıcı ceza öngören kasten işlenmiş bir suç olduğu yönünde bir şüphenin bulunması gerektiği aranmaktadır. Bu şüpheyek olarak fiilin türü, işleniş şekli ve ilgilinin kişiliği nedeniyle ileride tehlikeli saldırılarda bulunabileceği ve arkasında DNA profili aracılığıyla tanınabilmesini sağlayacak bir iz bırakabileceğine kanaat getirilmelidir. Ayrıca aynı yasanın, DNA verilerinin değerlendirilmesi için gerekli olması durumunda, kolluğun belirli tehlikeli suçları aydınlatmak amacıyla saldırıda bulunmuş olma şüphesi altında olmamakla birlikte olay yerinde iz bırakmış olma ihtimali bulunan insanları kimlik bilgilerini tespit amaçlı işlemlere tabi tutmaya yetkili olduğunu öngören 65/2 hükmünün kimlik bilgilerinin

⁷⁸⁰ Yenisey/Oktar, **a.g.e.**, s. 66-69; Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 66-67.

⁷⁸¹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 68.

tespiti amaçlı işlemlerde bulunulabileceği belirtilmiştir. Ek olarak 65a (intihar girişiminde bulunduğu ya da şiddet içeren bir fiilin mağduru olduğu ya da bir kazanın kurbanı olduğu düşünülen insanları) ve 66 (kimliği belli olmayan cesetler ile cesedin ölmeden önce tehlikeli bir saldırıya ait izlerin mevcut olduğuna ihtimal verilmesi durumunda) hükümlerinin de kolluğun kimlik tespiti amaçlı işlemleri yapmaya yetkili olduğu öngörülmüştür. 67. maddenin 2. fıkrasında elde edilen verilerin yalnızca kimlik bilgileri elde etmek amacıyla kullanılabileceği kolluğun verileri silmeye ilişkin yükümlülüğünün doğması durumunda tüm materyallerin yok edileceği hüküm altına alınmıştır.⁷⁸²

İsviçre’de İsviçre Ceza Muhakemesi Kanunun kitlesel inceleme başlıklı 256. maddesinde bir suçun aydınlatılması amacıyla savcılığın istemi üzerine mahkemenin suçun işlenmesi ile alakalı tespit edilmiş belirli unsurları bünyesinde barındıran kişilerden örnek alınması ve bu örneklerden DNA profili çıkarılmasına karar verebileceği öngörülmüştür. “Hükümlülerden” başlıklı 257. maddesi uyarınca ise; kasten işlenebilen bir suçtan dolayı, bir yıldan fazla özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm edilenler; kasten işlenebilen, hayata, vücut bütünlüğü veya cinsel dokunulmazlığa karşı suçlardan birine mahkûm olanlar; tedavi ve genel güvenliği koruma amaçlı hakkında güvelik tedbiri kararı bulunanların mahkemenin vereceği nihai hükümde bu kişilerden örnek alınmasına ve DNA profillerinin çıkarılmasına karar verilebileceği öngörülmüştür.⁷⁸³

DNA kanıtlarının ceza yargılamasında kullanımının yaygınlaşması üzerine bazı gelişmiş ülkeler DNA veri tabanlarını genişletmeye yönelik adımlar atmıştır.⁷⁸⁴ 2012 yılında New York’taki mevcut DNA veri bankalarının genişletilmesi hakkında Senato çoğunluk lideri, DNA’nın 21. yüzyılın parmak izi olduğunu ve suçluları yakalamak ve kovuşturmak için en güçlü yasa uygulama aracı olduğunu ifade etmiştir.⁷⁸⁵ Başlangıçta NDNAD’ye benzer şekilde, CODIS’te de tecavüz ve insan öldürme suçlarından mahkum edilen kişilerden elde edilen DNA profillerinin

⁷⁸² Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 68-69.

⁷⁸³ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 69-70.

⁷⁸⁴ Erbaş, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, s. 165.

⁷⁸⁵ The New York State Senate, Statement by Senate Majority Leader Dean Skelos on Expansion of DNA Databank, 14 March 2012, Issue: Crime, <https://www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/statement-senate-majority-leader-dean-skelos-expansion-dna-databank>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

muhafaza edilmesi ile sınırlı iken; DNA veri tabanının şiddet içerikli suçları çözmekteki başarısı karşısında gerekli yasal düzenlemeler yapılarak DNA veri tabanının alanı genişletilmiştir.⁷⁸⁶ Avusturya, Danimarka, Estonya Finlandiya, Letonya, Litvanya, İskoçya, Slovakya ve Birleşik Krallık (İngiltere ve Galler) DNA profillerinin veri tabanlarına eklenmesi ve çıkarılmasında geniş etkiyi (*expansive effect*) benimserken; Belçika, Fransa, Almanya, Macaristan, İrlanda, İtalya, Lüksemburg, Hollanda, Polonya, Portekiz, Romanya, İspanya ve İsveç kısıtlayıcı etkiyi (*restrictive effect*) benimsemiştir.⁷⁸⁷

Amerika’da da Birleşik Krallık’ta olduğu gibi bir suçtan hüküm giyen kişilerin DNA profilleri yok edilmemektedir. DNA örneği tutuklu veya hükümlüden alınabilmektedir.⁷⁸⁸ Hemen hemen tüm Avrupa ülkelerinde de yalnızca hükümlüden elde edilen DNA profili değil şüpheliden elde edilen profil kayıtları da tutulmaktadır. Birçok ülkede yargılamanın mahkumiyet hükmü ile sonuçlanmaması halinde bu veriler ulusal veri tabanından çıkarılmaktadır. DNA profilleri ulusal veri tabanına dahil edildikten; Belçika’da 30, Polonya’da 35, Macaristan’da 20, Fransa’da 40 yıl sonra kayıtlar çıkarılmaktadır. İtalya’da kayıtlar 20 yıl sonra silinmektedir ve hiçbir kayıt 40 yıldan uzun süre saklanamamaktadır. Lüksemburg’da hükümlü kişinin ölümü ile; Almanya’da yetişkinlerde 10, gençlerde 5, çocuklarda 2 yıl sonra kayıtlar silinmektedir. Macaristan, İtalya, İrlanda, Lüksemburg, Hollanda, Polonya ve İsveç gibi ülkelerde beraat kararı ile DNA profillerini çıkarmaktadır. Estonya’da şüpheli veya sanığın DNA profilleri ölümünün ardından 10 yıl sonra; Letonya’da hükümlü kişilerin profilleri kaydedildikten 75 yıl sonra, şüpheliye ait profil ise beraat kararından 10 yıl sonra; Litvanya’da ise şüpheli ve hükümlüye ait profiller veri tabanına girilmesinin ardından 100 yıl, ölümünden 10 yıl sonra sistemden çıkarılmaktadır.⁷⁸⁹

2009 yılında Amerika’da Alonzo Jay King, Jr. isimli bir şahıs 1. ve 2. derece saldırı suçlarından (first and second degree assault) tutuklanmıştır. Tutulu olduğu

⁷⁸⁶ Mark A. Rothstein/Meghan K. Talbott, “The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Vol. 34, Issue. 2, June 1, 2006, 153-164, p. 153.

⁷⁸⁷ Santos/Machado/Silva, **a.g.m.**, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁸⁸ <https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁷⁸⁹ Santos/Machado/Silva, **a.g.m.**, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

sırada, hüküm verilmeden önce, Maryland DNA Toplama Yasası (*the Maryland DNA Collection Act*) uyarınca King'ten DNA örneği alınmış ve Maryland DNA veri tabanına kaydedilmiştir. Dört ay sonra King'in DNA'sı 2003 yılındaki çözilememiş bir tecavüz vakasındaki DNA örneği ile eşleşmiş ve King tecavüz suçu ile suçlanmıştır. King bu eşleştirmenin ABD Anayasasının Dördüncü Düzenlemesini (*Fourth Amendment*) ihlal ettiğini savunsa da Federal Temyiz Mahkemesi Hakimi (*Circuit Court Judge*) tarafından Anayasaya uygun bulunmuş ve King tecavüz suçundan mahkum edilmiştir. Maryland Temyiz Mahkemesi ise mahkumiyet hükmünü iptal etmiş ve Maryland DNA Toplama Yasasının ilgili kısımlarını Anayasaya aykırı bulmuştur.⁷⁹⁰ ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*), tutukluların DNA tanımlamasının rutin bir prosedürün bir parçası olarak düşünülebilecek Dördüncü Değişiklik altında makul bir araştırma olduğunu belirterek Maryland Temyiz Mahkemesinin hükmünü bozmuştur.⁷⁹¹ Hakim Antonin Scalia ise “herhangi bir nedenden dolayı tutuklanırsanız, doğru veya yanlış bir şekilde, DNA'nız alınabilir ve ulusal bir veri tabanına girebilir...Belki de böyle bir genetik panoptikonun yapımı akıllıcadır.” şeklinde olay ile ilgili görüşlerini ifade etmiştir.⁷⁹²

DNA'nın ceza yargılamalarında kullanılması DNA'nın suçluyu tespit etme, masum olan kişiyi ise aklama işlevinin bulunduğu geniş kitlelerce de kabul edilmektedir. Ancak DNA veri tabanlarının oluşturulması özellikle gizlilik konusunda birtakım endişeleri de ortaya çıkarmaktadır. Maryland v. King davasında Suprame Court'a verilen dilekçede King ve muhalif gruplar, DNA'nın parmak izi kadar masum olmadığı kişisel, tıbbi ve atalara ilişkin bilgilerin taşıyıcısı olduğunu; DNA'nın suçları devletin iddia ettiğinden daha az çözdiğünü, 2011 yılında Maryland'da 10.666 DNA örneği toplandığını ancak sadece 19 kişinin tutuklandığını ifade etmişlerdir.⁷⁹³ Gizlilik kaygılarının ötesinde, tutuklama sırasında DNA örneğinin alınması; beyaz olmayan insanların beyaz insanlara göre daha fazla durduruldukları, arandıkları ve tutuklandıkları göz önünde bulundurulduğunda orantısız bir şekilde bu genetik ağın yükünü taşıyacaklardır. Ayrıca DNA örnekleri aile ilişkileri kurmak için

⁷⁹⁰ Maryland v. King, (425 Md. 550, 42 A. 3d 549, reversed), Decided: 03.06.2013, <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/12-207>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

⁷⁹¹ Maryland v. King, Supreme Court of the United States, p. 28.

⁷⁹² Maryland v. King, SCALIA, J., dissenting, s. 17-18, <https://www.law.cornell.edu/supct/pdf/12-207.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

⁷⁹³ Silverstein, **a.g.m.**, <https://www.thenation.com/article/dark-side-dna-evidence/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

kullanılabildiğinden tüm toplulukların gözetimini genişletme potansiyeli taşımaktadır.⁷⁹⁴

2. Ülkemizdeki Durum

Ceza Muhakemesi Kanunumuz ve ilgili Yönetmelik incelendiğinde DNA veri tabanının oluşturulması için yasal bir zeminin bulunmadığı aksine verilerin derhal yok edileceğinden bahisle böyle bir veri tabanının kurulmasını engelleyici bir düzenlemenin mevcut olduğu açıktır.⁷⁹⁵

Doktrinde pek çok yazar gerekli kanuni düzenlemelerin yapılarak bir DNA veri bankasının kurulması gerektiğini ifade etmektedir. Kızılarşan, ülkemizde halihazırda bir DNA bankası bulunmadığını pek çok laboratuvarında kriminal amaçlı moleküler genetik inceleme yapılabildiğini ancak kullanılan yöntemlere ilişkin herhangi bir standardizasyonun olmadığını vurgulayarak her kriminal laboratuvarın kendi tercih ettiği yöntemler ile çalıştığı ve elde edilen bilgilerin merkezi bir sisteme kaydedilmediği gerekçesiyle ülke içinde bilgi paylaşımının yapılamadığını ve bu sebeple birçok davanın da aydınlatılamadığını; kısa bir süre içerisinde DNA veri bankasının kurularak bu bankanın uluslararası entegrasyonunun sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.⁷⁹⁶ Ünver/Hakeri, DNA analizi için vücuttan alınan materyalin alınma nedeni olan soruşturma ve kovuşturma dışında, bununla bağlantılı bir diğer yargılamada da kullanılabilmesinin mümkün olduğunu ancak CMK’da buna ilişkin bir yasal düzenlemenin olmadığını; halbuki gerekli güvenlik önlemlerine ilişkin kanuni düzenlemeleri yapmak koşuluyla bu tür bir düzenlemeye ve bunu destekleyen bir “veri bankası” kurulmasına ihtiyaç bulunduğunu belirtmiştir.⁷⁹⁷ Yenisey/Nuhoğlu ise suçla daha etkin mücadele edebilmek için diğer ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de DNA veri tabanı oluşturulmasının yerinde olacağını ancak konunun hassasiyeti, kötüye kullanılmalarının önüne geçebilmesi adına önleyici düzenlemelerin de oluşturulmasının gerekli olduğunu ifade etmiştir. Zira AİHM’nin ceza yargılamasında modern bilimsel tekniklerin her ne pahasına olursa olsun, tekniğin kullanılmasındaki

⁷⁹⁴ Silverstein, **a.g.m.**, <https://www.thenation.com/article/dark-side-dna-evidence/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

⁷⁹⁵ Elmas/Ersoy, **a.g.m.**, s. 113.

⁷⁹⁶ Kızılarşan, **a.g.e.**, s. 144.

⁷⁹⁷ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 298.

fayda ile özel hayatın gizliliği arasında denge kurulmaksızın kullanılmasını AİHS'nin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirdiğini belirtmiştir.⁷⁹⁸ Elmas/Ersoy, cinsel saldırı, cinsel istismar, insan öldürme gibi mağduru ve toplumu yakından ve doğrudan etkileyen suçlarda fail ya da faillerin geride bıraktıkları biyolojik kalınlardan kimliklerinin tespit edilebilmesi için karşılaştırma yapmaya yarayacak bir DNA veri tabanına gereksinim duyulduğunu; bu veri tabanı sayesinde birbiri ile bağlantılı pek çok olay arasındaki ilişkinin daha erken aşamalarda çözülebileceğini ve maddi gerçeğe daha çabuk ulaşılabilceğini; ayrıca DNA profilinin belirlenmesinin şüpheli konumundaki pek çok kişinin aklanmasını sağlayacağını ve gereksiz yere mağdur edilmelerinin de önleneceğini ifade etmiştir. Keza DNA veri bankası ile ölen ancak kimliği belirlenememiş kişilerin de kimliklerinin belirlenmesinin mümkün olabileceği, özellikle deprem, tsunami gibi doğal felaketler sonucu gelişen toplu ölümlerde ulusal ve uluslararası DNA veri tabanının çok önemli katkılar sağlayabileceği belirtilmiştir.⁷⁹⁹ Benzer şekilde Özbek de verilerin saklanması ile ilişkin olarak herhangi bir hükmün bulunmamasını büyük bir eksiklik olarak nitelendirmektedir. Moleküler genetik inceleme yönteminin daha etkin ve hızlı bir şekilde kullanılabilmesi için böyle bir bankanın bulunmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Bir adli DNA veri bankası oluşturulabilmesi ve buradaki verilerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için yasa ile sınırlarının çizilmesi, koşullarının titizlikle belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁰⁰ Memiş/Yıldırım, genetik verilerin ele geçirilmesinin çıkarabileceği sorunlar ve potansiyel tehditler göz önünde bulundurulduğunda verilerin saklandığı bir gen bankasının kurulması ve çalışma şartlarının titizlikle düzenlenmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir.⁸⁰¹

Adli DNA Veri Bankaları ile ilgili olarak toplum yaklaşımının belirlenmesi amacıyla; DNA bankası ile ilgili yasa hazırlanması aşamasına gelindiğinde, güven ve desteğin sağlanması için toplumun yaklaşımının önemli olduğu düşüncesiyle bir anket çalışması yapılmıştır. Bu ankette adli bilimler alanında görev yapan 163 kişi ile bu alanda eğitimi olmayan 157 kişiye 12 soru yöneltilmiştir.⁸⁰² Ankette yer alan “Suçla

⁷⁹⁸ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 651.

⁷⁹⁹ Elmas/Ersoy, **a.g.m.**, s. 113.

⁸⁰⁰ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 65.

⁸⁰¹ Memiş/Yıldırım; **a.g.m.**, s. 297-298.

⁸⁰² Ayşim Tuğ, “Adli DNA Bankalarına Toplumun Yaklaşımı”, **Adli Tıp Dergisi**, C. 21, S. 2, 2007, 1-10, s. 1.

mücadelede DNA bankalarının etkili olacağına inanıyor musunuz” sorusuna katılımcıları %97’si olumlu cevap vermiştir.⁸⁰³ Ankette yer alan Adli DNA bankası için kimlerden örnek alınmasını uygun buluyorsunuz sorusuna ise %42 oranında yeni doğanlar dahil tüm toplum şeklinde cevap verirken; %27 tüm suçlulardan, %19 belirli suçları işleyenlerden, %7.2 ise gözaltına alınanlardan da örnek alınması gerektiği şeklinde görüş belirtmiştir.⁸⁰⁴

2007 yılında adli amaçlı DNA bankaları oluşturulması amacıyla DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı oluşturulmuştur. Kanunun amacı tasarının 1. maddesinde; kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, verilerin saklanması, verilerden yararlanılması ile Türkiye Milli DNA Veri Bankasının kuruluş ve görevlerine ilişkin esas ve usullerin düzenlenmesi olarak belirlenmiştir.⁸⁰⁵ Ancak tasarıya yönelik getirilen eleştiriler dolayısıyla tasarı yasalaşmamıştır.⁸⁰⁶ Emniyet Genel Müdürlüğünün 2018 yılı Faaliyet Raporunda ise

⁸⁰³ Tuğ, **a.g.m.**, s. 3.

⁸⁰⁴ Tuğ, **a.g.m.**, s. 4.

⁸⁰⁵ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 650.

⁸⁰⁶ Tasarıya yönelik olarak getirilen eleştirilerden bir kısmına değinmek gerekirse; öncelikle tasarının isminin “DNA Verilerinin Elde Edilişi ve Türkiye DNA Veri Bankası Oluşturulması Kanun Tasarısı” olması gerektiği, bu şekilde yapılması planlanan düzenlemenin daha iyi anlaşılmasına yardımcı olacağı belirtilmiştir. Ülkü Çınar, “DNA Verileri Ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı’ Üzerine Bir Değerlendirme Ve Öneriler”, **THD**, Y. 3, S. 21, Mayıs 2008, 147-156, s. 150. Tasarının 5. maddesinde “görevi sebebiyle hayati risk taşıyan kişilerden” de biyolojik örnek alınabileceği düzenlenmiştir. Ancak kavramın belirsiz oluşu ve kapsamının genişliği eleştirilmiştir. Zira tüm kolluk görevlileri, asker kişiler, itfaiyeciler, madenciler ve görevi hayati risk taşıyan herkes madde kapsamındadır. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 650. Tasarıda en çok eleştirilen konulardan biri de DNA analizi yapmaya yetkili olarak gösterilen kurumlardır. Tasarının 6. maddesinde “DNA analizi yapmaya Adli Tıp Kurumu, Jandarma Genel Komutanlığı Kriminal Daire Başkanlığı ve Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Polis Laboratuvarları Dairesi Başkanlığı yetkilidir. Ancak, Sağlık Bakanlığı, Bankanın görüşünü almak suretiyle, diğer gerçek ve tüzel kişilere ait olan laboratuvarlarda da bu Kanun hükümlerine göre DNA analizi yapılmasına izin verebilir” şeklinde düzenleme ile DNA analizi yapmaya yetkili kurumlar öngörülmüştür. Doktrinde haklı olarak DNA analizi yapma yetkisinin Üniversitelerin bünyelerinde bu konuda görev yapan birimlere dahi bu yetki tanınmamışken; gerçek ve tüzel kişilere ait laboratuvarlara bu yetkinin tanınmasının kişiye özgü ve gizli kalması gereken bilgilerin, elde edilmesini sağlayabilecek olan DNA analizleri ile elde edilen bilginin güvenliği ve gizliliği endişelerini gündeme getirmiştir. Çınar, **a.g.m.**, s. 154. Tasarı’nın “Biyolojik örnekler ile DNA izolatlarının saklanması ve yok edilmesi” başlıklı 10. Maddesinde ise CMK’nın moleküler genetik incelemelere ilişkin hükümleri çerçevesinde, ceza veya güvenlik tedbirine mahkumiyet ya da düşme kararı verilmesi halinde, biyolojik örneklerden elde edilmiş DNA izolatlarının, hükmün kesinleşmesinden sonra derhal yok edilecekleri öngörülmüştür. Ancak Tasarı’ya göre, bu biyolojik örneklerden elde edilen bilgiler süresiz olarak saklanacaktır. Biyolojik örneklerden elde edilen bilgilerin süresiz olarak saklanabileceğine ilişkin hükmün “amaca bağlılık” ve “ölçülülük” ilkeleriyle bağdaşmadığı ifade edilmiştir. Zira Tasarı’ya göre DNA veri bankalarının kurulmasındaki esas amaç adli olayların aydınlatılması olarak yer almaktayken, ceza veya güvenlik tedbirine mahkumiyet ya da düşme kararı verildikten sonra dahi bu bilgilerin süresiz olarak saklanmaya devam edilmesi bu amaçlarla uyum göstermemekle birlikte saklanma süresinin bu derece uzun tutulmasının “ölçülü” bir nitelik arz etmediği ifade edilmiştir. Sedat Erdem Aydın, **AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014, s. 95-96. Biyolojik örneklerin ve DNA izolatlarının

Ulusal DNA veri bankasının yasal temellerinin tamamlanması ve veri bankasının kurulmasının amaçlandığı ancak Ulusal DNA veri bankası için gerekli hukuki altyapının sağlanmasının beklendiği ifade edilmiştir.⁸⁰⁷ Söz konusu Faaliyet Raporundan hareketle bir adli DNA veri bankası kurulmasının yeniden gündeme alındığı anlaşılmaktadır.

