T.C.

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Yunus Emre BAĞLAR

Danışman

Doç. Dr. Uğur ERSOY

Ocak-2021

KIRIKKALE

T.C.

KIRIKKALE ÜNİVERSİTESİ

SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan

Yunus Emre BAĞLAR

Danışman

Doç. Dr. Uğur ERSOY

Ocak-2021

KIRIKKALE

KABUL-ONAY

Doç. Dr. *Uğur ERSOY* danışmanlığında *Yunus Emre BAĞLAR* tarafından hazırlanan "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması" adlı bu çalışma jürimiz tarafından Kırıkkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

…/…/2021

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

……

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

……

[İmza]

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

……

Yukarıdaki imzaların adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

…/…/2021

(Ünvan, Adı Soyadı) Enstitü Müdürü

……

KİŞİSEL KABUL

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması” adlı çalışmanın, tarafımdan bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve faydalandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak faydalanılmış olduğunu beyan ederim.

…./…./2021

Yunus Emre BAĞLAR

ÖN SÖZ

Günümüzde gelişen teknolojinin ceza muhakemesi alanını etkilemesi ile birlikte delillerin tespiti ve temini daha da kolaylaşmıştır. Ayrıca bilimin ışığında ceza muhakemesi sistemimizde yer edinen modern koruma tedbirleri ile birlikte sonuca daha hızlı ve etkili bir şekilde ulaşmak mümkündür. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması neticesinde elde edilen veriler de ceza muhakemesinde gerçeğin ortaya çıkarılmasında önemli bir yer tutmaktadır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması isimli yüksek lisans tezimde; tez konumun belirlenmesinden tezin son aşamasına kadar bana yol gösteren, yoğun iş temposu arasında bana çok değerli vakitlerini ayırarak destek ve yardımlarını esirgemeyen tez danışmanım Doç. Dr. Uğur Ersoy'a, tez jürime katılarak kıymetli görüş ve önerileri ile yol gösteren Dr. Öğretim Üyesi Özdem Özaydın ve Dr. Öğretim Üyesi Enes Köken'e, tezimin başından sonuna kadar desteklerini esirgemeyen, tezimi okuyup gerekli düzeltmeleri yapmamda yardımcı olan eşime, tez yazım sürecinde hayatımıza dâhil olup neşe kaynağımız olan sevgili kızıma ve bugünlere gelmemde büyük emekleri olan aileme teşekkür ederim.

ÖZET

Bağlar, Yunus Emre, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Yüksek Lisans Tezi, Kırıkkale, 2021

Günümüzde bilim ve teknolojide yaşanan gelişmeler ceza muhakemesi hukukunu da etkilemektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de teknolojinin gelişmesiyle suç ve suçlularla mücadelede daha etkin uygulanan tedbirler arasındadır. Kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliğinde olması, tedbiri daha da önemli hale getirmektedir. Her ne kadar eksiklikler bulunsa da; 5271 sayılı CMK'da konumuz olan tedbir 1412 CMUK dönemine göre daha kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde; öncelikli olarak muayene ve örnek alma kavramlarının mevzuatımızdaki ve doktrindeki karşılıkları hakkında bilgilere yer verilmiştir. Devamında bilirkişi incelemesi, keşif ve koruma tedbirlerinin özellikleri belirtilerek beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hukuki niteliği tartışılmış ve tedbir nemo tenetur ilkesi kapsamında incelenmiştir. Tedbirin delil elde etmek amacıyla uygulandığı açıklanmış ve akabinde mevzuatımızda yer alan ayrım ışığında; iç beden muayenesi, dış beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinin farkları ortaya konmuştur. Birinci bölümün son kısmında ise tedbire hâkim olan ceza muhakemesi ilkeleri belirtilmiştir.

İkinci bölümde; konumuz olan tedbirin uygulanma koşulları şüpheli ve sanık ile diğer kişiler açısından ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Toplumsal ve hukuki açıdan ayrıca önem arz eden; kadının muayenesi, cinsel organlar ve anüste yapılacak muayene, soy bağı tespit edilecek çocuk, tanıklıktan çekinme ve özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler ayrıca incelenmiştir. İkinci bölümün son kısmında ise konunun daha iyi anlaşılması amacıyla benzer nitelikli koruma tedbirleri ile muayene ve örnek alma işlemleri mukayese edilmiştir. Son bölümde de; kanun yolları, elde edilen verilerin akıbeti, zararın tazmini sorunu ve cezai hükümler ele alınarak çalışma nihayete erdirilmiştir.

Anahtar Sözcükler: beden muayenesi, vücuttan örnek alma, kişinin rızası, delil

ABSTRACT

Bağlar, Yunus Emre, “Physical Bodily Examination and Taking Samples from the Body in Criminal Law Prosedure, Master Thesis, Kırıkkale, 2021

In the modern day, the developments in science and technology effects our law on criminal procedure among other things. Physical examination and taking samples from the body processes are also among the injunctions that take place in our legislation and contribute to reveal tangible reality in the light of these developments. These procedures present an exclusive importance in regard of intervening directly the individual rights and freedoms. Despite the fact that there are plenty of omissions; our caution topic in 5271 numbered Law on Criminal Procedure has been discussed in more detail comparing to Former Law Period.

In the first chapter of our study, the corresponding meanings of examination and sample taking concepts in our legislation and doctrine have been mentioned. Later on, stating the specifications of expert examination, viewing and protection injunctions, the legal eligibility of body examination and taking body sample processes have been discussed and applying of injunction has been discussed under the light of “nemo tenetur” principle. The reason applying the injunction is to obtain evidence has been explained and afterwards under the light of discrimination of our legislation; the differences between inner body examination, outer body examination and taking body samples have been exhibited. At the ending part of the first chapter, elements of law on criminal procedure which have a command of injunction have been stated.

In the second chapter; the application terms of our topic injunction has been discussed under separate titles in terms of suspect and defendant and other parties. Having importance in terms of social and legal matters; provisions regarding on female examination, examinations to be performed on genitals and anus, paternity determination test for the kid and exemption from testifying and breath test and taking blood sample. At the end part of the second chapter, similar natured protection injunctions and examination and taking sample processes have been compered in order to make a better understanding of the topic.

In the last chapter; the study has been brought to an end by discussing the legal ways, consequence of obtained data, the problem of compensation for damage and criminal judgements.

Keywords: physical examination, taking body sample, consent of the individual, evidence

KISALTMALAR

AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	: Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
DNA	: Deoksiribo Nükleik Asit
E.	: Esas
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HTS	: Historical Traffic Search
K.	: Karar
KMÜ	: Karamanoğlu Mehmetbey Üniversitesi
KTK	: Karayolları ve Trafik Kanunu
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
s.a.	: Sayfa aralığı
SBF	: Siyasal Bilgiler Fakültesi
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	: Türk Ceza Kanunu (aksi belirtilmedikçe 5237 sayılı)

TDK : Türk Dil Kurumu

Vb. : Ve benzeri

Y. : Yıl

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ ..... **i**

ÖZET ..... **ii**

ABSTRACT ..... **iii**

KISALTMALAR ..... **v**

İÇİNDEKİLER ..... **vii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE ÇEŞİTLERİ

I) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMI .. 4

II) HUKUKİ NİTELİĞİ 12

A) Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Koruma Tedbiri Açısından Değerlendirme ... 12

B) Nemo Tenetur (Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması) İlkesi Açısından Değerlendirme 18

III) AMACI 22

IV) ÇEŞİTLERİ 24

A) İç Beden Muayenesi 24

B) Dış Beden Muayenesi 27

C) Vücuttan Örnek Alınması 29

V) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASINA HAKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ 32

A) İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi 32
B) Hukuk Devleti İlkesi 35
C) Özel Hayatın Gizliliği İlkesi 38
D) Orantılılık İlkesi 41
E) Adil Yargılanma İlkesi 45

İKİNCİ BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ UYGULANMASI, CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YER ALAN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER, BENZER NİTELİKLİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ UYGULANMASI 49
A) Şüpheli ve Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması 49
1) Şüpheli ve Sanık Kavramları 49
2) Şüphe Bakımından 51
3) Uygulanma Koşulları 55
a) Şüpheli ve Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması 55
(1) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı 55
(2) Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Bir Kişi Tarafından Uygulanması 58
(3) Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması 61
(4) Üst Sınırı İki Yıl ve Daha Fazla Cezayı Gerektiren Bir Suça İlişkin Olması 65

b) Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi 67

(1) Cumhuriyet Savcısı ile Emrindeki Adlî Kolluk Görevlileri veya Kovuşturma Makamlarının Talebi 67

(2) Tabip Tarafından Yapılması..... 70

(3) Kişinin Sağlığına Açıkça ve Öngörülebilir Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması 72

B) Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması 72

1) Diğer Kişiler Kavramının Kapsamı 72

2) Şüphe Bakımından 75

3) Uygulanma Koşulları 76

a) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı 76

b) Tabip Tarafından Yapılması 80

c) Kişinin Sağlığını Tehlikeye Düşürmemesi 83

d) Cerrahi Müdahalede Bulunmamak 83

II) CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YER ALAN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER..... 84

A) Kadının Muayenesi..... 84

B) Cinsel Organlar ve Anüste Yapılacak Muayene..... 89

C) Çocuğun Soybağının Araştırılması Durumu 93

D) Tanıklıktan Çekinme Bakımından..... 96

E) Özel Kanunlardaki Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Hükümler 99

III) BENZER NİTELİKLİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI 101

A) Arama ile Karşılaştırılması..... 101

B) Moleküler Genetik İnceleme ile Karşılaştırılması..... 106

C) Fiziki Kimliğin Tespiti ile Karşılaştırılması..... 112

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN YOLU, ELDE EDİLEN VERİLERİN AKIBETİ, ZARARIN TAZMİNİ SORUNU, CEZAİ HÜKÜMLER

I) KANUN YOLU 117

A) İtiraz Kanun Yolu 117

B) İstinaf Kanun Yolu 121

C) Temyiz Kanun Yolu 123

II) ELDE EDİLEN VERİLERİN AKIBETİ 125

A) Kişisel Veri Bakımından 125

B) DNA Veri Bankalarının Kurulması 130

III) ZARARIN TAZMİNİ SORUNU 132

IV) CEZAİ HÜKÜMLER 138

SONUÇ 142

KAYNAKÇA 147

GİRİŞ

İtham ve tahkik sistemlerinin uygulamada kabul edilmemeye başlanması, modern ceza muhakemesi sisteminin temel adımlarından biri olmuştur. Karma sistem ile gündeme gelen kurumsal bir savcılık teşkilatının oluşturulması, delillerin tespiti, toplanması ve değerlendirilmesi noktasında yeni bakış açılarının yerleşmesine neden olmuştur[1]. Günümüzde bilim ve teknolojideki gelişmelerin ceza muhakemesini de etkilemesi sebebiyle delilden faile gitme anlayışı yerleşmiştir[2]. Ayrıca bu gelişmelerin bir sonucu olarak suçun aydınlatılmasında kullanabileceğimiz veriler çeşitlenmiş ve bu verilere daha rahat erişim sağlanması mümkün hale gelmiştir[3].

Ceza muhakemesi alanında gerçeğe ulaşmaya çalışırken çözüme yönelik daha sağlıklı adımlar atabilmek ve yargılama neticesinde verilen kararların etkin bir şekilde uygulanmasını sağlayabilmek için bazı tedbirler de uygulanmaktadır. Bu tedbirler arama yapılabilmesi, el koyma işlemleri gibi koruma tedbirleridir. Koruma tedbirleri içerisinde bilirkişi özelliği de barındırabilir[4]. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenen ve adli tıp bilimindeki gelişmelerin ışığında özünde bir bilirkişilik faaliyeti olan muayene ve örnek alma işlemleri de suça konu olayın aydınlatılmasında daha etkin bir şekilde kullanılmaktadır[5]. Ceza muhakemesinde beden muayenesi ve vücuttan önek alınması, bilim ve teknolojideki gelişmelerin ışığında mevzuatımızda yer edinmiştir. Koruma tedbirlerinin temel özellikleri ile bağdaşması nedeniyle günümüzde modern koruma tedbirleri arasında sayılan muayene ve örnek alma işlemleri, suç ve suçlularla mücadelede bilimsel değeri yüksek veriler olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ülkemizde uygulamaya konulan mevzuatın anayasaya uygun olması gerekliliği göz önüne alındığında[6]; kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale

---

[1] Hakan Kızılarslan, ***Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma***, Kızılarslan Serisi 1, Ankara, 2007, s. 26.

[2] Ferhat Karabulut, Ersin Karapazarlıoğlu, Hamza Tosun, "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı", ***TBB Dergisi***, S.120, 2015, s. 409.

[3] Mahmut Kaplan, Özgür Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", ***Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.2, S.3, 2016, s. 114.

[4] Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 251.

[5] Kızılarslan, s. 26.

[6] *"Bir ülkede usulüne uygun yürürlüğe konulan yönetmelik, tüzük, kanun hükmünde kararname ve kanunların ve anayasanın bir hiyerarşi içerisinde birbirlerine uygun olma zorunluluğu normlar hiyerarşisini ifade etmektedir. En üst norm anayasa olduğu için; çıkarılan kanunların anayasaya uygun olmak zorundadır*." Erdal Kuluçlu, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", ***Sayıştay Dergisi***, S.71, 2008, s. 3-4.

niteliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin anayasal bağlamda değerlendirilmesi zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Anayasanın 13. ve 17. maddelerinin muayene ve örnek alma tedbiri düzenlenirken göz önünde bulundurulması zorunludur. Bu sebeple Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu döneminde inceleme konumuz olan koruma tedbirine ilişkin düzenleme yeterli güvenceyi sağlamaması sebebiyle eleştirilmiştir. Bu durum sadece metin üzerinde bir eksiklik olarak kalmamış, muayene ve örnek almanın uygulanmasında da yeknesaklığın sağlanmasını engellemiştir[7].

5271 sayılı CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde muayene ve örnek almaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca *"Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'te"* de (çalışmamızda "Yönetmelik" olarak bahsedilecektir) muayene ve örnek alma işlemleri ele alınmıştır. Her ne kadar eksiklikler olsa da; CMK'nın CMUK dönemine göre daha güvenceli bir usulü benimsediğini söylemek doğru olacaktır[8].

Çalışmamızın ilk bölümünde muayene ve örnek alma kavramları, 1412 sayılı CMUK dönemindeki düzenlemeden ve doktrindeki tanımlardan da bahsedilerek açıklanmaya çalışılmıştır. CMK'da "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında düzenlenmesi sebebiyle hukuki niteliği hususunda tartışmalar bulunan konumuzun, bilirkişi ve keşif işlemlerinin özellikleri ile de mukayese edilerek koruma tedbiri niteliğinin ön plana çıktığı belirtilmiştir. CMK'da iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmesi sebebiyle ayırt edici özellikleri vurgulanmak suretiyle bu husus da ayrı başlık altında birinci bölümde ele alınmıştır. Muayene ve örnek alma işlemlerine hâkim olan ceza muhakemesi ilkeleri ve bu işlemlerin amacı da birinci bölümde değerlendirdiğimiz konular arasındadır.

İkinci bölümde; şüpheli ve sanık ile diğer kişiler hakkında uygulanacak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları ayrı başlıklar altında ele alınmış, konunun daha iyi anlaşılması amacıyla benzer nitelikli koruma tedbirleri ile mukayese

[7] Tevfik Gülsoy, Nezih Kök, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", ***Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.9, S.1-2, 2005, s. 10.
[8] Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.19, S.2, 2013, s. 1158.

edilmiştir. Yine toplumsal ve hukuki yönden özellik arz eden bazı hususlar ayrı başlıklar altında ayrıntılı şekilde açıklanmıştır.

Son bölümde ise muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek verilerin akıbeti, cezai hükümler, tazminat sorunu ve başvurulabilecek kanun yolları başlıkları altında değerlendirmelerde bulunulmuştur.

BİRİNCİ BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE ÇEŞİTLERİ

I) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI KAVRAMI

CMK yürürlüğe girmeden önce, 1412 sayılı mülga CMUK'un bilirkişi tayininin düzenlendiği 66. maddesinin son fıkrasında: *"soruşturma aşamasında muayeneleri gereken kişilerin muayenelerinin Cumhuriyet savcısının talebi ile yapılacağı"* öngörülmüştür. CMUK'ta beden muayenesine ilişkin düzenlemede kovuşturma aşamasından söz edilmeyip sadece soruşturma aşamasından bahsedilmiştir. Ayrıca Cumhuriyet savcısının beden muayenesine ilişkin talebi neticesinde hangi merciin, hangi koşullar altında karar vereceği ile ilgili bir düzenleme de getirilmemiştir. Yine CMUK döneminde vücuttan örnek alınmasına ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Kişilik haklarını bu derece yakından ilgilendiren bir tedbir hakkında CMUK'ta ayrıntılı kanuni düzenlemeye gidilmemesi şüphesiz büyük bir eksikliktir. Bu durum ayrıca Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasına da açıkça aykırılık oluşturmaktaydı[9].

1412 sayılı CMUK beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda yetersiz kalmıştır. CMK ile CMUK'taki beden muayenesine ilişkin eksiklikler daha ayrıntılı düzenleme yapılmak suretiyle giderilmeye çalışılmıştır[10].

Kanaatimizce; her ne kadar CMUK'un ilk yürürlüğe giriş tarihi itibariyle vücuttan örnek alınması ve bu örnekler üzerinde moleküler genetik inceleme yapılması pek mümkün olmasa da; bilimsel ve teknolojik gelişmelerin de etkisiyle zaman

[9] Gülsoy, Kök, s. 10-11.

[10] Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.19, S.2, 2013, s. 1158; Bahri Öztürk, Durmuş Tezcan, Mustafa Ruhan Erdem, Özge Sırma Gezer, Yasemin F. Saygılar Kırıt, Esra Alan Akcan, Özdem Özaydın, Efser Erden Tütüncü, Derya Altınok Villemin, Mehmet Can Tok, ***Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 528; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.447

içerisinde ifası mümkün kılınan bu işlemlere ilişkin hükümler CMK yürürlüğe girene kadar CMUK'a yapılacak bir değişiklikle eklenebilirdi.

CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının düzenlendiği maddelerde kanun tasarısı ile yürürlüğe giren metin arasında bazı farklılıklar olduğunu belirtmekte fayda olacaktır. CMK tasarısında 78. ve 79. madde olarak öngörülen hükümler, 75 ve 76. maddelerde yasalaşmıştır. CMK'nın 75. maddesinin ilk hali "şüpheli veya sanığın beden muayenesi" başlığını taşırken, bu madde " şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" şeklinde değiştirilmiştir[11].

Tasarının 78. maddesinin gerekçesi şu şekildedir: *"İşlenmiş bir suçun delil, iz ve emarelerinin saptanması amacıyla, şüpheli veya sanığın beden muayenesine, sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, kendisinde kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı ve benzeri örneklerin alınmasına, çok zorunlu veya başka suretle delil elde etme olanağı bulunmayan hallerde Cumhuriyet Savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından karar verilebilir. Bu hususta karar verilmeden önce şüpheli veya sanığın avukatı dinlenir. Gerekli işlemler hakım veya mahkemenin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısının görevlendirdiği hekim veya diğer bir görevli tarafından yapılır. Alınan örnekler, örnek alınmasını gerekli kılan olayla ilgili yargılama ve bununla bağlantılı olarak yapılan diğer yargılamalar dışında kullanılamaz. Kullanılmalarına gerek kalmayan örnekler hemen yok edilir. Bu madde gereğince alınacak kararlara itiraz edilebilir."*

"Diğer kişilerin beden muayenesi" başlığının taşıyan tasarının 79. maddesinin gerekçesi ise şu şekildeydi: *"İşlenmiş bir suç dolayısıyla bedenlerinde delil, iz, eser ve emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak veya soybağını belirleyebilmek amacıyla ve sağlıklarını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla, şüpheli veya sanıktan başka kişilerin de muayenesine ve gerektiğinde örnek alınmasına 78 inci maddenin birinci fıkrasına göre karar verilebilir. Tanıklıktan çekinme nedenleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilir. Çocuklar ve akıl hastalarının çekinmesi konusunda yasal temsilcileri karar verirler. Yasal temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verilir. Ancak, bu halde elde edilen delil, iz, eser ve emareler davanın*

[11] Gülsoy, Kök, s. 11-12.

ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan yasal temsilcinin izni olmadıkça kullanılamaz. 78 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları bu halde de uygulanır."[12]

CMK'da ise tasarıdan farklı olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması Birinci Kitap, Üçüncü Kısım ve Üçüncü Bölüm'de: "Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi" başlığı altında düzenlenmiştir. Her ne kadar başlıkta vücuttan örnek alınmasından bahsedilmese de; CMK'nın 75. maddesi: *"Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"*, 76. maddesi: *"Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"* şeklinde düzenlenmiştir. Ayrıca CMK'nın 77. maddesinde kadının muayenesi ile ilgili özel bir hüküm de mevcuttur.[13] Kanun koyucu CMK'da şüpheli ve sanığın beden muayenesi ile vücudundan örnek alınmasını, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasından farklı maddelerde düzenlemiştir. Beden muayenesi de eski kanun döneminden farklı olarak iç ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrılmıştır. Dış beden muayenesi ileride de bahsedeceğimiz üzere Yönetmelikle düzenlenmiştir[14].

Yönetmelik'te iç beden ile dış beden muayenesi kavramlarının ayrı ayrı tanımlanmasının ve iki farklı muayene türü olarak yansıtılmasının karışıklıklara sebebiyet verdiğini belirtmek gerekir. Şüphesiz ki bu ayrıma giderken konumuz tıp bilimi ile ilgili olduğu için tıbbi kaynaklara başvurmamız zorunludur. Tıp literatüründe böyle bir sınıflandırmanın olmaması kavramların özensiz seçildiği noktasındaki çekinceleri kuvvetlendirmektedir. Ayrıca kanunlaşma aşamasında gündeme gelen ve bazı yazarlarca da kullanılan "vücut boşluğu" ifadesinin de tıp literatüründe karşılığı yoktur[15].

CMK'da genel olarak "beden muayenesi" kavramının kullandığını söylemek doğru olacaktır. Ancak kavram konusunda CMK'nın tam bir tutarlılık göstermediğini de eklemek gerekir. CMK'nın 75. maddesinde "beden muayenesi" kelimesi kullanılmıştır. 76. maddesinde de "vücut" kelimesi karşımıza çıkmaktadır. CMK'nın 81. maddesinde bu sefer tekrardan "beden" kavramına yer verilmiştir. Ayrıca

[12] Cumhur Şahin, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 1109.
[13] Ahmet Gökcen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, ***Ceza Muhakemesi Hukuku I***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 375.
[14] Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, ***Ceza Muhakemesi Hukuku II***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 61; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 451; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 531; Bahri Öztürk, Behiye Eker Kazancı, Sesim Soyer Güleç, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 207.
[15] Kızılarslan, s. 22.

CMK'nın 82. maddesi gereğince yürürlüğe koyulan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik incelendiğinde de benzer çelişkiler gözümüze çarpmaktadır. Burada da kimi zaman "beden muayenesi" tabiri kullanılırken kimi zaman da "vücut muayenesi" tabiri kullanılmıştır. Ayrıca doktrinde son zamanlarda "vücudun muayenesi" kavramının genel kabul gördüğünü de belirtmek gerekir. Her ne kadar bu iki kelime birbirine çok yakın anlama gelecek şekilde kullanılsa da; CMK'nın ve Yönetmelik'in hem kendi içerisinde hem de birbiriyle kavramsal açıdan tutarlı olmasının daha doğru olacağı kanaatindeyiz[16].

CMK'da ve Yönetmelik'te beden ve vücut kavramlarının kullanımında bir tutarlılık olmaması sebebiyle mevzuatımızda yer alan bazı kavramların ne anlama geldikleri konunun daha iyi anlaşılması açısından önemlidir.

Öncelikle konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK'da şüpheli ve sanık ile diğer kişiler için düzenlenmiştir. Diğer kişilerden kasıt şüpheli ve sanık haricinde kalan kişilerdir.

Yönetmelik'te de bazı tanımlar karşımıza çıkmaktadır. Yönetmelik'e göre beden parçası; *"Bir bedenin tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, el, bacak, ayak gibi uzuv ve iç organlardır."* Dış beden muayenesi; *"Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi, İç beden muayenesi; Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi"*, Bedenin tıbbî muayenesi; *"Tabip tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri"* şeklinde ifade edilmiştir.

Beden kavramı; *"Canlı varlıkların maddi bölümü, vücut ve Vücudun, baş, kol ve bacak dışında kalan bölümü, gövde"* şeklinde tanımlanmıştır.[17] Kelime anlamı olarak muayene kavramı ise; *"Bir kimsenin hasta olup olmadığını veya hastalığın ne olduğunu araştırma, sağlık muayenesi, gözden geçirme, araştırma, yoklama, kontrol"* şeklinde ifade edilmiştir.[18] Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesinde tıbbi müdahale; *"Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun*

[16] Kızılarslan, s. 19-20.
[17] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2020
[18] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim tarihi: 06/10/2020

olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi" olarak tanımlanmıştır. "Teşhis, tedavi ve korumayı sağlamak amacıyla yapılacak her türlü tıbbi girişim" şeklinde tanımlamak da mümkündür[19].

Vücut kelimesi de Arapça kökenli bir kelime olmakla; *"İnsan veya hayvan gövdesi, beden"* şeklinde tanımlanmıştır. TDK sözlüğünde yapılan bu tanımda vücut ve beden kelimelerin aynı anlamda belirtildiğini görmemiz mümkündür.[20] Tıp biliminde vücut, kişini yaşı, kilosu, boyu vb. fiziksel özelliklerinin ayrıntılı şekilde ele alınması şeklinde kendisini göstermektedir. Hukuki açıdan vücut kavramının tıbbi anlamda fiziki özelliklerin ötesinde daha kapsamlı bir anlam ifade ettiğini söylemek doğru olacaktır. Hatta alkol muayenesi vücudun üzerinde bir işlem gerektirmese dahi onu da vücut muayenesi olarak kabul edenler mevcuttur. Bu durum hukukta vücut kavramının daha geniş kapsamlı algılandığına güzel bir örnek teşkil etmektedir[21].

Vücut ve örnek alma kavramlarının CMK'da birlikte kullanılmaları sebebiyle "örnek" kavramından da bahsetmekte fayda olacaktır. Yönetmelik'te örnek; *"Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali,"* ifade etmektedir. Örnek kavramının tanımı kanun kapsamını aşacak şekilde Yönetmelik'te düzenlenmiştir. Ayrıca müdahale ve cerrahi müdahale kavramları da Yönetmelik'te tanımlanmıştır. Yönetmelik'te müdahale: *"Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler, Cerrahî müdahale: Tıbbî aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar"* olarak tanımlanmıştır. Müdahale ve cerrahi müdahale işlemleri tıbbi işlemler olmakla birlikte ceza muhakemesi hukukumuzda vücuttan örnek alınması tedbiri kapsamında yapılan faaliyetlerdir. Bu tanımların CMK'nın kapsamını aşacak şekilde Yönetmelik'te düzenlenme amacının, tedbirin kolluk görevlilerince yapılan elle aramadan farklı yönlerini ortaya koymak olduğunu savunanlar da mevcuttur[22].

Kanuni düzenleme ortaya çıkmadan önce doktrinde "vücudun muayenesi" kavramı kullanılmıştır. Hatta 2004 yılındaki CMUK tasarısında da aynı ifade gündeme

---

[19] Ayşe Çakal, ***Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 23.
[20] http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5d9a48761b05d0.07605495, Erişim Tarihi: 06/10/2020
[21] Kızılarslan, s. 21.
[22] Recep Doğan, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, S.142, 2019, s. 99-100.

gelmiştir. Yukarıda da ifade etmeye çalıştığımız şekilde beden ve vücut kavramları birbiri ile anlam bakımından iç içe geçmiş kavramlardır. CMK'da muayene için beden, örnek alma için de vücut kavramlarının kullanılmasının tıbbi ve hukuki olarak kapsamlı bir açıklaması mevcut değildir. Tıp literatüründe karşılığı olmadan iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmesi ve ayrıca CMK metninde farklı anlama gelecek ifadeler kullanılıp bu açıkların Yönetmelikle kapatılmaya çalışılması, kavramların özensiz seçildiği izlenimini vermektedir[23].

Konumuz ile ilgili kavramların tanımlarından ve tıp ve hukuk alanındaki karşılıklarından genel olarak bahsettikten sonra doktrinde hangi kavramların kullanıldığı ile beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının nasıl tanımlandığı hakkında bilgi vermenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. *Centel* konu hakkında vücudun muayenesi kavramını kullanmış ve bunu; *"yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanması"* şeklinde tanımlamıştır[24]. Bu tanımda vücudun muayenesi kavramının yaşayan insan vücudu üzerinde yapılan bir inceleme olarak değerlendirilmesinin, işlemin ölü muayene ve otopsiden farklı yönünü de ortaya koyduğu söylenebilir. Ayrıca "*vücut içindeki yabancı maddelerin varlığının saptanması"* ibaresi de muayene ve örnek almanın olayın aydınlatılması amacıyla delil elde etmek için uygulandığını hatırlatmaktadır. *Toroslu* da vücudun muayenesi tabirini kullanmaktadır[25].

Özbek; *"iç organlarda yapılan muayene ile vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde kalan muayene de dış beden muayenesi"* şeklinde tanımlanmıştır.[26] *Özbek* konu hakkında beden muayenesi tabirini kullanmıştır ve kanundaki sınıflandırmaya uygun şekilde iç ve dış beden muayenesini ayrı ayrı tanımlama yoluna gitmiştir. Ayrıca vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması noktasında ayrı bir "örnek alma" tanımı yapmayarak vücuttan örnek alınmasına iç beden muayenesi tanımının içerisinde yer vermiştir.

---

[23] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 447.
[24] Nur Centel, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", ***Polis Dergisi***, S.44, 2005, s. 13.
[25] Nevzat Toroslu, ***Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler***, Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara, 2000, s. 327.
[26] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 448.

İpekçioğlu beden muayenesini tanımlarken "inceleme" tabirini kullanarak;*" bedenin dış yüzeyinin ve içerisinin tıbbi yöntemlerle incelenmesi"* şeklinde tanımlamıştır. Vücuttan örnek alınmasını ise, *" şüphelinin, sanığın, mağdurun, üçüncü kişilerin veya soy bağı belirlenecek olan çocuğun vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması"* şeklinde tanımlamıştır.[27] Bu tanımda iç ve dış şeklinde bir ayrıma gidilmeyerek beden muayenesi bir bütün halinde tanımlanmıştır. Yine *Centel*'de olduğu gibi beden muayenesi için inceleme tabirinin kullanıldığını görmemiz mümkündür. Ayrıca kan gibi biyolojik örneklerden bahsederken "ve benzeri" ifadesinin kullanılması da ileride açıklayacağımız şekilde vücuttan alınabilecek örneklerin sınırlı sayıda olmadığına işaret etmektedir.

Öztürk/Kazancı/Güleç ise beden muayenesi tabirini kullanarak; *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcının kararı ile kişinin bedeninden örnekler alınmasına ve beden üzerinde ve içinde tıbbi yöntemlerle delil araştırılması"* şeklinde tanımlamıştır[28]. *Kunter/ Yenisey/ Nuhoğlu*; *"şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması"* şeklinde tanımlamıştır[29].

Doktrinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin kullanılan kavramlar ve yapılan tanımlar değerlendirildiğinde, ilk olarak kavramsal bir bütünlüğün sağlanmadığını görmekteyiz. Bu durum aslında CMK ve Yönetmelik'te de kavram tutarlılığının olmamasının bir yansımasıdır. Ayrıca iç ve dış beden muayenesi şeklinde ikili bir sınıflandırılmaya gidilmesi ve vücuttan örnek alınmasının muayene kapsamında kalıp kalmadığı meselesi de tanımların farklılaşmasına sebebiyet vermiştir.

Kanaatimizce kişilik haklarını çok yakından ilgilendiren beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, Anayasaya uygun bir şekilde tamamen kanunla ayrıntılı olarak düzenlenmelidir. Hem CMK'nın kendi sistematiği içerisindeki hem de CMK

[27] Pervin Aksoy İpekçioğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, C.70, S.19, 2012, s. 21.
[28] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 202.
[29] Nurullah Kunter, Feridun Yenisey, Ayşe Nuhoğlu, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Baskı, Beta yayınları, Ankara, 2010, s. 889.

ile Yönetmelik arasındaki kavram farklılıklarının giderilmesi, zaman içerisinde doktrinde de tanımlar ve kavramlar noktasında bir bütünlüğü sağlayacaktır.

Bizim ülkemiz dışındaki bazı ülkelerde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kavramının nasıl ele alındığından da bahsetmekte fayda olacaktır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi "bilirkişi ve keşif" başlığı altında ele alınmıştır. Alman hukukunda da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bilirkişi faaliyeti olmakla birlikte koruma tedbiri niteliği ağır basan karma hukuki niteliğe sahip bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır[30]. 5271 sayılı CMK'nın Alman Ceza Muhakemesi Kanunu esas alınarak çıkarılmış olması da göz önüne alındığında; Almanya'daki düzenleme ile ülkemizdeki düzenlemenin örtüşmesi doğal karşılanmalıdır[31].

Alman hukukunda muayene ve örnek alma işlemleri, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81/a. maddesinde düzenlenmiştir. Muayene ve örnek alınmasına hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de savcı karar verebilecektir. Bizdeki düzenlemenin aksine Alman hukukunda, kolluğa da tedbirin uygulanmasında yetki tanınmıştır. Kişinin rızası olmasa bile beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanabilecektir. Ayrıca ilgilinin rıza vermiş olması karar alma zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. CMK'daki usulün Alman hukukundaki düzenlemeye kıyasla daha güvenceli olduğu söylenebilir[32]. Yine Alman hukukunda muayene ve örnek alma işlemlerinin yalnızca şüpheli ve sanık için değil diğer kişiler için de gerçekleştirilmesi mümkündür. Yapılan işlemin kişinin sağlığı açısından bir tehlike yaratmaması gerektiği de unutulmamalıdır[33].

Danimarka'da kan örneği alınması işlemini Adli Yönetim Yasası gereğince polis gerçekleştirmektedir. İspanya'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi gerçekleştirilebilmesi için yürütülen soruşturma açısından bu işlemin gerekli olması ve makul sebeplere dayanması gerekir. Yeni Zelanda'da ise işlemin gerçekleştirilebilmesi için ya suç içeren bir eylemle ilgili ceza soruşturması

---

[30] Ceren Özkan, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması***, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018, s. 58.
[31] Kızılarslan, s. 36.
[32] Zehra Başer, "Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, S.2, 2017, s. 273, (https://jurix.com.tr/article/9663), Erişim tarihi: 13/10/2020
[33] Barış Erman, ***Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 179.

yürütülüyor olması ya da suçun işlendiği noktasında bir şüphe olması gereklidir[34]. Bu işlemleri Yeni Zelanda Ceza Yasası'nın 49. maddesi uyarınca yalnızca tıbbi pratisyenler ve rıza dâhilinde hemşireler gerçekleştirebilmektedir. Ayrıca bir soruşturma kapsamında vücudundan örnek alınacak kişinin yanında birisinin bulunma hakkı da tanınmıştır. Buna göre hakkında muayene ve örnek alma uygulanan kişinin yanında avukatı, tıbbi bir personel veya kişinin talep edeceği diğer bir kimse bulunabilecektir. Kanada'da ise vücuttan örnek alınmasına hâkimin karar verebileceği düzenlenmiş olmakla bu durum bazı koşullara bağlanmıştır. Gerçeğin ortaya çıkarılması hususunda hâkimin bu tedbirin uygulanmasının gerekliliğine dair bir inanca sahip olması gerekmektedir. Güney Afrika'da kan alınması işlemini yalnızca doktor veya hemşire gerçekleştirebilecektir[35].

İngiliz hukuk sisteminde ise farklı bir uygulama göze çarpmaktadır. Polis bu işlemleri 1984 yılında kabul edilen Polis ve Cezai Kanıt Kanunu'na göre yerine getirmektedir. İngiltere'deki uygulamada muayene edilecek ve vücudundan örnek alınacak kişinin rızası çok önemlidir. Dış beden örneği ve parmak izlerinin alınabilmesi için rıza gerekmemektedir. İç beden örnekleri açısından vücudundan örnek alınacak şüphelinin rızası şarttır. Dış beden ve iç beden örnekleri madde metninde sınırlı olarak sayılmıştır[36]. İtalya'da da İngiltere'de olduğu gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için kişinin rızası aranmakta, eğer şahıs rıza vermez ise bu durum aleyhine bir karine olarak kabul edilmektedir[37].

Amerika'da da hem federal hem de devlet mahkemelerinin ceza yargılamasında vücuttan alınacak örneklerin DNA incelemesi yoluyla elde edilecek delillerin güvenilir ve kabul edilebilir olduğuna yönelik kararları mevcuttur[38].

II) HUKUKİ NİTELİĞİ

A) Bilirkişi İncelemesi, Keşif ve Koruma Tedbiri Açısından Değerlendirme

[34] Don Chalmers, ***Genetic Testing and the Criminal Law, 1, DNA Fingerprinting, 2 Criminal Procedure (International Law)***, I. Title, UCL Press, Londra, 2005, s. 5.
[35] Chalmers, s. 9.
[36] Meltem Dündar, ***İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 77.
[37] Mustafa Özen, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 352.
[38] Chalmers, s. 14.

Hukuk sistemimizin her dalı açısından uygulanacak bir işlemin veya verilecek bir kararın hukuki niteliğinin iyi kavranması gerekmektedir. Bu durum kavramların daha iyi anlaşılmasını ve pratikte daha verimli ve doğru uygulanabilmesini de beraberinde getirecektir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, kişilik haklarını yakından ilgilendiren ve temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliğinde olan bir işlemdir. Bu sebeple hukuki niteliğinin de kapsamlı bir şeklinde incelenmesi önemlidir[39].

1412 sayılı CMUK'ta beden muayenesi yedinci fasılda "bilirkişi ve keşif" başlığı altında 66. maddede düzenlenmişti[40]. CMUK'taki düzenlemenin yetersiz olduğunu önceki bölümde ifade etmeye çalışmıştık. Beden muayenesinin hukuki niteliği açısından da CMUK'tan net bir sonuca varmanın mümkün olmadığını söylemek doğru olacaktır. Ayrıca beden muayenesi 1412 sayılı CMUK'ta ayrıntılı düzenlenmeyip sıkı şartlara da tabi olmadığı için koruma tedbiri özelliğinin ağır basmadığı söylenebilir. Savcının talebiyle hekim tarafında gerçekleştirilen bir işlem olması ve bilirkişi ve keşif başlığı altında düzenlenmesi bilirkişi incelemesi niteliğinin ağır bastığı noktasında bir fikir oluşturmaktadır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK'da daha ayrıntılı düzenlendiği için hukuki nitelik açısından CMUK'a göre farklı yorumlara sebebiyet vermiştir. Öncelikle konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, 5271 sayılı CMK'da Birinci Kitap Üçüncü Bölümde "gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi " başlığı altında 75. ve 76. maddelerde düzenlenmiştir[41]. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının yapısı ve hukuki niteliği aslında işlemi gerçekleştiren kişi açısından da ele alınabilir. Hâkim bakımından keşif incelemesi olarak değerlendirilebilirken, işlemi gerçekleştiren doktor açısından bir bilirkişilik faaliyeti olarak ele alınabilir. Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının temel amacının delil elde etmek olduğu da düşünüldüğünde bu işlem, kararı yerine getiren kolluk görevlileri açısından da bir delil toplama faaliyeti olarak nitelendirilebilir[42].

Beden muayenesi ve örnek alma CMK'da koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemiştir. Koruma tedbirleri dördüncü kısımda düzenlenmekte ve 90. madde

[39] Mustafa Tarık Şentuna, ***Tutuklama ve Adli Kontrol***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 60.
[40] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 1008.
[41] Remzi Özmen, ***TCK- CMK ve İnfaz Kanunu***, 54. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 254-257.
[42] Kızılarslan, s. 287.

ile başlamaktadır. Ancak koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemiş olması koruma tedbirlerinin özelliklerini göstermediği şeklinde de algılanmamalıdır. CMK'da ayrıntılı düzenlenmesi ve sıkı şartlara tabi olması sebebiyle koruma tedbiri niteliği ağır basarken, ancak hekim tarafından gerçekleştirilebilen bir işlem olması da bilirkişilik faaliyeti özelliğini ön plana çıkarmaktadır. Ayrıca bu işlem soruşturma aşamasında delil toplamada bir araç olma özelliği de göstermektedir. Bu haliyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuki niteliğinin karma nitelik gösterdiğini söylemek doğru olacaktır[43]. Ancak konunun tam olarak anlaşılması açısından bilirkişi incelemesi, keşif ve koruma tedbirlerinin temel özelliklerini ele alınarak ayrıntılı bir değerlendirme yapmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Gittikçe küreselleşen dünyada özellikle bilim ve teknikteki gelişmelerin de etkisiyle sürekli yeni gelişmeler ortaya çıkmaktadır. Bu değişim ve gelişmeler suç türlerindeki çeşitliliğin artmasını da beraberinde getirmiştir. Her ne kadar hâkimler ve Cumhuriyet savcıları belirli bir hukuki donanıma sahip olsalar da suça ilişkin her türlü konuya vakıf olmaları beklenemez[44]. Alanları dışındaki konularda başkaca kimselerin görüş ve düşüncelerinden faydalanmaları gerekebilir. Ceza muhakemesi hukukundaki bilirkişilik kurumu da bu amaca hizmet etmektedir[45]. Ancak hâkimlerin kendi hukuki birikimleri ile çözebilecekleri konularda bilirkişiye başvurmalarının doğru olmadığını da hatırlatmakta fayda vardır[46]. Ayrıca alanında uzman olmayan bilirkişilerin

---

[43] Nur Centel, Hamide Zafer, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017 s. 307; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 206; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 530; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 450.

[44] *"...Diğer taraftan 5271 sayılı CMK'nın 63. maddesinde, bilirkişiye başvurulması gereken haller düzenlenmiş olup, burada çözümü uzmanlığı özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, bilirkişinin görüşüne başvurulması gerektiği, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda, bilirkişi görüşüne başvurulmaması hususu hüküm altına alınmıştır. Bu yasal düzenlemeler ışığında, mağdurun yüzünde meydana gelen yaralanmanın çehrede sabit eser niteliğinde olup olmadığı hususunda asıl yetkili merci sağlık kuruluşları olmakla beraber, olayın üzerinden 1 yıl 8 ay 26 gün süre geçmesi nedeniyle mağdurun daha da mağdur edilmemesi hususu gözetilerek duruşma salonunda yapılan gözlem sonucunda mağdurun yeniden raporunun aldırılması gerekmediği düşünülmüş ve bu gözlemle yetinilmiştir. Esasen CMK'nın 63. maddesinde belirtildiği üzere, çehrede sabit eser niteliğinde bir durumun olup olmadığı hususu, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel bilgiyle de çözülmesi olanaklıdır…",* ***Yargıtay Ceza Genel Kurulu 2014/1 E. , 2014/256 K.***

[45] Ömer Ulukapı, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.9, S.3-4, 2001, s. 191.

[46] Burcu Dönmez, "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.9, Özel Sayı, 2009, s. 1146.

görevlendirmesi hem beklentileri karşılamayacak hem de dosyanın sürüncemede kalmasına sebep olacaktır[47].

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda bilirkişiliğin düzenlendiği 62. ve devamı maddelerde bilirkişi atanmasında bir takdir hakkının sunulduğunu görmekteyiz[48]. Ancak bazı durumlarda bilirkişiye başvurmak bir zorunluluk halini almaktadır. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da tam bu noktaya işaret etmektedir. Muayene ve örnek alma işlemleri ancak hekim veya başkaca bir sağlık personeli tarafından yerine getirilebilecek işlemlerdir. Bu haliyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kurumu, bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu haller arasında sayılabilir.

Yapılan açıklamalar doğrultusunda; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin hem hâkim hem de soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan haller kapsamında savcının kararı ile ancak hekim veya diğer sağlık mesleği mensupları tarafından yerine getirilmesi mümkün olan bilirkişiliğe başvurmanın zorunluluk arz ettiği bir işlem olduğunu söylemek doğru olacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin CMK'da düzenlendiği yerin aynı zamanda keşif başlığı içerisinde yer alması, bu işlemin keşif faaliyeti ile ilişkili olabileceğini akla getirmektedir. Hâkim, yargılama neticesinde sağlıklı bir hüküm kurabilmek için delilleri yakından incelemeli ve bizzat vicdani kanaatine göre değerlendirilmelidir. Keşif işlemi; olayın gerçekleştiği yer, olay saati, hava koşulları vb. tüm durumlar göz önünde bulundurularak bizzat hâkim tarafından icra edilecektir[49]. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından değerlendirdiğimizde bu işlemin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu olan kişilerce yapılması mümkündür. Bu sebeple her ne kadar beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemi keşif başlığı altında düzenlenmiş olsa da; bizzat hâkim tarafından gerçekleştirilmemesi sebebiyle özünde keşif faaliyetinin özelliklerini göstermediği kanaatindeyiz.

---

[47] *Bilirkişinin konunun uzmanı olup olmadığının Yargıtay'ın kararlarına nasıl yansıdığına ilişkin bakınız*: Gökhan Karaburun, "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları", ***Adli Tıp Bülteni***, C.22, S.3, 2017, s. 201.
[48] Özmen, s. 247-254.
[49] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 258; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 245.

Her ne kadar konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmese de; gösterdiği bazı özellikler bakımından koruma tedbiri olarak da nitelendirilebilir. Hem soruşturmanın yürütülmesinde hem de yargılama aşamasında yetkili makamlar adli nitelikli arama, el koyma, iletişimin tespiti gibi bazı tedbirlere başvurabilecektir[50]. Bu koruma tedbirlerinin muhakemenin tüm aşamalarında temel bir yer edindiğini söylemek doğru olacaktır[51]. Kanun koyucu CMK'da koruma tedbirlerine ilişkin herhangi bir tanım öngörmemiştir. CMK'da "1. Kitap 4. Kısımda" koruma tedbirleri sayılarak düzenlenme yoluna gidilmiştir. Ayrıca CMK'da temel anlamda koruma tedbirlerine ilişkin bir açıklamanın da olmadığını belirtmekte fayda vardır[52]. Doktrinde koruma tedbirleri ile ilgili birçok farklı çok tanım yapılmış olsa da; konumuzdan fazla uzaklaşmamak adına bu tanımlara çalışmamızda ayrı ayrı yer vermeyeceğiz. Ancak hukuki niteliğinin kavranması açısından koruma tedbirlerinin temel özelliklerinin ve konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi ile benzer yönlerinin ortaya konmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Öncelikle koruma tedbirlerinin kişi hak ve özgürlükleri ile yakından ilgili olduğunu söylemek doğru olacaktır. Anayasanın "19, 20, 21, 22, 23, 26 ve 28. maddeleri" koruma tedbirlerine karşı bir güvence niteliğindedir. Aynı şekilde AİHS'in 5. ve 8. maddeleri de bu kapsamda değerlendirilebilir. Anayasanın dışında iç hukuk sistemimiz bağlamında Türk Ceza Kanunu ve CMK'da da koruma tedbirlerine ilişkin temel ilkeler ele alınmıştır. Tüm bu bahsedilenler ışığında koruma tedbirlerinin niteliği itibariyle temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşıdığını ve bu sebeple yasa ile düzenlenmesinin gerektiğini söylemek doğru olacaktır[53].

Ceza muhakemesinin temel amacının gerçeğin ortaya çıkarılması olduğundan önceki bölümde bahsetmiştik. Koruma tedbirleri açısından bu tedbirlerin uygulanması amaç olmayıp ceza muhakemesinin amacına giden yolda bir araç olduğunu söylemek mümkündür. Diğer bir açıdan ise bazı koruma tedbirlerinin sonrasında uygulanacak

---

[50] Zafer İçer, Caner Yenidünya, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 285.
[51] Yusuf Yaşar, İsmail Dursun, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Koruma Tedbiri", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.19, S.3, 2013, s. 5.
[52] Özen Kaya Göçmen, "Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s. 1752-1753.
[53] Uğur Ersoy, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 40.

bazı tedbirler yönünden araç niteliğinde olduğudur. Örneğin arama koruma tedbiri el koyma koruma tedbiri açısından bir araç konumundadır[54].

Ayrıca koruma tedbirlerinin araç konumunda olması geçici olmalarını da beraberinde getirmektedir. Örneğin yakalama tedbiri hakkında yakalama kararı çıkarılan şahıs yakalanıp gerekli işlemler yapıldıktan sonra son bulacaktır. El koyma kararı verilen ve adli emanete alınan materyallere ilişkin de yargılama neticesinde iade veya müsadere kararı verilebilecektir. Tutuklama tedbiri de gerekliliği ve şartları ortadan kalktığında sona erdirilebilecek bir koruma tedbiridir. Uygulanması üç hafta ile sınırlanan gözlem altına alma ve teknik araçlarla izleme koruma tedbirleri de buna örnek olarak gösterilebilir[55].

