

“Türkiye Cumhuriyeti Anayasası (Anayasa) m. 152/1'in verdiği yetki doğrultusunda Mahkememizde oluşan kanaate göre yapılan işlemlere dayanak oluşturan CMK m. 80/2 hükmü Anayasa m. 2, 13, 17, 20 ve 40 hükümlerine aykırıdır. Şöyle ki;

Anayasa m. 17'de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı düzenleme altına alınmıştır. Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa m. 17/1'deki bu hak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) m. 8 kapsamında fiziksel ve zihinsel bütünlüğün korunması hakkı ve kişinin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına tekabül etmektedir (Sevim Akat Eşki, 19.12.2013, B. No: 2013/2187, § 30).

Ayrıca Anayasa m. 20/3'te kişisel verilerin korunması hakkı düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesinin belirttiği üzere “kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında sadece işleme şeklindeki sınırlama ya da müdahalelere karşı değil, kişisel verilere yönelik her türlü müdahale ve sınırlamalara karşı güvence getirilmiştir” (E.Ü (GK), 17.09.2020, B. No: 2016/13010, § 63).

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarına göre kamu mercilerinin bir bireyin özel hayatıyla ilgili bilgileri toplaması, kaydetmesi, saklaması özel hayata saygı hakkına müdahale oluşturur (Leander/İsviçre, B. No: 9248/81, 26/03/1987, § 48; Kopp/İsviçre, B. No: 23224/94, 25/3/1998, § 53; Amann/İsviçre [BD], B. No: 27798/95, 16/2/2000, § 69; Rotaru/Romanya [BD], B. No: 28341/95, 4/5/2000, §§ 43, 44, 46).

Bu müdahalenin tespiti için kaydedilen bilgilerin daha sonra kullanılmış olması gibi bir koşul da aranmamaktadır. Bununla birlikte kamu makamları tarafından muhafaza edilen kişisel verilerin AİHS m. 8'de öngörülen unsurlardan birini devreye sokup sokmadığını tespit etmek için bu bilgilerin hangi çerçevede alındığının ve muhafaza edildiğinin, verilerin türünün, kullanıldığı ve işlendiği şeklin, bunlardan çıkarılabilecek sonuçların dikkate alınması zorunludur (S. ve Marper/Birleşik Krallık [BD], B. No: 30562/04, 30566/04, 4/12/2008, § 67).

Konu temel hak ve özgürlüklerle ilgili olduğundan, AİHS m. 8 ve Anayasa m. 13 gereğince değerlendirme yapılması gereklidir.

Temel hak ve özgürlüklere yapılan müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edilebilmesi için bu müdahale kanunda düzenleme altına alınmalı, bir sınırlandırma sebebine dayanmalı, demokratik bir toplumda gerekli olmalı ve ölçülülüğü sağlamalıdır.

Bu davaya konu olay bakımından sanığın en hassas kişisel verilerinden olan (Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12, §33), 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun özel nitelikli olarak öngördüğü ve daha fazla koruma önlemi aldığı DNA verisinin CMK m. 80/2 gereğince işlendiği anlaşılmaktadır. Bu halde şeklen kanunilik unsuru bulunmaktadır.

İlgisine binaen ülkemizde bir dönem "DNA Verileri ve Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı" başlığı ile bir kanun tasarısı hazırlanmış ise de, söz konusu tasarının kanunlaşmadığı ifade edilmelidir.

Yine her ne kadar Anayasa m. 20'de bu yönde bir sınırlama sebebi öngörülmemiş ise de Anayasa Mahkemesinin buna yönelik içtihadında özel bir sınırlama sebebine yer verilmeyen hallerde hakkın doğasından kaynaklanan sınırlama sebepleri bulunduğu kabul edildiğinden

(Serap Tortuk, 21.01.2015 tarih ve B. No: 2023/9663) ve ülkemizin taraf olduğu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi m. 9 gereğince, müdahalenin kamu güvenliği ve suçların önlenmesi sebeplerine dayandığı anlaşılmaktadır. AİHM de suçun önlenmesi ve tespit edilmesi amaçlarına yönelik DNA verisinin saklanması meşru görmektedir (Trajkovski ve Chipovski/Kuzey Makedonya, 13.02.2020, B. No: 53205/13 63320/13, § 49).