3. Değerlendirme

Teknolojinin gün geçtikçe artan rutin ve pahalı olmayan kullanımından ve genişleyen uygulamalarından elde edilmiş veya potansiyel olarak elde edilebilecek bir dizi yararı olduğu ve bunların bir kısmının; merkezi ceza adaleti veri tabanlarında otomatikleştirilmiş profil karşılaştırmaları yoluyla hızlı ve sağlam bir şekilde suçlunun kimliğini belirleme potansiyeli; masum kişilerin aklanması ve süreçten çıkarılması; mahkemede kullanılmak üzere güvenilir ve ikna edici kanıtlar oluşturma olasılığının artması; bir çok soruşturmanın maliyetinde azalma; DNA veri tabanlarının potansiyel suçlu ve suçlular üzerindeki muhtemel caydırıcı etkisi ve halkın polise ve geniş adli sürece güveninde olası bir artış olarak belirtilmiştir.⁸⁰⁸ Adli DNA veri bankalarını savunan yazarlar genel olarak; teknolojinin anlaşılamadığını, ilgili gizlilik kaygılarının abartıldığını, DNA profillerinin kişiler hakkında invazif ve önemli bilgileri içermediğini, ceza adaletinin sağlanabilmesi için şüpheli ya da sanığın olay yerinde bulunmadığı yönünde yapılan savunmaların ve görgü şahitliğinin önemini azaltarak çözülemeyen davaların çözülmesini sağlayabileceğini ve kötüye kullanımların olması halinde cezai yaptırımların uygulanabileceğini belirtmektedir.⁸⁰⁹

Adli DNA veri bankacılığını eleştiren yazarlar ise DNA veri bankalarının büyümesini, bireysel mahremiyet ve özerklik çerçevesinde özgür ve demokratik bir

saklanması ve yok edilmesi hususunda CMK hükümlerine yapılan atıf da hükmün daha açık ve anlaşılır bir şekilde düzenlenmesi gerektiği yönünde eleştirilmiştir. Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 650-651. Tasarının 10. maddesinin 4. fıkrasında ise DNA analizinin yapıldığı kurum veya laboratuvar tarafından teknik koşullara ve usulüne uygun olarak saklanır, şeklinde yapılan düzenleme de gizlilik ve güvenlik gerekçesiyle eleştirilmiş; saklama görevinin bilimsel ve teknik şartlara uygun olarak yapılabilmesini sağlamak üzere oluşturulan ve DNA bankasının gözetimi ve denetimi altında bulunan ve gizlilik kurallarına harfiyen uyan depolarda yapılması gerektiği ifade edilmiştir. Çınar, **a.g.m.**, s. 154.

⁸⁰⁷ İç işleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Faaliyet Raporu 2018, s. 93, <https://www.egm.gov.tr/Documents/EGM2018FaaliyetRaporu.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

⁸⁰⁸ Robin Williams/Paul Johnson, "Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations", **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, 33/3, Fall 2005, 545-558, s. 546.

⁸⁰⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz: McEwen, **a.g.e.**, s. 98-102.

toplumun amaçları ile bağdaşmayacağı gerekçesi ile korkutucu bulmaktadır. Hatta ileride ulusal kimlik formunun sayısal olarak ifade edilmiş bir DNA profili olabileceği hatta günümüzdeki sosyal güvenlik numarasının yerini alabileceği ileri sürülmektedir. Adli DNA veri bankalarının diğer veri tabanları ile birleştirilerek kişinin kredi geçmişinin, vergi beyannamelerinin, tıbbi kayıtlarının, eğitim transkriptlerinin ve genetik bilgilerinin tek bir bilgisayar destekli veri bankasına aktarılabileceği ve her bir birey için ölüm kalım dosyası oluşturulabileceği belirtilmiştir. DNA testinin kime uygulanacağı sorununda ise şiddet içeren cinsel suçlardan hüküm giyen kişilere uygulanarak halkın bu fikri kabul etmesinden sonra, teknolojiyi popülasyonun giderek genişleyen bir kesimine uygulamanın daha kalıcı olacağı belirtilmiştir. Adli DNA veri bankasında alınmış olan tam örneğin mi örnekten ayrılan DNA'nın mı yoksa sadece bir DNA profilinin mi depolanacağı sorununda da çok ciddi endişeler yer almaktadır. Zira potansiyel olarak en az miktarda hassas veriyi içeren DNA profilinin depolanması sonucunda da çok fazla kişisel veri içerebileceği ayrıca saklanan DNA profilinin sonradan keşfedilecek özelliklerinin olabileceği ifade edilmiştir. Böyle bir veri bankasına kimlerin erişebileceği konusu da ciddi endişeleri içerisinde barındırmaktadır.⁸¹⁰ DNA profili oluşturma ve veri tabanlarının yayılması genetik materyallerin zorla ve rıza bulunmaksızın alınması vatandaşların vücut bütünlüklerine yönelik bir tehdit oluşturmaları; doku örneklerinin kullanılmasından ve depolanmasından kaynaklanan gizlilik haklarının ihlal ve reddedilmesi; devlet ve özel sektöre ait laboratuvarlarda tutulan bu tür örneklerin gelecekte kötüye kullanılması potansiyeli; genetik bilginin depolanması nedeniyle ortaya çıkan uzun süreli biyolojik gözetim olasılığı; soruşturma ve kovuşturmada DNA'nın aldatıcı bir delil olarak kullanılması ihtimali gibi birtakım endişelere de yol açmaktadır.⁸¹¹

Pragmatik düzeyde bazı eleştirmenler bir kamu politikası olarak adli DNA veri bankasına yönelik olarak maliyet-fayda etkisini sorgulamaktadır. Bu eleştirmenler, şiddet içeren suçların çözülmesi için DNA tanımlama teknolojisinin veri bankasını destekleyen kişiler tarafından abartıldığına inanmaktadır. DNA veri bankası kurulmasına tahsis edilen kaynakların başka alanlarda daha iyi kullanılabileceği belirtilmiştir.⁸¹²

⁸¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: McEwen, **a.g.e.**, s. 103-110.

⁸¹¹ Williams/Johnson, **a.g.m.**, s. 546.

⁸¹² McEwen, **a.g.e.**, s. 63-64.

Ulusal DNA veri tabanlarına DNA profillerinin girilmesi, saklanması ve imha edilmesi konusunda birtakım kriterlerin bulunması mahremiyet hakkı ile devletin suçları aydınlatmadaki menfaati arasındaki dengenin sağlanması bakımından önem taşımaktadır. Bununla birlikte DNA veri tabanlarının kurulması ve Avrupa ülkeleri ile diğer ülkeler arasında INTERPOL aracılığı ile iş birliğinin sağlanmasına yönelik anlaşmalar bulunmasına karşın Avrupa Birliği ülkeleri arasında dahi DNA profil bilgilerinin girilmesi, saklanması ve imhasına yönelik belirli ortak kriterlerin olmayışı da problem oluşturmaktadır.⁸¹³ Keza adli DNA veri bankası oluşturma ve var olan veri bankasını genişletme eğilimi ülkeler arasındaki iş birliğini zorlaştırmakta ve karmaşık hale getirmektedir. Buradan çıkarılan sonuç suç ve suçlulukla mücadele adına DNA mahremiyetinin ihlal edilmesinin haklı olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.⁸¹⁴

DNA kanıtı bilimsel yöntemler kullanılarak elde edildiğinden güvenilir olarak algılanmaktadır. Ancak suç ile ilgisiz bir kişi suç mahallinden veya mağdurdan elde edilen DNA örneği eşleşmesi sonucu suçlanabilmekte ancak bu eşleşme hatalı olabilmektedir.⁸¹⁵ Bu duruma İtalya’da yaşanan bir olay örnek olarak verilebilecektir. 2002 yılında İtalya’da genç bir kız, yabancı bir kişi tarafından öldürülmüştür. Olay üzerine yetkililer olay yerindeki kan lekesinden şüphelinin DNA profili çıkarmıştır. INTERPOL ağı yardımıyla yayılan profil, 2002 yılının şubat ayında NDNAD’dan İngiliz bir barmen olan P. N. Hankin’in örneği ile eşleşmiş ve Hankin cinayet ile suçlanmıştır. Suçlu olduğunu reddetmesine karşın tutuklanan Hankin ancak daha sonra kendisinden gönüllü olarak alınan biyolojik örnek ile DNA profili çıkarılmış ve aklanmıştır. Bu dava DNA profillemenin bazı sınırlarına vurgu yapması açısından önem arz etmektedir. Davadan çıkarılan bir sonuca göre sadece profil eşleşmesi temeline dayanarak bir kişinin suç işlediği sonucuna varmak her zaman doğru sonucu vermeyebilmektedir. Bu nedenle geride kalan diğer kanıtlar DNA eşleşmesi olduğu düşüncesiyle göz ardı edilmemelidir.⁸¹⁶ Bu dava, masum insanların sadece DNA veri

⁸¹³ Erbaş, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, s. 171-172. Avrupa ülkelerindeki kriterlere ilişkin bkz: Santos/Machado/Silva, **a.g.m.**, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

⁸¹⁴ Erbaş, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, s. 176.

⁸¹⁵ Erbaş, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, s. 168.

⁸¹⁶ Vince L. Pascali/Giampietro Lago/Marina Dobosz, “The dark side of the UK National DNA Database”, **Correspondence**, Volume 362, Issue 9386, 06.09.2003, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(03\)14261-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(03)14261-4), s. 384.

bankasındaki yanlış eşleşme ((*mis*)*match*) nedeniyle suçlanabileceğini göstermektedir. Hesaplama, profil oluşturma ve matematiksel analiz gibi teknolojik araç ve yöntemlere dayanan bilimsel bir delil olarak ceza adaletinde önemli bir rol oynamasına rağmen, aynı zamanda yanıltıcı sonuçlar da doğurabilmektedir.⁸¹⁷

DNA örneği, tıp bilimindeki en son teknolojiye bağlı olarak hem fiziksel hem de zihinsel kalıtsal hastalıkların varlığını, saç rengi, ten rengi, etnik köken gibi bilgilerin yanı sıra aile bağları (ebeveynlik, akrabaları etkileyebilecek kalıtsal hastalık belirtileri vb.) hakkında da bilgi içerebilmektedir.⁸¹⁸ Bu sebeple adli DNA veri bankasının faydaları ile vatandaşlardan çok miktarda biyolojik materyal alınmasıyla ortaya çıkan özel hayat ve medeni haklara yönelik olası risklerin dengelenmesi gerekmektedir. DNA veri bankalarının giderek artan bu uygulamasının önemli sosyal değerlerden ödün vermeden yasalar meydana getirilebilmesi; yasal, etik ve politik konularda yasa yapıcılara büyük görev yüklemektedir.⁸¹⁹

Türkiye’de ise şu an için kurulmuş bir adli DNA veri bankası bulunmamaktadır. Pozitif hukukumuzda da böyle bir veri bankasını engelleyici düzenlemeler mevcuttur. Moleküler genetik incelemelerin konusunu oluşturan kişiyi o kişi kılan şifreyi içinde barındıran DNA verisinin sahip olduğu özellikler göz önünde bulundurulduğunda elbette ki bu verilerin derhal yok edilmelerinin gerekliliği aşıkardır. Ancak yukarıda yer verilen Yargıtay’ın ilgili kararlarından özellikle mahkumiyet hükmü verildiğinde bu verilerin yok edilmediği, arşivlendiği ve hatta başka yargılamalarda kullanıldığı anlaşılmaktadır. Bu durum göz önüne alındığında elbette ki böyle bir adli DNA bankasının şeffaflık sağlayacağı da ortadadır. Ancak adli DNA veri bankası kurulmasına yönelik yapılacak hukuki düzenlemelerdeki sınırların katı bir şekilde çizilmesi gerektiği açıktır. Zira kimi ülkelerde her suç bakımından bu veriler alınabilmekte ve uzun yıllar depolanabilmektedir. Kanaatimizce depolama faaliyeti yapılacaksa yalnızca belirli ağırlıkta olan suçlar bakımından yapılmalı ve kısa süre sonra bu depolanan verilerin imha edileceği belirtilmelidir.

⁸¹⁷ Erbaş, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, s. 168. Random Match ile ilgili bir çalışma için bkz: Jonathan J. Koehler/Audrey Chia/Samuel Lindsey, “The Random Match Probability In Dna Evidence: Irrelevant And Prejudicial?”, **Jurimetrics**, Vol. 35, No. 2, Winter 1995, 201-219.

⁸¹⁸ Mireille Hildebrandt, “Who is Profiling Who? Invisible Visibility”, **Reinventing Personal Data**, Chapter 14, January 2009, 239-252, s. 245.

⁸¹⁹ McEwen, **a.g.e.**, s. 65.

II. MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER YOLUYLA TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İHLAL EDİLMESİ SORUNU

Adli bilimlerde, uygulamaların yargı bağlamında değerlendirilmesi sahadakilerin (adli bilim adamları, toplum bilimciler, genetikçiler, avukatlar ve hakimler) yalnızca metodolojinin güvenilirliği ve geçerliliği ile değil aynı zamanda mahremiyet ve gizliliğin korunmasına ilişkin kaygılarını da gündeme getirmiştir. Toplum ve bireyin korunması arasında olan denge adalet sisteminde kişisel özgürlükler ile güvenliğin karşı karşıya gelmesi anlamına gelmektedir.⁸²⁰ Ceza Muhakemesi Hukuku ise aradaki dengenin sağlanarak insan haklarını gerçekleştirme sanatıdır.⁸²¹ Ceza Muhakemesi Hukukunun icrasında bireyin kişiliğinin korunması ile mümkün olduğu kadar etkili bir ceza muhakemesi sisteminin sağlanması her zaman çatışma halindedir.⁸²² Bu çatışma hem her ne pahasına olursa olsun muhakemenin yapılamayacağı hem de bireyin ceza muhakemesi faaliyetlerine katlanma mükellefiyetinin bulunması sonuçlarını doğurmuştur.⁸²³ Moleküler genetik inceleme yöntemi gerek uygulanması gerek süreç içerisinde ortaya çıkabilecek sonuçlar bakımından bazı temel haklar ile yakından ilgilidir.⁸²⁴ Bu başlık altında moleküler genetik incelemeler ile temel hak ve özgürlükler arasındaki ilişki ele alınmaya çalışılacaktır.

A. Vücuttan Biyolojik Örnek Alınması Suretiyle Temel Hak İhlali

Vücuttan biyolojik örnek alınması yolu ile kişinin vücut dokunulmazlığının bütünlüğü, sağlık hakkı ve kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkı arasında sıkı bir bağ bulunmaktadır. Bu sebeple vücuttan örnek alınması ve akabinde alınan örnek

⁸²⁰ Palmour, **a.g.e.**, s. 39.

⁸²¹ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 513.

⁸²² Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 57.

⁸²³ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1089; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 57.

⁸²⁴ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 87.

üzerinde moleküler genetik analiz yapılmasının kişinin bu haklarını ihlal edip etmediğinin incelenmesi gerekmektedir.

1. Vücut Dokunulmazlığı/Beden Bütünlüğü Hakkı

Hukuk kuralları tarafından korunan ve karşılığında yaptırımlar öngörülen beden bütünlüğü/vücut dokunulmazlığı hakkı; kişilerin beden, akıl ve ruh sağlığının korunması esasına dayanmaktadır.⁸²⁵ Yaşam, kişinin fiziksel değerlerinin kuşkusuz en önemlisidir. Herkes, yaşamı sürdürme konusunda üzerinde tasarruf edemeyeceği bir hak sahibidir. Vücut bütünlüğü de kişilik hakkının konusuna giren kişinin beden bütünlüğünün yanı sıra ruh bütünlüğünü de içine alan fiziksel kişilik değerlerindendir. Beden bütünlüğünü bozan, tehlikeye sokan işlemler kişilik hakkının ihlali sayılmaktadır.⁸²⁶ Kişisel olduğu kadar toplumsal bir değer taşıyan vücut bütünlüğü hakkının ortadan kaldırılması değil aksine geliştirilmesi öngörülmüştür. Bu sebeple kişilerin beden bütünlüklerini koruma ve kendilerine yöneltilen şiddet fiillerinden korunma hakları bulunmaktadır. Fiziksel veya ruhsal tamlığa ya da her ikisine yönelik olarak maddi veya manevi şekilde beden bütünlüğüne zarar verecek hareketler söz konusu hakkın ihlaline sebebiyet verecektir.⁸²⁷ Anayasamızın “Kişinin Hakları ve Ödevleri” bölümünde “Kişinin Dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı” başlığı altında 17. maddesinde; herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bulunduğu düzenlenmiştir. Hiç kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı da güvence altına alınmıştır. Ancak tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı hallerde bu kuralın uygulanmayacağı belirtilmiştir.⁸²⁸ Böylelikle yaşam hakkı ve onun uzantısı niteliğinde olan kişinin vücudu üzerinde tasarruf hakkı en üst düzeyde güvence altına alınmıştır.⁸²⁹ Anayasa, kişinin vücut bütünlüğünü şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul etmiştir. İnsan üzerinde yapılacak deney ve denemelerin ise ancak kişinin rızasıyla mümkün olabileceği ortaya konulmuştur.⁸³⁰ Kişinin rızası bulunsa dahi

⁸²⁵ Yenerer Çakmut, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, s. 1-2.

⁸²⁶ Kızılarıslan, **a.g.e.**, s. 190.

⁸²⁷ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 41.

⁸²⁸ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 305-306.

⁸²⁹ Yenerer Çakmut, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, s. 26.

⁸³⁰ Ersan Şen, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 588-646, s. 590.

üzerinde yapılacak deney ve denemelerin sınırsız olacağı fikri ise kabul edilmemiştir. Nitekim kişinin yaşam ve vücut bütünlüğü üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı bulunmamaktadır.⁸³¹

Delil elde etmek amacıyla tıbbi müdahalede bulunma maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasında kimi zaman bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Balistik incelemenin zorunlu olduğu durumlarda vücuttaki kurşunun çıkarılmasında, cinsel saldırı veya cinsel istismar olaylarında sperm örneklerinin alınması veya failin belirlenmesinde DNA örneklerinin alınması tıbbi müdahalenin delil elde etmek için gerekli olduğu durumlara örnek olarak gösterilebilecektir.⁸³² Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bunu yaparken insan haklarına riayet edilmesi ne kadar önemli ise vücut bütünlüğüne insan haklarına uygun bir biçimde delil elde edilmesi de en az bunun kadar önem arz etmektedir. Hukukumuzda şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması vücuda tıbbi müdahaleyi gerektirmektedir.⁸³³ Bu bakımdan vücuttan biyolojik materyal alınarak elde edilen moleküler genetik incelemeler de vücuda müdahaleyi gerekli kılmaktadır.⁸³⁴

Moleküler genetik incelemeler aracılığı ile kişinin kimliğinin belirlenebilmesi veya soybağının tespiti amacıyla vücuttan biyolojik materyal alınması gerekmektedir. Bir insanın bütün hücrelerinde DNA aynı olduğundan analiz için herhangi bir hücre materyali kullanılabilir.⁸³⁵ Moleküler genetik analiz için vücuttan örnek alınması sırasında her ne kadar küçük bir iğne yoluyla damar çeperine girilmesi ve oradan 2-3 cl kan örneği alınması işlemi dahi olsa kişinin vücut bütünlüğüne yönelik herhangi bir müdahalenin olmadığı ve sağlığa yönelik hiçbir tehlikenin doğmadığı elbette ki söylenemeyecektir.⁸³⁶ Günümüzde moleküler genetik incelemeler için kullanılacak örnek, vücuttan kan ya da genital bölgeden örnek şeklinde alınabileceği gibi; yanaktan sürüntü, köklü saç ya da tükürük gibi vücuda görece daha az müdahale teşkil edebilecek şekilde de alınabilecektir. Hatta yanaktan sürüntü alımı kolay ve ucuz olması nedeniyle çok tercih edilen bir yöntem olduğu bilinmektedir.⁸³⁷ Bu yöntemlerin

⁸³¹ Şen, **a.g.m.**, s. 591.

