

**T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

DOKTORA TEZİ

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA**

HAZIRLAYAN;

HAKAN KIZILARSLAN

DOKTORA 1305

TEZ DANIŞMANI;

DOÇ. DR. SERAP KESKİN (KIZIROĞLU)

İSTANBUL-2007

**CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA
VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA**

ÖNSÖZ

1987 yılında başlayan Doktora çalışmamızın, en zahmetli ve bir o kadar da keyifli ürünü olan tezimizin konusu; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma” 'dır. Bu konu, ülkemizde, uygulaması eski ancak normatif kurgusu yeni bir konudur. Böyle bir konunun seçilmesinin temel amacı; “temel insan hakları olan sağlık, özel hayatın gizliliği, kişi dokunulmazlığı gibi hakları doğrudan ilgilendiren koruma tedbiri niteliği ve Ceza Muhakemesi Hukuku'nun delile ve delilin değerlendirilmesine giden yolda en önemli köşe taşlarından biri olması dolayısıyla, Ceza Muhakemesi Hukuku açısından, bilimsel bir temelde araştırılarak, -uygulamanın içindeki bir kişi olarak- araştırmacılara ve sahadaki uygulayıcılara, yararlanabilecekleri bir kaynak yaratabilme çabasıdır”. Bu şekilde, pozitif hukukumuzda olması gerekene daha kolay varılacağı düşünülmekte ve umulmaktadır.

Konunun multidisipliner yönü gereği, hukuk, tıp ve insan hakları öğretilerinin birbirleriyle kesiştiği alanlarda ortaya çıkan sorunlar, bu çalışmanın hazırlanmasındaki asıl zorluğu oluşturmuştur. Pozitif hukukumuzda konunun henüz tam olarak düzenlenmemiş bulunması, kaynak sorunu yanı sıra, kaynakların farklı bilim dallarına ait olması nedeniyle de doğru kaynakların bulunması sorunlarını yaratmıştır. Mehz Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'nda konuyla ilgili doktrinin zenginliği, Anglo-Sakson Hukukundaki son yasalaştırma çalışmaları (*PACE, 1332 Murray Yasası*) ve mevcut yapının bilinmesi, çalışmanın doğru yöne oturmasında çok faydalı olmuştur.

Bu çalışmam sırasında, öncelikle; özellikle kendisine ayırdığım vakitler kısıtlandığında sabreden sevgili eşim ve en iyi dostum **Aydan'** ıma ve özelemlerini sinelerinde uyutan oğullarım **Şükrü Kağan** ve **Aykan'** ıma, 1979 yılından bu yana, önümde birer hukuk abidesi gibi dikilen ve önümü ışıtan hocalarım, öncelikle, artık sonsuzlukta yaşadığına inandığım **Ord. Prof. Dr. Dr. hc. mult. Sulhi DÖNMEZER'** e, her zaman Hocam **Prof. Dr. Köksal BAYRAKTAR'a**, ilgi ve yardımlarını benden esirgemeyen **Prof. Dr. Feridun YENİSEY** ve **Prof. Dr. Füsun SOKULLU** hocalarıma, bu eserin oluşumunda en önemli paya sahip olup, beni sürekli yönlendiren ve yüreklendiren, en zor dönemlerinde bile vaktini ve enerjisini esirgemeyen, hocam, tez danışmanım **Doç. Dr. Serap KESKİN (KIZIROĞLU)**'

na, hem önderliklerini hem dostluklarını gördüğüm, çalışmanın doğru yönde ilerlemesine büyük katkıları olan tez danışmanlarım **Prof. Dr. Gürsel ÇETİN** ve **Doç Dr. Yener ÜNVER**'e, Adli Tıp ve Adli Bilimler'le ilgili her konuda yardımlarını gördüğüm **Prof. Dr. İ. Hamit HANCI** ve **ekibine**, Sayın **Müşerref GÜNEŞ** Hanımefendiye, çok kahrımı çeken **Biol VESKE**' ye huzurlarınızda teşekkür ve şükranlarımı iletiyorum.

Ben, sırlı eski bir aynada, sisler arasında bir hayal gördüm. Uyandığında hayal uçmuş sisler duruyordu. Hayalimi tekrar yakalayabilmek için acıyana kadar gözkapaklarımı sıktım. 20 yıl sürdü. Gözlerimin sızısı, yüreğimde her kımıldanışında kanımı ve kendime güvenimi hoyratça akıtan kehribar saplı hançer, bu günlere kadar beni bırakmadılar. Hayal kaçtı ben kovaladım. Ben yoruldu hayal yorulmadı. Hayatımla hayalim arasında sıkıştım kaldım. Başlaması mı zordu, yoksa bitirmesi mi? Demir çarık, demir asa, meslektaşlarıma ve karındaşıma rağmen ve onların sayesinde yirmi yıl yol aldım. Aslında bir arpa boyu gittiğim...

Çalışmanın hukukumuz ve hukukçularımıza faydalı olmasını, daha yaşanılabilir bir dünya yaratma çabasında, bir katre oluşturabilmesini diliyorum. Şubat-2007

HAKAN KIZILARSLAN
İ.Ü. S.B.E. KAMU HUKUKU AB.
DOKTORA-1305

İÇİNDEKİLER

ÖZ-ABSTRACT.....	III
ÖNSÖZ	IV-V
İÇİNDEKİLER.....	VI-XI
KISALTMALAR	XII-XII
GİRİŞ.....	1-4

CEZA MUHAKEMESİ HUKUKUNDA VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

I.BÖLÜM METODOLOJİ- KAVRAM- TARİHSEL GELİŞİM- ULUSLARARASI HUKUK

A.METODOLOJİ.....	5-15
1. Sunum Yöntemi - Hukuk Ve Tıp Biliminin Metodolojik Farklılıkları...	5
2. Genel Felsefi Yaklaşım	7
3. Hekim Ve Hukukçu Arasındaki Bakış Farkı (Tümdengelim-Tümevarım).....	10
4. Tıp Bilimi(“Bilim” midir? “Sanat” mıdır?).....	11
5. Adli Tıp.....	12
6.Cesedin Adli Muayenesi Ve Otopsi İle Vücutun Muayenesi Ve Örnek Alma Kavramlarının Farkları.....	14
B.KAVRAM.....	16-17
C.VÜCUT.....	18-20
D.TARİHSEL GELİŞİM.....	21-33
1. Dünyada Tarihsel Gelişim.....	21
2. Ülkemizde Tarihsel Gelişim.....	25
a) İlk Dönemler.....	25
b) İslamiyet’i Kabul Sonrası Ve Tanzimat Öncesi Osmanlı Dönemi....	25
c) Tanzimat Sonrası Osmanlı Dönemi.....	29
d) Cumhuriyet Dönemi.....	31
E. ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER	34-53
1. Genel Olarak.....	34
2. Kıta Avrupası Hukuku’nda.....	35
a) Alman Hukukunda.....	35
b) Avusturya Hukukunda.....	40
c) Fransız Hukukunda.....	41
d) İsviçre Hukukunda.....	43
3. Anglo-Sakson (Common Law-England&Wales (Galler)) Hukukunda..	44
a) İngiliz Hukukunda.....	44
b) Amerikan Hukukunda.....	48
c) Hindistan Hukukunda.....	50

4. Diğer Ülke Hukuklarında.....	52
a) İtalya.....	52
b) Hollanda.....	52
c) İspanya.....	53
d) Kanada-Yeni Zelanda.....	53

II. BÖLÜM

İNSAN HAKLARI VE TIBBİ DEONTOLOJİ YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

A. İNSAN HAKLARI YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA.....	54-65
1. İnsan Hakları Kavramının Tarihsel Gelişimi.....	54
2. Özel Hayatın Korunması Hakkı Açısından Muayene.....	58
3. Sağlığın ve Yaşamın Korunması ve İşkenceye Karşı Korunma Hakkı Açısından Muayene.....	60
4. İşkence Açısından Vücut Muayenesi Ve Örnek Alma-İstanbul Protokolü.....	62
B. TIBBİ DEONTOLOJİ KURALLARI VE ETİK İLKELER.....	66-74
1. Tıp Etiği İle İlgili Kurumlar Ve Yazılı Metinler.....	67
a) Genel Olarak Tarihsel Süreçte Oluşturulan Metinler.....	67
b) Biyotıp Sözleşmesi	69
c) Gen Hakları Bildirgesi (1997-Unesco).....	70
2. Ana Tıp Etiği İlkeleri.....	70
a) Hastana Zarar Verme! (<i>Primum Non Nocere</i>)	71
b) Hastana Yararlı Ol! (<i>Primum Nihil Nocere</i>)	71
c) Yapılacak Her Tıbbi İşlem İçin Hastanı Aydınlat Ve Rızasını (Onamını) Al!	71
d) Hastanın Sırrını Sakla!	72
e) Adil Ol!.....	73
3. Hasta Hakları.....	73
C. TIBBİ YÖNÜYLE MUAYENE VE ÖRNEK ALMA.....	75-134
1. Muayene.....	75
a) Genel Olarak.....	75
b) Tıp Sanatı Açısından Muayene Ve Tıbbi Müdahale Kavramları (Propedötik).....	77
c) Sistematik Muayene Protokolü.....	79
(1) Muayene Zamanı.....	81
(2) Muayene Koşulları.....	83
(3) Hastalığın Hikâyesi (Anamnez-Öykü-Hikâye Alınması).....	86
(4) Fiziki Muayene.....	90
(a) Gözle muayene (İnspeksiyon).....	93
(b) Elle Muayene (Palpasyon = Ayalama).....	94
(c) Elle Vurarak Muayene-Tıklama (Perküsyon).....	95
(d) Stetoskopla Veya Kulakla Muayene-Dinleme (Oskültasyon)... ..	95
d) Tetkik İsteme Aşaması.....	96
e) Muayene Sonucunun Değerlendirilmesi- Teşhis.....	97

f) Adli Raporun Düzenlenmesi.....	98
2. Örnek Alma.....	104
a) Tanım (Örnek-Biyolojik Materyal).....	106
b) Örnek Alacak Kişiler Ve Zamanı.....	108
c) Örnek Alma Çeşitleri Ve Analize Uygun Şekilde Alınma Yöntemleri..	108
(1) Kan	109
(2) İdrar.....	111
(3) Gaita.....	112
(4) Cinsel Salgılar.....	112
(a) Vajinal Materyal.....	113
(b) Düşük-Küretaj Materyali Amniyon Sıvısı/Koryon Villus Örneği.....	113
(c) Vulva Ve Perine Sürüntüsü (Vulva Ve Perine Swap).....	113
(d) Ağız Ve Yanak İçi Sürüntüsü (Buccal Swap).....	113
(e) Penisten Sürüntüyle Örnek Alma (Penil Swap).....	114
(f) Meni-Semen.....	114
(5) El-Kol-Yüz-Anal Sürüntüsü.....	115
(6) Saç-Kıl.....	115
(7) Kasık (Pubis) Kılıkları	116
(8) Tükürük-Isırık Veya Emilmeye Ait Lezyondan Tükürük.....	116
(9) Tırnak- Tırnak Arası.....	117
(10) Ter.....	117
(11) Post-Mortem (Yumuşak Doku, Organ, Kemik, Diş) Örnekler.....	118
(12) Polenler.....	118
d) Vücudun Dışından Alınabilen Örnekler (Vücuda Müdahale Niteliğinde Sayılmayanlar).....	119
e) İnvaziv Yöntemlerle Alınabilen Örnekler.....	119
f) Koruma Yöntemleri- Laboratuara Sevk.....	121
g) Kimyasal Analizler (Toksikolojik-Narkotik-Gıda-Alkol).....	123
h) DNA Ve Gen Teknolojisi	126
ı) Adli Amaçlı Biyolojik Materyal Ve Sonuçların İmhası.....	130
D. CEZA MUHAKEMESİ YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA ÇEŞİTLERİ.....	134-140
1. İç Muayene-Dış muayene Ayrımı.....	134
2. Basit Vücut Muayenesi.....	135
3. Vücuda Müdahale Niteliğindeki (İnvaziv) Muayeneler.....	137
E. ÖZELLİK ARZEDEN MUAYENELER VE USULLERİ.....	141-164
1. Alkol Muayenesi.....	141
2. Yakalama Ve Gözaltına Almalarda Muayene.....	149
3. Sağığın Ruhsal Durumunun Muayenesi (Akli Muayene-Şuurun Tetkiki)- (CMK. Md.74).....	150
4. Basit Suçlar Ve Kabahatlerde Muayene.....	152
5. Çocuğın Muayenesi (Çocuk Dostu Adli Muayene).....	153
6. Cinsel Organların Muayenesi- Kızlık Zarı Muayenesi.....	155
7. Örgütlü Suçlarda Muayene.....	161
8. İdari Suçlar Ve Soruşturmalarda Muayene.....	162
9. Özel Hukuk Uyuşmazlıklarında Muayene.....	164
10. Nesep Tayini.....	164

F. ADLİ MUAYENELERDE HEKİMİN KUSURU NEDENİYLE SORUMLULUĞU (ADLİ MALPRAKTİS).....	165-166
-------------------------------------------------------------------------------------	---------

III. BÖLÜM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

A. KORUMA TEDBİRİ ÖĞRETİSİ.....	167-173
1. Kavram.....	167
2. Vücut Muayenesi Ve Örnek Almanın Koruma Tedbiri Olarak Hukuki Niteliği.....	169
a) Koruma Tedbirlerinin Ortak Özellikleri.....	169
b) Amaç Açısından Nitelik.....	171
c) Yöneldikleri Değer Açısından Niteliği.....	172
d) Yöneldiği Kişi Yönünden	173
B. HUKUKA UYGUNLUK.....	174-207
1. Baskın Hukuki Yarar.....	174
2. Delil Yasakları - Hukuka Aykırı Delil Ve Değerlendirilmesi.....	176
3. Hukuka Uygunluk Halleri	184
a)Yasanın Açık Hükmü Ve Ceza Muhakemesinin Zorunlulukları.....	184
b) Rıza.....	186
(1) Rıza Kavramı	186
(2) Aydınlatma(Bilgilendirme).....	190
(3) Rızanın Geri Alınması.....	193
c) Tıbbi Zorunluluk	193
4. Katlanma Zorunluluğu	195
a) Sanığın Katlanma Zorunluluğu.....	196
b) Sanık Dışındakilerin Katlanma Zorunluluğu.....	198
5- Zorla Muayene.....	200
6- Muayene Ve Örnek Almaya İtiraz.....	205
C. ARAMA İLE VÜCUT MUAYENESİNİN FARKLARI.....	208-210
D.VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMANIN ŞARTLARI.....	211-246
1. Yasallık.....	211
2. Suç Şüphesi (Makul Kuşku).....	212
3. Haklı Görünme-Gereklilik.....	214
4. Gecikmesinde Tehlike Bulunma.....	215
5. Orantılılık.....	217
6. Sıhate Zarar Vermeme.....	222
7. Hekim Tarafından Ve Hekimlik Sanatı Kuralları Çerçevesinde Uygulanma.....	226
a) Hekim	226
(1) Genel Olarak	226
(2) Hekimlik Yapabilme Koşulları;.....	229
(a) Tıp Mezunu Olmak (Hekimlik Diploması Bulunmak).....	230
(aa) Genel Tıp Diploması;.....	230
(bb)Yabancı Ülkede Tıp Mezunu Olanlar.....	232