DNA veri tabanları oluşturulması şeklindeki temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil eden durumun, belirli koşullar ve güvenceler altında demokratik bir toplumda gerekli olabileceği bir kısım AİHM kararında ifade edilmektedir. (Oğuzhan Sapan ve Tuğba Ünsal Sapan, "Moleküler Genetik İncelemeler ve Bu İncelemeler ile Elde Edilen Verilerin Başka Ceza Yargılamalarında Kullanılması Sorunu" Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 160, 2020, s. 35 vd.; Aycaguer/Fransa, 22.06.2017, B. No: 8806/12; Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15; S. ve Marper/Birleşik Krallık (Büyük Daire), 04.12.2008, B. No: 30562/04 ve 30566/04)

Ancak, gerek AİHM kararları gerekse Anayasa Mahkemesinin içtihadı gereğince kanunilik ilkesi bağlamında bir takım güvencelerin getirilmesi şarttır.

Anayasa m. 20/3-c.2 gereğince kişisel verilerin korunması hakkının bunlar hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi kapsayacağı ifade edilmiştir. Bunlar anayasa koyucu tarafından özel olarak belirlenmiş güvenceler mahiyetindedir. Ancak sınırlı sayıda sayılmış değildir (Bestami Eroğlu, 17.09.2020, B. No: 2018/23077, § 142, 143).

AİHM'e göre kişisel verilerin korunması, Sözleşme'nin 8. maddesinde öngörülen özel hayata saygı hakkından kişinin yararlanması konusunda büyük öneme sahiptir. İç hukuk kişisel verilerin bu maddede öngörülen güvencelere uygun olmayan şekilde kullanımını engellemek için gerekli güvenceleri sağlamalıdır. Bu gereklilik otomatik işleme tabi tutulan kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda, özellikle de bu verilerin polis tarafından kullanılması hâlinde daha fazla hissedilmektedir. İç hukuk, bu verilerin saklanma amaçlarına uygun ve aşırıktan uzak olmalarını sağlamalı; verilerin kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde muhafaza edilmesini temin etmelidir. Aynı zamanda kişisel verilerin uygun olmayan şekillerde, keyfi ve yetki aşımı yapılarak kullanılmasına karşı uygun güvenceler de içermelidir (Aycaguer/Fransa, §38; Gaughran/Birleşik Krallık, 13.02.2020, B. No: 45245/15, § 94; S. ve Marper/Birleşik Krallık, § 103).

AİHM, veritabanına kaydedilen DNA verilerine esas teşkil eden düzenlemede suçun niteliği, ilgili kişinin yaşı, aradan geçen sürenin uzunluğu ve ilgilinin mevcut kişilik özellikleri göz önünde bulundurulduğunda verilerin saklanması artık gerekli görülüyorsa, kişinin kendisiyle ilgili verilerin silinmesi için başvurmasına olanak sağlayan bir hüküm olmadığı ve suçun ciddiyeti ile verilerin süresiz saklanma ihtiyacının kaynağına dair belirlemede bulunulmamasını AİHS m. 8'in ihlali olarak görmektedir (Gaughran/Birleşik Krallık; Trajkovski ve Chipovski/Kuzey Makedonya, § 54).

Anayasa Mahkemesi de sözü geçen ilkeleri kabul ettiğini ifade etmektedir (Bestami Eroğlu, §§ 72-75, 144).