⁸³² Gülsoy/Kök, **a.g.m.**, s. 3.

⁸³³ Gülsoy/Kök, **a.g.m.**, s. 4.

⁸³⁴ Altaş, **a.g.m.**, s. 85.

⁸³⁵ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 90.

⁸³⁶ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 44.

⁸³⁷ Elmas/Ersoy, **a.g.m.**, s. 112.

kan örneği almakla karşılaştırıldığında temel haklara müdahale bakımından daha hafif bir araç teşkil ettiği, vücut bütünlüğüne yönelik esaslı bir müdahale oluşturmadığı belirtilmiştir. Kaldı ki kan örneği alınması dahil tüm bu müdahalelerin bir hukuk devletinde ilgisinden beklenemeyecek derecede ağır sonuçlar doğuran veya katlanması güç yükümlülükler getirmedikleri; suçların aydınlatılmasına hizmet eden işlemler sırasında tıbbi sanat uygulamaları standartlarına uyulması ve sağlığa yönelik bir tehlike arz etmemesi koşulu ile ilgisinden işlem sırasında etkin rol oynamasını değil sadece pasif katlanmasını bekleyen örnek alma işlemlerinin Anayasaya aykırılık teşkil etmediği ifade edilmiştir.⁸³⁸ Orantılılık ilkesi doğrultusunda vücuttan örnek alma yöntemlerinden en hafif aracın seçilmesi temel bir koşuldur. Bu sebeple enjektörle kan örneği alınması yöntemi yerine daha hafif bir yöntem olan yanaktan sürüntü alınması yöntemi ile moleküler genetik analiz yapılması temel hak ve özgürlüklerin en yüksek düzeyde korunmasına hizmet edecektir.⁸³⁹

Vücut dokunulmazlığı ulusal ve uluslararası belgeler tarafından koruma altına alınmış insan haklarındandır. Kişi hak ve özgürlükleri adli vakalar söz konusu olduğunda sınırlandırılabilen ve bu sınırlandırma ancak yasalar tarafından belirlenen, koşullarının açıkça ortaya konulduğu hallerde söz konusu olabilmektedir.⁸⁴⁰ Anayasa Mahkemesi, temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlandırmaların Anayasanın 13. maddesi uyarınca⁸⁴¹ temel hak ve hürriyetlerin, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği, bu sınırlamaların Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı belirtilmiştir.⁸⁴² Yasal bir zemin olmaksızın veya yasal zemine aykırı olarak yapılan kişinin vücut bütünlüğüne yönelik müdahaleler Anayasanın 13. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile moleküler genetik incelemelerin kanuni bir dayanağının bulunması ve bu düzenlemeye uygun bir şekilde müdahalenin gerçekleştirilmesi

⁸³⁸ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 44.

⁸³⁹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 44.

⁸⁴⁰ Yenerer Çakmut, "Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik", s. 1167.

⁸⁴¹ Anayasa m. 13: "*Temel hak ve hürriyetler, özerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.*", <https://www.tbmm.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 11.04.2019).

⁸⁴² **AYM.**, E.: 2014/180, K.: 2015/30, K.T.: 19.3.2015, <http://www.kazanci.com>, (Erişim Tarihi: 11.04.2019).

sonucu Anayasaya aykırılık oluşturmayaacağı ifade edilebilecektir.⁸⁴³ Anayasa'nın m. 17/2 hükmünde tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller vücut bütünlüğüne yönelen müdahaleyi meşru hale getiren durumlar olarak kabul edilmiştir. Bu haliyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile moleküler genetik inceleme yapılması kanun ile düzenlenmekle vücuda müdahale meşru bir zemine oturtulmuştur.⁸⁴⁴ Keza kişinin muhakeme işlemlerine katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak burada da aşırılık yasağına dikkat edilmelidir. Bu yasak dolayısıyla suçla korunan hukuki yarar ile vücut dokunulmazlığı arasında denge kurulmalı ve moleküler genetik incelemelere gerekli, uygun ve oranlı olması koşullarının varlığı halinde başvurulmalıdır.⁸⁴⁵

2. Sağlık Hakkı

Kişinin fizik ve ruhsal bütünlüğünü koruyabilmesi, devam ettirebilmesi ve varlığının çeşitli etkilerle bozulmasına engel olabilmesi anlamına gelen yaşam hakkı; kişinin hayat karşısında hem kendi varlığını koruma ve devam ettirme görevi altına girmekte hem de başkalarının kendi fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne saygı gösterilmesini bir hak olarak isteyebilme yetkisini içermektedir. Sağlık da kuşkusuz yaşamının şartlarından en önemlisini teşkil etmektedir. Yaşamın sürdürülebilmesi fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunabilmesi devam ettirilebilmesi ancak organizmaların ahenkli ve düzenli bir şekilde işleyebilmesine bağlıdır.⁸⁴⁶ Sağlık, insan organizmasının iyi ve düzenli bir şekilde işlemesidir.⁸⁴⁷ Toplumda bulunan her bir kişinin beden ve ruhen tam bir iyilik hali içinde bulunması; ortam ve koşulların bu durumu sağlamaya elverişli olması, mevcut sağlığının korunması, eğer sağlığı bozulmuşsa iyileştirilmesini mümkün kılacak ortamın oluşturulmasını zorunlu kılmaktadır. Bu durum da sağlığın bir hak olarak tanınması gerekliliğini ortaya koymaktadır. Gerek ulusal gerekse de uluslararası alanda sağlık hakkını düzenleyen hükümler bulunmaktadır. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 25⁸⁴⁸ ile

⁸⁴³ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 635-636.

⁸⁴⁴ Altaş, **a.g.m.**, s. 85.

⁸⁴⁵ Özbek, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", s. 1096-1097.

⁸⁴⁶ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 13-14; Kamil Alptekin, "Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme", **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, C. 12, 2004, 132-139, s. 132.

⁸⁴⁷ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 15; Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁴⁸ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi m. 25: "her şahsın gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun

sağlık hakkı kabul edilmiştir.⁸⁴⁹ Keza 1982 Anayasasının 56. maddesinde⁸⁵⁰ de sağlık bir hak olarak kabul edilmiş ve devletin herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlaması bir yükümlülük olarak kabul edilmiştir.⁸⁵¹ İnsan haklarının ve temel değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasını ifade eden sağlık hakkı dayanağını insan hakları ile ilgili temel belgelerden almaktadır.⁸⁵²

Sağlık hakkı, “kişinin toplumdan, devletten, sağlığının korunmasını gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkanlardan faydalanabilmesi” olarak tanımlanabilecektir.⁸⁵³ Sağlığın bir hak olarak kabul edilmesi ona zarar verecek veya tehlikeye düşürecek girişimlerin bu hakkın ihlali teşkil edecektir.⁸⁵⁴ Yasal düzenlemeler ile sağlık hakkına yönelik ihlaller yaptırıma bağlanarak güvence altına alınmıştır. Örneğin Türk Ceza Kanunu’nda sağlık hakkına zarar verici fiiller yaralama suçu kapsamında kabul edilmiş ve 86 vd. hükümlerinde yaptırıma bağlanmıştır. Anayasanın 13. ve 15. madde hükümleri gereği sağlık hakkının kısıtlanması diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi mümkündür. Yasal zorunluluk bulunması halinde söz konusu hakka da dokunulabilecektir. Bu konuda bir üst norm olarak kabul edilebilecek Anayasanın 17. maddesinde belirtilen usul ve esasa uygun olarak müdahale gerçekleştirilmelidir. Aksi halde yapılan müdahale hukuka aykırı olacaktır.⁸⁵⁵

Moleküler genetik analiz yapılabilmesi için vücuttan biyolojik materyal alınması işlemi temel insan haklarından olan sağlık hakkı ile doğrudan ilişkilidir.

bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, ihtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğer hallerde güvenliğe hakkı vardır.” <https://www.unicef.org>, (Erişim Tarihi: 18.11.2018).

⁸⁴⁹ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 91; Alptekin, **a.g.m.**, s. 137.

⁸⁵⁰ **Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması** Madde 56 – “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek Devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir.”, <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 04.05.2019).

⁸⁵¹ Nazmi Zengin, “‘Sağlık Hakkı’ Ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, S. 1, Ocak 2010, 44-52, s. 46.

⁸⁵² Alptekin, **a.g.m.**, s. 132.

⁸⁵³ Bayraktar, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, s. 16-17.

⁸⁵⁴ Çilingiroğlu, **a.g.e.**, s. 40.

⁸⁵⁵ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 92.

Vücuttan örnek alma işleminin insan sağlığına zarar vermeksizin hukuka uygun bir biçimde gerçekleştirilmesi gereklidir. Moleküler genetik incelemeler için vücuttan materyal alınmasında gerçekleştirilen hukuka aykırılıklar kişinin temel bir hakkı olan sağlık hakkının geri dönüşsüz bir şekilde zarar görmesine neden olabilecektir.⁸⁵⁶

3. Kendi Aleyhine Delil Göstermeme Hakkı

1982 Anayasasının 38/5 hükmünde, “hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz” şeklinde nemo tenatur yani kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkı düzenlenmiştir. Anayasal bir ilke olan kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkı, ceza hukukunda kişinin susma hakkı olarak vücut bulmuştur. Vücuttan örnek alma yoluyla elde edilen materyal üzerinde moleküler genetik inceleme yapılmasının kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkını ihlal edip etmediği ve bu işlemi yaptırmamak suretiyle susma hakkının kişi tarafından kullanılıp kullanılamayacağı çözüme muhtaç bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁵⁷

Ceza Muhakemesinin şüpheli ve sanığa tanındığı en temel haklardan olan iddia ve yargılama makamlarına karşı cevap vermeme hürriyeti tanıyan susma hakkı, kişinin ifade hürriyetinin edilgen boyutunun ceza muhakemesi hukukuna yansımaları temsil etmektedir.⁸⁵⁸ Şüpheli ve sanığın kendisini savunabilmesi için gerektiğinde susma hakkına sahip olduğu günümüzde de kabul edilen bir anlayıştır. CMK 147/1/e bendinde “Şüphelinin veya sanığın ifadesinin alınmasında veya sorguya çekilmesinde... yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir” denilerek şüpheli ve sanığa isnat edilen suçla sınırlı olarak susma hakkının bulunduğu hatırlatılacağı hükme bağlanmıştır.⁸⁵⁹ Belirtilmelidir ki nemo tenatur ilkesinin yani kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkının gerçekleşmesi için kişinin illa susmuş olması gerekmemektedir. Bu nedenle nemo tenatur ilkesi susma hakkından daha geniş bir kavramdır. Kişinin susması ile gerçekleşebileceği gibi

⁸⁵⁶ Yenerer Çakmut, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, s. 93.

⁸⁵⁷ Centel/ Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 320; Yenerer Çakmut, *Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu*, s. 98; Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1168-1169.

⁸⁵⁸ Serhat Sinan Kocaoğlu, “Susma Hakkı”, *ABD*, S.1, 2011, 29-58, s. 32.

⁸⁵⁹ Toroslu/ Feyzioğlu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, s. 134-136.

ilkenin gerçekleşmiş sayılması için illa susma hakkının kullanılmış olması şart değildir.⁸⁶⁰

Nemo tenatur ilkesi, adil yargılanma hakkının kapsamına dahil olan, uluslararası alanda genel kabul gören standartlardandır.⁸⁶¹ 16. yüzyılda İngiltere’de “*nemo tenatur se ipsum prodere*” hiç kimsenin kendi aleyhine delil vermeye zorlanamayacağı ilkesi kabul edilmiş; 17. yüzyılın ortalarında bu ilke İngiliz Mahkeme uygulamasında hakim olmuştur. 1791 Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisinde de yer almıştır. Amerikan Anayasasının V. ekinde ise “*hiç kimse herhangi bir ceza davasında kendi aleyhinde tanıklığa zorlanamaz*” hükmüne yer verilmiştir. 1945 AİHS’de yer almayan bu ilkeye 1966 tarihli BM Kişisel ve Siyasal Haklar Üzerine Uluslararası Sözleşmede “*Ceza gerektiren bir fiilin işlenmesinden dolayı yargılanan sanık, kendi aleyhine tanıklık etmeye ya da suçu itiraf etmeye zorlanamaz*” şeklinde düzenlenmiştir. Almanya’da ise 18. yüzyıl ve 19. yüzyılın başlarında işkence yasaklanmış ve 1879 tarihli Ceza Muhakemeleri Kanunu ile doğruyu söyleme yönünde uyarılar yapılmasına ilişkin hükümler kaldırılmıştır. 1950 ve 1964 yıllarında yapılan değişiklikler ile bu hak son şeklini almıştır.⁸⁶² Genellikle kişinin kendi aleyhine beyanda bulunma yasağı ile nemo tenatur ilkesinin kapsamına ‘kişinin yanıltılması yasağı’ BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 14/3 hükmü⁸⁶³ ile dahil edilmeye çalışılmıştır. Alman CMK’sının 81b hükmü ise pasif katlanma ve yapma yükümlülüğü ile sınırlandırılmış, zorlama yasağının aldatma yolu ile aşmaya çalışılması reddedilmiştir.⁸⁶⁴

Murray vs. Birleşik Krallık davasında,⁸⁶⁵ sanığın susma hakkının adil yargılanma hakkının doğal bir parçası, özü olduğu ancak susma hakkının mutlak bir hak olmadığı; sanığın ceza yargılaması boyunca sessiz kalma kararından olumsuz sonuçlar çıkarılmasının AİHS m. 6’yı ihlal edip etmediğinin somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.⁸⁶⁶ Ceza

⁸⁶⁰ Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, **a.g.e.**, s. 73.

⁸⁶¹ Ünver/Hakeri, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 76.

⁸⁶² Schroeder/Verrel, **a.g.e.**, s. 270.

⁸⁶³ BM Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmesi, İmzaya Açılma: 16 Aralık 1966, Yürürlüğe Giriş: 23 Mart 1976, Kanun No: 4868, 04.03.2003. “*Kendisini suçlandırıcı tanıklık yapmaya veya bir suçu itirafa zorlanmama*”, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 07.05.2019).

⁸⁶⁴ Schroeder/Verrel, **a.g.e.**, s. 271-272.

⁸⁶⁵ AİHM, John Murray v. United Kingdom, No: 18731/91, 08.02.1996, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57980>, (Erişim Tarihi: 02.04.2019).

⁸⁶⁶ AİHM, John Murray v. United Kingdom, prg.41, 45, 47.

muhakemesinde, hakkaniyete uygun yargılanma, kendi mahkumiyetine yardımcı olmama, diğer bir deyişle kendi aleyhine beyan ve delil vermeye zorlanmama hakkını da içermektedir. Kendini suçlamama hakkı, bir ceza yargılamasında iddia makamının sanığa karşı iddiasını, sanığın rızası hilafına baskı veya eza yöntemleri ile elde edilen delillere başvurmadan ispat etmesi gerekliliğine dayanmaktadır. Susma ve kendini suçlamama hakkı aleyhe olan beyanda bulunmamayı ve belgeleri vermemeyi içermektedir.⁸⁶⁷ Susma hakkını kullanacağını beyan eden şüpheli veya sanık hakkında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirlerinin uygulanıp uygulanmayacağı hususunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kişinin iradesi dışında mevcut bulunan ve onun iradesiyle hiç ilgisi olmadan var olan delillerin toplanmasında, örneğin kan alınmasında, cebir kullanılabileceğine ve bu uygulamanın da susma hakkını ihlal etmeyeceğine yönelik kararlara hükmetmiştir.⁸⁶⁸

Vücuttan materyal alınarak analize tabi tutulması hususunun kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkını ihlal edip etmediği doktrinde tartışmalıdır. Anayasada düzenlenen 38/5 hükmünün temelinde insana baskı yapmama, insan onuruna saygı gösterme ve insan özünün dokunulmazlığı yatmaktadır.⁸⁶⁹ Devletin suç işleyen kişileri cezalandırmasının bir hedef olarak var olması gerektiği ancak; bu hedefe kendi imkanları ile ulaşmak zorunda olan devletin kişileri suçsuz olduklarını ispat etmeye mecbur bırakarak delil sunmaya zorlayamayacağı ifade edilmiştir.⁸⁷⁰

Demokratik hukuk devletinde, kişinin sahip olduğu hukuki değer ile hak ve özgürlüklerinin anayasa ve yasalarla korunması, güvence altında tutulması amaçlanmaktadır. Adaletin gerçekleştirilmesi, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için hak ve özgürlükler yasa ile sınırlanabilmekte ve kişinin bu sınırlamalara katlanma yükümlülüğü bulunabilmektedir.⁸⁷¹ Bu noktada bazı muhakeme işlemleri bakımından kişinin susma hakkının bulunmadığı ifade edilmektedir. Aksi kabul, aleyhe delil vermeme hakkının geniş yorumlanması; sorguya çekme, parmak izi alma, kanda alkol muayenesi yapma gibi ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasını, muhakemenin

⁸⁶⁷ Batum/Yenisey/Erkut/İnceoğlu, **a.g.e.**, s. 85.

⁸⁶⁸ Sulhi Dönmezer, Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri, **CMUK Sempozyumu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1999, s. 26; AİHM, Saunders v. United Kingdom, prg. 69.

⁸⁶⁹ Soyaslan, **a.g.e.**, s. 273.

⁸⁷⁰ Eryılmaz, **a.g.m.**, s. 60.

⁸⁷¹ Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 688.

nihayetlendirilmesini imkansız hale getirebilecektir.⁸⁷² Katlanma yükümlülüğü mutlak olmamakla birlikte oranlılık ilkesi başta olmak üzere anayasalarda katlanma yükümlülüğüne birtakım sınırlamalar getirilmektedir. Bir tarafta ilgilinin kişiliğinin korunması gerekliliğinden hareketle “ne pahasına olursa olsun muhakeme yapılamayacağı ilkesi”, diğer tarafta etkin bir muhakeme faaliyeti için “katlanma yükümlülüğü” çatışan toplum-birey menfaati olarak karşımıza çıkmaktadır.⁸⁷³

Şüpheli ve sanığın muhakeme işlemlerine katlanma yükümlülüğü, sanık dışındaki diğer süjelere oranla daha yoğundur. Muhakemeye konu olaya sebep oldukları yönünde şüphe duyulan bu kişilerin daha çok sorumluluk almaları gerektiğinden hareketle genel kabul, şüpheli ve sanığın vücudundaki iz ve delillerin bulunması için daha çok zorunluluklarla karşı karşıya olmaları gerektiği yönündedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri sırasında sanık sağlığı açısından tehlike oluşturmayan durumlarda kendisinden istenileni yapmak ve muayene gereği olağan ağrı ve sıkıntılara katlanmak zorundadır. Ceza Muhakemesi Kanunu şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi için karar şartı aramamakta, iç beden muayenesi için karar şartı aramakla birlikte itiraz hakkı dışında şüpheli ve sanığın muayene sırasındaki haklarına yer vermemektedir. CMK m. 76 ile mehz kanun olan Alman CMK’ında mağdur ve diğer kişiler için daha ayrıntılı düzenlemeler öngörülmesi ve çoğu muayene işleminin bu kişilerin rızalarına tabi olması da yine bu anlayışın bir sonucudur.⁸⁷⁴ Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ardından alınan örneğin moleküler genetik incelemeye tabi tutulması koruma tedbiri niteliğini haiz birer muhakeme işlemidir. Koruma tedbirlerinin yerine getirilmesi sırasında ilgili kişinin rızası aranmamakta ve kişinin yapılan işlemlere karşı katlanma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir. Ayrıca koruma tedbirinin uygulanması sırasında aktif katılım yükümlülüğünün de bulunduğu bilinmektedir.⁸⁷⁵ Bu niteliği dolayısıyla tıpkı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi kişinin aleyhine bazı delilleri vermesine sebep olabilecektir. CMK m. 75 kapsamında yapılacak müdahaleler de oranlılık ilkesi çerçevesinde birtakım şartların varlığı halinde uygulanabilecek ve yine diğer koruma tedbirlerine paralel olarak kişinin rızası hilafına yapılabilecektir. Keza şüpheli veya

⁸⁷² Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 59; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 99.

⁸⁷³ Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 688.

⁸⁷⁴ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 209-210.