(cc) Tıpta Uzmanlık Diploması.....	232
(b) Hekimlik Yapılan Ülkenin Vatandaşı Olmak (T.C. Vatandaşı Olmak).....	234
(c) Tabip Odasına Kayıtlı Olmak.....	235
(d) Hekimliğe Engel Hali Olmamak.....	237
(aa) Geçici Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi....	237
(bb) Sürekli Olarak Hekimlik Mesleğinin İcra Edilememesi...	238
(3) Askeri Hekimler.....	239
(4) Diş Hekimi.....	239
(5) Veteriner Ve Eczacılar.....	241
b) Hekimin Yardımcıları.....	241
c) Hekim Tarafından Tıp Sanatı Kurallarına Göre İşlem Zorunluluğu..	245

E. MUAYENE EDİLENİN NİTELİĞİNE GÖRE

VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA.....	247 -272
1. Saniğin Muayenesi.....	247
2. Diğer Kişilerin Muayenesi.....	251
a) Mağdurun Muayenesi.....	252
b) Diğer Şahısların Muayenesi ve Sıralı Muayene.....	257
c) Çocukların Ve Akıl Hastalarının Muayenesi.....	259
d) Çekinme Hakkı Olanların Muayenesi.....	262
3. Kadının Muayenesi.....	264
4. Dokunulmazlık Hali Olanların Muayenesi.....	271

IV. BÖLÜM DELİL NİTELİĞİYLE VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

A. DELİL ÖĞRETİSİ AÇISINDAN VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA.....

ÖRNEK ALMA.....	273-279
1. Genel Olarak.....	273
2. Delil Kavramı.....	274
3. Bilimsel Delil-Tıbbi Delil.....	277

B. VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA BİLİRKİŞİLİK... 280-312

1. Genel Olarak.....	280
2. Bilirkişilik Kurumunun Hukuki Mahiyeti.....	281
3. Bilirkişinin Niteliği Ve Sayısı.....	284
4. Vücut Muayenesi Ve Örnek Almada Bilirkişiye Başvurma Zorunluluğu..	288
5. Bilirkişinin Görevleri-Yetkileri.....	289
a) Görev Ve Sorumlulukları.....	289
(1) Hazır Bulunma.....	289
(2) İnceleme-Araştırma-Müzakere-Dürüstlük.....	290
(3) Rapor Düzenleme.....	290
(4) Yemin.....	291
(5) Görevlerini Yapmamasının Yaptırımı.....	293
b) Yetkileri.....	294
(1) İsteddiği Gibi Muayene Ve İnceleme Yapma.....	294
(2) Bilirkişilikten Çekilme.....	294

(a) Kurumuyla İlgili Davalarda Bilirkişilik Yapamama.....	295
(b) Meslek Sırrı.....	297
(c) Hekimin İhbar Yükümlülüğü	300
(3) Ücret.....	301
6. Vücut Muayenesi Ve Örnek Almada Resmi Bilirkişiler.....	302
a) Özel Kişi Resmi Bilirkişiler.....	303
(1) Adli Tıp Uzmanları.....	303
(2) Sağlık Ocağı Tabipleri.....	304
(3) Hükümet Tabipleri.....	304
(4) Askeri Hekimler.....	305
(5) Belediye Hekimleri.....	305
b) Tüzel Kişi Resmi Bilirkişiler.....	305
(1) Adli Tıp Kurumu (ATK).....	306
(2) Yüksek Sağlık Şurası (YSS).....	310
(3) Üniversiteler Ve Adli Tıp Enstitüleri.....	311
C.VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA KARAR VE KARAR MAKAMLARI.....	313-319
D. CMK MADDE 75/(5) VE (7). FIKRALARI HÜKÜMLERİ	320-322
E. YASAYOLLARI-CEZAI HÜKÜMLER.....	323-328
1. İtiraz.....	323
2. Temyiz.....	326
3. Cezai Hükümler.....	327
SONUÇ	329-332
KAYNAKLAR.....	333-366
ÖZGEÇMİŞ.....	367

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.k.	: Adı geçen konuşma
a.g.s.	: Adı geçen seminer
AIHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AÜHFM	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
ATK	: Adli Tıp Kurumu
AY	: Anayasa
AYM	: Anayasa Mahkemesi
Bkz.	: Bakınız
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHSt	: Entscheidungen des Bundesgerichtshof in Strafsachen
BVerufGE	: Almanyada Federal AYM. Kanunu (<i>Bundesverfassungsgesetz</i>)
CD	: Ceza Dairesi
C.	: Cilt
CJPA	: Cezai Kanıt ve Polis Yasası- <i>Criminal Justice And Police Act</i>
CGK	: Yargıtay Ceza Genel Kurulu
ÇİGM	: Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü
CMH	: Ceza Muhakemesi Hukuku
dn.	: Dipnot
E.	: Esas No
GVG.	: Gerichtsverfassungsgesetz
HD	: Hukuk Dairesi
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar No.
md.	: Madde
JR.	: Juristische Rundschau
JS.	: Juristische Schulung
JW.	: Juristische Wochenschrift
JZ.	: Juristenzeitung
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NStZ	: Neue Zeitschrift für Strafrecht
OLG.	: Oberlandesgericht
PACE	: İngiliz Polis ve Cezai Kanıt Yasası1984 – <i>Police And Criminal Evidence-1984</i>
Par.	: Paragraf
PVSK	: Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu
RG	: Resmi Gazete
sh.	: Sahife
Sy.	: Sayı
SY.	: Sayılı Yasa
StGB	: Alman Ceza Kanunu (Strafgesetzbuch)
StPO	: Alman Ceza Muhakemesi Kanunu- Straffprozeßordnung
StVO	: Avusturya Ceza Muhakemesi Kanunu
TTB	: Türk Tabipler Birliği
vd.	: ve devamı
vb.	: ve benzeri
Yön.	: Yönetmelik

YCGK : Yargıtay Ceza Genel Kurulu
YN : Yazarın Notu
YSS. : Yüksek Sağlık Şurası
Y. : Yargıtay
YGIY : Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği

GİRİŞ

“Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi ve Örnek Alma” konulu bir çalışmanın, üç temel ve birbiriyle sürekli çatışan sistemin üzerine kurulu olması gerekmektedir. İlk ayak; Adli Tıp ve Adli Bilimlerin kendine özgü sistematik yapısıdır. Bir diğerini, Ceza Muhakemesi Hukukunun bir amaçlar bütünü doğrultusundaki kuramsal zorunlulukları, son ayağı ise; gittikçe güçlenerek ağırlığını hissettiren, vazgeçilmez ve sınır tanımaz karakteriyle “hümaniter öğreti (doktrin) ve insan hakları” oluşturmaktadır. Bu üç ana sistemin birbiriyle buluştuğu gri alanlardaki -gittikçe sertleşen- düşünsel tartışmalar ve çatışma alanları, bu çalışmanın en zor ve tehlikeli yanlarını oluşturmaktadır. Diğer zorlukları ise; özellikle, Türk Hukukunda konunun -bilhassa 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesiyle- yeni gelişiyor olması ve uygulamada oluşan sorunlara, doktriner bir bakış ve duruş yaratabilme zorunluluğu oluşturmaktadır. Bu anlayış doğrultusunda, çalışma dört ana bölüme ayrılarak incelenmiştir.

Giriş ve metodolojik sunumlar devamında yer alan ilk bölümde; vücutun muayenesi ve vücut kavramlarının tanımlanmasıyla, metodoloji, tarihsel süreç ve çeşitli hukuk sistemlerinde konunun düzenleniş şekli anlatılmıştır. Tarihsel süreç aynı zamanda Tıp ve Hukuk bilimleri ile alt dalları olan Adli Tıp ve Adli Bilimlerinin de tarihsel gelişimi şeklinde olduğundan, konuyla ilgili bağlantıların daha rahat kurulabilmesi amacıyla, bu bilim dallarına ilişkin tarihsel gelişimlere çalışmada yer verilmiştir.

“İnsan hakları ve tıbbi deontoloji ve tıp tekniği yönlerinden vücutun muayenesi ve örnek alma” konusu ikinci bölümde ele alınmış, burada özellikle tıp etiği ve insan hakları yönünden konu irdelenerek, sistematik muayene ve adli tıp yönüyle de örnek alma konularında aktarılan ayrıntılı bilgilerle konu tartışılmıştır.

İnsan hakları yönünden, öncelikle Ceza Muhakemesi Hukuku ve karşılaştırmalı hukuk açılarından insan haklarının tarihsel gelişimi anlatılarak, konu uluslararası sözleşmeler ve uluslararası hukuktaki gelişmelerle birlikte ele alınıp, Ceza Muhakemesi Hukukunun temel ilke ve kavramları ile tıp etiği yönünden tartışılmış, burada özellikle rıza kavramı ve hasta hakları ile İstanbul Protokolü ve Biyotıp Sözleşmelerine ağırlıklı yer verilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM);

“özellikle tespit, tedavi edici ve adli muayenelerin yüksek standart uygulanması gereken alanlar olduğunu, birbiriyle çelişen iki ifadenin doğrulanmasında güvenilir tıbbi raporların tayin edici rol oynadıklarını, bu delillerin varlıklarının yanı sıra bağımsız ve eksiksiz olmalarının da önemli olduğunu vurgulamaktadır”.¹ Küresel hukuk anlamında da konuya verilen önem, insan haklarıyla ilgili temel ilkelerin olmazsa-olmaz bir anlayışla konuya dâhil edilmesini gerektirmektedir.

İkinci bölüm; “tıbbi yönüyle muayene ve tıbbi deontolojiye ilişkin bilgi aktarımları ile örnek alma tekniklerine ilişkin” ayrıntılı anlatımlar içermektedir. Hukukçuların konuyu doğru anlayabilmeleri için tıp terimlerine ve sistematik muayene protokolüne aşina olmaları gerektiği şeklindeki düşüncemiz nedeniyle, bazıları ayrıntı olarak değerlendirilebilecek, ancak, bizce bilinmesi gerekli olan konular çalışmamızda yer almaktadır. Aynı düşünce kovuşturma tedbirleri ve delil öğretilerine ilişkin bilgi aktarımlarında da söz konusudur. Bu konularda hukukçu olmayan uygulayıcıların bilgi sahibi olabilmeleri amacıyla genel hatlarıyla toplu şekilde bu konular aktarılmaya çalışılarak, Ceza Muhakemesi Hukukunda konuların nasıl kabul edildiği belirtilmeye çalışılmıştır.

Bu işlemlerin, Ceza Muhakemesi Hukukunda koruma tedbiri niteliğinde olmaları nedeniyle, üçüncü bölüm koruma tedbiri öğretisi bünyesinde konunun tartışılmasına, dördüncü bölüm ise -bu işlemlerin delil elde etme amaçlı olmaları nedeniyle- delil öğretisi ve bu öğreti içerisinde konunun tartışılmasına ayrılmıştır. Bu bölümlerde, konu kovuşturma tedbiri ve delil yönüyle çok yönlü olarak ele alınarak, ülkemizde mevcut kurumsal yapı, olması gereken hukuki yapı ve özellikle bilirkişilik niteliği gereği Adli Tıp Kurumu’ nun konuyla ilgili hukuki ve fiili yapısının - ayrıntıya girmeden- anlatılmasına çalışılmıştır.

Bir koruma tedbiri ve delil aracı niteliğindeki çalışmanın konusu, vücudun muayenesi ve örnek almayla sınırlı tutulmuştur. Ceza Muhakemesinin yakın konuları olan, akli muayene ve otopsi, şuurun ve suç ehliyetinin muayeneleri çalışma kapsamında özellikle değerlendirilmemiştir. Bunun temel nedenlerinden biri; doktora tezi kapsamında bir çalışma yapıyor olması kadar, özellikle otopsi, akli muayene

¹ Aisling REIDY; “İşkencenin Yasaklanması - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Klavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:6”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, Temmuz 2003

kavramlarına ceza muhakemesi normlarının ve öğretinin bağladıkları anlam itibariyle, konumuzla ilgili bulunmadıkları düşüncesidir. Çünkü vücudun muayenesi günümüz ceza muhakemesinde tamamen bir koruma tedbiri ve delil aracı olarak görülmesine karşın, sözü geçen konular birebir bu bağlamda değerlendirilmemektedir.

Konu tıbbi yönden Tıp Bilimi sistematığıyla ve daha sade şekilde, Ceza Muhakemesi Hukuku açısından ise; ceza muhakemesinin konuyla ilgili kavramlarına yaklaşımları daha rahat oluşturabilecek net tanımlamalar ve anlatımlar şeklinde sunulması yöntemiyle anlatılmaya çalışılmıştır. Bu bölümde, sistematik muayenenin aşamaları, tetkikler ve örnek alma konularında ayrıntılı bir anlatımın, konunun ceza muhakemesi açısından aktarımını gölgeleyebileceği düşünülerek, konuyla ilgili tıbbi deontoloji çerçevesinde bilgi aktarımlarıyla yetinilmiştir.

DNA teknolojisinin son 15–20 yıllık dönemdeki baş döndürücü gelişmesi ve buna bağlanan hukuki yapı (özellikle örnek alma konusunda) tamamen konumuzla ilişkilidir. Tek bir “çekirdekli hücreden” bile lazer mikroskoplar aracılığıyla yüzde yüze yakın kesinlikle kimliklendirme (identifikasyon) yapabilme yeteneğine ulaşmış DNA teknolojisi, muhakeme tarafları veya üçüncü şahıslarla ilgili her tür biyolojik materyali değerlendirebilmekte ve delil olarak ceza muhakemesine katmaktadır.² Burada, vücuttan örnek alma bahsinde bu konuya ilişkin yeterli açıklama verilmemesi eksiklik olacaktır. DNA incelemelerinin tüm hukuki yapısının anlatılması yerine genel bir bilgi verilip, ilgili konularda bilgi aktarımı ve tartışma yöntemi seçilmiştir. Bu konuyla ilgili saptanan kaynaklar -araştırmacı ve uygulayıcılara yardımcı olunabilmesi amacıyla- dipnotlar halinde çalışmada yer almaktadır. Her sistem açısından konunun bir bütün halinde aktarımındaki zorluklar, bazı konuların farklı yerlerde yeniden o sistemle ilgili olarak ele alınmasını gerektirmiştir.