Doktrinde de hangi eylemler nedeniyle işlenmiş suçlar dolayısıyla kimlerden elde edilen verilerin depolanacağı, bunların nerede, hangi koşullar altında, kimlerin erişimine açık şekilde,

ne süreyle, kötüye kullanımına, yanlış eşleşmeye ve veri sızıntılarına karşı hangi güvenlik önlemleri altında depolanacağı ve daha sonra hangi şartlarla ve amaçlarla kullanılabilceği, hangi şartlar halinde imha edileceği ve hangi hallerde veri transferi yapılmasına izin verileceği dair hususların açıkça düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir (Sapan/Ünsal Sapan, s. 33).

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Deoksiribonükleik Asit (DNA) Analizinin Ceza Adaleti Sistemi Çerçevesinde Korunması Hakkındaki R (92)1 sayılı tavsiye kararının 8. maddesinde DNA analizi sonuçlarıyla elde edilen bilgilerin ilgili kişinin, kişilerin yaşamına, bütünlüğüne veya güvenliğine karşı ciddi suçlardan hüküm giydiği durumlarda saklanabileceğini; ancak bu gibi durumlarda, sıkı saklama sürelerinin iç hukuk tarafından tanımlanması gerektiğini vurgulamaktadır.

Mahkememizin 2021/1023 Esas, 2021/1813 Karar sayılı kararında ifade edildiği üzere ülkemizde hukuka uygun olarak kurulmuş bir DNA veritabanı yoktur. Doktrinde de belirtildiği üzere, moleküler genetik incelemeler sonucunda elde edilen bilgilerin başka soruşturmalarda kullanılmak üzere arşivleneceğine dair herhangi bir hüküm mevzuatımızda bulunmamaktadır (Sapan/Ünsal Sapan, s. 38) Yine CMK m. 78'deki ifadeye göre karşılaştırma materyali olmadan tek başına moleküler genetik incelemesi yapılması mümkün değildir (Sapan/Ünsal Sapan, s. 17).

CMK m. 80/2'de alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme neticesinde elde edilen bilgilerin kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, bu karara karşı yapılan itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hallerinde Cumhuriyet savcısı huzurunda derhal imha edileceği ve bu hususun dosyasında saklanmak üzere tutanağa geçirileceği belirtilmiştir. Hükümün aksi anlamından belirtilen nitelikteki kararlar dışında karar verildiğinde elde edilen bilgilerin muhafaza edileceği anlaşılmaktadır. Ancak bu muhafazanın ne şekilde gerçekleşeceğine dair hiçbir kanun hükmü bulunmamaktadır.

CMK m. 80/2'de m. 76'ya da atıf yapılması nedeniyle mağdurdan ve diğer kişilerden alınan örneklerin moleküler genetik inceleme sonuçları da belirtilen kararların verilmesi hali dışında yok edilemeyecektir. Elde edilen verileri yok etmemek ve depolayıp kullanmak/işlemek kavramları birbirinden tamamen farklıdır. Aksi yönde düşünülmesi durumunda kişinin şüphelisi dahi olmadığı bir olay nedeniyle elde edilen verilerinin, daha sonra şüpheli veya sanık olduğu başka bir olayda kullanılabilceği anlamı çıkacaktır. Bu durumun hukuken kabul edilmesi mümkün değildir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi de otomatik veri analizi yapan sistemlere dair bir kararında, suç teşkil edecek bir fiil işleyebileceklerini varsaymak için haklarında makul gerekçeler olan veya bu tür kişilerle belirli bir bağlantısı olan kişilerle bu kapsamda olmayan kişiler arasında ayırım yapılmadığına dikkat çekmiş ve düzenlemeyi iptal etmiştir (Oğuzhan Sapan, Ceza Muhakemesinde Yapay Zekâ Kullanımı, Ankara 2024, s. 176, 177). Ayrıca doktrinde, CMK m. 80/2'de belirtilen kararlar dışında karar verilmesi halinde dosyanın yeniden ele alınması durumunda elde edilmiş bilgilerin yeniden değerlendirilmesi için dosyada delil olarak muhafaza edildiği, hükümün getiriliş amacının bu olduğu ifade edilmektedir (Sapan/Ünsal Sapan, 28).