⁸⁷⁵ Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 697.

sanığın vücudu üzerinde soruşturma veya kovuşturmanın herhangi bir aşamasında gerçekleştirilecek bir tıbbî muayenenin veya alınacak bir örneğin laboratuvar ortamında incelemesi yapılmadan kişinin lehine mi yoksa aleyhine mi sonuç doğuracağını bilmek mümkün de olmayacaktır.⁸⁷⁶ CMK m. 147/1/e hükmü kapsamında şüpheli ve sanık konuşmak mecburiyetinde değildir; aksi kabul işkenceye izin vermek anlamına gelecektir.⁸⁷⁷ Bu hak ile şüpheli veya sanığın olaya ilişkin aktif olarak anlatım yapmama hakkının bulunduğu dolayısıyla şüpheli ya da sanığın, aktif herhangi bir davranışını gerektirmeyecek şekilde gerek delillerin toplanmasında gerekse değerlendirilmesinde bedenlerinin inceleme konusu yapılabileceği ve vücutlarından örnek alınabileceği ifade edilmiştir.⁸⁷⁸ CMK m. 147/1/a hükmü uyarınca ise şüpheli ve sanık, kimliğine ilişkin soruları doğru yanıtlama yükümlülüğü altındadır. Bu konuda aktif katılım yükümlülüğü bulunmaktadır.⁸⁷⁹ Ancak CMK m. 147/1/a hükmünün şüpheli ve sanığın kimliğine ilişkin bilgiler susma hakkına dahil değildir. Bu bakımdan kimlik tespiti amacıyla başvurulanan bir tedbir olan moleküler genetik incelemelerin susma hakkının kapsamı içerisinde olmadığı; bundan olarak kişinin kendisi aleyhine delil vermeme hakkını ihlal ettiğini söylemek yerinde olmayacaktır. Öte yandan CMK 76/4 hükmünde tanıklıktan çekinme sebeplerine dayanılarak diğer kişilerin beden muayenelerinden ve vücutlarından örnek alınmasından kaçınılabileceği düzenlenmiştir. Tanıklıktan çekinme nedenlerinin varlığı halinde bu hakka sahip olan kişiler tanıklıktan çekinme sebepleri ile vücutlarından örnek almadan kaçınabilecek ve dolayısıyla bu kişiler bakımından moleküler genetik incelemeler yapılamayacaktır. Bu sebeple tanıklıktan çekinme hakkına sahip kişiler bakımından kanunun, kişinin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamaması ilkesini kabul ettiğini belirtmek gereklidir.⁸⁸⁰

B. Adli DNA Analizi Yapılması Suretiyle Temel Hak İhlali

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yoluyla temel hakların ihlal edilebileceği gibi elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler

⁸⁷⁶ Özen İnci, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

⁸⁷⁷ Centel, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, s. 7.

⁸⁷⁸ Aksoy İpekçioğlu, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, s. 1169.

⁸⁷⁹ Ertuğrul, **a.g.m.**, s. 697.

⁸⁸⁰ Altaş, **a.g.m.**, s. 85; Gülsoy/Kök, **a.g.m.**, s. 19.

yapılması da insan onurunun dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkı (kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkı, bilgiler üzerinde özerklik veya bilgilendirme özerkliği hakkı) çerçevesinde tartışmalara neden olmaktadır.⁸⁸¹

1. İnsan Onurunun Dokunulmazlığı Hakkı

Geçmişte yaşanan acı olaylardan çıkarılan derslerin bir sonucu olarak çağdaş anayasalarda, devletler tarafından ‘hak’ adı altında biçimlendirilerek kabul edilen ve normlar hiyerarşisinin en üstünde kendisine yer bulan düzenlemeler kabul edilmiştir.⁸⁸² İnsan hakları; kişi özgürlüğünü ve onurunu güvence altına alan, hiçbir ayırım gözetmeksizin bütün insanların yalnızca insan olmalarından dolayı insanlık onurunun bir gereği olarak sahip oldukları, insan doğasından kaynaklanan, devlete saygı gösterme, karışmama kimi zaman da aktif davranışlarda bulunma yükümlülüğü yükleyen hak ve özgürlüklerdir. Bu haklar bütün insanlık için ortak değer, gerçekleştirilmesi gereken ortak ideallerdir.⁸⁸³ İnsanlık onuru, insan haklarının temelini oluşturmaktadır. İnsanlık onuru bir tür süper hak ya da haklara aykırı kolektif bir terim değil tüm hakların nihai kaynağıdır.⁸⁸⁴ Özünde insana verilen değeri, önemi ortaya koyan bu düzenlemeler insanın sırf insan olması dolayısıyla sahip olduğu özgürlüklerin ortadan kaldırılmasına izin vermeyecek niteliktedir.⁸⁸⁵ 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin 1. maddesinde⁸⁸⁶ bütün insanların hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğdukları ifade edilmiştir.⁸⁸⁷ Dokunulamaz, devredilemez ve vazgeçilemez, kişiye sıkı sıkıya bağlı, kişiliğimizin birer parçası olan

⁸⁸¹ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 45.

⁸⁸² Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 96.

⁸⁸³ Centel, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, s. 3-4; Oktay Uygun, **Türkiye’de Demokrasi ve İnsan Hakları**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 1. Baskı, Haziran 1996, s. 6.

⁸⁸⁴ Roberto Andorno, “Human Dignity and Human Rights”, **Handbook of Global Bioethics**, Chapter 4, Editors: Henk A.M.J. ten Have, Bert Gordijn, Publisher: Springer Netherlands, January 2014, 45-57, s. 49.

⁸⁸⁵ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 96.

⁸⁸⁶ 10 Aralık 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, Resmi Gazete: 27 Mayıs 1949, Madde 1: “Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler.”, <http://www.resmigazete.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 26.11.2018).

⁸⁸⁷ Kızıllarslan, **a.g.e.**, s. 57.

bu haklar olmadan onurlu ve insanca bir yaşam sürdürülmesi imkanı bulunmamaktadır.⁸⁸⁸

Kişiliksizliği ortadan kaldıran kişiye bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ruh, manevi güç insan onurunu oluşturmaktadır.⁸⁸⁹ Kant'ın deyimi ile insan onuru, insanın bir araç olarak değil amaç olarak kabul edilmesidir.⁸⁹⁰ İnsan onurunun dokunulmazlığı ve korunması da ancak bir hukuk devletinde mümkündür.⁸⁹¹ Anayasanın devletin temel amaç ve görevleri başlıklı 5. maddesinde yer alan “...*kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır*” düzenlemesi ile de insan onurunun korunması devlete bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Keza Anayasanın 12. maddesinde “*herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir*” hükmü düzenlenmiş ve yine Anayasanın 17. maddesinin 3. fıkrasında “...*kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tâbi tutulamaz*” düzenlemesi insan onuruna dokunma yasağı getirilerek insan onuruna verilen önem gösterilmiştir.⁸⁹² İnsan onurunun, hukuk düzeninin koruduğu en üst değer olması nedeniyle ceza muhakemesinde bazı soruşturma metotları ve delil elde etme yöntemleri (yalan makinesi, narko analiz gibi)⁸⁹³ insan onurunu ihlal ettiği gerekçesiyle kabul edilmemiştir.⁸⁹⁴

⁸⁸⁸ Uygun, **a.g.e.**, s. 7.

⁸⁸⁹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1089.

⁸⁹⁰ Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **AÜHFĐ**, 2006, 157-193, s. 159.

⁸⁹¹ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 97; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 57.

⁸⁹² Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 97; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 58; Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 46; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1090.

⁸⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz: Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 58.

⁸⁹⁴ Cemal Öztürk, **Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği**, Ankara, Seçkin, 2006, s. 179.

Temel hak ve özgürlüklerin özünü oluşturan insan onuru, insanın kişiliğini geliştirmesini ve özgürlüğünü gerçekleştirmesini şart koşturur. Ancak toplum halinde birlikte yaşamının birtakım gerekleri de bulunmaktadır. Ayrıca Anayasanın 12/2 hükmünde dokunulamaz, devredilemez, vazgeçilemez olarak sahip olunan temel hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva ettiği düzenlenmiştir.⁸⁹⁵

Tıp, biyoloji ve genetik alanlarında yaşanan gelişmeler ve kullanılan yeni teknikler, insan hakları mücadelesinin verilmesinde yeni alanların oluşmasına neden olmuştur. Bu alandaki hızlı gelişmeler yeni, karmaşık etik sorunlar yaratırken, yeni tekniklerin kötüye kullanılmasının önlenmesi bakımından yeni hukuki düzenlemelerin yapılması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir. İnsan onurunun korunması ile yakından ilişkili bu durum biyoetiğin uluslararası alanda kabul görmesi ve ortak ilkelerin oluşması ile sonuçlanmıştır.⁸⁹⁶ 1997 tarihli Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin⁸⁹⁷ amaç ve konu başlıklı 1. maddesinde ise sözleşmenin taraflarınca tüm insanların haysiyetinin ve kimliğinin korunacağı ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapılmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesinin güvence altına alınacağı ifade edilmiştir.⁸⁹⁸ İnsan genetiğine dair çalışmalar ve araştırmalar insan onuruna çok ciddi zarar verebilecek bir potansiyele sahiptir. İnsan bedeninin sıradan bir nesne gibi algılanıp temel insan haklarını ihlal edecek şekilde muamelelere tabi tutulması insan onuru ve bunun üzerine inşa edilen temel değerler açısından kabul edilebilir değildir. İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin 2/a ve 3. maddelerinde⁸⁹⁹ insan

⁸⁹⁵ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 58; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1090.

⁸⁹⁶ Roberto Andorno, “Biomedicine and international human rights law: in search of a global consensus”, **Bulletin of the World Health Organization**, Vol. 80 (12), 2002, 959-963, s. 960, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>, (Erişim Tarihi: 06.05.2019); Katoğlu, **a.g.m.**, s. 159; Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 97.

⁸⁹⁷ 4 Nisan 1997, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, Kanun No: 5013, Kabul Tarihi: 3.12.2003, Madde 1 (Amaç ve konu): “*Bu Sözleşmenin Tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına alacaklardır.*”, <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>, (Erişim Tarihi: 30.03.2019).

⁸⁹⁸ Mahmutoglu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 5.

⁸⁹⁹ Madde 2: “*Genetik özellikleri ne olursa olsun herkesin onuru ve haklarına saygı görme hakkı vardır. Bu onur, bireyleri genetik özelliklerine indirgememeyi ve insanların benzersizlik ve çeşitliliğine saygı gösterilmesini zorunlu kılar.*”

onuruna saygı duyulmasının olmazsa olmaz olduğuna dikkat çekilmektedir.⁹⁰⁰ UNESCO konferansında kabul edilen 1997 tarihli İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 10. maddesinde⁹⁰¹, insan genomu ile ilgili olarak yürütülecek hiçbir araştırma ya da uygulamanın insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin veya insan topluluklarının onuruna gösterilen saygıdan daha üstün olmadığı belirtilmiştir.⁹⁰² İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesinin 12. maddesinde adli tıp veya hukuk, ceza ve diğer davalar için biyolojik örneklerin elde edilmesinin ancak uluslararası insan hakları ile uyumlu iç hukuk uyarınca yapılabileceği ve 21. maddesinde bir suçun soruşturulması amacıyla elde edilen biyolojik örneğin insan hakları uluslararası hukukuna uygun iç hukuk tarafından aksi temin edilmediği sürece gereksinim bittiğinde verilerin yok edilmesi gerektiği öngörülmüştür.⁹⁰³

Moleküler genetik incelemeler sonucu, kişinin genetik şifresinin çözülmesi riski nedeniyle insan onuru ile yakından ilgili olan bu tedbir sonucu elde edilen verilerin saklanması ve kötüye kullanımın önlenmesi önem arz etmektedir.⁹⁰⁴ Federal Almanya Anayasa Mahkemesinin verdiği nüfus sayımı kararında; anayasal düzenin merkezinde toplumun özgür bir üyesi olarak kişinin onurunun bulunduğu ifade edilmiştir. Teknolojik gelişmeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan yeni tehlikeler karşısında kişiliğin korunması özel bir önem arz etmektedir. Hakkında edinilen bilgilerin neler olduğunu ve bu bilgilerin kimin elinde bulunduğunu öğrenemeyen bireyin kendi kararlarını verme özgürlüğü önemli ölçüde zarar görmektedir. Özellikle otomatik veri işleme araçları ile verilerin sınırsız bir şekilde kaydedilebilmesi, bu verilerin her zaman ulaşılabilir niteliği ve bireyin ayrıntılı kişilik profilinin

Madde 3: “Doğası gereği, değişen insan genomu mutasyonlara açıktır. İnsan genomu her bireyin özellikle sağlık durumu, yaşam koşulları, beslenmesi ve eğitimi dahil olmak üzere, doğal ve sosyal çevresine göre, kendini farklı biçimde ifade eden potansiyelleri taşır.” <http://www.unesco.org.tr/Pages/459/73/%C4%B0nsan%20Genomu%20ve%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Evrensel%20Bildirgesi>, (Erişim Tarihi: 30.03.2019).

⁹⁰⁰ Zengin, **a.g.e.**, s. 77.

⁹⁰¹ İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Madde 10: “Özellikle biyoloji, genetik ve tıp alanlarında insan genomu ile ilgili olarak yürütülecek hiçbir araştırma ya da uygulama, insan haklarına, temel özgürlüklere, bireylerin veya insan topluluklarının onuruna gösterilen saygıdan daha üstün değildir.” <http://www.unesco.org.tr/Pages/459/73/%C4%B0nsan%20Genomu%20ve%20%C4%B0nsan%20Haklar%C4%B1%20Evrensel%20Bildirgesi>, (Erişim Tarihi: 17.11.2018).

⁹⁰² Batur, **a.g.m.**, s. 73.

⁹⁰³

http://www.unesco.org.tr/Content_Files/Content/Sektor/Sosyal_ve_Beseri_B/insan_genetik_verileri.pdf, (Erişim Tarihi: 04.04.2019).

⁹⁰⁴ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 635.

oluşturulabilme olasılığı da dikkate alındığında kişinin üzerinde psikolojik baskı oluşması ve bunun kamusal yaşama katılımını etkilemesi olasıdır.⁹⁰⁵ Alman Anayasa Mahkemesi tarafından getirilen “*obje formülü*” uyarınca kamusal organların faaliyetleri dolayısıyla insan basit bir obje yahut araç haline indirgeniyorsa insan onuru ihlal edilmiş demektir.⁹⁰⁶ İnsan bir obje değil hakları ve yükümlülükleri bulunan bir hukuk süjesidir.⁹⁰⁷ Giz altında tutulan ve fakat bir suç karşısında giz altında tutularak korunmaya değer olmaktan çıkan gerçek, ilgili kişinin vücuduna ait materyallerin analize tabi tutulması ile ortaya çıkarılacaktır. Kişilik ve karakter özellikleri araştırılmadan, sadece kimlik tespitine yönelik bir alanda genetik parmak izinin çıkarılmasının kişinin öznelikten çıkarılarak bir nesne haline dönüştüğü anlamını içermemektedir. Kişi bu durumda bir obje haline getirilmiş değildir, hakları bulunan bir muhakeme süjesidir. Gerçeğin ortaya çıkarılmasında toplumun olduğu kadar şüpheli/sanık sıfatında bulunan kişinin de menfaati bulunmaktadır. Gerçekten de moleküler genetik inceleme sonuçları kişi lehine de delil olabilecektir.⁹⁰⁸ Moleküler genetik incelemeler ile DNA’nın yalnızca kodlamayan alanı analiz edilmekte ve bu alan da herhangi bir genetik bilgi içermediği için dokunulmaz bir alan oluşturmadığı belirtilmiştir.⁹⁰⁹ Kan grubunun belirlenmesi süreci ya da resim, boy gibi biyometrik verilerin tespit edilmesine benzer şekilde, DNA sekansı ile oluşturulan profil/sayısal verilerle kimliklendirme yapılmasının insanın sırf insan oluşundan dolayı var olan değerinin tanınmamasına neden olmamakta; DNA analizinin yapılması muhatabını insan olmaktan çıkarmamaktadır.⁹¹⁰ Sonuç olarak moleküler genetik inceleme ile bireyin genetik bilgilerinin, genetik kodunun öğrenilmemesi, bireyin kişiliğini belirleyen unsurların ortaya çıkarılmaması garanti edildiği sürece insan haysiyetinin ihlal edilmediği kabul edilmelidir.⁹¹¹ DNA analizinin insan haysiyetini ihlal etmediğine yönelik olarak Türk ve Alman Hukukunda genel bir kabul olduğu da gözlemlenmektedir.⁹¹² Ancak belirtilmelidir ki moleküler genetik analiz sonucu elde edilen verilerin bir Adli DNA bankasında sistematik olarak tutulması sonucu verilerin

⁹⁰⁵ Küzeci, **a.g.e.**, s. 71.

⁹⁰⁶ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 129-130.

⁹⁰⁷ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 57.

⁹⁰⁸ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 58-59; Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1091.

⁹⁰⁹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1093.

⁹¹⁰ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 47.

⁹¹¹ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1092.

⁹¹² Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 47.

korunmasına yönelik oluşan ihlaller insan onurunun dokunulmazlığını zedeleyebilecektir.

2. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı

Moleküler genetik incelemeler ile kişiden alınan biyolojik materyal üzerinde analiz yapılarak kişinin genetik kimliği ortaya çıkarılmaktadır. Bu sebeple genetik kimliğin moleküler genetik incelemeler ile ortaya çıkarılmasının özel hayatın gizliliğini ihlal edip etmediği, genetik kimliğin kişinin hangi hayat alanına ait olduğu ve özel hayatın gizliliği korumasından yararlanıp yararlanamayacağı açıklığa kavuşturulması gereken hususlar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹¹³

Son derece dinamik ve teknolojiye gelişmelerle birlikte toplum yapısı ile doğrudan bağlantılı olan özel hayatın içeriğini tek tek saymaya ve sürekli güncellemeye olanak bulunmamaktadır.⁹¹⁴ Hayat kavramı, Alman Hukuk öğretisi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından ortaya atılan ‘üç alan’ teorisi uyarınca; gizli hayat (gizli alan, sır alanı), özel hayat (dar anlamda özel yaşam alanı) ve son olarak da genel hayat (ortak yaşam alanı) şeklinde alanlara ayrılmaktadır.⁹¹⁵ Genel hayat, toplum içindeki yaşantıda belirli ölçüde aleni olan görülebilen veya öğrenilebilen hususları kapsamaktadır. Bu alan kamuya açık yerlerde yaşanan olayları içermektedir. Özel hayat alanı, yalnızca ilgili kişiler özellikle kişinin yakın çevresi tarafından bilinen hayatı ifade etmektedir. Dar anlamda özel yaşam alanında olay belirsiz sayıda kişilerle değil, belirli sayıdaki kişilerle yaşanmaktadır. Gizli hayat ise herkesten gizlenen ancak kişinin istemi dahilinde bir veya birkaç kişiye açılabilen, kişinin sırlarını içeren alandır. Bir sırrın hukuksal korumadan yaralanabilmesi için başkalarına açıklanabilir bir nitelik taşıyıp taşıyamaması önem arz etmemektedir.⁹¹⁶

⁹¹³ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 60.

⁹¹⁴ Akyürek, **a.g.e.**, s. 30.

⁹¹⁵ Zahir İmre, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İÜHF**, C. XXXIX, S. 1-4, 1974, 147-168, s. 148; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, 3. Baskı, Ankara, 2008, s. 115-117; Ankara, Köksal Bayraktar, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, S. 1, 111-124, s. 115; Ergun Özbudun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, **AÜHF 50. Yıl Armağanı**, Ankara, 1977, Sevinç Matbaası, C. 1, 265-296, s. 266.

⁹¹⁶ İmre, **a.g.m.**, s. 149, Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 115-118.

Özel hayatın gizliliği hakkı kişinin özel hayatını her türlü müdahaleden uzak ve özgürce yaşamasıdır.⁹¹⁷ AİHM, özel hayat kavramının geniş bir kavram olduğunu, sınırlı bir tanım oluşturulabilecek bir kavram olmadığını ve kişinin, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsadığını kararlarında ifade etmektedir.⁹¹⁸ Bu hak, kişinin özel ve gizli hayatına ilişkin olay ve bilgilerinin hakkı olmayan üçüncü kişilerce öğrenilmesine karşı koruyan bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır.⁹¹⁹ Gizli alan, özel hayatın gizliliği hakkının dokunulmaz çekirdek alanını oluşturmaktadır. Bu alana yönelik ihlaller dar anlamda özel veya genel hayata yönelen saldırılardan daha ağır bir nitelik taşımaktadır.⁹²⁰ Bu nedenle özel hayatın gizliliği kapsamında en yoğun koruma gizli hayat alanı açısından söz konusudur.⁹²¹ Kişinin kendisiyle baş başa kaldığı, kimseyle paylaşmadığı, son sığınağı olarak tarif edilen giz alanı her türlü devlet müdahalesine karşı korunan mutlak anlamda dokunulmazlığa sahiptir. Söz konusu alanın ihlali insan onurunu ve dolayısıyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını ihlal edecektir.⁹²² Buna karşılık özel yaşam alanı ise müdahalelere karşı korunmakla birlikte dokunulmaz değildir, nispi korumaya sahiptir. Kamu yararı, özel hayatın gizliliği ve oranlılık ilkesi uyarınca alınan tedbirin gerekliliği ve amacına ulaşp ulaşmayacağı göz önünde bulundurularak karar verilmelidir. Müdahale yetkisi tanınan hallerde sınırlar çok kesin ve hassas olarak tanımlanmalı ve yasal bir niteliğe sahip olmalıdır.⁹²³ Kişinin özel ve gizli yaşam alanı yasalar tarafından korunmaktadır. Söz konusu alanlara ilişkin hususlar üçüncü kişiler tarafından bilinse dahi açıklanması sınırlandırılmıştır.⁹²⁴ Dolayısıyla bu hakka yönelik yasal bir gerekçeye dayalı olmayan müdahaleler hukuka aykırılık teşkil edecektir.⁹²⁵

⁹¹⁷ Ali Korkmaz, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 16 (Özel Sayı I), 2014, 99-103, s. 102.