Başlangıçta da belirtildiği gibi; konunun genişliği ve disiplinlerarası çatışma alanları içermesi, pek çok konuda daha somut anlatımlarla sunumu gerektirmektedir. Bu nedenle; disiplinler arasındaki gri bölgelerde vücut muayenesi ve örnek alma

² Yaşar BAĞDAT; DNA Teknolojisindeki Gelişmeler ve Örnek Alma Usulleri”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 01.10.2005 günlü Sunumu, **12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül–2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006

konularındaki ortak yapılar saptanarak, devamında, her konu başlığı altında - insan hak ve özgürlükleri konusundaki uluslararası genel ilkeler, normlar ve belgeler ışığında -olabilecek uygun yapı ile ilgili kanaatimiz sunulacaktır.

BÖLÜM

METODOLOJİ- KAVRAM- TARİHSEL GELİŞİM- ULUSLARARASI HUKUK

A. METODOLOJİ

1. SUNUM YÖNTEMİ - HUKUK VE TIP BİLİMİNİN METODOLOJİK FARKLILIKLARI

Ceza Muhakemesi Hukuku, bazı hallerde kişilerin vücutları üzerinde muayene yapılması ve örnek alınması gibi tıbbi müdahaleler³ öngörmekte ve buna ilişkin hükümler içermektedir. Bu tip müdahalelerde korunan hukuksal yarar; “(kişinin veya toplumun sağlığı olmayıp), ceza adaletinin yerine getirilmesi amacıyla, hukuka ve ahlaka uygun⁴ şekilde elde edilen delillerle, maddi gerçeğe ulaşılarak,⁵ ceza yargılamasının amacının gerçekleştirilmesi çabasıdır.”

Bu amaçlı müdahalelerin başında; “kişinin vücudunun dıştan veya içten çeşitli suç izlerine yönelik olarak incelenmesi, kan ve doku örneklerinin alınması” gelmektedir⁶. “Vicdani delil” sisteminden “bilimsel delil” sistemine geçiş sürecinin⁷ yaşandığı günümüzde, bu işlemlerin Ceza Muhakemesi Hukuku boyutlarının belirlenmesi önem arz etmektedir. Bir diğer anlatımla, “*Adalet Tanrısı Themis*”’in kızları olan “*Yasa, Barış ve Hakkaniyet*” in gözlerine zorla bağlanmış olan bant sökülerek, adaletin, suçlunun kişiliğini tanınması sağlanmak zorundadır.⁸

³ Barış ERMAN; “**Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**”, Seçkin Yayıncılık I. Baskı, Nisan 2003, sh. 177

⁴ Sami SELÇUK: “Kantların Toplanması Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Nisan 1977, Sayı 2, sh. 49–70

⁵ ERMAN; a.g.e. sh. 178

⁶ Nurullah, KUNTER; Feridun YENİSEY: “**Ceza Muhakemesi Hukuku-I. Kitap (Öğrenme Kitabı), Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri**”, 12.Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 2002 , sh. 699

⁷ Hidayet TAHTACI: “**Türkiye’de Biyolojik Materyallere İlişkin Yasal Düzenlemeler**”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp ABD. Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamıştır), İstanbul–2003,sh. 1

⁸ Sami SELÇUK:“İnsandan Yana Adalette ve Fransa’da Suçlunun Kişilik Dosyası”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Ekim–1973, Sayı 10, sh.809

Ceza Muhakemesi Hukuku'nda delillerin saptanması hukuken yazılı ve korunan bir sürece bağlı tutulmuştur.⁹

Ceza muhakemesinin başladığı günden bu yana var olan vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri, hukukumuzda, delil elde etme amaçlı koruma tedbiri olarak ilk kez 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75 ve 82. maddeleriyle ayrıntılı şekilde düzenlenmiş bulunmaktadır.

Tıp ve hukukun birlikteliğinden doğan Adli Tıp Bilimi (*Forensic Medicine*), Kriminoloji (*Criminality*) Bilimi ile son dönemde kabul edilen tanımıyla Adli Bilimler (*Forensic Science*) dallarının bir bütün halinde harmanlanmaksızın, oluşturdukları kavram ve kuralların metodolojik karşılıklarının saptanabilmesi mümkün görülmemektedir¹⁰. Bu nedenlerle; “vücudun muayenesi ve örnek alma” koruma tedbirinin sunumunda, konunun metodolojik yapısını belirlemede (multidisipliner bir konu niteliğinde olması nedeniyle), kullanılan kavramların hem genel hukuk, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku, hem de Tıp, Adli Tıp ve Adli Bilimler açısından karşılıklarının da belirlenmesi ve tüm kabul edilen karşılıklarıyla bu kavramların müşterek bir karşılığının saptanması gereklidir. Diğer bir deyişle; “tezin, hukukçularla tıpçılar arasında köprü oluşturabilmesi zorunluluğu bulunmaktadır.” Bu üç ana bilim dalı arasındaki disiplinler ve bilimlararası çatışmadan kaçınılarak ve görmezden gelinerek ana kuralları belirlemek olası görülmediğinden, bu bilim dallarının ana kuralları göz önünde tutularak, cesur bir anlayışla tartışma içine girmekten kaçınılmamalıdır. Her disipline kabul görececek bir normatif yapı ve kavramlar silsilesi oluşturma çabası zorunlu bulunmaktadır.

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinin hareket noktasının, -bir fen bilimi dalı olan- Tıp Bilimine ait bulunması, ceza muhakemesi alanında yapılacak bir çalışmada, bu işlemlerdeki Tıp Bilimine ait konuların da incelenmesi ve tahlilini zorunlu kılmaktadır. Bu ise; anlatım sırasında, artık her biri bir bilimsel kod halini almış olan bazı tıbbi terimlere de yer vermeyi ve bu disiplin altında konuyu ele almayı gerektirmektedir. Bu amaçla (özellikle birinci bölümde) vücudun muayenesi

⁹ Serap KESKİN: “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık**”, Alfa Yayınevi, İstanbul-1997, sh. 82

¹⁰ “Suçlulukla savaş ve ceza adaleti sorunları hukuksal formüllerle değil, bilimsel verilere dayanılarak çözümlenir.” SELÇUK: “İnsandan Yana Adalet”, sh.817

ve örnek alma işlemleri, Tıp Bilimi anlatım tekniğine sadık kalınarak, yalın haliyle ve bu bilim dalına özgü dille sunulmaya çalışılacaktır.

Tezin konusu gereği, konunun sunumunda, insan hakları yönünden yaklaşımların da belirtilmesinin özel anlam taşıdığı ve önemli bir bölüm niteliğinde olduğu düşünülmektedir. Bu nedenle, özellikle XIX. yy. dan günümüze kadar, artan bir ivmeyle belirleyici olan hümaniter öğretisi (doktrin) açısından kavramlara nasıl yaklaşıldığı ve hangi tanımlamaların kabul görmekte olduğunun bilhassa belirlenmesi gereklidir. Uluslararası metinler ve bunların ulusal metinlere yansımalarıyla oluşan kavramlar dizininin metne alınarak, ortak bir anlayışa varılmaya çalışılması zorunludur.

Hümaniter öğretinin etkisiyle, sürekli kendini tamamlamakta olan insan hakları kavramları; konusu insan olan tıp ve hukuk bilimlerinde pek çok alanı odak noktası kabul ederek düzenleme altına almış bulunmaktadır. Pekçok uluslararası norm ve artık mutlaklaşan ana insan hakları ilkeleri, tıp bilimi ve hukuk biliminde bazı noktaları (artık tartışılmayacak) net hükümlerle bezemiş durumdadır. Bu anlamda; özellikle tıbbi deontoloji açısından konunun sunumunda, hareket noktasının uluslararası normlar ve ana ilkeler olması gerekmektedir. Özellikle, AY. nın 90. maddesi gereği, Avrupa Birliği sürecinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve onun paralelindeki uluslararası sözleşmelerin, ulusal normlar olarak da kabulü zorunluluğu nedeniyle, bu uluslararası kurallar ve normlar bilinerek konuyla ilgili değerlendirmenin buna göre yapılması gereklidir. Bu amaçla; konu sunumunda buna özel önem verilerek, ayrı bir başlık altına alınmak suretiyle tartışılması yolu seçilmiştir.

Mehaz Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda ve Anglo-Sakson hukukta konuya ilişkin kavramların o dillerdeki ve latincedeki kelime olarak karşılıkları araştırmacılara yardımcı olmak üzere tez metni içerisine özellikle alınmıştır.

2. GENEL FELSEFİ YAKLAŞIM

Vücut muayenesi ve örnek alma konusunda, disiplinlerarası çatışma bölgesinde ve gri alanda yoğunlaşan bir tartışma yaşanmaktadır. Burada tıp ve hukuk

bilimlerinin kendi sistematiklerinin yanı sıra hümaniter öğretinin insan hakları teorileri (hümanizma)¹¹ birbirleriyle içiçe geçmiş durumdadır.

Konunun iki ana başlıkta ele alınması gereklidir.

1. Tıp etiği kuralları (tıbbi deontoloji-hasta hekim ilişkisi)
2. Hukuk kuralları (üzerinden delil elde etme yönünden hukuk karşısında bireyin durumu, devlet-birey, birey-birey ilişkisi)

Öncelikle ana hedefin ne olduğunun belirlenmesi gerekmektedir. Önümüzdeki yol ayrımları şu şekilde özetlenebilmektedir;

1. Tıbbın sonuca ulaşmak için kullanması gereken yol ve yöntemler. (Gerektiğinde girişimsel (invaziv) yöntemler kullanma, iç boşluklara girme, tıbbi müdahaleler yapma zorunlulukları.)
2. Ceza Muhakemesi Hukukunun maddi gerçeğe ulaşma çabasının baskısı altındaki hukuki zorunluluklar, (genel kamu yararı, delil bulabilme zorunluluğu, sair yararlar)
3. Bireyin ve temel insani değerlerin korunması zorunluluğu.

Uluslararası bildiriler ve kuralların içerikleri ise; bu iki dalının kuralları ve zorunlulukları arasında uzlaşma sağlama çabasına yöneliktir. Ortak sonuca varılabilmesi, üç sistemin uyumlu, verimli işbirliği ve sınırların belirlenmesiyle, ana amaca birlikte hizmet etmeleriyle mümkündür.

Çalışma alanının, “**bilimsellik, ahlakilik ve hukukilik**” şeklinde üç ana kriteri bulunmalıdır. Bu üç kıstas; hem tıp hem de hukuk sistemlerinin temelini oluşturan ana ilkelerdir. Konumuzla ilgili olan-olmayan tüm işlemlerde, bu üç sistem birbirlerini tamamlayan ve aynı zamanda denetleyen işlevler ortaya koymaktadırlar.

İnsanlığın varoluşundan bugüne kadarki süreçte; insanın sağlık ihtiyacı tıp bilimini ve bunu uygulayan “**hekim**”i, insanların bir toplum halinde ve düzen

¹¹ “*Hukukçu ve Tıpçı vicdan hesaplaşması yapabilenlerdir*” ; Brigitte TAG; “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik (Autonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht)”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

içerisinde yaşama isteği hukuk bilimini ve bunun uygulayıcısı olan “**hakim**”i ortaya çıkarmıştır.¹²

Tarihsel süreçte, toplum tarafından hakim ve hekime ve icra ettikleri mesleklerini yücelten değerlendirmeler ve yorumlar getirilmiştir. Hekim ve yaptığı iş hakkında tanrısal tanımlamalar ve pek çok destansı anlatılar geliştirildiği gibi¹³ hâkim, (bir anlayışa göre) peygamber postunda oturuyor sayılmış ve tüm ülke hukuk literatürlerinde (ülkemizde de Mecelle) özel olarak “**Hâkim**” kavramı tanımlanıp yüceltilmiştir.

Her toplumda, toplumu oluşturan bireylerin ahlak, zeka ve toplumsal değerlerle donanmış, seçilmiş bireylerine bu görevler verilmiş, çoğu toplumda hakimlik mesleği aristokrat zümrenin yapabileceği işler olarak görülmüştür. Bu hal, meşguliyet konusunun insan olması nedeniyle verilen önemden kaynaklanmaktadır.¹⁴

Yararlı olsun olmasın, tedavi uygulamaları; insan ile hastalık arasına girmenin başlıca yolu olmuştur. Lirik bir anlayışa göre; “hekimin yaptığı iş "kara büyü"dür¹⁵ ve tasavvuftaki şeyh rolünü hekim, hastalık ile insan arasında aracı olarak oynamakta ve bu amaçla donandığı bilgi ile çalıştığı kurumlarda kaçınılmaz olarak dinsel, büyüsel, etik ve politik birkaç işlevi birden yerine getirmektedir.” Laik toplumlarda hekime "çağdaş evliyalık (gnosis)" işlevi yoğun bir şekilde yüklenmiştir.^{16, 17}

¹² Ahmet N. KÖK; “Hekimin Sorumluluğu”, 12. Adli Tıp Günleri Semineri 30.09.2005 günlü Sunumu, “**12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh. 34

¹³ Hakan KIZILARSLAN: “Vücut Muayenesi Ve Örnek Almaya Metodolojik Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Adli Tıp AB. 14.11.2005 tarihli Seminer Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁴ KIZILARSLAN: a.g.e.

¹⁵ Murat BAŞ: “Çağdaş Evliyalar: Tıp Doktorları, <http://www.doktoruz.com/gundem/ayrinti.asp?id=89>, (çevrimiçi), 05.12.2005

¹⁶ BAŞ: a.g.e.