Koruma tedbirlerinin bir diğer özelliği de kararın belirli bir makamca verilmesi gerekliliğidir. Temel anlamda hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı koruma tedbirlerine ilişkin kararı vermeye yetkilidir. Ancak CMK'nın 119. ve 90. maddelerinde farklı bir düzenleme gözümüze çarpmaktadır. CMK'nın 119. maddesinde bazı durumlarda kolluk amirinin yazılı emri ile de arama koruma tedbirinin uygulanabileceği düzenlenmiştir. CMK'nın 90. maddesinde ise yakalama işlemleri açısından bazı hallerde vatandaşların da bu işlemi gerçekleştirebileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu durumlar istisnai kabul edilmelidir[56].

Yukarıda belirtilen koruma tedbirlerine ilişkin temel özelliklerin konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından da karşımıza çıktığını söylemek doğru olacaktır. Öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gerçeğe ulaşma noktasında delil elde edilmesini sağlayarak amaca giden yolda araç niteliği göstermektedir. Ayrıca vücuttan örnek alma işlemi açısından; elde edilen verilerin moleküler genetik incelemeye veri sağlaması sebebiyle moleküler genetik incelemenin aracı konumunda olduğunu söylemek doğru olacaktır. Bu durum beden muayenesi ve vücutta örnek alınmasının araç olma özelliğini bir başka açıdan gözler önüne sermektedir.

[54] Cumhur Şahin, Neslihan Göktürk, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 114.
[55] İçer, Yenidünya, s. 287-288.
[56] Ersoy, s. 42.

Yine koruma tedbirlerinin genelinde olduğu şekilde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına hâkim ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı karar vermektedir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendirdiğini daha önce belirtmiştik. Her ne kadar dış beden muayenesi eleştirdiğimiz şekilde CMK ile düzenlenmemiş olsa da; iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenerek yasa ile düzenlenmiş olma bakımından da koruma tedbirleri ile paralellik göstermektedir. Ayrıca CMK'da bazı koruma tedbirleri açısından başka türlü delil elde etme imkânı bulunmama şartı aranmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının CMK'da sıkı şartlara tabi tutulması ve orantılılık ilkesi ile yakından ilişkili olması, koruma tedbirlerinin "uygulanması için başka türlü delil elde etme imkânı bulunmama" özelliği ile benzerlik göstermektedir.

Yukarıda da genel olarak açıkladığımız şekilde; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bir taraftan bilirkişilik faaliyeti içermekte, diğer taraftan da kişi hak ve özgürlüklerine müdahale olması sebebiyle koruma tedbiri niteliği göstermektedir. Yani hukuksal olarak karma nitelikli bir işlem olarak karşımıza çıkmaktadır[57]. Ancak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, her ne kadar kanunda koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmese de; koruma tedbirlerinin temel özellikleri ile örtüştüğünü söylemek mümkündür.

Kanaatimizce koruma tedbirlerinde olduğu şekilde sıkı şartlara bağlanan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının bilirkişi, keşif ve otopsi başlığından ziyade koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmesi daha doğru olurdu. Her ne kadar beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması zorunlu bir bilirkişi faaliyetini içerisinde barındırsa da; kişilik haklarını yakından ilgilendirmesi, uygulanmasının koruma tedbirlerinin uygulanması ile aynı şartlara bağlanmış olması sebebiyle koruma tedbiri niteliğinin öne çıktığını düşünüyoruz.

B) Nemo Tenetur (Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması) İlkesi Açısından Değerlendirme

[57] İpekçioğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", s. 35.

Vücuda yapılacak müdahalelerde kural olarak kişinin rızasının alınması gereklidir[58]. Bu noktada karşımıza 1928 tarihli "Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun" çıkmaktadır. Bu Kanun'un 70. maddesi: *"Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını 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 ikiyüzelli Türk Lirası idarî para cezası verilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Günümüzde yürürlüğü devam etmekte olan bu Kanun'un. 70. maddesinde; tıbbi müdahalede bulunmadan önce hastanın rızasının alınması gerekliliği açıkça belirtilmiştir.[59] Rıza alınması hususu hasta hakları kapsamında değerlendirilebilir. Ancak hekimlerin sorumluluğu kapsamında ele alınması daha doğru olacaktır. Hekimler müdahale ile ilgili önce hastayı bilgilendirmekle sorumlu olacaklar ve akabinde hastanın rıza verip vermeme durumu gündeme gelecektir[60].

Tıp bilimi açısından hastanın müdahaleye rıza göstermesi hususu önem arz ederken içinde doğal olarak zorlama barındıran koruma tedbirleri açısından bu mesele nemo tenetur ilkesi bağlamında ele alınmıştır. Kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanıp zorlanamayacağı nemo tenetur ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir[61]. Bu ilkenin iki boyutu karşımıza çıkmaktadır. Birincisi susma hakkıdır[62]. Bu hak, kişinin soruşturma veya kovuşturma aşamalarında sorulara cevap verip vermeme noktasındaki özgürlüğünü ifade etmektedir. Kişi ayrıca sorulara hiç cevap vermemeyi de tercih edebilecektir[63]. Bu haliyle şüpheli veya sanık susma hakkını kullanarak aleyhine oluşabilecek durumlara karşı avantaj sağlayabilecektir.

---

[58] Arif Barış Özbilen, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.12, S.24, 2013, s. 100.

[59] Yücel Dener, İ. Hamit Hancı, Osman Fırat Turan, Tuba Hancı, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi", ***Ulaşım ve Trafik Güvenliği Dergisi***, Ağustos 2012, s. 6.

[60] Özge Yücel, Gürkan Sert, ***Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 129.

[61] Rezzan İtişgen, ***Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 2-6.

[62] Özen İnci, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.7, S2, 2017, s. 130.

[63] Ali Yıldırım, "Şüphelinin Susma Hakkı", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.5-6, 1988, s. 683.

"Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Sözleşmesi" ve "İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde" susma hakkına vurgu yapılmıştır. AİHM de bazı kararlarında kişinin susmasının aleyhine olarak yorumlanamayacağını belirtmiştir. Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Sözleşme'nin 14/3-g. maddesi de susma hakkına ilişkindir. Ulusal mevzuatımızda ise CMK'nın 147. maddesinde susma hakkının ele alındığını söylememiz mümkündür. 1. fıkranın e bendi: *"Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanunî hakkı olduğu söylenir."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu fıkrada şüpheli veya sanığın açıklama yapmaya zorlanamayacağı belirtilmiştir. Ayrıca CMK'nın 148/1. maddesi de susma hakkını destekler niteliktedir. Bu madde: *"Şüphelinin ve sanığın beyanı özgür iradesine dayanmalıdır. Bunu engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilâç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler yapılamaz."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle susma hakkının CMK'da açıkça düzenlendiğini söylemek doğru olacaktır[64].

Şüpheli ve sanığın savunma hakkı açısından büyük önem arz eden susma hakkı; insan onuru ile de yakından ilgilidir. Bu haliyle susma hakkının güvence altına alınmasının insan onurunun dokunulmazlığı ilkesinin kapsamını genişlettiği söylenebilir[65]. Susma hakkının ayrıca kişinin hür iradesini ve kişinin temel hak ve özgürlüklerini koruduğunu da belirtmekte fayda vardır[66].

Nemo tenetur ilkesinin ikinci boyutu; kişinin kendisini suçlamaya yönelik beyanlarda bulunmaya zorlanmasının yasak olmasıdır. Bununla ilgili öncelikle karşımıza Anayasanın 38/5. maddesi çıkmaktadır. Bu hüküm: *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* şeklindedir. Bu haliyle delil elde etmek amacıyla kişiye karşı zor kullanılamayacaktır. Bu durum yalnızca ifade ve sorgu işlemleri için değil tüm ceza muhakemesi işlemleri için geçerli kabul edilmelidir[67].

Temel amacı gerçeğe ulaşmak olan ceza muhakemesi hukuku bağlamında da tıbbi müdahaleye gereksinim duyulabilmektedir. Nitekim koruma tedbiri niteliği taşıyan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bu hususa işaret etmektedir.

---

[64] İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s. 131-133.
[65] Burcu Demren Dönmez, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 52.
[66] Serhat Sinan Kocaoğlu, "Susma Hakkı", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.1, 2011, s. 30.
[67] İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s. 135.

Koruma tedbirlerinin genelinde zorlama mevcuttur. Bu durum aslında kişinin kendi bedeni üzerinde tasarruf etme hakkı ile çakışmakta ve doğal olarak rıza sorunu tartışmaya açılmaktadır[68]. Şüphelinin veya sanığın koruma tedbiri uygulanırken rızasının alınması söz konusu olmamaktadır. Ancak bu işlemlere yönelik kişilerin ceza muhakemesi anlamında bir katlanma yükümlülüğünün olup olmadığı tartışılmıştır[69].

CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine usulüne uygun karar verilmesine rağmen karşı koyulması halinde nasıl davranılması gerektiğine ilişkin açık bir hüküm söz konusu değildir. Bu konuda Yönetmelik'in 18. maddesinde bir düzenleme mevcuttur. Bu madde: *"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."* şeklindedir. Öncelikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan bir durumun yönetmelikle düzenlenip kanunla düzenlenmemiş olmasının doğru olmadığını belirtmemiz gerekir. AİHM'in de buna ilişkin bazı kararları mevcuttur. Yazgül Yılmaz/TÜRKİYE davasında; kişinin jinekolojik muayenesine ilişkin hükümlerin yasa ile düzenlenmesi gerektiği ve eğer yasada bir düzenleme mevcut değilse kişinin rızası dâhilinde bu işlemlerin uygulanması gerektiği belirtmiştir. Ancak AİHM'in bu kararı CMUK döneminde verildiği için buna ilişkin endişelerin bir nebze CMK ile giderildiğini söylemek doğru olacaktır. Yine Almanya'ya ilişkin bir kararda midesinde uyuşturucu madde olan bir şahsa kusturucu ilaç verilmesinin, kişinin kendisini suçlama yasağının bir ihlali niteliğinde olduğuna kanaat getirilmiştir. Saunders/Birleşik Krallık davasında ise AİHM, kişinin kendisine yöneltilen suçlamaları yanıtlamaya zorlanmasını nemo tenetur ilkesinin ihlali kabul etmiştir[70].

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile ilgili olarak; susma hakkının kişinin kendisine ve ona isnat edilen eyleme ilişkin olması sebebiyle bu işlemin kişinin kendi beyanı ile bir ilgisinin olmadığı savunulmaktadır. Bu haliyle şüpheli veya sanık susma hakkını kullandığını öne sürerek beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından kaçınamayacaktır. Çünkü burada kişinin beyanı ile ilgili bir işlem söz

[68] Meral Ekici Şahin, ***Ceza Hukukunda Rıza***, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 288.
[69] İnci, "Katlanma Yükümlülüğü", s. 121.
[70] Devrim Aydın, ***Ceza Muhakemesinde Deliller***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 131-132.

konusu olmamaktadır. Yani kişi beden muayenesi ve örnek alınmasını kabul etmek zorundadır[71].

Nitekim AİHM bir kararında, örnek alma kişinin beyanından bağımsız bir işlem olduğu için kişinin rızası olmadan toplanan delillerin örneğin alınan kanın yargılamada kullanılabileceğini ve bu durumun kişinin susma hakkının ihlaline sebebiyet vermeyeceğini belirtmiştir[72].

Yönetmelik'in 18. maddesi açısından değerlendirdiğimizde; *"Cumhuriyet savcısı tarafından gerekli önlemler alınır"* ifadesinden kişinin beden muayenesi ve örnek alınmasına rıza göstermemesi durumunda bu işlemin gerçekleştirilmesi için şahsın zorlanabileceği anlamı çıkmaktadır. Diğer bir deyişle; kişi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına katlanmak zorundadır. Bu haliyle Yönetmelik hükmü gereğince kişi rızası olmasa dahi muayenenin yapılacağı yere zorla getirilebilecek, kıyafetleri zorla çıkartılabilecek, muayene masasına yatırılabilecek ve elleri tutulmak suretiyle işlem gerçekleştirilebilecektir[73].

Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, rızası olmadan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanacak kişiye karşı zorlamanın orantılı şekilde uygulanması ve ölçülü bir şeklide hareket edilmesidir. Ayrıca zorlama sonucunda kişinin sağlığı açısından bir tehlike yaratılmaması da göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şartlarda kişinin rızası olmasa dahi zorlama yoluyla uygulanan beden muayenesi ve örnek alma işlemlerinde elde edilen deliller hukuka uygun olup nemo tenetur ilkesinin ihlali sayılmayacaktır[74].

III) AMACI

Ceza muhakemesi soruşturma aşaması ile başlayan, yargılama ile devam eden ve hükmün infazı ile sonlanan bir süreçtir. Bütün bu aşamalar bir silsile halinde bütünlük arz etmektedir. Cumhuriyet savcısı bir suç şüphesi ile karşılaştığında olayın

---

[71] İpekçioğlu, "Anayasaya Uygunluğu", s. 1173.

[72] *"...Kendi aleyhine tanıklık etmemek hakkı öncelikle, sanığın sessiz kalma isteğine saygı gösterilmesiyle ilgilidir. Sözleşmeye Taraf Devletler'in hukuk sistemlerinde ve başka yerlerde yaygın olarak anlaşıldığı üzere bu hak, ceza davalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin iradesinden bağımsız olarak mevcut bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan beden dokularının kullanılması mümkündür..."* ***AİHM'in 17 Aralık 1996 Tarihli Saunders/Birleşik Krallık Kararı***

[73] Centel, Zafer, s. 321.

[74] Ahmet Gökcen, Murat Balcı, Mehmet Emin Alşahin, Kerim Çakır, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 342.

aydınlatılması için derhal harekete geçecektir. Gerçeğin ortaya çıkarılması için gerekli olan deliller de ilk olarak Cumhuriyet savcısının idaresinde yürütülen soruşturma aşamasında toplanmaktadır. Soruşturma neticesinde suçun işlendiğine dair yeterli şüphe elde edilip kamu davası açıldıktan sonra dosya yargılama için mahkemenin önüne geldiğinde duruma göre yeni delillere ihtiyaç duyulursa delil toplama yargılama aşamasında da devam edecektir. Bu sebeple muhakemenin bütünün deliller üzerine temellendirildiğini söylemek doğru olacaktır. CMK'nın 75. maddesinde düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında da amacın delil elde etmek olduğu belirtilmiştir[75].

Ölümlü olaylarda şüpheli şahıslardan elde edilecek vücut örnekleri çok önemlidir. Bazen yürütülen ceza soruşturması kapsamında öyle durumlar olmaktadır ki; bütün deliller toplanmakta ancak yalnızca şüphelinin olay yerinde olduğu kanıtlanamamaktadır. Örneğin maktulün kendi aracının içerisinde ıssız bir yerde ölü vaziyette bulunması olayı olduğunu varsayalım. Kolluk birimlerinin ve savcının yaptığı araştırmalarda da şüpheli bir şahsa ulaşıldığını düşünelim. Şüphelinin maktul ile HTS kayıtları ortaya konmuş hatta şüphelinin aracının olay yerine doğru giden yollardaki geçişleri de Plaka Tanıma Sistemi aracılığıyla tespit edilmiş olsun. Ancak olay yerini bizzat gören bir kamera kaydı veya tanık olmadıkça şüphelinin o cinayet olayını işlediğini kanıtlamada deliller eksik kalacaktır. Olaydan geriye kalan her türlü iz ve emarenin genellikle failin iradesi olmadan olay yerinde kaldığı söylenebilir. Olay yeri inceleme ekiplerince maktulün aracından bir kıl veya biyolojik bulgu elde edilmiş olabilir. İşte elde edilen veriler ile şüphelinin CMK uyarınca vücudundan alınan örneklerinin DNA incelemeleri yapıldığında eğer uyuşma gözlenirse şüphelinin üzerine atılı suçu işlediğine dair kamu davası açmaya yeter somut ve yeterli şüpheye bir adım daha yaklaşılacaktır. Elde edilecek sonuçlar failin kimliğinin tespiti ve olayın tüm yönlerinin ortaya konmasında çok önemli bir yer tutmaktadır. İşte bu gibi durumlarda mukayeseye elverişli vücut örnekleri dosyada mevcut diğer delillerin tamamlayıcısı konumundadır. Her ne kadar bu emarelerin olayın aydınlatılmasında belge ve beyan delillerinde olduğu gibi tek başına sonuç vermeleri mümkün olmasa

[75] Tuğba Bayzit, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması,*** Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007, s. 30-31.

da; gelişen teknoloji ile birlikte delil değeri yüksek bilimsel veriler olarak karşımıza çıkmaktadırlar[76].

Muayene işlemleri ise yaralamaya ilişkin işlenen eylemlerde önem arz etmektedir. İleriki bölümlerde de ele alacağımız üzere mağdur şahıslar üzerinde yapılan dış beden muayenesi, suçun vasfı noktasında bizlere yol gösterici olmaktadır. Örneğin; şahsın alınan doktor raporunda yaralama sonucu kemik kırığı meydana geldiyse, yüzde sabit bir iz kaldıysa, uzuv kaybı meydana geldiyse verilecek ceza yarı oranında arttırılacaktır. Beden muayenesinin ayrıca adli olayların niteliğinin tespiti, kimliği meçhul şahısların kimliklerinin tespit edilmesi, kişinin gerçek yaşının tespit edilmesi, kişinin cezai ehliyetinin olup olmadığı, 12-15 yaş arası çocuklarda farik ve mümeyyizliğin tespiti[77] amacıyla yapıldığını belirtmek gerekir[78].

Sonuç olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, teknolojik gelişmelerin de etkisiyle ceza yargılamasının en önemli yapı taşı olan delil elde edilmesine hizmet etmektedir.

IV) ÇEŞİTLERİ

A) İç Beden Muayenesi

Ceza muhakemesi hukukumuzda beden muayenesi; iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olmak üzere iki şekilde düzenlenmiştir. Beden muayenesi "bedenin içinin ve dış yüzeyinin tıbbî incelemesi" olarak tanımlandığında daha anlamlı bir bütün elde edilmektedir. Yönetmelik'in 3. maddesine göre; *"iç beden muayenesi, kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesini"* ifade etmektedir.[79] CMK'da iç ve dış beden muayenesi şeklindeki ayrım diğer kişiler için değil de şüpheli ve sanık bakımından öngörülmüştür. Diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene işlemleri açısından iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi aynı şartlara tabi tutulmuştur. Bu sebeple iki muayene türünün farklarının daha iyi anlaşılabilmesi

[76] Doğan, s. 96-97.
[77] *"12-15 yaş aralığındaki suça sürüklenen çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve önemini bilip bilmedikleri ve davranışlarını yönlendirme yetenekleri olup olmadıklarına dair adli tıptan yahut hastanelerin çocuk ve ergen ruh ve sinir hastalıkları polikliniğinden aldırılan rapor Farik ve Mümeyyizlik raporudur. Eğer rapor sonucunda suça sürüklenen çocukların işledikleri fiilin hukuki anlam ve önemini bilmedikleri ve davranışlarını yönlendirme yetenekleri olmadığına dair bir kanı oluşursa çocuk hakkında TCK 31/2 maddesi gereğince cezaya hükmolunmayacak ancak çocuklara özgü güvenlik tedbirlerine karar verilebilecektir. Raporun netice kısmında genellikle doktorlar tedbir uygulanmanın gerekliliği noktasında bir yorumda bulunmaktadırlar."*
[78] Vahit Bıçak, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 696.
[79] İpekçioğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", s. 23.

açısından bu başlık altındaki değerlendirmelerimizi şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene işlemleri açısından ele alacağız. İkinci bölümde ise hem şüpheli ve sanığın hem de diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerini ayrıntılı şekilde açıklamaya çalışacağız.

Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi CMK'nın 75. maddesinde düzenlenmiştir. CMK'nın 75/1. maddesinde: *"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 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 "* şeklinde düzenleme mevcuttur.

CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aynı kanun maddesinde düzenlenmiştir. Yine CMK'daki düzenlemeden vücuttan örnek alınmasının da bir muayeneyi gerekli kılması sebebiyle örnek almanın da muayenenin içinde düşünüldüğü anlaşılabilir. CMK'da iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrım mevcut değildir. Kaldı ki şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi kanunla dahi düzenlenmemiştir.

Ancak Yönetmelik'e göz attığımızda daha farklı bir düzenleme görmemiz mümkündür. Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi farklı maddelerde düzenlenmiştir. Yine vücuttan örnek alınması da iç ve dış beden muayenesinden ayrı olarak ele alınmıştır.[80]. Yönetmelik'in şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi başlığını taşıyan 5. maddesinde, *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine Cumhuriyet savcısı veya mağdurun 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 mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört saat içinde kararını verir.*

[80] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 449; Öztürk, Kazancı, Güleç, s.207

Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz." şeklinde düzenleme mevcuttur.

CMK'nın 75. maddesinin 3. fıkrasında; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 4/2. maddesinde ise iç beden muayenesinin sadece tabip tarafından yapılacağı, 6. maddesinde de; vücuttan örnek alınmasının tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Bu noktada şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin CMK ile Yönetmelik'teki düzenlemeleri arasındaki bir farklılık göze çarpmaktadır[81].

İç beden muayenesinin uygulanmasındaki amaç, tedbirin hangi makamlarca uygulanabileceği ve hangi durumda hükümsüz kalacağı hususlarında Yönetmelik ile CMK'nın 75. maddesinin 1. fıkrasının paralellik gösterdiğini söylemek mümkündür. Yine kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekliliği noktasında Yönetmelik maddesi CMK'yı tekrar etmiştir. Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı da aynen CMK'da olduğu gibi Yönetmelik'te de tekrar edilmiştir.

İç beden muayenesi hususunda CMK'da vücudun hangi bölgelerinde yapılacak muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı ile ilgili de bir hüküm mevcuttur. CMK'nın 75. maddesinin 4. fıkrası; *"Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Aynı husus Yönetmelik'te de tekrar edilmiştir. Bu noktada iç beden muayenesi kapsamında kalmayan bazı durumların da iç beden muayenesi sayılacağının açıkça düzenlendiğini görmekteyiz. Aslında burada bir kıyas olduğunu söylemek doğru olacaktır. Bu durumda kıyasın açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Bu husus CMK'nın eksik kaldığı noktalardan biridir. Bunun yerine "Cinsel organlar ve anüste yapılacak muayene hakkında iç beden muayenesine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır." şeklinde bir düzenlemenin daha doğru olacağını savunanlar mevcuttur[82].

Bu durumda cinsel saldırı ve istismar iddiasına ilişkin yürütülen bir soruşturmada mağdurun cinsel bölgesinde yapılacak bir muayene de iç beden

[81] Ayşe Nuhoğlu, "Beden Muayenesi", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2006, s. 331.
[82] Erdener Yurtcan, ***Ceza Yargılaması Hukuku***, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 290.

muayenesi hükümlerine tabi olacaktır. Yine CMK'da düzenlendiği şekilde mağdurun rızası var ise iç beden muayenesi yapılması için hâkim kararı gerekmeyecektir. Bu durum bir hukuka uygunluk nedeni olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca iç beden muayenesi amacıyla alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği ve özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu da CMK'da düzenlenmiştir.

B) Dış Beden Muayenesi

CMK'nın 75. maddesinin başlığı, "Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması" olsa da; madde içeriğinde dış beden muayenesine ilişkin bir konu ele alınmamıştır. Yönetmelik'in 3. maddesinde dış beden muayenesi; *"Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesi"* biçiminde tanımlanmıştır. Yönetmelik'in 5. maddesinde ise şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi şu şekilde düzenlenmiştir; *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir. Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır. Muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenin dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir"*[83].

Olay yeri inceleme ekiplerinin Yönetmelik'in 23. maddesi uyarınca herhangi bir karara gerek olmaksızın yaptığı çalışmalar bazı durumlarda yeterli olmamaktadır. Soruşturmanın sağlıklı yürümesi ve delillerin tam olarak toplanması ve dolayısıyla olayın tüm yönleriyle aydınlatılması amacıyla dış beden muayenesine başvurulması gerekebilir. Özellikle yaralama iddialarına ilişkin yürütülen soruşturmalarda dış beden muayenesinin yapılmamış olması büyük bir eksiklik kabul edilmelidir[84].

Bu konuyla ilgili ilk dikkatimizi çeken, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin uygulanmasında iç beden muayenesinde olduğu gibi hâkim veya

[83] Gizem Dursun, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", ***D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan,*** C. 19, Özel Sayı, 2017, s. 2961.
[84] Doğan Soyaslan, ***"Ceza Muhakemesi Hukuku"***, Yetkin Yayınevi, 7. Baskı, Ankara, 2018, s. 269.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının kararının gerekmemesidir. Böylece suç içeren bir eylemin gerçekleşmesi durumunda Cumhuriyet savcısı sözlü veya yazılı olarak şüpheli şahsın dış beden muayenesinin yapılması talimatını verebilecektir. Ayrıca kovuşturma aşamasında da mahkeme gerekli gördüğü takdirde katılan veya sanığın dış beden muayenesini yaptırabilecektir[85].

Yönetmelik'in 5. maddesinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin yalnızca tabip tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Yine dış beden muayenesi yapılırken kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği ele alınmıştır. Bu durumda CMK ile Yönetmelik'teki düzenlemelere ilişkin farklılıklar dikkatimizi çekmektedir. CMK'da iç beden muayenesinin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği düzenlenirken, Yönetmelik'te dış beden muayenesi açısından sağlık mensubu diğer bir kişi ifadesi kullanılmamıştır. Ayrıca CMK'da kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği düzenlenmişken, Yönetmelik'te "kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması" şeklinde ifade edilmiştir[86].

Ayrıca CMK'da şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda uygulanamayacağı belirtilerek suçun niteliği bakımından tedbirin uygulanmasına bir sınırlama getirilmiştir. Yönetmelik incelendiğinde ise dış beden muayenesinin uygulanmasında suç bakımından herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Sonuç olarak dış beden muayenesinin tüm suçlar bakımından uygulanabileceğini söylemek mümkündür[87].

Dış beden muayenesi, iç beden muayenesinde olduğu gibi kişinin vücut bütünlüğüne bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu konunun CMK ile değil de Yönetmelikle düzenlenmesi kanunilik ilkesini ihlal etmektedir[88]. Ayrıca hak ve

---

[85] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 62.

[86] Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, "Ceza Muhakemesi Hukuku I" s. 376-377; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 210; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 452.

[87] Doğan Gedik, ***Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 202.

[88] *"TCK m. 2 'de yer alan ve "Kanunun açıkça suç saymadığı bir fiil için kimseye ceza verilemez ve güvenlik tedbiri uygulanamaz. Kanunda yazılı cezalardan ve güvenlik tedbirlerinden başka bir ceza ve güvenlik tedbirine hükmolunamaz." Şeklinde düzenlenen kanunilik ilkesi, uluslararası alanda da kabul gören en mühim ceza hukuku ilkelerinden biridir."*, Muhammed Emre Tulay, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman

özgürlüklerin kanun ile sınırlanabileceğini belirten Anayasanın 13. maddesine de aykırılık teşkil etmektedir[89]. Her ne kadar CMK'da dış beden muayenesinden bahsedilmese de; dış beden muayenesinin düzenlendiği Yönetmelik maddesi ile CMK arasında kavramsal açıdan bir tutarlılığın sağlanmasında fayda olduğunu düşünüyoruz. Konunun başında da vurguladığımız gibi kavramsal tutarsızlıkların bilimselliğe zarar verdiği de düşünüldüğünde; bu yönde yapılacak bir düzenlemenin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması noktasında kafa karışıklıkların ve terimsel düzensizliklerin giderilmesine katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

Sonuç olarak hem CMK'da hem de Yönetmelik'te düzenlenen iç beden muayenesi ile yalnızca Yönetmelik'te düzenlenen dış beden muayenesi arasında, tedbiri uygulayacak kişiler, karar verecek makam, uygulanabileceği suç türleri açısından farklılıklar söz konusu olduğu söylenebilir[90].

C) Vücuttan Örnek Alınması

İç beden muayenesi bölümünde bahsedildiği üzere CMK'nın 75. maddesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması aynı maddede düzenlenmiştir. İç beden muayenesinde geçerli olan koşulların hepsi vücuttan örnek alınmasında da geçerlidir. Ancak her ne kadar örnek alma ve iç beden muayenesi CMK'da birlikte düzenlenmiş olsa da; bunlar aslında iki farklı işlem olarak kabul edilmelidir. Beden muayenesinin konusu; üzerinde muayene işlemi uygulanan şüpheli, sanık veya diğer kişilerdir. Ancak vücuttan örnek alınmasında işlemin konusu vücuttan elde edilen örneklerdir. Ayrıca iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aynı anda uygulanabilmekle birlikte yürütülen ceza soruşturmasının gelişimine göre ayrı zamanlarda da uygulanabilir[91].

Örneğin yürütülen bir soruşturmada darp iddialarına ilişkin mağdurda herhangi bir yaralanma, darp, cebir izi bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla beden muayenesi yaptırılabilir. Ancak sonrasında olay yeri inceleme raporunun soruşturma dosyasına sunulmasıyla şüphelinin aracında veya olay yerinin yakınlarındaki bir sigara izmaritinin üzerinde biyolojik bulgu elde edilmiş olabilir. Olayın aydınlatılması

Bakımından Uygulanma Sorunu", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,*** C.22, S.3, 2016, s. 2716-2717.

[89] Centel, Zafer, s. 310.

[90] Özbek. Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 449.

[91] İpekçioğlu, "Anayasaya Uygunluğu", s. 1159.

açısından şüpheliden ve mağdurdan alınacak örnekler ile biyolojik bulguların moleküler genetik incelemesinin yaptırılması faydalı olacaktır. İşte bu gibi durumlarda muayene ve örnek almanın farklı zamanlarda yapılması mümkündür.

Vücuttan örnek alınmasını ele alırken Yönetmelik'i de incelemekte fayda vardır. Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınması başlığını taşıyan Yönetmelik'in 6. maddesi; *"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, yirmi dört saat içinde hâkim veya mahkeme onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmi dört 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.*

Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir.

Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.

Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır.

Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz.

Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır." şeklindedir.

CMK'dan farklı olarak Yönetmelik'in altıncı maddesinde tıbbî müdahalelerin, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılacağı hüküm altına alınıştır. Bu şekilde, usulüne uygun alınan vücuttan örnek alma kararını ifa edecek sağlık mesleği mensubunun işlemi elverişli araçlarla ve uygun yöntemlerle yerine getirmemesi durumunda hukuken sorumlu olacağını söylemek doğru olacaktır. Doktorluk mesleğinin ifası esnasında işlenen suçlar genellikle karşımıza taksirli suçlar olarak çıkmaktadır. Ancak doktorların müdahalede bulunduğu hastada zarar

oluşmasına ilişkin kasıtlı bir eylemde bulunduğu takdirde kasten işlenebilen suçlar açısından sorumlu tutulabileceği de unutulmamalıdır[92].

CMK'nın 76. ve Yönetmelik'in 8. maddesi uyarınca şüpheli ve sanık haricinde diğer kişilerin de vücudunda örnek alınması mümkündür. CMK gereğince bu durumda mağdurun rızası varsa karar alınmadan da tedbirin uygulanması mümkündür[93].

Ayrıca kişinin vücudundan alınacak örnekler; kan, gaita, cinsel salgı, tükürük, saç, kıl, idrar olabilir[94]. Bu noktada CMK'da ve Yönetmelik'te herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Bu durumda kişinin vücudundan alınabilecek örnekler noktasında sınırlı sayıda olma ilkesinin esas alınmayacağını söylemek doğru olacaktır[95].

Yine olay yeri inceleme ekiplerinin inceleme ve araştırmaları ile vücuttan örnek alma işlemi arasında sıkı bir bağlantının olduğunu söylemek doğru olacaktır[96]. Yönetmelik'in 23. maddesinde; *"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 alınabilir.''* şeklinde düzenleme mevcuttur. Özellikle cinayet, cinsel saldırı, yağma, hırsızlık gibi nitelikli olaylarda olay yeri inceleme ekiplerinin yaptığı çalışmalar daha da önem arz etmektedir. Olay yerinden

---

[92] Mahmut Koca, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2006, s. 163.

[93] Gedik, s. 203.

[94] Kızılarslan, s. 120 vd.

[95] Yurtcan, "Ceza Yargılaması" s. 289.

[96] *"Sanıklardan elde edilen örneklerin olay yerinden elde edilen materyallerle karşılaştırılmasının dosya kapsamındaki önemini belirten Yargıtay kararı için bakınız: ...kanıt olma olasılığı bulunan kar maskelerinin bu niteliğinin korunması amacıyla muhafaza altına alınıp kar maskelerinden elde edilecek kıl, kan, parmak izi vs. gibi materyallerle, sanıklardan 5271 sayılı CMK'nın 75. maddesi uyarınca örnek alınıp karşılaştırılarak sanıklara ait DNA ve parmak izi bulunup bulunmadığı saptanarak ve yakınan tarafından kollukta kendisine gösterildiği ileri sürülen ancak tutanaklarda bu hususa ilişkin bir açıklama olmayan silah ile kar maskeleri Mahkemece yakınana gösterilip anlatımı saptandıktan ve yakınanın teşhisteki açıklaması dikkate alınarak gereğinde anılan maskeler ile sanıkları teşhisinin olanaklı olup olmadığı bir kez de mahkemece denetlendikten sonra sanıkların hukuki durumlarının takdiri yerine eksik araştırmayla yazılı biçimde karar verilmesi…"* ***Yargıtay 6. Ceza Dairesi, 2008/810 Esas, 2008/11766 Karar Sayılı Kararı***

"Ankara Kriminal Polis Laboratuarı Müdürlüğü'nün 23.08.2006 tarih ve BYL.2006/3731 sayılı Ekspertiz Raporu içeriğinden; şüpheli Yücel'den alındığı belirtilen siyah renkli lastik ayakkabı üzerinde bulunan kan örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneği ile genotip olarak uyumlu olduğu, olay yerinden alındığı belirtilen 10 adet, maktulün üzerinden alındığı belirtilen üç adet ve olay yerinden alındığı belirtilen atkı içinden çıkan bir adet sigara izmaritlerine bulaşmış tükürük örneklerinin, maktulden alındığı belirtilen kan örneğinden farklı olup erkek genotip özellik gösterdiği belirtildiğinden; sanıklar Yücel, Emrah ve Mehmet'in CMK'nın 75. maddesi uyarınca tükürük örneklerinin aldırılarak Adli Tıp Kurumuna gönderilmesi ve sigara izmaritleri üzerindeki tükürük örneklerinin sanıklara ait olup olmadığının tespitinden sonra sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının değerlendirilmesi yerine, eksik soruşturma sonucu yazılı şekilde karar verilmesi…" **Yargıtay 1. Ceza Dairesi, 2007/4784 Esas, 2008/4432 Karar Sayılı Kararı**

elde edilecek biyolojik örnekler ile şüpheli veya diğer kişilerin vücudundan alınan örneklerin karşılaştırılması neticesinde olay aydınlatılabilecektir. Vücuttan alınan örnekler tek başına değil ancak başka verilerle karşılaştırıldığı ve kıyaslandığı takdirde bir anlam ifade etmektedir. İleriki bölümlerde ayrıntılı olarak ele alacağımız ve beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından farklarını ortaya koymaya çalışacağımız moleküler genetik inceleme sonucunda bu karşılaştırmalar yapılabilmektedir. Bu bağlamda koruma tedbirleri arasında da birbirlerini tamamlayan bir yapının olduğunu söylemek doğru olacaktır[97].

Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artıkları her ne kadar biyolojik örnek niteliği taşımasa da bu artıkların olay yeri inceleme ekiplerince alınmasının kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşıdığını söylemek doğru olacaktır. Olay yeri inceleme ekiplerinin olay yerine intikal etmeleri talimatını Cumhuriyet savcısının vermesi ve bu ekiplerin incelemelerini savcının gözetimi ve denetiminde yapıp bulguları rapor halinde soruşturma dosyasına sunmaları birlikte düşünüldüğünde, Yönetmelik'in bu hükmünün CMK ile düzenlenmesinin daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca beden muayenesinde de bahsettiğimiz şekilde CMK'yı aşarak Yönetmelikle bazı düzenlemelere gidilmesinin temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasanın 13. maddesinde ele alınan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil edeceğini bir kez daha hatırlatma fayda olacaktır[98].

V) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASINA HÂKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ

A) İnsan Onurunun Dokunulmazlığı İlkesi

İnsan onuru geçmiş yıllardan bu yana hukuk sistemlerinde yer edinen bir ilke olmasına karşın tanımı ve kapsamı noktasında üzerinde bir uzlaşı söz konusu değildir[99]. İnsan onuru kavramının ulusal metinlerin yanında; *"Birleşmiş Milletler Antlaşması, Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Avrupa Temel Haklar Şartı"* gibi uluslararası sözleşmelerde de kendisine yer bulması, bizlere soyut bir kavram olmadığını göstermektedir. Ayrıca hem dini, hem sosyal hem de

[97] İpekçioğlu, "Anayasaya Uygunluğu", s. 1159.
[98] Doğan, s. 102.
[99] Ramazan Gülsün, "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı", ***International Journal Of Legal Process***, C.1, S.2, 2015, s. 21-22.

hukuksal anlamlar ifade etmesi sebebiyle geniş kapsamlı yorumlanması gerektiği de ifade edilmiştir[100].

Anayasanın 5. maddesi: *"Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, 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 maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddedeki: "*insanın maddi ve manevi varlığı"* ifadesi insan onuru ile ilgilidir. Ayrıca yine Anayasanın 17/3. maddesinde: *"Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz."* şeklindeki hüküm de anayasa koyucumuzun insanın onuruna verdiği önemin bir göstergesidir[101].

İnsan onurunun korunmasının temelinde eşitlik, özgürlük gibi kavramlar yatmaktadır. Bu kavramların en iyi şekilde korunması için devletin de üzerine vazifeler düşmektedir. Devlet insan onuruna yönelik gelebilecek tehditlerin bertaraf edilmesi noktasında ivedi davranmalıdır. Bu tehditler yalnızca o anda mevcut bulunan tehditler olarak algılanmamalıdır. Gelecekte ortaya çıkması muhtemel tehditler için de önceden planlama yapılmalı, bu noktada tedbirli davranmalıdır. Bu manada hukuk devleti ilkesinin insan onurunun korunması açısından vazgeçilmez bir unsur olduğunu da söylemek gerekir[102].

İnsan onuru kavramının temeli kişilik haklarının korunmasına dayanmaktadır[103]. Ceza muhakemesi alanında da insan onurunun dokunulmazlığı ilkesi önem arz etmektedir. Ceza muhakemesinde koruma tedbirlerinin işlevi ve amacından geçmiş bölümlerde bahsetmiştik. Koruma tedbirlerinin tamamı kişinin hak ve özgürlükleri ile yakından ilgilidir ve bunları sınırlamaktadır. İnsan onurunun korunması ilkesinin temel alındığı bir ceza yargılaması sisteminde, işkence ile delil elde edilmesinin önüne geçilmiş olacak ve ayıca mağdur ve şüpheli hakları da daha iyi

[100] Kahan Onur Arslan, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", ***TBB Dergisi***, S.120, 2015, s. 157-159.
[101] Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 38.
[102] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 49.
[103] Zafer Gören, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.6, S.12, 2007, s. 24.

korunmuş olacaktır. Bu ilke göz ardı edilerek yapılacak ceza muhakemesi işlemelerinde ise insan haklarına ilişkin ihlallerin doğacağı açıktır. Bu haliyle insan onurunun korunması ilkesine aykırı olarak gerçekleştirilen ceza muhakemesi işlemlerinden elde edilecek delillerinde hukuka aykırı olarak kabul edilmesi gerektiğini söylemek doğru olacaktır.[104]

Konumuz olan ceza muhakemesi işlemlerinin hepsi insan onuruna bir müdahale niteliği taşımaktadır. Eğer hukuk devlet ilkesinin gereklerine uygun hareket ediliyorsa şüpheli veya sanıkların bu işlemlere katlanması gerekmektedir. Aslında bu durumun toplumsal adaletin sağlanması açısından da bir zorunluluk olduğunu kabul etmek gereklidir[105]. Ancak ceza muhakemesinin her aşamasında insan onurunun ön planda tutulması gerektiği de unutulmamalıdır.

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi de kişilik haklarına müdahale içermektedir. Muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanma koşulları ilerleyen bölümlerde ayrıntılı bir şekilde ele alınacaktır. Ancak kısaca ifade etmek gerekirse beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması CMK'da sıkı şartlara tabi tutulmuştur. Eğer uygulayıcılar bu şartlara uygun hareket ederlerse beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının insan onuruna uygun bir şekilde uygulanması mümkün olacaktır. Ayrıca insan onurunun korunması kapsamında ele alınan işkence yasağı da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken göz önünde bulundurulmalıdır. Örneğin bir kişinin bedeni muayene edilirken nemo tenetur ilkesi başlığında da değerlendirdiğimiz şekilde kişi bu işleme katlanmak zorundadır. Bu durum Yönetmelik'in 18. maddesinde de: *"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."* şeklinde düzenlenmiştir. Ancak katlanmak zorunda olması, kişiye karşı orantısız güç kullanılmasına, küçük düşürülmesine sebep olmamalıdır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken hem sağlık personeli hem de kolluk görevlileri insan onuruna yaraşır bir şekilde hareket etmelidir.

[104] Dönmez, s. 56.
[105] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akçan, Tütüncü, Özaydın, s. 88.

Konu ile ilgili diğer bir değerlendirmemiz de genital muayeneye ilişkin olacaktır. CMUK'taki beden muayenesine ilişkin düzenlemelerin eksik olduğu yönündeki görüşlerimizi önceki bölümlerde dile getirmiştik. CMK'da iç beden muayenesi olarak değerlendirilen ve sıkı şartlara bağlanan genital muayene CMUK döneminde yalnızca *"Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet Savcılarının talebi ile yapılır."* şeklinde düzenlenmişti. Özellikle yurt müdürleri ve bazı aileler, insan onurunu yakından ilgilendiren genital muayeneyi bu ilkeyi ihlal edecek şekilde yaptırıyorlardı.[106] Bu sebeple genital muayenenin CMK'da sıkı şartlara bağlanmasının insan onurunun korunması noktasında faydalı bir değişiklik olduğu kanaatindeyiz.

Ayrıca CMUK'tan farklı olarak TCK'da genital muayene bir suç olarak da düzenlenmiştir. TCK'nın 287. maddesindeki düzenlemeye göre[107]; artık yetkili makamların kararı olmadan keyfi olarak genital muayene yaptırılamayacak ve muayeneye götüren ve muayeneyi yapanlar hakkında 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezasına hükmolunacaktır[108].

B) Hukuk Devleti İlkesi

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 2. maddesinde hukuk devleti ilkesi açıkça belirtilmiştir. Demokrasi ile idare edilen yönetimlerde hukuk devleti ilkesi sistemin temel yapı taşlarından biridir. Bu ilke temel itibariyle vatandaşların eylem ve işlemlerinin sonuçlarını öngörebildikleri ve bunların yasalar ile düzenlendiği bir sistemi ifade etmektedir. Yani hukuk devleti ilkesini benimsediğini iddia eden bir yönetim sisteminde bakacağımız ilk unsur vatandaşların hukuki güvenliklerinin sağlanıp sağlanmadığı olacaktır[109].

Hukuk devleti ilkesinin yaşadığımız döneme olan etkisi iyi tahlil edilmelidir. Ayrıca çok sık karşılaştığımız bu kavramın ne anlama geldiği hakkında da ayrıntılı araştırma yapılması yoluna gidilmelidir. Hukuk devleti ilkesinin hâkim olmadığı bir ülkede, diğer hakların ne derece güvence altına alındığı da sorgulanacaktır[110].

---

[106] Aydın Aygün, "Genital Muayene Suçu", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, S.26, 2016, s. 378.
[107] TCK'nın 287/1. maddesi: *"Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."*
[108] Ayşe Nuhoğlu, "Genital Muayene Suçu", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, ***Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan***, C.21, Özel Sayı, 2019, s. 2988.
[109] Ergun Özbudun, ***Türk Anayasa Hukuku***, 18. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 124.
[110] Dönmez, s. 48-49.

Hukuk devleti ilkesinin hâkim olmadığı zamanlarda karşımıza "polis devleti" anlayışı çıkmaktadır. Devlet bu sistemde istediği kuralı istediği şekilde koyabilmekte ve bu hususta sınırsız bir yetki alanına sahip olmaktadır. Devlet isterse bireyleri çeşitli sebeplerle yükümlülük altına sokabilecek, bireyler üzerinde tek taraflı irade ile hukuki tasarruflarda bulunacak ancak bunları gerçekleştirirken hiçbir şekilde hesap vermeyecektir[111]. Yani polis devleti anlayışı egemen gücün hiçbir sınırlama altında kalmadan hareket ettiği ve hukuk kuralları ile bağlı olmadığı bir anlayıştır[112].

Günümüz yönetim sistemlerinin temel ilkelerinden biri olarak kabul edilen hukuk devleti ilkesinde ise temel esas, kanun koyucuların kendi koydukları kanunlar ile bağlı olması ve hukuken bir sınırlamaya tabi tutulmasıdır. Bu durumda kişilerin hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan düzenlemelerin kanunla ele alınması tek başına yeterli değildir. Çünkü kanun koyma yetkisini elinde bulunduran güç yine istediği düzenlemeyi istediği şekilde yapabilecektir. Bu artık bir hukuk devleti değil kanun devletinin hâkim olduğu anlamına gelecektir. Hatta bazı haksızlıklar bu şekilde meşru yollardan hayata geçirilmiş olacaktır[113]. Bu durumda Anayasada devletin hukuka uygunluğu ile ilgili normların bulunması çok önemlidir. Hepimizin bildiği şekilde Anayasa bir devletteki en üstün hukuk normudur ve bütün kanunlar ve diğer alt normlar anayasaya uygun olmak zorundadır[114]. Hukuk devleti anlayışının sağlamlaşması için aynı zamanda bağımsız ve adil bir yargı mekanizması da kurulmak zorundadır. Bu şekilde vatandaşlar kendilerine koyulan kuralların kendilerine hangi şekilde uygulanacağını ve üzerlerinde hangi hukuki sonuçları doğuracağını bilebilecektir. Bu durum aslında kendisine hukuka aykırı müdahalede bulunulmayacağı noktasında bir güven hisseden vatandaşlara bir özgürlük alanını da beraberinde getirecektir[115]. Bağımsız ve adil bir yargılama devletin koyduğu normların denetlenmesi açısından da önem arz etmektedir. Bu hususun hukuk devletinin en temel özelliklerinde biri olduğu Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansımıştır. Anayasa

[111] Hayrettin Yıldız, "Hukuk Devletinin Gelişim Sürecinde Mülk Devletinin ve Polis Devletinin Yeri", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.15, S.2, 2013, s. 217-218.
[112] Özbudun, s. 124.
[113] Ernst Rudolf Huber (Çev: Tuğrul Ansay), "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.27, S.3, 1970, s. 31.
[114] Hasan Tahsin Fendoğlu, ***Anayasa Hukuku***, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 74.
[115] Namık Kemal Öztürk, ***Anayasa Hukuku***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 60.

Mahkemesi'nin hukuk devletine ilişkin kararlarında yargı denetimine vurgu yapıldığı vakidir[116].

Yukarıda aktardığımız bilgiler ışığında hukuk devleti ilkesinin genel anlamda idare hukukunda önem arz ettiği akla gelebilir. Ancak kamu hukukunun tüm alanlarında ve ayrıca temel özelliklerinden geçmiş bölümlerde bahsettiğimiz ceza muhakemesi sistemi açısından da hukuk devleti ilkesi çok önemlidir[117]. Anayasanın *"Kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabileceğini"* öngören 13. maddesi ve *"Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağını"* düzenleyen 17. maddesi düşünüldüğünde; ceza muhakemesinin konusu olan ve bedene müdahale niteliği taşıyan muayene ve örnek alma işlemlerinin hukuk devleti ile bağlantılı şekilde Anayasal boyutu karşımıza çıkmaktadır. Buna paralel olarak iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma mevzuatımızda CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde düzenlenmiş ve uygulanma şartları belirlenmiştir. Bu durumda bir vatandaş hangi şartlarda bu tedbire maruz kalabileceğini ve bu tedbirin kendisine uygulanma koşullarını önceden bilebilecektir.

Eğer bu işlemler kanunla düzenlenmemiş ve denetime tabi tutulmamış olsaydı, herhangi bir vatandaşın, beden bütünlüğüne ve kişilik haklarına açıkça müdahale niteliği taşıyan bu işlemlere ne zaman ve hangi şekilde maruz kalabileceği öngörülemezdi ve bu durum hukuk devleti ilkesine açıkça aykırılık oluştururdu. Bu açıdan hukuk devletinin sağladığı temel güvence olan hukuki öngörülebilirlik ve hukuki güvence haklarının, iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri açısından mevcut olduğu söylenebilir.

Diğer bir taraftan şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi için aynı çıkarımları yapmak mümkün gözükmemektedir. Önceki bölümlerde de açıkladığımız şekilde her ne kadar CMK'nın 75. maddesinin başlığı *"Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması"* olsa da; madde metninde yalnızca iç beden muayenesi

---

[116] Nuri Alan, "Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, C.58, S.1, 2003, s. 1; *"Anayasa Mahkemesi'nin yerleşmiş hukuk devleti tanımına göre; hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir", **AYM'NİN 02/05/2019 Tarihli, Esas: 2013/44, Karar: 2013/59 Sayılı Kararı***

[117] Tahsin Bekir Balta, Hüseyin Nail Kubalı, "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, C.15, S.3, 1960, s. 1.

ve vücuttan örnek alınması düzenlemiştir. Dış beden muayenesine ise *"Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in"* 5. maddesinde yer verilmiştir. Ayrıca savcı ve yargılama makamlarının dışında kolluk görevlilerinin talebiyle de yapılabilmesi keyfi uygulama riskini beraberinde getirmektedir. Kişinin temel hak ve özgürlüklerine açıkça müdahale niteliği taşıyan şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kanunla koşulları açıkça belirtilerek düzenlenmesinin hukuk devleti ilkesine uygunluk açısından daha doğru olacağı kanaatindeyiz.