⁹¹⁸ AİHM, *Pretty v. United Kingdom*, No: 2346/02, 29.07.2002, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60448>, (Erişim Tarihi: 07.04.2019), prg. 61; AİHM, *Y.F. v. Turkey*, prg. 33.

⁹¹⁹ Güçlü Akyürek, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Şubat 2011, s. 34.

⁹²⁰ Kılıçoğlu, **a.g.e.**, s. 138.

⁹²¹ Taner Geçmez, **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları TCK m. 132-134**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014, s. 11.

⁹²² Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1093; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 60.

⁹²³ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1094.

⁹²⁴ Çetin Özek, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2381, 1978, s. 157.

⁹²⁵ Korkmaz, **a.g.m.**, s. 102.

Özel hayatın korunması amacıyla getirilen sınırlamalar kişi haklarının korunması çerçevesindedir.⁹²⁶ Özel hayat kavramı ve günümüz dünyası dikkate alındığında kişi ile ilgili en önemli bilgi olan kişisel verilerin de özel hayata dahil olan konulardan olduğu anlaşılmaktadır.⁹²⁷ Kişisel verilerin korunmasındaki amaç; devlet veya üçüncü kişilerce verilerin istenmeyen biçimde toplanması ve işlenmesine karşı ilgili kişinin özel hayatının korunmasıdır.⁹²⁸

Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 10. maddesinde herkesin kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkının bulunduğu ifade edilmiştir.⁹²⁹ Anayasanın 20. maddesinde⁹³⁰ herkesin özel hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu; özel hayatın gizliliğine dokunulamayacağı hükmü düzenlenerek özel hayatın gizliliği koruma altına alınmıştır.⁹³¹ Anayasanın 20. maddesinde özel hayatın gizliliği hakkının millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı ile sınırlandırılabilir.⁹³² Bu haliyle moleküler genetik incelemelerin hayatın hangi alanına ilişkin olduğu; mutlak dokunulmazlığa sahip olan gizli alana bir müdahale oluşturup oluşturmadığı belirlenmelidir.⁹³³

⁹²⁶ Özek, a.g.e., s. 155.

⁹²⁷ Akyürek, **a.g.e.**, s. 36. Özel hayata dahil konular; kişisel veriler, sırlar, elektronik iletişim, telekomünikasyon yoluyla iletişim, kameralarla izlenme ve konut olarak belirlenebilecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz: Akyürek, **a.g.e.**, s. 36.

⁹²⁸ Akyürek, **a.g.e.**, s. 36.

⁹²⁹ Mahmutoglu, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, s. 5.

⁹³⁰ **Özel hayatın gizliliği** Madde 20/1-2 – “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga üçüncü cümle: 3/10/2001-4709/5 md.) (...) (Değişik fıkra: 3/10/2001-4709/5 md.) Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.”, <https://www.mevzuat.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 05.05.2019).

⁹³¹ Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 49; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 61.

⁹³² Aygörmüş Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 49; Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 61.

⁹³³ Özbek, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, s. 61.

Moleküler genetik incelemeler ile başkalarıyla paylaşılmayan sır alanının açığa çıkarılması ve başkalarının algısına sunulması tehlikesi analizin kişinin özel yaşamına ilişkin temel hakkı ile yakından ilişkilidir. Ancak tüm diğer haklarda olduğu gibi özel yaşamın gizliliği hakkı da bir suçun işlenmesinden sonra suça konu olayın aydınlatılabilmesi, suçun fail/faillerinin bulunabilmesi amacıyla yasa ile sınırlandırılabilir. Ceza Muhakemesi alanında kullanılan moleküler genetik incelemelerin amacı kişinin genetik bilgilerinin elde edilmesi değil kişinin kimliğinin tespittir. Bu sebeple moleküler genetik incelemelerin hukuk kuralları çerçevesinde ve hukuka uygun bir şekilde yapılması söz konusu hakkı ihlal etmeyecektir.⁹³⁴ Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesinin 12. maddesinde ise genetik teşhise yönelik testlerin sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabileceği düzenlenmiştir.⁹³⁵ Adli DNA analizlerinin DNA'nın kodlanmamış alanında yapıldığı için kişinin sır olarak tutmak isteyeceği bilgilerine erişilemeyecektir. Adli DNA analizi ile kişinin DNA profili çıkarılmakta ve bu sayısal veri dizisi yalnızca kimliklendirmeyi sağlamaktadır. Bu profil ile kişinin gizli alanına girilerek suçu işleyip işlememe potansiyelini belirleyecek herhangi bir kişilik özelliği, genine yönelik herhangi bir kusur, eksiklik (defekt), ırksal ya da fiziksel özellikleri tespit edilememektedir. Bu sebeple hayatın gizli alanına yönelik bir müdahale teşkil etmemektedir. Ancak DNA profilinin elde edilmesi sırasında ve sonrasında elde edilen tüm doğrudan veya dolaylı bilgiler kişinin özel hayatına bir müdahale teşkil edecektir. Örneğin olay yerinde bulunan DNA materyali ile kişinin orada bulunduğu ve neler yaptığı ortaya çıkacaktır. Dolayısıyla adli DNA analizleri hayatın 'özel alanına' bir müdahale teşkil edebilecektir. Adli DNA incelemeleri hayatın gizli alanına bir müdahale teşkil etmemektedir. Ancak özel hayat alanına yönelik bir müdahale teşkil ettiği bunun da Anayasada ve yasalarda öngörülen sınırlar çerçevesinde özel hayatın gizliliği hakkına aykırılık teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir.⁹³⁶ Gerçeğin ortaya çıkarılmasında toplumun menfaati de göz önünde bulundurulduğunda giz alanından

⁹³⁴ Yenerer Çakmut, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, s. 95-96.

⁹³⁵ Madde 12. (Genetik teşhise yönelik testler)

“Genetik hastalıkları teşhise yönelik veya ya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amaçlarıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir.” <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html>, (Erişim Tarihi: 05.05.2019).

⁹³⁶ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 49.

çıkartıp özel hayat alanına dahil etmektedir. Moleküler genetik inceleme ile kimlik tespitini aşar şekilde veri elde edilmemekte; analiz ile sadece spesifik verinin tespiti amaçlanmaktadır. Failin kimliğinin tespitini mümkün kılan bu bilgiler giz alanına değil özel alana aittir. Moleküler genetik incelemeye başvurulması hayatın giz alanını ihlal etmiş olmamaktadır.⁹³⁷ Etkili bir ceza yargılaması yapılabilmesi için suçların aydınlatılmasında yatan kamusal yarar ile orantılı ve anayasaya uygun bir müdahaleye katlanmayı beraberinde getirmektedir. Müdahalenin orantılı olması bakımından gerek Türk Hukukunda gerekse de Alman Hukukunda DNA profilinin tespit edilmesi sonrası biyolojik materyalin yok edilmesi zorunluluğu öngörülmüştür. Almanya’da DNA analizi ile elde edilen verilerin aktarılacağı sınırlı sayıdaki kişi ve kurumlar hakkında yasal mevzuatta ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Bu sebeple adli DNA analizlerinin ceza muhakemesi kuralları ile özel hayatı sınırlamaya yönelik düzenlemelerin anayasaya aykırılık teşkil etmeyeceği belirtilmiştir.⁹³⁸

Sonuç olarak moleküler genetik incelemeler için DNA verisinin kullanılması dokunulamaz olan giz alanına yönelik bir müdahale teşkil etmemektedir. Moleküler genetik incelemeler özel hayat alanına yönelik bir müdahale teşkil etmektedir. Hayatın özel alanına ise belirli koşulların bulunması halinde müdahale edilebilmektedir. Bu şartların sınırları aşılmadığı sürece moleküler genetik incelemeler özel hayatın gizliliği hakkını ihlal etmeyecektir. Ancak bu verilerin bir adli DNA bankasında depolanması sorun teşkil edebilecektir. Nitekim AİHM, hücre örneklerinin gelecekte kullanılma imkanı dolayısıyla sistematik olarak muhafaza edilmelerinin özel yaşama saygı hakkına müdahale oluşturması için yeterli olduğunu belirtmiştir.⁹³⁹

3. Kişisel Verilerin Korunması Hakkı

Kişisel verilerin korunması hakkı, Alman Hukukundaki bilgilendirme özerkliği veya kişisel bilgilerin geleceğini belirleme hakkına benzer olarak kökleri; insan onurunun dokunulmazlığı ve maddi ve manevi varlığı geliştirme hakkına dayanan Anayasa ve yasalar tarafından koruma altına alınmış bir haktır.⁹⁴⁰

⁹³⁷ Özbek, “Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi”, s. 1095.

⁹³⁸ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 50.

⁹³⁹ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 70.

⁹⁴⁰ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 55.

Kişisel veriler tarih boyunca o veriye sahip olmayanlar bakımından çeşitli sebeplerle önem arz etmiştir.⁹⁴¹ Teknolojide yaşanan gelişmeler sonucu kişisel verilerin işlenmesine yönelik teknik imkânların da gelişmesiyle hem kişisel verilere duyulan ihtiyaç hem de kişisel verilere ulaşma imkânı artmıştır.⁹⁴² Kamu kurum ve kuruluşları, akılcı yönetim ve güvenliği sağlamada; özel sektör ise mal ve hizmet pazarlama, verimliliği artırma, tüketici taleplerinden haberdar olma ve bu taleplerin karşılanmasına yönelik araştırma analiz faaliyetleri için kişisel verilere ihtiyaç duymaktadır.⁹⁴³

Günümüzde kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi, işlenmesi, devri gibi işlemlerin yapılabilmesi için görüntü ve ses kayıt cihazları, kameralar, bilgisayarlar, çip kartlar, uydudan izleme teknikleri gibi çok sayıda imkan bulunmaktadır.⁹⁴⁴ Büyük bir bilgi deposunda insanlar; isim, adres, telefon numarası, banka hesap numarası, sosyal güvenlik numarası, vatandaşlık numarası, pasaport numarası, yaş, saç rengi, göz rengi, boyu, posta işlemleri, kredi kartı aktiviteleri, seyahatleri, çalışma geçmişi, emlak alım satımı, adres değişiklikleri, çocuklarının yaşları ve sayısı, abonelikleri (dergi vs.) gibi sonsuz sayıda özelliklere göre tanımlanmaktadır.⁹⁴⁵ Bilgi teknolojileri yardımıyla bilgisayar destekli veri tabanları ile kişisel verilerin kalıcılığı, işlenebilirliği ve ulaşılabilirliği sağlanmakta; dijital elektronik ağlar yardımıyla da adeta bilgiler hasat edilmektedir.⁹⁴⁶ Orwell'ın 1984 adlı eserinde sözünü ettiği bireyleri izleyen, hareketlerini kaydeden tüm bunları ve daha fazlasını, yapmaya olanak veren araçları elinde bulunduran Büyük Biraderin (devlet) yanında günümüzde “küçük kardeş”lerden de söz edilmektedir.⁹⁴⁷ Teknolojinin her geçen gün ucuzlaması gözetim faaliyetinin çok merkezden yapılabilmesi bireyin veri tabanları içerisinde “dijital kod”

⁹⁴¹ Küzeci, **a.g.e.**, s. 19.

⁹⁴² Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 3-4.

⁹⁴³ Civelek, **a.g.e.**, s. 6; Küzeci, **a.g.e.**, s. 19.

⁹⁴⁴ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 3-4; Dağ, **a.g.e.**, s. 4.

⁹⁴⁵ Helen Nissenbaum, “Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public”, **Law and Philosophy**, Published by: Springer, Vol. 17, No: 5-6, November 1998, 559-596, s. 561. Moleküler biyologlar çok uzak olmayan bir gelecekte bir bilgisayar çipinin bireylerin tam DNA zincirini barkod şeklinde kaydedebileceğini tahmin ettiklerini söylemişlerdir. Nissenbaum, **a.g.m.**, s. 561, dp. 7.

⁹⁴⁶ Nissenbaum, **a.g.m.**, s. 561.

⁹⁴⁷ Küzeci, **a.g.e.**, s. 50.

olarak algılanmasına neden olmuş⁹⁴⁸ ve bireylerin izlerinden oluşan profillerin bulunduğu sanal bir alem oluşturulmuştur.⁹⁴⁹ Böylece veri tabanları yurttaşların bir araya getirilen profillerinin oluşturulması olanaklı duruma gelmiştir. Dolayısıyla farkında olsak da olmasak da bilgisayar ağları içerisinde çeşitli sayılarla formüle edilmiş benlikler, bilgisayar koridorlarında her geçen gün biraz daha ayrıntılı resimler oluşturmaktadır.⁹⁵⁰ Gerek kamu gerek özel kesim tarafından elde edilen kişisel bilgilerin otomatik veri işleme faaliyetleri sadece kişisel verilerin toplanıp, kaydedilmesini sağlamakla kalmamakta aynı zamanda işleme tabi tutulan veri veya bilgilerden yeni bilgiler, bireşimler, değerlendirmeler de elde edebilmektedir.⁹⁵¹ Bilişim teknolojilerinde toplanan bilgilerden türetilen ikincil bilgiler de gözetimi kolaylaştırmaktadır.⁹⁵² Bu sebeple kişisel veriler, kişi tarafından sunulan bilgilerden türetilen bilgilerin yardımıyla kişinin gerçek portresinin, kimliğinin ortaya çıkarılmasına neden olabileceğinden bir anı gösteren fotoğraftan çok daha tehlikeli olarak nitelendirilmiştir.⁹⁵³

Kişisel verilerin bir veya birden çok merkez tarafından, etkin ve etkili bir şekilde toplanabilmesi, işlenebilmesi, yayılabilmesi ve değerlendirebilmesi bireylerin sürekli olarak izlendikleri duygusunu taşımalarına neden olmaktadır.⁹⁵⁴ Bu durum ise gözetime ilişkin kaygıları artırmakta ve akıllara Orwell'in "Bin Dokuz Yüz Seksen Dört" adlı eserinde sözünü ettiği "düşünce polisini" getirmektedir.⁹⁵⁵ Eserde herkesin günün her saatinde gözlenebildiği, hareketlerinin kayıt altına alınabildiği hatta düşüncelerinin dahi okunabildiği "Büyük Birader seni izliyor" sloganı ile insanların şeffaflaştırıldığı bir gözetim toplumundan bahsedilmektedir.⁹⁵⁶ Foucault ise

⁹⁴⁸ Cumhur İzgi, "Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri", **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Vol. 1, No.1, 2014, 25-37, s. 28.

⁹⁴⁹ Civelek, **a.g.e.**, s. 3.

⁹⁵⁰ Küzeci, **a.g.e.**, s. 34.

⁹⁵¹ Tekin Akıllıoğlu, "Yönetimde Açıklık- Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı", **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 3-4, Haziran- Aralık 1991, 1-12, s. 11; Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 3.

⁹⁵² Nissenbaum, **a.g.m.**, s. 562.

⁹⁵³ Nissenbaum, **a.g.m.**, s. 590-591; Akyürek, **a.g.e.**, s. 36-37.

⁹⁵⁴ Küzeci, **a.g.e.**, s. 62. İngiliz Veri Koruma Denetçiliği için 2006 yılında hazırlanan bir raporda gözetim toplumu için bizlerin gözetim toplumunda yaşadığı ve artık bu toplumdan gelecek zaman eki ile söz etmenin anlamsız olduğu belirtilmiştir. A Report on the Surveillance Society, **For the Information Commissioner by the Surveillance Studies Network**, Editör David Murakami Wood, Eylül 2006, s. 1.

⁹⁵⁵ Dağ, **a.g.e.**, s. 8.

⁹⁵⁶ "Winston'ın arkasındaki tele ekrandan gelen ses dokuzuncu üç yıllık planın hedefleri aştığı konusunda ve ham demir hakkında hala bir şeyler geveleyip duruyordu. Tele ekran aynı anda hem yayın yapıyor hem de kaydedebiliyordu. Winston'ın çıkardığı fısıltıyı aşan her ses hemen kayda

Hapishanenin Doğuşu adlı eserinde, modern toplumda gözetimi anlatmak için, Bentham'ın "Panopticon Hapishanesi" metaforunu kullanmıştır. Bentham'ın Panatpicon'u, görülmeden görmeye ve gözetlemeye, böylece zihin üzerinde iktidar uygulamaya imkan sunan bir cezaevi tasarımı sunmaktadır.⁹⁵⁷ Teknolojideki gelişmeler adeta gelişmiş ve yaygınlaşmış bir "panoptikon"a olanak tanımaktadır.⁹⁵⁸ Kişi görülmekte ama görememekte; bir bilginin nesnesi olabilmekte ancak asla bir iletişimin öznesi olamamaktadır.⁹⁵⁹ İnsanın haberi olmaksızın gerçekleşen kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması sonucu kişinin bilgi gücünü elinde tutan otoritelere bağımlı hatta tutsak hale düşmesi kaçınılmazdır. Bunun özgürlük için büyük bir tehdit oluşturduğu açıktır.⁹⁶⁰ Keza günümüz teknolojisinde geliştirilen 'bulut' sistemi ile depolanan bilgilerin yok edilmesinin olanaksız hale gelmesi ve bilgileri kayıt altına alınan bireylerin kayıt altına alanlar tarafından bilgilerinin, bilinmeyen bir gelecekte kullanılması tehdidi ile karşı karşıya kalabileceği göz önünde tutulmamalıdır.⁹⁶¹

Yeni bir soruşturma yöntemi olarak kişilerin farklı veri tabanlarında bulunan bilgileri eşleştirerek suç işleyen kişi tespit edilmeye çalışılmaktadır. "Computer

alınabiliyordu; üstelik Winston, metal levhanın egemen olduğu görüş alanı içinde bulunduğu sürece işitilebildiği kadar görülebiliyordu da. Herhangi bir anda seyredilip seyredilmediğini anlayabilmeniz olanaksızdı. Düşünce Polisinin ne kadar sıklıkla ya da nasıl bir sistemle kimi izlediği bilinemezdi. Her an canları ne zaman dilerse alıcıyı çalıştırabilirlerdi. Çıkardığınız sesin işitildiği, karanlıkta olmadığınız sürece, her hareketinizin izlendiği varsayımı, içgüdüsel bir alışkanlık haline dönüşmüştü, bununla yaşamamız gerekiyordu – yaşıyordunuz." George Orwell, **Bin Dokuz Yüz Seksen Dört**, İstanbul, Can Yayınları, Çeviren Nuran Akgören, 13. Basım, Mart 2006, s. 10-11.

⁹⁵⁷ Dağ, **a.g.e.**, s. 6. 1791 yılında İngiliz filozof Jeremy Bentham tarafından önerilen panoptikon sistemi, çevrede halka halinde bir bina ve merkezde bir kuleden oluşmaktadır. Bu kulenin halkanın iç cephesine bakan geniş pencereleri vardır, çevre bina hücrelere bölünmüştür. Her bir hücrede biri merkeze bakan diğeri dışarıya bakan ve ışığın hücreye girmesine olanak veren iki pencere bulunmaktadır. Merkezi kuleye tek bir gözetmen hücrelere ise tek bir hasta, mahkum, işçi veya bir okul çocuğu kapatılması yeterli olmaktadır. Geriden gelen ışık sayesinde kuleden hücre içindeki kapatılmış küçük silüetleri kavramak mümkündür. Klasik hücrelerden farklı olan bu sistem kapatma, ışıktan yoksun bırakma ve saklama ilkelerini tersyüz etmektedir; bunlardan yalnızca birincisi korunmakta diğer ikisi kaldırılmaktadır. Görünürlük aslında bir tuzaktır. Kişi fiili durumda günün her saati gözetlenmese dahi, sistemde esas olan gözetim altında olduğunu düşünmesinin sağlanmasıdır. Michel Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Temmuz 2015, s. 295-297.

⁹⁵⁸ Küzeci, **a.g.e.**, s. 41. Buna karşılık teknolojideki gelişmeler ile bireyin yanı sıra devletin de izlenebilirliğinin arttığı da söylenmekte ise de devletin izlenebilirliğinin artması ve dolayısıyla şeffaf olması demokrasinin tanımında da yer alan, istenen ve demokrasiyi güçlendiren bir özelliktir. Dolayısıyla bireyin gözetim aracılığı ile şeffaflaştırılması; kendisiyle ilgili bilgilerin kendisinden habersiz toplanması, bunları silme hakkının tanınmaması, sürekli bir gözetim altında bırakılması bireyin temel haklarına, birey olma olanağını yaratan özerkliğine, mahremiyetine, özgürlüğüne zarar vermektedir. İzgi, **a.g.m.**, s. 27; Küzeci, **a.g.e.**, s. 53-54.