¹⁷ “Daha ondördüncü yüzyılda "doktor"ları tanımlayabilecek, işlevlerini anlatabilecek bir sözcük yok iken, Yunanistan da çoğunlukla köleler için kullanılan "onarıcı, tamirci" sözcüğü bir dönem itibar görmüşse de, bu sıfatın özgür insanlar için uygun olmadığına karar verilmiştir. Üstelik şifa dağıtıcıların, o dönemde felsefeciler, jimnastik hocaları ve hatta berberler ile bile aynı düzeyde tutulmaması, saygın olmayan tipler olarak kabul edilmelerinden ileri gelmekteydi. Örneğin, Jül Sezar MÖ. 46 yılında, ilk Asklepiad'ı yurttaşlığa kabul edinceye kadar, bu hak Yunanlı hekimler ve şifa dağıtıcı rahipler için reddedilmekteydi. Araplarda ise hekimlik onurlandırılırdı. Hikmet sahibi olarak adlandırıldığı "hekim" lakabı Araplarda sağlıkçıya duyulan saygınlığı göstermekteydi. Günümüzde ise Batı dünyasında ve onun etkisindeki dünyada sağlıkçıyı ve sağlık hizmetini saygın yapan, yirminci yüzyıl sonundaki hekimliktir. Hastalık için teknik ustalığa(profesyonelliğe) ne denli çok önem verilirse, tıbbın teknik dışı işlevi o ölçüde artmaktadır”. BAŞ: a.g.e

3. HEKİM VE HUKUKÇU ARASINDAKİ BAKIŞ FARKI (TÜMDENGELİM-TÜMEVARIM)

Temelinde birbirinden farklı hukuk ve tıp bilimlerinin kesiştiği noktalarda olması nedeniyle, “vücudun muayenesi ve örnek almanın metodolojik yapısının” kurulabilmesi zorluk arz etmektedir. Bu iki farklı bilim dalının sorunlara yaklaşımlarında, tümdengelim ve tümevarım kavramlarını kullanma yöntemlerindeki farklılıklar, muayene ve örnek alma prosedürüne bağlanacak kurallar bütününde ve normatif yaklaşımlarda da ayrılıklar yaratmaktadır.

Tıp bir tecrübe bilimi, hukuk ise normatif bir bilimdir.¹⁸ Hekim belli bir durumu esas almakta, amaç odaklı olarak sahada çalışmakta, günlük yaşamın gerçekleriyle daha sıkı ilişki kurabilmekte ve kullanılan terimleri seçme konusunda pek özen göstermemektedir.¹⁹ Hekim müstakil olaylardan yola çıkarak kural oluşturmakta, hukukçu ise kendisine dayanak yaptığı kuralları çıkış noktası almaktadır. Hekim bireyselleştirmeye, hukukçu ise normatifleştirmeye eğilimlidir.²⁰

Tıp bilimiyle uğraşanlarla hukukçuların ortak noktası; iki grubun da temel uğraşı konularının insan ve devamında toplum olmasıdır.²¹ Hekim ve hukukçuların kullandıkları kavramların karşılıklı olarak bilinmesi yanlış anlamaları önleme bakımından önemlidir.²²

Toplumsal hayatın düzenli gelişmesi, bireylerin ahenkli bir şekilde sulh içinde yaşamaları “kamu düzeni” diye adlandırılmaktadır.²³ Amaç; “iç huzurun güven altında bulundurulması, güven ve sükûnun sağlanmasıdır.”^{24, 25} Aynı şekilde, toplumun genel anlamda sağlıklı olması ve bireylerin gerek koruyucu ve gerekse tedavi edici tıbbi müdahalelerde azami standardı yakalamalarının temel hukuk

¹⁸ Ruth MATTHEİS; “Hukukçu ve Tıpçıların Konuşmaları”, Çev. Kayıhan İÇEL; Yener ÜNVER: “**Tıp ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2004, sh. 39

¹⁹ MATTHEİS, a.g.e. sh. 40

²⁰ MATTHEİS, a.g.e. sh.40

²¹ Ahmet Nezih KÖK; a.g.e. sh. 36

²² MATTHEİS, a.g.e. sh.39

²³ Ayhan ÖNDER: “**Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler**”, İstanbul Beta Yayınevi -1986, sh. 64

²⁴ ÖNDER: a.g.e., sh. 65

²⁵ “...Ceza Muhakemesinin gayesi cemiyetin himayesi ve esasi hakların teminat altına alınmasıdır....Bir ülkenin medeniyet seviyesi orada cari muhakeme usulleri ve tatbikatıyla ölçülür....Ceza kanunu kötü adamlara, ceza muhakemesi kanunu iyi adamlara mahsus kanunlardır....” Tahir TANER: “**Ceza Muhakemeleri Hukuku**”, 3. Basım, İstanbul, İsmail Algan Matbaası, 1955, sh. 5

normları ve insan hak ve özgürlükleri temelinde sağlanabilmesi gereklidir. Bu ise, iki disiplini birbirine yaklaştıran asıl gri alanı oluşturmaktadır.

Bu alanda, özellikle adli amaçlı muayenelerle, hekimin tedavi nedeniyle sorumluluğu (tıbbi malpraktis) alanlarının, öncelikle kavram, kural, amaç ve araçların çok iyi belirlenmesi, hekimler ve hukukçuların kendi özel bilgilerini birleştirmeleri gerekmektedir.²⁶ Bu ise; özellikle “Adli Tıp” biliminin konusudur. Vücudun muayenesi ve örnek alma ise bu bilimin temel iştiğal konularından birisini oluşturmaktadır.²⁷

Dünyada pek çok hukuk sisteminde adli tabip “hukukun gözü” olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle kriminalistik enstitülerinin duvarlarında iri bir göz levhası sembolik olarak yer almaktadır.²⁸

4. TIP BİLİMİ (“BİLİM” MİDİR? “SANAT” MIDIR?)

Tıp; “hastaları iyi etme bilimi”,²⁹ bir diğer anlatımla, “hastalıkları veya sakatlıkları önleme, tedavi etme veya hafifletme amacını taşıyan ve hastalıklar bilimine, patolojiye ve tıbbi bilimlerin verilerine dayanılarak yapılan bir bilimsel ve teknik fiilleri kapsayan bilim,”³⁰ **Tababet**; “*bu bilimin uygulanması*”,³¹ **Hekim**³² ise; “*tababeti icra eden kimse*” dir.³³

Tıp; “Hastalıkları ve sakatlıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek için başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümü”³⁴ olarak tanımlanabileceği gibi, “insanı tanımakla görevli olan ve temelini biyolojik ve biyofizik ve biyokimya

²⁶ MATHEİS, a.g.e. sh.41

²⁷ Dünya’da ve Türkiye’de Tıp bilimi ve hizmetlerinin gelişimi hakkında Bkz.; Haydar SUR: “Sağlık Hizmetlerinin Geçmişi ve Gelişimi”, (çevrimiçi), www.merih.net/m1/whaysur12htm-33k-EkSonuc 31.07.2005

²⁸ H. Rıfat EVİRGEN: “Adli Tababet- Saç ve Kıl Muayeneleriyle Suçlu Nasıl Bulunur”, **Adalet Dergisi**, Yıl 42, Haziran 1951, Sayı 6, sh. 841

²⁹ Köksal BAYRAKTAR: “**Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu**”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, 1972

³⁰ BAYRAKTAR: a.g.e, sh.24

³¹ BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 24

³² Bkz. I.Bölüm 3. Kısım; “Hekim”

³³ BAYRAKTAR: a.g.e, sh.24

³⁴ Meydan LAROUSSE Cilt 12, sh. 140, Çetin AŞÇIOĞLU; “**Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai-Hukuki)**”, Ankara–1993,sh.1

bilimlerinin oluşturduğu ekonomik psikososyal bilimler topluluğu³⁵ olarak da tanımlanmaktadır.

Tıp öğretilerinde de hekimlik ilk çağlardan bu yana “**sanat**” olarak nitelendirilmiş bulunan bir uğraştır.³⁶ Tıp biliminin bir bilim mi, yoksa bir sanat dalı mı olduğu konusundaki tartışma öteden beri süregelenmektedir. Konunun etimolojik ve metodolojik açıdan tartışılması, hem tıp hem de zaman-zaman hukuk alanlarında devam etmektedir. Ancak, yapılan incelemelerden de gördüğümüz şekilde, artık uzun bir tarihsel süreç içerisinde sürmekte olan bu tartışma hemen-hemen sonlanmış gibidir. Hukuk ve tıp öğretisiyle, yasal metinlerin içeriklerinde, tıp biliminin aynı zamanda bir sanat dalı da olduğu net olarak belirtilmekte, “**tıp sanatı**” deyimini kullanılmaktadır.

Bu konuda AŞÇIOĞLU,³⁷ EREM³⁸ “*Tıp Sanatı*” demektedir, 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu 7. maddesi “tıp sanatı” tabirini kullanmaktadır.

Kanaatimizce: Şüphesiz ki; Tıp (hem de çeşitli bilimleri alt bilim dalı olarak barındırabilen) bir bilim dalıdır. Bu çalışmaların bir sanat düzeyinde yürütülüyor olması nedeniyle, tıp bilimini bilimsel kimliğinin yanında aynı zamanda sanat kimliği ile de belirlemek, hakkını teslim etmek olacaktır. Tıp; bilim ve sanatın birlikte uygulandığı ve bu ikilinin ayrılmaz parçaları olduğu bir bütündür.³⁹ Bu nedenlerle bizce TIP; “*insanlığa adanmış ve hekimlerce icra edilen tanrıların⁴⁰ sanatı*” ’dır.

5. ADLİ TIP

İnsanların zarara uğradığı olaylarda hekimlerden görüş ve fikir alma ihtiyacı Adli Tıp bilim dalının doğmasına neden olmuştur.⁴¹

³⁵ Ömer AKYÜREK, İsfendiyar CANDAN: “**Muayeneden Tanıya**” “Hekim olmak ve hekimlik mesleği 1”, Editör; İsfendiyar Candan, 2. Baskı, Ankara, Antıp Yayınları, 2004,sh. 1

³⁶ Akın YILDIZ; “**Klinik Önbilgisi (Propedötik)**”, Ankara- Nobel; Tıp Kitabevleri, 2001, sh. 1

³⁷ Çetin AŞÇIOĞLU; “Tıbbi Yardım Sorumluluk”

³⁸ Faruk EREM:“ **Ceza Usulü Kanunu**”, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara-1973, Faruk EREM: “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı”, **AÜHF** Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, sh. 35-72, Ankara-Maarif Matbaası, 1943, sh. 45

³⁹ AKYÜREK, CANDAN: a.g.e. sh.2

⁴⁰ KIZILARSLAN: a.g.s.

⁴¹ Şemsi GÖK: “**Adli Tıp**”, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1980, sh.1

Adli Tıp; “İnsan vücudunu ve insanla ilgili davranışların yarattığı sonuçları hukukun yargı aşamasında doğru ve bilgilenmiş olarak değerlendirebilmesi için bilirkişilik yapan bilim” olarak tanımlanabilir. Diğer bir şekilde ise; “tıbbi belgelerin, bu bilgilerle aydınlatılmasının mümkün olduğu hallerde, ceza muhakemesi ve medeni muhakeme kanununun ilgi alanına giren konuların uygulanmasını sağlayan bilim dalı⁴²” olarak tanımlanmaktadır.⁴³ Adli Tıp; “*tıp dalları içinde hukuksal boyutun tıpla kesiştiği ve bilirkişiliğin yapıldığı, temelde bilirkişilik işlevine yönelik, multidisipliner bir bilim dalıdır.*”^{44, 45}

Tıpla ilgili prosedürlerin bulunduğu her türlü olayda, bilirkişilik adli tıp konusu içindedir.⁴⁶ Bilirkişi kullanılması, özel bir deneyime ve bilgiye sahip kişi tarafından inceleme yapılarak olayın aydınlatılması ihtiyacına dayanmaktadır.⁴⁷ Adli tıp bilimi, “suç olarak tarif edilen olgunun tespiti ile cezanın belirlenmesinde yargıya katkıda” bulunmaktadır.

Adli tıp, hukuk, kriminoloji, sosyoloji, genetik, biyoloji, biyokimya ve patolojiyi kapsayan bir içeriğe sahiptir. Adli tıbbın araştırma alanı insanın biyolojik, psikolojik ve sosyal boyutunda her düzeyde çalışma yapmaya olanak sağlayacak kadar geniştir.⁴⁸ Diğer tıp dallarından en önemli farkı; “sosyal konularla ilgisi nedeniyle dinamik ve dışarıya çok açık bir çalışma alanının bulunmasıdır”. Tüm ihtisas dalları arasında, işbirliğine en açık olanı adli tıptır denilebilir.⁴⁹

Adli tıp multidisipliner bir bilim dalıdır. Temel olarak bilirkişilik fonksiyonlarına dönük çalışmaların yapılmasına yöneliktir. Bilirkişilik, adli olaylarda o konuda eğitim ve öğrenim görmüş kişilerin özel bilgisinden yararlanmasıdır.⁵⁰

⁴² NurCENTEL; Hamide ZAFER:“**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 3. Baskı İstanbul-Beta Yayınevi, Aralık- 2005, sh. 8, (İ. TUNALI, Adli Tıp, Ankara 2001, sh. 21 vd. dan naklen)

⁴³ Oğuz POLAT: “**Klinik Adli Tıp – Adli Tıp Uygulamaları**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı Eylül-2004 sh. 11,15

⁴⁴ Oğuz POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”, **Hekim Forumu**, Sayı;142 Temmuz-Ağustos 2001

⁴⁵ “Adli tıp biliminin daha çok morfolojiye ve tecrübelerine dayanan bir görgü bilimi olduğu da ifade edilmiştir; GÖK; a.g.e. sh. 2

⁴⁶ POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”

⁴⁷ Oğuz POLAT: “Olay Yeri İncelemesi”, (çevrimiçi) http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/kriminoloji/ olay_yeri_incelemesi.htm , 24.06.2005

⁴⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp, sh. 16

⁴⁹ POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh. 15

⁵⁰ POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh. 15

Tıpta bilirkişilik; kriminal olaylarda meydana gelen lezyonların saptanıp tanınması yani “*İdentifikasyonu*”na, travmatik lezyonların niteliğinin belirlenmesine, insana ait her türlü kan, saç, sperm gibi biyolojik oluşumların incelenmesine, suçlu, mağdur ile medeni haklarını kullanmak isteyenlerin durumlarının belirlenmesi ve tanımlanması vs. gibi konuları kapsamaktadır.

Tedaviye yönelik olmayan muayenelerdeki hasta ve hekim ilişkisine, adli muayenelerde, bilirkişi niteliğindeki adli hekim ile muayene edilen arasındaki aydınlatılması gereken adli olgu özellikleri de eklenmektedir.⁵¹

Hekimin saptadığı deliller çok önemlidir. Tarafsız bir görüş sunan ve yetişmiş bir gözlemci olarak hekim, hukukçu ve diğerleriyle ilişkili biridir. Ancak hekimin açıklamaları, gözaltına alma anında sarhoş birinin oluşturulmuş yaralarının açıklanması, cinsel istismar şüphesi olan çocuğun durumunun değerlendirilmesi gibi çeşitli durumlarda oldukça büyük öneme sahiptir.⁵²

“Adli tıp diye bir uzmanlık dalı olmalı mı?” sorusu bazı düşünürlerce halen tartışılmakta ise de, özellikle son dönemde gelişen öğretisi, teknolojik yapısı ve kurallarıyla Adli Bilimlerin (*Forensic Sciences*) bir alt dalı olarak, bir bilim dalı ve uzmanlık alanı kimliğini kazanmış bulunmaktadır.