Şüphesiz hukuk devleti anlayışının hâkim olmadığı bir ülkede keyfi uygulamalar da beraberinde gelecektir ve bu keyfi uygulamaların tüm haklara ilişkin olma ihtimali mevcuttur. Bu haliyle hukuk devleti ilkesinin kişilerin sahip olabileceği tüm hakların garantisi konumunda olduğunu söylemek doğru olacaktır.[118] Sonuç olarak kişilerin temel hak ve özgürlükleri ile doğrudan ilişkili olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işleminin sağlıklı uygulanabilmesi ve temel hakları ihlal etmemesi açısından hukuk devleti ilkesinin varlığı elzemdir.

C) Özel Hayatın Gizliliği İlkesi

İnsan sosyal bir varlıktır ve günlük yaşamında sürekli diğer insanlarla iç içe bir yaşam sürmektedir. Kimi zaman ailesi ile kimi zaman iş arkadaşları ile hayata dair olgu ve olayları, duygu ve düşünceleri paylaşmaktadır. Hatta bu insanın fıtratı gereği bazen bir zorunluluk halini de almaktadır. Ancak insanın hayatında başkaları ile paylaşmadığı ve yalnızca kendisine ait olmasını istediği alanları da mevcuttur. Bunlar mahrem alanlar olarak adlandırılır ve bu kişiye özel alanı, "özel hayat" olarak ifade etmemiz mümkündür[119].

İnsanın özel hayatına ilişkin saygı duyulmayı beklemesi en doğal hakkıdır ve bu hak çok eski dönemlerden bu yana mevcuttur. Hatta bu hakkın ihlalinin suç ihtiva edeceği de geçmişten bu yana çeşitli hukuk sistemlerinde yer almıştır. Ancak ihlalin tespiti açısından kamusal ve özel alan ayrımının tespiti somut bir şekilde yapılmalıdır.

---

[118] Dönmez, s. 51.

[119] Ali Korkmaz, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", ***KMÜ Sosyal ve Akademik Araştırmalar Dergisi,*** C.16, Özel Sayı I, 2014, s. 99.

Kamusal ve özel alanın iç içe geçtiği günümüzde bu ayrım daha da önem arz etmektedir[120].

İçinde yaşadığımız dönemin şartları ele alındığında özel hayatın gizliliği ilkesinin önemi daha da anlaşılacaktır. Son yıllarda tüm dünyada teknolojide ciddi gelişmeler kat edilmiştir. Akıllı telefonlar, bilgisayarlar ve geniş internet ağı sayesinde dünya artık küçük bir ülke halini almıştır. Teknolojik cihazların desteklediği uygulamalar ve sosyal paylaşım siteleri aracılığı ile bilgi hızla yayılabilmektedir. İnsanlar bu paylaşım araçlarına fotoğraf, video vb. kişiler verilerini yüklemekte ve bunlar çok hızlı bir şekilde başka kullanıcılara ulaşabilmektedir. Bu tarz sosyal ağlar özel hayatın bir parçası kabul edilen kişisel verilerin korunabilmesi noktasında endişelere yol açmaktadır[121].

Demokratik bir anlayışa sahip her ülkede kişilerin özel hayatına ilişkin kendilerine ait bir "küçük dünya" oluşturmalarına imkân tanınmaktadır. Hatta tanınan bu imkânlar değerlendirildiğinde o ülkenin ne kadar özgürlükçü bir anlayışa sahip olduğu ile ilgili de fikir elde edilmesi mümkündür[122]. Sürekli değişen ve yenilenen dünyada teknolojik gelişmelerin de etkisiyle özel hayatın kapsamı ve tanımı ile ilgili kesin bir yargıya varmak mümkün gözükmemektedir[123].

Anayasanın ikinci bölümünde kişinin hakları ve ödevleri arasında sayılan "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" başlığı altındaki düzenlemeler ilk olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa'nın 20. maddesi, özel hayatın gizliliği ile ilgilidir[124]. Anayasanın 21. maddesi "konut dokunulmazlığını", 22. maddesi ise "haberleşme hürriyetini" düzenlenmektedir. Bu haliyle Anayasada konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti de özel hayat kapsamında ele alınmıştır.

Uluslararası düzenlemelere göz atacak olursak karşımıza Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 17. maddesi çıkmaktadır. Bu maddede; *"Hiç kimse özel yaşamına, aile yaşamına, konutuna ya da haberleşmesine keyfi yahut yasadışı müdahaleye; onuruna ve şöhretine yönelik yasadışı saldırılara maruz*

[120] Güçlü Akyürek, ***Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 46.
[121] Doğan Kılınç, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", ***AÜHFD***, C.61, S.3, 2012, s. 1092.
[122] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akçan, Tütüncü, Özaydın, s. 107.
[123] Akyürek, s. 45.
[124] Ozan Ergül, Ersoy Kontacı, Deniz Polat Akgün, ***Güncel ve Notlu 1982 Anayasası***, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018, s. 13.

bırakılamayacaktır." şeklinde düzenleme mevcuttur. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'ndeki düzenlemeyi ele aldığımızda ise Bildiri'nin 12. maddesi dikkatimizi çekmektedir. Buna göre; *"Hiç kimse, özel hayatına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı kanun ile korunma hakkı vardır."*

AİHS'in 8. maddesinde ise *"Her kişi, özel yaşamına ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir"* şeklinde düzenleme mevcuttur. AİHS'deki düzenlemenin başlığı "özel ve aile hayatına saygı hakkıdır". Ancak düzenlemenin ayrıca konut ve haberleşme hakkına saygı duyulmasını da koruduğunu metinden anlamaktayız. Yani AİHS'in özel hayatın kavramını daha geniş ele alarak koruma alanını genişlettiği söylenebilir. Bu haliyle Anayasadaki düzenlemenin AİHS'deki düzenlemeye paralel olduğunu söylemek doğru olacaktır[125].

Kişisel verilerin güvenliğinin sağlanmasının gittikçe zorlaştığı teknoloji dünyasında şüphesiz devletin de bu alanda koruma sağlamak için düzenlemeler yapması kaçınılmazdır. TCK'nın 134. maddesinde "özel hayatın gizliliğini ihlal suçu" düzenlenmiştir. TCK'nın 132. maddesinde de "haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu" düzenlenmiş, 133. maddesinde ise "kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu" ile daha özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Her ne kadar Anayasa metninde aile hayatın gizliliğinden bahsedilip TCK'da yalnızca özel hayatın gizliliğine ilişkin bir düzenleme var olsa da; TCK'nın burada özel hayatı, aile hayatını da kapsayacak şekilde ele aldığını düşünmek doğru olacaktır[126].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından da özel hayatın gizliliği ilkesi önem arz etmektedir. Bedenin muayenesi kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşımaktadır. Örnek alma sırasında kişinin vücudundan alınan kan, kıl, idrar vb. örnekler de kişinin özel hayatına ilişkin veriler olarak kabul edilmelidir. Yine aynı şekilde bu verilerin karşılaştırılması sonucu elde edilecek veriler de kişinin özel hayatına ilişkindir. Bu sebeple ilgili makamlarca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken özel hayata müdahalenin sınırlarına dikkat edilmelidir.

---

[125] Yaşar Salihpaşaoğlu, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.17, S.3, 2013, s. 236.
[126] Zeki Hafızoğulları, Muharrem Özen, "Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", ***Ankara Barosu Dergisi***, Y.69, S.4, 2009, s. 9.

Anayasanın 20/2. maddesindeki: "*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 yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar"* şeklindeki düzenleme hâkim kararının gerekliliği arama ve el koyma açısından ele alınmıştır. Ancak Anayasanın 20. maddesinin bulunduğu bölüm "özel hayatın gizliliği" başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun koyucu CMK'da ise beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanmasını hâkim kararı ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararına bırakmıştır. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde uygulanan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması için ise 24 saat içinde hâkim onayın sunulması zorunluluğu getirilmiştir. Her ne kadar Anayasa madde metninde yalnızca arama ve el koyma işlemlerinde bahsedilmiş olsa da; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da özel hayata bir müdahale niteliği taşıdığından Anayasanın ilgili maddesi geniş yorumlanmalıdır. Bu haliyle CMK'nın 75. ve 76. maddelerindeki iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerine ilişkin düzenlemelerin Anayasanın 20/2. maddesi ile de ilişkili olduğu düşüncesindeyiz. Ayrıca dış beden muayenesinin CMK değil de Yönetmelikle düzenlenmiş olmasının özel hayatın gizliliğinin korunmasının kapsamını daralttığı kanaatindeyiz.

Son olarak, kişiler açısından hassas ve mahrem olarak kabul edilmesi gereken özel hayatın gizliliğine bir müdahale niteliğinde olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken CMK'daki şartlara bağlı kalınmasının, şüphe ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamının dar yorumlanarak işleme karar verilmesinin, özel hayatın gizliliğine ihlal niteliğinde sayılabilecek eylemlerin önüne geçebileceği kanaatindeyiz.

D) Orantılılık İlkesi

Orantılılık ilkesi bir işlemden ulaşılması planlanan amaç ile o işlem arasında sağlanması gereken ölçü olarak ifade edilebilir. Araç ve amaç birbiri ile dengeli

olmalıdır. Uygulanan işlem neticesinde bazen bir zarar doğma ihtimali de bulunabilir. Bu durumda doğacak zarar ile elde edilecek hukuki menfaat arasında da bir denge gözetilmelidir. Eğer elde edilecek menfaat zararı karşılamıyorsa o işlem uygulanmamalıdır. Araç, amaç ve netice arasındaki sıkı ilişki orantılılık ilkesine ne kadar riayet edildiği noktasında bizlere yol gösterici olacaktır[127].

Orantılık ilkesi değerlendirilirken amaç ve araç arasındaki dengede zorunluluk koşulu da önem arz etmektedir. Uygulanacak bir hukuki işlem neticesinde kişilerin temel hak ve özgürlüklerine müdahale edilmiş olacaktır. Temel hak ve özgürlükler de Anayasa ile güvence altına alınmıştır. Bu haliyle elde edilecek amaç için ilgili hukuki işlemin uygulanması zorunluluk arz etmelidir. Eğer temel hak ve özgürlüklere müdahale edilmeden ve kişilik hakları kısıtlanmadan varılmak istenen amaç elde edilebiliyorsa o hukuk işlemin uygulanması orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Ayrıca amaca giden yolda kullanılacak olan aracın elverişli bir araç olması da önemlidir. Bindiğimiz bir aracın bizi gitmek istediğimiz yere götüremeyeceğini anladığımızda o araçtan inerek bizi gitmek istediğimiz yere götürecek doğru aracı bulmaya çalışırız. Yanlış araçta ısrar etmeyerek yakıttan ve zamandan da tasarruf etmiş oluruz. Hukuki işlemleri de aynı şekilde düşünmemiz mümkündür. Eğer kullanacağımız aracımız yani hukuki işlemimizin bizi amaca götürmeyeceğini ve kişiye faydadan çok zarar getireceğini hissettiğimiz anda başka bir yol bulmamız gerekir. İşte bu durumda orantılılık ilkesine uygun hareket etmiş oluruz[128].

Kişinin bedenine yapılacak müdahale temel hak ve özgürlüklere doğrudan bir müdahale niteliği taşıdığından, Anayasa metninde geçen tıbbi zorunluluk hali de orantılılık ilkesi kapsamında ele alınabilir. Tıbbi zorunluluk; mahiyeti gereği tıp literatürü açısından ele alınabilir. Ancak ceza muhakemesi bakımından bu durum hukuk sistematiği içerisinde yorumlanmalıdır. Buna göre; ceza muhakemesi açısından tıbbi zorunluluk; *"olayın aydınlatılmasında başkaca bir yöntemle delil elde etmenin mümkün olmaması"* şeklinde anlaşılmalıdır. Vücuttan alınacak kan, kıl, tükürük vb. örnekler de delil niteliğindedir ve bunları elde etmek için tıbbi müdahale zorunludur[129].

---

[127] Süleyman Dost, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, Y.6, S.12, 2018, s. 363-364.
[128] Zafer Gören, "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.6, S.12, 2007, s. 50-51.
[129] Gülsoy, Kök, s. 9-10.

Ceza hukukunda failin alacağı ceza ile işlediği suçun orantılı olması şeklinde kendini gösteren orantılılık ilkesi[130], ceza muhakemesi hukuku alanında da koruma tedbirleri yönünden kendisini göstermektedir. Ceza hukukunda ayrıca AİHM'in içtihatlarında da bu ilkeye atıf yapılmıştır[131].

Koruma tedbirlerinin tümü kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşımaktadır. Bu haliyle koruma tedbirlerinin tamamı açısından orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gerektiğini söylemek doğru olacaktır. Ancak bazı koruma tedbirlerinde orantılı olma koşulu açıkça özel şart olarak belirtilmiştir. CMK'nın 100. maddesindeki *"İşin önemi, verilmesi beklenen ceza veya güvenlik tedbiri ile ölçülü olmaması halinde, tutuklama kararı verilemez."* şeklindeki düzenleme buna işaret etmektedir[132].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da koruma tedbiri niteliği ağır bastığı ve kişilik haklarına müdahale niteliği taşıdığı için orantılılık ilkesi açısından önem arz etmektedir. CMK'nın 75/2. maddesinde; *"İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir."* şeklindeki düzenleme orantılılık ilkesine işaret etmektedir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını uygulamamızdaki amaç suça ilişkin olayın aydınlatılmasında delil elde etmektir. Muayene ve örnek alma işlemleri ise araçtır. Kanun koyucu bu düzenleme ile beden muayenesi ve örnek alınmasının

---

[130] Vedat Dilberoğlu, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s.1520; Mehmet Beyhan Seçkin, ***Mağdur Hakları***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 63.

[131] AİHM'nin tutuklukta geçen sürenin orantılılık ilkesi aykırı olduğuna ilişkin 1 Haziran 2006 tarihli kararı için bknz:
"Mamedova / Rusya, 7064 / 05, 1 Haziran 2006… "Başvuranın devam etmekte olan tutukluluğunun yasallığını ve gerekçelendirilmesini inceleyen bölge ve asliye mahkemeleri, sürekli olarak başvuranın kaçma, adalet sürecini engelleme ya da yeniden suç işleme olasılığının değerlendirilmesi için temel faktör olarak suçlamaların ciddi- 41 B. SORUŞTURMA EVRESİ III. Tutuklama yetini dayanak göstermiştir. Ancak, AİHM sürekli olarak, cezanın ciddiyetinin, kaçma ya da yeniden suç işleme riskinin değerlendirilmesinde ilgili bir unsur olmasına rağmen, özgürlükten mahrum bırakmaya devam etme gereğinin tamamen soyut bir bakış açısıyla, yalnızca suçun ciddiyeti göz önüne alınarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır. Tutukluluk halinin devamı da gözetim altına alma hükmünü beklemek için gerekçe olamaz... Bu özellikle, mevcut davadaki gibi, yargı denetimi olmaksızın ve toplanan delillerin başvuranın farz edilen suçu işlediğine ilişkin makul şüpheyi destekleyip desteklemediğinden bağımsız olarak, cezai takibatın the characterisation in law of the facts'i –ve bu nedenle, başvuranın aldığı cezayı– belirlediği davalar için geçerlidir";
Serkan Cengiz, Fahrettin Demirağ, Teoman Ergül, Jeremy McBride, Durmuş Tezcan, ***Avrupa İnsan Hakları mahkemesi Kararları Işığında Ceza Yargılaması Kurum ve Kavramları***, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2008, s. 40-41.

[132] İçer, Yenidünya, s. 290-291.

uygulanmasında kişilerin sağlık açısından bir zarara uğrama tehlikesinin göz önünde bulundurulmasını istemektedir[133].

Örneğin bir cinayet soruşturmasında maktulün kimliğinin kesin olarak belirlenememiş olduğunu varsayalım. Kolluk görevlilerince yapılan araştırmalar neticesinde cesedin başka bir yerden verilen kayıp ilanındaki şahıs ile benzediğine ilişkin sonuca ulaşılmış ise bu durumda cesedin kendi yakını olduğunu iddia eden şahıslardan alınan örnekler ile maktulün DNA'sı karşılaştırıldığında; cesedin o kişilerin yakını olup olmadığı anlaşılabilecek ve maktulün kimliği kesin bir şekilde tespit edilebilecektir. Bu durumda örnek alınan maktulün kardeşlerinden birinin hastalığından dolayı kan verirken fenalaştığı iddiası olduğunda; vücuttan örnek alınması kararını verecek olan hâkim veya savcı bu kardeşten örnek almakta ısrarcı olmamalıdır. Diğer bir kardeşinden veya başkaca mukayeseye elverişli olacak yakınlarından örnek aldırılması yoluna gidilmelidir. Aksi takdirde hastalığı olan şahıs açısından sağlık problemi ile karşı karşıya kalınabilecek ve amaca giden yolda kişilerin göreceği zararın amacın önüne geçmesi sebebiyle orantılılık ilkesine aykırılık ortaya çıkacaktır.

Yine CMK'nın 75/5 maddesinde: *"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."* şeklinde düzenleme de orantılılık ilkesi açısından ele alınabilir. Kanun koyucu bu fıkrada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasında suçun türü bakımından bir sınırlamaya gitmiştir. Bu durumda kanun koyucu üst sınırı iki yıldan fazla olan suçlarda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasının fazla olacağını düşünmüştür.[134] Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanmasına her suç türü açısından müsaade edilmeyerek bu noktada bir sınırlama gidilmesinin doğru olduğu kanaatindeyiz. Kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan bu işlemlerin her suç türü açısından uygulanmasının hâsıl olacak olan maksadı aşacağı ve orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacağını düşünüyoruz.

Ayrıca CMK'nın 76. maddesinde: *"Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesine veya*

[133] Dursun, s. 2968-2969.
[134] Centel, Zafer, s. 312.

vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahî bir müdahalede bulunmamak" koşuluyla uygulanmasının orantılık ilkesi ile doğrudan ilgili olduğunu söylemek gerekir[135].

E) Adil Yargılanma İlkesi

Ceza muhakemesinde amaca giden yolda etkili bir muhakeme yürütülebilmesi için adil yargılanma hakkı çok önemlidir[136] Çelişkili yargı kararlarının azalması ve kişilerin hukuki güvenlik düzeylerinin arttırılması, adil yargılanma ilkesinin o hukuk düzeninde sağlam bir şekilde yer edindiğinin göstergesidir[137].

Anayasanın 36. maddesinde adil yargılanma hakkı: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir. Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz.*" şeklinde düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Anlaşması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası sözleşmelerde de adil yargılanma hakkından bahsedilmiştir[138]. AİHS'in adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesi bu noktada dikkat çekicidir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin adil yargılanma hakkına ilişkin 10. maddesi ise: *"Herkesin, hak ve yükümlülükleri belirlenirken ve kendisine bir suç yüklenirken, tam bir şekilde davasının bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından hakça ve açık olarak görülmesini istemeye hakkı vardır."* şeklindedir[139].

"Silahların eşitliği ilkesi, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma, makul sürede yargılanma, masumiyet karinesi, suçlamayı öğrenme hakkı, aleni yargılanma, müdafiden yararlanma hakkı" adil yargılanma ilkesinin kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir[140]. Susma hakkı da adli yargılanma ilkesi kapsamında önem arz etmektedir ancak nemo tenetur ilkesini değerlendirirken beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinde susma hakkının kapsamı ele alındığından bu

[135] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 454.
[136] İhsan Baştürk, "Adil Yargılanma Hakkının Korunmasında Hâkim ve Savcı Eğitiminin Rolü", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.1, 2014, s. 57.
[137] Okan Taşdelen, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkın Bağlamında Değerlendirilmesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.7, 2016, s. 988.
[138] Dönmez, s. 58.
[139] http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf, Erişim tarihi: 05/12/2019
[140] Adil yargılanma ilkesi kapsamında kalan diğer ilke ve haklar için bakınız; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 51-52.

bölümde bahsetmeyeceğiz. Fakat masumiyet karinesi, müdafiden yararlanma hakkı ve aleniyet açısından bazı değerlendirmelerde bulunmanın faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Bir suç ithamı altında bulunan kişinin suçluluğu ispat edilene kadar masum sayılması masumiyet karinesini oluşturur. Bu karine ceza yargılamasının her alanı bakımından geçerlidir[141]. Şüpheli de soruşturma aşamasında suç şüphesi altında bulunan kişiyi ifade etmektedir. Şüpheli üzerinde soruşturma aşamasında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması noktasında; şüpheli hakkında henüz kesin bir hükmün verilmediğini, soruşturma ve yargılama neticesinde şahsın suçlu bulunamayabileceğini de akıldan çıkarmamak gerekir.

Adil yargılanma hakkı kapsamında kabul edilen alenilik ilkesi de ceza yargılaması açsısından önem arz etmektedir. Alenilik kural olarak kovuşturma aşamasında duruşmaların aleniliği ve kararın aleniliği olarak karşımıza çıkmaktadır[142]. Alenilik ilkesi Anayasanın 141/1. maddesinde; *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Anayasadaki düzenleme de yargılama aşamasına ilişkindir. Bu haliyle konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından yargılama aşamasında bu işlemlerin sonuçları duruşmada aleni bir şekilde ele alınabilecektir. Ancak aynı şeyi soruşturma aşaması için söylemek mümkün değildir. CMK'nın 157. maddesinde: *"Kanunun başka hüküm koyduğu hâller saklı kalmak ve savunma haklarına zarar vermemek koşuluyla soruşturma evresindeki usul işlemleri gizlidir."* şeklindeki düzenleme de soruşturma aşamasının gizliliğine işaret etmektedir. Ancak CMK'nın 153/1. maddesinde "müdafinin, soruşturma evresinde dosya içeriğini inceleyebileceği ve istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabileceği" düzenlenmiştir. Savcının talebi ve hâkimin kararıyla CMK'nın 153. maddesinde katalog olarak sayılan suçlar hakkında yürütülen soruşturmalarda gizlilik kararı aldırılarak örnek alma hakkı kısıtlanabilmektedir. Aynı şekilde uygulamada dosyaya taraf olan mağdur, şüpheli ve müştekiler de talepleri halinde soruşturma dosyasından örnek alabilmektedirler. Her ne kadar alenilik ilkesi Anayasada duruşmalar için öngörülmüş ve CMK'da soruşturma aşamasının kural olarak gizli yürütüleceği

[141] Vuslat, Dirim, "Ceza Yargılamasında Adil Yargılanma İlkesi (Dava süresi-Aleniyet-Şüpheli ve Sanık Hakları)", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,*** C.3, S.2, 2015, s. 174.
[142] Cüneyd Altıparmak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", ***TBB Dergisi***, S.63, 2006, s. 256.

düzenlenmişse de; dosyadan örnek alma imkânının sunulması ile bu durumun yumuşatıldığı söylenebilir. Yürütülen bir soruşturma kapsamında kendisine muayene ve örnek alma işlemi uygulanan bir şahıs gizlilik kararı olmadığı müddetçe dosyadan örnek almak suretiyle kendisine uygulanan muayene ve örnek almanın sonuçları hakkında bilgi sahibi olabilecektir. Bu durumda şüpheli şahıs veya müdafisi yargılama aşamasındaki savunmasına daha iyi hazırlanabilecektir. Bu haliyle CMK'nın 153/1. maddesindeki düzenlemenin adil yargılanma hakkının kapsamını genişlettiği kanaatindeyiz.

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hakkında üzerinde tedbir uygulanacak kişinin bilgilendirilmesi de adil yargılanma ilkesi bakımından önemlidir. Bu tedbir kişilik haklarını doğrudan etkileyen bir işlem olduğu için şahsın işlem hakkında bilgi sahibi olması adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Bu haliyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kapsamında üzerinde muayene ve örnek alma işlemleri uygulanacak şahsın işleme ilişkin ayrıntılı bir şekilde bilgilendirmesinin, adil yargılanma hakkının güvence altına alınması noktasında fayda sağlayacağı kanaatindeyiz.

Son olarak CMK'nın 75/2. maddesindeki; *"İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir."* ve 76/1. maddesindeki; *"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"* şeklindeki düzenlemelerde de adil yargılanma ilkesi, konumuz açısından karşımıza çıkmaktadır. Kanun koyucu burada kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmamasını beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması için şart koşarak orantılılık ilkesine dikkat edilmesi noktasında bir uyarıda bulunmaktadır[143]. Ayrıca cerrahi müdahalenin mağdur ve diğer kişilere karşı uygulanacak beden muayenesi ve örnek alma işlemlerinde yasaklanıp, şüpheli ve sanıkta buna cevaz verilmesi hususu da dikkat çekicidir[144]. Bu

[143] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 452.
[144] Soyaslan, s. 270-271.

noktada şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemleri uygulanırken cerrahi müdahale noktasındaki düzenlemelerin birbirlerine paralel olmasının adil yargılanma ilkesine daha uygun olacağı kanaatindeyiz.

Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanacak kişilere bazı durumlarda olduğu gibi zorunlu müdafilik koşulunun getirilmesi de adil yargılanma ilkesi kapsamında akla gelebilir[145]. Bu noktada beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliğinde olduğu için en azından katalog olarak belirlenen bazı suç türlerinde veya alt ve üst sınırı belirlenerek sınırlanacak şekilde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasında zorunlu müdafilik kurumunun getirilmesinin adil yargılanma hakkına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz.

[145] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 125.

İKİNCİ BÖLÜM

BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ UYGULANMASI, CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YER ALAN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER, BENZER NİTELİKLİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

I) BEDEN MUAYENESİ VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASININ UYGULANMASI

A) Şüpheli ve Sanığın Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

1) Şüpheli ve Sanık Kavramları

Önceki bölümlerde beden muayenesinin şüpheli ve sanık açısından iç ve dış beden muayenesi olarak iki farklı şekilde, diğer kişiler açısından ise iç ve dış muayene şeklinde bir ayrıma gitmeden düzenlendiğini belirtmiştik. Bu hususlarda Kanun ve Yönetmelik'in birbiri ile uyumlu olmayan ve belirsizliğe sebebiyet veren noktalarını da açıklamaya çalışmıştık. Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin ayrım, CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde karşımıza çıkmaktadır. Bu açıdan CMK'da karşımıza çıkan ilk ayrımın tedbirin üzerinde uygulanacağı kişiler bakımından olması ve iç ve dış beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasının ilk bölümde ayrı ayrı açıklanmış olması sebebiyle biz de çalışmamızda CMK'nın sistematiğine benzer şekilde; şüpheli ve sanığın beden muayenesi ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanma koşullarını ayrı başlıklar altında ele alacağız. Bir işlemin uygulama koşulları aktarılmadan önce; o hukuki işlemin üzerinde etki doğuracağı kişi veya kişilerin hukuk düzenimizde nasıl değerlendirildiğinin açıklanmasının, konunun daha iyi anlaşılmasına katkı sağlayacağını düşünüyoruz. Bu sebeple öncelikle şüpheli ve sanık kavramlarını ele almakta fayda olacağı kanaatindeyiz.

5271 sayılı CMK'da şüpheli ve sanık kavramlarının tanımı yapılmıştır. CMK'nın 2. maddesinde: *"Şüpheli: Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi, sanık ise: Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün*

kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi" ifade etmektedir. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesinde de şüpheli ve sanık açısından aynı tanımları görmemiz mümkündür. Bu haliyle CMK ve Yönetmelik'in şüpheli ve sanık kavramlarının tanımları açısından örtüştüğü söylenebilir.

Ayrıca şüpheli ve sanık kavramlarının niteliğinde, muhakeme aşamaları temel alınarak bir değerlendirilmeye gidildiğini görmekteyiz.[146] Yine CMK'nın 2. maddesine göre: *"Soruşturma: Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi, Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi" ifade etmektedir.* Yani suç şüphesi altında bulunan bir kişi soruşturma aşamasında iken yani Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame kabul edilene kadar şüpheli, iddianame kabul edildikten sonra yani kovuşturma aşamasında ise sanık sıfatını taşıyacaktır. Ayrıca ceza dava dosyası üst yargı mercii olan temyiz ve istinaf incelemesinde olan kişiler de sanık konumunda kabul edilecektir[147]. Çünkü bu aşamada kovuşturması devam eden kişi açısından hüküm kesinleşmediği için sanıklık statüsü devam etmektedir. Bu haliyle her sanık muhakkak suç şüphesi altında bulunan kişidir. Ancak her şüpheli muhakkak sanık sıfatını almayabilir[148]. Örneğin soruşturma dosyasına şüpheli sıfatı ile eklenen bir kişi hakkında soruşturmayı yürüten Cumhuriyet savcısı tarafından kovuşturmaya yer olmadığına dair karar verildiğinde; kişi soruşturma aşamasında şüpheli sıfatını taşıyacak ancak sanık sıfatını almadan hakkındaki soruşturma sona ermiş olacaktır.

Şüpheli ve sanıklık sıfatlarını taşımak için gerçek kişi olmak zorunluluktur. Çünkü tüzel kişiler açısından ceza yaptırımı uygulanması yasaktır. Bu durum Türk Ceza Kanunu'nun 20/2. maddesinde: *"Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımı uygulanamaz. Ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır."* şeklinde açıkça düzenlenmiştir. Bu noktada CMK'nın 249. maddesindeki düzenleme de önem arz etmektedir. Bu madde: *"(1) Bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenen suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada tüzel kişinin organ veya temsilcisi, katılan veya savunma makamı yanında yer alan*

[146] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 212.
[147] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 25.
[148] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 241.

sıfatıyla duruşmaya kabul edilir. (2) Bu durumda, tüzel kişinin organ veya temsilcisi bu Kanunun katılana veya sanığa sağladığı haklardan yararlanır. (3) Birinci fıkra hükmü, sanığın aynı zamanda tüzel kişinin organ veya temsilcisi sıfatını taşıması hâlinde uygulanmaz." şeklindedir. CMK'daki bu düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı üzere tüzel kişinin bir suç işlemesi mümkün gözükmemektedir. Suça konu eylemin varlığı, tüzel kişinin faaliyetleri kapsamında değerlendirilecektir. Böyle bir durumda da tüzel kişinin organı veya temsilcisi sorumlu tutulacaktır. Yani temsilci veya organ sanık sıfatını alabilecektir. Ayrıca sanık konumunda bir tüzel kişinin bulunması mümkün olmadığından şüpheli sıfatında bulunması da mümkün gözükmemektedir[149].

Şüpheli veya sanık konumunda bulunacak kişi kimi zaman bir çocuk da olabilir. Tedbirin çocuklara uygulanmasına ilişkin CMK ve Yönetmelik'te özel bir hüküm düzenlenmemiştir. Burada akla, yaş küçüklüğünü düzenleyen TCK'nın 31. maddesi gelmektedir. Bu maddenin 1. fıkrası: *"Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir."* şeklindedir. Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin "çocuklarla ilgili özel hüküm" başlıklı 19. maddesinin 1.fıkrasında: *"a) Fiili işlediği zaman on iki yaşını doldurmamış olanlar ile on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler; Suç nedeni ile yakalanamaz ve hiçbir suretle suç tespitinde kullanılamaz."* şeklinde düzenleme de mevcuttur. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde; on iki yaşından küçük suça karışan çocukların üzerinde beden muayenesi ve örnek alma işlemlerinin yapılamayacağı anlaşılmaktadır. Ayrıca on beş yaşını doldurmamış sağır ve dilsizler ile on iki yaşından küçük çocukların aynı hükme tabi tutulduğu unutulmamalıdır. Yukarıda bahsettiğimiz grubun dışında kalan çocuklar açısından ise on sekiz yaşından büyük şüphelilere ilişkin hükümler aynen uygulanacaktır[150].

Ayrıca CMK'nın 75. maddesinin uygulanmasında, kişinin sanık veya şüpheli sıfatlarından hangisine sahip olduğu bir farklılık arz etmemektedir[151].

2) Şüphe Bakımından

[149] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 213.
[150] Berrin Akbulut, "Dış Beden Muayenesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, S.27, 2016, s. 98.
[151] Kızılarslan, s. 257.

CMK'nın 160. maddesinin 1. fıkrası: *"Cumhuriyet savcısı, ihbar veya başka bir suretle bir suçun işlendiği izlenimini veren bir hâli öğrenir öğrenmez kamu davasını açmaya yer olup olmadığına karar vermek üzere hemen işin gerçeğini araştırmaya başlar."* şeklindedir. Buna göre; Cumhuriyet Savcısının soruşturmaya başlayabilmesi için suçun işlendiğine dair şüpheye sahip olması gerekmektedir. CMK'nın 160/1. maddesinde geçen "*suçun işlendiği izlenimini veren bir hâl";* soruşturmaya başlamak için gerekli olan şüphedir. CMK'da, savcının soruşturmaya başlamak için sahip olması gereken şüphenin derecesi ile ilgili bir belirleme yoluna gidilmemiştir. Burada gerekli olan şüphe düzeyi, basit şüphe yani başlangıç şüphesi olarak ifade edilmektedir[152]. Basit şüphe bize; iddia edilen eylemin soruşturulabilirliği noktasında yol gösterici olacaktır. Bu durum, suçun varlığına ilişkin bir tahmin olarak da ifade edilmektedir. Ancak bu tahmin en azından emare niteliğindeki deliller ile desteklenmelidir. Kişinin soruşturma konusu suç eylemine karıştığına ilişkin somut veriler mevcut olmalıdır[153].

CMK'da karşımıza çıkan diğer bir şüphe de yeterli şüphedir. CMK'nın 170/2. maddesi: *"Soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa; Cumhuriyet savcısı, bir iddianame düzenler."* şeklindedir. Soruşturma aşamasından kovuşturma aşamasına geçilmesi için soruşturma neticesinde toplanan deliller değerlendirildiğinde savcının yeterli şüpheye ulaşması gereklidir. Yeterli şüphe; Cumhuriyet savcısının soruşturma aşamasında suçun işlendiğine ilişkin yüzde elliyi aşan bir şüphe elde etmesi olarak da ifade edilebilir. Kovuşturma aşamasının iddianamenin kabulü ile başlaması ve hâkimin kanunda yazılı hallerde iddianameyi iade edebiliyor olması, kamu davasının açılmasında savcı ve hâkimin yetkiyi paylaştığı şeklinde de yorumlanabilir[154]. Burada asıl dikkat edilmesi gereken kamu davasının açılabilmesi için; soruşturmanın başlaması için gerekli olan basit şüphenin, soruşturmanın ilerlemesi ve gerekli delillerin toplanması ile biraz daha kuvvetlenmesi gerektiğidir[155]. Soruşturma neticesinde yeterli şüpheye ulaşılamadıysa kovuşturmaya yer olmadığına dair karar

[152] Caner Yenidünya, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", ***e-akademi Dergisi***, S.60, 2007, s. 19.
[153] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 187; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 596-597.
[154] Ersoy, "Kayyım Tayini" s. 85.
[155] Erkut Güçlü Kahraman, "Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, S.1, 2014, s. 141.

verilmesi yoluna gidilecek ve bu şekilde hakkında yeterli şüpheye ulaşılamayan şüpheli hakkında soruşturma sona erecektir.

CMK'da belirtilen diğer bir şüphe de makul şüphedir. CMK'nın 116. maddesi; *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* şeklindedir.[156] Adli ve İdari Arama Yönetmeliği'nin 6. maddesinde makul şüphe: *"hayatın akışına göre somut olaylar karşısında genellikle duyulan şüphe."* şeklinde tanımlanmıştır. Kanun koyucu arama koruma tedbirinin uygulanması için makul şüpheyi gerekli görmüştür. Somut bir delile dayanmayan soyut beyanlar üzerine girişilen tahkikatlarda arama tedbirinin uygulanması yoluna gidilmemelidir. Bu noktada kolluk görevlilerin ihbarı iyi değerlendirmesi, olayın bütününü somut veriler ile savcının önüne sunması önemlidir. Hakkında arama tedbiri uygulanacak kişi ve yakınlarının da hareketleri iyi gözlemlenmelidir. Arama yapılacak yerin konumu da önem arz etmektedir. Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde makul şüphenin varlığına ilişkin daha sağlıklı bir değerlendirme yapmak mümkün olacaktır[157].

CMK'da belirtilen diğer bir şüphe de kuvvetli suç şüphesidir.[158] Burada artık basit ve makul şüpheyi aşan bir şüphe söz konusudur. Bu şüphenin yeterli şüpheyi de içerisinde bulundurduğu söylenebilir.[159] CMK incelendiğinde bazı koruma tedbirleri için kuvvetli şüphenin arandığı görülmektedir. CMK'nın 74. maddesinde düzenlenen gözlem altına alınma işleminin uygulanması kuvvetli suç şüphesinin varlığına bağlanmıştır. CMK'nın 100. maddesinde tutuklama tedbirinin uygulanması için *"kuvvetli suç şüphesinin varlığını gösteren somut delillerin varlığı"* aranmıştır. Taşınmaz, hak ve alacaklara el koyma tedbirinin ise; *"soruşturma veya kovuşturma konusu suçun işlendiğine ve bu suçlardan elde edildiğine dair somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebebi bulunan hallerde"* uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. CMK'nın 133. maddesinde düzenlenen şirket yönetimine kayyım tayini tedbirinin de: *"suçun bir şirketin faaliyeti çerçevesinde işlenmekte olduğu hususunda kuvvetli şüphe*

---

[156] Serap Keskin Kiziroğlu, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", ***Ankara üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.58, S.1, 2009, s. 145.

[157] Ersoy, "Kayyım Tayini" s. 85.

[158] "*Kuvvetli suç şüphesinin bulunması için somut deliller mevcut olmalı ve yargılama neticesinde sanığın mahkûm olması yüksek bir ihtimale dayanmalıdır."*; Özbek. Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 271; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 73; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 463.

[159] İsmail Dursun, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.21, S.2, 2015, s. 542.

sebeplerinin varlığı ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için gerekli olması halinde" uygulanabileceği belirtilmiştir. Bilgisayarlarda, bilgisayar programlarında ve kütüklerinde arama, kopyalama ve el koyma işleminin düzenlendiği CMK'nın 134. maddesinde, "somut delillere dayanan kuvvetli şüphenin varlığı" gerekli görülmüştür. Yine CMK'nın 135. maddesinde düzenlenen iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması tedbirinin uygulanması için *"suç işlendiğine ilişkin somut delillere dayanan kuvvetli şüphe sebeplerinin varlığı"* şartı aranmıştır.

Bu şekilde şüphe türlerinden ve şüphe türlerinin ceza muhakemesi hukukumuzdaki yansımalarından bahsettikten sonra konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirini ele alacak olursak öncelikle CMK'nın 75 ve 76. maddelerinde şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanması için gerekli olan bir şüphe düzeyinden bahsedilmediğini belirtmemiz gerekir. Yine Yönetmelik'te de şüpheye ilişkin ayrıca bir düzenleme mevcut değildir. Bu haliyle soruşturmanın başlaması için gerekli olan ve yukarıda açıklamaya çalıştığımız basit şüphenin yakalanması ve diğer şartların da sağlanması halinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri uygulanabilecektir[160]. Beden muayenesi ve örnek almanın amacı yalnızca basit şüphe ile yola çıkılan soruşturmada delilleri kuvvetlendirmek ve şüphe derecesini arttırmak olmalıdır. Soruşturmaya başlamak için gerekli olan basit şüphe mevcut olmadığı halde salt suç şüphesi yaratmak için beden muayenesi ve vücuttan örnek alma tedbiri uygulanmamalıdır. Yani şüphe tedbir uygulandıktan sonra ortaya çıkacaksa tedbire başvurulmamalıdır[161]. Yine kovuşturma aşamasında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemleri açısından dava açılması için yeterli şüphe elde edilmesi gerektiği de düşünüldüğünde, basit şüpheyi aşan yeterli şüphenin varlığını kabul etmek gerekir.

Bu haliyle suçun ispat edilmesi ve cezai anlamda delil elde edilmesi amacı dışında gerçekleştirilen muayene ve örnek alma işlemleri hakkında Ceza Muhakemesi Kanunu kapsamında bir koruma tedbiri uygulamasından bahsedilemeyecektir. İngiliz hukukunda; kişinin örnek alma neticesinde bir suça karışması ile ilgili delil elde edilmesine ilişkin makul sebepler aranmaktadır.[162] Danimarka hukukunda; sanık

[160] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 212-213.
[161] Centel, Zafer, s. 311.
[162] Kızılarslan, s. 224-225.

hakkında örnek alma gerçekleştirilmesi için orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulması gereklidir[163].

3) Uygulanma Koşulları

a) Şüpheli ve Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

(1) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

CMK'nın 75/1. maddesinin ilk cümlesinde şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına kimin karar vereceği belirtilmiştir. Buna göre: *"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 re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir."* Burada hâkim; soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimi, mahkeme ise kovuşturma aşamasında davanın görüldüğü ceza mahkemesidir[164].

Savcı soruşturma aşamasında tedbire resen karar veremeyecektir. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan bir hal bulunduğu takdirde savcıya bu yetki tanınmıştır. CMK'nın 75/1. maddesinin devamında ise: *"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."* şeklinde düzenleme getirilmiştir. Yani her ne kadar savcı soruşturma aşamasında gecikmesinde sakınca bulunan bir hal kapsamında tedbire ilişkin karar verebilecekse de; bu kararını yirmi dört saat içerisinde sulh ceza hâkiminin onayına sunacaktır. Aksi takdirde delil hukuka aykırı hale gelecektir[165].

---

[163] Chalmers, s. 8.

[164] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 533.

[165] "*Anayasanın 38/6. maddesi gereğince kanuna aykırı elde edilmiş bulgular delil olarak kabul edilemez. CMK'nın 206/2a maddesi uyarınca kanuna aykırı delilin reddolunacağı, 217/2. maddesi uyarınca da sanığa yüklenen suçun hukuka uygun şekilde elde edilmiş delille ispat edileceği ve CMK'nın 230/1b maddesi gereğince de mahkûmiyet hükmünde hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin hükme esas alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. CMK'nın 75/1. maddesine göre de, "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 re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde 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." şeklinde*

Yirmi dört saate ilişkin bir düzenlemenin amacı, ivedi hallerde hak kaybına sebebiyet verilmemesi gerekliliğidir. Bu şeklide savcı da gecikmesinde sakınca bulunan bir hal kapsamında verdiği kararı uzun süre bekletmeyerek hâkimin onayına sunmuş olacaktır[166].

Burada savcıya verilen yetki kapsamında gecikmesinde sakınca bulunan hal tabirinin de incelenmesinde fayda olacaktır[167]. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 3. maddesi ve Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin 4 maddelerine göre; *"Gecikmesinde sakınca bulunan hâl: Derhâl işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hâlini,"* ifade etmektedir. Burada ivedilikle müdahalede bulunulmadığı takdirde bir hak veya delil kaybına sebebiyet verilip verilmeyeceği savcı tarafından değerlendirilecektir. Eğer müdahalede bulunulmadığı takdirde muhakeme aşamasında hükme esas teşkil edecek önemli bir delilin kaybolma ihtimali varsa gecikmesinde sakınca bulunun bir hal söz

---

hüküm mevcuttur. Somut olayda, Hatay Açık Ceza İnfaz Kurumunda bulunan sanığın uyuşturucu kullandığı yönündeki duyumlar üzerine, Hatay Cumhuriyet Başsavcılığının 30/07/2013 tarih ve 2013/10427 soruşturma numaralı evrakında Cumhuriyet savcısının yazılı kararıyla CMK'nın 75/1. maddesi gereğince sanığın vücudundan idrar örneği alınmasına karar verildiği, ancak kararın yasal sürede hâkim veya mahkeme onayına sunulmadığı, bu haliyle Cumhuriyet savcısının kararının hükümsüz kaldığı ve elde edilen bulguların delil olarak kullanılmasının mümkün bulunmadığı, Anayasanın 38/6, CMK'nın 206/2a, 217/2. maddeleri gereğince hükme esas alınamayacağı, hukuka uygun olarak elde edilmeyen bu delil dışında sanığın üzerine atılı suçu işlediğine dair başkaca delil bulunmaması karşısında, sanığın beraatı yerine yazılı gerekçelerle mahkûmiyetine karar verilmesi, Yasaya aykırı, sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan sair yönleri incelenmeyen hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Yasanın 8/1. maddesi uyarınca uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince BOZULMASINA, 12.09.2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.", ***Yargıtay 8. Ceza Dairesi'nin 2017/10820 E, 2018/9086 Sayılı Kararı***

[166] Soyaslan, s. 270.

[167] *"...13/06/2017 tarihli olay tutanağına göre Elazığ 1. Sulh Ceza Hâkimliği'nin olay tarihini de kapsayan 17/05/2017 tarihli ve 2017/1196 değişik iş sayılı önleme araması kararına istinaden kollukça şüphe üzerine yapılan kaba üst aramaları esnasında şüphelilerin bulunduğu araçtan esrar kokusu geldiğinin fark edilmesi üzerine, araçta detaylı adli arama yapılması için kolluk tarafından Cumhuriyet savcısına bilgi verildiği ve Cumhuriyet savcısı tarafından gecikmesinde sakınca bulunan hal olduğu değerlendirilerek hâkim kararı beklenmeksizin araçta arama yapılmasına ve ayrıca şüphelilerden kan veya idrar örneği alınmasına karar verildiği, Cumhuriyet savcısının yazılı emri ile yapılan arama sonucunda şüphelilerin içinde bulunduğu araçta esrar ele geçirilerek el konulduğu ve idrar örneklerinde yapılan tahlillerde de esrar tespit edildiğinin anlaşılması karşısında, esasen önleme araması kararının dahi yeterli olduğu olayda kolluk tarafından talep edilmesi üzerine ayrıca Cumhuriyet savcısı tarafından da arama emri verilmiş olduğu, kaldı ki somut olayda suçüstü halinin varlığı ve gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında yapılan el koyma ve şüphelilerin vücudundan örnek alınması işlemlerinin Cumhuriyet savcısına CMK'nın 127 ve 75. maddeleri ile tanınmış yetkiler olduğu anlaşıldığından, yasaya uygun olan el koyma ve şüphelilerin vücudundan örnek alınması işlemlerinin hâkim tarafından onaylanması talebinin kabulü yerine reddine karar verilmesi yasaya aykırı olup, kanun yararına bozma talebi yerindedir...",* ***Yargıtay 10. Ceza Dairesi'nin 2018/786 E. , 2018/4486 Sayılı Kararı***

konusu demektir. Gecikmesinde sakınca bulunan halde tedbirin uygulanmasının istisnai olduğu unutulmamalı, bu bir kural haline getirilmemelidir[168].

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında belirtmekte fayda olacağını düşündüğümüz diğer bir husus da; tedbire ilişkin kolluğa herhangi bir yetki tanınmamasıdır. Önceki bölümlerde bahsettiğimiz üzere arama ve yakalama tedbirlerine ilişkin bazı hallerde kolluk görevlileri yetkili kılınmıştır. Ancak kanun koyucu şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri noktasında kolluk görevlilerine bir yetki tanımamıştır. Kanun koyucunun bu düzenlemeyle kolluk görevlilerinin tedbiri uygulamasının önüne geçerek orantılılık ilkesini ön plana çıkardığı düşünülebilir[169].

CMK'da şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin karar ile ilgili soruşturma ve kovuşturma aşamaları için ayrı düzenlemeler mevcut değildir. Bu haliyle kovuşturma aşamasında savcı gecikmesinde sakınca bulunan bir hale ilişkin karar verebilecek midir? Kovuşturma aşamasında yetkinin mahkemede olduğu düşünüldüğünde; savcının sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin karar alarak bu kararı mahkemenin onayına sunması işin özüne aykırıdır[170]. Yine CMK'da şüpheli ve sanığın beden muayenesinin mağdurun talebi üzerine de gerçekleştirilebileceği belirtilmektedir. Soruşturma aşamasında mağdur savcıdan tedbire ilişkin talepte bulunabilecektir. Savcı da gerekli gördüğü takdirde sulh ceza hâkimine talebi iletecektir.

Yine mağdurun beden muayenesinde rızası üzerine karara gerek olmadığına ilişkin bir düzenlemenin şüpheli ve sanık hakkında ele alınmamış olması dikkate değerdir. Yönetmelik'in 18/3. maddesinde bu konuya ilişkin: *"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 yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Yönetmelik'in bu maddesini kanun hükmüne aykırılık olarak yorumlamamak gerekir.

---

[168] 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", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s. 1997-1998.
[169] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 220.
[170] Centel, Zafer, s. 313.

Buna göre şüpheli veya sanık rızası olsa dahi aynı karar prosedürü uygulanmadan tedbir uygulanamayacaktır.[171] Ancak Yönetmelik'in bu hükmü şüpheli veya sanığın talebi üzerine de tedbirin uygulanması için harekete geçilebileceğini göstermesi bakımından önem arz etmektedir. Bu hüküm olmasa dahi şüpheli veya sanığın haklarında tedbir uygulanması için talepte bulunmalarının kabulü gereklidir. Çünkü bu durum şüpheli ve sanığın suçsuzluğunu ispata ilişkin delil sunma yani savunma hakkı dâhilinde kabul edilmelidir[172].