⁹⁵⁹ Foucault, **Hapishanenin Doğuşu**, s. 296.

⁹⁶⁰ Akıllıoğlu, **a.g.m.**, s. 11.

⁹⁶¹ İzgi, **a.g.m.**, s. 29.

matching” olarak adlandırılan bu teknik insanların tüm kategorilerdeki kayıtlarının görülmesine ve sınıflandırılmasına izin vermektedir. Çeşitli veri tabanlarında yer alan bilgilerin eşleştirilmesi hukuk kuralları gereğince kişisel mahremiyet konusunda kaygıların artmasına ve kişinin suçu ispatlanana kadar masum olduğu ilkesinin zarar görmesine neden olabilmektedir.⁹⁶² Kişilerin kendilerine ait bilgilerin kontrolünü ve denetimini kaybetmesi bireyin yalnız kalma hakkını kullanabilme kontrolünün, mahremiyetinin ortadan kalkmasına ve insan onurunun zedelenmesine neden olmaktadır.⁹⁶³

Hukuk devlet ilkesi gereğince kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi sırasında birtakım kurallara uyulması ve bireyin kişisel verilerinin korunmasına yönelik temel hak ve özgürlük alanının garanti edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle birey veri işleme faaliyetleri karşısında bir ‘*veri objesi*’ şeklinde basit ve korumasız bir konuma düşürülmemelidir. Bir temel hak koruması niteliğinde olan kişisel verilerin korunması, kişisel verilerin sınırsız ve hukuka aykırı olarak toplanması, kullanılması ve devri karşısında bireyin korunmasını amaçlamaktadır.⁹⁶⁴ Kişisel verilerinin korunması hakkı ile kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak sınırsız bir şekilde kaydedilmesi ve işlenmesi karşısında temel hak boyutuyla bir koruma getirmekte ve basit bir veri objesi olmaktan bireyi korumaktadır.⁹⁶⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kişisel verilerin korunmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. maddesi ile özel hayatın gizliliği bakımından güvence altına almıştır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunumuzda da kişisel veriler ile ilgili suç tiplerine özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar başlığı altında yer verilmiştir.⁹⁶⁶ Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen sonuçların kişisel veri olması dolayısıyla Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen bazı suçların kapsamına da

⁹⁶² John Shattuck, “Computer Matching Is A Serious Threat To Individual Rights”, **Communications of the ACM**, Vol. 27, Issue 6, June 1984, 538-541, s. 538. Ayrıca bkz: Küzeci, **a.g.e.**, s. 58; İzgi, **a.g.m.**, s. 30.

⁹⁶³ İzgi, **a.g.m.**, s. 29.

⁹⁶⁴ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 5; Civelek, **a.g.e.**, s. 14; Küzeci, **a.g.e.**, s. 62.

⁹⁶⁵ Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 112.

⁹⁶⁶ Handan Yokuş Sevük, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, 782-811, s. 782-783.

girmektedir. Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi (TCK m. 135), verilerin hukuka aykırı olarak bir başkasına verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi (TCK m. 136), kişisel verilerin kanunda öngörölmüş olan sürede yok edilmemesi (TCK m. 137) bu kapsama giren düzenlemelerdendir.⁹⁶⁷

Ceza Muhakemesi Kanununun 78 vd. hükümleri “kişisel veri hukuku” ile yakından ilişkilidir. Zira kişinin DNA’sının incelenmesi o kişi ile ilgili bütün bilgilerin ortaya çıkmasına neden olabilecektir.⁹⁶⁸

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin moleküler genetik incelemelere ilişkin olarak verdiği temel kararlarından biri S. ve Marper vs. Birleşik Krallık kararıdır.⁹⁶⁹ Karara konu olayda, S. 11 yaşında iken hırsızlığa teşebbüs suçundan yakalanmış, ardından yapılan ceza yargılaması sonunda beraat etmiştir. İkinci başvuran olan Marper ise partnerini taciz etmek ile suçlanmış, ardından aralarında uzlaşma sağlanmış ve dava düşmüştür. Her iki başvuran da alınan parmak izlerinin ve DNA örneklerinin yok edilmesini talep etmişlerse de şüphelilerden alınan örnekleri ulusal veri tabanında muhafaza etmenin faydasının çok olduğu ve yürürlükteki yasanın bu verileri saklamaya izin verdiğiinden bahisle başvuruçuların bu talepleri reddedilmiştir.⁹⁷⁰

Mahkeme, resmi makamlar tarafından muhafaza edilen özel bilgilerinin gelecekte nasıl kullanılabileceğine ilişkin kaygıların meşru olduğunu; genetik ve bilgi teknolojileri alanındaki gelişmelerin sürekli bir şekilde devam etmesi dolayısıyla ileride yeni yollarla, müdahalelere yol açabileceği ihtimalinin bulunduğunu kabul etmiştir.⁹⁷¹ Hücre örneklerinde bulunan kişisel bilgilerin miktarı ve türü dikkate alındığında, bunların muhafaza edilmesi, ilgili kişilerin özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına saldırı niteliği taşıdığı ifade edilmiştir. Bu bilgilerin sadece bir kısmının, gerçekte, resmi makamlar tarafından, DNA profillerinin yaratılması için çıkartılmış ve kullanılmış olması ve özel bir durumda, hemen zarara sebep olmamış olmalarının ise sonucu değıştirmedeği belirtilmiştir.⁹⁷² Mahkemeye göre hücre örneklerinden elde edilen ve bir şifre/barkod şeklini alan DNA profilleri, hücre

⁹⁶⁷ Centel/ Zafer, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, s. 323.

⁹⁶⁸ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 635.

⁹⁶⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 642.

⁹⁷⁰ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 10-16.

⁹⁷¹ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 71.

⁹⁷² AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 73.

örneklerine kıyasla daha az kişisel bilgi barındırmaktadır.⁹⁷³ Ancak Mahkeme, DNA profillerinin, bireyler arasındaki genetik ilişkilerin tespit edilmesini sağlayacak bir araç olması ve bunların muhafaza edilmesinin bu bireylerin özel hayatına saldırı oluşturduğu sonucuna ulaşmak için yeterli olduğunu; bilginin, şifreli olmasının, sadece bilgisayar yardımıyla anlaşılabilmesinin ve kısıtlı sayıda kişi tarafından yorumlanabilmesinin ise bu sonucu değiştirmemesi gerektiğini ifade etmiştir.⁹⁷⁴ Zira DNA profilleri, etnik kökene ilişkin çıkarımlar yapılmasına açık veriler oldukları için bu hassas verilerin muhafaza edilmesi özel hayata müdahale riski taşımaktadır.⁹⁷⁵ Mahkeme, başvuruların, hem hücre örneklerinin hem de DNA profillerinin beraat etmelerine rağmen muhafaza edilmesini, 8/1 kapsamında, başvuruların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi hakkına bir saldırı olarak nitelendirmiştir.⁹⁷⁶

AİHM, S. ve Marper/Birleşik Krallık kararı ile kişisel verilerin kaydedilmesi ve kullanılması açısından yasa ile öngörülmüş olma, meşru amaç ve demokratik toplumda gerekli olma kriterlerini belirlemiş ve incelemeyi bu kriterleri baz alarak yapmıştır. AİHM, yasa ile öngörülmüş olma ifadesi ile iç hukukta bir dayanağının bulunmasını ve Sözleşme'nin başlangıç kısmında açıkça belirtilmiş olan ve 8. maddenin konu ve amacının da içinde barındırdığı, hukukun üstünlüğüne uygun olması gerektiği; yasaların düzenlenişi bakımından süre, stoklama, kullanım, üçüncü kişilerin erişimi, verilerin gizliliği ve bütünlüğüne ilişkin prosedürler ve imhasına ilişkin prosedürlere ilişkin ve yargılananların, yetki aşımı ve keyfiliğe karşı yeteri kadar güvenceye sahip olmalarını aramaktadır. Mahkeme suçların tespit edilmesi ve sonuç olarak önlenmesini meşru amaç olarak kabul etmektedir. Kişiden ilk veri alınması ile suç arasında bağlantı kurulmaya çalışılırken; bu verilerin muhafaza edilmesinin gelecekte işlenecek suçlarda failin kimlik tespitine yönelik olduğu ifade edilmiştir. Demokratik bir toplumda gerekli olması hali ise mahkeme tarafından; müdahalenin üstün bir sosyal ihtiyacı karşılaması, hedeflenen meşru amaç ile orantılı olması ve ulusal makamların öne sürdüğü gerekçelerin önemli ve yeterli olması olarak belirlenmiştir.⁹⁷⁷

⁹⁷³ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 74.

⁹⁷⁴ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 75.

⁹⁷⁵ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 76.

⁹⁷⁶ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 77.

⁹⁷⁷ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 95-101.

Hücre örneklerine ilişkin olarak, devletlerin birçoğu, bunların, sadece, belli bir ağırlık eşiğine ulaşmış olan suçları işlediğinden şüphe edilen kişilerin ceza yargılamaları kapsamında alınmasına izin vermektedirler. DNA veri tabanına sahip olan sözleşmecî devletlerin çoğunda, hücre örnekleri ve genetik profiller, sırasıyla, imha edilmekte; derhal ya da beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararından belli bir süre sonra silinmektedir.⁹⁷⁸ İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda, Avrupa Konseyi bünyesinde, polis kayıtlarına geçmesi gereken bir suç işlediğinden şüphelenilen bir kişinin, parmak izleri, hücre örnekleri ve DNA profillerinin, süresiz olarak muhafaza edilmesine izin veren tek hukuk sistemleridir.⁹⁷⁹ AİHM, S. ve Marper vs. Birleşik Krallık kararında, DNA veri tabanlarının genişletilmesinin sağlayacağı faydalara rağmen, diğer sözleşmecî devletlerin, özel yaşamın korunmasına ilişkin çıkarla denge kurabilmek için bu verilerin muhafaza edilmesi ve kullanılmasıyla ilgili sınırlar belirlediklerini göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme, ceza yargılaması sisteminde, modern bilimsel tekniklerin kullanımına ne pahasına olursa olsun ve bu tekniklerin kullanımının sağlayacağı faydaların ve özel yaşamın korunmasına ilişkin çıkarlar arasında denge kurulmaksızın izin verilmesi halinde Sözleşme'nin 8. maddesinin sağladığı güvencenin etkisinin düşmüş olacağına işaret etmektedir. Mahkeme'ye göre, sözleşmecî devletler arasında, bu bağlamda oluşmuş olan güçlü uzlaşma çok ciddi bir öneme sahiptir ve savunmacı devletin, bu alanda izin verilen müdahalenin nereye kadar gidebileceğini değerlendirme konusundaki takdir marjını azaltmaktadır. Mahkeme, yeni teknolojilerin gelişiminde, öncü bir rol üstlenen her devletin, adil dengeyi kurma konusunda özel bir sorumluluk taşıdığı kanaatindedir.⁹⁸⁰ Mahkeme, veri tabanlarının genişletilmesinin, suçların tespit edilmesi ve önlenmesine katkıda bulunduğunu kabul etmektedir.⁹⁸¹ Tespit edilmesi gereken şey, bu muhafaza etme durumunun, orantılı olup olmadığı ve rekabet halinde olan kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge yansıtıp yansıtmadığıdır.⁹⁸² Sonuç olarak, Mahkeme, mevcut olayda başvurulara uygulandığı şekilde, suçlu olduğundan şüphelenilen fakat mahkûm edilmemiş kişilerin parmak izleri, biyolojik örnekler ve DNA profillerinin muhafaza edilmesinin genel ve farklılaştırılmamış niteliğinin, söz konusu, kamu çıkarları ve özel çıkarlar arasında adil bir denge sağlamadığını ve savunmacı devletin, kabul edilebilecek takdir marjını aşmış olduğu kanaatindedir. Böylelikle, söz konusu

⁹⁷⁸ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 108.

⁹⁷⁹ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 110.

⁹⁸⁰ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 112.

⁹⁸¹ AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 117.

⁹⁸² AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 118.

muhafaza etme, başvuranların özel yaşamlarına saygı gösterilmesi haklarına orantısız şekilde saldırı oluşturmakta ve demokratik bir toplumda gerekli olarak görülmemektedir.⁹⁸³

AIHM'nin moleküler genetik verilerin toplanması ve muhafaza edilmesine yönelik olarak verdiği bir diğer önemli karar ise Goggins ve Diğerleri vs. Birleşik Krallık⁹⁸⁴ kararıdır. Bu kararda 8 ayrı başvurunun cinsel saldırı ve çevreye rahatsızlık vermek gibi çeşitli suçlardan veya sebebi tam olarak belirlenemeyen şekilde polis tarafından DNA örnekleri, parmak izleri alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir. 1984 tarihli Police and Criminal Evidence Act (PACE) kanunu uyarınca yapılan bu işlemler sonucu elde edilen veriler, başvuru sahiplerinin gözetimine alınıp bırakılmaları veya suçlamaların düşürülmesine karşın yok edilmemiştir.⁹⁸⁵ Mahkeme, başvuru sahiplerinin DNA ve parmak izi örnekleri ile bazıları açısından PNC (Police National Computer) kayıtları ve fotoğrafların toplanması ve muhafaza edilmesini AIHS'nin 8. maddesi kapsamında incelemiştir.⁹⁸⁶ Mahkeme, S. ve Marper kararına atıfta bulunarak, kendisinden şüphelenilen ancak suçlu olduğu kanıtlanmamış kişilerin DNA örneklerinin saklanması kamusal çıkarlar ve bireysel çıkarlar arasında olması gereken adil dengeyi bozduğunu; bu verilerin muhafaza edilmesinin özel yaşamın gizliliğine saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiğini ve demokratik toplumun gereklerine aykırı olduğunu belirtmiştir.⁹⁸⁷

AIHM'nin Birleşik Krallık aleyhine masum insanların DNA verilerinin tutulmasının 8. maddede koruma altına alınan özel yaşam hakkına orantısız bir müdahale oluşturduğuna ilişkin ihlal kararları sonucu, Birleşik Krallık'ta DNA ve parmak izinin muhafazası konusunu içeren Özgürlükleri Koruma Yasası 2012 (*The Protection of Freedoms Act 2012*) 31 Mart 2013 tarihinde yürürlüğe girmiştir.⁹⁸⁸

⁹⁸³ AIHM, S. and Marper v. United Kingdom, prg. 125.

⁹⁸⁴ AIHM, Goggins and Others v. The United Kingdom, No: 30089/04, 14449/06, 24968/07, 13870/08, 36363/08, 23499/09, 43852/09 ve 64027/09, 19.07.2011, Final 08.03.2012, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105719>, (Erişim Tarihi: 09.04.2019).

⁹⁸⁵ AIHM, Goggins and Others v. The United Kingdom, prg. 6-42.

⁹⁸⁶ AIHM, Goggins and Others v. The United Kingdom, prg. 52-53.

⁹⁸⁷ AIHM, Goggins and Others v. The United Kingdom, prg. 72.

⁹⁸⁸ Home Office, Policy paper, Protection of Freedoms Act 2012: how DNA and fingerprint evidence is protected in law, Published 4 April 2013, <https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

Sonuç olarak AİHM, özel yaşama ilişkin kararlarında kişisel verilerin ne şekilde elde edilmiş olursa olsun sonradan kullanılıp kullanılmamalarından da bağımsız olarak resmi makamlar tarafından muhafaza edilmesini, kaydedilmesini sistematik olarak biriktirilmelerinin kişinin özel hayatı ile doğrudan sonuçları olduğunu kabul etmektedir. Moleküler genetik incelemenin suçla mücadelede faydalarının bulunduğunu kabul etmekle birlikte muhafaza etme işleminin süre ile sınırlı olmaması, delillerin suç işlediğinden şüphelenilen kişinin işlediği suçun türü ve ağırlığından bağımsız muhafaza edilmesini kabul etmemektedir. Özellikle beraat etmiş kişilerin ulusal veri tabanındaki örneklerinin silinmesini ya da imha edilmesini talep edebilmesi için bulunan imkanların yokluğu ya da yetersizliğini ihlal olarak kabul etmektedir. Yasa koyucunun, muhafaza etme işlemini suçun ağırlığı, önceki yakalamalar, kişi üzerindeki şüphelerin ağırlığı ya da her türlü diğer özel koşul gibi belli kriterlere dayanan bağımsız bir denetimi öngörmesini istemektedir.⁹⁸⁹ Nitekim kişinin geçmişte yaşadığı ve dijital hafızaya kaydedilen bilgilerinin, arşivlenmesinde üstün bir kamu yararı olmadığı müddetçe, zaman içerisinde unutulmasını, toplum tarafından öğrenilmesini ya da hatırlanmasını istemediği bu tür kişisel verilerinin silinmesini ve yayılmalarının önlenmesini isteme olarak ifade edilen unutulma hakkı bulunmaktadır.⁹⁹⁰ Asıl fonksiyonunun özel hayatın gizliliğinin ve kişisel verilerin korunmasının sağlanması⁹⁹¹ olan bu hak da veri tabanında yer alan verilerin silinmesinde öne sürülebilecektir.

Birçok temel hakta olduğu gibi kişisel verilerin korunması hakkı da kamu düzeninin korunması, efektif ceza yargılaması ve suçların aydınlatılmasında yatan kamu yararı gibi nedenlere bağlı olarak sınırlandırılabilir.⁹⁹² Keza Anayasa Mahkemesi de bu hakkın sınırsız olmadığını “*Ancak söz konusu hak mutlak ve sınırsız olmayıp Anayasa’nın 13. ve 20. maddeleri gereğince belirli koşullarda, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlanabilir*” ifadeleri ile belirtilmiştir.⁹⁹³ Bu yönüyle CMK m. 80/1 hükmünde moleküler genetik incelemelere konu verilerin kişisel veri niteliğinde olduğu, başka

⁹⁸⁹ Yenisey/Nuhoğlu, **a.g.e.**, s. 645.

⁹⁹⁰ Sinan Sami Akkurt, “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, **AÜHFD**, C. 65, S. 4, 2016, 2605-2635, s. 2608.

⁹⁹¹ Akkurt, **a.g.m.**, s. 2614.

⁹⁹² Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 58.

⁹⁹³ **AYM.**, E.: 2014/180, K.: 2015/30, Karar Tarihi: 19.3.2015, Resmi Gazete Tarih-Sayı: 3.4.2015-29315, <http://kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 12.04.2019).

bir amaçla kullanılamayacağı; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceğine ilişkin düzenleme kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında anayasaya aykırılık teşkil etmemektedir.⁹⁹⁴ Ancak elde edilen DNA profillerinin elde edilmesinde, incelenmesinde veya muhafazasında meydana gelebilecek hukuka aykırılıklar bu hakkın ihlaline sebep olacaktır.



⁹⁹⁴ Aygörmez Uğurlubay, **a.g.m.**, s. 59.

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Kanunumuzda, mülga kanun olan CMUK'un aksine moleküler genetik inceleme 78 ila 80 hükümleri arasında ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Ayrıca CMK m. 82 uyarınca çıkarılan Yönetmeliğin tanımlar başlıklı 3. maddesinde moleküler genetik inceleme *“gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade eder”* şeklinde tanımlanmıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda moleküler genetik incelemeler, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli, sanık ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla yapılabilmektedir.

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından moleküler genetik incelemeler karma nitelikli bir hukuki niteliğe sahiptir. Şöyle ki beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbirinin bir devamı olması ve moleküler genetik incelemelerin konusunu kişinin hassas verilerinin oluşturması dolayısıyla koruma tedbiri; olay yerinden elde edilen iz ve materyaller üzerinde uygulanabilmesi dolayısıyla olay yeri incelemesi ve hakim bakımından keşif ve elde edilen verilerin bilirkişi tarafından incelenmesi dolayısıyla da bilirkişi incelemesi niteliğindedir.

Ceza Muhakemesi Hukukunda ise moleküler genetik incelemelerin konusunu *“insana ait biyolojik bulgu ve materyaller”* oluşturmaktadır. İnsana ait biyolojik bulgu ve materyaller beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yolu ile elde edilebileceği gibi

olay yerinden de elde edilebilecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alma yolu ile elde edilecek veriler özünde tıbbi müdahalenin şartlarına tabidir. Bu şartlardan en önemlisi de kuşkusuz rızadır. Şüpheli veya sanığın rızası bulunmaksızın örnek alma işleminin gerçekleştirilebileceği katlanma yükümlülüğünün bulunması dolayısıyla doktrinde genel olarak kabul edilmektedir. Ancak mağdur bakımından bu kadar net bir söylem bulunmamaktadır. Kanundaki düzenlemede ise rıza bulunmaksızın muayene ve örnek alma işlemlerinin yapılamayacağına dair herhangi bir düzenleme öngörülmemiştir. Kişiden zor kullanılarak örnek alınmasının kişinin kendi aleyhine delil göstermeme hakkı ile çelişeceği ortadadır. Burada AİHM kararlarında da sıklıkla söz edilen orantılılık ilkesi göz önünde bulundurularak muayene ve örnek alma işlemlerinin olmazsa olmaz olup olmadığına bakılarak karar verilecektir. Olay yeri incelemesi ile veri elde edilmesi ise kanunda “bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifadenin olay yerinden elde edilen materyal ifadesi ile örtüştüğü söylenebilirse de olması gereken hukuk açısından yasada açık bir şekilde ifade edilmelidir.