6. CESEDİN ADLİ MUAYENESİ ve OTOPSİ İLE VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA KAVRAMLARININ FARKLARI

Vücut muayenesi ancak canlı bir insan üzerinde mümkündür. Adli muayene ve otopsi işlemi ise ölü beden üzerinde delil bulma amacıyla gerçekleştirilen bir işlem olup, birbirlerine şeklen çok benzemekte olmalarına karşın, ceza muhakemesi sistematigi içinde bağlanan hukuki yapı ve kurallar itibarıyla birbirinden farklı iki yapı ve sistem özelliği göstermektedirler.

⁵¹ Adli Raporlar: <http://forensic.freesevers.com/ADLI.HTM> 08.05.2005, 26.05.2005, (çevrimiçi)

⁵² POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh. 27

Vücutun incelenmesi; “şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla canlı bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması”⁵³ iken, cesedin adli muayenesi(otopsi) ise ölmüş bir insan vücudunun üzerinde ölümün şekli ve meydana gelişiyile ilgili veya kimlik tespitine yönelik bir araştırmadır. Muayene işleminde kişinin sağ olması nedeniyle, başta yaşam hakkı olmak üzere pek çok temel hak ve özgürlüğün söz konusu olmasının yanında, bu hakların da etkilediği Ceza Muhakemesi Hukuku’nun kuralları ve yasal düzenlemeleri devreye girmektedir. Otopsi işlemi bir delil araştırma ve keşif işlemiyken, vücut muayenesi ve canlı vücuttan örnek alma işlemleri, -kişi hürriyetlerini sınırlama tehlikesi olan nitelikleri dolayısıyla-, yasayla düzenlenmiş sıkı kurallara bağlı bir “koruma tedbiri” olarak karşımıza çıkmaktadır.

Otopsi işleminde söz konusu olmayan “hasta-hekim” ilişkisi, vücudun muayenesinde en önemli belirleyicilerden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde, vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde, otopsi ve keşif işleminde olmadığı şekilde, ceza muhakemesi kapsamında delilleri tespit işlemi yanısıra pek çok olayda tedavi amaçlı muayene de içiçe geçmektedir. Bu nedenle; hekim bir bilirkişi olmasının yanısıra, koruyucu veya tedavi edici hekimlik sıfatıyla da muayeneyi icra etmektedir.

⁵³ ERMAN; a.g.e. sh. 177

B. KAVRAM

Kavram öğretide adlandırılırken birbirine yakın ancak farklı kelimeler kullanılmaktadır. KUNTER; “**muayene- insan teftişi**”⁵⁴ - CİHAN-YENİSEY; “**vücutun incelenmesi**”,^{55,56} ÖZBEK;⁵⁷ CENTEL-ZAFER,⁵⁸ ÖZTÜRK,⁵⁹ TOROSLU;⁶⁰ “**vücutun muayenesi**”, TOSUN; “**doktor muayenesi**”⁶¹, YURTCAN; “**beden muayenesi**”⁶² tabirlerini benimsemektedirler. Konuyla ilgili farklı kavramların kullanılması, her bilim adamının Ceza Muhakemesi Hukuku açısından konunun hangi yönünü daha ağırlıklı gördüklerine bağlıdır.

1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 66. maddesinin 5. fıkrasında vücut veya beden tabirlerine yer verilmeksizin sadece “muayeneleri icap eden kimseler” tabirine yer verilmişti. 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ise genel olarak; “vücut” yerine “beden muayenesi” tabiri kullanılmaktadır. Ancak; “5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu” bu konuda tam bir tutarlılık göstermemektedir. 75. madde de “beden muayenesi” denilirken, 76. maddede “vücut” tabiri kullanılmakta, 81. maddede tekrar “beden” denilmektedir. Aynı karışıklık 82. madde uyarınca çıkarılan “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” (RG: 01.06.2005)’te de söz konusudur. Bazı hükümlerde “beden muayenesi” denilmekteyken, bazı yerlerde ise “vücut muayenesi” tabirine yer verilmektedir. Bu karışıklığın, her iki tabirin de

⁵⁴ Nurullah KUNTER; “**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 7. Baskı, sh. 788 İstanbul, Kazancı Yayınları, 1981

⁵⁵ Erol CİHAN; Feridun YENİSEY: “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 1. Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 1996,

⁵⁶ KUNTER; YENİSEY: “Ceza Muhakemesi... 2002 (YENİSEY-NUHOĞLU; Ceza Muhakemesi 14. Baskı da “Bedenin Muayenesi” tabirini benimsemiştir. Nurullah KUNTER; Feridun YENİSEY; Ayşe NUHOĞLU; “**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 14. Baskı, Arıkan Yayınevi, Mart-2006, Sh;888 vd.)

⁵⁷ ÖZBEK 5271 sayılı yasa yürürlüğe girmeden önce “Vücut Muayenesi” tabirini kullanmaktayken (ÖZBEK: DNA Analizi) yasanın yürürlüğü sonrası beden muayenesi deyimini de kullanmaktadır.(V. ÖZBEK; “CMK İzmir Şerhi” sh.251 vd.)

⁵⁸ Nur CENTEL: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi”,**Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, İstanbul-1993, sh. 75-93, CENTEL-ZAFER; Ceza Muhakemesi.. 2003, CENTEL: Tutuklama ve Yakalama

⁵⁹ ÖZTÜRK; ERDEM; ÖZBEK; Uygulamalı Ceza Muhakemesi, sh. 132 vd.

⁶⁰ Nur CENTEL: “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**” İstanbul-Beta Yayınevi, 1992, Nevzat TOROSLU: “Şüpheli Sanık ve Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, **12.01.2000 Hukuk Kurultayı Ceza Hukuku Bildiri X, Hukuk Kurultayı 2000, 12-16.Ocak 2000, Cilt 2, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku**, Sh: 323-340, Ankara Barosu Yayını, Ankara-2000 sh.325 vd.

⁶¹ Öztekin TOSUN: “**Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I, Genel Kısım**” Dördüncü Baskı, İstanbul-1984 sh. 835 vd.,

⁶² YURTCAN: “Ceza yargılaması- 2002, sh.278 vd.

birbirine çok yakın olmaları nedeniyle, birbirleri yerine sıkça kullanılmalarından kaynaklandığı kanaatindeyiz⁶³.

Öğretide, son dönemde “*vücutun muayenesi*” kavramı genel kabul görmektedir. bu hal –beden ve vücut tabirleri bazı yerlerde farklılaşsa da- yasal düzenlemeyle uyumluluk taşımaktadır. Biz de “*vücutun muayenesi*” tabirini kullanmayı uygun görmekteyiz.

⁶³ ÖZBEK muayene için beden, örnek almak için vücut kelimelerinin seçilmesinin yerinde olmadığı, bu durumun “beden” ve “vücut” terimlerinin rasgele seçildiği izlenimini doğurduğu kanaatindedir.; Ö.Veli ÖZBEK; “**CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli – İctihatlı)**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005, sh.253

C. VÜCUT

Etimolojik olarak, **VÜCUT**; (Arapça kökenli bir terim olup) (Almanca; *Körper (der), Körperlich*, İngilizce; *body*); “*insan ya da hayvanın maddi varlığı, gövdesi, beden.-eski dildeki anlamıyla bulunma, var olma varlık, vücud-ı aynı, gerçek varlık*⁶⁴, *var olan şeyin hali, kevn, varlık, beden, ceset, cisim*⁶⁵, *insan veya hayvan gövdesi, beden*”,⁶⁶ **BEDEN** ise; (o da Arapça kökenli bir kelime olup) “*canlı varlıkların maddi bölümü, vücut, vücudun baş, kol ve bacak dışında kalan bölümü, gövde*” anlamlarına gelmektedir.⁶⁷

Vücut kavramı, hukuki anlamı itibariyle fiziki karşılığından farklı bir anlam taşımaktadır. Fiziki anlamıyla vücut denildiğinde; “vücudun bedeni anlamda tümü-maddi alanda kapladığı yer” anlaşılıyor; hukuki tanımlamada, ceza muhakemesinde bir koruma tedbiri özelliğiyle delil elde edebilmek amaçlı muayene ve örnek alınması halinde, vücudun belli bölümlerine farklı anlamlar yüklenebilmekte, bazen vücut tabiriyle bu yükletilen anlam kastedilebilmektedir. Örneğin; solunulan havada alkol muayenesi vücudun üzerinde bir işlemi kapsamamasına karşın, bazı yazarlar ve uygulamacılar tarafından vücut muayenesi olarak kabul edilebilmektedir.

01.06.2005 tarihli “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” 3. maddesinde “Beden parçası”nın tanımı yapılarak, : “Bir bedenin tamamlayıcı unsuru olan baş, gövde, kol, el, bacak, ayak gibi uzuv ve iç organları” denilmektedir.

Kanaatimizce: Bu, daha çok tıbbi ve nesnel açıdan yapılan bir tanım olup, konumuzla ilgili tam bir tanım olabilmekten uzaktır. Yönetmelikte bir koruma tedbiri niteliğiyle, muayeneye konu vücut kavramının, hukuki bağları da belirtilmek suretiyle daha açık şekilde tanımlanması olumlu olacaktır.

⁶⁴ Büyük LAROUSSE, Gelişim Yayınları 1986, C. 20, sh. 12264

⁶⁵ M.BAHATTİN TOVEN; “**Yeni Türkçe Lügat**”, Hazırlayan Abdülkadir Hayber, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara-2004, sh. 793

⁶⁶ “Eski dilde Var olma, varlık Vücut bulmak; oluşmak, Vücut vermek; vücuda getirmek, Vücutça; Vücut bakımından vücuda göre,” “**Türkçe Sözlük**”, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005, sh. 2099

⁶⁷ “**Türkçe Sözlük**”, a.g.e , sh. 232

“Vücut” tabirine daha geniş bir anlam yüklenebiliyor olması nedeniyle, “beden” kelimesinin önüne geçtiği ve süreç içerisinde daha çok kavramlaşabildiğini düşündüğümüzden, çalışmamızda “vücut” tabirini kullanmayı uygun görmekteyiz.⁶⁸

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 75. md ve devamında madde metninde “**iç beden**” kavramına yer verilmektedir. İleride ceza muhakemesi yönünden ayrıntılarıyla tartışılacak olan bu kavram tıp literatüründe tanımlanmış ve kabul gören bir kavram değildir. Yasa koyucu bu kavramı 5271 Sayılı CMK. nun 75. maddesinde değişiklik yapan 5353 Sayılı Kanunla getirmiş olup, 5353 SY. nın 2. maddesiyle 5271 SY. nun 75. , 3. maddesiyle de 76. maddesinde yaptığı değişikliklerle “iç beden” kavramı getirilmiştir. Kanun metnindeki değişikliğin, sanığın muayenesine karar verilmesini, sadece iç muayeneye özgülemesinin, “*bu kapsamda olmayan muayeneler için karar alınmasına yer olmadığı*” gibi bir sonuç yaratmasının yanısıra, 75. maddenin (4). fıkrası dışında iç beden ne olduğu ile ilgili kanun metninde de bir açıklık yoktur. (4). fıkra; “*cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç muayene sayılır*” demek suretiyle bir tanımlama getirmiş ise de, maddenin lafzından iç beden sayılacak başka bölgeler de olduğu anlamı çıktığından, hangi bölgelerin iç beden olarak sayılabileceğinin ancak tıp literatürüne göre belirlenebileceği akla gelmektedir. Ancak tıp literatüründe bu tür bir sınıflandırma bulunmamaktadır.

Yasalaşma çalışmaları sırasında gündeme gelen ve bazı düşünürlerce kullanılmakta olan “**vücut boşlukları**” kavramı da tıp literatüründe karşılığı olmayan bir tabirdir. Vücut boşluğu olarak, otopsi işlemlerinde **kafa, göğüs ve batın (karın) boşlukları** terimleri kullanılmakta ve sistematik bir otopside mutlaka bu üç boşluğun açılması gerektiği belirtilmektedir. Vücut boşluklarından ne anlaşılması gerektiği ile ilgili yapılan çalışmalarda; ağız, burun, kulak boşluklarının ve anal, vajinal bölgelerin vücut boşluğu olarak sayılabileceği belirtilmiştir. Burada; örneğin karın bölgesine elle bastırarak yapılan muayene (palpasyon) işleminde, bu bölgenin de vücut boşluğu sayılması gerekip-gerekmeyeceği vb. soruların tam cevabı bulunmamaktadır.

⁶⁸ “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” (R.G.: 01.06.2005) 3. maddesinde; “Bedenin tıbbî muayenesi, ve beden muayenesi kavramlarına yer vermekte ve yönetmelik ismi “beden” tabirini esas almakta ise de metin içerisinde vücut tabirine de yer vermektedir.Örneğin: İkinci Bölüm başlangıcı, 5. madde içeriği, 7. madde başlığı ve içeriği vs.

Tıbbi anlamda vücut; (Tıbbi Kimlik); “Kişinin tüm dış fizik özelliklerinin fotoğrafını çekiyormuşçasına kâğıda aktarılmasıdır. (Boy, kilo, cinsiyet ve baştan başlayarak tüm fizik özellikler kaydedilir.)⁶⁹ Medeni Hukukta vücut; Medeni Kanun’un 23/III vd. maddelerinde kişiliğin ayrılmaz bir parçası olarak görülmekte ve üzerinde tasarruf edebilme yetkisi çoğu kez insanın kendisine bile yasaklanabilmektedir. Medeni hukuk anlamında kişi kavramından anlaşılır; canlı olarak doğup, nefes alan (yani yaşayan) kişidir. Ölüler ise, muayenenin değil, otopsi işleminin konusu olmaktadır. Borçlar Hukuku disiplinde, vücut üzerinde yapılacak tıbbi müdahaleler ve operasyonlarda, hasta-hekim arasındaki ilişki bir “**istisna akdinin konusu**” olarak görülmekte ve kişinin vücut bütünlüğü ve hayatını tehlikeye sokucu nitelikteki vaatlerinin geçersiz olduğu belirtilmektedir.⁷⁰

⁶⁹ POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”,

⁷⁰ Çetin AŞÇIOĞLU; “Tıbbi Yardım Sorumluluk”, sh.23, Şahin AKINCI:“Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar” Ankara-Yetkin Yayınevi, 1996, TAHTACI; a.g.e., Elçin ARI; “Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Avukatlık Staj Bitim Tezi, (çevrimiçi), www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a042.asp ,22.06.2005

TARİHSEL GELİŞİM

1. DÜNYADA TARİHSEL GELİŞİM

Ceza Muhakemesi Hukukunda, vücudun muayenesi ve örnek alma koruma tedbiri, ispat vasıtası olarak, delil tespitine ve değerlendirmesine yönelik bir faaliyet olduğundan, gelişimi de delil teorisi ve ceza muhakemesi anlayışı ve adli tıbbın gelişimiyle paralellik oluşturmaktadır.