(2) Tabip veya Sağlık Mesleği Mensubu Bir Kişi Tarafından Uygulanması

CMK'nın 75/3. maddesi: *"İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması tedbirini uygulayacak kişiler kanunda açıkça belirtilmiştir. CMK'ya göre şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini yalnızca tabip veya sağlık personelinin yapabilmesi, bu işlemlerde bilirkişiye başvurmanın bir zorunluluk olduğunu bizlere göstermektedir. Uygulamada doktor, hekim ve tabip kelimeleri birbirleri ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Ceza mevzuatımızda da genellikle tabip kelimesi kullanılmıştır[173].

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı Uygulanmasına Dair Kanun'un 1. maddesinde: *"Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."* şeklinde düzenleme mevcuttur. "Tabip odasına kayıtlı olmak ve hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak" hekimlik yapmak için diğer şartlar arasında sayılmaktadır. TCK'nın 280. maddesinde[174] de sağlık mesleği mensubu deyiminden ne anlaşılması gerektiği açıklanmıştır. Buna göre; *"tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler"* sağlık mesleği mensubu olarak belirtilmiştir. Sağlık Mesleği Mensubu ve Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te bu

[171] Yaprak Öntan, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014, s. 76.
[172] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 534.
[173] Kızılarslan, s. 237-238.
[174] TCK 280/2: *"Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır."*

kişilerin görev ve yetkileri düzenlenmiştir. Hemşirelerin görevleri ise Hemşirelik Yönetmeliği'nde ayrıca düzenlenmiştir[175].

Yönetmelik'in 3. maddesine göre de: *"Sağlık mesleği mensubu: Tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişileri"* ifade etmektedir. Bu haliyle Yönetmelik'teki sağlık mesleği mensubu diğer kişilerin tanımının TCK ve tıp literatürüne uygun düzenlendiğini söylemek mümkündür. Yönetmelik'te hekim veya tabip kavramlarına ilişkin ayrıca bir tanımlama mevcut değildir. Yine kendi alanları ile ilgili konularda diş hekimlerinin de ceza muhakemesi hukukumuz kapsamında beden muayenesi ve örnek almaya yetkili olduğunun kabulü gereklidir[176].

CMK'nın 75. maddesinin yürürlüğe girmesi planlanan ilk halinde hekim tabiri kullanılmıştır. Buna göre şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması *"ancak hekim veya hekim gözetiminde bir sağlık mensubu tarafından"* yerine getirilecektir.[177] Şu anki düzenleme ise şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının "tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından" yapılması şeklindedir. Tasarıda tedbirin sağlık mensubu bir kişi tarafından uygulanması için hekim gözetiminde olması gerekirken son düzenlemede buna ilişkin bir hüküm getirilmemiştir. Buna göre tabip gözetimi altında olmadan da sağlık mesleği mensubu kişilerce tedbir uygulanabilecektir. Bu şekilde sağlık mesleği mensubu kişilere tek başına müdahalede bulunma yetkisi verilmiştir[178].

Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması farklı maddelerde düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği Yönetmelik'in 4. maddesinde: *"Şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasının düzenlendiği Yönetmelik'in 6. maddesinde ise; *"Bu müdahaleler ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."* şeklindedir. Yönetmelik'te iç beden muayenesinin yalnızca sağlık mesleği mensubu kişilerce uygulanmasına müsaade

[175] Çakal, s. 26-32.
[176] Kızılarslan, s. 250.
[177] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 237.
[178] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akçan, Tütüncü, Özaydın, s. 361; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 214, Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s .452.

edilmemiştir. Bu haliyle Yönetmelik'teki bu düzenlemenin kanun hükmünü sınırlandırdığı söylenebilir[179].

Kanaatimizce sağlık mesleği mensuplarının müdahaleyi ancak tabip gözetiminde yapması daha doğru olacaktır. Çünkü önceki bölümlerde de ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere; kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıyan bir koruma tedbiri olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasının daha sıkı koşullara bağlanması, tedbir uygulanan kişilerin kişilik haklarına daha elverişli bir koruma sağlayacaktır. Ancak CMK ile açıkça düzenlenen bir hükmün kapsamının Yönetmelikle sınırlandırılması da doğru değildir. CMK tasarısındaki değişen maddede şüpheli ve sanık hakkında tedbirin sağlık mesleği mensubu kişilerce uygulanması hekimin gözetiminde olma koşuluna bağlanmıştı. Bizce; kanunda şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin *"ancak tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu tarafından"* yapılabileceğine ilişkin bir düzenleme getirilmesi daha doğru olurdu. Buna paralel olarak Yönetmelik'te de ancak tabip tarafından ibaresi yerine, kanunla örtüşecek şekilde beden muayenesinin *"tabip veya onun gözetimindeki bir sağlık mesleği mensubu tarafından"* ibaresi eklenmesi mantıklı olurdu.

Ayrıca şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasının; *"tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi"* tarafından uygulanacağının düzenlenmesi de çelişkilere sebebiyet vermektedir. Öncelikle kanunda şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücudundan örnek alınması aynı maddede aynı hükümlerle düzenlenmiştir. Buna rağmen Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ile vücuttan örnek alınmasının farklı maddelerde düzenlenerek farklı uygulama koşullarına bağlanmasını sistematik açısından doğru bulmuyoruz. Çünkü CMK düzenlemesinde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini sağlık mesleği mensubu bir kişi tabip gözetimi altında olmadan tek başına ve doğrudan gerçekleştirebilirken Yönetmelik'e göre bu işlemi ancak tabip gerçekleştirebilecek, sağlık mesleği mensubu bir kişi gerçekleştiremeyecektir. Şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasını ise CMK'ya göre sağlık mesleği mensubu bir kişi tabip gözetimi altında olmadan tek başına ve doğrudan gerçekleştirebilirken Yönetmelik'e göre bu işlemi ancak tabip gözetiminde gerçekleştirebilecektir. Bu durumun

[179] Öntan, s. 78.

mevzuatın sistematiğine zarar vermekle birlikte uygulamada da kafa karışıklığına sebebiyet vereceği açıktır.

Kanaatimizce şüpheli veya sanığın hem beden muayenesi hem de vücudundan örnek alınmasının uygulanmasında; *"ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından"* uygulanma koşulu getirilmelidir. Bu düzenleme öncelikle CMK'da yer almalı, sonrasında ise kanunla uyumlu olacak şekilde Yönetmelik'te değişikliğe gidilerek şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve örnek alınması tedbirini uygulayacak kişiler açısından da aynı düzenlenmeye gidilmelidir.

Ayrıca CMK'da kan ve benzeri biyolojik örneklerin tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından alınabileceğinin belirtilmesi sebebiyle akla biyolojik olmayan örneklerin kim tarafından alınacağına ilişkin soru gelmektedir. Yönetmelik'in 6. maddesinde biyolojik ve biyolojik olmayan örnekler açısından bir ayrıma gidilmemiştir. Bu haliyle; biyolojik olmayan örnekler açısından da bu müdahalenin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılması gerektiği söylenebilir.

Ayrıca Yönetmelik'in 6. maddesinde: *"Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu hüküm aslında insan hakları ile doğrudan ilgilidir. Tedbir uygulanırken bilimsel yöntemlerin takip edilmesi ve hukuka uygun hareket edilmesi, kişilik haklarına hukuka aykırı bir müdahalenin de önüne geçilmesine vesile olacaktır. Bu fıkranın yalnızca şüpheli ve sanığın vücudundan örnek alınmasını düzenleyen Yönetmelik'in 6. maddesinde değil; iç beden muayenesini düzenleyen 4. maddesinde de düzenlenmesi doğru olurdu. Çünkü bilimsel yöntem ve araçların kullanılması yalnızca örnek alma için değil muayene işlemleri için de önem arz etmektedir.

(3) Kişinin Sağlığına Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

CMK'nın 75/2. maddesi: *"İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir."* şeklinde düzenlenmiştir. Muayene ve örnek alma işlemlerinin kişide zarar oluşturma ve acı verme ihtimaline binaen kanun koyucu böyle bir düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Ceza muhakemesinin amacı gerçeği ortaya çıkarmaktır. Gerçeğe giden yolda kullanılan araçların insan hayatına etkisi önem arz

etmektedir. Aslında tüm koruma tedbirleri açısından insan sağlığına zarar verme ihtimali varsa tedbir uygulanmamalıdır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından da kanun koyucu bu şekilde bir düzenlemeye giderek muhakeme sonucunda elde edilecek hukuki menfaatlerin insan sağlığından daha önemli olmadığına bir vurgu yapmıştır. Kişi hayatı ve sağlığına bir zarar gelme tehlikesi söz konusu olduğunda, kişinin rızası olsa dahi müdahalede bulunulmamalıdır. Bu durum önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere; *"Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı"* başlıklı Anayasanın 17. maddesinde de güvence altına alınmıştır. Burada aslında şüpheli ve sanığın muayene ve örnek almaya katlanma yükümlülüğü ile orantılılık ilkesinin yarıştığı söylenebilir. Eğer şüpheli ve sanığa ilişkin muayene ve örnek alma işlemleri kişinin sağlığını tehlikeye sokuyorsa orada katlanma yükümlülüğünü aşan bir durum ve dolayısıyla orantılılık ilkesine aykırılık söz konusu olacaktır[180].

Şüpheli ve sanık hakkında muayene ve örnek alma işlemleri uygulanırken sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı titizlikle incelenmelidir. Bunu belirlerken müdahalenin türünden ziyade kişinin somut sağlık durumu ile ilgili bilgiler göz önünde bulundurulmalıdır. Burada şüpheli ve sanığın sağlık durumu ile ilgili beyanları önemlidir. İmkân dâhilinde şüpheli ve sanığın sağlık durumuna ilişkin beyanlarına ek olarak geçmişte gördüğü tedavi evrakları ve gerekirse kullandığı ilaçlar ile ilgili de bilgi edinilmesinde fayda olacaktır. Bu şekilde muayene ve örnek almanın kişiye uygulanması sonucunda sağlığına zarar verme tehlikesine ilişkin tüm detaylar değerlendirilecek ve daha kapsamlı bir araştırma yapılmış olacaktır.

Tedbirin uygulanmasının sağlığa zarar verme noktasında kuvvetli bir ihtimale dayanması aranmalıdır. Kişinin muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanacağı esnada salt içerisinde bulunduğu durum önemlidir. Hem kişinin duyacağı fiziksel acı hem de içine girme ihtimalinin bulunduğu psikolojik durum göz önünde bulundurulmalıdır. Kişinin bir soruşturmaya dâhil olması ve hakkında bir koruma tedbiri uygulanacak olması, o kişinin sağlık hakkının göz ardı edilmesine neden olmamalıdır. Ayrıca muayene ve örnek alma işlemlerinin kişinin vücut bütünlüğüne zarar verip vermeyeceği de iyi değerlendirilmelidir. Salt geçici korku, kaygı gibi durumlarda sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunmadığı kabul edilmektedir[181].

[180] Kızılarslan, s. 234.
[181] Centel, Zafer, s. 312.

Müdahalenin sağlığa zarar verme tehlikesinin bulunup bulunmadığı hususlarında savcı veya hâkimin tek başsına bir değerlendirme yapması mümkün değildir. Bu değerlendirme, hukuk bilgisinin dışında tıp eğitimi ve bilgisini gerektirmektedir. Dolayısıyla savcı veya hâkim şüpheli veya sanık hakkında muayene ve örnek almanın uygulandığı takdirde sağlığa bir zarar geleceğinden endişe ediyorsa tabipten yardım almalıdır. Bu aslında bir bakıma bilirkişi görüşü niteliğindedir.[182] Kural olarak bilirkişi görüşü bağlayıcı değildir. Ancak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulama aşamasında kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunması durumunda, bilirkişi görüşünün hâkim veya savcı açısından bağlayıcı olduğunu kabul edenler de vardır. Müdahalenin sonraki bir tarihe ertelenmesi sağlığın zarar görme ihtimalini ortadan kaldıracaksa erteleme yoluna başvurulmalıdır[183].

CMK'ya göre; şüpheli ve sanıktan kan ve benzeri biyolojik örnekler alınması için kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmamalıdır. Bu düzenleme; biyolojik örnekler dışında kalan tükürük, saç, tırnak vb. örneklerin alınmasında kişinin sağlığını tehlikeye sokma tehlikesi bulunmama şartının aranıp aranmayacağı noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Bu hususta Yönetmelik'e göz atmak faydalı olacaktır. Yönetmelik'in 6/3. maddesinde: *"Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir."* şeklindeki hüküm CMK'yı tamamlayıcı niteliktedir. Yönetmelik, biyolojik olan veya olmayan örnek şeklinde bir ayrıma gitmemiştir. Buna göre biyolojik olmayan saç, tırnak, tükürük gibi örneklerin alınmasında da şüpheli ve sanığın sağlığını tehlikeye düşürmeme şartı aranmıştır[184].

Muayene ve örnek almanın uygulanması esnasında şüpheli veya sanığın sağlığı açısından tehlikeli bir durum söz konusu olduğunda elde edilecek verilerin delil değeri de önem arz etmektedir. Burada eğer tabip veya sağlık mensubu bir kişinin taksirli eylemi neticesinde şüpheli veya sanığın sağlığında bir tehlike meydana gelmişse elde edilen veriler hukuka uygun kabul edilmelidir.[185] Ancak muayene ve örnek alma işlemleri uygulanırken kötü muamele ve işkence niteliğinde eylemler ile şüpheli veya sanığın sağlığına bir zarar geliyorsa bu noktada hukuka aykırı delilden

[182] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 452.
[183] Erdener Yurtcan, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi***, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s.321
[184] Aygün, s. 60-61.
[185] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 222.

bahsedilebilir.[186] Müdahale neticesinde sağlık açısından bir zarar gelme ihtimali kuvvetli olduğunun öngörülmesine rağmen muayene ve örnek almanın uygulanması durumunda ise yine elde edilen veriler hukuka aykırı kabul edilmelidir. Çünkü burada kişinin sağlığında meydana gelen zarar tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişinin taksirli eylemi neticesinde meydana gelmemekte, bizzat müdahale gerçekleşmesi sebebiyle ortaya çıkmaktadır[187].

Bu başlık ile ilgili diğer bir husus ise cerrahi müdahalede bulunma ile ilgilidir. Soruşturma veya kovuşturmanın gelişimi kimi durumlarda şüpheli veya sanığa cerrahi müdahalede bulunmaya kadar gidebilmektedir.[188] CMK'da diğer kişiler açısından cerrahi müdahale yasaklanmıştır. Ancak şüpheli ve sanık açısından cerrahi müdahale noktasında herhangi bir yasak öngörülmemiştir. Buna göre şüpheli ve sanığa delil elde etmek amacıyla cerrahi müdahalede bulunulabilecektir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta; eğer cerrahi müdahalenin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesi söz konusuysa uygulanmaması gerektiğidir.[189] Bu hususta ölçülülük ilkesi kapsamında hareket edilmesinde fayda vardır. Eğer cerrahi müdahalede bulunmadan amaca ulaşılabilecekse cerrahi müdahale uygulanmamalıdır.

Kanaatimizce Yönetmelik'te CMK'nın 75/2. maddesini kuvvetlendirecek şekilde *"sağlığa açıkça ve öngörülebilir şekilde zarar verme tehlikesinin bulunmaması"* şartı getirilmesi isabetli olmuştur. Bu düzenleme kişilik haklarının korunmasının kapsamını genişlettiği için önemlidir. Yine CMK'da biyolojik olmayan örneklere ilişkin belirsizliğin Yönetmelik ile giderilmiş olması da kafa karışıklığını önlemiştir. Ancak Yönetmelik'in 6/3. maddesi olmasa da amaçsal yorum yöntemiyle biyolojik olmayan örnekler açısından da sağlığa zarar vermeme şartının aranması gerektiğini söylememiz mümkündür.

Ayrıca sağlığa zarar verme tehlikesinin ne anlam ifade ettiği CMK'da belirtilmemiştir. Buna ilişkin Yönetmelik'te de bir tanımlama yapılmamıştır. Ayrıca "açıkça ve öngörülebilir bir zarar tehlikesinden" kastın ne olduğu ile ilgili de Yönetmelik'te bir düzenleme mevcut değildir. Burada kanun koyucu somut bir tanımlama ya da yorumlama yoluna gitmemiştir. Bu eksiklik de bilirkişi sıfatı ile

[186] Aydın, s. 130.
[187] Fatih Selami Mahmutoğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Erişim: http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf, s. 9.
[188] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 63.
[189] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 448.

hareket eden doktorun görüşleri doğrultusunda giderilecektir. Ancak kanaatimizce en azından Yönetmelik'te bir düzenlemeye gidilerek açıkça ve öngörülebilir zarar tehlikesinin çerçevesinin belirlenmesi doğru olurdu.

Yine bilirkişi sıfatı ile hareket eden doktorun tedbirin uygulanmasının kişinin sağlığına zarar verme tehlikesine ilişkin görüşü var ise bu durumun gerekçeleri ile birlikte ayrıntılı bir şekilde tutanak altına alınıp soruşturma veya kovuşturma dosyasına eklenmesi faydalı olacaktır.

(4) Üst Sınırı İki Yıl ve Daha Fazla Cezayı Gerektiren Bir Suça İlişkin Olması

CMK'nın 75. maddesinin 3. fıkrası: *"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."* şeklindedir.[190] Bu şekilde kanun koyucu şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile ilgili suç neticesinde hükmolunabilecek cezanın miktarı açısından bir sınırlamaya gitmiştir. Daha önceki bölümlerde de açıkladığımız üzere; kişilik haklarına doğudan müdahalede niteliğinde olması sebebiyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması ağır sonuçlara sebebiyet verebilmektedir. Bu yüzden kanun koyucu cezası az olan suçlar bakımından bir sınırlama yapma yoluna gitmiştir. Bu hükmün aynı zamanda orantılılık ilkesi ile de ilgili olduğunu söylememiz mümkündür[191].

Her ne kadar soruşturma aşamasından suçun üst sınırı iki yıldan fazla olması sebebiyle şüpheli hakkında konumuz olan koruma tedbiri uygulanmış olsa da; kovuşturma aşamasında suçun niteliğinin değişme ihtimali mevcuttur. Hâkimin hukuki nitelemesi veya delil durumunun değişmesi sebebiyle soruşturma konusu eylem kovuşturma aşamasında üst sınırı iki yıldan az bir suça dönüşmüş olabilir. Bu durumda elde edilen verilerin hukuka uygunluğu da tartışma konusu olmuştur. Bu şekilde kovuşturma aşamasında sanığın işlediği iddia edilen suçun cezasının üst sınırının iki yıldan az olduğu kanaatine varılırsa elde edilen veriler hükme esas

[190] Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, ***Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Kanunlar***, 31. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2019, s. 304.
[191] Mahmutoğlu, s. 5.

alınmamalıdır[192]. Yine soruşturma aşamasında şüpheli hakkında isnat edilen suçun üst sınırının iki yıldan az olması sebebiyle iç beden muayenesi ve örnek alma işlemleri uygulanmamış olabilir. Kovuşturma aşamasında suçun hukuki niteliğinin değişebilir ve sanık hakkında isnat edilen suçun üst sınırı iki yıldan fazla bir suç olabilir. Bu durumda da diğer şartların da sağlanması halinde kovuşturma aşamasında sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması için bir engel yoktur[193].

Ayrıca soruşturma aşamasında bir şüpheli hakkında birden fazla suçtan soruşturma yürütülebilir. Bu durumda iç beden muayenesi ve örnek alma koruma tedbiri uygulanırken her suç ayrı değerlendirilmelidir. Üst sınırı iki yıldan fazla olan suçlar açısından iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanma imkânı varken üst sınırı iki yıldan az olan suçlar için iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmaması yoluna gidilmelidir.[194] Yalnızca adli para cezası öngörülen suçlar yönünden ise evleviyetle şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin uygulanamayacağı söylenebilir. Hem adli para cezası hem de hapis cezası öngörülen suçlar açısından da; suçun üst sınırı iki yıldan fazla olduğu takdirde şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemleri uygulanabilecektir.

Bu fıkra ile ilgili diğer bir önemli husus da; üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda bu koruma tedbirinin uygulanmasının mümkün olup olmadığıdır. Yönetmelik'in 18/3. maddesinde:*" 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 yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir."* şeklindeki düzenlemeyi hatırlamakta fayda vardır. Yönetmelik'in bu maddesine ilişkin önceki bölümlerde açıklama yapmıştık. Buna göre uygulamada şüpheli ve sanığın rızası olsa dahi koruma tedbirinin uygulanması için karar almak gerekli idi. Üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda da sanığın talebi ve rızası halinde konumuz olan koruma tedbiri uygulanabilmelidir[195]. Aksi takdirde kişinin suçsuzluğunu ispat etme

[192] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 218; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 533.
[193] Özen, s. 356.
[194] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 533.
[195] Öztürk, Kazancı, Güleç, s.218; aynı yönde diğer bir görüş için; Soyaslan, s. 271-272.

noktasında savunma hakkı kısıtlanmış olacaktır. Ancak kanun hükmü uyarınca rıza olsa bile burada yine karar alma prosedürünün uygulanması gerekecektir.

Bu başlıkta dikkat çekeceğimiz diğer bir husus; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının kim tarafından uygulanacağı ve sağlığa zarar verme ihtimalinin bulunmaması gerektiğine ilişkin hüküm fıkralarının aksine; CMK'nın 75/5. maddesinde biyolojik ve biyolojik olmayan örnek şeklinde bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır. Yönetmelik'in 6. maddesindeki: *"Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda; kişiden kan, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamaz."* şeklindeki düzenleme de CMK ile örtüşecek şekilde biyolojik olan veya olmayan örnek şeklinde bir ayrıma gitmemiştir.

Ayrıca cezasının "üst sınırı iki yıla kadar olarak belirtilen suçlarda" beden muayenesi ve örnek alma koruma tedbirinin uygulanıp uygulanmayacağı hususuna da değinmekte fayda olacaktır. Yargıtay iki yıla kadar ibaresini, iki yıldan az olarak kabul etmeyerek bu suçlarda şüpheli ve sanık hakkında iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanabileceğini belirtmiştir[196].

b) Şüpheli ve Sanığın Dış Beden Muayenesi

(1) Cumhuriyet Savcısı ile Emrindeki Adlî Kolluk Görevlileri veya Kovuşturma Makamlarının Talebi

CMK'da dış beden muayenesi düzenlenmemiştir[197]. Bu konuya ilişkin hüküm Yönetmelik'te karşımıza çıkmaktadır. Yönetmelik'in 5/1. maddesinde: *"Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi*

---

[196] *…" Dosya kapsamına göre; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun "Kullanmak için Uyuşturucu veya Uyarıcı Madde Satın Almak, Kabul Etmek veya Bulundurmak" başlıklı 191/1. maddesinde yer alan, "Kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran kişi bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun "Şüpheli veya Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması" başlıklı 75/5. maddesinde yer alan "Üst sının 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." şeklindeki düzenlemeler dikkate alındığında, şüphelilerin üzerlerine atılı eylemin üst sınırının iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suç olmayıp, iki yıla kadar hapis cezası gerektirmesi karşısında, şüphelinin kan ve idrar örneklerinin alınabileceği cihetle, itirazın kabulü yerine, yazılı şekilde reddine karar verilmesinde isabet görülmediğinden bahisle, 5271 sayılı CMK'nın 309. maddesi uyarınca anılan kararın bozulması lüzumu…",* ***Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 2015/6512 E. 2015/4911 Sayılı Kararı,*** Aynı yönde diğer kararlar için bakınız: "10. Ceza Dairesi 2012/20312 E. 2013/63 K. ve 10. Ceza Dairesi 2014/1869 E, 2014/1563 K.

[197] Merve Konrat, "Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi", ***Adli Bilimler Dergisi***, C.10, S.4, 2011, s. 44; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 451, Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 531.

Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adlî kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir." şeklinde düzenleme mevcuttur. Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini kimin talep edeceği belirtilmiş ancak hangi makamın kararı ile uygulanacağı noktasında bir düzenlemeye gidilmemiştir. Bu noktada bir belirsizlik olduğu ortadadır[198].

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine kimin karar vereceği noktasında açıkça bir düzenlemeye gidilmemesi, farklı görüşleri de beraberinde getirmiştir. Bir görüşe göre; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde koruma tedbiri özelliği taşıması sebebiyle bu konuda aynı şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde olduğu gibi CMK'da düzenleme yapılmalıdır. Yani şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine kimin karar verebileceğine ilişkin CMK'da düzenlemeye yer verilmelidir. İşlemin koruma tedbir özelliği göstermesi sebebiyle kişi hak ve özgürlüğüne müdahale niteliği taşımaktadır. Bu durum temel hak ve hürriyetlerin ancak kanunla sınırlandırabileceğini düzenleyen Anayasanın 13. maddesine aykırıdır. Hatta uluslararası mahkemeler nezdinde sorumluluk dahi doğurabilecektir. Eğer kolluk görevlilerinin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini talep etmesine olanak tanınsa dahi bu durum CMK ile savcılık makamını aracı kılmak suretiyle düzenlenmelidir. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde iç beden muayenesine ilişkin CMK'daki hükümler kıyasen uygulanmalıdır[199].

Diğer bir görüşe göre de; Yönetmelik'teki düzenleme esas alınarak gerçekleştirilen şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi neticesinde elde edilecek verilerin hukuka uygun olup olmadığı tartışma konusudur. Beden muayenesi bir koruma tedbiridir ve diğer koruma tedbirleri gibi uygulanma koşulları kanunla düzenlenmelidir. CMK'da düzenlenen şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması işlemi hukuka uygun hale getirmeyecektir[200].

Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesini bizzat kendisinin talep edip edemeyeceği hususu da önem arz etmektedir. Yönetmelik'in 18. maddesinde; *"Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurarak rıza göstermeleri hâlinde, soruşturma evresinde*

[198] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 213.
[199] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 451.
[200] Yener Ünver, Hakan Hakeri, ***Ceza Muhakemesi Hukuku,*** 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 274.

Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hâkim veya mahkeme kararıyla tıbbî muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir." şeklindeki düzenlemeye bakmak faydalı olacaktır. Burada şüpheli veya sanığın da muayeneyi talep edebileceği ancak "soruşturma aşamasında savcının isteminin, kovuşturma aşamasında da mahkemenin karar vermesinin" gerekli olduğu belirtilmiştir. Yönetmelik'in 5. maddesinde düzenlenen şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde ise herhangi bir karar alma usulü düzenlenmemiştir. Her ne kadar Yönetmelik'in 18. maddesinde iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmese de; bu sebeple Yönetmelik'in 18. maddesinin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi açısından uygulanamayacağı açıktır[201].

İlk bölümde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının hukuki niteliğini ele alırken iç ve dış beden muayenesi şeklinde ayrım yapmadan konuyu bir bütün şeklinde ele almıştık. İlk bölümde ayrıntılı şekilde açıkladığımız üzere; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi koruma tedbiri niteliği gösteriyorsa aynı şekilde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi de koruma tedbiri niteliği göstermektedir. Kanaatimizce; koruma tedbirleri kişi hak ve hürriyetlerine doğrudan müdahale niteliğinde olduğundan kanunla düzenlenmelidir. Bu itibarla; bir koruma tedbiri olan şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi de CMK'da açıkça hüküm altına alınmalıdır.

Ayrıca dış beden muayenesine karar verecek olan makam da CMK'da yapılacak düzenleme ile açıkça gösterilmelidir. Yalnızca talep edebilecek makamın belirtilip karar verecek makamın düzenlenmemiş olması şüphesiz belirsizlik doğurmaktadır. Kolluk görevlilerinin talep edecek makamlar arasında bulunması hususu kanun koyucunun takdirindedir. Ancak kolluk görevlilerinin de şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini uygulaması isteniyorsa bunun şartlarının açıkça CMK'da düzenlenmesi faydalı olacaktır.

Ayrıca burada CMK'nın 160/2. maddesindeki düzenlemeyi hatırlamakta fayda olacaktır. Bu madde: *"Cumhuriyet savcısı, maddî gerçeğin araştırılması ve adil bir yargılamanın yapılabilmesi için, emrindeki adlî kolluk görevlileri marifetiyle, şüphelinin lehine ve aleyhine olan delilleri toplayarak muhafaza altına almakla ve şüphelinin haklarını korumakla yükümlüdür."* şeklindedir. Buna göre soruşturma aşamasının amiri savcıdır ve kolluk görevlileri savcının talimatları doğrultusunda

[201] Akbulut, s. 109.

hareket etmektedir. Kanaatimizce; soruşturma aşamasında savcının talebi veya talimatı olmadan doğrudan kolluk görevlilerince gerçekleştirilecek şüphelinin dış beden muayenesi işlemlerinde en azından gecikmesinde sakınca bulunan hal durumu aranması doğru olacaktır. Aksi takdirde kolluk görevlilerinin savcının takdirinin dışında keyfi bir tutum sergileyerek tedbiri uygulaması, şüphelinin hak kaybına uğramasına sebebiyet verebilecektir.

Yine yukarıda açıkladığımız üzere her ne kadar Yönetmelik'in 18. maddesi şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi açısından değerlendirilememekte ise de; şüpheli ve sanığın savunma ve delil sunma hakkı kapsamında dış beden muayenesini talep edebileceği kabul edilmelidir.

(2) Tabip Tarafından Yapılması

Yönetmelik'in 5/2. maddesi: *"Şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır."* şeklindedir. Buna göre tabip haricinde başkaca bir kişi tarafından şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi yapılamayacaktır. Dış beden muayenesinin uygulanmasında da iç beden muayenesinde olduğu gibi beden üzerinde bir inceleme söz konusudur. Buna göre şüpheli ve sanığın vücudunda ekimoz, lezyon, kızarıklık, kesi vb. gözle görülebilen bulgular araştırılacaktır. Dış beden muayenesi sonucunda o anlık bulgular üzerinden kesin bir neticeye varılamıyorsa kişinin sevki uzmanlık gerektiren bir polikliniğe de yapılabilir. Hem beden üzerindeki bulguların mahiyetinin saptanabilmesi hem de kişinin sevki için kanaatte bulunulabilmesi şüphesiz ki tıp bilgisini zorunlu kılmaktadır. Bu sebeple Yönetmelik'te "şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin ancak tabip tarafından" gerçekleştirilebileceğine ilişkin düzenleme yerindedir[202].

Yönetmelik'in 5. maddesinin 4. fıkrasında: *"Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenin dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."* şeklinde düzenleme de mevcuttur. Müdahale kavramı Yönetmelik'in 3. maddesinde; *"Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler"* şeklinde tanımlanmıştır. Ancak Yönetmelik'in 5. maddesinde girişimsel olan ve olmayan şeklinde tıbbi görüntülemeler açısından bir ayrıma gidildiğini görmekteyiz. Buna göre;

[202] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 214; aynı yönde diğer bir görüş için; Mahmutoğlu, s. 14.

gözaltlarında yapılan muayene ve stetoskop yoluyla dinleme yapılması da dış beden muayenesi kabul edilmelidir.[203] Dış beden muayenesini ancak tabip yerine getirebilecekken dış beden muayenesi kabul edilen girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemlerini tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık mensubu yapabilecektir. Önceki kısımlarda belirttiğimiz üzere sağlık mesleği mensubu kişilerden; hemşire, ebe, diş doktoru vs. anlaşılmaktadır. Fizyoterapistin fizik tedavi işlemini gerçekleştirmesi, radyoloji teknisyeninin röntgen çekmesi gibi işlemler; tabip dışındaki sağlık mensuplarının tabip gözetiminde yapabileceği işlemlerdir[204].

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi uygulanırken tıp biliminin etik unsurları göz önünde bulundurulmalıdır. Muayene işlemi gerçekleştirilirken tıp kurallarına uygun hareket edilmelidir.[205] Kanaatimizce; şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde tabip veya sağlık mesleği mensubu kişilerden ceza soruşturmasına ilişkin olmayan bir müdahalede gösterilen özen ve dikkatten daha fazlası beklenmelidir. Dış beden muayenesi her ne kadar CMK ile düzenlenmese de koruma tedbiri özelliği göstermektedir. Kişilik haklarına doğrudan bir müdahale söz konusudur. Ayrıca bu tedbirin şüpheli veya sanığın rızası olmadan da uygulanması mümkündür. Tabip veya sağlık mensubu kişilerin bu noktada özensiz davranışları şüphesiz ki sorumluluk doğuracaktır.

Dış beden muayenesini kimin gerçekleştireceği hususu muhakkak CMK düzenlenmelidir. Bu durum Anayasanın 13. maddesine açıkça aykırılık oluşturmaktadır. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi açısından CMK ile Yönetmelik arasında işlemi kimin gerçekleştireceği açısından farklı düzenlemeler olduğunu önceki bölümlerde belirtmiştik. Ayrıca şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini ancak tabibin gerçekleştirebilecek olması yerinde bir düzenleme olmuştur. CMK tasarısına da uygun olacak şekilde; dış beden muayenesi tabip gözetimi olmadan yalnızca sağlık mensubu bir kişinin inisiyatifine bırakılmamalıdır. Bu açıdan Yönetmelik'teki girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme işlemlerini sağlık mensubu kişilerin tabip gözetiminde gerçekleştirebilecek olması doğru olmuştur.

---

[203] Akbulut, s. 93.
[204] Çakal, s.32
[205] Yasemin Güven Cin, ***Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme***, http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf, Erişim Tarihi: 13/04/2020

Ancak bu durum yine de dış beden muayenesinin CMK ile düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır.

Ayıca Yönetmelik'in 6. maddesinde: *"Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır."* şeklindeki hükmün Yönetmelik'in şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine ilişkin 5. maddesinde de belirtilmesi faydalı olurdu. Çünkü dış beden muayenesi de tıbbi müdahale niteliğindedir ve bu şekilde bir düzenleme kişilik haklarının güvence kapsamını genişletecektir.

(3) Kişinin Sağlığına Açıkça ve Öngörülebilir Zarar Verme Tehlikesinin Bulunmaması

Yönetmelik'in 5/3. maddesinde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi: *"müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması"* şartına bağlanmıştır. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin düzenlendiği Yönetmelik'in 4. maddesinde de aynı koşul karşımıza çıkmaktadır. Kişinin sağlığı hem maddi hem de manevi değerlerine ilişkindir. Bu suretle müdahalenin acı verme ihtimalinin yanında kişinin psikolojik durumu da göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak dış beden muayenesinin kendisinden kaynaklanan kişinin geçici acı duyması veya memnuniyetsizliği bu şart kapsamında değerlendirilmemelidir. Diğer bir deyişle; şüpheli müdahaleye katlanmak zorundadır. Çünkü dış beden muayenesi de bir koruma tedbiri olduğu için doğasında bir zorlama barındırmaktadır. İşlem neticesinde sağlığın zarar görmek ihtimali kesine yakın olmalıdır[206].

Ayrıca müdahaleyi gerçekleştiren tabibin taksirli hareketleri sonucunda da ortaya zarar çıkabilir. Ancak burada müdahalenin özünden kaynaklanmayan bir zarar meydana geldiği için elde edilen veriler hukuka uygun kabul edilmelidir.[207] Sağlığa zarar verme tehlikesi ihtimalinin belirlenmesinde tereddüde düşüldüğü takdirde bilirkişi sıfatıyla hekimden görüş alınmasında fayda olacaktır.

B) Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

1) Diğer Kişiler Kavramının Kapsamı

[206] Centel, Zafer, s. 312.
[207] Mahmutoğlu, s. 8-9.

CMK'nın 76. maddesi *"diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması"* başlığını taşımaktadır. Bir ceza soruşturması veya kovuşturması sırasında olayların gelişimine göre şüpheli veya sanık haricinde başkaca şahıslar için de muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanması gerekebilir. Hatta bazı durumlarda bu bir mecburiyet halini de almaktadır. Faili meçhul olarak yürütülen soruşturmalarda mağdurdan elde edilecek delillerle soruşturma konusu olayın aydınlandığı vakidir. Mağdurdan elde edilecek bulguların karşılaştırılması sonucunda fail veya faillerin tespiti mümkün olabilmektedir. Bazen çok basit gibi gözüken emarelerin, elde edilecek diğer verilerle karşılaştırılmaları sonucunda çok önemli deliller haline gelmeleri mümkündür[208].

CMK'nın 76. maddesi her ne kadar diğer kişiler için düzenlenmiş olsa da maddenin ilk fıkrası yalnızca mağdurdan bahsetmektedir.[209] Yönetmelik'te diğer kişilerin beden muayenesi 7. maddede, diğer kişilerin vücudundan örnek alınması ise 8. maddede düzenlenmektedir. Bu maddelerde ise mağdur ile birlikte diğer kişiler de tedbirin kapsamında kabul edilmiştir. Yönetmelik'te CMK'nın aksine sadece mağdur ile sınırlı bir yaklaşımın söz konusu olmadığını söylemek gerekir[210].

Bu noktada mağdur dışında kalan tüm kişilerin CMK'nın 76. maddesi kapsamında kalıp kalmayacağı konusu önem arz etmektedir. Mevzuatımızda üçüncü kişiler kapsamının açıkça düzenlenmesi gerekmektedir. Bu açıdan mağdur haricindeki diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemleri hukuka aykırı kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur. Ayrıca CMK'nın 76. maddesinin 3. fıkrası: *"Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir."* şeklinde düzenlenmiştir. Bundan yola çıkarak diğer kişilerden; hem mağdur hem de soybağı tespit edilecek çocuğun anlaşılması gerektiği şeklinde yorumlayanlar da mevcuttur[211].

Yönetmelik'in 3. maddesinde *"Mağdur: Suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi"* şeklinde tanımlanmıştır. Burada mağdurun kapsamı yalnızca hakkında ceza muhakemesi yürütülen bir eylem ile sınırlandırılmayıp haksız eylemlerden zarar görenler de mağdur olarak değerlendirilmiştir. Haksız eylemin kapsamı suç

[208] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 453.
[209] Öntan, s. 77.
[210] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akçan, Tütüncü, Özaydın, s. 363.
[211] Ünver, Hakeri, s. 280; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 226.

soruşturmasındaki eylemlerden daha geniştir. Ceza hukuku alanı dışında başka hukuk dalları ile ilgili de haksız fiil kavramı karşımıza çıkmaktadır. Ceza muhakemesi suç şüphesi içeren bir fiilin vücut bulması ile başlayan bir süreçtir. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da bir ceza muhakemesi işlemidir. Bu noktada ceza muhakemesi haricinde de mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması işleminin gerçekleştirilebileceği sonucu çıkarılabilir. Neticede suça konu eylemlerin her biri aynı zamanda bir haksız fiili içermektedir. Ancak her haksız fiil neticesinde uygulanan hukuki işlemler ceza muhakemesinin konusunu oluşturmamaktadır. Ayrıca suçtan zarar gören kavramı da geniş anlamlar ifade etmektedir. Ceza muhakemesi anlamında mağdur suçtan zarar gören kişidir. Ancak her suçtan zarar görenin mağdur sıfatını almayacağını da hatırlatmakta fayda olacaktır. Mağdur ve suçtan zarar gören kişiler her zaman aynı kişiler olamayacağından, Yönetmelik'in mağdur kavramına ilişkin tanımı eleştiri konusu olmuştur. Ancak yine de Yönetmelik adli işlemlere ilişkin bir Yönetmelik olduğundan; bu tanımda yalnızca ceza muhakemesi anlamında suçtan zarar görenlerin kastedildiği sonucunu çıkarmak doğru olacaktır. Ayrıca CMK ve Yönetmelik'te on sekiz yaşından küçük çocuklara ilişkin ayrıca bir düzenleme söz konusu değildir. Bu sebeple on sekiz yaşından küçük çocuklar açısından da diğer kişi sıfatıyla muayene ve örnek alınması uygulanabilecektir[212].

Ceza soruşturmasına konu bir olayın mağduru aynı zamanda olayda ölmüş veya öldürülmüş de olabilir. Burada diğer kişiler kavramından hayatta olan kişiler anlaşılmalı, ölü kimseler üzerindeki muayene ve örnek alma işlemleri açısından CMK'nın 76. ve Yönetmelik'in 7. ve 8. maddeleri esas alınmamalıdır. CMK'nın 83. maddesinde düzenlenen keşif ve CMK'nın 86 ve 87. maddelerinde düzenlenen adli muayene ve otopsi işlemlerine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. Ayrıca maktul üzerinde yapılacak delil temin etme işlemlerine ilişkin de olay yeri incelemeye ilişkin usul ve esasların uygulanması gereklidir[213].

Bizce diğer kişiler kavramının kapsamının CMK'da belirtilmesi hususu önem arz etmektedir. Her ne kadar CMK'da yalnızca mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuk belirtilse de; Yönetmelik'te geniş anlamda mağdur ve diğer kişiler şeklinde bir

[212] Akbulut, s. 100.
[213] Ünver, Hakeri, s. 280; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 226; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 455; Kızılarslan, s. 261.

düzenlemeye gidilmiştir. Şüpheli ve sanığın beden muayenesinde olduğu şekilde; diğer kişiler açısından da beden muayenesi ve örnek almanın uygulanması kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşımaktadır. Yine aynı şekilde beden muayenesinin nasıl ki şüpheli ve sanık üzerinde uygulanması bir koruma tedbiri niteliği taşıyor ise mağdur ve diğer kişiler üzerinde yapılacak muayene ve örnek alma işlemleri de koruma tedbiri özelliği göstermektedir. Nitekim ilk bölümde yaptığımız açıklamalarda da; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işleminin koruma tedbiri niteliğinin ağır bastığını ifade ederken tedbirin uygulanacağı kişiler açısından bir ayrıma gitmemiştik. Kanaatimizce; mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuklar haricinde uygulanacak işlemler kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşıdığından, Anayasanın 13. maddesine de uygun olacak şekilde muhakkak suretle CMK'da düzenlenmeli ve ayrıca diğer kişiler kavramının kapsamı açıkça belirtilmelidir.

Ayrıca CMK'da ve Yönetmelik'te açıkça belirtilmese de; kovuşturma aşamasında muhakemede rol alacak *"katılan"* sıfatı taşıyan kişiler de diğer kişiler kavramı kapsamında değerlendirilmelidir[214].

2) Şüphe Bakımından

CMK'nın diğer kişilerin muayene ve örnek alınması işlemlerinin düzenlendiği 76. maddesinde koruma tedbirinin uygulanması için gerekli olan şüphe düzeyi ile ilgili bir değerlendirme yapılmamıştır. Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde de şüphe ile ilgili bir belirmeme mevcut değildir. Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması başlığı altında ceza muhakemesi hukukumuzdaki şüphe kavramını açıklamıştık. Burada soruşturmanın başlaması için basit şüphe gerekli olduğunu ve şüpheli ve sanık hakkında muayene ve örnek alma işlemleri uygulanırken basit şüphenin elde edildiği takdirde diğer şartlar da sağlanıyorsa koruma tedbirinin uygulanabileceğini belirtmiştik.

Kanaatimizce; diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken mevzuatımızda gerekli olan herhangi bir şüphe düzeyinin belirtilmemesi sebebiyle soruşturmanın başlaması için gerekli olan basit şüphenin varlığı yeterli olmalıdır. Burada suçun işlendiğini gösterir en azından iz ve emareler bulunmalıdır. Eğer suç iddiasına ilişkin herhangi bir emare veya şüphe mevcut değilse diğer kişiler açısından muayene ve örnek alma işlemleri uygulanmamalıdır. Soruşturma

[214] Özen, s. 362.

aşamasında tedbirin uygulanmasına ilişkin takdir hakkını Cumhuriyet savcısı kullanacaktır. Soruşturma dosyasında emare ve deliller nitelendirilerek şüphe düzeyine ilişkin bir kanaat elde edecektir. Kovuşturma aşamasında ise diğer kişiler hakkında uygulanacak tedbir açısından iddianame düzenlenmiş olduğu için yeterli şüphenin mevcut olduğunun kabulü gerekir.

Bu konuda önemli bir husus da; eğer suç iddiasına ilişkin basit şüphe elde edilemediyse salt şüphe saptamak için diğer kişiler üzerinde muayene ve örnek alma işlemleri uygulanmamalıdır. Diğer kişilerin muayene ve örnek alınması işlemi bir koruma tedbiri niteliği taşımaktadır. Şüphe temin edilmeden diğer kişiler üzerinde muayene ve örnek alma uygulandığı takdirde, bu durum kişilik haklarının ihlali olarak nitelendirilebilecektir.

Eğer şüphe elde edilmeden beden muayenesi ve örnek alma işlemleri uygulanırsa bu durum ceza muhakemesi anlamında bir işlem olarak kabul edilemeyecektir ve elde edilen verilerin hukuka aykırı olma ihtimali gündeme gelecektir. Bu haliyle diğer kişiler üzerinde beden muayenesi ve örnek alma uygulanırken suç iddiaları iyi araştırılmalı, toplanan delillerle en azından basit şüphe elde edilmeli, bundan sonra diğer şartlar da sağlanıyorsa diğer kişiler üzerinde koruma tedbirinin uygulanması yoluna gidilmelidir.

3) Uygulanma Koşulları

a) Hâkim, Mahkeme veya Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hallerde Cumhuriyet Savcısının Kararı

CMK'nın 76/1. maddesinde mağdurun beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına; *"Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceği"* hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde aynı karar mercileri mağdur ve diğer kişiler için birlikte düzenlenmiştir. CMK'nın 76. maddesinin değişiklikten önceki 1. fıkrası: *" Bir suça ilişkin delil elde emek amacıyla, mağdurun bedeni üzerinde tıbbi muayene yapılabilmesine veya kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek koşuluyla, Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme*

tarafından karar verilebilir." şeklinde idi.[215] Tasarının ilk halinde savcıya diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemleri hakkında karar verme salahiyeti tanınmadığını görmekteyiz. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dahi savcıya bu imkân tanınmamıştır. Hâlbuki işin mahiyeti gereği mağdur hakkında uygulanacak muayene ve örnek alınması için hâkimden karar alınması bazı durumlarda hızlı hareket etmeyi engellemektedir. Özellikle cinsel suçlar hakkında yürütülen bir soruşturmada mağdurun muayenesi neticesinde elde edilecek sperm ve diğer vücut sıvıları soruşturmanın akıbeti açısından çok önemlidir. Bu sıvılar insan bedeni üzerinde özelliğini yitirmeden uzun süre var olamamaktadır. Bu ve benzeri durumlarda hâkimin kararının beklenmesi şüphesiz delillerin kaybolma ihtimalini kuvvetlendirecektir. Bu sebeple savcıya gecikmesinde sakınca bulunan hal kapsamında mağdurun beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması hususunda yetki tanınması yerinde bir düzenleme olmuştur[216].

Şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma koşullarını incelerken gecikmesinde sakınca bulunan hallere ilişkin açıklamalarda bulunmuştuk. Bu başlık altında tekrardan bu hususdan bahsetmeyeceğiz. Ancak burada savcının gecikmesinde sakınca bulanan bir hal kapsamında verdiği muayene ve örnek alma kararının yirmi dört saat içerisinde hâkim onayına sunması gerektiğini hatırlatmakta fayda olacaktır. Ayrıca CMK'da hâkim tarafından onaylanmayan kararların hükümsüz kalacağı ve elde edilen verilerin kullanılamayacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Bu durumda hâkim tarafından onaylanmayan deliller hukuka aykırı olup hükme esas alınamayacaktır.

Mağdur veya diğer kişiler soruşturma aşamasında savcıdan muayene ve örnek alınmasına ilişkin karar verilmesini talep edebileceklerdir. Savcılık makamı tarafından diğer kişilerin talebi kabul edilmediği takdirde; bu kişilerin savcılık makamını aracını kılmaksızın hâkime taleplerini iletebilmelerinin kabulü gereklidir. Bu hâkim, soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimidir. Hatta diğer kişiler yalnızca kendileri hakkında değil, dosya kapsamında bulunan başkaca kişiler hakkında da tedbirin uygulanmasını talep etmeleri mümkündür. Bu durumda dosyada mağdur sıfatı ile bulunan bir kişi, hem dosya kapsamında şüpheli bulunan şahıs hakkında hem de başka bir mağdur varsa onun hakkında muayene ve örnek alınmasının uygulanmasını talep

[215] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 243.
[216] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 227.

edebilecektir. Aksi bir durum, tarafların delil sunma ve savunma haklarının kısıtlanması anlamına gelecektir[217].

Kanun koyucu diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemleri açısından soruşturma ve kovuşturma aşamaları için farklı düzenlemeler yapma yoluna gitmemiştir. Bu durum muhakeme evrelerinin niteliklerinin göz ardı edilerek ve gerekli dikkat gösterilemeden düzenleme yapıldığını göstermektedir.[218] Bu durumda CMK lafzından, savcının kovuşturma aşamasında da gecikmesinde sakınca bulunan bir hal kapsamında karar verebileceği anlamı çıkmaktadır. Ancak kovuşturma aşamasına geçildiğinde davaya bakan mahkemenin muayene ve örnek alınmasına karar verecek merci olduğunu görmekteyiz. Ağır ceza mahkemesinde görülen bir dava söz konusu ise mahkeme heyet halinde karar verecektir. Mahkeme veya hâkim bu kararı resen verebileceği gibi, savcının talebi üzerine de verebilir. Bir önceki başlıkta katılanın da diğer kişiler kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştik. Bu haliyle kovuşturma aşamasında katılan da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasını talep edebilecektir[219].

