

Adli Olgulardan Biyolojik Örnek Alınması ve Moleküler Genetik İncelemelerde Yasal Boyut

İmdat ELMAS, Gökhan ERSOY

İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul

Suçun aydınlatılması ve toplum barışının sağlanması amacıyla, beden bütünlüğüne müdahale edilerek delil elde etmeye yönelik yapılan tıbbi girişim ve testler, çoğu kez zorlamalı olması, tanı ve tedavi amacı olmaması nedeniyle ciddi tıbbi etik tartışmalara yol açmaktadır.¹

Ülkemizde, 4.12.2004 tarihinde yasalaşan 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile bu kanunun bazı maddelerinde değişiklik yapan 5353 sayılı kanun kapsamında, “vücuttan örnek alınması, genetik analiz yapılmasında uyulması gereken kurallar” belirlenmiştir.² Öngörülen işlemlerin yapılması ile ilgili usuller ise “1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren 25832 sayılı Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” ile düzenlenmiştir.³

Bu son yasal düzenlemelerle, bir yandan toplum yararı ve kamu güvenliği gözetilirken diğer yandan da kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır. Kişiler aracılığıyla delile ulaşma yerine, delilden sanığa ulaşma bakımından, CMK'daki son düzenlemelerin önemli olduğu, böylece vicdan delil sisteminden bilimsel delil sistemine geçiş yapıldığı, haksız gözaltına alınma ve bu şekilde gerçekleştirilecek insan hakları ihlallerine karşı yeni bir koruma tedbirine yer verildiği belirtilmektedir.⁴ Vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik incelemeler ile ilgili bu yaklaşımların bir kısmı, yasal düzenlemenin öncesinde de adli tıp çevresinde etik bir yaklaşım olarak kabul görüyor ve genelde de uygulanmaya çalışılıyordu.

Şüpheli veya sanıklar için, bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla beden muayenesi yapılması ve vücuttan örnek alınması işlemi CMK'nın 75. Maddesinde, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ise CMK 76. Maddesinde yer almaktadır. Ancak 76. maddenin metni incelendiğinde, diğer kişiler olarak mağdurlardan bahsettiği anlaşılmaktadır. Oysa 25832 sayılı yönetmeli-

ğin 7 ve 8. maddelerinde diğer kişiler ifadesiyle şüpheli, sanık, mağdurlar dışındaki kişiler anlaşılmaktadır. Bu durumun kanunun çizdiği sınırların aşılması anlamına geldiği, üçüncü kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması konusunun, CMK'da açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.⁵

Yasal Boyut

A. CMK 75 ve 76 maddeleri ile 25832 sayılı yönetmelik birlikte değerlendirildiğinde:

1. Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için hâkim veya mahkeme kararı gerekmektedir. Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı da bu kararı verebilmektedir. Ancak, Cumhuriyet savcısının bu kararı yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunması ve onay alması gerekmektedir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Bu durumda örnekler Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhal yok edilerek bu husus tutanağa geçirilir. Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde de aynı hususlar geçerlidir.
2. Mağdurun vücudundan örnek alınmasında, mağdurun rızasının olması yeterli görülmüştür.
3. Vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Ayrıca mağdur ve diğer kişilerin vücudundan örnek almada, cerrahi bir müdahalede bulunmama koşulu öngörülmüştür.
4. Müdahale ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

5. Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.
6. Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmaz. Özel Kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.
7. Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için hâkim ve mahkeme kararı gerekmektedir.
8. Tanıklıktan çekinme sebepleri ile vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuk veya akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde görüşü de alınır.

Sanığın, iç beden muayenesinin yapılabilmesi ve kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınabilmesine razı olması halinde, sanığın özgürlüklerinden vazgeçtiği veya özgürlüklerinin hukuka aykırı olarak sınırlandırıldığı, bunun ise Türk Medeni Kanunu'nun 23'üncü maddesinin ikinci fıkrasının ihlali anlamına gelebileceği belirtilmektedir.⁶

B. Kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınabilmesi koşullarının yanı sıra, bu örnekler üzerinde moleküler genetik incelemelerin hangi koşullarda yapılabilceği CMK 78, 79 ve 80. maddeleri ile 25832 sayılı yönetmeliğin 12, 13 ve 14. maddelerinde ayrıntılı bir şekilde belirlenmiştir.