İlk sistemli tıp çalışmalarının M.Ö. 300 yıllarında Mısır'da İmhotep'le başladığı ve insanlığın varoluşundan bu yana tıp biliminin de var olduğunun bilinmektedir. Bilirkişiliğine başvurulmayı gerektiren bir adli olayda, hekimlerin mutlaka o anki uyumsuzluğu çözme durumunda olanlara bilirkişilik yardımı yaptıkları varsayılabilir. Ancak, bu konu hakkında, ceza muhakemesinin ilk dönemlerine ait, bilimsel değere sahip bilgilere ulaşılamamaktadır. Ulaşılabilen bilgilerin çoğunluğu hekimlerin tedavi nedeniyle sorumluluklarına⁷¹ ilişkin olup konumuz kapsamı dışındadır.

M.Ö. 1800 yıllarına ait Babil Sümerya'da bir takım buluntularda, hekimlerin cinayet olaylarıyla birlikte resmedildiği, Yunan ve Roma belgelerinde; ölüm olaylarında bilirkişilik yaptıklarına⁷² ilişkin bilgiler varsa da, bunlar genellikle ölünün bedeni üzerindeki harici keşif ve otopsi işlemleriyle ilgilidir. Çin'de MS 13. yy. da yayınlanan "*Hsi Yüan Lu*" (Emniyet mensuplarına talimat- (birebir anlamıyla "Yanlışlıkların Yıkanması") isimli kitapta, ölü muayenesi hakkında ayrıntılı anlatımlar bulunmaktadır⁷³. Tarihte ilk adli rapor olarak kabul edilen⁷⁴ ve MÖ 44 yılında senato binası içinde, 23 bıçak darbesiyle öldürülen "*Julius Caesar*" ın ölümüne göğüs boşluğundaki bıçak darbesinin neden olduğuna ilişkin hekim raporu da bu anlamda ele alınabilir.

⁷¹ BAYRAKTAR: a.g.e.,sh.41-54, Sedat BAKICI: "Adli Tıp- Adli Tıp Kurumları ve Önemi" , Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1980, Sayı 1, sh. 28, B. Tahsin KAMAY:"Adli Tıbbın Tarih ve Tekamülü(1)" **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Haziran-1957, Sayı 6, sh.523-535, B. Tahsin KAMAY:"Adli Tababetin Tarih ve Tekamülü(2)" **Adalet Dergisi**, Yıl 48, Ocak-1957, Sayı 1, sh.12-28, Çetin AŞÇIOĞLU; "Tıbbi Yardım Sorumluluk" sh.4-7, ÇAKMUT (YENERER) a.g.e, sh. 55-80

⁷² KAMAY:"Adli Tıp Tarihi 2", sh.17-20, Çetin AŞÇIOĞLU; "Tıbbi Yardım Sorumluluk", sh.42

⁷³ KAMAY; "Adli Tıp Tarihi 2" sh.23

⁷⁴ BAKICI: a.g.e sh. 28,

Roma Hukukunda “*Justinianus Kanunları*” (MS 520–560)’ nın arasında yer alan “*Dibeste*”de; “*Tabipler sadece şahit değildirler. Şahit oldukları oranda hüküm de verirler*”⁷⁵ denmektedir. *Justinyen Kanunlarının* pek çok konuda taraflara “hekimlerle işbirliği yapma (gebeliğin tayini, kız kaçırma hakları, zehirlenme, herhangi bir olayda yaralının canlı kalıp kalmayacağı, akıl hastalığı ve zayıflığı gibi vb. haller)” emri vermekte olduğunu,⁷⁶ “*Aquila Kanunu*” nda ise; yaraların vahamet derecesinin tayini gerektiği konusunda hekimlere emir verilmekte olduğunu saptamaktayız

Ceza hukuku, diğer hukuk dallarından daha fazla oranda, uygulandığı bölgenin siyasi ve toplumsal yapısıyla bağlantılıdır.⁷⁷ Bir ülkede hâkim bulunan siyasi rejim ile o ülkede uygulanmakta olan ceza muhakemesi arasında çok sıkı bir bağlantı vardır. Ceza muhakemesi kişiye verilen önemle ilişkili olarak biçim değiştirmektedir.⁷⁸

İlk dönemlerde kişisel ölçalma esasına dayalı olan ceza hukuku anlayışı,⁷⁹ düzenin sağlanması amacıyla devlete bu konularda görev verilmesiyle devleti elinde tutan egemen gücün tasarrufunda şekillenmeye başlamıştır. Diyet, kısas, klandan dışlamak⁸⁰ şeklindeki yaptırımlarla sulhun sağlanması anlayışı, bir süre sonra, yerini nakdi ve cismani⁸¹ cezalara bırakmıştır. Önceleri bizzat egemen gücün kendisince yürütülen yargı faaliyeti, sonradan devleti yönetenlerin atadıkları yüksek memurlar veya halk içerisindeki seçkinlerden seçilmiş hâkim veya mahkeme heyetlerince yerine getirilmeye başlanmıştır. Bu sayede, ilk mahkeme ve hâkimlikler ortaya çıkmıştır.

Ceza muhakemesi, insanlık tarihi ile beraber üç aşamadan geçmiştir. Suçlunun cezalandırılması aşaması olan⁸² ve suçtan zarar görenin iddiasıyla mahkemenin faaliyete geçebildiği, sözlü ve açık yargılama usulünün uygulanıp, iddianın sanığın

⁷⁵ “*Medici non sunt proprie testesi sed majusest judicium quam testimonium*”; KAMAY; “Adli Tıp tarihi 2”, sh. 19

⁷⁶ KAMAY; “Adli Tıp tarihi 2”, sh. 21

⁷⁷ Fernand DAGUIN; “*Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun Ana Hatları*” Çev.; Baha Arıkan, Ankara Hapisane Matbaası, -1938, sh. 4

⁷⁸ KUNTER,: “CMH 7. Baskı” sh. 1

⁷⁹ “*Bu dönemde cezalandırma hakkı bireye ait olup, suçun cezalandırılması için araya ceza muhakemesinin sokulmasına gerek yoktur.*” TOSUN: a.g.e, sh. 7

⁸⁰ TOSUN; a.g.e. sh. 7

⁸¹ DAGUİN; a.g.e. 4

⁸² KUNTER: “CMH. 7. Baskı”, sh. 1

masumiyetini ispat zorunluluğu doğurması için yeterli bulunduğu, şahit ve delil göstermenin sadece iddiacının hakkı olduğu, gerçeği söyletmek için sanığa işkence ve benzeri cebri usullerin uygulandığı itham (*accusatoire*) sistemi 15. yy. a kadar Avrupa’da uygulanan bir muhakeme sistemi olmuştur.⁸³ Bu sistemde ilk tahkikat aşamasının olmaması, delillerin mahkeme aşamasında bildirilebilmesi, adli delillere başvurulamaması⁸⁴ nedenleriyle gelişmiş bir delil anlayışı olduğundan ve bu bağlamda vücut muayenesi ve örnek alma işleminden bahsedilemeyeceği açıktır.

15. yy. da Kilise Hukuku ile Roma Hukukunun birleştirilmesiyle⁸⁵ oluşturulan “*Bamberg Ceza Fermanı (1507)*”⁸⁶ ve bu fermanın *Charles-Quint* tarafından ıslahıyla oluşturulan “*Carolina Kanunu*” (*Constitutio Criminalis Carolina*)⁸⁷ (1536)⁸⁸ ile itham sistemi yerini “*tahkik (ingusitoare)*” sistemine bırakmıştır.⁸⁹ Bu kanun; hâkimin yargılamaya başlayabilmesi için sanığın kendisine teslimini öngörmesine karşın, diğer sistemden farklı olarak, hakimin bu aşamadan sonra tamamen kendi başına konuyu araştırmasını⁹⁰, delili toplamasını ve karar vererek bunu halka açık yapılan bir duruşmada sanığa bildirmesini düzenlemiştir.⁹¹ Bu sistemde yargılama evrak üzerinde iddia ve savunma olmadan yapılır, ikrara çok önem verilir, bu amaçla işkence yapılırdı. İkrar etmeyene ayrıca ceza verilmekteydi. Delil çok önemli olup delilin kuvvetine göre ceza miktarı belirlenmekteydi.⁹² Tahkik sisteminin en büyük özelliği; delil anlayışını tamamen değiştirmesi, hakimin iki taraftan da delil isteyebilmesidir⁹³. Bu sistem Almanya ve Avusturya’da 18-19. yy. ‘a kadar uygulanmış⁹⁴, İkinci Josef “*1788 tarihli Ceza Fermannâmesi*” ile “*kanuni delil (preues légales)*” anlayışını getirmiştir. Buna göre; önceden belirlenen bir takım

⁸³ KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 670, dn. 7

⁸⁴ DAGUİN; a.g.e. sh. 9

⁸⁵ T.Tufan YÜCE: “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünün Prensipleri”, *Adalet Dergisi*, Yıl 51, Eylül 1960, Sayı 9, sh.; 637,

⁸⁶ DAGUİN; a.g.e. sh. 15

⁸⁷ Carolina, hakim ve azaların şüpheye düştükleri hallerde, hukuk bilginlerinden görüş ve oy vermelerini isteyebilmeyi düzenlemiş, bu durum zamanla mahkemelerin hukukçulardan oluşmasıyla sonuçlanmıştır. (YN)

⁸⁸ DAGUİN; a.g.e.. Sh 20

⁸⁹ Bu sistem “*sanığın korunması sistemi olarak da adlandırılmaktadır.*” KUNTER: “*Ceza Muhakemesi Hukuku* 7. Baskı, sh. 18, No: 12

⁹⁰ KUNTER/YENİSEY/NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı” sh. 670., dn.7

⁹¹ DAGUİN; a.g.e. sh. 25

⁹² “Bu niteliği ile tahkik sisteminin İslam Hukukuna benzediği belirtilmektedir.”Bkz.; Nurullah KUNTER Feridun YENİSEY; “*Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuk, Özet Kitap*, Arıkan Yayınevi, 2005, sh. 4, No. 2.1

⁹³ DAGUİN; a.g.e. sh. 23

⁹⁴ KUNTER/YENİSEY; “*Özet Kitap*” sh. 4, No. 2.1

karineler ve suç izlerinin varlığı mahkûmiyet için yeterli sayılmaktadır. 1802 tarihli “Prusya Kanunu” ile deliller “beyan delilleri” ve “kanuni deliller” olarak sınıflandırılmış, 1813 tarihli “*Bawyera Kanunu*” ’nda da aynı yapı benimsenmiştir.

Almanya ve Avusturya’da tahkik sisteminin uygulandığı dönemlerde, Fransa’da, ihtilalin ve aydınlanmacı, hümaniter yazarların da etkisiyle “kanuni delil ve tahkik sisteminden” vazgeçilerek, “**maddi gerçeğin araştırılmasını**” esas alan “**vicdani delil**” sistemi ve bunun uzantısı olarak jüri sistemi benimsenmiş, bu anlayış birçok Avrupa ülkesinde kabul görmeye başlamıştır. 30 yıllık bir gecikmeyle Alman ve Avusturya hukukları da bu sistemi benimsemişlerdir. (22.07.1843 tarihli “*Württemberg Kanunu*”, 06.03.1848 tarihli “*Mittermaier Kanunu*”, 17.07.1846 tarihli “*Prusya Kanunu*” kabul edilmiş, bu kanunlarla ilk tahkikatla mahkeme aşamaları ayrılmış, açık duruşma (ancak ahlaki nedenlerle gizli olabilir) anlayışı getirilmiş ve “**kanuni delil**” sistemi kaldırılmış ancak jüri kabul edilmemiştir.⁹⁵) Savcılıkça hazırlık tahkikatı yapılmadan mahkeme olamayacağı anlayışı benimsenerek, evrak üzerinden mahkeme yapılması sistemi terk edilmiştir. Hâkimin, tarafları bizzat dinlemesi ve delilleri serbestçe takdir etmesi anlayışı getirilmiştir.

Bunlarla paralel olarak 1650’li yıllarda Adli Tıp biliminde gerek Almanya ve gerekse Fransa ve İngiltere’de büyük ve hızlı gelişmeler olmuştur. Bu tarihten itibaren sistemli bir Adli Tıp eğitimi başlamış⁹⁶, aynı tarihlerde Adli Tıp Biliminin öncü ve kurucularından sayılan “*Louise*” ve “*Ambroise PARE*” Fransa’da, “*Samuel FARR*”, “*Andrew DUNCER*” İngiltere’de, kürsülerini kurarak adli soruşturmalarda “*bilimsel delillerin*” yolunu açmışlardır.⁹⁷

İtham ve tahkik sistemlerinin terk edilmesi ve günümüz ceza muhakemesi anlayışının benimsenmesi sonrası, Savcılık teşkilatının da kurumsallaşmasıyla iddia, savunma ve yargı sacayağının kurulması, yargılamanın amacının “maddi gerçeğe ulaşmak” olarak kabulü ve “masumiyetin değil suçluluğun ispatının gerekli olduğu” gibi anlayışların yerleşmesiyle, delil elde edilmesi ve delilin tespiti, yorumlanması konuları daha önemli hale gelmiştir. Adli Bilimler ve Adli Tıp bilimlerindeki gelişmelerle bağlantılı şekilde muayene ve örnek alma işlemlerinin işlev ve ağırlığı

⁹⁵ DAGUİN: a.g.e. sh. 36–39

⁹⁶ KAMAY: “Adli Tıp Tarihi 1”, sh.524

⁹⁷ KAMAY: “Adli Tıp Tarihi 1”, sh.526–527

artmıştır. Vücut dokularının incelenmesiyle kimliklendirme yapılmasının tarihinin, geriye doğru seksen yıldan fazla olmadığı düşünüldüğünde, bu işlemlerin ceza muhakemesi hukukunda öncekine oranla günümüzde neden daha gelişmiş olduğu anlaşılacaktır.

XX. yy.ın başlarından itibaren gelişen ve adli tıp ve gen teknolojisi, muayene ve örnek alma yoluyla elde edilen delillerin kuvvetini artırdıkça, vazgeçilmez ceza muhakemesi hukuku işlemleri halini almış ve vicdani delil sisteminden “bilimsel delil” anlayışına geçilmesi sürecinin önemli köşe taşlarından birini oluşturmuş ve oluşturmaktadırlar.