Tüm bu açıklamaların ardından CMK'nın 76/2. maddesindeki önem arz eden düzenlemeden de bahsetmek yerinde olacaktır. Buna göre; *"Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur"*. Mağdurun rızası halinde karar alma mekanizması işletilmeden de elde edilecek veriler hukuka uygun kabul edilecektir. Şüphesiz rıza hukuka uygun ve geçerli bir rıza olmalıdır.[220] Ayrıca rıza verecek olan mağdur olayın mahiyeti ile ilgili detaylıca bilgilendirilmelidir. Bu bilgilendirme kişinin rızasına ilişkin beyanı alınmadan önce ve tam olarak yapılmalıdır. Eğer bu şartlar gerçekleşmezse rıza hukuka aykırı olacağı için elde edilen veriler de hukuka aykırı kabul edilecektir.[221] Kanaatimizce; rızaya ilişkin beyan kolluktaki ve savcılıktaki ifadede açıkça geçmelidir Eğer mağdur ifadesinde rıza gösterdi ise Cumhuriyet savcılığından hastaneye tedbirin ifası hakkında müzekkere yazılmalıdır. Eğer dosyada

[217] Özen, s. 363.
[218] Centel, Zafer, s. 317.
[219] Özen, s. 363-364.
[220] Yurtcan, "Ceza Yargılaması", s. 292.
[221] Hakan Hakeri, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2006, s. 31-32.

kısıtlama kararı yoksa rızaya ilişkin ifadenin müzekkereye ek olarak eklenmesi de faydalı olacaktır.

CMK'nın rızaya ilişkin hüküm fıkrasında yalnızca mağdurdan bahsedilmiştir. Mağdur dışındaki diğer kişilerin rızası halinde yine de karar alma mekanizmasının işletilip işletilmeyeceği hususu önemlidir. CMK'dan mağdur dışındaki diğer kişilerin muayene ve örnek alınmasına ilişkin rızaları olsa dahi CMK'nın 76/1. maddesinin uygulanacağı anlamı çıkmaktadır. Bu noktada Yönetmelik'in 18/3. maddesine göz atmakta fayda olacaktır. Bu madde; *"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 yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir"*. şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre mağdur haricinde diğer kişilerin de rızası halinde karar alma mekanizması işletilmeyecektir[222].

Kanaatimizce; eğer mağdur haricindeki diğer kişiler açısından da rızanın varlığı halinde karar alma zorunluluğunun ortadan kalkması arzu ediliyor ise bunun CMK'da açıkça belirtilmesi daha doğru olurdu. Mağdur haricindeki diğer kişilerin tedbirin uygulanması hakkındaki rızalarının kabulü, şüphesiz ki kişilik haklarını doğrudan etkileyecek niteliktedir. CMK'da tanınmayan bir hakkın Yönetmelik ile düzenlenerek sınırının genişletilmeye çalışılması doğru olmamıştır.

Ayrıca şüpheli ve sanık hakkındaki bölümde bahsettiğimiz şekilde diğer kişiler açısından da muayene ve örnek almanın uygulanmasında soruşturma ve kovuşturma aşamasına ilişkin bir ayrıma gidilmediğini görmekteyiz. Kanaatimizce; diğer kişiler açısından soruşturma ve kovuşturma aşamalarına ilişkin ayrı ve ayrıntılı düzenlemelere gidilmesi CMK'nın sistematiğini kuvvetlendirecektir.

Yine CMK'nın 76. maddesinin başlığı "*diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması"* iken madde metninde yalnızca mağdurun belirtilmesi, koruma tedbirinin uygulanacağı diğer kişiler hakkında uygulanacak karar prosedürünün belirlenmesi noktasında boşluğa sebep olmuştur. Kanaatimizce; CMK'nın 76/1. maddesinde mağdur ve diğer kişiler açısından bir ayrıma gidilmesi ve

[222] Centel, Zafer, s. 317.

bu eksiğin Yönetmelikle kapatılmaya çalışılması CMK'nın sistematiğine zarar vermekte ve kavramların özensiz seçildiği izlenimini doğurmaktadır.

Yönetmelik'in 19. maddesinde ise; *"Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbî muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hâkim kararı aranmaz."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Bu maddede; karar alma usulünün uygulanmasına bir istisna getirildiğini görmemiz mümkündür.

Yine bahsetmemiz gereken önemli bir diğer husus; diğer kişiler açısından iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmemiş olmasıdır. Bu noktada; şüpheli ve sanık hakkında dış beden muayenesi açısından daha kolay bir usulün düzenlenmiş olması, mağdurun şüpheli ve sanığa nispeten daha fazla korunduğu izlenimini doğurmaktadır. Kanaatimizce; mağdur ve diğer kişiler hakkında uygulanacak koruma tedbiri açısından iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gitmeden (rızası bulunduğu haller dışında) aynı karar usulünün aranması, kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının kapsamını genişletmiştir.

Son olarak mağdur ve diğer kişiler hakkında yapılacak müdahaleler açısından; şüpheli veya sanık hakkında isnat edilen suçun ağırlığı noktasında bir belirleme yapma yoluna gidilmemiştir. Bu haliyle diğer kişilerin beden muayenesi ve örnek alma işlemleri, şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde olduğu gibi tüm suçlar açısından mümkündür[223].

b) Tabip Tarafından Yapılması

Şüpheli ve sanığın muayene ve örnek alma işlemlerinin düzenlendiği CMK'nın 75. maddesinde "müdahalenin ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından" yapılabileceği hüküm altına alınmıştı. Diğer kişilerin muayene ve örnek alınmasının düzenlendiği CMK'nın 76. maddesinde ise işlemin kimin tarafından uygulanabileceğinin hüküm altına alınmadığını görmekteyiz. Bu konuda Yönetmelik'te düzenleme yapma yoluna gidilmiştir. Yönetmelik'in 7. maddesinde: *"Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılacağı"* belirtilmiştir. Diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasının düzenlendiği Yönetmelik'in 8. maddesinde ise örnek alma işlemlerinin, *"ancak tabip tarafından*

[223] Gedik, s. 202; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 454.

veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği" düzenlenmiştir. Şüpheli ve sanık hakkındaki iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının kim tarafından uygulanacağı CMK ile belirlenmiş ancak Yönetmelik hükmü müdahaleyi gerçekleştirecek kişiler noktasında sınırlama yapma yoluna gitmiştir. Diğer kişiler açısından ise mesele tamamıyla Yönetmelikle düzenlenmiştir[224].

Diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından gerçekleştirileceğinin CMK'da açıkça belirtilmemesi sebebiyle bu hususta şüpheli ve sanığın iç beden muayenesine ilişkin CMK'nın 75. maddesindeki hükmün kıyas yolu ile uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur. Buna göre diğer kişilerin muayene ve örnek alma işlemlerini *"ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi"* yerine getirebilecektir[225].

Kanaatimizce; diğer kişilerin beden muayenesi ve örnek alınması işlemleri açısından CMK'nın 75. maddesindeki hükmün kıyas yolu ile uygulanmasının kabulünden ziyade konunun açıkça CMK'da düzenlenmesi daha doğru olacaktır. CMK'nın 75. maddesine göre; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesini tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi yerine getirebilecektir. Ancak Yönetmelikle bu durum sınırlandırılarak şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin ancak tabip tarafından gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmıştır. Bu noktada önceki bölümlerde CMK ile yapılan düzenlemenin Yönetmelik ile sınırlandırılmasının doğru olmadığını belirtmiştik. Ayrıca CMK'nın 75. maddesinde koruma tedbirini uygulayacak diğer sağlık mesleği mensuplarının hekim denetiminde bu müdahaleyi gerçekleştirebilecekleri şeklinde bir düzenlemenin daha doğru olacağını ele almıştık. Her ne kadar Yönetmelikle boşluklar doldurulmaya çalışılsa da; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının kim tarafından gerçekleştirileceğini düzenleyen CMK'nın 75/3. maddesindeki düzenleme eksiktir. Bu haliyle CMK'nın 75. maddesindeki hüküm kişilik haklarının korunması kapsamını genişletecek şekilde; *"İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."* şeklinde düzeltilmeden, diğer kişilerin muayene ve örnek alınmasının kim tarafından gerçekleştirileceği hususunda kıyas yönteminin

[224] Centel, Zafer, s. 318.
[225] Öztürk, Kazancı ve Güleç, s. 229; Gülsoy, Kök, s. 17; Mahmutoğlu, s. 21, Aydın, s. 134

uygulanmasının kabulü, mağdur ve diğer üçüncü kişilerin haklarının korunmasının kapsamını daraltacaktır. Bu sebeple CMK'nın 76. maddesinde değişikliğe gidilerek diğer kişiler açısından muayene ve örnek alma işlemlerini kimin uygulayabileceği noktasında açık düzenleme getirilmesi daha doğru olacaktır.

Diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemlerinin kim tarafından uygulandığı elde edilecek verilerin hukuka uygunluğunu da etkilemektedir. Örneğin; tabip tarafından hazırlanan muayene raporunda yetkili olmayan bir diğer kimsenin imzasının bulunması hukuka uygunluğu tartışmalı hale getirecektir. Bu açıdan da işlemi kimin gerçekleştirebileceğinin CMK'da açıkça gösterilmesi önem arz etmektedir[226].

Diğer kişiler hakkında uygulanacak koruma tedbirinde iç ve dış beden muayenesi şeklinde bir ayrıma gidilmediğini önceki bölümlerde belirtmiştik. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin düzenlendiği Yönetmelik maddesinde de: *"Girişimsel olmayan tıbbî görüntüleme yöntemleri de bedenin dış muayenesi sayılır. Bu tür incelemeler tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir."* şeklinde bir hüküm mevcut idi. Yönetmelik'te de diğer kişilerin muayenesi açısından iç ve dış muayene şeklinde bir ayrıma gidilmediği için mağdur ve diğer kişiler hakkında uygulanacak girişimsel olmayan görüntüleme yöntemleri açısından da ancak tabiplerin yetkili olduğu sonucu çıkmaktadır. Yani, radyoloji teknisyeni bulunduğu halde mağdurun röntgenini yine de hekimin çekebileceği gibi bir sonuç çıkmaktadır. Ancak sağlık hizmetlerinin olağan akışı gereği bunu her zaman hekimden beklemek mümkün olmayacaktır. Bu haliyle diğer kişiler hakkında uygulanacak girişimsel olmayan görüntüleme yöntemleri açısından *"hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişinin"* de yetkili kılınması doğru olurdu[227].

Yine Yönetmelik'in diğer kişilerin vücudundan örnek alınmasının düzenlendiği 9. maddesinde: *"Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır."* şeklinde bir düzenleme mevcuttur. Bu düzenleme de etik kurallarına uyulmadığı takdirde hem hekimin sorumluluğunun

[226] Aydın, s. 134.
[227] Akbulut, s. 106.

doğacağını hem de elde edilen verilerin hukuka aykırı hale gelebileceğini hatırlatması bakımından önemlidir.

c) Kişinin Sağlığını Tehlikeye Düşürmemesi

Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının düzenlendiği CMK'nın 76. maddesinde müdahale; *"kişinin sağlığını tehlikeye düşürmemek"* şartına tabi tutulmuştur. Yönetmelik'in 7. ve 8. maddelerinde diğer kişilerin hem örnek alma hem de muayene işlemleri açısından *"sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek"* şartı esas alınmıştır.

Kişinin sağlığının tehlikeye düşmesi hususu adli mercilerin alanı dışında kaldığından bu hususta bilirkişi sıfatı ile hekimden görüş alınmalıdır. Mevzuatımızda diğer kişilerin sağlığı açısından aranan şart soyut bir şekilde ifade edilmiştir. Bu noktada sağlığa zarar verme tehlikesinin hangi durumları kapsadığına ilişkin mevzuatta en azından Yönetmelik ile düzenleme yapılmasında fayda olacaktır[228].

Aynı şüpheli ve sanık hakkında uygulanacak muayene ve örnek almada olduğu gibi diğer kişiler açısından da yapılacak muayene ve örnek alma işlemleri kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşımaktadır. Ceza muhakemesinde amaç gerçeği ortaya çıkarmaktır. Bu düzenleme ile gerçeğin ortaya çıkarılması neticesinde elde edilecek kamusal menfaat ile kişi hak ve özgürlükleri noktasında bir denge gözetilmeye çalışılmıştır. Bu durum bize orantılılık ilkesini ifade etmektedir[229].

d) Cerrahi Müdahalede Bulunmamak

CMK'nın 76. maddesinde diğer kişiler hakkında muayene işlemi uygulanırken cerrahi bir müdahalede bulunulması yasaklanmıştır. Cerrahi müdahalede bulunma yasağı Yönetmelik'in 7. maddesinde de düzenlenmiştir. Cerrahi müdahale Yönetmelik'in 3. maddesinde*: "tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar."* şeklinde tanımlanmıştır. Bir önceki bölümde mağdur ve diğer kişiler açısından müdahalenin kişinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemesi gerektiğini belirtmiştik. Kanun koyucu bu noktada cerrahi müdahaleyi yasaklayarak mağdur açısından ekstra bir koruma alanı daha oluşturmuştur. Şüpheli ve sanığın beden muayenesi ve örnek alınmasını incelerken

[228] Kızılarslan, s. 235-236.
[229] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 454.

cerrahi müdahaleye ilişkin bir yasak olmadığını belirtmiştik. Şüpheli ve sanığa soruşturma ve kovuşturma aşamalarında gerekli görüldüğü ve diğer şartlar da sağlandığı takdirde delil elde etmek amacıyla cerrahi müdahalede bulunulabilecektir. Mağdur ve diğer kişiler açısında ise kişinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmese bile cerrahi müdahaleye başvurulamayacaktır.

Cerrahi müdahalenin ne aşamaya kadar gerçekleştirebileceği, bunun sınırları kesin bir şekilde belirlenmemiştir[230]. Mağdurun cerrahi müdahalede bulunulmasının yasak olup şüpheli ve sanık açısından böyle bir sınırlandırma getirilmemesi kanun koyucunun takdirindedir. Burada mağdura yapılacak cerrahi müdahale sonucunda elde edilecek veriler ile ulaşılacak sonucun sağlayacağı kamusal menfaat ile mağdurun kişi hak ve özgürlükleri yarışmaktadır. Kanun koyucunun bu noktada kişi hak ve özgürlüklerine öncelik tanıdığı söylenebilir. Orantılılık ilkesi uyarınca mağdurun kişilik hakları ile kamusal menfaat yarışmaktadır[231].

Şüpheli ve sanığa ilişkin cerrahi müdahalede bulunulmasına izin verilip mağdur açısından buna müsaade edilmemesini eleştirenler de mevcuttur. Buna göre kişinin sağlığına zarar vermediği takdirde mağdur ve diğer üçüncü kişilere cerrahi müdahalede bulunulabilmelidir[232].

II) CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NDA YER ALAN BAZI ÖZEL DÜZENLEMELER

A) Kadının Muayenesi

CMK'nın 77. maddesinde kadınların muayenesine ilişkin özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu düzenlemenin çeşitli yönlerden eleştiriler alması ve CMK'nın 75. ve 76. maddelerinden ayrı bir madde olarak ele alınması sebebiyle biz de çalışmamızda ayrı başlık altında değerlendirmeye almayı tercih ettik. CMK'nın 77. maddesi: *"Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır."* şeklindedir. Muayene işlemi kişilerin utanma duygularını etkileyecek niteliktedir. Eğer muayenenin gerçekleştirileceği kişi bir kadın ise geleneksel özelliklerin de etkisiyle mesele daha da hassas bir hal almaktadır. Kanun

[230] Kızılarslan, s. 263.
[231] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 454.
[232] Soyaslan, s. 272-273; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 454.

koyucu mahremiyet duygusunun önemine binaen bu şekilde bir düzenleme yapma yoluna gitmiştir[233].

Hastaların Mahremiyetine İlişkin Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de düzenlemeler mevcuttur. Yönetmelik'in 21/1. maddesi; *"Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir."* şeklindedir. Bu fıkrada hasta mahremiyetine saygı gösterilmesinin kişi tarafından talep edilebileceği, yapılacak müdahalelerin de mahremiyet duygusu gözetilerek yapılması gerektiği ele alınmıştır. Maddenin devamında hastanın mahremiyet hakkının: *"Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını"* kapsadığı belirtilmiştir. Hastanın tedavi sürecinde talep ettiği kişilerin tedavi boyunca ortamda bulunmasını isteme hakkı önemlidir[234].

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fiziki Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik'in 11/2. maddesinde de buna benzer bir düzenleme mevcuttur. Bu madde; *"Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir."* şeklindedir. Burada Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 21. maddesi ile örtüşecek şekilde muayene edilecek kadının talebi üzerine hemşire, hasta bakıcı gibi kadın sağlık mesleği mensuplarının muayene edilecek kadının yanında bulunabileceği belirtilmiştir.

CMK'nın 77. maddesini incelediğimizde kadının muayenesinin kadın bir hekim tarafından gerçekleştirilmesi noktasında kesin bir düzenlemenin olmadığını görmemiz mümkündür. "Olanaklar elverdiğinde" ibaresi ile bu durum esnetilmeye çalışılmıştır. Muayene edilecek kadının talebi halinde kadın hekim temin etmek

[233] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 457.
[234] Yücel, Sert, s. 143-144.

mümkün olmuyorsa bu noktada erkek bir hekim tarafından muayene gerçekleştirilecektir. Özellikle taşrada hekimin cinsiyeti noktasında bazen seçim şansı elde etmek mümkün olmayabilir. Kanun koyucu bu konuda kesin bir şart koymayarak işlemlerin aksamasını engellemeyi amaçlamıştır. Ancak kadın, olanaklar elverdiği ölçüde kadın hekim tarafından muayene edilmeyi talep hakkına ilişkin muayeneden önce açıkça aydınlatılmalıdır[235]. Olanaklar elvermediği takdirde kadının talebi olsa dahi erkek hekim tarafından yapılan muayene neticesinde temin edilecek deliller hukuka uygun kabul edilmelidir[236].

CMK'nın 77. maddesinde kadın hekim tarafından yapılacak işlemlerden yalnızca muayene ele alınmıştır. Örnek alma işlemleri açısından bu şekilde bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiştir. Bu haliyle hakkında örnek alma tedbiri uygulanacak kadın, bu işlemin olanaklar verdiği takdirde bir kadın hekim tarafından yapılmasını talep edemeyecektir. Kanunu koyucunun örnek alma işleminin kadınlar açısından muayeneye göre hayâ duygusunu daha az rencide edeceğini veya rencide etmeyeceğini düşündüğü anlaşılmaktadır[237].

Önceki bölümlerde şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin muayene işlemlerini, CMK'da farklı maddelerde düzenlenmeleri sebebiyle ayrı başlıklar altında ele almıştık. Ancak kadının muayenenin bir kadın hekim tarafından yapılmasını talep edebilmesi bakımından şüpheli, sanık veya mağdur konumunda bulunması bir fark yaratmamaktadır. Mağdur olan kadınının muayenenin kadın hekim tarafından yapılmasını talep hakkı olduğu gibi şüpheli ve sanık konumunda olan bir kadının da buna ilişkin talep hakkı vardır. Kovuşturma aşamasında katılan sıfatı taşıyan kadının da bu hususa ilişkin bir talep hakkının bulunduğunu kabul etmek gerekir. Yine önceki bölümlerde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin CMK'da düzenlenmeyip Yönetmelik ile ele alındığını belirtmiştik. Şüpheli ve sanık olan kadının dış beden muayenesi söz konusu olduğunda, böyle bir talep hakkı olduğuna ilişkin CMK'da düzenleme mevcut değildir. Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin düzenlendiği Yönetmelik'in 5. maddesinde de buna ilişkin bir düzenleme yoktur. Ancak bu konuda

[235] Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, "Ceza Muhakemesi Hukuku", s. 345.
[236] Aydın, s. 135.
[237] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 536.

CMK'nın 77. maddesinin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi için de uygulanabilirliği kabul edilmelidir[238].

Ayrıca kadının bir kadın hekim tarafından muayene olmayı talep hakkı sunulup "olanakların elverişliliği" ile bu hakkın sınırlanması yoluna gidilmesi eleştirilmiştir. Eğer kanun koyucu böyle bir hak tanıyorsa bunu hukuken koruma kapsamına almalıdır. Her ne kadar Yönetmelik'te kadın hekim olmasa dahi kadın bir sağlık mesleği mensubunun muayene esnasında hazır bulunabileceği düzenlense de; bu durumun kadının utanma duygusunun korumasını tam olarak sağladığı da söylenemez. Ayrıca bu düzenleme, erkek doktorlara güvenilmediği ve bu noktada peşin hükümle yaklaşılmasına sebep olduğu hususlarında da eleştirilmiştir[239].

Bu konu ile ilgili diğer bir önemli nokta ise; CMK'nın 77. maddesindeki hakkın yalnızca kadınlara özgülenmiş olmasıdır. Muayene olacak kişi bir erkek ise muayenesinin olanaklar elverdiği ölçüde bir erkek hekim tarafından yapılmasını talep edemeyecektir. Kanun koyucu burada karşı cins tarafından muayene edilme neticesinde erkeğin hayâ duygusunun incinmeyeceği ön kanısı ile hareket etmiştir. Hâlbuki bu durum kesin bir yargı olarak kabul edilmemelidir. Örneğin bir cinsel suçun mağduru kimi zaman erkek de olabilmektedir. Küçük yaşta erkek çocuklarının cinsel istismar suçunun mağduru olduğu birçok adli olay mevcuttur. Bu haliyle küçük yaşta bir erkek çocuk da cinsel muayeneye tabi tutulurken utanma duygusu yaşayabilir. Yine özellikle kırsal bölgelerde yetişen ve dini duyguları ağır basan erkek kişiler de bir bayan hekim tarafından muayene edilmekten rahatsız olabilirler. Bu durum kanun koyucu tarafından göz ardı edilmiştir. Cinsel muayene noktasında kadına böyle bir hak tanınmış olması muhakkak ki isabetlidir. Ancak kadın şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinde de kadın hekim talep etme hakkı olduğu düşünüldüğünde, hafif lezyon ve ekimozların mevcut olduğu ağır olmayan yaralamaların muayenelerinde dahi kadına bu hakkın tanındığını söylememiz mümkündür. Bir erkeğin cinsel muayenesinde bir erkek hekim tarafından muayene olmayı talep hakkı tanınmayıp, kadının çok basit yaralanmalarda dahi kadın hekime muayene talebi hakkı olması, orantılılık ilkesine de aykırı kabul edilmelidir. Bu haliyle CMK'nın 77. maddesinin yalnızca kadınlara özgü bir husus olarak düzenlenmesi doğru olmamıştır[240].

[238] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 65.
[239] Akbulut, s. 107.
[240] İpekçioğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", s. 33.

Anglo-Sakson hukuk sisteminde ise muayene olacak kişinin veya muayeneyi yapacak doktorun cinsiyetine ilişkin bir düzenleme yapılmamıştır. Önceki bölümlerde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun büyük ölçüde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu esas alınarak düzenlendiğini belirtmiştik. Bu hususta da özellikle Alman hukukundaki düzenlemeye göz atmakta fayda olacaktır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddesi: *"Bir kişinin bedeninin muayenesi, utanma duygusunu rencide edebilecek şekilde ise, muayene işlemi aynı cinsten bir kişi veya bir bayan veya bay hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek olan kişinin haklı menfaati bulunduğunda muayenenin belirli cinsiyetteki bir kişiye veya doktora yaptırılması konusundaki istemine uyulur. Muayene edilecek olan kişinin isteği üzerine, güvendiği herhangi bir kişinin muayene sırasında hazır bulunmasına izin verilir. Muayene edilecek olan kişiye bu fıkranın ikinci ve üçüncü cümledeki haklar hakkında bilgi verilir."* şeklindendir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki bu düzenleme değişiklik yapılmış haldir. Değişiklikten önce yalnızca kadına özgülenecek şekilde düzenlenmiş idi. Değişiklikle birlikte bu haklar, cinsiyet ayrımı gütmeden erkekler için de öngörülmüştür. Almanya'daki düzenlemede muayene olacak kişiye aynı cinsiyetten bir hekim tarafından muayeneyi talep etme hakkının bulunduğunu hatırlatılması zorunlu tutulmuştur. Bu noktada aydınlatma yükümlülüğünün şart koşulmasının kişi hak ve özürlüklerinin güvence kapsamını genişlettiği söylenebilir. Bizim mevzuatımızda ise aydınlatma yükümlülüğü ne CMK'da ne de Yönetmelik'te bir madde olarak yer almamıştır. Yine Alman hukukunda bizim hukukumuzun aksine yapılan değişiklikle cinsiyet ayrımı gözetmeden hem cinsine muayene olmayı talep hakkı getirilmiştir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki bu değişiklik sonradan fark edilmesi sebebiyle CMK'da yer edinmemiştir. Ancak sonradan bir kanun değişikliği ile bu durumun değiştirilmemesi bir eksiklik kabul edilmelidir. Yine Alman hukukunda kişinin talebi halinde güvendiği başkaca bir kişinin yanında bulunması uygun görülmüştür. Ancak bizim mevzuatımızda Yönetmelik'teki düzenleme, kadının yanında yalnızca bir bayan sağlık mesleği mensubunun bulunabileceğine ilişkindir. Aslında TBMM Genel Kurulu'na gelen kanun taslağında bu konuya ilişkin düzenleme aynı Alman hukukunda olduğu gibi idi. Ancak kadının yanında başkaca bir yakının bulunmasına ilişkin hüküm genel kurulca reddedilmiştir. Buna ilişkin boşluk ise Yönetmelik'in 11/2. maddesi ile doldurulmaya çalışılmıştır. Ancak yönetmelikler kanuni düzenlemelerinin nasıl uygulanacağı noktasında yol gösterici olan düzenlemelerdir. Bu konuda kanunda olmayan bir düzenlemenin yönetmelikle ortaya

konulması kanunilik ilkesinin ihlali olarak nitelendirilmelidir. Ancak Yönetmelik'in 11/2. maddesinin toplumsal gerçekliğe ve CMK'nın sistematiğine aykırı olmadığını söylemek doğru olacaktır. Kadının muayenesi esnasında başkaca bir kadın hemşire veya sağlık görevlisinin bulundurulması, hem muayene edilecek kadının kendisini daha rahat hissetmesini sağlayabilecek hem de doktorun muhtemel haksız ithamlar ile karşı karşıya kalmasının önüne geçilmiş olacaktır[241]. Fakat yine de bu durum, bu hususların her iki cins açısından CMK ile düzenlenmesi gerekliliğini ortadan kaldırmamaktadır.

B) Cinsel Organlar ve Anüste Yapılacak Muayene

Genital muayene, kişinin bedeni üzerinde gerçekleştirilen bir işlem olduğu için kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşımaktadır. Aslında çalışmamızın başlarında yaptığımız açıklamalarda muayene ve örnek alma işlemlerinin tamamının kişilik haklarına müdahale niteliği taşıdığını belirtmiştik. Ancak kanun koyucu CMK'nın 75/4. maddesinde; *"Cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi sayılır"* şeklinde düzenleme getirmiştir. İç beden muayenesi, dış beden muayenesine göre daha sıkı şartlara bağlanmıştır. Burada genital muayene de iç beden muayenesi şartlarına tabi tutularak uygulanmış olacaktır. Kanun koyucu bu şekilde genital muayeneyi ayrıca bir hüküm fıkrası ile ele alarak bu hususa ayrı bir önem atfetmiş ve uygulanmasını denetim altına almaya çalışmıştır.

Her ne kadar çalışmamız ceza muhakemesi hukukuna ilişkin bir çalışma olsa da; genital muayene yalnızca hukuki açıdan değerlendirilmemelidir. Bu hususun sosyolojik ve psikolojik açılardan da göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu konu önceki dönemlerde kimi zaman sosyal sorunlara da sebebiyet vermiştir. Bu sebeple hekimler açısından da özellik arz eden bir muayene türü olarak karşımıza çıkmaktadır[242].

Genital muayene denilince toplumumuzda öncelikle kızlık zarı muayenesi akla gelmektedir. Önceki dönemlerde aileler çocuklarının evden uzak kalmalarının akabinde çocuklarını kızlık zarı muayenesine götürmekteydi. Olumsuz bir durumda ise ailelerin çocuklarını öldürmesine kadar iş uzayabilmekte idi. Maalesef tüm bu

[241] Kızılarslan, s. 273-277.
[242] Ahsen Kaya, Beytullah Karadayı, Özlem Kolusayın Ozar, Abdi Özaslan, "Adli Tıp Hekimlerinin Genital Muayene Olgularına Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi", ***Türk Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi***, C.9, S.1, 2009, s. 8.

hususlar çocukların intihar etmeleri ile de sonuçlanabiliyordu. Bu ve benzeri birçok durumun gazetelerde haber oldukları da vakidir. Yatılı olarak eğitim gören çocukların, barındıkları kurumun yetkililerin tarafından da bir dönem benzer uygulamalar söz konusu olmuştur. Bu ve benzeri durumlar hem toplum vicdanı hem de tıp etiği açısından uygun yaklaşımlar değildir. Bu tarz muayeneler kişi üzerinde olumsuz psikolojik etkiler meydana getirmektedir. İnsan hakları açısından da olumsuz eleştirilen bu uygulamalar, kişinin topluma tekrardan adapte olmasına ve öz güvenini yenilemesine engel olmaktadır. Ayrıca o dönemde genital muayene hususunun TCK'da açıkça ve ayrıntılı düzenlenmemesi sebebiyle bu kişilere herhangi bir cezai yaptırım uygulanmadığını belirtmek gerekir[243].

Toplumsal açıdan problemlere neden olan bu uygulamaların akabinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda buna ilişkin özel bir düzenleme getirilmesi yerinde olmuştur. Adli konularda cinsel bölgelerin muayeneleri gerçekleştirilirken dikkat edilmesi gereken bazı hususlar vardır. Öncelikle cinsel suçlarda mağdurun bedeninden elde edilebilecek delil niteliğindeki sıvıların toplanmasında acele edilmelidir. Çünkü sıvıların özelliğini yitirerek delil niteliğini kaybetme olasılığı yüksektir. Cinsel bölgelerin muayenesi, hayâ duygusunun çok daha ön plana çıktığı bir muayene türüdür. Bu sebeple kişinin hayâ duygusunu fazla rencide edilmesinin önüne geçmek adına kişi muayene ile ilgili bilgilendirilmeli, kendini rahat hissetmesi için talebi halinde yanında güveneceği birinin bulundurulmasına özen gösterilmelidir. Makamlar arasındaki koordinasyon eksiklikleri sebebiyle bazı durumlarda kişinin tekrar tekrar muayeneye getirildiği de olmuştur. Muayeneyi yapacak doktor, muayene öncesinde tedbir uygulanacak kişi ile güven esasına dayalı bir ilişki kurmalıdır. Muayenede cinsel birleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediği, gerçekleşti ise bunun hangi zaman aralığında olmuş olabileceği tespit edilmelidir. Tabi bu hususlarda daha doğru belirlemeler yapabilmek için muayenenin cinsel saldırı iddiasından sonra en kısa sürede gerçekleştirilmesi önemlidir. Genital bölgelerdeki bulguların yanında vücutta bulunan diğer izler de ayrıntılı şekilde rapora eklenmelidir. Vücudun diğer bölgelerindeki bulgular, olayın gelişim şekli ile ilgili bilgi verebilmektedir. Bu noktada cinsel saldırı olayının gerçekleştiği iddia edilen yer, zamanı, kıyafetlerinin durumu da

[243] İbrahim Dülger, "Genital Muayene Suçu (TCK 287)", ***Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2008, s. 45.

ayrıca önem arz etmektedir. Muayene sonunda muhakkak suretle swap alınması unutulmamalıdır[244].

Önceki bölümlerde diğer kişilerin iç beden muayenesi konusunu açıklarken şayet mağdurun rızası var ise karara gerek olmadığını açıklamıştık. Bunun mefhum-u muhalifinden eğer mağdurun rızası yok ise hâkimden karar almak suretiyle işlemin gerçekleştirilebileceği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla iç beden muayenesi sayılan mağdurun cinsel muayenesinin rızası olmasa dahi hâkim kararıyla yapılması mümkün olacaktır. Tedbirin uygulanmasında rızaya ilişkin değerlendirmeleri nemo tenetur ilkesi açısından yaptığımız açıklamalarda ayrıntılı şekilde ele almıştık. Ancak cinsel bölgelerin muayenesi daha hassas bir muayene türü olduğu için mağdurun rızası olmasa dahi bu muayenenin hâkim kararıyla gerçekleştirilebilecek olması eleştirilmiştir. Buna göre; cinsel saldırı eylemi neticesinde zaten fazlaca mağdur olan kişinin rızası dışında cinsel muayenesinin yaptırılmasının, olayın kişi üzerindeki olumsuz etkilerini daha da arttıracağı ileri sürülmüştür.[245] Mağdurun cinsel muayenesi neticesinde delil elde edilmesi ve olayın aydınlatılıp faillerin ceza almasında hem mağdurun hem de kamunun menfaati söz konusudur. Bu suretle mağdurun rızası dışında cinsel muayenesinin yaptırılmasının yasak olmasının kabulü halinde; mağdur kişi elde edeceği menfaatin ortaya çıkmayacak olmasına katlanmak zorundadır[246].

Konu ile ilgili diğer önemli bir husus; cinsel organlara girişimsel bir yöntem uygulanmadan ve temas olmadan yalnızca bakılarak yapılacak bir muayenenin hangi kapsamda kalacağı ile ilgilidir. Yönetmelik'in 3. maddesine göre: *"Dış beden muayenesi: Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî incelemesini"* ifade etmektedir. Buna göre yalnızca göz ile yapılacak cinsel muayene dış beden muayenesi gibi algılanabilecektir. Ancak CMK'daki düzenlemeye tekrar göz attığımızda; cinsel bölgeler ve anüste yapılacak muayenenin iç beden muayenesi sayılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu durumda; kişinin kıyafetlerinin soyularak cinsel bölgelerine bakılması suretiyle gerçekleşecek bir muayene, iç beden muayenesi hükümlerine tabi olacaktır. Aksi takdirde hem elde

[244] Ercüment AKSOY; ***Cinsel Saldırıların Muayenesi***, https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/5.html, Erişim Tarihi: 26/04/2020
[245] İpekçioğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma" s. 31.
[246] İpekçioğlu, "Anayasaya Uygunluğu", s. 1172.

edilecek verilerin hukuka uygunluğu tartışma konusu olacak hem de kişilik haklarının korunmasının kapsamı daralmış olacaktır[247].

İlk bölümlerde CMUK döneminde muayene işlemelerinin kişilik haklarının korunmasının kapsamını daraltacak şekilde yetersiz düzenlendiğini açıklamıştık. Bu durum genital muayene bakımından konunun başında açıkladığımız şekilde toplumsal ve psikolojik sorunlara yol açmasının yanında; hukuki yönden AİHM kararlarına da olumsuz olarak yansımıştır. Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye kararında; cinsel saldırıya ilişkin bir iddia olmamasına rağmen kişilerin bekâret kontrolünün yaptırılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine aykırı bulmuştur[248].

Bu konuya ilişkin diğer bir karar da Juhnke/Türkiye davasına ilişkindir. Davanın konusu; 15 Ekim 1997 tarihinde Hakkâri-Şemdinli'nin Ayranlı ve Meşelik bölgeleri arasındaki bir mağarada yakalanan şahsın rızası olmadan jinekolojik muayeneye alındığına ilişkindir. Bu davada AİHM; kişiye özgür ve bilgilendirilmiş rızası olmadan yapılan jinekolojik muayenenin "kanuna uygun" veya "demokratik toplumda zorunlu" olduğunun kanıtlanmış olmadığını tespit etmiş ve rıza olmadan gerçekleşen genital muayenenin AİHS'in 8. maddesi ile koruma altına alınan hakları ihlal ettiği kanaatine varmıştır[249].

---

[247] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 210.

[248] *"...Başvurucular, cinsel taciz iddialarının sonrasında göz altılarının başında "bekâret muayenesinden" geçirilmişlerdir. Buna karşın Hükümet başvuruculaların yazılı onayına dair herhangi bir delil sunmamıştır. Her halükarda, başvuruculaların onay vermiş olduğunun farz edilmesi halinde bile, Mahkeme başvuruculaların "bekâret muayenesi" yapıldığı sırada cinsel saldırı hususunda henüz bir şikâyetlerinin olmaması nedeniyle herhangi bir tıbbi veya hukuki zaruretin mahremiyeti ihlal eden böylesi bir muayeneyi meşrulaştırmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla bu muayeneler bizzat kendi içlerinde ayrımcı ve alçaltıcı muamele olarak telakki edebilir..."* ***AİHM'in 17/03/2009 tarihli Salmanoğlu ve Polattaş/Türkiye Kararı***

[249] *"...Hükümet'in tutulu bulundurulan kimselere jinekolojik muayene yapılmasına yönelik atıfta bulunduğu tek gerekçe, güvenlik güçlerini asılsız cinsel saldırı suçlamalarından korumaktır. Ülke olarak bu, meşru bir amaç olarak değerlendirilse bile, AĐHM, mevcut davada, gerçekleştirilen muayenenin böyle bir amaçla orantılı olduğu sonucuna varamaz. Yetkili makamların şikâyete ilişkin tam ve etkili bir soruşturma yükümlülüğü, bir kadın tutuklunun cinsel saldırı şikâyetinde bulunup jinekolojik muayene talebinde bulunması durumda, muayenenin en kısa zamanda gerçekleştirilmesi görevini içerir (örneğin bkz. Aydın - Türkiye), tutuklu arzusu dışında böyle bir muayeneden geçmeye zorlanamaz, bu amaçla baskı altında tutulamaz. Yukarıda kaydedildiği üzere, bu davada başvuran kendisini tutuklayan kimselere karşı cinsel saldırı şikâyetinde bulunmamış, jinekolojik muayene talebinde bulunmamıştır. Bulunacağı işaretinin veren hiçbir gerekçe ileri sürülmemiştir. AİHM'ye göre, jandarmanın asılsız suçlamalara karşı korunması, her hâlükârda, bir tutuklunun fiziksel bütünlüğüne yapılan böylesi zorla ve ciddi bir müdahaleye maruz kalmayı reddetmesinin görmezden gelinmesini veya bu davada tutukluyu böyle bir muayeneye itirazını ifade etmekten vazgeçirilmeye ikna edilmesini haklı çıkaramaz.",* ***AİHM'in 13/05/2008 Tarihli Juhnke/Türkiye Kararı***

Diğer bir davada ise AİHM, kişinin birden fazla jinekolojik muayeneye götürülmesinin AİHS'in 3. maddesi kapsamında bir ihlal niteliğinde olmadığını belirtmiştir[250].

Bu konuda ayrıca TCK'nın 287. maddesi de önem arz etmektedir. Bu madde: *"Yetkili hâkim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* şeklindedir. Kanun koyucu bu düzenleme ile kişilerin cinsel muayenelerinin yapılmasına sınırlama getirmiştir. Bu suretle toplumsal kaygılar sebebiyle bekâret kontrolü yaptırılmasının da önüne geçilmiştir. Doktorlar da bekâret muayenesi için gelen kişilere yetkili makamların kararı olup olmadığını soracaklar, eğer karar yoksa muayeneyi gerçekleştirmeyeceklerdir. Aksi takdirde genital muayeneyi yapan sıfatı ile doktor da soruşturma geçirecektir. Hâkim veya savcı kararının hukuka uygun olmadığı durumlarda yapılan muayeneler konusunda da kasıt olup olmadığına bakılacaktır. Eğer iç beden muayenesinin şartlarının gerçekleştiği zannedilerek bu şekilde bir yanılgıya düşülmüş ise burada bir kasıt olmadığı kabul edilmelidir. Bu durum hâkim veya savcının o anlık hukuki kanaati ile ilgilidir. Suçun taksirli hali düzenlenmemiş olduğundan hâkim veya savcı bu hususta TCK'nın 287. maddesi kapsamında sorumlu tutulamayacaktır[251].

Kanaatimizce; toplumsal, psikolojik ve hukuki açıdan problemlere yol açan cinsel bölgelerin muayenesinin CMK'da iç beden muayenesi şartlarına tabi tutularak sıkı koşullara bağlanması ve bu durumun TCK'nın 287. maddesi ile desteklenmesi hem ülkemizin uluslararası hukuki sorumluğunun doğmaması açısından hem de toplum sağlığı ve psikolojisi açısından isabetli olmuştur.

C) Çocuğun Soybağının Araştırılması Durumu

---

[250] Cengiz, Demirağ, Ergül, McBride, Tezcan, s.81; *"...AİHM, jinekolojik muayene için hastaneye götürülmüş olmanın, başvurana sıkıntı vermiş olabileceğini kaydeder. Ancak, AİHM içtihadında kabul edildiği gibi (bkz. mutatis mutandis, Y.F. – Türkiye, no. 24209/94, § 43, AİHM 2003-IX), tutukluların adli tabip tarafından tıbbi muayeneye tabi tutulmaları, cinsel taciz veya kötü muameleye ilişkin haksız suçlamalara karşı önemli bir koruma oluşturabilir. Ayrıca, başvuran jinekolojik muayeneden geçmeyi reddettiğinde, ona karşı kuvvet kullanılmadığı ve doktorların söz konusu muayeneyi yapmaktan kaçındıkları açıktır. Yukarıda belirtilenlerin karşısında, AİHM, başvuranın gözaltının ilk ve son günlerinde jinekolojik muayene için hastaneye götürüldüğü gerçeğinin, AİHS'nin 3. maddesinin anlamında onur kırıcı muameleye varan asgari düzeyde şiddet içermediğini değerlendirir. AİHM, başvurunun bu kısmının, AİHS'nin 35 §§ 3 ve 4. maddesinin anlamı dâhilinde açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerektiğine karar verir."*, ***AİHM'in 02/03/2006 Tarihli Devrim Turan/Türkiye Kararı***

[251] Nuhoğlu, "Genital Muayene Suçu", s.2993

Soybağı; bir kişinin hangi soydan geldiğine ilişkin bir silsileyi ifade etmektedir. Yalnızca bizim hukuk sistemimizde değil, başkaca hukuk sistemlerinde de soy bağı özel bir önem arz etmektedir. Bir kimsenin soybağının gerçek olup olmadığı hususu bütün hukuk sistemlerini yakından ilgilendirmiştir. Türk Medeni Kanunu'nda soybağına ilişkin davalar ele alınmıştır. Hukuk davaları neticesinde gerekli genetik incelemeler yaptırılarak soybağının tespit edilmesi mümkün olmaktadır[252].

CMK'da çocuğun soybağına ilişkin bir hükmün ayrıca düzenlenmiş olması, hukuki boyutunun yanında bu konunun toplumsal açıdan da ayrı bir öneme sahip olduğunun bir göstergesidir. Çocuğun soybağına ilişkin araştırmanın neticesi çocuk üzerinde hem hukuki yönden hem de psikolojik açıdan etkiler gösterebilir. Ayrıca ailesi açısından da önem arz ettiğini söylemek mümkündür.[253]

CMK'nın 76/3. maddesi: *"Çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gerekir."* şeklindedir. Yönetmelik'in "soybağının araştırılması" başlıklı 9. maddesi de: *"Çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması hâlinde, bu araştırmanın yapılabilmesi için, bu Yönetmeliğin 7 ve 8 nci maddeleri hükümlerine göre karar alınması gereklidir."* şeklinde düzenlenmiştir. Önceki bölümlerde de ele aldığımız şekilde, soybağı tespit edilecek çocuk CMK'nın 76. maddesinde açıkça diğer kişiler kapsamında kabul edilmiştir. Buna göre; bir ceza muhakemesinde çocuğun soybağının araştırılması için hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı gerekecektir. Bu noktada açık hüküm gereği CMK'nın 76/1. maddesindeki karar alma usulü uygulanmak zorundadır[254].

Ayrıca CMK'nın 75 ve 76. maddeleri yürürlüğe girmeden önce bazı değişikliklerin gerçekleştiğini söylemiştik. Çocuğun soybağının araştırılmasına ilişkin CMK'nın 76/3. maddesinin tasarıdaki hali ile bir değişikliğe uğramadan yürürlüğe girdiğini belirtmekte fayda olacaktır[255].

Ceza muhakemesinde soybağının tespiti cinsel suçlar açısından büyük önem arz etmektedir. Cinsel saldırı neticesinde olayın mağduru olan kadın hamile kalmış

---

[252] Murat Uyumaz, ***Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler***, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014, s.1
[253] Sühely Donay, ***Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku***, Beta Yayınları, İstanbul, 2015, s. 141.
[254] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 456-457.
[255] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 243.

olabilir. Yürütülen muhakemede de üzerine suç atılı bulunan şahıs hakkında yeterli delil elde edilmemiş ise bu noktada CMK'nın 76/3. maddesi devreye girecektir. Hamile kalınan çocuktan örnekler alınacak, buna ilişkin gerekli tetkikler neticesinde karşılaştırmalar yapılarak çocuğun şüpheli şahıstan olup olmadığı tespit edilebilecektir. Yalnızca anne karnındaki değil doğumu gerçekleşmiş çocuklar açısından da soybağının tespiti gerçekleştirilebilecektir[256].

Ancak örnek almada rızaya ilişkin önemli bir husus gözden kaçırılmamalıdır. CMK'nın 76/2. maddesinde; mağdurun rızası halinde örnek alma ve muayeneye ilişkin işlemlerde hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı gerekmeden bu işlemlerin uygulanabileceği belirtilmişti. Burada dikkat edilmesi gereken husus cinsel saldırı suçunun mağdurunun çocuk olmadığıdır. Bu noktada mağdur çocuğun annesidir. Annesi hakkında tedbir uygulanırken rızası halinde karar alınmasına gerek yoktur. Ancak soybağı tespit edilecek çocuk bu kapsamda olmayıp karar alınması gereklidir[257].

Soybağı hakkında araştırma yapılacak çocuktan alınan örnekler ile şüpheliden alınacak örneklerin karşılaştırılmasında moleküler genetik incelemeye ilişkin usul ve esaslar uygulanacaktır.[258] Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının benzer nitelikli koruma tedbirleri ile karşılaştırılması bölümünde moleküler genetik incelemeyi ayrıntılı şekilde inceleyeceğimizden bu başlıkta bahsetmeyeceğiz. Ancak soybağının tespitine ilişkin örnek alınması işleminin, moleküler genetik inceleme tedbirinin muayene ve örnek alma tedbirinin tamamlayıcısı olma özelliği göstermesi noktasında güzel bir örnek olduğunu söyleyebiliriz.

Ayrıca soybağının tespitine ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda da hüküm bulunmaktadır. HMK'nın 292/1. maddesi: *"Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddede ilk dikkatimizi çeken husus, kişinin soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku örneği alınmasına katlanmak zorunda

[256] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 64.
[257] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 245.
[258] Donay, s. 142.

olmasıdır[259]. Ceza muhakemesinde kişinin tedbire rızasının bulunmadığı durumlarda Yönetmelik'in 18. maddesinde; *"ilgili Cumhuriyet başsavcılığınca gerekli önlemlerin alınacağı"* belirtilmişken; HMK'da *"hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir"* şeklinde bu husus daha net ifade edilmiştir. Sağlık yönünden bir tehlike oluşturmaması şartı ceza muhakemesindeki muayene ve örnek alma işlemleri ile benzerlik göstermektedir. Yine CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme hallerinin mevcut olduğu durumlarda muayene ve örnek alma işlemlerinden kaçınılabileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak HMK'nın 292/2. maddesinde: *"Üçüncü kişi tanıklıktan çekinme hakkı bulunduğunu ileri sürerek bu yükümlülükten kaçınamaz."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Hukuk mahkemesinde soybağının tespitine ilişkin yapılan inceleme neticesinde elde edilen delillerin ceza yargılamasında kullanılıp kullanılamayacağı da önem arz etmektedir. CMK'nın 217/2. maddesi: *"Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Kanaatimizce; hukuk davasında soybağının tespiti neticesinde usulüne uygun şekilde elde edilen delillerin ceza yargılamasında da kullanılması mümkündür.

D) Tanıklıktan Çekinme Bakımından

CMK'nın 76/4. maddesinde diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında tanıklıktan çekinme hususu düzenlenmiştir. Bu madde: *"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."* şeklindedir.

Aynı husus Yönetmelik'in 10. maddesinde: *"Tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabilir.*

Tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır.

[259] Özlem Tüzüner, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.62, S.4, 2016, s. 1143.

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." şeklinde ele alınmıştır.

CMK'ya göre tanıklık yapmak zorunludur. Ancak muhakemenin gelişimi ve hukukun genel ilkeleri uyarınca bazı durumlarda kişi tanıklık yapmaya zorlanamayacaktır. Bu husus; *"kimsenin kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayıcı beyanlarda bulunamaya zorlanamayacağı"* 'nın ele alındığı Anayasanın 38. maddesi ile ilgilidir. Bu şekilde kanun koyucu Anayasaya da uygun olacak şekilde kişinin muayenesi ve vücudundan örnek alınması neticesinde yakınlarının ve kendisinin zarar görme ihtimalini ortadan kaldırmayı amaçlamıştır[260].