Moleküler genetik incelemeler için kanunda aranan birtakım şartlar bulunmaktadır. Bu şartlardan ilki şüphe şartıdır. Moleküler genetik incelemelere başvurulabilmesi için basit başlangıç şüphesi yeterli kabul edilmiştir. Ancak bunun yanı sıra kanunda ancak zorunlu hallerde başvurulabileceği belirtilmiştir. Moleküler genetik incelemelere beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri ile bulunan ve kime ait olduğu bilinmeyen beden parçalarının şüpheli, sanık veya mağdura ait olup olmadığının tespiti amacıyla şüpheli, sanık ve diğer kişiler üzerinde yapılabilecektir. Ancak beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerinin dolayısıyla moleküler genetik incelemelerin mağdur ve soybağı araştırılacak çocuk dışında diğer kişiler üzerinde uygulanabilmesi için CMK’nın 76. maddesinde diğer kişilere uygulanabileceği açık bir şekilde düzenlenmelidir. Ayrıca moleküler genetik incelemelere başvurulabilmesi için şüpheli ve sanık bakımından CMK m. 75/5 hükmü uyarınca iki yıl veya daha fazla hapis cezasının öngörülmesi durumunda moleküler genetik incelemelere başvurulabilecektir. Moleküler genetik incelemelere CMK’nın 79/1 hükmü uyarınca sadece hakim tarafından karar verilebilecektir. Ayrıca kararda inceleme ile görevlendirilen bilirkişi de gösterilecektir.

Moleküler genetik incelemelere karşı soruşturma evresinde hakim kararı ile alınacağı için itiraz kanun yolu açıktır. Ancak kovuşturma evresinde mahkeme makamı tarafından verilecek olan inceleme kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabileceği ayrıca ve açıkça düzenlenmediği için karar ancak hükümle birlikte istinaf ve temyiz edilebilecektir.

Moleküler genetik incelemeler sonucu elde edilen delilin bilimsel bir belirti delili olması dolayısıyla hukuka uygun olarak elde edilmesi gerekmektedir. Hukuka aykırı olarak elde edilen deliller muhakemede kullanılamayacaktır. Hukuka aykırılık beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile olay yeri incelemesi sırasında; moleküler genetik inceleme sırasında veya sonrasında meydana gelebilecektir.

Moleküler genetik inceleme sonucu elde edilen veri kişisel veridir. Hatta bu genetik veri hassas kişisel veri olarak kabul edilmektedir. Bu hassas verinin inceleme sonrası akıbetinin ne olacağı ise problem oluşturmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukumuzda açıkça bu kişisel verilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda derhâl yok edileceği düzenlenmiştir. Ancak bu hükümde belirtilen kararlar dışında örneğin mahkumiyet hükmü verilmesi durumunda verinin akıbeti konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Kanaatimizce hükümde tek tek sayma yoluna gidilmiş; sayılmayan hükümlerde yok edilmemesi amaçlanmıştır. Ancak bu durumda bu tür verilerin nerede, nasıl ve hangi koşullar altında saklanacağı sorunu gündeme gelmektedir. Uluslararası hukukta pek çok ülkede bu tür verilerin bir adli DNA bankasında saklanacağı kabul edilmektedir. Ancak son derece hassas bir veri olan ve kişi hakkında pek çok sırrı da barındıran böyle bir verinin saklanması ya da hangi koşullarda, ne kadar süre ile saklanması gerektiği büyük önem taşımaktadır. Ülkemizde henüz mevcut bir adli DNA bankası bulunmamaktadır. Ancak İç İşleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğünün 2018 yılı Faaliyet Raporunda da açık bir şekilde belirtildiği üzere böyle bir banka kurulması hedeflenmektedir. Elbette ki böyle bir bankanın bulunması suç ve suçlulukla mücadelede önemli olmakla birlikte DNA verisinin özel nitelikli kişisel veri niteliği dolayısıyla muhafazası veri koruması açısından endişelere neden olmaktadır.

Temel hak ve özgürlükler bağlamında moleküler genetik incelemeler ise vücut bütünlüğü hakkı, sağlık hakkı, kişinin kendi aleyhine delil vermeme hakkı, insan onurunun dokunulmazlığı hakkı, özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakları ile doğrudan ilişkilidir. Moleküler genetik incelemelerin kişinin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterileceği ve kişinin katlanma yükümlülüğünün bulunması dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri ihlal etmediği genel olarak kabul edilmektedir. Ancak AİHM'nin kararlarında da belirttiği üzere moleküler genetik incelemelerin muhakemede kullanılması ya da bu verilerin gelecek yargılamalarda kullanılmak üzere saklanması başlı başına ihlal nedeni olmamaktadır. Orantılılık ilkesi ve yeterli güvencelerin bulunması durumunda moleküler genetik incelemelere başvurulabilecek ve elde edilen veriler muhafaza altına alınabilecektir.

KAYNAKÇA

Açıkgöz Nihal/Hancı İ. Hamit/Çakır A. Hadi, “DNA Laboratuvarının İşleyişi”, **Sürekli Tıp Eğitimi Dergisi (STED)**, C. 11, S. 4, 2002, 126-128.

Açıkgöz Nihal/Hancı İ. Hamit/Çakır A. Hadi, “Olay Yerinden DNA Analizi İçin Biyolojik Örnek Toplama ve Örneklerin Laboratuara Gönderilme Usulleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 51, S. 2, Haziran 2002, 199-206.

Akbulut Berrin, “Dış Beden Muayenesi”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Y. 7, S. 27, Temmuz 2016, 83-123.

Akıllıoğlu Tekin, “Yönetimde Açıklık- Gizlilik ve Bilgi Alma Hakkı”, **Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi**, C. 46, S. 3-4, Haziran- Aralık 1991, 1-12.

Akkurt Sinan Sami, “17.06.2015 Tarih, E. 2014/4-56, K. 2015/1679 Sayılı Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı Ve Mukayeseli Hukuk Çerçevesinde ‘Unutulma Hakkı’”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, 2605-2635.

Aksoy Hüseyin Can, **Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Çakmak Yayınevi, 1. Bası, Mart 2010.

Aksoy İpekçioğlu Pervin, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 2012, C. LXX, S. 1, 19-38.

Aksoy İpekçioğlu Pervin, “Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu”, **Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan**, 1157-1175.

Akyürek Güçlü, “Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012, S. 101, 61-82.

Akyürek Güçlü, **Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, Şubat 2011.

Alacakaptan Uğur, “Delil Yasakları”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, 519-524.

Albayrak Zeynep, “Medeni Yargıda İnsan Bedeni Üzerine İnceleme”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 9, Sayı: 33, Ocak 2018, 721-751.

Alptekin Kamil, “Sağlık Hakkı ve İnsan Hakları Üzerine Bir Değerlendirme”, **Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi**, C. 12, 2004, 132-139.

Altaş Ebru, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı”, **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 3, Nisan 2007, 77-110.

Altunkaş Aysun, **Hukuka Aykırı Delil Teorisi Işığında İfade Alma ve Sorgu**, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İnsan Hakları Hukuku Bölümü Yüksek Lisans Tezi, 2006.

Andorno Roberto, “Biomedicine and international human rights law: in search of a global consensus”, **Bulletin of the World Health Organization**, Vol. 80 (12), 2002, 959-963, s. 960, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov>, (Erişim Tarihi: 06.05.2019).

Andorno Roberto, “Human Dignity and Human Rights”, **Handbook of Global Bioethics**, Chapter 4, Editors: Henk A.M.J. ten Have, Bert Gordijn, Publisher: Springer Netherlands, January 2014, 45-57.

Apiş Özge, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 2012, C. 18, S. 1, 267-296.

Arısoy Yücel/Eresen Çiğdem/Özbek Veli Özer, “Yeni Yasal Düzenlemeler ve Moleküler Genetik İncelemeler”, **Türkiye Klinikleri J Med Science**, S. 28, 178-181.

A Report on the Surveillance Society, **For the Information Commissioner by the Surveillance Studies Network**, Editör David Murakami Wood, Eylül 2006.

Artuk M. Emin/Gökcen Ahmet/Alşahin M. Emin/Çakır Kerim, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Adalet Yayınevi, 11. Baskı, 2017.

Atasoy Sevil, “Bilimsel Deliller”, **Yargı Reformu 2000 Sempozyumu**, İzmir, 516-518.

Aydın Murat, **Tıbbi Müdahale Olarak Organ ve Doku Nakli ve Ceza Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Eylül 2008.

Aydın Sedat Erdem, **AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2014.

Aygörmez Uğurlubay Gülsün Ayhan, “Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi**, C. 5, S. 2, 2017, 29-87.

Aygün Aydın, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma”, **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, S. 8, Aralık 2016, 49-73.

Bakıcı Sedat, “Adli Tıp-Adli Tıp Kurumları ve Önemi”, **Ankara Barosu Dergisi**, S. 1, 1980, 28-33.

Batum Süheyl/Yenisey Feridun/Erkut Celal/İnceoğlu Sibel, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Adil Yargılanma İlkesi Işığında Hukuk Devleti ve Yargı Reformu, Anayasa Hukuku, İdare Hukuku ve Ceza Hukuku Açısından**, Yayın No: TUSİAD-T/2003/12-369, Aralık 2003.

Batur Necat, “Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2016, S. 126, 69-94.

Bayraktar Köksal, **Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Doktora Tezi, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972.

Bayraktar Köksal, “Özel Yaşamın Gizliliğine Saygı İlkesi”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2007, S. 1, 111-124.

Beulke Werner/Swoboda Sabine, **Strafprozessrecht**, 14. Auflage, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

Beyleveld Deryck, “An Overview of Directive 95/46/EC in Relation to Medical Research”, **The Data Protection Directive and Medical Research Across Europe**, 2004, 5-21.

Birtek Fatih, “Tıbbi Müdahaleler Açısından Komplikasyon-Malpraktis Ayrımı”, **İstanbul Barosu Dergisi**, C. 81, S. 5, 2007, 1997-2006.

Budak Ali Cem, “Türk Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Deliller”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 337-356.

Büken Erhan, “Adli Tıpta Genetik Araştırmalar”, **İyi Klinik Uygulamalar Dergisi**, S. 22, 2009, 33-42.

Büyükay Yusuf, “Gen Analizleri ve Mukayeseli Hukuktaki Düzenlemeler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 3-4, 2005, 355-382.

Cengiz Serkan/Demirağ Fahrettin/Ergül Teoman/McBride Jeremy/Tezcan Durmuş, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği, Kasım 2008.

Centel Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, **AÜEHFD**, C. IV, S. 1-2, 2000, 3-19.

Centel Nur, “Cezanın Amacı ve Belirlenmesi”, **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 337-372.

Centel Nur/Zafer Hamide, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Beta Basım, 14. Bası, Eylül 2017.

Centel Nur/Zafer Hamide/Çakmut Özlem, **Türk Ceza Hukukuna Giriş**, İstanbul, Beta Basım, 10. Baskı, Eylül 2017.

Chalmers Donald, “General Themes”, Chapter 1, **Genetic Testing And The Criminal Law**, Edited By: Don Chalmers, Routledge Taylor and Francis Group, 1st Edition, First Published 2005, eBook Published 25 September 2017.

Cho Mildred K./Sankar Pamela, “Forensic Genetics and Ethical, Legal and Social Implications Beyond the Clinic”, **Nature Genetics Supplement**, C. 36, S. 11, Kasım 2004, 8-12.

Cihan Erol, “Ceza Muhakemesi Hukukunun Gayesi”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, XXVIII, 3-4, 1963, 701-712.

Civelek Dilek Yüksel, **Kişisel Verilerin Korunması ve Bir Kurumsal Yapılanma Önerisi**, Uzmanlık Tezi, Bilgi Toplumu Dairesi Başkanlığı, Nisan 2011.

Committee on DNA Technology in Forensic Science, Board on Biology, Commission on Life Science, National Research Council, **DNA Technology in Forensic Science**, National Academies Press, Washington D.C., 1992.

Çavuşoğlu Ayfer Uyanık, “Genom Analiz Sonuçlarının Özel Sigorta Sözleşmeleri Kapsamında Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk Bülteni (MHB)**, C. 23, S. 1-2, Ocak 2003, 827-850.

Çınar Ülkü, ““DNA Verileri Ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı’ Üzerine Bir Değerlendirme Ve Öneriler”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Y. 3, S. 21, Mayıs 2008, 147-156.

Çırakoğlu Beyazıt, “2020’de Gen Teknolojisi”, 2000-2020 Sürecinde Nasıl Bir Dünya, Türkiye, Sağlık, Tıp Ortamı Öngörülebilir, Oluşturulabilir?, **Türkiye Tabipler Birliği**, Nisan 2002, 85-90.

Çilingiroğlu Cüneyt, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993.

Dağ Güray, **Kişisel Verilerin Ceza Muhakemesi Hukukunda Delil Olarak Kullanılması**, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Tezi, İstanbul 2011.

Deutsch Erwin, “Özellikle Deneysel Tıp Açısından Hekimin Sorumluluğu”, Çev. İrfan Yazman, 171-186.

Dönmezer Sulhi, “Ceza Muhakemesi Kanunu 1999 Tasarısının Temel İlkeleri”, **CMUK Sempozyumu**, İstanbul, Beta Yayınevi, 1999.

Duncan George T./Tracey Martin L./Stauffer Éric, Chapter 9: DNA Typing, **Forensic Science An Introduction to Scientific and Investigative Techniques**, Edited by Stuart H. James/Jon J. Nordby/Suzanne Bell, 4. Bası, 2014.

Dursun Gizem, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 2955-2996.

Elmas İmdat/Ersoy Gökhan, “Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut”, **Klinik Gelişim**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, C. 22, Adli Tıp Özel Sayısı, 2009, 111-113.

Erbaş Rahime, “The Tension between Genome Privacy and Criminal Justice in the Wake of DNA Databases”, **Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi-Journal of Penal Law and Criminology**, C. 5, S. 2, 2017, 163-178.

Erem Faruk, **Ceza Usulü Hukuku**, Ankara, Sevinç Matbaası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, No: 427, 1978.

Erten Rıfat/Acır Birsen/Taşveren Sema, “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 45, S. 1, 1996, 573-588.

Ertuğrul Hüseyin, “Ceza Muhakemesinde Katlanma Yükümlülüğü”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2008, C. XII, S. 1-2, 687-699.

Eryılmaz M. Bedri, “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) ile Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri” **Ankara Barosu Dergisi**, 2000, S. 1, 47-96.

Fidanoğlu Pelin/Belder Nevin/Erdoğan Beyza/İlk Özlem/Rajabli Farid/Özdağ Hilal, “Genom Projeleri 5N 1H: ne, nerede, ne zaman, nasıl, neden ve hangi popülasyonda”, **Türk Hijyen ve Deneysel Biyoloji Dergisi**, C. 71, S. 1, 2014, 45-60.

Foucault Michel, **Hapishanenin Doğuşu**, Çeviren: Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara, İmge Kitapevi, 6. Baskı, Temmuz 2015.

Geçmez Taner, **Haberleşmenin Gizliliğini İhlal ve Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları TCK m. 132-134**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Muhakemesi) Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2014.

Gödekli Mehmet, “Türk Ceza Muhakemesinde Maddi Gerçeğe Ulaşmanın Ön Koşulu Olarak Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Yasağı”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, 1815-1924.

Gülsoy M. Tevfik/Kök A. Nezih, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IX, S. 1-2, 2005, 1-21.

Güneş İsmail, “Suçların Aydınlatılmasında Parmak İzi”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 425-433.

Devrim Güngör/Okan Bakşı, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Bedenden Örnek Alınması ve Genetik İncelemeler”, **Adli Bilimler Dergisi**, C. 8, S. 3, Eylül 2009, 63-71

Gürbüz Meral, **Kişilik Hakkı Açısından Tıbbi Genetik Analizler**, Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, Eylül 2010.

Gürelli Nevzat, “Hukuk Açısından Cerrahi Müdahalelerin Sınırları”, Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan (1981-1982), **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, 1979-1980-1981 C. 45, S. 1-4, 267-275.

Gürelli Nevzat, **Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik**, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından, Cezaevi Matbaası, İstanbul 1967.

Hakeri Hakan, “Hekimlerin Cezai Sorumluluğu”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku)**, **Sempozyum**, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 61-147.

Hall Thea Denean, **Public Perception and Privacy Issues with DNA Regulations and Database in Alabama**, Published by ProQuest, Dissertation Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Doctor of Philosophy Public Policy and Administration Walden University, December 2016.

Hildebrandt Mireille, “Who is Profiling Who? Invisible Visibility”, **Reinventing Personal Data**, Chapter 14, January 2009, 239-252.

Hope Royy M., Structure and Function of DNA: an introduction, **Dna in Forensic Science: Theory, Techniques And Applications**, Editors James Robertson/A. M. Ross/L. A. Burgoyne, Yayınevi: Chapman and Hall/CRC, 2002.

Işık Yılmaz Ş. Berfin, “Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 2012(98), 389-410.

İmre Zahit, “Şahsiyet Haklarından Şahsın Özel Hayatının ve Gizliliklerinin Korunmasına İlişkin Meseleler”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. XXXIX, S. 1-4, 1974, 147-168.

İzgi Cumhur, “Mahremiyet Kavramı Bağlamında Kişisel Sağlık Verileri”, **Türkiye Biyoetik Dergisi**, Vol. 1, No.1, 2014, 25-37.

Jeffreys Alec John/Wilson Victoria/Thein Swee Lay, “Hypervariable ‘minisatellite’ regions in human DNA”, **Nature**, 314, 7 March 1985, 67-73.

Jeffreys Alec John/Wilson Victoria/Thein Swee Lay, “Individual-specific ‘fingerprints’ of human DNA”, **Nature**, 316, 4 July 1985, 76-79.

Karakehya Hakan, “Ceza Muhakemesinin Amacı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: LXV, Sayı: 2, 2007, 121-142.

Karakehya Hakan, “Dolaylı Maddi Gerçek: Ceza Muhakemesinde Yargılama Makamının Maddi Gerçeğe Deliller Aracılığıyla Ulaşma Zorunluluğu Üzerine”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Yıl: 7, Sayı: 27, Temmuz 2016, 59-82.

Katoğlu Tuğrul, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 2006, 157-193.

Kayser Manfred, “Forensic DNA Phenotyping: Predicting human appearance from crime scene material for investigative purposes”, **Forensic Science International: Genetics**, 18, 2015, 33-45.

Keser Berber Leyla/Lostar Murat, **Bilişimde Biyometrik Yöntemler**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2006.

Kıcalıoğlu Mustafa, **Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2011.

Kılıçoğlu Ahmet M., **Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk**, Ankara, 3. Baskı, 2008.

Kızıllarslan Hakan, **Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi & Örnek Alma Doktrin ve Uygulama**, Doktora Tezi, Ankara, Kızıllarslan Serisi I, Temmuz 2007.

Kocaoğlu Serhat Sinan, “Susma Hakkı”, **Ankara Barosu Dergisi**, S.1, 2011, 29-58.

Koehler Jonathan J./Chia Audrey/Lindsey Samuel, “The Random Match Probability In Dna Evidence: Irrelevant And Prejudicial?”, **Jurimetrics**, Vol. 35, No. 2, Winter 1995, 201-219.

Korkmaz Ali, “İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması”, **KMÜ Sosyal ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi**, 16 (Özel Sayı I), 2014, 99-103.

Kunter Nurullah, **Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**, İstanbul, Kazancı Matbaacılık Sanayii, 8. Bası, 1986.

Kunter Nurullah/Yenisay Feridun/Nuhoğlu Ayşe, **Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**, İstanbul, Beta Yayınları, Cilt 1 (CMK 1-156), Haziran 2013.

Kuru Baki/Arslan Ramazan/Yılmaz Ejder, **Medeni Usul Hukuku (Ders Kitabı)**, Ankara, Yetkin Yayınları, 25. Bası, 2014.

Küzeci Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Ankara, Turhan Kitapevi, 2. Baskı, Şubat 2018.

Kretschmer Joachim/Özkaya Ferendeci H. Özden, “Alman Ceza Yargılamasında Delillerin Kullanılması Yasağı – Anlamı, İşlevi ve Şartları”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 24, S. 1, Haziran 2018, 440-445.

Mahmutoğlu Fatih Selami, “Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.11.2018).

Mahmutoğlu Fatih Selami, “Moleküler Genetik İncelemenin Ceza Yargılaması Hukuku Bağlamında Analizi”, <http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/27b485a20728432f3c6b2f169f7a8f80c62998517818071225.pdf>, (Erişim Tarihi: 25.03.2019).