Buna göre:

- a. Örnekler üzerinde, soy bağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde moleküler incelemeler yapılabilceği, bu incelemelerin bulunan ve kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de yapılabilceği, ancak örnekler üzerinde bu amaçlar dışında incelemelerin yasak olduğu,
- b. Moleküler genetik incelemeler yapılmasına ve bilirkişi atanmasına sadece hâkim'in karar verebileceği, bilirkişinin gerçek ya da tüzel kişi olabileceği ancak, soruşturma veya kovuşturmayı yürüten makama mensup olmayan ve teşkilat yapısı itibarıyla ayrı bir birimin mensubu olması gerektiği,
- c. Bilirkişiye gönderilen örnekle ilgili olarak, gizliliği sağlamak ve karışıklığa yer vermemek için adli makamın gerekli her türlü tedbirleri alacağı, bu amaçla güvenli ve gizli bir kayıt tutulacağı ve incelenecek bulgunun bilirkişiye kodlanarak verilmesi gerektiği,

Tedavi amacı dışında, genetik analizlerin kullanıldığı diğer önemli bir alan adli tıp amaçlı uygulamalardır. DNA profili, aynı yumurta ikizleri dışında kişiye özgü olup, bu nedenle saldırganın kimliği kuşkuya yer vermeyecek güvenilirlikle belirlenmesini sağlayan güçlü bir kanıt niteliğini taşımaktadır. DNA profili, suçların aydınlatılmasının yanı sıra babalık tayinleri, akrabalık ilişkilerinin aydınlatılması, deprem, sel benzeri doğal afetlerde ölenlerin kimliklerinin belirlenmesi gibi farklı amaçlarla

kullanılabilen güvenilir bir yöntemdir. Suçluların olay yerinde veya mağdurun bedeninde bıraktığı kan, sperm ve tükürük benzeri biyolojik kalıntılardan suçlunun DNA profiline ulaşmak mümkün olabilmektedir. Biyolojik kalıntıların bulunduğu sigara artığı, bardak, kaşık ve çatal, yalanmış pul veya zarf kenarları gibi eşyalar bu amaçla kullanılabilen önemli kaynaklardır. Mağdurun giysisi veya bedeni üzerindeki saldırgana ait tükürük, salya, sperm ve benzeri lekeler, koparılmış saçlar, tırnak altında kalan saldırgana ait deri parçaları, saç kepeği ve feçeste biriken epitelyal hücreler, otopsielerde alınan doku örnekleri, ölümle sonuçlanan seksüel saldırılarda vajen, rektum ve ağızdan pipet veya swaplarla toplanan materyaller, kemik ve dişler bu amaçla kullanılabilen örneklerdir. Ayrıca şüpheli kişiler üzerinde de, mağdura ait biyolojik kalıntıların tespiti mümkündür.^{7,8}

Genetik analiz için, yaşayan kişilerden örnek alınması iki yolla yapılabilir. Birincisi; yanaktan sürüntü alımı, köklü saç, tükürük alma gibi vücuda doğrudan müdahale sayılmayan yöntemlerdir. İkincisi ise; kan alınması, genital bölgelerden örnek alınmasında olduğu gibi vücuda doğrudan müdahale yoluyla yapılan örnek alımıdır. Yanaktan sürüntü alımı kolay, ucuz ve vücut bütünlüğünü bozmayan ve bu nedenle çok tercih edilen bir yöntemdir. Yasaların izin vermesi durumunda, sağlık elamanı dışındaki görevlilerce de uygulanabilmektedir. Ancak CMK ve 25832 Nolu ilgili Yönetmeliğe göre bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir. Bu ve benzeri örneklerin her birinden DNA ayrıştırılarak incelenebilir. Bu amaçla, biyolojik örneklerden DNA ayrıştırılır, karşılaştırmaya esas teşkil eden bölgeler binlerce kez çoğaltılarak görünür hale getirilir. Ortaya çıkan bantlar (barkodlar) bilgisayar aracılığıyla sayısal değerlere dönüştürülür ve en az 13 STR bölgesi çalışılarak DNA profil karşılaştırması yapılır.

C. CMK ve 25832 sayılı yönetmeliğe göre:

- a. Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal hastalık hakkındaki açıklamayı içermediği, bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterileceği belirtilmektedir.
- b. Bilirkişiliğe atanan kişilerin yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlü olduklarını,
- c. Alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılmayacağı, dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemeyeceği,

Kasım 1996 tarihinde Strasburg'da toplanan Avrupa Konseyi'nin "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin 4. Bölümünde, insan genomu üzerindeki yapılabilcek çalışmaların amaç ve kapsamı belirlenerek kişilik haklarında ayrımcılığa yönelik her türlü girişim reddedilmiştir.⁹ Unesco'nun, 1997 tarihli "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyanname" ne göre, insan haklarını ve temel özgürlükleri koruyabilmek için uluslararası hukuk ve uluslararası insan hakları hukuku çerçevesin-

deki zorlayıcı nedenlerden ötürü onay verme ve gizliliğin korunmasına dair ilkelere getirilecek sınırlamalar sadece yasa ile hüküm altına alınabileceği belirtilmektedir.¹⁰

Özellikle tecavüz gibi cinsel içerikli suçlarda, adam öldürme ve benzeri şiddete dayalı suçlarda, saldırganın geride bıraktığı biyolojik kalıntıların kime ait olduğunun belirlenebilmesi için, karşılaştırma yapmaya olanak sağlayacak bir DNA veri tabanına gereksinim duyulmaktadır. Böylece, bağlantılı olaylar arasındaki ilişkinin daha erken aşamalarda fark edilmesi sağlanmış olacaktır. DNA profilinin belirlenmesi, şüpheli konumundaki birçok kişinin aklanmasını sağlamakta, dolayısı ile gereksiz yere mağdur edilmelerini de önlemektedir. Böylece soruşturma yapan birimlerin işi kolaylaşmakta ve daha çabuk sonuç alınabilmektedirler. DNA veri tabanı sayesinde, herhangi bir nedenle ölen ancak kimliği belirlenememiş kişilerin kimliklerinin belirlenmesi mümkün olabilecektir. Özellikle deprem, tsunami gibi doğal felaketler sonucu gelişen toplu ölümlerde, ulusal ve uluslar arası DNA veri tabanı çok önemli katkılar sağlayabilmektedir.