Yönetmelik'te tanıklıktan çekinme sebepleri ile ilgili CMK'nın ilgili hükümlerine bir atıf söz konusudur. Bu noktada karşımıza CMK'nın 45. maddesi çıkmaktadır. Bu madde: *"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 altsoyu. d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dâhil kan veya ikinci derece dâhil kayın hısımları. e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar."* şeklindedir. Ayrıca CMK'nın 46. maddesinde; *"meslek ve süreli uğraşıları sebebiyle tanıklıktan çekinebilecek olanlar"* ele alınmıştır. Burada tanıklıktan çekinme hakkı olanların CMK'da açıkça sayıldığını görmemiz mümkündür. Bu haliyle sayılanlar haricinde başkaca kişiler çekinme hakkını kullanamayacaktır. Bu hükmün, sınırlı sayıda olma ilkesinin yansıması olduğunu söylememiz mümkündür[261].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından önem arz eden bir husus da mağdurun tanıklıktan çekinmeyi ileri sürerek muayene ve örnek almadan kaçınıp kaçınamayacağıdır. Tanık, soruşturma veya kovuşturma dosyasının

[260] Ünver, Hakeri, s. 245; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 538; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 455.
[261] Nevzat Toroslu, Metin Feyzioğlu, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2018, s. 213-214.

tarafları dışında olay ile ilgili bilgi ve görgü sahibi olan kişidir. Aynı şüpheli ve sanık gibi mağdur da soruşturma veya kovuşturma konusu olayda taraf konumundadır. Bu haliyle bizzat olaya dâhil olup süje konumunda bulunan mağdurun, tanıklıktan çekinme sebeplerini ileri sürerek muayene ve örnek almadan kaçınamayacağı kabul edilmelidir[262].

CMK'nın 45/3. maddesindeki; *"Tanıklıktan çekinebilecek olan kimselere, dinlenmeden önce tanıklıktan çekinebilecekleri bildirilir. Bu kimseler, dinlenirken de her zaman tanıklıktan çekinebilirler."* şeklindeki hüküm de önem arz etmektedir. Buna göre; mağdur haricindeki diğer kişiler hakkında uygulanacak muayene ve örnek alma işlemleri ile ilgili CMK'nın 45/1. maddesinde sayılan kişilere tanıklıktan çekinme hakkı hatırlatılmalıdır. Eğer bu durum göz önünde bulundurulmaz ise elde edilen verilerin hükme esas alınamaması gibi bir durumla karşılaşılabilir[263].

Çocuk veya akıl hastası olan bir kişinin kanuni temsilcisi, aynı dosya kapsamında şüpheli veya sanık olarak bulunuyorsa bu durumda hâkimin kararı belirleyici olacaktır. Yani bu durumda hâkime bir takdir hakkı tanınmıştır. Akıl hastası veya çocuk, eğer tanıklığa ilişkin durumun hukuki mahiyetini kavrayacak düzeyde ise ve tanıklığın neticesinde ortaya çıkabilecek sonuçları öngörebiliyorsa bu durumda hâkim tarafından görüşüne başvurulacaktır[264]. Ancak çocuk ve akıl sağlığı yerinde olmayanın bu konudaki görüşü ile hâkim bağlı olmayacaktır[265].

Çocuk ve akıl hastasının tanıklıktan çekinmesine ilişkin hüküm değerlendirildiğinde; kanuni temsilciye burada bir takdir hakkı verildiğini görmemiz mümkündür. Bu noktada kanuni temsilci yürütülen bir muhakemede akıl hastası veya çocuğun muayene ve örnek verme yolu ile olayın aydınlatılmasına katkı sağlamasına

---

[262] Özen, s. 366.

[263] *"...Sanığın halası olan ve kendisini ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte sorulara yanıt vermekten çekinme hakkı bulunan ve ifadesi hükme esas alınan tanık G.. G.." e tanıklıktan ve yeminden çekinme hakkı bulunduğunun önceden Açıklanıp bildirilmemesi suretiyle 5271 sayılı CMK' nun 45/1-d-3, 48 ve 51. Maddelerine aykırı davranılması, Kabule göre de; Hüküm tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesinin 13/5. maddesi gereğince beraat eden ve kendisini vekil ile temsil ettiren sanık yararına hazine aleyhine maktu avukatlık ücretine hükmedilmesi gerektiğinin gözetilmemesi, Bozmayı gerektirmiş, sanık müdafii ve katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi BOZULMASINA, 22.09.2011 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."*, ***Yargıtay 2. Ceza Dairesinin 22/09/2011 Tarihli 2009/56695 Esas, 2009/5695 Sayılı Kararı***

[264] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 455.

[265] Soyaslan, s. 274.

izin verebilecektir. Ayrıca kanuni temsilcinin onay vermesi halinde muayene ve örnek alma neticesinde elde edilecek veriler aleyhe de kullanılabilecektir[266].

Çalışmamızın ilk bölümde nemo tenetur ilkesini ele alırken; şüpheli ve sanıktan rızası dışında örnek alınması ve muayenelerinin yaptırılması hususlarının Anayasanın 38. maddesi ışığında değerlendirmiştik. CMK'nın 76/4. maddesinde tanıklıktan çekinme hakkına sahip olabilecek (mağdur, şüpheli ve sanık haricindeki) diğer kişilere ilişkin daha özel bir düzenleme karşımıza çıkmaktadır. Kanaatimizce; Anayasal düzeyde mevzuatımızda kendisine yer bulan kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamaması hususunun, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin tanıklıktan çekinme bakımından CMK'da açıkça düzenlenmesi isabetli olmuştur. Yönetmelik'in 10. maddesinde tanıklıktan çekinme sebeplerine ilişkin CMK'nın ilgili maddelerine yollama yapılması, CMK'daki bu hususa ilişkin boşluğu doldurmuştur. Bu haliyle CMK'nın 76/4. ve Yönetmelik'in 10. maddelerinin CMK sistematiği ile uyumlu olduğu söylenebilir.

E) Özel Kanunlardaki Alkol Muayenesine ve Kan Örneği Alınmasına İlişkin Hükümler

CMK'nın 75/7. maddesinde alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin özel bir düzenleme mevcuttur. Bu hüküm: *"Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır."* şeklindedir. Bu hüküm fıkrası incelendiğinde özel kanunlar ile hangi kanunlardaki düzenlemelerin kastedildiğinin açıkça belirtilmediği görülmektedir. Bu düzenleme; Karayolları Trafik Kanunu 48/2. ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddelerini işaret etmektedir[267].

Önceki bölümlerde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanma koşullarını incelerken bazı durumlarda bu işlemlerin uygulanmasına sınırlamalar getirildiğini açıklamıştık. Üst sınırı iki yıldan daha az olan suçlarda şüpheli ve sanıktan örnek alma işlemlerinin yapılamaması bu sınırlamalardan biri idi. Ancak konumuz olan koruma tedbirinin bazı durumlarda daha sık uygulanması ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Bu sınırlamaların da bu noktada bazı problemler

[266] Soyaslan, s. 274.
[267] Özge Apiş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.18, S.1, 2012, s. 286; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akçan, Tütüncü, Özaydın, s. 361.

doğuracağı ortadadır. CMK'nın 75/7. maddesindeki düzenleme de bu tarz problemlerin önüne geçilmesi amacı gütmektedir[268].

Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nda kolluk görevlilerin hangi durumlarda yakalama yapacağı düzenlenmiştir. Yakalanan kişilerden alkol almış ve uyuşturucu madde kullanmış olanların durumu doktor raporu ile tespit edilecektir[269].

KTK'nın 48. maddesindeki konumuz ile ilgili kısımlar: *"...Uyuşturucu veya uyarıcı maddeleri almış olan sürücüler ile alkollü olan sürücülerin karayolunda araç sürmeleri yasaktır. Uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılıp kullanılmadığı ya da alkolün kandaki miktarını tespit amacıyla, kollukça teknik cihazlar kullanılır. Kişinin yaralanmalı veya ölümlü ya da kollukça müdahil olunan maddi hasarlı trafik kazasına karışması hâlinde, ikinci fıkrada belirtilen muayeneye tabi tutulması zorunludur. Teknik cihaz ile yapılan ölçüme itiraz eden veya bu cihaz ile ölçüm yapılmasına müsaade etmeyen bu sürücüler, en yakın adli tıp kurumuna veya adli tabipliğe veya Sağlık Bakanlığına bağlı sağlık kuruluşlarına götürülerek uyuşturucu veya uyarıcı madde ya da alkol tespitinde kullanılmak üzere vücutlarından kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır. Bu işlem bakımından 4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 75 inci maddesi hükümleri, beşinci fıkrası hariç olmak üzere uygulanır. Trafik kazası sonucunda kişinin ölmesi veya teknik cihaza üfleyemeyecek kadar yaralanmış olması hâlinde, üçüncü fıkra hükümlerine göre bu kişilerden kan, tükürük veya idrar gibi örnekler alınır..."* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ayrıca aynı maddede bazı idari yaptırımlara ilişkin usul ve esaslar da düzenlenmiştir.

Yine aynı kanun maddesinin devamında TCK'nın 179. maddesine bir atıf[270] söz konusudur. Buna göre; alkollü olarak araç sevk ve idare edenlerin vücutlarında alkol tespit edilmesi halinde TCK'nın 179/3. maddesi uyarınca adli işlem yapılacaktır.

Alkol ve uyuşturucu madde etkisinde araç kullanan sürücülerden kan alınması hususunun bir zorlamayı da içinde barındırdığı açıktır. Bazı durumlarda alkol etkisi altında olan kişiler örnek vermeme noktasında ısrarcı olabilmektedirler. Bu noktada

[268] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 453.
[269] Centel, Zafer, s. 310.
[270] TCK 179/3: *"Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."*

işlemi gerçekleştirecek olan kolluk görevlilerinin hangi oranda zorlama uygulayabileceği sorusu akla gelmektedir. Bu konuya ilişkin KTK'da herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu hususta ilk bölümde de ele aldığımız orantılılık ilkesi esas alınarak işlemin uygulanması yoluna gidilmelidir. Ancak bir kanun maddesinde bir uygulama ele alındıysa yine aynı kanunda buna ilişkin sınırlamaların ne derecede ve hangi koşullarda olacağı da düzenlenmelidir. Bu hususta KTK'da açıkça bir düzenlemeye yer verilmesi doğru olurdu[271].

Trafikte alkol veya uyuşturucu madde etkisi altında araç sevk ve idaresi birçok trafik kazasına sebebiyet vermektedir. Rutin trafik uygulamalarında ve yaralamalı veya ölümlü trafik kazalarında alkol ve uyuşturucu madde tespiti için hâkim veya savcının kararının şart konulması, şüphesiz ki uygulamada aksaklıklara sebebiyet verecektir. Kanaatimizce; CMK'nın 75/7. maddesinde özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan alınmasına ilişkin hükümler açısından istisna getirilmesi yerinde bir düzenleme olmuştur. Kolluğun sıklıkla yaptığı rutin kontrollerin aksamaması ve sürücülerdeki uyuşturucu madde ve alkol tespitinin kolaylaştırılması, tüm vatandaşlar açısından hem kaza oranlarının düşmesine olumlu yönde etki edecek hem de trafik güvenliğinin daha etkin bir şekilde temin edilmesine katkı sağlayacaktır.

III) BENZER NİTELİKLİ KORUMA TEDBİRLERİ İLE KARŞILAŞTIRILMASI

A) Arama ile Karşılaştırılması

İlk bölümde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının bir koruma tedbiri özelliği gösterdiğini açıklamıştık. Konumuz olan koruma tedbiri haricinde başkaca koruma tedbirlerinin de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlendiğini belirtmiştik. Bu koruma tedbirlerinin hepsi farklı maddelerde düzenlenmiş olmakla birlikte birbirlerine benzeyen yönleri de mevcuttur. Bu benzerlik ve farklılıkların ortaya konmasının, konumuz olan tedbirin ayırt edici yönlerinin ön plana çıkarılmasına ve özelliklerinin daha iyi kavranmasına katkı sağlayacağı kanaatindeyiz. Bu başlık altında ilk olarak arama ile beden muayenesini karşılaştıracağız.

[271] Ünver, Hakeri, s. 276-277.

Arama koruma tedbiri de kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıdığından CMK ile düzenlenmesi yerinde olmuştur[272]. Dış beden muayenesi CMK ile düzenlenmediğinden Yönetmelik'in ilgili maddeleri uyarınca bu boşluğun doldurulmaya çalışıldığını belirtmiştik. Ancak dış beden muayenesinin CMK'da açıkça düzenlenmemesi sebebiyle arama ile benzer yönleri de mevcut olduğundan aramaya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla dış beden muayenesi açısından uygulanması gerektiğini öne sürenler olmuştur[273]. Dış beden muayenesinin Yönetmelik ile düzenlenmiş olması sebebiyle aramaya ilişkin hükümlerin uygulanmaması gerektiği de savunulmuştur[274].

Aramaya ilişkin hükümler CMK'nın 116. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Arama tedbirinin de konumuz olan tedbirde olduğu gibi delil elde etmek amacıyla gerçekleştirildiğini söylememiz mümkündür. CMK'nın 116/1. maddesinde: *"Yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın üstü, eşyası, konutu, işyeri veya ona ait diğer yerler aranabilir."* şeklindeki hüküm bu hususa örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hem şüpheli ve sanık hem de diğer kişiler için mümkündür. Aramada da benzer bir düzenleme mevcuttur. CMK'nın 117. maddesi uyarınca yalnızca şüpheli ve sanığın değil; diğer kişilerin üstü, eşyası, konutu, iş yeri ve ona ait diğer yerlerde arama yapılabilecektir.

Ancak bazı noktalarda farklılıklar da gözümüze çarpmaktadır. İlk olarak; arama ile beden muayenesinde tedbire karar verecek makam bakımından farklılık söz konusudur. Aramada, şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasında olduğu şekilde kararı, "hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı" verecektir[275]. Ancak CMK'nın 119. maddesinde bu makamlara ek olarak bir düzenleme daha mevcuttur. Buna göre: *"Cumhuriyet savcısına ulaşılamadığı hallerde ise kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri"* tarafından da arama kararı verilebilecektir. Daha önceki bölümlerde kolluk kuvvetlerinin iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının

[272] Murat Önok (Editör: Prof. Dr. Nur Centel), ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 260.
[273] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 531; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 208.
[274] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 309, aynı yönde; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 208.
[275] Feridun Yenisey, Rıfat Çulha, Fahrettin Demirağ, Ayşe Nuhoğlu, Salih Oktar, Durmuş Tezcan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı***, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017, s. 52.

uygulanmasında herhangi bir yetkisinin olmadığını belirtmiştik. Bu hususta ayrıca şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin kolluk görevlilerinin talebiyle de yapılabileceğini hatırlatmakta fayda olacaktır.

Ancak bazı durumlarda arama ve beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının çakıştığı durumlar da söz konusu olabilmektedir. Örneğin; bir şüpheli hakkında vücudundan örnek alınması için hâkim kararı bulunduğunu, söz konusu kararın icrası için adli makamlara müzekkere yazıldığını, kolluk görevlilerinin takibi neticesinde de hakkında örnek alma işlemi uygulanacak şüphelinin bir evde saklandığının tespit edilmiş olduğunu varsayalım. Bu durumda her ne kadar örnek alma işlemi açısından karar alma prosedürü tamamlanmış olsa da; şüpheli şahsı temin etmek için örnek alınmasına ilişkin hâkim kararı yeterli olmayacaktır. Ayrıca usulüne uygun arama kararı alınıp şahıs temin edildikten sonra örnek alma işlemi geçekleştirilmelidir[276].

Ayrıca bir şahıs hakkında üst aramasının gerekli olduğu durumlarda sınır aşılarak işlem muayene niteliğine dönüştürülmemelidir. Bu durumda da beden muayenesine ilişkin hükümlerin uygulanması gerekmektedir[277].

Arama ve konumuz olan koruma tedbiri arasında uygulama neticesinde elde edilecek verilerin çeşitliliği açısından da farklılıklar söz konusudur. Arama neticesinde; yazılı belge, araç-gereç, fotoğraf, video ve benzeri her türlü delil ve belirti niteliği taşıyacak materyallerin ele geçirilmesi mümkündür. Bu noktada arama neticesinde elde edilecek delil niteliğindeki verilerin çeşitlilik gösterdiğini söylemek gerekir[278]. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması neticesinde ise yalnızca tıbbi veriler delil olarak elde edilebilecektir.

Bir diğer farklılık da koruma tedbirini kimlerin uygulayacağı noktasındadır. Aramayı uygulamada genellikle kolluk görevlileri icra etmektedir. Bu durumda CMK'nın 119/4. maddesi uyarınca*: "Cumhuriyet savcısı hazır olmaksızın konut, işyeri veya diğer kapalı yerlerde arama yapabilmek için o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişi bulundurulması gerektiği"* unutulmamalıdır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ise doktorlar ve sağlık mesleği mensubu diğer kişilerce

[276] Centel, Zafer, s. 318.
[277] Kiziroğlu, s. 146.
[278] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 311.

uygulanabilmektedir. Ayrıca şüpheli ve sanık ile diğer kişilerin vücutlarından örnek alınmasının düzenlendiği Yönetmelik'in 6. ve 8. maddelerinde: *"Tıbbî müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılması"* gerekliliği vurgulanmıştır. Aramada ise herhangi bir tıbbi usulün izlendiği vaki değildir[279].

Konuyu biraz daha özelde ele alacak olursak; uygulamada ve doktrinde en çok dış beden muayenesi ile üst aramasının karşılaştırıldığını söylememiz doğru olacaktır. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; aramanın konusu gizli olan bir şeyin bulunmaya ve meydana çıkarılmaya çalışılmasıdır. İşitsel, kokusal ve görsel yolla ortaya çıkarılabilen şeylerin aramanın konusu olamayacağı belirtilmiştir[280]. Bu sebeple şahsın ağzında gizlediği bir delilin ortaya çıkarılması, koltuk altında mevcut bir cismin ele geçirilmesi arama hükümlerine tabi olacaktır. Buradan cinsel bölgeler ve anüste yapılacak işlemler haricinde koltuk altı, ağız gibi beden boşluklarında gerçekleştirilecek eylemlerin arama niteliği taşıdığını söylememiz mümkündür.[281] Tabi burada arama sınırının aşılarak işlemin muayene niteliği taşımaması gerektiği unutulmamalıdır.[282] Yargıtay bir kararında; 0,4 gr uyuşturucu maddenin miktarının azlığı sebebiyle kaba üst aramasında tespit edilmesinin mümkün olmayıp işlemin iç beden muayenesi niteliğinde olduğunu belirtmiştir[283].

---

[279] Akbulut, s. 90.

[280] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 308.

[281] Centel, "Beden Muayenesi", s. 325.

[282] *"...Arama kişilerin konutları, iş yerleri, araçları, diğer yerleri, üstleri, eşyaları, özel kâğıtları, kullandığı bilgisayar veya bilgisayar programları ile bilgisayar kütükleri üzerinde yapılmaktadır. Kişinin üstünde yapılan aramanın beden muayenesi boyutuna varmaması gerekir. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması aramadan farklı hükümlere tâbi kılınmış olup cinsel organlar veya anüs bölgesine bakılması iç beden muayenesi sayılmaktadır. Bu bölgeler haricindeki ağız, koltuk altı gibi beden boşlukları ile ayak, kol, saç arası gibi vücut bölgelerine tıbbi araç veya yöntemler kullanılmaksızın bakılması arama hükümlerine tabidir…",* ***Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2013/410 Esas, 2014/512 sayılı Kararı***

[283] *"…"Dosya içeriği ve kabule göre; polise gelen ihbarda belirtilen adreste kamuya açık alanda, belirtilen telefon numarasından sipariş alan bir şahsın uyuşturucu sattığı yönünde ihbar alınması üzerine polis ihbarın doğruluğunu araştırmak üzere belirtilen yere gidiyor. Bir şahsı görüyor. Belirtilen telefon numarasını arıyor. Telefon konuşması devan ederken yaklaşan polisleri fark eden sanık kaçmaya başlıyor. Kovalamaca ile yakalanıyor. Kaba üst aramasında iç çamaşırının iç kısmında 1 adet şeffaf jelatine sarılı eroin (0,4 gram) bulunuyor. İhbar 06.07.2014 tarihinde saat 21.00 sıralarında geliyor. Yakalama kamuya açık alanda saat 22.58'den (tutanak saatinden) önce gerçekleşiyor. Emniyete götürülüyor ve savcıya bilgi veriliyor. Bu arada sanığın belirtilen telefonuna çok sayıda uyuşturucu siparişi geliyor. Sipariş verenler de yakalanıyor ve adı geçen sanıktan birçok defa uyuşturucu satın aldıklarını beyan ediyorlar. Yukarıda açıklandığı şekilde gerçekleşen olayda suça konu eroin kanunlara uygunluğu Danıştay ve Yargıtay Ceza genel Kurulu kararları ile sabit adli ve önleme aramaları yönetmeliğinin 27/g-f bentlerine uygun şekilde gerçekleşmiş, iç beden muayenesi boyutuna varmamış ve üstelik atılı suçun tek delili de değildir. Usule uygun arama işleminin usul ve yasalara aykırı olduğuna ve başkaca delil olmadığı kabulüne dayanan yüksek Dairenin bozma kararının usul ve*

Üst araması kişinin bedeninin ve kıyafetlerinin üzerinde gerçekleştirilen bir delil arama faaliyetidir. Vücut içerisinde ve yüzeyinde gerçekleştirilen delil araştırma faaliyeti ise muayene niteliği göstermektedir. Üst araması yapılırken kişinin kıyafetleri üzerindedir. Muayene işlemlerinde ise kişinin bedeni çıplak gözle görülmek zorundadır[284]. Ancak bu hususun bazı istisnaları da mevcuttur.

Buna ilişkin ilk hüküm Adli ve Önleme Aramaları Yönetmeliği'nin 28. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Buna göre bazı durumlarda üst aramasının kişinin kıyafetleri çıkartılmak suretiyle gerçekleştirilebileceği belirtilmiştir. Öncelikle; *"kişinin kanunlara göre izin verilmeyecek bir şeyi taşıdığına ilişkin makul şüphenin bulunması ve aramanın amacına başka türlü ulaşılamaması gerekmektedir."* Ayrıca maddenin devamında çıplak arama için bazı koşullar da belirtilmiştir. Bunlar:

" a)Arama yapılmadan önce, bu aramayı yapmanın neden gerekli görüldüğü ve nasıl yapılacağı, o birimde görevli en üst kolluk âmiri tarafından ilgiliye bildirilir.

b)Arama, aynı cinsiyetten görevliler tarafından yapılır; arama işlemi kimsenin görmemesini sağlayacak tedbirler alınarak gerçekleştirilir.

c) Arama, kişinin utanma duygusunu en az ihlâl edecek bir şekilde yapılır; önce bedenin üst kısmındaki giysiler çıkarttırılır; bedenin alt kısmındaki giysiler, üst kısmındaki giysiler giyildikten sonra çıkarttırılır. Bu giysiler mutlaka aranır.

d) Arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir.

e) Arama, mümkün olduğunca kısa bir süre içinde bitirilir." şeklindedir.

Ancak yukarıda belirttiğimiz tüm şartlar sağlansa dahi; yine de arama vücuda dokunulmadan gerçekleştirilmelidir[285].

Diğer bir düzenleme de Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'ün 46. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddenin 2. fıkrasının a bendi; *"Hükümlünün üzerinde, kuruma*

---

yasalara aykırı olduğu kanaati ile itiraz etmekteyiz." denilerek, Dairemizin sanık hakkındaki BOZMA kararının kaldırılarak, söz konusu mahkeme kararının onanması istenmiştir. Dairemizin itiraza konu olan kararının, itiraz yazısında ileri sürülen tüm nedenler tartışılıp değerlendirilerek verildiği ve olay tarihinde, sanığın kaba üst yoklamasında fark edilemeyecek kadar az miktarda bulunan suç konusu net 0,2 gram (brüt 0,4 gram) uyuşturucu maddenin, sanığın iç çamaşırının içinde ele geçirilmiş olması karşısında kararda bir yanlışlık bulunmadığı anlaşıldığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı yerinde görülmemiştir…", ***Yargıtay 10. Ceza Dairesi, 2018/59 Esas, 2018/3848 Sayılı Kararı***

[284] Centel, Zafer, s. 307.

[285] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 209.

sokulması veya bulundurulması yasak madde veya eşya bulunduğuna dair makul ve ciddi emarelerin varlığı ve kurum en üst amirinin gerekli görmesi hâlinde, çıplak olarak veya beden çukurlarında aşağıda belirtilen usullere göre arama yapılabilir." şeklinde ele alınmıştır. Buna göre Tüzük'teki şartlar sağlandığı takdirde hükümlülerin çıplak olarak aranması mümkündür[286]. C bendinde ise; *"Çıplak arama sırasında bedene dokunulmaması için gerekli özen gösterilir. Aranan kişinin beden çukurlarında bir şeyin bulunduğuna dair makul ve ciddi emarelerin bulunması hâlinde öncelikle, hükümlüden madde veya eşyanın kendisi tarafından çıkartılması istenir, aksi hâlde bunun zor kullanılarak gerçekleştirileceği bildirilir. Beden çukurlarındaki arama, cezaevi tabibi tarafından yerine getirilir."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Öncelikle istenilen şeyin hükümlü tarafında verilmemesi durumunda bunun zor kullanılarak gerçekleştirilmesi kişinin kendi aleyhine beyanda bulunmaya zorlanamayacağını ön gören Anayasanın 38. maddesine aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca ilk bakışta fark edilemeyen ancak kişinin cinsel bölgesinde bulunduğu düşünülen şeylere ilişkin işlemden arama şeklinde bahsedilmiş ve bunu cezaevi doktorunun yapacağı düzenlenmiştir. Ancak daha önceki bölümlerde de açıkladığımı üzere cinsel bölgelerin gözle dahi görülmesi iç beden muayenesi sayılmaktadır. Cezaevi doktoru tarafından gerçekleştirilen bu işlemde iç beden muayenesine ilişkin hükümler uygulanmalıdır. İç beden muayenesi de kişilik haklarına bir müdahale niteliği taşıdığından bu hususun tüzük ile düzenlenmesi yanlıştır. Kişi hak ve özgürlüklerinin ancak kanunla sınırlanabileceğini düzenleyen Anayasanın 13. maddesine uygun şekilde Tüzük'ün 46/2-c maddesinin kanun ile düzenlenmesi doğru olacaktır[287].

B) Moleküler Genetik İnceleme ile Karşılaştırılması

Moleküler genetik incelenme yapılmasına ilişkin hükümler CMK'nın 78 ve 80. maddeleri arasında düzenlenmiştir. 1412 sayılı CMUK'ta moleküler genetik incelmeye ilişkin herhangi bir düzenleme mevcut değildir. CMUK döneminde beden muayenesi ve örnek alınmasına ilişkin düzenlemelerin eksikliği noktasında gerekli açıklamaları yapmıştık. Bu haliyle CMUK'ta düzenlenmeyen moleküler genetik incelmemenin CMK ile düzenlenmesinin, Anayasaya uygunluk açısından doğru bir adım olduğunu belirtmekte fayda vardır.

[286] Özen İnci, "Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C.11, S.120, 2016, s. 50.
[287] Akbulut, s. 94.

Moleküler genetik incelemeden DNA incelemesi şeklinde de bahsedilmektedir[288]. CMK'ya göz atıldığında moleküler genetik incelemeye ilişkin herhangi bir tanım gözümüze çarpmamaktadır. Bu noktada Yönetmelik'in 3. maddesine göz atmakta fayda olacaktır. Buna göre 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 araştırılması"* şeklinde tanımlanmıştır.

Özellikle vücuttan örnek alınması işlemi ile DNA incelemesi arasında çok sıkı bir ilişki mevcuttur. CMK'nın 78/1. maddesi: *"75 ve 76. maddelerde 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 hâlinde moleküler genetik incelemeler yapılabilir. Alınan örnekler üzerinde bu amaçlar dışında tespitler yapılmasına yönelik incelemeler yasaktır."* şeklindedir. Bu maddede açıkça moleküler genetik incelemenin konumuz olan muayene ve örnek alma işlemlerinden elde edilecek veriler üzerinde yapılacağı belirtilmiştir[289]. Bu durum iki işlemin birbiri ile yakından ilgili olduğunu bizlere göstermektedir. Bu haliyle konunun daha iyi anlaşılması açısından moleküler genetik incelemenin hukuki niteliğinden bahsetmekte fayda olacaktır.

Moleküler genetik inceleme de aynı beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında olduğu şekilde CMK'da "gözlem altına alma, muayene, keşif, otopsi" başlığı altında düzenlenmiştir. Koruma tedbirleri başlığı altında düzenlenmemiş olması koruma tedbiri niteliği göstermediği şeklinde algılanabilmektedir[290]. Öncelikle ifade etmek gerekir ki; moleküler genetik inceleme yapılması bir bilirkişi incelemesini zorunlu kılmaktadır. CMK'nın 79/2. maddesi: *"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 görevlendirilebilirler. Bu kişiler, teknik ve teşkilât bakımından uygun tedbirlerle yasak moleküler genetik incelemelerin yapılmasını ve yetkisiz üçüncü kişilerin bilgi edinmesini önlemekle yükümlüdürler. İncelenecek bulgu,*

[288] Ünver, Hakeri, s. 283.
[289] "Bu madde tasarı halinde iken 81. maddede düzenlenmişti. Bizim mevzuatımıza yansıması, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na paralel şekilde olmuştur."; Şahin, "Gazi Şerhi", s. 249.
[290] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 458; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 234.

bilirkişiye ilgilinin adı ve soyadı, adresi, doğum tarihi bildirilmeksizin verilir." şeklindedir. Bu maddeden moleküler genetik inceleme işlemini bilirkişilerin yapması gerekmesinin yanında bilirkişilerin de bazı niteliklere sahip olması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Moleküler genetik inceleme işlemini bilirkişi sıfatıyla gerçekleştirecek olanlar; Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp'ın ilgili birimleridir[291]. Bu haliyle "bilirkişi faaliyetini zorunlu kılmaları" konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile moleküler genetik inceleme işlemlerinin ortak özellikleri arasında sayılabilir.

Bu hususa ek olarak ifade etmek gerekir ki; geçici olma ve zorlama niteliği taşıma haricinde moleküler genetik inceleme işleminin yasa ile düzenlenmesi, kişilik haklarına müdahale niteliği taşıması ve hâkim tarafından karar verilmesi gerekmesi sebebiyle ilk bölümde açıkladığımız koruma tedbirlerinin temel özelliklerini gösterdiği söylenebilir. Aslında moleküler genetik inceleme; incelemeyi yapacak uzman açısından bir bilirkişi incelemesi, hâkim açısından da bir keşif niteliği göstermektedir. Ancak tüm bu durumlar moleküler genetik incelemenin koruma tedbiri özelliğinin ağır bastığı gerçeğini değiştirmemektedir[292]. Bu haliyle de moleküler genetik inceleme yeni nesil bir koruma tedbiri olması bakımından da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile benzer özellikleri göstermektedir.

Bu haliyle moleküler genetik inceleme beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasından ayrı bir koruma tedbiridir ve ikincil bir nitelik göstermemektedir.[293] Moleküler genetik incelemeyi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının bir türü şeklinde algılamak da doğru değildir. Ancak moleküler genetik incelemenin konusunu oluşturacak verilerin yalnızca muayene ve örnek alma neticesinde elde edilebileceği değerlendirildiğinde; muayene ve örnek alma işlemlerinin moleküler genetik incelemenin ön şartı olduğu söylenebilir[294].

Her iki koruma tedbiri arasında tedbire karar verecek makam bakımından farklılık söz konusudur. Önceki bölümlerde ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere; şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına "hâkim veya

[291] Necat Batur, "Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme", ***TBB Dergisi***, S.126, 2016, s. 86.
[292] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s.458-459; aynı yönde; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 234-235.
[293] Özen, s. 369.
[294] Ayşe Özge Atalay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.7, S.2, 2019, s. 137-138.

gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı" tarafından karar verilebilmekteydi. Moleküler genetik inceleme açısında ise CMK'nın 79/1. maddesinde: *"78 inci madde uyarınca moleküler genetik incelemeler yapılmasına sadece hâkim karar verebilir."* şeklinde düzenleme mevcuttur[295]. Burada en önemli husus moleküler genetik incelemede savcıya herhangi bir yetki tanınmayıp yalnızca hâkim kararı ile işlemin gerçekleşebileceğinin açıkça hüküm altına alınmasıdır. DNA incelemesine konu olacak veriler laboratuvarlarda elverişli koşullarda saklanmaktadır. Bu noktada önemli olan bozulma ve özelliğini kaybetme riski bulunan biyolojik delillerin en kısa sürede incelemenin yapılacağı laboratuvara ulaştırılmasıdır. Laboratuvardaki verilerin saklanmasındaki elverişli koşullar da birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucu bu noktada gecikmesinde sakınca bulunan bir hal olmadığını öngörerek savcıya yetki tanımamıştır[296].

Burada hâkimden kasıt, soruşturma aşamasında sulh ceza hâkimidir. Muayene ve örnek almada hâkim veya mahkeme kararı vermeye yetkili kılınmış iken moleküler genetik incelemede mahkemeden bahsedilmeyerek yalnızca hâkimin karar vermede yetkili olduğu belirtilmiştir. Ancak buradan kovuşturma aşamasında moleküler genetik inceleme tedbirinin uygulanmayacağı gibi bir sonuç çıkarmak doğru değildir. Şüphesiz kovuşturma aşamasında, soruşturma aşamasında tespit edilemeyen başkaca bir delil elde edilmiş ve olayın aydınlatılmasında bu delil üzerinde karşılaştırma yapılması gerekmiş olabilir. Amaçsal yorumdan yola çıkılarak her ne kadar CMK'da açıkça belirtilmese de; asliye ceza mahkemesi hâkimi veya yargılamayı yürüten ağır ceza mahkemesi heyeti moleküler genetik incelemeye karar verebilecektir. Bu noktada

[295] *"…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 hâkim 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'nın 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."*, ***Yargıtay 6. Ceza Dairesi'nin 2009/18701 Esas, 2011/5063 Sayılı Kararı***

[296] Atalay, s. 147.

aynı beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında olduğu şekilde; katılan, şüpheli, sanık, mağdur ve vekilleri de moleküler genetik incelemeyi talep edebileceklerdir[297].

Ancak bu hususta unutulmaması gereken; beden muayenesi ve vücuttan örnek alma ile moleküler genetik inceleme ayrı birer koruma tedbiri olduklarından karar alma prosedürleri ayrı yürütülmesi gerektiğidir. Bu noktada önce muayene ve örnek alma kararı alınarak usulüne uygun işlem tamamlanmalı, akabinde moleküler genetik incelemeye ilişkin hâkimden karar talep edilmelidir[298].

Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanma koşullarını incelerken tedbirin uygulanmasına bazı durumlarda sınırlama getirildiğini açıklamıştık. Üst sınırı iki yıldan az suçlarda şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin yapılamayacağına ve vücuttan örnek alınmayacağına ilişkin düzenleme bu sınırlamalara bir örnek olarak gösterilebilir. CMK'da moleküler genetik incelemelerin düzenlendiği kanun maddelerini incelediğimizde buna ilişkin açık bir düzenleme söz konusu değildir. Ancak yukarıda da açıkladığımız üzere; moleküler genetik incelemenin konusunu oluşturacak veriler muayene ve örnek alma neticesinde elde edilmektedir. Bu haliyle üst sınır iki yıldan az olan suçlarda şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve örnek alma işlemleri yapılamayacağından bunun doğal bir sonucu olarak moleküler genetik inceleme de yapılamayacaktır[299].

CMK'nın 78. maddesinde moleküler genetik incelemenin zorunlu olması halinde uygulanması gerektiğinin hüküm altına alınması da önem arz etmektedir. Moleküler genetik inceleme neticesinde elde edilecek sonuçlar kişi açısından mahrem özellik göstermektedir. Bu sebeple moleküler genetik inceleme kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşımaktadır. Bu derece hassasiyet

---

[297] Özen, s. 369-370.

[298] *"…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 vü-cudundan örnek alınması için hâkim veya Cumhuriyet Savcısından karar alın-masına 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 yapı-labilmesi için mutlaka hâkim kararına gerek bulunmaktadır. Açıklanan nedenlerle; Kanun yararına bozma istemine dayanan Yargıtay Cumhuriyet Baş-savcılığı'nın ihbar yazısı, incelenen dosya içeriğine göre yerinde görüldü-günden istemin kabulü ile İstanbul Otuz birinci Asliye Ceza Mahkemesi'nin 16.03.2012 tarih ve 2012/38 değişik iş sayılı kararının 5271 sayılı CMK'nın 309/4-a. maddesi uyarınca (BOZULMASINA), müteakip işlemlerin mahallinde yerine getirilmesine, 07.11.2012 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.",* ***Yargıtay 13. Ceza Dairesi, 2012/17565 Esas, 2012/23123 Sayılı Kararı***

[299] Atalay, s. 145.

gerektiren bir işlemin zorunlu hallerde uygulanması gerekliliği isabetli olmuştur. Bu durum aslında orantılılık ilkesi ile de ilgilidir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından zorunlu hallerde uygulanması gerektiğine ilişkin bir hüküm söz konusu değildi. Ancak yine de konumuz olan tedbirin uygulanmasında orantılılık ilkesinin gözetilmesi gerektiğini, başkaca bir yoldan aynı sonuca ulaşılabiliyorsa muayene ve örnek almanın uygulanmaması gerektiğini açıklamıştık. Moleküler genetik inceleme açısından da; koruma tedbirin uygulanması ile elde edilecek kamusal menfaat ile tedbirin uygulanacağı kişinin hak ve özgürlükleri yarışmaktadır. Bu sebeple beden muayenesi ve örnek alınması ile moleküler genetik incelemenin orantılılık ilkesini gözetmesi bakımından benzer nitelik taşıdığını söylemek doğru olacaktır[300].

Yine tedbirin uygulanacağı yer bakımından da iki koruma tedbiri arasında farklılık gözümüze çıkmaktadır. Her ne kadar cinsel suçlar gibi nitelikli olaylarda mağdurun muayenesi Adli Tıp Kurumu'nda yaptırılsa da; uzmanlık gerektirmeyen diğer muayeneler ve örnek alma işlemlerinin hemen hemen tüm sağlık kuruluşlarında yapılması mümkündür. Ancak moleküler genetik inceleme doğrudan uzmanlık gerektiren bir işlem olduğu için Adli Tıp veya kolluk birimlerinin kriminal şubelerinde yapılması gereklidir. Soruşturma aşamasında gerekli görülen moleküler genetik inceleme işlemleri açısından; karşılaştırma konusu veriler ve hâkim kararı ek olarak eklenerek olay jandarma bölgesinde gerçekleştiyse Jandarma Kriminal Laboratuvarı'na, olay polis bölgesinde gerçekleşti ise Emniyet Kriminal Laboratuvarı'na müzekkere yazılmalıdır[301].

Son olarak koruma tedbirinin üzerinde uygulanacağı kişiler açısından da farklılık gözümüze çarpmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemi şüpheli, sanık ve diğer kişiler hakkında uygulanabilmektedir. Moleküler genetik incelemenin düzenlendiği CMK'nın 78/1. maddesinde de; şüpheli, sanık, mağdur ve soybağı tespit edilecek çocuk sayılmıştır. Ancak aynı maddenin 2. fıkrasında: *"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."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Özellikle kimliği meçhul olan maktullerin

[300] Batur, s. 84.
[301] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 88.

kimlik bilgilerinin tespit edilebilmesi ve olayların daha kısa sürede açıklığa kavuşabilmesi açısından CMK'nın 78/2. maddesindeki düzenleme yerinde olmuştur.

C) Fiziki Kimliğin Tespiti ile Karşılaştırılması

Fiziki kimliğin tespiti işlemi CMK'nın 81. maddesinde düzenlenmiştir. Yönetmelik'in 15. maddesinde de aynı konuya ilişkin düzenleme mevcuttur. Fiziki kimliğin tespiti: *"Şüpheli veya sanığın kimliklerinin teşhisi için fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntülerinin kayda alınması"* şeklinde tanımlanabilir[302].

Ceza muhakemesinde soruşturma konusu olan her olay muhakkak suretle aydınlatılamayabilir. Bazı olaylar faili meçhul şekilde kalabilmektedir. Bu durumda kolluk görevlilerinin rutin araştırmalarının yanında başkaca yöntemlere de başvurulmaktadır[303]. Özellikle gelişen teknoloji ile birlikte kriminoloji, görüntü, ses bilimlerinde ciddi gelişmeler kat edilmiştir. Olay yerinde şüpheli şahıs mukayeseye elverişli birçok delil bırakabilmektedir. Parmak izi de bunlardan bir tanesidir. Özellikle parmak izi uygulamada birçok olayın aydınlatılmasında faydalı olmaktadır. Her ne kadar bu konuda bazı endişeler dile getirilse de; CMK'da bu şekilde bir düzenleme doğru olmuştur[304]. Olay yeri inceleme ekiplerince temin edilen parmak izi ile şüpheli şahsın parmak izinin karşılaştırılması soruşturmayı yürüten savcıyı sonuca bir adım daha yaklaştıracaktır. Bu karşılaştırmalar doğruluk oranı yüksek sonuçlar vermektedir. Bu yüzden fiziki kimliğin tespitinin ceza muhakemesi açısından önemi büyüktür[305]. Ancak her olay yerinde veya suç eşyası üzerinde parmak izi çıkan şahsın yargılaması muhakkak suretle mahkûmiyet ile sonuçlanmamaktadır[306].

---

[302] Ünver, Hakeri, s. 286.

[303] *"...19.12.2005 tarihinde bir alışveriş merkezinde hırsızlık yaptığından bahisle yakalanan şüphelinin gerçek kimliğini saklayıp 1992 doğumlu D. olarak kendisini tanıttığı ve 20.12.2005 günü Üsküdar C. Başsavcılığına sevk edildiği; gerekli işlemlerin yapıldığı, bilahare fizik kimlik tespiti için karakola gönderildiğinde alınan parmak izlerinden gerçek adının 1989 doğumlu olduğunun anlaşıldığı..."* , ***Yargıtay 11. Ceza Dairesi 25.05.2006 Tarihli, 2006/03535 Esas ve 2006/04709 Karar sayılı kararı***

[304] Bu hususta ayrıntılı açıklama için bakınız; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 541.

[305] Ömer Ömeroğlu, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fiziki Kimlik Tespiti", ***TBB Dergisi***, S.115, 2014, s. 66.

[306] *"...Görgü tanığı bulunmayan olayda, sanık aleyhine değerlendirilebilecek tek delil, katılanın aracının sağ kapı camında bulunan ve sanığa ait olduğu ekspertiz raporu ile tespit edilen sağ el orta parmak izidir. Ancak aracın diğer kısımlarında, özellikle de zarar verilen bölümlerinde sanığa ait parmak izi bulunamamıştır. Olay gecesi katılanın aracını bıraktığı kapalı otoparkın dolu olduğu ve katılanın da aracını diğer araçların çıkışını engelleyecek şekilde park ettiği dosya kapsamından anlaşılmakta olup, sanığın katılanın aracının yanından geçerken elinin cama değmiş olabileceğinin mümkün olması ve sanığın aksi ispatlanamayan bu yöndeki savunmasının hayatın olağan akışına da*

Öncelikle ifade etmek gerekir ki; fiziki kimliğin tespiti de aynı beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması gibi koruma tedbiri niteliği göstermektedir.[307] Bu işlem her ne kadar o anki ceza muhakemesi konusu olay dâhilinde görünse de; gelecekte gerçekleşecek bir olay hakkında da elde edilen veriler kullanılabilecektir[308].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ile fiziki kimliğin tespiti karşılaştırıldığında bazı noktalarda benzerlikler karşımıza çıkmaktadır. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında CMK'da bir sınırlama getirilmişti. Buna göre üst sınırı iki yıldan az olan suçlar bakımından uygulanamıyordu. Aynı hususun fiziki kimliğin tespiti açısından da ele alındığını söylememiz mümkündür. CMK'nın 81/1. maddesi;*"Üst sınırı iki yıl veya daha fazla hapis cezasını gerektiren bir suçtan dolayı şüpheli veya sanığın, kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde, Cumhuriyet savcısının emriyle fotoğrafı, beden ölçüleri, parmak ve avuç içi izi, bedeninde yer almış olup teşhisini kolaylaştıracak diğer özellikleri ile sesi ve görüntüleri kayda alınarak, soruşturma ve kovuşturma işlemlerine ilişkin dosyaya konulur."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; aynı şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında olduğu şekilde üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda fiziki kimliğin tespiti uygulanamayacaktır.

Diğer bir benzer nokta ise orantılılık ilkesine ilişkindir. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemlerinde orantılılık ilkesinin öneminden önceki bölümlerde bahsetmiştik. CMK'nın 81. maddesinde fiziki kimliğin tespiti işleminin, şüpheli veya sanığın kimliğinin teşhisi için gerekli olması halinde uygulanması gerektiği düzenlenmiştir. Bu noktada fiziki kimliğin tespiti kararını verecek savcı, zarar-fayda dengesi noktasında bir değerlendirme yapacaktır. Eğer fiziki kimliğin tespiti uygulandığı takdirde elde edilecek kamusal menfaatin muhtemel zarardan daha fazla olacağı düşünülüyorsa tedbir uygulanmalıdır. Örneğin; kanser tedavisi süreci devam eden bir şüpheliden tedavisinin sekteye uğrama ve bunun neticesinde hastanın

---

*uygun bulunması karşısında, somut başka bir delille desteklenmeyen ve aracın zarar gören bölümlerinde değil de, başka bir yerinde tespit edilen tek bir parmak izine dayanılarak sanığın atılı suçtan mahkûmiyetine karar verilmesine imkân bulunmamaktadır. Bu itibarla, atılı suçu işlediği hususunda her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmayan sanığın beraatına ilişkin yerel mahkeme hükmü isabetli olup, onanmasına karar verilmelidir. Çoğunluk görüşüne katılmayan dört Genel Kurul Üyesi; "sanığın üzerine atılı mala zarar verme suçunun sabit olduğu, dolayısıyla direnme hükmünün bozulması gerektiği" düşüncesiyle karşı oy kullanmışlardır…", **Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11/06/2013 tarihli, 2013/241 Esas, 2013/293 Sayılı Kararı***

[307] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 243; Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 464.

[308] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 464.

sağlığının zarar görme ihtimaline rağmen parmak izinin alınmasında ısrarcı olunması orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır. Yine sağlıklı bir karşılaştırma yapmak için şüpheli şahsı sakalsız fotoğrafı gerekiyorsa ve farklı dijital ortamlardan sakalsız fotoğrafı temin etmek mümkün ise şüpheli şahsın sakalının kesilerek yeniden fotoğraflarının çekilmesi işlemi orantılılık ilkesine aykırılık oluşturacaktır[309].

Ayrıca fiziki kimliğin tespitine rıza göstermeyen şüpheli hakkında zorlama yolu ile işlemin uygulanıp uygulanmayacağı hususu da önem arz etmektedir. Daha önceden de açıkladığımız üzere bu ve benzeri durumlarda Anayasanın 38. maddesinde düzenlenen; ”kişinin kendi aleyhine delil sunmaya zorlanamaması” hususu gündeme gelmektedir. Burada doktrinde genel kabul gören görüşe göre; şüphelinin rızası olmasa dahi fiziki kimliğin tespiti noktasındaki işlemler uygulanabilecektir. Ancak buradaki en önemli kıstas yine işlem gerçekleştirilirken orantılılık ilkesinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığıdır[310].

Benzer noktalardan bahsettikten sonra iki koruma tedbirinin hangi hususlarda farklılık arz ettiğini de ifade etmekte fayda olacaktır. Öncelikle tedbiri uygulayacak makam bakımından farklılık gözümüze çarpmaktadır. Beden muayenesi ve vücuttan önek alınması işlemleri hekim veya sağlık mesleği mensubu kişilerce yerine getirilmekteydi. Fiziki kimliğin tespiti tedbirinin düzenlendiği CMK’nın 81. maddesinde ise bu işlemin Cumhuriyet savcısının emriyle gerçekleştirileceği hüküm altına alınmıştır. Ancak bu hususla ilgili Ceza Muhakemesi Kanunu’nun tasarısında daha farklı bir düzenleme mevcut idi. Tasarıya göre fiziki kimliğin tespiti savcı veya hâkim kararı ile gerçekleştirilebilecekti. Ancak tasarıdan hâkim ibaresi çıkarılmış, fiziki kimliğin tespitinin ancak savcının talebiyle yapılabileceği şeklinde hüküm yasalaşmıştır. Gerekçede de kovuşturma aşamasında da fiziki kimliğinin tespitine karar verilmesi noktasında savcının yetkili olacağı belirtilmiştir[311].

Savcı fiziki kimliğin tespiti işlemini kolluk görevlileri aracılığı ile yerine getirecektir. Kolluk görevlilerinin resen bu işlemi gerçekleştirmeleri mümkün değildir. Savcının talimat yazılı olabileceği gibi sözlü şekilde de olabilir. Ancak CMK’nın

[309] Ömeroğlu, s. 77.
[310] Asuman İnce Tunçer, “Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi”, ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.2, 2018, s. 372-373.
[311] Şahin, “Gazi Şerhi”, s. 253.

161/3. maddesi uyarınca sözü talimatın gecikmeksizin yazılı hale çevrilmesi hususu unutulmamalıdır[312].