Marchese V./Cerri N./Caenazzo L., “Italian National Forensic DNA Database in an European Perspective”, **Forensic Science International: Genetics Supplement Series**, Vol. 4, Issue 1, 2013, 246-247.

Martin Peter D., National DNA Databases – Practice and Practicability A Forum for Discussion, **International Congress Series**, Vol. 1261, 2004, 1–8.

Mavioğlu Oral, “Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu ve Bilirkişi Raporları Karşısında Yargıcın Durumu”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, XXXVI, S. 1-4, 1970, 371-387.

McEwen Jean E., “Forensic DNA Data Banking by State Crime Laboratories”, **American Journal of Human Genetics**, C. 56 S. 6, June 1995, 1487-1492.

McEwen Jean E., **State Dna Forensic Databanking: Legal, Ethical, And Social Policy Implications And Recommendations For The Future**, Brandeis University, In Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree Doctor of Philosophy, Kasım 1995.

Memiş Tekin/Yıldırım Mustafa Fadıl, “Soybağının Belirlenmesinde Gen Analizlerinin Kullanılması ve Yarattığı Hukuki Sorunlar”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. VIII, S. 1-2, 2004, 283-306.

Metin Sevtap, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, İstanbul, XII Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, Mart 2010.

Moriarty Jane Campbell/Saks Michael J., “Forensic Science: Grand Goals, Tragic Flaws and Judicial Gatekeeping”, **Judges’ Journal**, American Bar Association, C. 44, S. 5, Sonbahar 2005, 16-33.

Nissenbaum Helen, “Protecting Privacy in an Information Age: The Problem of Privacy in Public”, **Law and Philosophy**, Published by: Springer, Vol. 17, No: 5-6, November 1998, 559-596.

Nuhoğlu Ayşe, “Tıp Ceza Hukukunda Zaruret Halinin Sınırları”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 34-68.

O'Berry Sherry A., **Criminal Justice Professionals' Perceptions Of The Need For Familial DNA Testing Guidelines In The Criminal Justice System**, University of Phoenix, 2015, Published by ProQuest LLC (2018).

Oral Tuğçe, "Hekimin Aydınlatma ve Hastanın Rızasını Alma Yükümü", **Ankara Barosu Dergisi**, 2011/2, 185-209.

Orwell George, **Bin Dokuz Yüz Seksen Dört**, İstanbul, Can Yayınları, Çeviren Nuran Akgören, 13. Basım, Mart 2006.

Ozanoğlu Hasan Seçkin, "Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 52, S. 3, 2003, 55-77.

Öntan Yaprak, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, **Yüksek Lisans Tezi**, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.

Özbek Veli Özer, "Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA-Analizi", **Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce'ye Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir 2001, 523-572.

Özbek Veli Özer, "DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz", **Ceza Hukuku Dergisi**, S. 3, Nisan 2007, 47-76.

Özbek Veli Özer/Kanbur Mehmet Nihat/Doğan Koray/Bacaksız Pınar/Tepe İlker, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, 2014.

Özbek Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 357-406.

Özbek Veli Özer, "Tıp Ceza Hukukunda DNA İncelemesi", **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1076-1132.

Özbilen Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y.12, S. 24, Güz 2013/2, 99-124.

Özbudun Ergun, "Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı**, Ankara, 1977, Sevinç Matbaası, C. 1, 265-296.

Özek Çetin, **Türk Basın Hukuku**, İstanbul, Fakülteler Matbaası, İstanbul Üniversitesi Yayınlarından No: 2381, 1978.

Özen İnci Zekiye, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Cumhuriyet Savcısı ve Sulh Ceza Hâkimi (Soruşturma Makamları) Arasındaki Gri Alan: Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal Kavramı ve Soruşturma Evresinde Temel Haklara Müdahale Sorunu", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 65, S. 4, 2016, 1997-2046.

Özen İnci Zekiye, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, **İzmir Barosu Dergisi**, Ocak 2007, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_621.htm, (Erişim Tarihi: 13.03.2019).

Özgen Eralp, **Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınlarından 232, Ankara, Başnur Matbaası, 1968.

Özgül Mehmet Emin, **Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu**, İstanbul, XII Levha Yayınevi, 2010.

Özmunucu Seda, “Türk Hukukunda Yargıtay Kararları Işığında Re’sen Araştırma İlkesi”, **Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi MİHBİR Özel Sayı**, C. 4, S. 2, Ocak 2014, 145-171.

Öztan Bilge, **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara, Turhan Kitapevi, 37. Baskı, Eylül 2012.

Öztürk Bahri/Tezcan Durmuş/Erdem Mustafa Ruhan/Sırma Özge/Kırıt Yasemin F. Saygılar/Özaydın Özlem/Akcan Esra Alan/Erdem Efser, **Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**, Seçkin Yayınevi, 4. Baskı, 2012.

Öztürk Cemal, **Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği**, Ankara, Seçkin, 2006.

Öztürk Gülsüm Ezgi, “Adli DNA ve Kimliklendirme”, Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı Bitirme Tezi, İzmir, 2015.

Palmour Nicole, **Forensic Applications of Molecular Genetics: Ethics and Law to Inform Public Policy Issues**, McGill University, Department of Human Genetics, Doktora Tezi, Montreal, Kanada, Ağustos 2008.

Pascali Vince L./Lago Giampietro/Dobosz Marina, “The dark side of the UK National DNA Database”, **Correspondence**, Volume 362, Issue 9386, 06.09.2003, DOI: [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(03\)14261-4](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(03)14261-4).

Polat Oğuz, **Kriminoloji ve Kriminalistik Üzerine Notlar Suç-Suçlu-Suç Yeri**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2004.

Rothstein Mark A./Talbott Meghan K., “The Expanding Use of DNA in Law Enforcement: What Role for Privacy?”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, Vol. 34, Issue. 2, June 1, 2006, 153-164.

Santos Filipe/Machado Helena/Silva Susana, “Forensic DNA databases in European countries: is size linked to performance?”, **Life Sciences, Society and Policy**, Vol. 9, Dec. 2013, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4513018/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

Schroeder Friedrich-Christian/Verrel Torsten, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Çev. Salih Oktar, Yetkin Yayınları, Ankara 2019.

Serin Ayşe/Canan Hüsnüye/Ulubay Ayça, “İdentifikasyona Dayalı Adli Uygulamalarda Tek Nükleotid Polimorfizmler”, **Türkiye Klinikleri Forensic Medicine**, C. 13, S. 2, 2016, 47-54.

Shattuck John, “Computer Matching Is A Serious Threat To Individual Rights”, **Communications of the ACM**, Vol. 27, Issue 6, June 1984, 538-541.

Silverstein Jason, “The Dark Side of DNA Evidence: Collecting DNA upon arrest can identify the guilty and exonerate the innocent. But it also amounts to an expanding racial dragnet”, **The Nation.**, 15 April 2013 Issue, <https://www.thenation.com/article/dark-side-dna-evidence/>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

Soyaslan Doğan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Yetkin Yayınları, 7. Baskı, 2018.

Şahin İlyas, “Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Koruma Tedbirleri Bakımından Esas Alınan Şüphe Kavramının İncelenmesi”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, C. 20, S. 3, 2014, 97-144.

Şen Ersan, “İnsan Üzerinde Bilimsel Deney ve Deneme Suçları”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 588-646.

Şimşek Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1. Baskı, Şubat 2008.

Şimşek Uğur, “Sağlık Hukukunda Aydınlatılmış Rıza”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 16, Özel Sayı, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ’e Armağan, 2014(Basım Yılı 2015), 3535-3556.

Tanrıver Süha, “Türk Medenî Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 65, 2006, 368-377.

Toroslu Nevzat, **Ceza Hukuku Genel Kısım**, Ankara, Savaş Yayınevi, Ekim 2009.

Toroslu Nevzat/Feyzioğlu Metin, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Savaş Yayınevi, 17. Baskı, Ekim 2017.

Tuğ Ayşim, “Adli DNA Bankalarına Toplumun Yaklaşımı”, **Adli Tıp Dergisi**, C. 21, S. 2, 2007, 1-10.

Tuğ Ayşim/Alakoç Yeşim Doğan/Elma Cüneyt, “Avukatların Adli Dna Analizleri Konusunda Bilgi Düzeyleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 70, 2007, 41-49.

Turhan Faruk, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku (Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli ve Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi)”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1025-1075.

Uygun Oktay, **Türkiye’de Demokrasi ve İnsan Hakları**, Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi, Ankara, 1. Baskı, Haziran 1996.

Ün Cemal/Wimmers Klaus/Ponsuksili Siriluck/Schmoll Friedrich/Schellander Karl, “Mikrosatelitler ve Kullanım Alanları”, **Institute of Animal Science**, University of Bonn, Hayvansal Üretim, 2000, S. 41, 9-14.

Ünver Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku)**, Sempozyum, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 149-177.

Ünver Yener/Hakeri Hakan, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Adalet Yayınevi, 12. Baskı, Eylül 2016.

Ünver Yener/Hakeri Hakan, **Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları 104, Sorularla Hukuk Dizisi 5, 1. Baskı, Mayıs 2006.

Wallace Helen, “The UK National DNA Database: Balancing crime detection, human rights and privacy”, **EMBO Reports**, July 2006, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC1490298/>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

Williams Robin/Johnson Paul, “Inclusiveness, Effectiveness and Intrusiveness: Issues in the Developing Uses of DNA Profiling in Support of Criminal Investigations”, **The Journal of Law, Medicine and Ethics**, 33/3, Fall 2005, 545-558.

Yarsuvat Duygun, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanuna Aykırı Elde Edilen Delillerin Geçerliliği”, 6/2009, <https://docplayer.biz.tr/11090602-Ceza-muhakemesi-hukukunda-kanuna-aykiri-elde-edilen-delillerin-gecerliliği.html>, (Erişim Tarihi: 31.01.2019).

Yayla Mehmet, “Ceza Yargılamasında İspat İçin Yenilmesi Gereken Şüphe; Türkiye ve Amerika Birleşik Devletleri Sistemlerinin İncelenmesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 71, S. 3, 2013, 289-313.

Yenerer Çakmut Özlem, “Sağlık Hukukunun Temel Esasları ve Özellikle Aydınlatılmış Onam”, **Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku)**, Sempozyum, Mersin Barosu Yayını, 16-17 Ocak 2009, 1-40.

Yenerer Çakmut Özlem, **Soybağının Belirlenmesi ve Ceza Hukukunda Çocuğun Soybağını Değiştirme Suçu**, İstanbul, Beta Basım, 1. Baskı, Ocak 2008.

Yenerer Çakmut Özlem, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, İstanbul, Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak 2003.

Yenerer Çakmut Özlem, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, Ankara, 1133-1184.

Yenisey Feridun/Nuhoğlu Ayşe, **Ceza Muhakemesi Hukuku**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 6. Baskı, Eylül 2018.

Yenisey Feridun/Oktar Salih, **1 Şubat 1877 Tarihli Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (Strafprozeßordnung (StPO))**, İstanbul, Beta Yayınevi, 2. Bası Mayıs 2015.

Yenisey Feridun, “Tedavi Açısından İlgilinin Rızası”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, 868-880.

Yıldız Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. X, S. 3-4, 2006, 273-345.

Yıldız Ali Kemal, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Keşif ve Yer Gösterme”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXV, S. 1, 2007, 127-174.

Yıldız Ali Kemal, **Ceza Muhakemesinde İspat ve Delillerin Değerlendirilmesi**, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Doktora Tezi, 2002, İstanbul.

Yıldız Ali Kemal, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Özel Sayı, C. III, S. 2, 2006, 407-424.

Yılmaz Battal, **Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Ankara, Adalet Yayınevi, Genişletilmiş 2. Baskı, Ekim 2010.

Yokuş Sevük Handan, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, C. LXIV, S. 1, 2006, 49-107.

Yokuş Sevük Handan, “Tıp Ceza Hukukunda Kişisel Verilerin Açıklanması”, **V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları**, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 28 Şubat-1 Mart, 2008, 782-811, s. 782-783.

Zengin Mehmet Ali, **Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması**, Ankara, Adalet Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2012.

Zengin Nazmi, “‘Sağlık Hakkı’ Ve Sağlık Hizmetlerinin Sunumu”, **Sağlıkta Performans ve Kalite Dergisi**, S. 1, Ocak 2010, 44-52.

KARARLAR

AİHM, Goggins and Others v. The United Kingdom, No: 30089/04, 14449/06, 24968/07, 13870/08, 36363/08, 23499/09, 43852/09 ve 64027/09, 19.07.2011, Final 08.03.2012.

AİHM, Jalloh v. Germany, No: 54810/00, 11.07.2006.

AİHM, John Murray v. United Kingdom, No: 18731/91, 08.02.1996.

AİHM, Leander v. Sweden, No: 9248/81, 26.03.1987.

AİHM, M.S. v. Sweden, No: 74/1996/693/885, 27.08.1997.

AİHM, Pretty v. United Kingdom, No: 2346/02, 29.07.2002.

AİHM, S. and Marper v. United Kingdom, No: 30562/04 and 30566/04, 4.12.2008.

AİHM, Saunders v. United Kingdom, No: 19187/91, 17.12.1996.

AİHM, Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain (dec.), No: 43486/98, 15.06.1999.

AİHM, X and Y v. The Netherlands, No: 8978/80, 26.03.1985.

AİHM, Y.F. v. Turkey, No: 24209/94, 22.07.2003.

AİHM, Z v. Finland, No: 22009/93, 25.02.1997.

Maryland v. King, (425 Md. 550, 42 A. 3d 549, reversed), Decided: 03.06.2013.

Maryland v. King, SCALIA, J., dissenting.

Maryland v. King, Supreme Court of the United States.

ANAYASA MAHKEMESİ, Esas: 1985/31. Karar: 1986/1, Karar Tarihi: 17.3.1986.

ANAYASA MAHKEMESİ, Esas: 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), Karar: 2001/2.

ANAYASA MAHKEMESİ, Esas: 2011/1, Karar: 2012/1, Karar Tarihi: 19.12.2012.

ANAYASA MAHKEMESİ, Esas: 2014/180, Karar: 2015/30, Karar Tarihi: 19.3.2015.

ANAYASA MAHKEMESİ, Esas: 2015/32, Karar: 2015/102, Karar Tarihi: 12.11.2015.

T.C. YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ, Esas: 2014/1586, Karar: 2014/3791, Karar Tarihi: 09.07.2014.

T.C. YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ, Esas: 2016/3073, Karar: 2017/5267, Karar Tarihi: 25.12.2017.

T.C. YARGITAY 1. CEZA DAİRESİ, Esas: 2017/1599, Karar: 2017/3412, Karar Tarihi: 23.10.2017.

T.C. YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ, Esas: 2012/21976, Karar: 2013/7760, Karar Tarihi: 10.04.2013.

T.C. YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ, Esas: 2013/28518, Karar: 2013/27737, Karar Tarihi: 26.11.2013.

T.C. YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ, Esas: 2014/13900, Karar: 2014/11288, Karar Tarihi: 29.4.2014.

T.C. YARGITAY 2. CEZA DAİRESİ, Esas: 2016/5254, Karar: 2018/11350, Karar Tarihi: 15.10.2018.

T.C. YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ, Esas: 2012/12388, Karar: 2015/541, Karar Tarihi: 22.1.2015.

T.C. YARGITAY 9. CEZA DAİRESİ, Esas: 2009/8701, Karar: 2009/7816, Karar Tarihi: 1.7.2009.

T.C. YARGITAY 6. CEZA DAİRESİ, Esas: 2009/18701, Karar: 2011/5063, Karar Tarihi: 11.04.2011.

T.C. YARGITAY 13. CEZA DAİRESİ, Esas: 2012/17565, Karar: 2012/23123, Karar Tarihi: 07.11.2012.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2015/12142, Karar: 2016/4498, Karar Tarihi: 30.03.2016.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2015/13442, Karar: 2016/6183, Karar Tarihi: 26.4.2016.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2015/13598, Karar: 2016/5353, Karar Tarihi: 13.4.2016.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2015/22839, Karar: 2017/2999, Karar Tarihi: 14.3.2017.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2016/10020, Karar: 2016/11226, Karar Tarihi: 1.11.2016.

T.C. YARGITAY 17. CEZA DAİRESİ, Esas: 2016/18934, Karar: 2017/6246, Karar Tarihi: 24.05.2017.

İNTERNET KAYNAKLARI

AIHM kararlarına erişim: <https://www.echr.coe.int>.

Alman Federal Suçlar Bürosu resmi internet sitesi:
https://www.bka.de/DE/UnsereAufgaben/Ermittlungsunterstuetzung/DNA-Analyse/DNAstatistik/dnaStatistik_node.html.

Anayasa, Kanun ve Yönetmeliklere erişim: <https://www.mevzuat.gov.tr>,
<http://www.resmigazete.gov.tr>, <https://www.tbmm.gov.tr>.

Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararlarına erişim: <http://www.kazanci.com>,
<https://legalbank.net>.

Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation (GDPR)): <https://eur-lex.europa.eu>, Türkçe çevirisi:
<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org>.

FBI'nın internet sitesinden DNA bankalarına ilişkin bilgi için erişim:
<https://www.fbi.gov/services/laboratory/biometric-analysis/codis/codis-and-ndis-fact-sheet>.

Home Office, Policy paper, Protection of Freedoms Act 2012: how DNA and fingerprint evidence is protected in law, Published 4 April 2013,
<https://www.gov.uk/government/publications/protection-of-freedoms-act-2012-dna-and-fingerprint-provisions/protection-of-freedoms-act-2012-how-dna-and-fingerprint-evidence-is-protected-in-law>, (Erişim Tarihi: 17.04.2019).

İade edilen DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı, 17.01.2007, <http://www.ttb.org.tr>, (Erişim Tarihi: 10.04.2019).

İç işleri Bakanlığı Emniyet Genel Müdürlüğü Faaliyet Raporu 2018, s. 93,
<https://www.egm.gov.tr/Documents/EGM2018FaaliyetRaporu.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.04.2019).

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi: <https://www.unicef.org>.

INTERPOL'ün DNA veri bankasına erişim: <https://www.interpol.int/How-we-work/Forensics/DNA>.

Kişisel Verilerin Korunması Alanında Uluslararası ve Ulusal Düzenlemelere Erişim:
<https://www.kvkk.gov.tr>.

National DNA Database Strategy Board Annual Report 2017/18, The National Police Chiefs' Council/Home Office/ National DNA Database, February 2019,
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/778065/National_DNA_Database_anuual_report_2017-18_print.pdf,
(Erişim Tarihi: 17.04.2019).

OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data 23 September 1980,
<https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>, (Erişim Tarihi: 05.04.2019).

The National Registry of Exoneration, Exonerations in 2018, 09 April 2019,

<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Documents/Exonerations%20in%202018.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

The New York State Senate, Statement by Senate Majority Leader Dean Skelos on Expansion of DNA Databank, 14 March 2012, Issue: Crime, <https://www.nysenate.gov/newsroom/press-releases/statement-senate-majority-leader-dean-skelos-expansion-dna-databank>, (Erişim Tarihi: 16.04.2019).

UNESCO kararları: <http://www.unesco.org.tr>.



ÖZGEÇMİŞ

Esra DEMİR; 16 Aralık 1994 tarihinde Aydın’da doğdu. Öğrenim hayatına Aydın’ın Sultanhisar ilçesinde Zafer İlköğretim Okulunda başlayarak Lise öğrenimini Aydın Süleyman Demirel Anadolu Lisesinde tamamladı. 2012 yılında başladığı Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinden 2016 yılında derece ile mezun oldu. Üniversite öğrenimi sırasında almış olduğu derslerle (Hukukta Kadın, Hukuk ve Etik, Aile Mahkemeleri grup çalışması ve Hapishaneler Kliniği) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Bakanlığı tarafından düzenlenen ‘Hapishaneler Kliniği’ sertifikasını almıştır. 2016-2017 yılları arasında Avukatlık stajını tamamladı. Ardından 2017 yılında Galatasaray Üniversitesinde tezli yüksek lisansa başladı. 2018 yılında Bilişim Hukuku alanında YLSY yurt dışı doktora bursu kazandı.

TEZ ONAY SAYFASI

Üniversite : T.C. GALATASARAY ÜNİVERSİTESİ
Enstitü : SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
Hazırlayanın Adı Soyadı : Esra DEMİR
Tez Başlığı : Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin
Yeri ve Elde Edilen Moleküler Genetik Verilerin Akıbeti
Savunma Tarihi : 03 / 12 / 2019
Danışmanı : Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy Retornaz

JÜRİ ÜYELERİ

Unvanı, Adı Soyadı

İmza

Doç. Dr. Güçlü Akyürek



Doç. Dr. Pınar Memiş Kartal



Doç. Dr. Emine Eylem Aksoy Retornaz



Enstitü Müdürü

Prof. Dr. M. Yaman Öztekin