2. ÜLKEMİZDE TARİHSEL GELİŞİM

a) İLK DÖNEMLER

Türk hukukunda, vücut muayenesi ve örnek alma konusuyla ilgili olarak, Osmanlı İmparatorluğu dönemi öncesine ait herhangi bir kaynak bulunamamaktadır. O dönemde, göçebe kültürün egemen olması ve tüm yetkileri Türk Hakan'ının elinde toplamış bulunması nedeniyle,⁹⁸ günümüz anlayışlarını o dönemin ceza muhakemesinde bulmak mümkün değildir.

b) İSLAMİYETİ KABUL SONRASI VE TANZİMAT ÖNCESİ OSMANLI DÖNEMİ

Türklerin İslamiyet'i kabullerinden sonra, uyguladıkları hukuk sistemi İslam Hukuku olmuş ve bu hukukun kurallarını, bağlı oldukları din âlimlerinin mezhepsel öğretileri ve önceki örf ve adet hukukundan kalan kurallarla birleştirerek uygulamışlardır.⁹⁹ İslam Hukukuyla ilgili olarak, bu hukukun yapısı ve esaslarını tam anlamıyla anlatan toplu bir kaynak halen mevcut değildir. Yazılı bir ceza veya ceza muhakemesi metni yoktur. Kur'an, sünnet, icmâ'i ümmet, kıyas'ı fukaha¹⁰⁰ temel alınmış, fetvalar ve ilâmlarla, her mezhebin öğretisiyle ve uygulamayla da bağlantılı

⁹⁸ Sami SELÇUK; “Cumhuriyet Döneminden Önce Türklerde Ölüm Cezası”, **Adalet Dergisi**, Cilt 3, Temmuz-Ekim 1977, Sayı 3-4, sh.5

⁹⁹ İlhan AKBULUT: “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1-2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh.;221

¹⁰⁰ Baha ARIKAN: “İslam Ceza Hukukunun Esasları”, **Adalet Dergisi**, Yıl 53, Kasım-Aralık-1962, Sayı 11-12,1189

olarak bir takım kural ve uygulamalar oluşmuştur. İslam Ceza Hukuku “*Siyaset*” kelimesiyle ifade edilmektedir. İslam’da hukuk şeriatla, şeriat da hukukla iç içe olup birbirlerinden ayrılmamaktadır.¹⁰¹ Kur’an’ da ceza hukukuna ilişkin hükümler “UKUBAT” kısmında düzenlenmiştir.¹⁰² İslam Hukukunda; ceza vermek “*Emir’ül-müminin’e*” (İmamü’l-Müslimin) (Devlet Başkanına) ait bir yetkidir.¹⁰³ Bu yetki, devlet başkanı adına onun yetkilendirdiği hukuk ilmine vakıf, âlim ve toplumdaki fertlerin en temizleri arasından seçilmiş¹⁰⁴ kişilerce (kadılarca), bölge sistemi şeklinde kullanılmaktadır. Cezalar açıkça belirtilmediği için cezayı tayin yetkisi diğer hukuk sistemlerine göre çok geniştir.

“Osmanlı İmparatorluğu” dönemini, Tanzimat öncesi ve sonrası olarak ikiye ayırmak gereklidir. Tanzimat öncesinde, Osmanlı İmparatorluğu’nda İslam Hukuku uygulanmaktaydı. Egemen gücü elinde bulunduran “Hanefi” mezhebinin kural ve öğretileri, Osmanlı’da uygulanan İslam hukukunun yapısının ve işleyişinin belirlenmesinde etkili olmuştur.¹⁰⁵

İslam hukukunda ceza muhakemesi ve özel hukuk muhakemesi ayrımı yoktur.¹⁰⁶ İslam Hukukunda ispat vasıtası olarak şahitlik, yemin ve yeminden kaçınma bulunmaktadır. Yazılı belgeler tanıkça doğrulanmadıkça (Mecelleye kadar)

¹⁰¹ AKBULUT; a.g.e. sh.221

¹⁰² *İslam ceza hukukunda suçlar üçe ayrılmaktaydı.1) Allah’ın haklarına karşı işlenenler(had cezasıyla cezalandırılan ve temelde dinsel nitelik gösteren, ancak zina, zina iftirası, hırsızlık gibi, bazı suçları da kapsayan suçlar olup, bunlar Kur’anda gösterilmiş, cezaları değişmez biçimde belirlenmiş olan ve şikâyet bulunmasa da kovuşturma yapılan suçlardır). 2) Kullanın haklarına karşı işlenen suçlar;(adam öldürme, yaralama, çocuk düşürme gibi suçlardır, şahsi şikâyete tabidir, diyet, kisas uygulanır, şikâyetten vazgeçme ile düşer) 3) Taziren cezalandırılan suçlar, (Devlet başkanının cezalandırma hakkının bulunduğu suçlardır) Erol ULUSOY: “Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi (Aufbau Und Entstehung Des Modernen Türkischen Rechts)”, (çevrimiçi), www.jura.uni-sb.de/turkisch/ulusoy.html , 13.06.2005, Nur CENTEL-Hamide ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, sh 15*

¹⁰³ ARIKAN; a.g.e. sh.1197

¹⁰⁴ ARIKAN; a.g.e. sh. 1197

¹⁰⁵ Dolayısıyla Osmanlı yargı hukukunun kaynakları, Hanefi Mezhebi’ne ait fıkıh kitaplarının kaza, davâ, şehâdet, ikrâr, beyyinât, yemin, sulh ve vekâlet bölümlerinde geçen hükümlerle, bazı bölümlerin (bâb veya kitab) sonunda yer alan özel hükümlerdir. Bunların önemli bir kısmı Mecelle’de yer almıştır. Abdülaziz BAYINDIR: “Örneklerle Osmanlı’da Ceza Yargılaması”, (çevrimiçi) www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=vicarticle&artid=25 , 25.07.2005, Aynı konuda AKBULUT; a.g.e. sh. 223

¹⁰⁶ Murat EN: “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı” **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 75.Yıl Armağanı**, Cilt 2, Sayı 1 Erzincan 1998, sh; 283-312, ayrıca;www.jura.uni-sb.de/turkish/MSen6.htm , 22.06.2005, ayrıca; aynı yazar “Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri Ve Başkasına Naklen Şahitlik Yapmak”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1-2, Erzincan 2000, sh; 283-312

geçerli sayılmadığı gibi, ikrar da tek başına delil sayılmıyordu.¹⁰⁷ Günümüz anlamıyla ceza kovuşturmalarında muayene işleminin yapılmasından bahsedilememektedir. Bütün ağırlık şahit beyanındadır. Bu nedenle şahit beyanına özel önem verilmekte ve sıhhatiyle ilgili çeşitli kurallar yer almaktadır¹⁰⁸.

İslam Hukukuna göre; şahitlerin şahitlik edecekleri hukuki muamele veya olayı bizzat görmeleri şarttır. Mecelle'nin 1688. maddesinde; “*şahitlerin meşhudinbihi (ispatlanması isteneni) bizzat muayene etmiş olupta ol veçhile şehadet eylemesi lazımdır. Sema ile nas'dan (halktan) işittim diye şahadet eylemesi caiz olamaz.*”¹⁰⁹ İçki kullanma suçu ağızda içki kokusuyla ispatlanabilmekte, mahkeme, uzaklığı sebebiyle koku ortadan kalkarsa, tanıkların bu kokuyu almış olması ve şahitlikleri ile yetinmektedir.¹¹⁰ Kadınların, erkeklerin bakamayacakları organlarındaki kusurları hususunda şahitlik yani bilirkişilik yapabilecekleri, kadının kocasının güçsüz olup kendisiyle cinsi temasta bulunmadığını iddia ederek ayrılma isteğinde bulunduğu ve kocanın bu iddiayı reddettiği hallerde, kadınların iddiacı kadının bekâreti konusunda muayene ederek kızılığının bozulup-bozulmadığına şahitlikte bulunmaları¹¹¹ geçerli görülüyor ve bekareti tespit için bu şahitlik yeterli sayılıyordu.¹¹² Aynı şekilde İslam Hukukuna göre; “*herhangi bir kişinin öldüğüne dair iki kişinin adil bir kişiden duyarak yaptığı şahitlik yeterlidir*”¹¹³

Önemli bir kaynak olup, uygulamaya ilişkin önemli dönemsel bilgiler veren bir kısım mahkeme ilamlarından; hakimce, sakatlanmanın bir bilirkişiye incelettirildiği ve bu inceleyen kişinin beyanıyla hüküm kurulduğunu,¹¹⁴ bir diyet davasında,

¹⁰⁷ BAYINDIR: a.g.e.

¹⁰⁸ *İslam Hukukuna göre, şahitliğin genel şartları; fiil ehliyetine sahip olmak, dilsiz ve sağır olmamak, hürriyeti sınırlı olmamak, adil olmak, iftira cezası görmemiş olmak, menfaat sağlamamış olmak, davalıyla arasında düşmanlık bulunmamak, kendi davası ve yaptığı iş olmamak, özel şartları ise; erkek, Müslüman olmak gereklidir. Ayrıca dava zamanlaşımına uğramamış ve bizzat görgü şahidinin şahitlikte bulunması şartları vardır.. Kadınlar ise miras işleri (çocuğun sağ doğduğuna ilişkin), doğum olayına kadının bekaretine ve erkeklerin girmesi mümkün olmayan (kadın hamamları vb.) yerlerdeki olaylar hakkında şahitlik yapabilirler. EN; a.g.e. sh.287-312*

¹⁰⁹ EN: “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı” ; sh; 286

¹¹⁰ TOSUN: a.g.e., sh. 717 ; Ömer Nasuhi Bilmen; Hukk İslamiyye ve İstılahı Fıkkiyye Lügati, sh. 699 dan naklen)

¹¹¹ İbrahim El Halebi, İzahlı Mülteka El Ebhur Tercümesi C. III, Çeviren Mustafa Uysal, Konya 1993, sh. 9 Dn. 224 ten naklen; EN; a.g.e., sh. 286

¹¹² “Eğer bakire ise dava bir yıl ertelenir. Bir yıl sonra kadın kocasının hala kendisiyle cinsi temasta bulunmadığını iddia eder ve koca bu iddiayı reddederse kadınların”karının bekaretinin halâ bozulmadığı yolundaki “tekrar yapacağı şahitliğe” dayanarak hakim eşleri ayırır; Hoca Eminengendizade Ali Haydar, Dürerü'l Hükkam Şer'u mecelleti'l Ahkam, C IV, sh. 400 den naklen” EN: “Önceki Hukukumuzda Şahitlik”, a.g.e.; sh. 288

¹¹³ EN; a.g.e. sh. 288

¹¹⁴ «Dergah-ı Ali yeniçerileri neferatından Mehmed Beşe b. Ahmed nam kimesnenin sağ elinin bileğinin üst tarafından bir yerden cerhi, bür-i tam hasul olmağla zikrolunan elinin vasatı ve hunsır ve binsırı barmakları bi'l-

davacının parmaklarının koptuğunun “...başoperatör doktor Hayyazade Ahmed Efendi'nin ve mahkemece bilirkişi tayin olunan Osman Efendi ve es-Seyyid Muhammed Efendi'nin haberleriyle tahakkuk ettikten sonra...” belirlendiğini görmekteyiz. Diğer bir örnekte ise; kısas davasında bir şahsın diğerini sırtından bıçaklayarak ağır yaraladığı ve bu yara etkisiyle ölümün meydana geldiği iddia edilmiş, mahkeme bu iddiayı olayı gören ve yaranın ölümü meydana getirdiğine şahitlik eden tanıkların beyanına göre çözmüştür.¹¹⁵ Başka bir olayda ise; göğüslerinin üzerinden bıçaklandığını iddia eden bir kadının, göğüs bölgesinin başka kadınlara incelettirilerek bu kadınların şahitliğine dayalı olarak hüküm kurulduğu görülmektedir.¹¹⁶ Burada dikkati çeken önemli bir nokta, “muayene işleminin iddia

külliye amel-mande ve muattal ve ibham ve sebbabe barmakları şell ve batşlarına halel tari olduğu hala ser-i cerrahin fahrü'l-müderresini'l-kiram Hayyazade Ahmed Efendi'nin ve ba fermân-ı Alişan ehl-i hibre tayin olunan Osman Efendi ve es-Seyyid Muhammed Efendi'nin haberleriyle ba'de't-tahakkuk merkûm Muhammed Beşe meclis-i şer'de muncu Muhammed Beşe mübaşeretıyla, Ahîcelebi Mahkemesi'ne ihzar olunan Feyzullah Beşe b. Ömer nam kimesne mahzarında «İşbu tarih-i ilâmdan dokuz ay mukaddem vilayet-i Anadolu'da mahrûse-i Erzurum'da Gürcükapusu nam mahalde vaki' meydan yerin önünde bigayr-i hakkinamden kılıç ile merkûm Feyzullah Beşe sağ elimin bileğinin üst tarafından bir yerden darb ve cerh idüb bür'-i tam hasıl olmağla zikrolunan elimin vasatı ve hınsır ve bınsır barmakları bi'l-külliye amelmande ve muattal ve marrü'z-zikr ibham ve sebbabe barmakların şell ve batşlarına halel tari olmağla mucib-i şer'isin taleb iderim.» deyu dava, ol dahi inkâr idüb müdde'yi merkûm ber minval-i muharrer müddeâsını lede't-tezkiye adaletleri zahir olan es-Seyyid İsmail b. es-Seyyid Yusuf ve es-Seyyid Ali b. Osman nam kimesneler şehâdetleriyle ber nehec-i şer'i b'il-müvacehe isbat itmeğın mucibince zikrolunan üç adet esabi-i muattalanın diyet-i şer'iyyeleri olan cem'an gümüştan üçbin dirhem ve salîfû'l-beyan ibham ve sebbabe barmakları için hükümet-i adli iktiza etmekle merkûm, abd farz olunub zikrolunan ibham ve sebbabe barmaklarında olan eser-i mezkûr ile adem-i beyninde kıymetinden südüs tefavütü olmağla gümüştan südüs-i diyet-i recül olan bin altıyüz altmış altı dirhem ve sülüsan dirhem ki min haysü'l-mecmu şer'an dörtbin altıyüz altmışaltı dirhem ve sülüsan dirhem iktiza eylediği huzur-ialî'lerine ilâm olundu. el-emr limen lehü'l-emr. Fi min C. ahire 1160” İstanbul Bab Mahkemesi, 2/192 numaralı sicil, v. 73-a. (İstanbul Müftülüğü Arşivi.)Bkz; BAYINDIR: a.g.e.