Soruşturma aşamasında tüm yetki savcıda olduğu için fiziki kimliğin tespitine de savcının karar vermesi gayet doğaldır. Ancak aynı işleme kovuşturma aşamasında ihtiyaç duyulması halinde nasıl bir uygulamaya gidileceği tartışma konusu olmuştur. Muhakeme evrelerinin genel özellikleri dikkate alındığında kovuşturma aşamasında savcıya bu konuda yetki verilmesi usule aykırı olacaktır. Ancak CMK'da hâkimden hiç bahsedilmemektedir. Bu eksiklik Yönetmelik ile kapatılmaya çalışılmıştır. Yönetmelik'in 15/4. maddesi: *"Soruşturma veya kovuşturma aşamasında da hâkim veya mahkeme kararıyla fizik kimliğinin tespitine ilişkin işlemler yaptırılabilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Burada, CMK'daki boşluğun Yönetmelik ile giderilmeye çalışıldığı söylenebilir. Ancak CMK'da açık hüküm bulunmasa bile amaçsal yorum yöntemiyle hâkim veya mahkemenin de bu işlemi uygulayabileceği sonucu çıkarılabilir. Yine de bu hususun CMK ile düzenlenmesi daha doğru olacaktır[313].

CMK'nın 81. maddesinin kovuşturma aşamasında fiziki kimliğin tespitine nadiren ihtiyaç duyulması sebebiyle bu şekilde düzenlendiğini ileri sürenler de olmuştur. Buna göre burada amaç; soruşturma aşamasında fiziki kimliğin tespitine karar vermek için sulh ceza hâkiminin kararına gerek olmadığını belirtmektir. Buradan kovuşturma aşamasında hâkim veya mahkemenin fiziki kimliğin tespitine karar vermeyeceği sonucu çıkarılmamalıdır[314].

Diğer bir fark ise tedbirin uygulanacağı kişiler ile ilgilidir. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının şüpheli, sanık ve diğer kişiler hakkında uygulanabileceğini belirtmiştik. Fiziki kimliğin tespitinin ise CMK'nın 81. maddesinde açıkça şüpheli ve sanık hakkında uygulanabileceği hüküm altına alınmıştır. Yönetmelik'te de bu hususa ilişkin CMK'nın 81. maddesini genişletici bir hüküm bulunmamaktadır. Bu haliyle fiziki kimliğin tespitinin, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında olduğu şekilde diğer kişiler hakkında uygulanması mümkün değildir.

[312] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 66-67.
[313] Ömeroğlu, s. 78-79.
[314] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s,66; Aksi yönde; Ünver, Hakeri, s. 288.

Uygulama sonucunda elde edilecek veriler de farklılık arz etmektedir. Örnek alma neticesinde kan, kıl, idrar gibi örnekler delil olarak temin edilmektedir. Fiziki kimliğin tespitinde ise "vücut ölçüleri, ayak ve parmak izleri, fotoğraflar" gibi teşhise fayda sağlayacak veriler işlemin konusunu oluşturmaktadır[315].

Son olarak tedbiri uygulayacak kişiler açısında durumu ele almakta fayda olacaktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması işlemini tabip veya diğer sağlık mesleği mensupları gerçekleştirecektir. Fiziki kimliğin tespiti açısından buna ilişkin Yönetmelik'in 15/2. maddesinde: *"Fizik kimliğin tespitinde, öncelikli olarak elin iç yüzeyindeki derinin özel kıvrımlı şekilleri olan parmak ve avuç içi izleri, fotoğrafı ve eşkâl bilgileri kullanılır. Bu işlemler olay yeri inceleme ve kimlik tespit konusunda özel eğitim almış uzman kolluk mensubu tarafından yapılır."* şeklinde düzenleme mevcuttur. Ancak Yönetmelik'in 15/3. maddesi uyarınca kişinin ağzındaki dişlerin incelenmesi ve diş izlerinin alınması işleminin diş doktoru tarafından yapılması gerektiği unutulmamalıdır.

[315] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 464.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUN YOLU, ELDE EDİLEN VERİLERİN AKIBETİ, ZARARIN TAZMİNİ SORUNU, CEZAİ HÜKÜMLER

I) KANUN YOLU

A) İtiraz Kanun Yolu

Ceza muhakemesinin amacı gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Ancak bu durum her ne koşulda olursa olsun gerçeğin ortaya çıkarılması olarak algılanmamalıdır. Bu amaca giden yolda izlenen usuller ve yargılamayı yapan mahkemenin esasa ilişkin değerlendirmeleri önem arz etmektedir. İnsan haklarını ön planda tutan, temel hak ve özgürlüklere önem veren, insan onurunun korunmasını göz ardı etmeyen bir tutumla hareket edilmesi gereklidir. Bu hususların kanun yolları için de geçerli olduğu düşünüldüğünde, ceza muhakemesinin amacı ile kanun yollarının işlevinin bir bütün halinde değerlendirmesi daha doğru olacaktır[316].

Yargılama neticesinde verilecek tüm kararların hukuka uygun olması mümkün değildir. Bu durum verilecek kararlara ilişkin bir denetim sistemi zorunluluğunu da beraberinde getirmektedir. Aksi takdirde yargılama sürecinde yapılan yanlışlar ortaya çıkarılamayacak ve bu şekilde adalete dayalı istikrar ve güven ortamı zarar görecektir. Bu sebeplerle ülkemizde de kanun yolları sistemi öngörülmüş ve bir yargılama makamının verdiği kararın başkaca bir yargılama makamı tarafından denetlenmesi mümkün hale gelmiştir[317].

Doktrinde genel olarak kanun yolları; olağan ve olağan üstü kanun yolları olarak ikili bir tasnife tabi tutulmuştur. Olağan kanun yolları; itiraz, istinaf ve temyizdir. Olağanüstü kanun yolları ise yargılanmanın yenilenmesi, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı'nın itirazı ve kanun yararına bozmadır[318]. Kanun yolları teriminin yanında; *"hukuki çareler, taarruz yoları, denetim muhakemesi"* terimleri de

[316] Uğur Ersoy, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 356.
[317] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 703; Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 655-656.
[318] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 726.

kullanılmaktadır. Ancak kanun yolları ile hukuki çare terimlerinin farklı olduğu ve kanun yolları ile kanun yolu dışı hukuki çarelerin, hukuki çareler başlığı altında değerlendirilmesi gerektiği de savunulmuştur. Bu durum; *"hukuki çareler= Kanun yolları + kanun yolu dışı hukuki çareler"* şeklinde ifade edilebilir[319].

Kanun yollarına ilişkin usul ve esaslar kanunda düzenlenmektedir. Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından da itiraz kanun yolu öngörülmüştür. İtiraz kanun yolu CMK'nın 267. ve devamı maddelerinde hüküm altına alınmıştır.[320] CMK'nın 267. maddesinde; *"hâkimin ve kanunun gösterdiği hallerde mahkemenin kararlarına karşı itiraz yoluna başvurulabileceği"* belirtilmiştir. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının düzenlendiği CMK'nın 75. maddesinin 6. fıkrası: *"Bu madde gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir."* şeklinde açıkça itiraz kanun yolunu belirtmiştir. Yine diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını düzenleyen CMK'nın 76. maddesinin 5. fıkrasında da aynı şekilde itiraz kanun yolu belirtilmiştir. Bu haliyle soruşturma aşamasında sulh ceza hâkiminin vereceği muayene ve örnek alma işlemlerine itiraz edilebilecektir. Ayrıca CMK'da açıkça belirtilmesi sebebiyle kovuşturma aşamasında asliye ceza veya ağır ceza mahkemesinin vereceği muayene ve örnek alma işlemlerine de itiraz edilebilecektir.

İtiraz kanun yoluna başvuru hakkına sahip kişiler kanunda tek tek sayılmamıştır. Bu haliyle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanmasında yanlışlık olduğunu düşünen tarafların itiraz kanun yoluna başvurabileceği söylenebilir. CMK'da açıkça hâkim ve mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği düzenlendiği için gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının verdiği muayene ve örnek alma kararlarına itiraz mümkün gözükmektedir. Bu hallerde savcı 24 saat içinde kararı hâkimin onayına sunacak, hâkim onayladığı takdirde hâkimin kararına ilişkin itiraz söz konusu olacaktır. Yine savcının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde verdiği muayene ve örnek alma kararı hâkimin onaylamadığı durumlarda zaten hükümsüz kalacağı için itiraz kanun yoluna başvurulması düşünülemez[321]. Ayrıca hâkimin muayene ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin talebi

[319] Uğur Ersoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, Y.10, S.29, 2015, s. 70-71.
[320] Gülsün Ayhan Aygörmez Uğurlubay, "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, Özel Sayı, 2015, s. 4019.
[321] Özen, s. 359-360.

reddettiği durumlarda savcının da ret kararına itiraz yetkisinin bulunduğunu hatırlatmakta fayda olacaktır. Dış beden muayenesinin uygulanması için hâkim veya mahkeme kararı gerekmediğinden bu karara itiraz edilmesi de mümkün değildir[322].

CMK'nın 268/1. maddesi uyarınca itiraz hakkının kullanılması için 7 günlük bir süre sınırı öngörülmüştür. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına itiraz edecek kişilerin bir hak kaybına uğramamaları adına süreyi iyi takip etmeleri faydalı olacaktır. Ayrıca kararı veren hâkim veya mahkeme verdiği kararda itiraz sebeplerini haklı da bulabilir. Bu durumda CMK'nın 268/2. maddesi uyarınca kararı düzeltebilecektir.

İtirazın kabul edilmediği durumlarda muayene ve örnek alma kararını veren merci, en çok 3 gün içerisinde itirazı incelemeye yetkili olan merciye gönderecektir. İtirazı incelemeye yetkili olan merciler kanunda açıkça düzenlenmiştir. Sulh Ceza Hakimliği'nin kararını incelmeye yetkili merciler CMK'nın 268/3-a maddesinde sayılmıştır. Bu madde; *"Sulh ceza hâkimliği kararlarına yapılan itirazların incelenmesi, o yerde birden fazla sulh ceza hâkimliğinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen hâkimliğe; son numaralı hâkimlik için bir numaralı hâkimliğe; ağır ceza mahkemesinin bulunmadığı yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, yargı çevresinde görev yaptığı ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine; ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerlerde tek sulh ceza hâkimliği varsa, en yakın ağır ceza mahkemesinin bulunduğu yerdeki sulh ceza hâkimliğine aittir."* şeklindedir.

Asliye ceza ve ağır ceza mahkemelerinin vereceği kararlarda itiraz mercileri de CMK'nın 268/3-c" maddesinde; *"Asliye ceza mahkemesi hâkimi tarafından verilen kararlara yapılacak itirazların incelenmesi, yargı çevresinde bulundukları ağır ceza mahkemesine ve bu mahkeme ile başkanı tarafından verilen kararlar hakkındaki itirazların incelenmesi, o yerde ağır ceza mahkemesinin birden çok dairesinin bulunması hâlinde, numara olarak kendisini izleyen daireye; son numaralı daire için birinci daireye; o yerde ağır ceza mahkemesinin tek dairesi varsa, en yakın ağır ceza mahkemesine aittir. "* şeklinde düzenlenmiştir.

İtirazı inceleyecek mercilerde dikkat çeken husus, aralarında altık üstlük ilişkisi bulunmayan hâkimliklerin veya mahkemelerin itirazı değerlendirmeye yetkili

[322] Kızılarslan, s. 326.

kılınmasıdır. Örneğin bir sulh ceza hâkimin kararını itirazen başka bir sulh ceza hâkimi inceleyecek, bir ağır ceza mahkemesinin kararını da başka bir ağır ceza mahkemesi inceleyecektir. Kanun yollarında esas olan denetimi bir üst yargı merciinin yapmasıdır. Bu durum hukuki güvenliğin sağlanması ve adil yargılanma ilkesi açısından da önem arz etmektedir. Sulh ceza hâkimliğinin diğer bir sulh ceza hâkimliği ile ve ağır ceza mahkemesinin diğer bir ağır ceza mahkemesi ile arasında altlık üstlük ilişkisi söz konusu değildir. Bu sebeple en azından asliye ceza mahkemesi ve sulh ceza hâkimliğinin vereceği kararı itirazen incelemeye yetkili merciin heyet halinde görevini sürdüren ağır ceza mahkemeleri olması gerektiği de savunulmuştur[323].

Bu başlık altında inceleyeceğimiz diğer önemli bir husus; itiraz kanun yoluna başvurulmasının muayene ve örnek almaya ilişkin kararın uygulanmasını durdurup durdurmayacağıdır. Buna ilişkin karşımıza CMK'nın 269. maddesi çıkmaktadır. Bu madde: *"İtiraz, kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucunu doğurmaz."* şeklinde düzenlenmiştir. CMK'nın 269. maddesinin 2. fıkrasında da; *"kararına itiraz edilen makamın veya kararı inceleyecek mercinin işlemin uygulanmasını geriye bırakabileceği"* düzenlenmiştir. Kural olarak itiraz kanun yoluna başvurulması muayene ve örnek alma işleminin uygulanmasını durdurmayacaktır. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasını geriye bırakma kararının verilmesinin ihtiyari olduğunu belirtmek gerekir[324].

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karar verilmesi halinde itiraz kanun yoluna başvurulması işlemi hukuka aykırı hale getirmemektedir. Konumuz olan tedbirin uygulanması zaten CMK'da sıkı şartlara bağlı kılınmıştır. Tedbirin uygulanmasında sağlığı zarara düşürmeme şartı ve diğer kişiler hakkında tedbirin uygulanmasında cerrahi müdahale yasağı bunu destekler niteliktedir. Bu haliyle eğer CMK'da düzenlenen şartlara uygun bir şekilde muayene ve örnek alma uygulandı ise kişinin hak ve özgürlüklerine aykırı bir işlem söz konusu olmayacaktır. Ayrıca itiraz mercii itirazı kabul ettiği takdirde elde edilen bulgular artık hukuka aykırı hale gelecek ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. İtiraz sonucu beklenerek muayene ve örnek alınmasının uygulanmadığı durumlarda vakit kaybetmenin delil kaybına sebebiyet verme ihtimali de değerlendirildiğinde; beden muayenesi ve vücuttan örnek

[323] Uğurlubay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", s. 4025-4027.
[324] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 731.

alınmasına itiraz edildiği durumlarda tedbirin uygulanmasına devam edilmesi doğru olacaktır[325].

B) İstinaf Kanun Yolu

İstinaf incelemesinde ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararların hem hukuki hem de maddi açıdan incelemesi yapılmaktadır[326]. Kesinleşmemiş olan hükümlere karşı başvurulabilmesi sebebiyle istinaf olağan kanun yolları arasındadır[327].

İstinafa ilişkin hükümler aynı itiraz kanun yolunda olduğu şekilde Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmiştir. İstinaf istemi ve süresi CMK'nın 273. maddesinde ele alınmıştır. Ancak savcı ile istinafa başvuru hakkına sahip diğer kişiler arasında bir farklılık bulunmaktadır. Diğer kişilerin aksine CMK'nın 273/5. fıkrası uyarınca Cumhuriyet savcısı istinaf başvurusunda gerekçelerini açıkça göstermek zorundadır. İstinaf başvurularında hem hükmü veren mahkeme hem de istinaf mahkemesi ön inceleme yapmakta, bu incelemeler neticesinde işin esasına geçilmektedir[328].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından doğrudan istinaf kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. Ancak muayene ve örnek alınmasının uygulanmasındaki hukuka aykırılıklar istinafın konusu oluşturabilir. İstinafın inceleme sonucu verebileceği kararlar CMK'da belirtilmiştir. Bunlardan biri de bozma kararıdır. CMK'nın 280/1-d maddesi; *" İlk derece mahkemesinin kararında 289 uncu maddenin birinci fıkrasının (g) ve (h) bentleri hariç diğer bentlerinde belirtilen bir hukuka aykırılık nedeninin bulunması hâlinde hükmün bozulmasına ve dosyanın yeniden incelenmek ve hükmolunmak üzere hükmü bozulan ilk derece mahkemesine veya kendi yargı çevresinde uygun göreceği diğer bir ilk derece mahkemesine gönderilmesine…"* şeklinde düzenlenmiştir. Konumuz açısından CMK'nın 289. maddesinin "i" bendi önem arz etmektedir. Buna göre; hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması durumunda istinaf mahkemesi bozma kararı vererek dosyayı hükmü veren mahkeme veya yargı çevresinde başka bir mahkemeye gönderecektir. Yargılamada muayene ve örnek alma işlemi hukuka aykırı

---

[325] Kızılarslan, s. 327.
[326] Muharrem Özen, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s. 2335-2336.
[327] Seydi Kaymaz, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, C.74, S.1, 2016, s. 107.
[328] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 694.

ise istinaf buna dayanarak hükmü bozacaktır. Örneğin; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının verdiği karar süresi içerisinde hâkim onayına sunulmamış olabilir veya hâkim kararı olmadan tedbir kararı uygulanmış olabilir. İşte bu gibi hukuka aykırılık arz eden durumlarda muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen delillere dayanarak hüküm kurulmuş ise istinaf mahkemesi tarafından bozma kararı verilecektir.

İstinaf mahkemesinin duruşma açarak da inceleme yapması mümkündür. Bu durumda tekraren yargılama yapılacak ve işin esası yeniden değerlendirilecektir. Bu sebeple duruşmaya hazırlık aşamasında ihtiyaç duyulan deliller toplanabilecektir.[329] Bu durumda gerekli görülmesi halinde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının istinaf aşamasında da uygulanabileceği söylenebilir. İtiraz mercilerinin düzenlendiği CMK'nın 289. maddesinde, Bölge Adliye Mahkemelerinin vereceği kararlara ilişkin de hüküm fıkrası mevcuttur. İlgili fıkranın "e" bendi: *"Bölge adliye mahkemesi ceza dairelerinin kararları ile Yargıtay ceza dairelerinin esas mahkeme olarak baktıkları davalarda verdikleri kararlara yapılan itirazlarda; üyenin kararını görevli olduğu dairenin başkanı, daire başkanı ile ceza dairesinin kararını numara itibarıyla izleyen ceza dairesi; son numaralı daire söz konusu ise birinci ceza dairesi inceler"* şeklindedir. Buna göre; her ne kadar beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karşı doğrudan istinaf kanun yoluna başvurulamasa da; istinaf aşamasında verilecek muayene ve örnek alma kararına karşı itiraz kanun yoluna başvurulabilecektir.

Bu başlık altında değerlendireceğimiz diğer bir husus CMK'nın 272/2. maddesi ile ilgilidir. Bu madde: *"Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararlarına karşı da hükümle birlikte istinaf yoluna başvurulabilir."* şeklindedir. Bu haliyle her ne kadar beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına karşı doğrudan istinaf kanun yoluna başvurulamasa da; muayene ve örnek alınması işlemleri hükme esas teşkil ettiği takdirde hüküm ile birlikte muayene ve örnek altına alma kararı da istinaf başvurusuna konu edilebilecektir. Ancak burada muayene ve örnek alma işleminin hükümle birlikte istinaf konusu yapılabilmesi için hükmün bu işleme dayanılarak inşa edilmesi

[329] Yusuf Solmaz Balo, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.7, 2016, s. 227-229.

gereklidir. Bu durumda muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen verilerin hükme ne derece etkisinin olduğunu Bölge Adliye Mahkemesi değerlendirecektir[330].

C) Temyiz Kanun Yolu

Ceza yargılamamızda kabul edilen olağan kanun yollarından birisi de temyiz kanun yoludur. Temyize gönderilen hükümlerin incelemesini yapacak olan merci Yargıtay'dır. Yargıtay; adalete hizmet eden köklü bir kurum olduğundan temyiz incelemesi ayrıca bir önem arz etmektedir. İstinaf kanun yolu başlığı altında da belirttiğimiz şekilde ilk derece yargılaması neticesinde verilecek kararların üst derece bir yargı mercii tarafından incelenmesi ve denetlenmesi, yanlışlıkların giderilmesi ve hukuki öngörülebilirliğin sağlanması açısından önemlidir. Ülkemizde ilk derece yargılamasında verilen kararların temyiz incelemesi neticesinde bozulma oranları yüksektir. Bu durumda aslında temyiz incelemesinin ne derece önemli olduğunu farklı bir açıdan ortaya koymaktadır. Ayrıca Yargıtay içtihat makamı olması sebebiyle uygulamadaki yeknesaklığın sağlanmasına da hizmet etmektedir. İstinaf sisteminin yürürlüğe girdiği tarihe kadar temyiz incelemesinde 1412 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmıştır. 2016 yılında Bölge Adliye Mahkemeleri'nin fiilen görevine başlamasının akabinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temyize ilişkin hükümleri uygulanmaya başlanmıştır[331].

Temyize başvuru hakkına sahip olan kişiler kanunda toplu bir şekilde belirtilmemiştir. Bu durumda CMK'nın 260. ve devamı maddelerinde sayılan kişilerin temyize başvuru hakkına sahip olduğu söylenebilir. Temyiz başvurusu için kanunda aynı itiraz ve istinafta olduğu gibi süre sınırlaması getirilmiştir. Bu süre CMK'nın 291. maddesinde "on beş gün" olarak belirtilmiştir. Temyiz başvurusunda bulunacak kişiler bu süreye dikkat etmelidir. Her hüküm açısından temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir. CMK'nın 289/1. maddesinde temyize başvurulması yasak olan durumlar düzenlenmiştir. Yargıtay temyiz talebi üzerine öncelikle bir ön inceleme yapacak ve buna göre talebin reddine veya kabulüne karar verecektir[332].

---

[330] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 735-736.
[331] Ramazan Keklik, "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.6, 2015, s. 186-187.
[332] Öztürk, Tezcan, Erdem, Gezer, Kırıt, Akcan, Özaydın, Tütüncü, Villemin, Tok, s. 738-739.

Öncelikle istinaf ve Yargıtay denetimlerinin kapsamlarının birbirinden farklı olduğunu belirtmemiz gerekir. İstinaf yargılamasında hem hukuka uygunluk açısından hem de maddi olaylara ilişkin değerlendirme söz konusudur. Temyizde ise yalnızca hukuka uygunluk bakımından bir inceleme yapılabilecektir[333].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kararına karşı doğrudan temyiz kanun yoluna başvurmak mümkün değildir. Ancak muayene ve örnek alınmasının uygulanmasında ortaya çıkabilecek hukuka aykırılıklar temyiz başvurusunun konusunu oluşturabilir. Burada yine CMK'nın 289/1-i maddesi karşımıza çıkmaktadır. Bu maddeye göre; "hükmün hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delile dayanması" bozma sebebidir[334]. Eğer muayene ve örnek alma işlemleri hukuka aykırı bir şekilde uygulanmış ve ilk derece mahkemesinde de muayene ve örnek alma işlemi neticesinde elde edilen veriler hükmün temelini inşa etmiş ise Yargıtay bozma kararı verecektir.

Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, Yargıtay'ın temyiz başvurusunda belirtilen hususlar ile sınırlı olarak bir inceleme yapacağıdır. Bu durum CMK'nın 301. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasında bir hukuka aykırılık söz konusu ise temyiz başvurusunda muhakkak belirtilmelidir. Aksi takdirde Yargıtay aşamasında bu hukuka aykırılık fark edilse dahi temyiz başvurusunda öne sürülmediği için bozmaya konu yapılamayacaktır.

Temyiz aşamasında yalnızca hukuka uygunluk bakımından bir inceleme söz konusu olduğu için Yargıtay delil toplama faaliyeti icra edemeyecektir.[335] Bu suretle istinafın aksine temyiz aşamasında beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması mümkün değildir.

CMK'nın 287. maddesi: *"Hükümden önce verilip hükme esas teşkil eden veya başkaca kanun yolu öngörülmemiş olan mahkeme kararları da hükümle beraber temyiz olunabilir"* şeklindedir. Bu sebeple eğer ki hüküm, beden muayenesi ve örnek alınması neticesinde elde edilen delillere dayanıyorsa muayene ve örnek alınmasına

[333] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 747.
[334] Fahri Gökçen Taner, "5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.4, 2017, s. 63.
[335] Balo, s. 238.

ilişkin karar da hüküm ile birlikte temyiz konusu yapılabilecektir. Bu durumda CMK'nın 302/4. maddesi uyarınca bu karar da hüküm ile birlikte bozulabilecektir.

Kanun yolları başlığı altında bahsedeceğimiz önemli bir husus da aleyhe değiştirme yasağıdır. CMK'nın 283/1. maddesi; *"İstinaf yoluna yalnız sanık lehine başvurulmuşsa, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz."* şeklindedir. CMK'nın 307/5. maddesi de; *"Hüküm yalnız sanık tarafından veya onun lehine Cumhuriyet savcısı veya 262. maddede gösterilen kimselerce temyiz edilmişse, yeniden verilen hüküm, önceki hükümle belirlenmiş olan cezadan daha ağır olamaz."* şeklindedir. Bu kural hem istinaf hem de temyiz aşamaları için öngörülmüştür. Bu durumda sanığın lehine olacak şekilde gerçekleştirilen istinaf ve temyiz başvurularında hukuka aykırılık tespit edilip hüküm bozulsa dahi hükmolunacak ceza önceki hüküm ile verilen cezadan fazla olamayacaktır[336].

II) ELDE EDİLEN VERİLERİN AKIBETİ

A) Kişisel Veri Olarak

Ceza muhakemesinin amacına giden yolda elde edilecek ve değerlendirmeye alınacak en önemli veriler delillerdir. Konumuz olan muayene ve örnek alma işlemleri ile örnek almanın veri sağladığı moleküler genetik inceleme neticesinde elde edilen veriler de muhakemede delil işlev görmekte ve gerçeğin ortaya çıkmasına katkı sağlamaktadır. Konumuz olan işlemlerin ceza muhakemesi ilkeleri ile ilişkisinden çıkaracağımız temel sonuç; ceza muhakemesinin amacına giden yolda her yolun meşru kabul edilmemesi ve muhakeme işlemlerinin hukuk çerçevesinde yürütülmesidir. Ancak ceza muhakemesinin temel ilkeleri ışığında göz önünde bulundurmamız gereken bu meşruiyet, yalnızca delillerin hukuka uygun bir şekilde elde edilmesi ve yargılamada doğru bir şekilde uygulanması ile sınırlı kalmamalıdır. Nasıl ki muayene, örnek alma, DNA incelemesi gibi işlemlerin; orantılılık, adil yargılanma, özel hayatın gizliliği ilkeleri çerçevesinde uygulanması gerekiyorsa muhakeme nihayete erdikten sonra muhakemede kullanılan delil değeri taşıyan verilerin akıbetinin ne olacağı hususunda da aynı ilkelerin göz önünde bulundurulması önem arz etmektedir.

Ceza mevzuatımızda bu hususa ilişkin düzenleme CMK'nın 80/1. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu madde: *"75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan*

[336] Ersoy, "Aleyhe Değiştirme Yasağı", s. 391-393.

örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez." şeklindedir. Yönetmelik'in 14. maddesi de: *"Bu Yönetmelik 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."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu şekilde mevzuatımızda inceleme neticesinde elde edilecek sonuçları kişisel veri kabul edileceği açıkça hüküm altına alınmıştır.

Bilim ve teknoloji alanında gelişmelerin de etkisiyle kişisel verilerin temini çok daha kolaylaşmıştır. Bu durum, adli ve idari makamların kişisel verilerin korunması noktasındaki sorumluğunu da arttırmaktadır.[337] Kişisel verinin ne anlama geldiği, kapsamı[338] ve hukukumuzda nasıl ele alındığından bahsedilmesinin, konunun daha iyi anlaşılması açısından faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Kişisel verinin tanımı noktasında tam bir görüş birliğine varıldığı söylenemez. Ancak; *"insana ait, bireyi tanımlayabilecek her türlü bilgi"* şeklinde kısaca tanımlamamız mümkündür. Kişinin evli olup olmadığı, kimlik bilgileri, ikamet adresi, hastalık ve tedavi sürecine ilişkin bilgilerin tümü kişisel veriler kapsamında kabul

---

[337] Mehmet Altundiş, "Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, Y.7, S.28, 2016, s. 349.

[338] *"…Bilimsel görüşlerden hareketle kişisel verilerin neler olabileceğini şu başlıkları altında sınıflandırabiliriz.*

a- Yaşam şekline ilişkin kişisel veriler: Kişilerin üçüncü kişiler tarafından ayırımcılığa uğramaması ve haysiyetinin korunmasıyla ilişkili olarak, dini inançları, cinsel tercihleri, etnik kökeni, suç geçmişi, politik eğilimleri ve kişisel özel aktivitelere ilişkin bilgiler bu bağlamda sayılabilecektir.

b- Ekonomik ve finansal kişisel veriler: Suçlular tarafından suistimale ve kimlik hırsızlığına hedef olmamak için kişinin mali varlığı, sahip olduğu hisse ve hesaplar, borçları, yaptığı alış verişler, kredi kartlarına ilişkin veriler. Ayrıca sayılan bu bilgiler ile kişinin nerede ve kimlerle bulunduğuna, sağlık bilgilerine ilişkin bilgiler de ortaya çıkarabileceğinden ve varlık bilgisinin toplumsal açıdan da özel sayılmasından dolayı önemi artmaktadır.

c- Bilişim alanına ilişkin kişisel veriler: e-postaların bizzat adresleri veya şifreleri, internet ortamında paylaşılan kişisel veriler mahrem olarak değerlendirilebilir. Bunun önemi şu bakımdan artmaktadır. İnternette gezinti yapan kişi birçok kişisel bilgileri paylaşmakta, bu bilgiler kayıt altına alınmakta, yine internet erişimine ilişkin iz kayıtlarının hizmet sağlayıcı ve sunucu sahipleri tarafından tutulabiliyor olması nedenleriyle artmaktadır.

d- Sağlıkla ilgili kişisel veriler: Sağlık verileri kişilerin iş güvenliğini, toplum içindeki statüsünü ve sigorta kapsamını etkileyen hassas bilgilerdir. Ayrıca sağlık verileri kişilerin sosyal yaşantısı ve psikolojik durumları hakkında bilgi edinilmesine neden olabilir. Biyometrik (Kişinin kendine özgü fiziksel veya biyolojik niteliklerine dayalı olarak insanların kimliğini tespit için dijital teknolojiden faydalanma bilimi) veriler de kişisel veriler arasındadır.

e- Politik kişisel veriler: Toplum içinde yaşayan kişilerin siyasi tercihleri toplum katmanları arasında bilinme halinde ayırımcılığa maruz kalma ihtimali bulunduğundan bu bilgilerde kişisel veridir…", ***Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 17/06/2014 Tarihli, 2012/12-1510 Esas, 2014/331 Sayılı Kararı***

edilebilir[339]. Küreselleşmesinin de etkisiyle hem kamusal alanda hem de özel sektörde kişisel veriler gittikçe daha fazla gündeme gelmeye başlamıştır. Ancak asıl olarak devletin koyacağı normlarla kişisel verilerin korunmasından sorumlu olacağını söylememeniz gerekir[340].

Bu noktada karşımıza 6689 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu çıkmaktadır. Bu kanunun temeli 1981 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne dayanmaktadır. Her ne kadar ülkemiz bu sözleşmeyi ilk imzalayan ülkeler arasında yer alsa da; bunun kanunlaşarak mevzuatımıza girmesi uzun zaman almıştır. Bu sözleşme 2016 yılının başlarında onaylanmış ve 07/04/2016 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde kişisel veri kavramı: *"Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi"* şeklinde tanımlanmıştır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda; kişisel verilerin nasıl işleneceği, nasıl muhafaza edileceği, bu normlara uyulmaması halinde hangi yaptırımların uygulanabileceği de ana hatlarıyla düzenlenmiştir. İfade etmek gerekir ki; Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Kanun yürürlüğe girmeden önce bu veriler ile ilgili düzenleme içeren bir norm mevcut değildi. Buna göre kişisel veriler istenildiği gibi işlenebilmekte, yok edilmekte ve bu eylemleri gerçekleştiren kişiler herhangi bir yaptırıma tabi tutulamamaktaydı.[341] Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile birlikte kişisel verilerin korunması noktasında önemli bir adım atılmış, ayrıca Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 17/1. maddesinde kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135[342]. ve 140[343]. maddelerindeki suçlara atıfta bulunulmuştur.[344] TCK'da kişisel verilere ilişkin suçlar "cezai hükümler" başlığı altında açıklanacaktır. Bu başlık altında asıl vurgulamamız gereken, muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen verilerin incelenmesi sonuçlarının Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanunu'nun 3. ve CMK'nın 80/1. maddeleri uyarınca kişisel veri niteliğinde olduğudur.

---

[339] Murat Volkan Dülger, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2016, s. 101-103.
[340] Sefer Oğuz, "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", ***Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi***, C.13, S.2, 2018, s. 122.
[341] Dülger, s. 114-115.
[342] TCK 135/1: *"Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."*
[343] TCK 140: *"Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların işlenmesi dolayısıyla tüzel kişiler hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur."*
[344] Dülger, s. 119-120.

CMK'nın "genetik inceleme sonuçlarının gizliliği" başlığını taşıyan 80. maddesinin 1. fıkrasında inceleme neticesinde elde edilecek sonuçların niteliği belirtilmiş iken aynı maddenin 2. fıkrasında bu sonuçları akıbetinin ne olacağı düzenlenmiştir. CMK'nın 80/2. maddesi; *"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."* şeklindedir.

Bu maddeden kamu davası açılmadığı ve açılan dava mahkûmiyet ile sonuçlanmadığı durumlarda elde edilen kişisel verilerin yok edileceği anlamı çıkmaktadır[345]. Aslında CMK'nın 80/2. maddesinin değişiklikten önceki halinin "hükmün kesinleşmesi durumunda da inceleme sonuçlarının yok edileceği" şeklinde düzenlendiğini belirtmemiz gerekir. Ayrıca yine değişiklikten önce söz konusu inceleme sonuçlarının yok edilmesi işleminin 10 gün içerisinde gerçekleştirilmesi gerektiği belirtilmişti. Yürürlüğe giren haliyle elde edilen inceleme sonuçlarının yok edilmesinde bir süre sınırlaması söz konusu değildir[346].

Bu konuya ilişkin Yönetmelik'in 14. maddesinin 3. ve 4. fıkralarında CMK'nın 80. maddesine ek olarak: *"Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir.*

Moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir." şeklindeki düzenlemeler mevcuttur.

Yönetmelik'in 14/3. maddesinde DNA örneklerinin imha edileceği belirtilmiş ancak incelemeye konu olan muayene ve örnek alma neticesinde elde edilen, kan, kıl ve diğer vücut sıvılarının imha edilip edilmeyeceğine ilişkin bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiştir. CMK'nın 75. ve 76. maddelerinde de buna ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. Bu noktada kanunda bir belirsizliğin olduğu açıktır. Bu sebeple

[345] Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II", s. 88.
[346] Şahin, "Gazi Şerhi", s. 251.

incelemeye konu olacak delillerin inceleme neticesinde akıbetinin ne olacağı ile ilgili CMK'da açıkça düzenleme yapılması doğru olacaktır.[347]

Ayrıca inceleme sonuçlarının savcının huzurunda yok edilmesi şeklindeki düzenlemeye eleştiriler getirilmiştir. Sonuçların yok edilmesi yalnızca takipsizlik kararı verilmesi ve bu kararın itiraz üzerine kesinleşmesi durumlarında gerçekleştirilmemektedir. CMK'da mahkemenin ceza verilmesi yer olmadığı ve beraat kararları neticesinde de sonuçların imha edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Kovuşturma aşamasında dosya üzerinde yetkili olan hâkim veya mahkemedir. Bu sebeple sonuçların yok edilmesi işlemi de mahkeme tarafından gerçekleştirilmelidir[348].

Kanaatimizce; CMK'da moleküler genetik inceleme neticesinde elde edilecek sonuçların kişisel veri olduğunun açıkça düzenlenmesi isabetli olmuştur. Ayrıca hukuk mevzuatımızda her ne gecikmiş bir şekilde de olsa kişisel verilerin kapsamı ve korunmasını düzenleyen bir kanunun yer bulması, kişilik haklarının korunmasının kapsamını genişletici niteliktedir. Ancak CMK'nın 80. maddesindeki değişiklikle ilgili birkaç hususu ayrıca belirtmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Öncelikle sonuçların imha edilmesinde 10 günlük bir sınırlamanın getirilmesine ilişkin düzenlemenin yürürlüğe giren metinde bulunmadığını belirtmiştik. Türkiye'de hâkim ve savcı başına düşen iş yükünün fazlalığı da düşünüldüğünde inceleme sonuçlarının yok edilmesi hususunun gözden kaçma ihtimali mevcuttur. Sonuçların imhası işlemi ne kadar gecikirse kişisel verilere ilişkin gizliliğin ihlal edilmesi ve bu suretle kişilik haklarına halel gelmesi riski de aynı derecede artacaktır. Bu sebeple inceleme sonuçlarının yok edilmesi işleminde süre sınırlaması getirilmesinin ortaya çıkabilecek hak ihlali riskini azaltacağı ve hatta ortadan kaldıracağı kanaatindeyiz.

Yine taslak metinde mahkûmiyet ile sonuçlanan yargılamalar neticesinde de kişisel veri niteliğindeki inceleme sonuçlarının yok edileceği öngörülmüştü. Ancak yürürlüğe giren halinde bu hususta bir düzenlemenin olmadığını görmekteyiz. Bu haliyle CMK'da mahkûmiyet durumunda inceleme sonuçlarının akıbetinin ne olacağına ilişkin bir boşluk söz konusudur. Yukarıda açıklamaya çalıştığımız kişisel verinin önemi ve korumasının gerekliliği de göz önüne alındığında; bu hususta

[347] 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, s. 65.
[348] Özen, s. 371.

eksikliğin ivedilikle giderilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Bu hususa ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimizi "DNA Veri Bankalarının Kurulması" başlığı altında yapacağız.

B) DNA Veri Bankalarının Kurulması

Çalışmamızın genelinde teknolojik gelişmelerin ceza muhakemesi alanına önemli katkılar sağladığını belirtmiştik. CMK ile ceza mevzuatımıza giren moleküler genetik inceleme de bunlardan biri idi. Moleküler genetik inceleme kişinin DNA'sından elde edilen verilerin değerlendirilmesine dayanmaktadır. Bu verilerden; kişinin yaşı, cinsiyeti, sağlık durumu gibi birçok özelliği hakkında bilgi edinilmesi mümkündür. Bu bilgilerin meşru amaçlara hizmet etmesi ve ceza mevzuatımız kapsamında ihdas edilen suçlara konu olmaması için gerekli düzenlemelerin yapılması da önem arz etmektedir[349].

DNA incelemesi doğruluk oranları yüksek sonuçlar vermektedir. Bu sebeple ceza yargılamasında maddi gerçekliğin ortaya çıkmasında çok önemli bir yere sahiptir. Özellikle cinsel suçlarda ve faili veya kimliği meçhul cinayet olaylarının aydınlatılmasında sıkça kullanılmaktadır. Ancak DNA incelemesinin ceza muhakemesine katkısı yalnızca bu suçlar ile sınırlı kalmamakta, mal varlığına karşı işlenen suçlara kadar geniş bir çerçevede uygulanmaktadır. Bu incelemenin diğer önemli bir yanı da; incelemelerin gelişen teknolojik imkânlar sayesinde hızlı bir şekilde sonuç vermesidir. Hızlı bir şekilde tesis edilen bu işlemler neticesinde hem mağduriyetler daha kısa sürede giderilmekte hem de yargılamaların süresi kısalmaktadır. Bu vesileyle moleküler genetik inceleme gibi teknolojinin gelişmesiyle uygulanan işlemlerin adalete duyulan güveni arttırdığını söylememiz mümkündür. DNA analizlerinin ceza muhakemesine bu denli katkı sağladığının izahtan vareste olması, elde edilen verilerin saklanması ve başkaca muhakeme işlemlerinde de kullanılması fikrinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur[350].

Yönetmelik'in 17. maddesi: *"Mahkûmiyet kararı verilmesi hâlinde bu Yönetmeliğin 15 inci maddesinin birinci ve ikinci fıkraları uyarınca elde edilen veriler kolluk tarafından, üçüncü fıkrasında belirtilen diş izleri ise bu işlemi yapan sağlık kuruluşu tarafından arşivlenir."* şeklindedir. Burada fiziki kimliğin tespiti

[349] Fulya İlçin Gönenç, Kemale Aslanova, "Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı", ***İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.2, 2018, s. 20.
[350] Uğurlubay, "DNA Analizleri", s. 34.

neticesinde elde edilen verilerin mahkûmiyet kararı halinde saklanacağı açıkça hüküm altına alınmıştır. Ancak moleküler genetik inceleme neticesinde elde edilecek verilerin mahkûmiyet kararı verilmesi halinde akıbetinin ne olacağına ilişkin CMK'da bir düzenleme mevcut değildir. Yönetmelik'te de bu hususta bir düzenleme yapma yoluna gidilmemiştir. Şüphesiz burada bir boşluk söz konusudur. Bir önceki başlıkta da bahsettiğimiz üzere mahkûmiyet kararı verilmesi halinde bu verilerin saklanabileceği sonucunu CMK'dan çıkarmamız mümkündür. Ancak tüm bu hususların kanun ile düzenlenmesi daha doğru olacaktır[351].

Mevzuatımızda DNA verilerine ilişkin yürürlükte özel bir kanun bulunmamaktadır. Ancak *"DNA Verileri ve Millî DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı'ndan"* bahsetmekte fayda olacağı kanaatindeyiz. Bu tasarısının yasalaşması amacıyla 2008 yılında adımlar atılmış ancak yasalaşamamıştır. Bu tarihten günümüze kadar da ne yukarıda bahsettiğimiz tasarının ne de bu konuya ilişkin başkaca bir tasarının yürürlüğe girmesi mümkün olmamıştır. Her ne kadar moleküler genetik incelemenin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda düzenlenmesiyle ceza muhakemesinde önemli bir adım atılmış olsa da; veri bankalarına ilişkin bir kanunun yürürlüğe girmemiş olması büyük bir eksiklik olarak karşımızda durmaktadır[352].

Söz konusu tasarı, 44 madde ve 8 bölümden oluşmaktadır. Tasarıda adli işlemlerde kullanılması amacıyla DNA analizi yapılmasına ve elde edilecek verilerin saklanmasına ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Ayrıca "banka" sıfatı ile görev yapacak bir kurumun hayata geçirilmesi de öngörülmüştür. Temel ilkeler başlığı altında verilere ilişkin ölçütler şu şekilde sıralanmıştır:

"a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun işlenmesi,

b) Kanunların belirtmiş olduğu meşru amaçlar için toplanması ve bu amaçlara aykırı olarak kullanılmaması ve aktarılmaması,

c) Toplandıkları amaçla bağlantılı, yeterli ve orantılı olması,

ç) Kanunlarla belirtilen süre sonuna kadar saklanması,

d) Doğru olması ve gerektiğinde güncellenmesi gerekmektedir."

[351] Veli Özer Özbek, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.3, S.2, 2016, s. 380.
[352] Uğurlubay, "DNA Analizleri", s. 36.

Ayrıca tasarıda oluşturulacak veri bankasına gönüllü olarak katkı sağlamak isteyenlere de olanak tanınmıştır. Buna göre gönüllü olan kişiden örnek alınmadan önce kişiye konu ile ilgili ayrıntılı bilgi verilmelidir. Yine tasarı kapsamında gönüllü kişilerden elde edilecek veriler başka amaçlarla kullanılamayacak ve aktarılamayacaktır. Ayrıca tasarıda kanuna aykırı olarak örnek alanlar hakkında TCK'nın 135/1. maddesi hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüştür[353].

Avusturya, İsviçre ve Almanya'da veri bankalarına ilişkin hukuki düzenlemeler mevcuttur. 1990 yılında Virginia Eyaleti, Amerika'da ilk veri bankasını kuran eyalet olmuştur. Ayrıca Avrupa Birliği üyesi ülkeler, DNA veri bankasının kurulması ve bu verilerin paylaşılması noktasında uluslararası yükümlülük altına girmişlerdir. Türkiye'de ise DNA veri bankasının kurulmasına ilişkin yasal bir düzenlenme olmaması sebebiyle bu verilerin başkaca muhakeme işlemlerinde kullanılması mümkün değildir. Bu husus ceza muhakemesi konusu olayların aydınlatılması noktasında hem ulusal hem de uluslararası alanda Türkiye'yi yavaşlatmaktadır[354].

Bilimsel ve teknik gelişmelerin ışığında DNA incelemesine ilişkin hükümlerin Ceza Muhakemesi Kanunu'nda yer edinmesi şüphesiz önemli bir gelişmedir. Ancak elde edilen verilerin yok edilerek saklanmaması ve mahkûmiyet kararı verilmesi halinde akıbetinin ne olacağı hakkında bir düzenlemeye gidilmemiş olması halen Türk hukuku açısından bir eksiklik olarak karşımızda durmaktadır. Kanaatimizce; günümüzde terör, uyuşturucu ticareti gibi suçların uluslararası alana da taşınmış olması sebebiyle DNA verilerinin olayı aydınlatmadaki etkisi artık uluslararası boyutta düşünülmek zorundadır. Bu sebeple ülkemizde DNA veri bankalarının oluşturulması ve bu verilerin hangi koşullarda ve hangi sürelerde saklanacağına ilişkin hükümleri içeren bir kanunun yürürlüğe girmesi artık zorunluluk halini almıştır. Ayrıca bu verilerin ulusal ve uluslararası alanda paylaşımına ilişkin koşullar da kanunla hüküm altına alınmalıdır. Bilirkişi sıfatıyla bu incelemeleri yapan birimlerin yaptığı inceleme sayılarının fazlalığı da düşünüldüğünde, zaman kaybetmeden kanunla düzenlemeye gidilerek suç ve suçlularla mücadelede önem arz eden bu adımlar ivedilikle atılmalıdır.

III) ZARARIN TAZMİNİ SORUNU

[353] Gönenç, Aslanova, s. 26-28.
[354] Uğurlubay, "DNA Analizleri", s. 70-73.

Koruma tedbirleri, niteliği itibariyle kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşıyan işlemlerdir. Ayrıca bu tedbirler soruşturma veya kovuşturma yürütülen kişi hakkındaki hüküm belli olmadan önce uygulanmaktadır. Koruma tedbirlerine ilişkin karar hâkim, mahkeme veya savcı tarafından o anki şartlar göz önünde bulundurularak verilmektedir. Ancak muhakemenin gelişimine göre uygulanan koruma tedbirlerinin haklı olmadıklarının sonradan anlaşılması da mümkündür. Bu minvalde hakkında koruma tedbiri uygulanan kişinin uğradığı zararın giderilmesi meselesi karşımıza çıkmaktadır. Devletin bu gibi durumlarda sorumluluk üstlenerek vatandaşın zararını karşılamayı taahhüt etmesi hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir[355].

5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun hukuk hayatımızda yer bulmasından önce koruma tedbirleri neticesinde elde edilen zararların tazmini hakkında karşımıza 1964 tarihli, 664 sayılı *"Kanun Dışı Yakalanan veya Tutuklanan Kimselere Tazminat Verilmesi Hakkında Kanun"* çıkmaktadır. Bu Kanun'da yalnızca yakalama ve tutuklama tedbirlerine ilişkin bir düzenleme mevcuttur. Kanun kapsamında başkaca koruma tedbirlerinin uygulanması neticesinde oluşacak zararların tazmini mümkün değildir. 466 sayılı Kanun, 2005 tarihinde "Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un" 18/1-c maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak CMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce gerçekleşen olaylarda 466 sayılı Kanun'un hükümlerinin uygulanmasına devam edilmiştir[356].

Koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde de hüküm mevcuttur. AİHS'in "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlıklı 5. maddesinin 5. fıkrası: *"Bu madde hükümlerine aykırı bir yakalama veya tutma işleminin mağduru olan herkes tazminat hakkına sahiptir."* şeklinde düzenlenmiştir. Yine AİHS'in "Adli Tazmin" başlıklı 41. maddesinde: *"Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder."* şeklinde hüküm mevcuttur. AİHS'de koruma tedbirlerine ilişkin 466 sayılı Kanun'da

[355] Cumhur Şahin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku I***, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018, s. 389-390; Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 333.
[356] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 472-473.

olduğu gibi yalnızca yakalama ve tutuklama işlemler açısından bir düzenlemeye gidildiği söylenebilir[357].

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmesi ve 466 sayılı Kanun'un da yürürlükten kaldırılması sebebiyle 5271 sayılı yeni CMK'nın tazminata ilişkin hükümleri koruma tedbirleri hakkında uygulanmaktadır. CMK'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat hususu 141. ve devamı maddelerde düzenlenmiştir[358].

Anayasanın 40/3. maddesi: *"Kişinin, Resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır."* şeklindedir. CMK'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin, Anayasanın bu maddesinin bir yansıması olduğu söylenebilir[359].

CMK'nın 141/1. maddesinde tazminat talep edilebilecek durumlar sayılmıştır. Buna göre:

"a) Kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen,

b) Kanunî gözaltı süresi içinde hâkim önüne çıkarılmayan,

c) Kanunî hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan haklarından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan,

d) Kanuna uygun olarak tutuklandığı hâlde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen,

e) Kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen,

---

357 *"...Bu başvuruda, başvuranın tutukluluk halinin yasallığına karşı etkili bir başvuru hakkının tanınmaması nedeniyle AİHS'nin 5/4 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan AĐHM, adı geçenin uğradığı bu zararının karşılanmasını sağlayacak tazminat yollarının mevcut olup olmadığını irdeleyecektir. AĐHM bu bağlamda, yeni CMK'nın 141. maddesinin tutukluluk halinin yasallığına karşı itirazda bulunan bir kimseye tazminat imkânını sağlayacak etkili bir başvuru yolunu sunmadığını gözlemlemektedir. Sonuç itibarıyla, AĐHM Hükümetin itirazını reddetmekte ve aynı gerekçelere dayalı olarak AİHS'nin 5/5 maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır..."* ***AİHM'in 20/05/2010 Tarihli Aytimur/TÜRKİYE Kararı***

358 Nabi Özalp, "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141-144)", ***TBB Dergisi***, S.145, 2019, s. 84.

359 Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 473.

f) Mahkûm olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri, hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan,

g) Yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hâllerde sözle açıklanmayan,

h) Yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen,

i) Hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen,

j) Eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen,

k) Yakalama veya tutuklama işlemine karşı Kanunda öngörülen başvuru imkânlarından yararlandırılmayan," kişiler tazminat talebinde bulunabilecektir.