Öte yandan, DNA veri tabanının oluşturulması ile herkesin fişleneceği endişesi, etik ve insan hakları açısından ciddi tartışmaları da beraberinde getirmiştir. Karşı çıkışın en önemli gerekçesi DNA içeriğinin kişilik haklarından ayrı tutulamayacağı, bu nedenle bu bilgilerin DNA bankasında depolanmasının kişilik haklarına bir saldırı niteliğinde olduğu varsayımdır.¹¹ Kötüye kullanımını engelleyebilmek için biyolojik örneklerin ve elde edilen bilgilerin hemen ortadan kaldırılması gerektiği savunulmaktadır. Özellikle saklanan örnekler üzerinde deneysel çalışmalar yapılabileceği, ayrıca genetik incelemeler sonucu kişide var olan bir hastalığın belirlenebileceği, hatta kişinin bazı hastalıklara veya suça eğilimi olup olmadığı ve kişilik yapısı gibi kişiye özgü bilgilere ulaşılabileceği, bunun ise insan haklarına bir saldırı olduğu konuları üzerinde durulmaktadır. Biyolojik materyaller üzerinde kuşkusuz, kişilik hakları açısından sakıncalı olabilecek çalışmalar yapılabilir. Ancak, DNA profil çalışmasında, DNA materyalinin kodlanmayan kısımları üzerinde çalışılmaktadır. Kodlanmayan DNA bölgesinde yapılan çalışmada, kişinin hastalıkları, hastalığa yatkınlığı, suça eğilimi veya benzeri karakter analizi mümkün olmamaktadır. Bu nedenle, elde edilen DNA profilini kapsayan bilginin ve bu tür tetkiklere olanak sağlayacak genetik materyalin saklanıp saklanmayacağı hususu asıl sorun olarak gözükmektedir.

D. Son Ceza Muhakemesi Kanunu ve ilgili Yönetmeliğe göre:

a. Bu bilgilerin, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde Cumhuriyet savcısının huzurunda

ve uygun göreceği yöntemle derhâl yok edilip ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirileceği,

b. Analizler sonucu elde edilen bulguların bilirkişi tarafından ilgili makama gönderileceği, moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örneklerinin de, bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edileceği ve bu hususun raporda açıkça belirtileceği söylenmektedir.

Görüldüğü gibi DNA veri tabanının oluşturulması için uygun yasal bir zemin bulunmamakta olup aksine engelleyici bir durum söz konusudur. Bu konuda çözüme yönelik en uygun yaklaşım, DNA veri tabanının sağlayacağı yararların halka anlatılması ve tereddüt oluşturan durumlara karşı alınacak önlemlerin kamuoyu ile paylaşılmasıdır.

Kaynaklar

1. Sert G. Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı. İstanbul, Babil Yayınları, 2008: 207-8.
2. Ekinci M. T.C. Anayasası, TCK, CMK, CGYİK ilgili son mevzuat. Ankara, Adalet Yayınevi, 2005: 352-359
3. 25832 Sayılı "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik" Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma, Resmi Gazete; 1 Haziran 2005.
4. İnci ZÖ: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması. http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_621.htm (Erişim tarihi: 09.06.2007)
5. Hakeri H, Ünver Y. Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler. Ankara, Adalet Yayınevi; 2007:137-8.
6. Karçkay U. Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması ve Sanığın Rızası. Terazi Hukuk Dergisi, 2007; 2(12): 83-5
7. Goodwin W, Linacre A, Hadi AS. Biological material - collection, characterisation and storage, in, Goodwin W, Linacre A, Hadi AS, eds. An Introduction to Forensic Genetics, Biological material-collection, characterization and storage. West Sussex, John Wiley & sons Ltd; 2007:17-25.
8. Knight B. The establishment of identity of human remains, in, Knight B, eds. Forensic Pathology, Second ed. New York, Oxford University Press;1997: 95-103.
9. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (Council of Europe-Strasbourg, November 1996)
10. Unesco 29. Genel Konferansı, İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, 11 Kasım 1997.
11. Walsh SJ. Current and future trends in forensic molecular biology. in, Rapley R, Whitehouse D, eds. Molecular Forensics West Sussex, John Wiley & sons Ltd; 2007: 1-19.