Ayrıca, CMK m. 80/2'de belirtilen kararların tesis edilmesi ve moleküler genetik incelemeye dair bilgilerin imhasına yönelik henüz işlem yapılmadığı (söz gelimi henüz karar verilmediği veya kararın kesinleşmediği) bir zamanda, veriler halihazırda sistemde kayıtlı olduğundan bir başka soruşturma kapsamında söz konusu verilerle uyuşma halinde dahi sonradan imha olacak verilere dayanarak kişilerin verilerinin işlenmesi ve moleküler genetik

inceleme sonucunda verileri işlenen kişiye ulaşmak mümkün hale gelebilecektir. Kanunun bu açıdan da kişileri korumayı sağlayan bir düzenlemeye yer vermediği görülmektedir.

Yargıtay 17. Ceza Dairesinin oy çokluğuyla aldığı bir kısım kararın muhalefet şerhinde, elde edilen moleküler genetik inceleme sonuçlarının kişisel veri niteliğinde olduğuna vurgu yapılarak, Tasarı'nın kanunlaşmamış olması, CMK ve Yönetmelik'te yapılan moleküler genetik inceleme sonuçlarının bir veri tabanına depolanacağına dair hüküm bulunmaması, bir başka eylem nedeniyle hukuka uygun olarak alınıp alınmadığı dahi tespit olunamamış örnekler üzerinde yapılan inceleme sonucu temin edilen verilerin hukuka aykırı şekilde kaydedilmiş olması nedeniyle aleyhinde başka delil bulunmayan sanığın atılı hırsızlık ve konut dokunulmazlığını ihlal suçlarından beraatına karar verilmesi gerektiği ifade edilmiştir (Yargıtay 17. CD. 14.03.2017 tarih ve 2015/22839 E. 2017/2999 K.; 16.11.2016 tarih ve 2016/9901 E. 2016/11870 K.; 14.11.2016 tarih ve 2015/18421 E., 2016/11783 K.;01.11.2016 tarih ve 2016/10020 E., 2016/11226 K.).

İzmir Bölge Adliye Mahkemesi 8. Ceza Dairesinin bir kararında da daha önce işlenen bir hırsızlık suçu nedeniyle olay yerinden elde edilen DNA'nın daha sonra başka bir olay nedeniyle moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen DNA ile benzer olduğu tespit edilerek, sanığın eski tarihli eylemi gerçekleştiği gerekçesiyle yapılan yargılama sonucunda verilen mahkûmiyet kararına dair yapılan istinaf başvurusunu esastan reddetmiştir. Olayda sanığın kan örneğinin yeniden alınarak karşılaştırma yapılması talebi de gerek ilk derece mahkemesi gerekse de istinaf mahkemesi tarafından zımnen reddedilmiştir. Oysa aynı mahiyetteki başka bir olayda daha önce alınan bir örnekten tespit edilen DNA ile başka bir olayda sanıktan alınan DNA'nın uyumlu olduğunun bildirildiği, sanık tarafından rapora itiraz edilmesi üzerine sanıktan yeniden örnek alındığı, yeniden yapılan moleküler genetik inceleme sonucunda olay yerinden alınan örnekle yeni örneğin uyum göstermediğinin bildirildiği anlaşıldığından; yeniden rapor alınması, ardından delillerin tüm deliller birlikte değerlendirilerek, sanığın hukuki durumunun değerlendirilmesi gerektiği yönünden Yargıtay 2. Ceza Dairesi tarafından bozma kararı verilmiştir (Yargıtay 2. CD. 14.06.2017 tarih ve 2014/37516 E., 2017/6909 K.). Söz konusu Yargıtay kararından kişilerden alınan örnekler üzerinde yapılan moleküler genetik incelemeler neticesinde elde edilen verilerin doğruluğunun dahi tartışmaya konu olduğu görülmektedir. Bu durum da Anayasa Mahkemesinin Bestami Eroğlu başvurusunda belirttiği kişisel verilerin doğru ve güncel biçimde tutulması, yanlış verilerin gecikmeksizin düzeltilmesi veya silinmesi için tedbir alınması gerektiği yönündeki belirlemesine aykırılık teşkil etmektedir (Bestami Eroğlu, 17.09.2020 tarih ve B. No: 2018/23077, § 144).