CMK'da koruma tedbirlerine ilişkin her koşulda tazminat talep edilebilmesi mümkün değildir. Yine aynı maddeden tüm koruma tedbirleri açısından tazminat hükümlerinin uygulanmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre tazminat istenebilecek koruma tedbirleri; *"yakalama, tutuklama, arama ve el koymadır"*[360].

Bu çerçevede tazmin edilecek zararlar hem maddi hem manevi zararlardır. Örneğin kişinin tutuklu kaldığı süre içerisinde çalışamaması sebebiyle uğrayacağı zarar maddi zarardır. Cezaevinde kaldığı süre boyunca ailesinden ve yakınlarından ayrı kalması sebebiyle duyacağı acı ise manevi zarara örnek verilebilir[361].

Ayrıca CMK'da koruma tedbirleri nedeniyle tazminat başvuruları, hükmün kesinleşmesinin tebliğinden itibaren üç ay ve her halde bir yıl ile sınırlı tutulmuştur. Tazminat başvurularını zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesi karara bağlayacaktır. CMK'nın 144. maddesinde tazminat isteminde bulunamayacak kişiler sayma yoluyla belirtilmiştir. CMK'nın 143/1. maddesinde ise; *"Kovuşturmaya yer olmadığına ilişkin kararı sonradan kaldırılarak, hakkında kamu davası açılan ve mahkûm edilenlerle, yargılamanın aleyhte yenilenmesiyle beraat kararı kaldırılıp mahkûm edilenlere ödenmiş tazminatların"* rücu ile geri alınabileceği düzenlenmiştir.

---

[360] Serdal Baytar, "Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması", ***TBB Dergisi***, S.61, 2005, s. 362.
[361] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 337.

Ayrıca CMK'da, koruma tedbirlerinin uygulayıcısı olan hâkim ve savcılar hakkında 141/1. maddede sayılan durumlar dışında da tazminat hükümlerine başvurulabileceği düzenlenmiştir. Aslında bu hususa ilişkin düzenleme Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 93/A maddesinde düzenlenmişti. Ancak 6526 sayılı kanun ile Hâkim ve Savcılar Kanunu'nun 93/A hükmü yürürlükten kaldırıldığı için bu hususta CMK düzenlemesi uygulanacaktır. CMK'nın bu konuya ilişkin ilişkin 141/3. maddesi: *"Birinci fıkrada yazan hâller dışında, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında kişisel kusur, haksız fiil veya diğer sorumluluk hâlleri de dâhil olmak üzere hâkimler ve Cumhuriyet savcılarının verdikleri kararlar veya yaptıkları işlemler nedeniyle tazminat davaları ancak Devlet aleyhine açılabilir"* şeklindedir. Anayasanın 19/son maddesi: *"Bu esaslar dışında bir işleme tâbi tutulan kişilerin uğradıkları zarar, tazminat hukukunun genel prensiplerine göre, Devletçe ödenir."* şeklindedir. CMK'nın 141/3. maddesinin Anayasa'nın 19/son maddesinin bir yansıması olduğu söylenebilir. Yine CMK'nın 141. maddesinin 4. fıkrasında; tazminatı ödeyen devletin ilgili hâkim ve savcıya rücu edeceği hüküm altına alınmıştır. Hâkim ve savcıların iş ve işlemlerine ilişkin yalnızca devlet aleyhine dava açılabileceği hususu, hâkim ve savcıların verecekleri kararlarda daha özgür ve kaygılardan uzak hareket etmelerine vesile olacakken bir yandan da haksız işlemlerinde kendilerine rücu edilecek olması işlerini daha titizlikle yapmalarını sağlayacaktır[362].

Konu ile ilgili diğer bir mesele de; CMK'nın 323/3. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu madde: *"Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve manevî zararlar bu Kanunun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir."* şeklindedir. Burada bir olağanüstü kanun yolu olan yargılanmanın yenilenmesi neticesinde şahıs hakkında tekrar yapılan yargılamada beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verildiği takdirde, önceki hükmün infazı sebebiyle doğacak zararlar açısından koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlere bir atıf söz konusudur.[363] Esasında burada koruma tedbirleri nedeniyle değil, infaz hükümlerine

[362] Donay, s. 265-269.
[363] Gürsel Yalvaç, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.3, S.2, 2015, s. 274.

ilişkin bir tazminat söz konusudur. Ancak bu başlık altında işlediğimiz CMK'nın 141. ve devamı maddelerine atıfta bulunması sebebiyle önem arz etmektedir[364].

Konumuz olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından koruma tedbirlerine ilişkin tazminat hükümlerinin uygulanması mümkün gözükmemektedir. Ancak bu durum konumuz olan koruma tedbirinin uygulanması neticesinde ortaya çıkacak zararların tazminin mümkün olmadığı anlamına gelmemektedir. Her ne kadar hâkim ve savcılara CMK'nın 141/3. maddesi uyarınca haksız uygulanan muayene ve örnek alma işlemleri açısından doğrudan bir dava açılması mümkün olmasa da; bu hususta devlettin sorumluluğunu devam etmektedir. Bu durumda genel hükümlere göre tazminat istenmesi mümkündür[365].

Ayrıca hem CMK'da tazminat hükümleri öngörülen koruma tedbirleri hem de bunların dışında kalan koruma tedbirleri açısından "Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru" yoluna müracaat edilmesi mümkündür. İç hukuk yollarının tüketilmesinin akabinde AİHM'e de buna ilişkin başvuru yapılabilecektir. Bu haliyle her ne kadar CMK'da konumuz olan beden muayenesi ve örnek alınması tedbirine ilişkin tazminat hükümleri düzenlenmemiş olsa da; gerçekleştirilen muayene ve örnek alma işlemlerinin haksız olduğunu düşünün kişiler Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunabilecek ve ayrıca buradan sonuç alamadığı takdirde AİHM'e başvuru yapabileceklerdir[366].

Yine beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması kararı her ne kadar hukuka uygun olsa da; bu tedbirin uygulayıcısı olan hekim ve sağlık mesleği mensuplarının eylemlerinden dolayı kişide bir zarar meydana gelmesi mümkündür. Burada kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin bir zarar söz konusudur. Bu durumda hakkında muayene ve örnek alma tedbiri uygulanan kişi, tedbirin uygulanması neticesinde zarara uğraması halinde Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca hekim veya sağlık mesleği mensubu kişiyi tazminattan sorumlu tutabilecektir[367].

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının haksız uygulanması ve bunun neticesinde hakkında tedbir uygulanan kişinin zarar görmesi olasıdır. Aslında bu

[364] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 351.
[365] Öztürk, Kazancı, Güleç, s. 339.
[366] Özbek, Doğan, Bacaksız, Tepe, s. 473.
[367] Ayşenur Şahin, "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini", ***Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.15, S.2, 2001, s. 124.

durum kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliğinde olan tüm koruma tedbirleri açısından mümkün olabilir. Hukuk devleti ilkesinin de bir gereği olarak devlet vatandaşlarının uğradığı zararı gidermekle yükümlü olacaktır. Anayasanın 125. maddesindeki: *"İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür."* hükmü bunu destekler niteliktedir. Ancak konumuz olan tedbir idarenin değil adli makamların kararları neticesinde uygulandığından bu noktada kanuni bir düzenleme şarttır. Kanaatimizce; CMK'daki koruma tedbirleri nedeniyle tazminata ilişkin hükümler yalnızca yakalama, tutuklama, arama ve el koyma tedbirlerine ilişkin değil tüm koruma tedbirlerine ilişkin düzenlenmelidir. Bu şekilde hem muayene ve örnek alma tedbiri hem de CMK'nın 141/1. maddesinde belertilmeyen diğer koruma tedbirleri açısından koruma tedbirleri sebebiyle tazminat hükümleri uygulanmasının yolu açılmalıdır. Bu durum aslında hukuk devleti ve adil yargılanma ilkeleri ile de yakından ilgilidir. Bu hususa ilişkin bir düzenlemeye gidilmesi şüphesiz ki Anayasal bir hak olan kişi hak ve özgürlüklerinin korunmasının sınırını da genişletecektir.

IV) CEZAİ HÜKÜMLER

Cezai hükümler başlığı altında ilk olarak akla Türk Ceza Kanunu'nun *"Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar"* başlıklı 9. bölümü gelmektedir. TCK'nın 134. maddesinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçu düzenlenmiştir. Buna göre; elde edilen verilerin ve inceleme sonuçlarının gizliliğine halel getirecek eylemde bulunan kişiler bu suçtan sorumlu olabilecektir. TCK'nın 136. maddesinde ise *"Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme"* suçu düzenlenmiştir. Bu madde; *"Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklindedir. Örneğin; bir ceza yargılamasında kişisel veri niteliğinde olan inceleme sonuçlarının kovuşturma ile ilgisi olmayan bir kişiye verilmesi bu suça sebebiyet verecektir. Ayrıca TCK'nın 137. maddesinde suçun nitelikli hallerinin düzenlendiği unutulmamalıdır. Suçun, *"kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle veya belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle"* işlenmesi halinde ceza yarı oranında arttırılacaktır. Yine TCK'nın konumuz ile ilgili 138. maddesinde düzenlenen "verileri yok etmeme" suçu önem arz etmektedir. Buna göre inceleme sonuçlarını yok etmek ile yükümlü olan kişilerin bu işlemi yapmadıkları takdirde CMK'nın 138. maddesi hükümlerince sorumu tutulabileceği unutulmamalıdır. Konumuz açısından değerlendirdiğimizde, verilerin yok edilmesine

ilişkin hüküm Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça belirtilmiştir. TCK'nın 138/2. maddesi de: *"Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu haliyle konumuz açısından verilerin yok edilmemesi durumunda TCK'nın 138/2. maddesi hükümlerinin esas alınması gerekecektir.

Öncelikle adli işlemlerde savcının emri doğrultusunda faaliyette bulunarak muhakemeye katılan kolluk görevlileri açısından bazı suçların oluşma ihtimalinin bulunduğunu söylemek gerekir. Çalışmamızın ilk bölümünde açıkladığımız üzere; konumuz olan koruma tedbiri uygulanırken insan onuru daima ön planda tutulmalı ve tedbirin uygulanması insan onuruna yaraşır şekilde gerçekleştirilmelidir. Yine beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması uygulanırken kötü muamele ve işkenceye varan davranışlar sergilenmesi halinde elde edilen delillerin hukuka uygunluğu tartışma konusu olacaktır. Bu hususların TCK'daki yansıması 94. maddede düzenlenen işkence suçudur. Bu madde; *"Bir kişiye karşı insan onuruyla bağdaşmayan ve bedensel veya ruhsal yönden acı çekmesine, algılama veya irade yeteneğinin etkilenmesine, aşağılanmasına yol açacak davranışları gerçekleştiren kamu görevlisi hakkında üç yıldan on iki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."* şeklindedir. Tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi muayene ve örnek alma işlemleri de doğasında bir zorlama barındırmaktadır. Ancak muayene ve örnek alma tedbiri uygulanırken orantılılık, insan onurunun korunması gibi ceza muhakemesi ilkelerinin göz ardı edilmesi sebebiyle tedbir uygulanan kişinin bedensel veya ruhsal acı duymasına, algılama ve irade yeteneğinin etkilenmesine sebebiyet verilmesi halinde TCK'nın 94. maddesi hükümlerinin gündeme geleceği unutulmamalıdır.

Yine kolluk görevlileri açısından, TCK'nın 257/2. maddesi önemlidir. Bu madde: *"Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız bir menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır."* şeklinde hüküm altına alınmıştır. Ülkemizde ayrı bir adli kolluk teşkilatı mevcut değildir. Muayene ve örnek alma işlemleri de teknolojik ve güncel gelişmelerin ışığında mevzuatımıza giren bir koruma tedbiridir. Bu anlamda asayiş birimlerinde görevli olan kolluk görevlilerine muayene, örnek alma, moleküler genetik inceleme, fiziki kimliğin tespiti gibi modern koruma

tedbirlerine ilişkin özel eğitimler verilmesi önemlidir. Bu hususlardaki bir bilgisizlik neticesinde yapılacak hataların, soruşturmanın akıbeti açısından geri dönülemez zararlara yol açma ihtimali mevcuttur. Bu sebeple konumuz olan muayene ve örnek alma işlemlerinin uygulanmasında kolluk görevlilerinin, Adalet Bakanlığı, Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlığı'nın koordinesinde bilinçlenmeleri adına eğitimler düzenlenmesi faydalı olacaktır. Bu şekilde koruma tedbirinin uygulanmasında rol alan kolluk görevlileri de TCK'nın 257. maddesi uyarınca sorumluluk altına girmemek adına daha titiz ve dikkatli çalışacaklardır[368].

Yine bilirkişi sıfatıyla muayene ve örnek alma tedbirini icra edecek olan hekim ve sağlık mesleği mensubu kişiler açısından da konuyu değerlendirmenin faydalı olacağını düşünüyoruz. Hekim ve diğer sağlık personellerinin de yükümlü oldukları hizmetleri ifa ederken haklarında sorumluluk doğuracak eylemleri gerçekleştirmeleri mümkündür. Bu sorumluluk medeni hukuk, idare hukuku alanlarına ilişkin olabileceği gibi, cezai bir sorumluluk da olabilir[369]. Bu noktada karşımıza TCK'nın 210/2. maddesi çıkmaktadır. Bu madde; *"Gerçeğe aykırı belge düzenleyen tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer sağlık mesleği mensubu, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezaya hükmolunur."* şeklinde düzenlenmiştir. Bu durumda iç veya dış beden muayenesi için adli makamlarca hastaneye sevki yapılan şahıs hakkında gerçeğe aykırı bir şekilde rapor düzenleyen doktor bu hükümlerden sorumlu tutulabilecektir. Yine eğer tabip veya sağlık görevlisinin muayene ve örnek alma tedbirini uygularken kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlüğünü yerine getirmemesi ve hakkında tedbir uygulanan şahsın bu sebeple yaralanması durumunda, TCK'nın taksirle yaralama suçuna ilişkin hükümlerinin gündeme gelebileceği unutulmamalıdır[370].

Sağlık görevlileri açısından son olarak TCK'nın 280. maddesinde düzenlenen "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçu" karşımıza çıkmaktadır. TCK'nın 280. maddesinin 1. fıkrası: *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği*

[368] Ali Rıza Çam, ***Adli Kolluk ve Bilişim***, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015, s. 51-52.
[369] Mehmet Demir, ***Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 211.
[370] Fatih Birtek, "Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı", ***ERÜHFD***, C.10, S.1, 2015, s. 63.

yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." şeklindedir. TCK'nın 280. maddesinin 2. fıkrasında da; sağlık mesleği mensubu deyiminin kimleri kapsayacağı belirtilmiştir. Örneğin; hastanenin acil servisinde görevli sağlık mesleği mensubu kişi, müracaatta bulunan kişiye yaralanmasının veya rahatsızlığının hangi olaya binaen meydana geldiğini sormalıdır. Adli bir olaya ilişkin yaralanma meydana geldiğinin bilgisini aldığında yahut bu durumdan şüphe edildiğinde adli rapor düzenlenerek kolluk birimlerine haber verilmelidir. Bu bildirim yükümlülük yerine getirilmediği takdirde hekim veya sağlık mesleği mensupları TCK'nın 280. maddesinde düzenlenen sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi suçundan sorumlu tutulabilecektir.

SONUÇ

Kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşıyan ve bir koruma tedbiri niteliğinde olan konumuz olan işlemlerin kanun ile düzenlenmesi Anayasanın 13. ve 17. maddeleri uyarınca zorunluluk arz etmektedir. CMUK döneminde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması yetersiz bir şekilde düzenlenmişti. Hatta CMUK'ta vücuttan örnek alınmasına ilişkin bir hüküm dahi mevcut değildi. Ceza Muhakemesi Kanunu'nda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının CMK ile ayrıntılı şekilde düzenlenmiş olması olumlu bir gelişmedir. Ancak şüpheli ve sanığın dış beden muayenesine CMK'da yer verilmemiş olması şüphesiz büyük bir eksikliktir. Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması ve şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinde olduğu şekilde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi de kişi hak ve özgürlüklerine müdahale niteliği taşıyıp koruma tedbiri özelliği göstermektedir. Bu haliyle Anayasaya uygun olacak şekilde şüpheli ve sanığın dış beden muayenesi CMK ile ayrıntılı şekilde hüküm altına alınmalıdır. Bu husus kişi hak ve özgürlüklerin korunmasının kapsamını da genişletecektir.

Mevzuatımızda muayene işlemleri "iç ve dış beden muayenesi" olacak şekilde ikili bir ayrıma tabi tutulmuştur. Tıp literatüründe bu şekilde bir ayrım söz konusu değildir. Her ne kadar Yönetmelik'te iç ve dış beden muayenesi kavramları tanımlanmış olsa da; bu hususta bir belirsizlik olduğu ortadadır. Doktrinde de iç ve dış beden muayenesi farklı yazarlarca farklı şekilde tanımlanmıştır. Bu durum ceza muhakemesi hukukumuzun bilimselliğine de zarar vermektedir. İç ve dış beden muayenesinin sınırlarının daha net bir şekilde çizilmesi uygulamada yeknesaklığın sağlanmasına da katkı sağlayacaktır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Birinci Kitap Üçüncü Bölümde "gözlem altına alma, muayene, keşif ve otopsi" başlığı altında düzenlenmesi, işlemlerin hukuki niteliği noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Her ne kadar muayene ve örnek alınmasının uygulanması bir bilirkişilik faaliyetini zorunlu kılsa da; kişi hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale niteliği taşıması ve hâkim, mahkeme ve gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı tarafından karar verilmesi sebebiyle koruma tedbiri niteliği ön plana çıkmaktadır. Bazı yazarlarca da muayene ve örnek alma işlemleri "modern koruma tedbirleri" başlığı

altında ele alınmaktadır. Bu haliyle muayene ve örnek alma işlemleri bir koruma tedbiri titizliği ile uygulanmalıdır.

Her koruma tedbirinde olduğu şekilde muayene ve örnek alma işlemleri de doğal bir zorlamayı içerisinde barındırmaktadır. Mevzuatımız kapsamında kişinin rızası olmasa dahi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanabilmesi mümkündür. Bu sebeple hakkında beden muayenesi ve örnek alınması işlemleri uygulanacak kişinin rızasının bulunmadığı durumlarda kişi tedbir hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilerek ve tedbirin ifasında orantılılık ilkesi ön planda tutularak olası kişilik hakkı ihlallerinin önüne geçilmesi sağlanmalıdır.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanma koşullarında CMK ile Yönetmelik arasında bazı farklılıklar söz konusudur. Şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında CMK'ya göre işlemi sağlık mesleği mensupları tabip gözetimi olmadan gerçekleştirebilecekken Yönetmelik'e göre şüpheli ve sanığın iç beden muayenesi yalnızca tabip tarafından, vücuttan örnek alınması ise tabip ve tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu tarafından gerçekleştirilecektir. CMK ile düzenlenmiş bir hususun Yönetmelik ile sınırlandırılması doğru olmamıştır. Şüpheli ve sanığın hem iç beden muayenesi hem de vücudundan örnek alınması işlemleri "tabip veya tabip gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu" tarafından yerine getirilmelidir.

Şüpheli ve sanığın dış beden muayenesinin CMK ile düzenlenmemiş olmasının eksikliği yanında savcı denetimi olmadan kolluk görevlilerince uygulanabilmesi noktasında da eksiklik söz konusudur. Soruşturma aşamasının amirinin savcı olduğu ve kolluk görevlilerinin savcının talimatları doğrultusunda soruşturma işlemlerini yürüttüğü düşünüldüğünde; kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiren bu işlemin doğrudan kolluk görevlilerinin inisiyatifine bırakılması doğru olmamıştır. Kolluk görevlilerinin şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini uygulamaları gerektiği düşünülüyor ise bu husus gecikmesinde sakınca bulunan haller ile sınırlı tutulmalı ve CMK'da açıkça hüküm altına alınmalıdır. Ayrıca Yönetmelik'te şüpheli ve sanığın dış beden muayenesini talep edecek makamlar gösterilmiş ancak bu işleme kimin karar vereceği belirtilmemiştir. Bu konu da yine CMK'da hüküm altına alınarak bu hususta belirsizlik giderilmelidir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanacağı diğer kişilerin kapsamı noktasında da bir belirsizlik söz konusudur. CMK'nın 76. maddesinin başlığında "diğer kişiler" ibaresi geçmesine karşın birinci fıkrada yalnızca mağdurdan bahsedilmiştir. Üçüncü fıkrada da "soybağı tespit edilecek çocuk" a ilişkin hüküm mevcuttur. Yönetmelik'te ise diğer kişiler ve mağdur kavramları birlikte ele alınmıştır. Bu hususta "diğer kişiler" kavramının kapsamı tartışmaya mahal vermeyecek açıklıkta en azından Yönetmelikle belirlenmelidir.

CMK'nın 77. maddesinde "kadının muayenesi" ayrıca hüküm altına alınmıştır. Kadına olanaklar el verdiğinde bir kadın hekim tarafından muayeneyi talep hakkı verilmesi karşın erkek kişilere bu hususta bir talep hakkı tanınmaması doğru olmamıştır. Nitekim tedbir uygulanacak kadın en ufak yaralanmalarda dahi kadın hekim tarafından muayene edilmeyi talep edebilecekken cinsel muayenesi yapılacak bir erkek, erkek hekim tarafından muayene edilmeyi talep edemeyecektir. Kadınlara bu hususta bir talep hakkının tanınması toplumsal duyarlılıklara ve mahremiyet algısına uygun olmakla birlikte bu hakkın cinsiyet ayrımı gözetilerek erkeklere tanınmamış olması orantılılık ve eşitlik ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır.

Genital muayene hem toplumsal hem de hukuki açıdan önem arz etmektedir. Geçmişte özellikle aileler tarafından kişinin rızası olmadan gerçekleştirilen bekâret kontrolüne ilişkin muayeneler kişilerde travmalara sebebiyet vermiştir. Bu sebeple cinsel organlar ve anüste yapılacak muayenenin iç beden muayenesi hükümlerine tabi tutulması isabetli olmuştur. Bu şekilde hâkim veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı bulunmadan bu muayeneler gerçekleştirilemeyecektir. Ayrıca TCK'nın 287. maddesinde bu hususun bir suç türü olarak ele alınması da CMK'nın 75/4. maddesini destekler niteliktedir.

Ülkemizde trafik kazaları sebebiyle ölümler ve yaralanmalar oldukça fazladır. Bu kazaların sebeplerinin başında da uyuşturucu ve alkol kullanımı gelmektedir. Karayolları Trafik Kanunu'nun 48/2. ve Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu'nun 13. maddeleri uyarınca kolluk görevlileri hâkim veya savcı kararı olmadan da örnek alma işlemini gerçekleştirebileceklerdir. Her ne kadar vücuttan örnek alma işlemi kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıması sebebiyle uygulanmasının sıkı şartlara bağlanması önemli olsa da; CMK'nın 75/7. maddesine dayanarak yapılacak bu

işlemlerin trafik güvenliğinin temini noktasında kolluk görevlilerinin hızlı hareket etmesi açısından önemli olduğu ortadadır.

Moleküler genetik inceleme, muayene ve örnek alma işlemleri neticesinde elde edilecek deliller üzerinde yapılması sebebiyle konumuzla yakından ilişkilidir. Muayene ve örnek alınması, moleküler genetik incelemeye veri sağlanması sebebiyle hem bu koruma tedbirinin tamamlayıcısı hem de bir ön koşuludur. CMK ile mevzuatımıza giren DNA incelemesi sayesinde doğruluk oranı yüksek karşılaştırmalar yapılabilmektedir. Bu durum suç ve suçlu ile mücadele noktasında adli makamlara ciddi bir avantaj sağlamaktadır.

DNA incelemesi neticesinde elde edilecek sonuçlar kişisel veri kabul edilerek "kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi" durumlarında yok edilecektir. Ancak mahkûmiyet kararı verilmesi halinde bu sonuçların akıbeti ile ilgili kanunda bir boşluk söz konusudur. Elde edilecek karşılaştırma sonuçlarının bir arşivde saklanarak gelecek ceza muhakemesi işlemlerinde kullanılabilmesi önem arz etmektedir. Bu sebeple ülkemizde "DNA veri bankalarının kurulmasına" ilişkin kanun ivedilikle yürürlüğe girmelidir. Bu durum özellikle faili meçhul suç oranlarının azalmasına ciddi şekilde katkı sağlayacaktır.

Mevzuatımızda beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hakkında "itiraz kanun yolu" öngörülmüştür. Her ne kadar konumuz olan koruma tedbiri hakkında doğrudan istinaf ve temyiz kanun yoluna başvurulamasa da; tedbirin uygulanmasındaki hukuka aykırılıklar eğer hükme esas teşkil ediyorsa bozma konusu yapılabilecektir. Ayrıca istinaf aşamasında işin esasına ilişkin değerlendirme yapılarak delil toplanması mümkün olduğundan istinaf aşamasında da gerekli görüldüğü takdirde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanması mümkündür. Yine istinaf aşamasında verilecek muayene ve örnek alınması kararı açısından da itiraz yoluna başvurulması mümkündür.

Ceza mevzuatımızda koruma tedbirleri nedeniyle tazminat müessesesi yalnızca bazı tedbirler ile sınırlı olarak ele alınmıştır. Koruma tedbirlerinin tümü kişilik haklarına doğrudan müdahale niteliği taşıdığından uygulanması neticesinde kişilerin bir hak kaybına uğrama ihtimalleri mevcuttur. Bu sebeple yalnızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması açısından değil tüm koruma tedbirleri açısından tazminat

hükümlerinin uygulanabilmesi sağlanmalıdır. Ayrıca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının uygulanmasında zarara uğrayan kişinin genel hükümler uyarınca uğradığı zararı tazmin yoluna başvurması mümkündür.

Konumuz olan koruma tedbirinin uygulanmasında CMK'da öngörülen şartlar ve ceza muhakemesine hâkim olan ilkeler daima göz önünde bulundurulmalıdır. Bu hususlara dikkat edilmeden gerçekleştirilecek muayene ve örnek alma işlemleri neticesinde elde edilecek deliller hukuka aykırı hale gelecektir. Hem delillerin hukuka uygun şekilde temin edilerek yüksek yargıda hükmün bozulmasının önüne geçilmesi hem de kişilik haklarına hukuka aykırı müdahaleden bulunulmaması açısından bu hususlar önem arz etmektedir.

Hakkında muayene ve örnek alma işlemleri uygulanan kişilerden elde edilen bulgular ve inceleme sonuçları kişisel veri niteliğinde olduğundan sorumlular hakkında TCK'nın 134. ve devamı maddeleri uyarınca işlem yapılması mümkündür. Tedbirin ifasında görev alacak kolluk birimleri de ihmali davranışları neticesinde hukuka aykırı davranışlarda bulundukları takdirde TCK'nın 257/2. maddesi uyarınca sorumlu olacaklardır. Tedbiri uygulayan hekim veya sağlık mesleği mensuplarının kasıt olmadan kişide yaralanmaya sebebiyet vermeleri durumunda da "taksirle yaralamaya" ilişkin hükümler gündeme gelecektir.

Muayene ve örnek alma işlemlerini gerçekleştirecek sağlık personeli ve soruşturmada görev alan kolluk görevlileri tedbir hakkında ayrıntılı bir şekilde bilgilendirilmelidir. Kişiden alınacak saç örneklerinde kökünden ve yeteri kadar alınmadığı takdirde mukayeseye elverişsiz olmaktadır. Kan gibi bozulması mümkün olan örnekler açısından da temini, muhafazası ve ilgili birimlere ulaştırmasında görev alan kolluk birimlerinin gerekli özeni göstermemesi durumunda deliller kaybolabilmekte veya özelliğini yitirebilmektedir. Bu sebeple Adalet Bakanlığı, Emniyet genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Sağlık Bakanlığı koordinesinde sağlık görevlilerinin, kolluk birimlerinin ve hatta hâkim ve savcıların beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hakkında bilinçlendirilmesi önem arz etmektedir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin, "Dış Beden Muayenesi", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, S.27, 2016, s.a. 83-124.

Aksoy, Ercüment, ***Cinsel Saldırıların Muayenesi***, https://www.ttb.org.tr/eweb/adli/5.html, Erişim Tarihi: 26/04/2020.

Akyürek, Güçlü, ***Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Alan, Nuri, "Demokratik Hukuk Devleti ve Anayasa", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, C.58, S.1, 2003, s.a. 1-9.

Altıparmak, Cüneyd, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi Kapsamında Adil Yargılanma Hakkının Esasları", ***TBB Dergisi***, S.63, 2006, s.a. 244-270.

Altundiş, Mehmet, "Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, Y.7, S.28, 2016, s.a. 313-352.

Apiş, Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Şüpheli/Sanığın Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.18, S.1, 2012, s.a. 267-296.

Arslan, Kahan Onur, "İnsan Onuru Kavramı ve Koruma Tedbirleri Bağlamında Temel Bir İlke Olarak İnsan Onurunun Korunması", ***TBB Dergisi***, S.120, 2015, s.a. 155-172.

Atalay, Ayşe Özge, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Moleküler Genetik İncelemelerin Özel Nitelikli Kişisel Verilerin Korunması Açısından Değerlendirilmesi", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.7, S.2, 2019, s.a. 127-184.

Aydın, Devrim, ***Ceza Muhakemesinde Deliller***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Aygün, Aydın, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.8, 2016, s.a. 49-73.

Aygün, Aydın, "Genital Muayene Suçu", ***Türkiye Adalet Akademisi Dergisi***, S.26, 2016, s.a. 377-394.

Balo, Yusuf Solmaz, "Ceza Muhakemesi Kanununda Öngörülen İstinafın Değerleri ve Bunların Sağlanabilirlik Koşulları", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.7, 2016, s.a. 209-245.

Balta, Tahsin Bekir, Kubalı, Hüseyin Nail, "Türkiye'de Hukuk Devleti Anlayışı", ***Ankara Üniversitesi SBF Dergisi***, C.15, S.3, 1960, s.a. 1-10.

Başer, Zehra, "Türk ve Alman Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Vücudundan Kan Örneği Alınmasına İlişkin Karar", ***İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, S.2, 2017, s.a. 273-303, (https://jurix.com.tr/article/9663), Erişim Tarihi: 13/10/2020.

Baştürk, İhsan, "Adil Yargılanma Hakkının Korunmasında Hâkim ve Savcı Eğitiminin Rolü", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.1, 2014, s.a. 55-66.

Batur, Necat, "Ceza Yargılamasında Moleküler Genetik İnceleme", ***TBB Dergisi***, S.126, 2016, s.a. 69-94.

Baytar, Serdal, "Koruma Tedbirlerinden Doğan Zararın Karşılanması", ***TBB Dergisi***, S.61, 2005, s.a. 359-373.

Bayzit, Tuğba, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması***, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2007.

Bıçak, Vahit, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 4. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2018.

Birtek, Fatih, "Tıbbi Uygulama Hataları Bakımından Taksir-Bilinçli Taksir Ayrımı", ***ERÜHFD***, C.10, S.1, 2015, s.a. 63-106.

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

Centel, Nur, Zafer, Hamide ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 14. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2017.

Centel, Nur, "Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın", ***Polis Dergisi***, S.44, 2005. (Centel, "Ceza Yasası ve Kadın")

Chalmers, Don, ***Genetic Testing and the Criminal Law, 1, DNA Fingerprinting, 2 Criminal Procedure (International Law),*** I. Title, UCL Press, Londra, 2005.

Cin, Yasemin Güven, ***Hasta Tanılamada Fiziksel Değerlendirme***, http://www.acibademhemsirelik.com/e-dergi/yeni_tasarim/files/yasemin.pdf, Erişim Tarihi: 13/04/2020.

Çakal, Ayşe, ***Türk Özel Hukukunda Tıbbi Müdahaleye Rıza***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Çam, Ali Rıza, ***Adli Kolluk ve Bilişim***, 12 Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Demir, Mehmet, ***Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Dener, Yücel, Hancı, İ. Hamit, Turan, Osman Fırat, Hancı, Tuba, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi", ***Ulaşım ve Trafik Güvenliği Dergisi***, Ağustos 2012, s.a. 3-24.

Dilberoğlu, Vedat, "Cezalar ve Güvenlik Tedbirlerinin Amacı ve Niteliği", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s.a. 1517-1544.

Dirim, Vuslat, "Ceza Yargılamasında Adil Yargılanma İlkesi (Dava süresi-Aleniyet-Şüpheli ve Sanık Hakları)", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi,*** C.3, S.2, 2015, s.a. 161-179.

Doğan, Recep, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", ***Türkiye Barolar Birliği Dergisi***, S.142, 2019, s.a. 93-132.

Donay, Süheyl, ***Güncelleştirilmiş Ceza Yargılaması Hukuku***, Beta Yayınları, İstanbul, 2015.

Dost, Süleyman, "Uluslararası Hukukta Orantılılık İlkesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, Y.6, S.12, 2018, s.a. 361-399.

Dönmez, Burcu, "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.9, Özel Sayı, 2009, s.a. 1145-1177.

Dönmez, Burcu Demren, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Çapraz Sorgu***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.

Dursun, Gizem, "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması ve Konuya İlişkin AİHM Kararlarının İncelenmesi", ***D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan,*** C.19, Özel Sayı, 2017, s.a. 2955-2996.

Dursun, İsmail, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Taşınmazlara, Hak ve Alacaklara El Koyma", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.21, S.2, 2015, s.a. 535-558.

Dülger, İbrahim, "Genital Muayene Suçu (TCK 287)", ***Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2008, s.a. 45-70.

Dülger, Murat Volkan, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması", ***İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2016, s.a. 101-168.

Dündar, Meltem, ***İngiliz ve Türk Ceza Muhakemesi Hukuklarında Hukuka Aykırı Deliller***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Ergül, Ozan, Kontacı, Ersoy, Akgün, Deniz Polat, ***Güncel ve Notlu 1982 Anayasası***, 5. Baskı, Savaş Yayınevi, Ankara, 2018.

Erman, Barış, ***Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2003.

Ersoy, Uğur, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Şirket Yönetimine Kayyım Tayini***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2009. (Ersoy, "Kayyım Tayini")

Ersoy, Uğur, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Aleyhe Değiştirme Yasağı***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. (Ersoy, "Aleyhe Değiştirme Yasağı")

Ersoy, Uğur, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Hukuki Çare ve Kanun Yolu Kavramları Bağlamında Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı'nın İtiraz Yetkisi", ***Ceza Hukuku Dergisi***, Y.10, S.29, 2015, s.a. 67-124.

Fendoğlu, Hasan Tahsin, ***Anayasa Hukuku***, 4. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Gedik, Doğan, ***Ceza Muhakemesinde İspat ve Şüphenin Sanık Lehine Yorumlanması***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Göçmen, Ozan Kaya, "Adli Kontrol Koruma Tedbirinin İnsan Hakları Işığında Değerlendirilmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s.a. 1749-1814.

Gökcen, Ahmet, Balcı, Murat, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim, ***Ceza Muhakemesi Hukuku I***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017. (Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, "Ceza Muhakemesi Hukuku I")

Gökcen, Ahmet, Balcı, Murat, Alşahin, Mehmet Emin, Çakır, Kerim, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. (Gökcen, Balcı, Alşahin, Çakır, "Ceza Muhakemesi Hukuku")

Gönenç, Fulya İlçin, Aslanova, Kemale, "Biyobankalar ve Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı", ***İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.2, 2018, s.a. 13-32.

Gören, Zafer, "Temel Hakların Sınırlanması- Sınırlamanın Sınırları", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.6, S.12, 2007, s.a. 39-59.

Gören, Zafer, "Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.6, S.12, 2007, s.a. 21-37.

Gülsoy, Tevfik, Kök, Nezih, "Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme", ***AÜHFD***, C.9, S.1-2, 2005, s.a. 1-21.

Gülsün, Ramazan, "İnsan Onuru ve Lekelenmeme Hakkı", ***International Journal Of Legal Process***, C.1, S.2, 2015, s.a. 17-42.

Hafızoğulları, Zeki, Özen, Muharrem, "Özel Hayat ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar", ***Ankara Barosu Dergisi***, Y.69, S.4, 2009, s.a. 9-22.

Hakeri, Hakan, "Türk Tıp Hukukunda Aydınlatma ve Tıbbi Müdahalelerde Bilgilendirilmiş Rıza Alınması Yönetmeliği Taslağı", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2006, s.a. 31-48.

Huber, Ernst Rudolf, (Çev: Tuğrul Ansay), "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.27, S.3, 1970, s.a. 27-51.

İçer, Zafer, Yenidünya, Caner, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.

İnci, Özen, "Şüpheli ve Sanığa Rağmen Bir Ceza Muhakemesi Hukuku mu? Şüpheli ve Sanığın Ceza Muhakemesi İşlemlerine Katlanma Yükümlülüğü ve Bu Yükümlülüğün Sınırları Hakkında Düşünceler", ***Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.7, S.2, 2017, s.a. 119-168. (İnci, "Katlanma Yükümlülüğü")

İnci, Özen, "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, s.a. 1997-2046.

İnci, Özen, "Türkiye'nin Bir İnsan Onuru Sorunu Olarak Ceza İnfaz Kurumlarında Uygulanan Çıplak Arama Üzerine Bir İnceleme", ***Terazi Hukuk Dergisi***, C.11, S.120, 2016, s.a. 50-70.

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, "Vücuttan Örnek Alma İşleminin Hukuki Niteliği ve Anayasaya Uygunluğu", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Hukuk Araştırmaları Dergisi***, C.19, S.2, 2013, s.a. 1157-1175. (İpekçioğlu, "Anayasaya Uygunluğu")

İpekçioğlu, Pervin Aksoy, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, C.70, S.19, 2012, s.a. 19-38. (İpekçioğlu, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alma")

İtişgen, Rezzan, ***Kişinin Kendini Suçlamaya Zorlanamaması İlkesi (Nemo Tenetur İlkesi) ve Susma Hakkı***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Kahraman, Erkut Güçlü, "Yeterli Şüphe Kavramının İddianamenin İadesi Kurumu Bakımından Değerlendirilmesi", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, S.1, 2014, s.a. 123-150.

Kaplan, Mahmut, Aydın, Özgür, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", ***Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.2, S.3, 2016, s.a. 113-133.

Karabulut, Ferhat, Karapazarlıoğlu, Ersin, Tosun, Hamza, "Ceza Muhakemesinde Delil Kavramı ve Kovuşturma Sürecinde Hâkimlerin Delil Algısı", ***TBB Dergisi***, S.120, 2015, s.a. 385-422.

Karaburun, Gökhan, "Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları", ***Adli Tıp Bülteni***, C.22, S.3, 2017, s.a.200-207.

Kaya, Ahsen, Karadayı, Beytullah, Ozar, Özlem Kolusayın, Özaslan, Abdi, "Adli Tıp Hekimlerinin Genital Muayene Olgularına Yaklaşımlarının Değerlendirilmesi", ***Türk Klinikleri Adli Tıp ve Adli Bilimler Dergisi***, C.9, S.1, 2009 s.a. 7-12.

Kaymaz, Seydi, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İstinaf Kanun Yoluna İlişkin Bazı Değerlendirmeler", ***İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası***, C.74, S.1, 2016, s.a. 107-121.

Keklik, Ramazan, "Ceza Yargılamasına İlişkin Temyiz Yasa Yolunda Yargıtay Kararları Üzerine Yapılacak İşlemlerin Kronolojik İncelemesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.6, 2015, s.a. 185-225.

Kılınç, Doğan, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", ***AÜHFD***, C.61, S.3, 2012, s.a. 1089-1169.

Kızılarslan, Hakan, ***Ceza Muhakemesi, Adli Tıp, Adli Bilimlerde Vücudun Muayenesi ve Örnek Alma***, Kızılarslan Serisi 1, Ankara, 2007.

Kiziroğlu, Serap Keskin, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Basit Arama (Adli Arama)", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.58, S.1, 2009, s.a. 139-168.

Koca, Mahmut, "Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Hekimler Hakkında Uygulanacak Yaptırımlar", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2016, s.a. 91-128.

Kocaoğlu, Serhat Sinan, "Susma Hakkı", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.1, 2011, s.a. 29-58.

Konrat, Merve, "Ceza Yargılamasında İç ve Dış Beden Muayenesi", ***Adli Bilimler Dergisi***, C.10, S.4, 2011, s.a. 43-49.

Korkmaz, Ali, "İnsan Hakları Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması", ***KMÜ Sosyal ve Akademik Araştırmalar Dergisi***, C.16, Özel Sayı I, 2014, s.a. 99-103.

Kuluçlu, Erdal, "Türk Hukuk Sisteminde Normlar Hiyerarşisi ve Sayıştay Denetimine Etkileri", ***Sayıştay Dergisi***, S.71, 2008, s.a. 3-22.

Kunter, Nurullah, Yenisey, Feridun, Nuhoğlu, Ayşe, ***Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Baskı, Beta yayınları, Ankara, 2010.

Mahmutoğlu, Fatih Selami, "Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması", Erişim:http://fsmahmutoglu.av.tr/pdf/76b00da1de336791f454b4977f6319d9cdf4656d7818071225.pdf.

Nuhoğlu, Ayşe, "Beden Muayenesi", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.3, S.2, 2006, s.a. 323-337.

Nuhoğlu, Ayşe, "Genital Muayene Suçu", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s.a. 2987-2999. (Nuhoğlu, "Genital Muayene Suçu")

Oğuz, Sefer, "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", ***Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi***, C.13, S.2, 2018, s.a.121-138.

Ömeroğlu, Ömer, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli ve Sanığın Fiziki Kimlik Tespiti", ***TBB Dergisi***, S.115, 2014, s.a. 61-102.

Önok, Murat, (Editör: Prof. Dr. Nur Centel), ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Güncel Konular***, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2015.

Öntan, Yaprak, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik***, Yetkin Yayınları, Ankara, 2014.

Özalp, Nabi, "Uygulamada Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat (CMK m.141-144)", ***TBB Dergisi***, S.145, 2019, s.a. 81-158.

Özbek, Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", ***Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.3, S.2, 2016, s.a. 357-406.

Özbek, Veli Özer, Doğan, Koray, Bacaksız, Pınar, Tepe, İlker, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 10. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2017.

Özbilen, Arif Barış, "Vücut Bütünlüğüne Yönelik Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu Bakımından Rızanın Aranmadığı Haller", ***İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi***, Y.12, S.24, 2013, s.a. 99-124.

Özbudun, Ergun, ***Türk Anayasa Hukuku***, 18. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Özen, Mustafa, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri***, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Özen, Muharrem, "Türk Ceza Muhakemesinde İstinaf", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.65, S.4, 2016, s.a. 2331-2388.

Özkan, Ceren, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması***, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2018.

Özmen, Remzi, ***TCK- CMK ve İnfaz Kanunu***, 54. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.

Öztürk, Bahri, Kazancı, Behiye Eker, Güleç, Sesim Soyer, ***Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbirleri***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, Gezer, Özge Sırma, Kırıt, Yasemin F Saygılar, Akcan, Esra Alan, Tütüncü, Efser Erden, Özaydın, Özdem, ***Ana hatlarıyla Ceza Muhakemesi Hukuku***, 4. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Öztürk, Bahri, Tezcan, Durmuş, Erdem, Mustafa Ruhan, Gezer, Özge Sırma, Kırıt, Yasemin F. Saygılar, Akcan, Esra Alan, Özaydın, Özdem, Tütüncü, Efser Erden, Villemin, Derya Altınok, Tok, Mehmet Can, ***Nazari ve Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku***, 12. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Öztürk, Bahri, Erdem, Mustafa Ruhan, ***Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku***, 17. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

Öztürk, Namık Kemal, ***Anayasa Hukuku***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Salihpaşaoğlu, Yaşar, "Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan hakları Mahkemesi Kararları Işığında Bir Değerlendirme", ***Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.17, S.3, 2013, s.a. 227-266.

Seçkin, Mehmet Beyhan, ***Mağdur Hakları***, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.

Soyaslan, Doğan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018.

Şahin, Ayşenur, "Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini", ***Ankara Hacı bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.15, S.2, 2001, s.a. 123-166.

Şahin, Cumhur, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2005. (Şahin, "Gazi Şerhi")

Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. (Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku")

Şahin, Cumhur, ***Ceza Muhakemesi Hukuku I***, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

Şahin, Cumhur, Göktürk, Neslihan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku II***, 7. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018. (Şahin, Göktürk, "Ceza Muhakemesi Hukuku II")

Şahin, Meral Ekici, ***Ceza Hukukunda Rıza***, 12 Levha Yayıncılık, Ankara, 2012.

Şentuna, Mustafa Tarık, ***Tutuklama ve Adli Kontrol***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.

Taner, Fahri Gökçen, "5271 Sayılı CMK'nın Temyiz Kanun Yoluna İlişkin Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesiyle Ortaya Çıkan Farklılıklar", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.4, 2017, s.a. 47-78.

Taşdelen, Okan, "Çelişkili Yargı Kararlarının Adil Yargılanma Hakkın Bağlamında Değerlendirilmesi", ***Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi***, S.7, 2016, s.a. 987-1024.

Toroslu, Nevzat: ***Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler,*** Hukuk Kurultayı 2000, Cilt II, Ankara, 2000.

Toroslu, Nevzat, Feyzioğlu, Metin, ***Türk Ceza Kanunu Ceza Muhakemesi Kanunu ve İlgili Kanunlar***, 31. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2019.

Toroslu, Nevzat, Feyzioğlu, Metin, ***Ceza Muhakemesi Hukuku***, 18. Baskı, Savaş Yayınları, Ankara, 2018.

Tulay, Muhammed Emre, "Kanunilik İlkesi Işığında Ceza Hukuku Kurallarının Zaman Bakımından Uygulanması ve Delil Elde Etme Yöntemlerinde Zaman Bakımından Uygulanma Sorunu", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi,*** C.22, S.3, 2016, s.a. 2715-2736.

Tunçer, Asuman İnce, "Susma Hakkı Bağlamında Birtakım Ceza Muhakemesi İşlemlerinin Değerlendirilmesi", ***Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.4, S.2, 2018, s.a. 355-379.

Tüzüner, Özlem, "Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", ***Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.62, S.4, 2013, s.a. 1139-1168.

Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, "Güncel Tartışmalar ve Gelişmeler Işığında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.16, Özel Sayı, 2015, s.a. 3099-4044. (Uğurlubay, "Ceza Muhakemesi Hukukunda İtiraz")

Uğurlubay, Gülsün Ayhan Aygörmez, "Almanya, İsviçre ve Avusturya Hukuku Bağlamında Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Adli DNA Analizleri", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.5, S.2, 2017, s.a. 29-87. (Uğurlubay, "DNA Analizleri")

Ulukapı, Ömer, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", ***Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,*** C.9, S.3-4, 2001, s.a. 191-207.

Uyumaz, Murat, ***Soybağı Davalarında Usule İlişkin Hükümler***, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2014.

Ünver, Yener, Hakeri, Hakan, ***Ceza Muhakemesi Hukuku,*** 13. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Yalvaç, Gürsel, "Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat", ***Ceza Hukuku ve Kriminoloji Dergisi***, C.3, S.2, 2015, s.a. 267-306.

Yaşar, Yusuf, Dursun, İsmail, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve El Koyma Koruma Tedbiri", ***Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.19, S.3, 2013, s.a. 3-34.

Yenidünya, Caner, "5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda Kamu Davasının Açılması, İddianamenin Unsurları ve İadesi", ***e-akademi Dergisi***, S.60, 2007.

Yenisey, Feridun, Çulha, Rıfat, Demirağ, Fahrettin, Nuhoğlu, Ayşe, Oktar, Salih, Tezcan, Durmuş, ***Ceza Muhakemesi Hukuku Başvuru Kitabı***, 2. Baskı, Bilge Yayınevi, Ankara, 2017.

Yıldırım, Ali, "Şüphelinin Susma Hakkı", ***Ankara Barosu Dergisi***, S.5-6, 1988, s.a. 682-702.

Yıldız, Hayrettin, "Hukuk Devletinin Gelişim Sürecinde Mülk Devletinin ve Polis Devletinin Yeri", ***Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, C.15, S.2, 2013, s.a. 211-230.

Yurtcan, Erdener, ***Ceza Yargılaması Hukuku***, 15. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018. (Yurtcan, "Ceza Yargılaması")

Yurtcan, Erdener, ***Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi***, 8. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

Yücel, Özge, Sert, Gürkan, ***Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları***, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2018.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=BEDEN, Erişim Tarihi: 06/10/2020.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&kelime=MUAYENE, Erişim Tarihi: 06/10/2020.

http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5d9a48761b05d0.07605495, Erişim Tarihi: 06/10/2020.

http://www.unicankara.org.tr/doc_pdf/h_rigths_turkce.pdf, Erişim tarihi: 05/12/2020.