AİHM ve Anayasa Mahkemesine göre kanunilik ilkesinin varlığından söz edebilmek için şekli bir kanunun varlığı tek başına yeterli olmayıp ayrıca düzenlemenin içeriğinin ve niteliğinin yeterli olması (AİHM, Glukhin/Rusya, 04.07.2023, B. No: 11519/20; AYM, Bestami Eroğlu; Ümit Karaduman, 02.02.2022 tarih ve B. No: 2020/20874); açık, net ve anlaşılabilir bulunması ve düzenlemenin makul olmayacak şekilde genişletici ve öngörülemez yoruma tabi tutulmaması (Hakan Tokatlıoğlu, 19.09.2020 tarih ve B. No: 2018/24939; Bestami Eroğlu, § 120) gerekir. Ayrıca kamu otoriteleri tarafından keyfi uygulamalara karşı koruyucu önlem içermesi gerekir (Bestami Eroğlu, § 120). Daha önce aksi durumdan kaynaklı olarak Anayasa Mahkemesi CMK'da yer alan bir kural iptal etmiştir (AYM, 01.06.2023 tarih ve 2022/120 E., 2023/107 K., § 56).

Anlatılanlara göre, moleküler genetik inceleme yapılması sonrasında elde edilen bilgilerin muhafazası temel hak ve özgürlüklere doğrudan müdahale etmesine ve bu konuda

doğrudan anlaşılabilir ve öngörülebilir bir hükmün varlığı gerekli olmasına rağmen konuyu doğrudan düzenlemeyen CMK m. 80/2 hükmünün yorumlanmasıyla DNA veritabanı oluşturulabileceği sonucu çıkartılmaktadır. Hüküm içerik ve nitelik bakımından eksik kalmakta, CMK m. 80/1'deki çok sınırlı nitelikte kalan hüküm dışında bu bilgilerin sahibi açısından AİHM ve Anayasa Mahkemesinin istediği ölçüde güvence sağlanmamakta, böylelikle AİHM ve Anayasa Mahkemesinin içtihadının aksine kanunilik ilkesinin ve etkili başvuru hakkının gereği sağlanamamaktadır.

III-SONUÇ

Bütün bu açıklamalar ışığında,

Sanığın olay yeri incelemesi sırasında elde edilen ve ilk planda aidiyeti tespit edilemeyen bir başka soruşturma sırasında o soruşturma kapsamında verilen karara göre alınan örneğin üzerinde çalışma yapıldığı sırada, yürürlükteki hukukta karşılığı bulunmayan bir veritabanından eşleşme sağlanması nedeniyle failin diğer soruşturmadaki atılı suçları işlediği iddiasıyla cezalandırılması istemli kamu davası açılan olayda,

Anayasa m. 20/3 gereğince koruma altına alınan ve içerdiği veriye göre son derece hassas nitelikteki DNA verilerine yönelik kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına CMK m. 80/2 gereğince müdahale edilmekte olup;

Söz konusu müdahale gerek AİHS'i yorumlayan AİHM kararları, gerekse Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre CMK m. 80/2 düzenlemesinin içeriğinin ve niteliğinin yeterli olmadığı ve bu nedenle düzenlemenin makul olmayacak şekilde genişletici ve öngörülemez yoruma tabi tutulduğu, bu hususun başlı başına kanunilik ilkesi bağlamında Anayasa'ya aykırı olduğu değerlendirilmiştir.

Ayrıca AİHM ve Anayasa Mahkemesi içtihatlarına göre CMK m. 80/2 düzenlemesi;

DNA verisinin ne şekilde işleneceğine dair temel ilkeler veya genel hükümler getirmeyen,

Genişletici ve öngörülemez yorumla ne şekilde oluşturulduğu belli olmayan, olayların mağduru ve faillerinin aynı veri kümesi içinde değerlendirildiği,

Veri güvenliğinin ne şekilde sağlanacağı konusunda belirlilik içermeyen, hatalı verilerin silinmesine yahut düzeltilmesine yönelik yol öngörmeyen,

Yargı makamlarının ve kolluk faaliyetleri sonucunda elde edilip, giderek artan veri yığını ve bu veri yığını içinde yer alan DNA verilerinin ne şekilde depolanacağı, hangi suçlar bakımından ifa edileceği, çocuklar ve yetişkinler için ayırım yapıp yapılmayacağı, ne şekilde kullanılacağı, kötüye kullanıma dair ne gibi önlemler alınacağı, verilerin ne kadar süre sonra imha edileceği ve kişilerin buna dair başvuru yolları (Anayasa m. 40, AİHS m. 13) gibi konulara açıklık getirmediğinden bireyler bakımından gerekli güvenciyi sağlayamadığından kanunilik ilkesini, ölçülülüğü ve etkili başvuru hakkını temin etmekten uzak ve yetersizdir.

Sözü edilen bazı hususlar 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmî Gazetede yayımlanarak aynı tarihte yürürlüğe giren Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te düzenlenmekte ise de,

düzenlemenin kanunla yapılması gerekli olduğundan bu yönetmelik hükümleri kanunilik ilkesini temin etmez (Bülent Polat (GK), 10.12.2015, B. No: 2013/7666, § 73).

Mahkememizdeki kanaate göre CMK m. 80/2 ile moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen veriler açısından CMK m. 82 hükümleri Anayasaya aykırıdır. Takdiri Anayasa Mahkemesine ait olmak üzere iptali gerektiği değerlendirilmiştir.

HÜKÜM: Gerekçesi yukarıda açıkladığı üzere,

1-İşbu dava kapsamında uygulanan CMK m. 80/2 ve moleküler genetik inceleme sonucunda elde edilen verileri açısından CMK m. 82 hükümleri Mahkememizce yapılan değerlendirmede Anayasa m. 2, 13, 17, 20 ve 40'a aykırı görüldüğünden Anayasa m. 152 gereğince Anayasa Mahkemesine İPTAL BAŞVURUSUNDA BULUNULMASINA,

2-Anayasa m. 152/1 gereğince Anayasa Mahkemesinin bu konuda vereceği karara kadar davanın geri bırakılmasına ve bu suretle CMK m. 223/8 gereğince DAVANIN DURMASINA, Anayasa m. 152/2 gereğince en nihai olarak başvurunun Anayasa Mahkemesine gönderilmesinden başlamak üzere beş ay içinde karar açıklanmaz ise DAVANIN YENİDEN ELE ALINMASINA,

3-İşbu kararlar birlikte dosyanın bir suretinin UYAP üzerinden Anayasa Mahkemesine gönderilmesine,

Dair, 1 numaralı karar kesin olmak ve fakat 2 numaralı karar bakımından CMK m. 272 ve devamı gereğince hükmün gerekçesiyle birlikte tebliğinden itibaren iki hafta içinde mahkememize veya aynı sıfattaki başka yer mahkemesine verilecek dilekçe veya zabıt katibine yapılacak beyanın zapta geçirilip hakim onayına sunulması (cezaevinde bulunanlar bakımından ise zabıt katibine veya cezaevi müdürüne beyanda bulunulması veya bu hususta bir dilekçe verilmesi) suretiyle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi ilgili ceza dairesi nezdinde istinaf kanun yolu açık olmak üzere dosya üzerinden karar verildi.”