¹¹⁵ Mahrûse-i Galata'ya tabi Kasaba-i Beşiktaş'da Sinanpaşa-yi atik Mahallesi ahalisinden olub Ahîcelebi Mahkemesi'nden olan keşif ilâmi mantukunca İstanbul'da Süleymaniye Tabhanesi'nde cerihan vefat eden dergah-ı Ali yeniçerilerinin yirmibeş bölüğe mahsus oda neferatından İbrahim Beşe b. Abdullah'ın veraseti zevce-i menkuhe-i metrukesi sahibe-i arzuhal Ayişe bint-i Abdülkadir ile mezbûre Ayişe'nin batındaki hamle ba'de tahakkukî'l-inhisari's-şer'i zattı, katil-i müteveffa-yı mezbûrun liebeveyn er karındaşı Ali ve lüm er karındaşı Süleyman b. Mehmed tarifiyle muarrefe olan zevce-i mezbûre Ayişe hatun, meclis-i şer'-i enverde ehân-ı mezkûran Ali ve Süleyman dahi hazır oldukları halde yine Dergah-ı Âlî yeniçerilerin yetmişbeş cemaat yoldaşlarından olub derun-i arzuhalde mezkûrî'l-isim olan İsmail Beşe b. Hasan müvacehesinde işbu ilâm tarihi senesi Zilkadeti's-şerife'sinin onikinci günü ki Çarşamba günü ba'de salati'z-zuhr mahrûse-i mezkûrede Valide Cami-i Şerifi Suku'nda vaki' ekmecki fırını önünde, tarik-ıamda işbu mezbûr İsmail Beşe, bir siyah kabzalı şiş tabir olunur alet-i cariha ile bigayr-i hakkinamden, keşf ilâmi natk olduğu üzere zevcim mezbûr İbrahim Beşe'nin arkasından, sağ tarafından bir yerinden darb ve cerh-i müşhin ile mecrûh ve sahib-i firaş eylediğini ahrâr-ı rical-i müsliminden marrü'z-zikr Sinanpaşa mahallesi sakinlerinden el-Hac Ali b. Muhammed ve yine mahrûse-i mezkûreye tabi Tophane'de Firuzâğa Mahallesi'nde sakin Bıçakçı Halil Beşe b. Muhammed nam kimesneler şehâdetleriyle mezbûr İsmail Beşe müvacehesinde vech-i şer'i üzere isbat eyledikde şahıdan-i mezbûran mahallerinden vech-i şer'i üzere ta'dil ve tezkiye olunmağın şehâdetleri kabul olunub cerih-i mezkûr İbrahim Beşe'nin cerh-i mezkûrdan müteessiren yevm-i mezkûrda kubeyl-i mağribde vefat eylediğini dahi saniyen tabhane-i mezkûre sakinlerinden lede't-tezkiye adaletleri zahir olan Molla Osman b. İbrahim ve Muhammed b. Şaban nam kimesneler şehâdetleriyle yine mezbûr İsmail müvacehesinde vech-i şer'i üzere ba'de'l-isbat ve'l-kabul katl-i mezbûrun mucib-i kisas olmağla mucibiyle zevce-i mezbûre kebire olub haml-i mezkûrun validesi olmağla talebiyle ve ehan-ı mezkûran dahi bi'l-velaye talebleriyle katil mezbûr İsmail Beşe'ye kisasen kaved iktiza eylediği sekiz gün mukaddem Mahkeme-i Bab'da zabt ve tescil olunmuştur. Fermân-ialilerine ilâm olunur. Fi 16 Zilhicce 1116” İst. Bab mahkemesi, 2/192 numaralı sicil, v. 78-a. (İstanbul Müftülüğü Arşivi.) Bkz; BAYINDIR: a.g.e.

¹¹⁶ “Üsküdar'da Keşçe Mahallesi'nde sakine Ümmügülüm bint-i Hüseyin nam hatun meclis-i şer'de takrir-i kelam idüb gaibani'l-meclis Başibüyükü karyesinden Süleyman, Dogancılar Meydan'nda menzil-hane karşısında

sahibi kadının rızası alındıktan sonra yapılmış olmasıdır". Bu örnekler, bilirkişiliğin Osmanlı İslam Hukukunda tanıklıkla tamamen içice olduğunu, bilirkişi beyanının da tanık gibi değerlendirildiğini göstermektedir.¹¹⁷ Tanıklığa ve tanığın güvenilirliğine ilişkin İslam Hukukundaki ana kuralların, bilirkişi sıfatıyla tanık olarak beyanına başvurulmuş hekimler ve hekim olmayan diğer tanıklar için de geçerli olması gereklidir. İlamların düzenleniş şekli; "*davaya bakan hâkimin, vücut muayenesinde söz konusu olan ve dışardan görülebilecek bazı yaralanma ve izler hakkında kendi gözlemlerine de dayanarak hüküm kurduğunu*" göstermektedir. Bilimsel delillerin, o zaman dilimi itibarıyla gelişmemiş olmasının da İslam Hukukunun bu konularda içtihat üretmemesinde katkısı olduğu **kanaatindeyiz**.

c) TANZİMAT SONRASI OSMANLI DÖNEMİ

Türk tıp tarihi, Osmanlı İmparatorluğundaki adli tıbbı ait ilk belgelerin Sultan Mahmut zamanına kadar indiğini saptamaktadır. Bu dönemde kurulan "*Tıphane'i Âmire*" ile batılı tarzda adli tıp dersleri vermeye başlandığı belirtilmektedir.¹¹⁸

Tanzimat Fermanı sonrasında 19. yy. ın sonlarına doğru, Osmanlı'da İslam Hukukunun terk edilerek Avrupa hukukuna yönelme ve buna bağlı olarak diğer alanlardaki gibi ceza ve ceza muhakemesi alanlarında da bir takım yasa çalışmaları başladığı görülmektedir.¹¹⁹ 1838 (1254) yılında "*Memurine Mahsus Ceza Kanunnamesi*" çıkarılmış, Tanzimat Fermanı sonrasında ise, 1840 (1256) tarihli "*Ceza Yasası*", 1851 (1267) yılında yeni ceza yasası "*Kanun'i Cedid*" yayınlanmıştır. 1858 (1274) tarihinde (1810 tarihli Fransız Ceza Kanunundan

tarik-iamda iki memem ortasına bıçak ileamden darb ve cerh idüb firar itmekle keşf ve mu'ayene ve yedime ilâm ita olunmak matlubumdur didikte mezbûre Ümmügülüm'ün azası nisa taifesine irâe olundukda fi'l-vaki iki memesi ortasından bıçak yaresiyle mecrûhe olduğu müte'ayyene olmağın bi'l-iltimas huzur-ialilerine i'lam olundi el-emrû lîmen lehü'l-emr. Fî 21 Zilhicce, 1178[72 Yeni Türkçeyyle; "Yaralanan kadının keşif ve muayene talebi: "Üsküdar'da Kefçe Mahallesi'nde oturan Hüseyin kızı Ümmügülüm adlı hatun mahkemede söze başlayıp, burada olmayan Başibüyük köyünden Süleyman, Doğancılar Meydanı'nda menzilhane karşısında ana yolda iki memem ortasına bıçak ile kasden vurup yaraladı ve firar etti. Keşif ve muayene ve elime ilâm verilmesini talep ederim, dedikte..." Davacının kadınlara muayene ettirilmesi: Ümmügülüm'ün azası kadınlara gösterildiğinde gerçekten iki memesi ortasından bıçak yaresiyle yaralı olduğu belirlenmiş olup.." Üsküdar Mahkemesi., 6/466, vr. 38-a. (İstanbul Müftülüğü Arşivi) Bkz; BAYINDIR; a.g.e.

¹¹⁷ "*Kadın hamamlarında bir öldürme olayı meydana gelse buna dair diyet hususunda kadınların şahitliği(günümüz anlamıyla bilirkişiliği) geçerli sayılmış, bunun kısas durumunda söz konusu olamayacağı belirtilmiştir. (Ali Haydar C V, sh. 401 den naklen; EN; a.g.e. sh.288*

¹¹⁸ Muhtar ÇAĞLAYAN: "*Ceza Muhakemeleri Kanunu- Cilt I*", Ankara- Güzel Sanatlar Matbaası, 1966, sh.404

¹¹⁹ Kemal GÖZLER: "*Genel Hukuk Bilgisi*", Bursa-Ekin Kitabevi Yayınları, 2002

tercüme edilerek¹²⁰ ve hale uydurulup, bazı yerlerine şer-i hükümler eklenerek) “*Ceza Kanunname’i Hümayûnu*” çıkarılmış ve bu kanunla ceza hukukundaki dini kayıtların etkisi azaltılmıştır.¹²¹ Bu kanunla “Adliye Mahkemelerinin” yanısıra “Şer’iye Mahkemelerinde de” yargılama yapılmaya başlanmıştır. İlk kez Ceza Kanunname’i Hümayunu ile suçun niteliğine göre bilirkişi hekimlere ihtiyaç duyulacak haller ve bu hallerde hekimlerin görevleri açıklanmıştır¹²².

İlk ceza muhakemesi kanunu olan ve 1808 tarihli Fransız Ceza Usul Kanununun çevirisi olan 1879 tarihli “*Usul-i Muhakemat-ı Cezaiye*” Kanunu ile **savcılık (müdde-i umumîlik)** makamı ihdas edilerek bazı davaları açma yetkisi savcılara verilmiştir.¹²³ Mehazın aksine jüri sistemi kabul edilmemiş, 1913 tarihinde Sulh Hakimliği sistemi getirilmiştir. 1876 da da “*Divan-ı Ahkâmı Adliye*” (*Yargıtay*) kurulmuştur.¹²⁴ Osmanlı İmparatorluğu döneminde 1849 yılında Dr. Serviçen Efendi tarafından ilk Adli Tıp dersi verilmiş¹²⁵ ve 1875 yılında da Miralay Agop HANDANYAN Efendi tarafından ilk adli tıp kitabı olan “**Tıbbi Kanuni**” yazılmıştır.¹²⁶

1871 yılında “Sıhhiye Müfettişlikleri” ve Memleket Tabiplikleri” kurularak, adli konulardaki muayeneleri “Memleket Tabiplikleri” yürütmeye başlamıştır.¹²⁷ 1879 da “Zabıta Tababet’ i Adliye” teşkilatı, 1908 de “*Umur’ı Tıbbiye’i Mülkiye ve Sıhhiye’i Umumiye*” teşkilatları kurulmuş, bu tarihte ilk kez buna bağlı Morg ve Kimyahane göreve başlamıştır.¹²⁸ 1915 yılında 326 Sayılı Kanunla “Sıhhiye Nezareti” (Sağlık Bakanlığı) ne bağlı “*Tababet’i Adliye*” Şubesi kurulmuş, 1920 yılında Tababet’i Adliye şeklindeki kuruluş 1926 yılında 813 Sayılı “**Tıbbi Adliye Müessesesi Kanunu**” ile görevine devam etmiştir.

¹²⁰ SELÇUK; a.g.e. sh. 84

¹²¹ ULUSOY; a.g.e. sh. 4

¹²² Yaşar BİLGE: “**Adli Tıp**”, Birinci Baskı, Üçbilek Matbaası, Ankara–2005, sh. ;10

¹²³ Usul-i Muhakemat-i Cezaiyye Kanunu m. 1 ve dördüncü fasıl m. 20, 22–25 (Düstur, IV/ 135, 136.)

¹²⁴ ULUSOY; sh. 5

¹²⁵ Semavi EYİCE; Dr. Karl Ambros Bernard ve Mekteb-i Tıbbiye-i Adliye-i Şahane’ye Dair Birkaç Not. “**TÜRK TIBBININ BATILILAŞMASI-Gülhane’nin 90. Kuruluş Yıldönümü Anısına 11-15.Mart. 1988’ de Ankara ve İstanbul’da Yapılan Sempozyuma Sunulan Bildiriler**”, Yayına hazırlayanlar; Arslan TERZİOĞLU-Erwin LUCIUS, Arkeoloji Ve Sanat Yayınları, İstanbul–1993, sh. 97 vd.

¹²⁶ ÇAĞLAYAN; a.g.e. sh. 404, Sedat BAKICI: “Adli Tıp- Adli Tıp Kurumları ve Önemi” , Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1980, Sayı 1, sh. 29

¹²⁷ Haydar SUR: “Sağlık Hizmetlerinin Geçmişi ve Gelişimi”, (çevrimiçi), www.merih.net/m1/whaysur12htm-33k-EkSonuc 31.07.2005

¹²⁸ BİLGE; a.g.e. sh.; 10

d- CUMHURİYET DÖNEMİ

Cumhuriyet kurulduktan sonra, 1889 İtalyan Ceza Kanununun Fransızca tercümesinden çevrilerek kabul edilen “**765 Sayılı Türk Ceza Kanunu**” 1926 yılında yürürlüğe girmiştir. 1877 tarihli Alman Ceza Muhakemesi Yasasından çevrilmek suretiyle de 1929 tarihinde “**1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**” kabul edilmiştir¹²⁹. Vücut muayenesi 1412 Sayılı Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu” nun “Umumi Hükümler” başlıklı “Birinci Kitabının”, “Bilirkişi ve Keşif” başlıklı 7. faslında 66. maddesinin 5. fıkrasında düzenlenmekteydi¹³⁰. 1412 Sayılı CMUK un 1929 yılında yürürlüğe girdiği ilk metninde 66. maddede muayene düzenlenmemişken, sonradan 66. maddede 3006 (RG 16.06.1936), 3515 (RG 15.07.1938), 4261 (RG 23.06.1942), 1696 (RG 15.03.1973), 3206 (RG 04.6.1985) sayılı kanunlarla yapılan değişiklikler yapılmış, 1696 SY. ın 9, 3206 SY. nın 15. maddeleriyle yapılan değişikliklerle,

4. fıkra olarak

“Tedavi ve muhafazaya hükmolunması veya Ceza Kanununun 47. maddesinin uygulanması bakımından bilirkişi tetkikatı yaptırmaya hakimler mecburdur. Bilirkişinin adli tabip yoksa mütehassıs bir hekim olması şarttır”,

5.fıkra olarak da ;

”Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri Cumhuriyet Savcılarının talebiyle yapılır.”

şeklinde eklenen hükümlerle Ceza Muhakemesi Hukukumuzda yer almıştır. Madde metninde önce “**ehlihibre**”, “**ehlivukuf**” ve son olarak da “**bilirkişi**” tabirleri yer almıştır. Burada asıl olan, 1412 Sayılı CMUK’un muayeneyi koruma tedbiri

¹²⁹ “...Öncelikle İtalyan Ceza Muhakemesi Kanununun alınması düşünülmüşse de çeviri hatalarının yoğunluğu nedeniyle vazgeçilmişti. Bu alman kanun ise Fransız Ceza Muhakemesi Kanununun etkisi altında kalmış bir kanundur...” Erol CİHAN,; Feridun YENİSEY: “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 1. Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 1996, sh.4 Dn 8

¹³⁰ 3006 S. Kanunu 66. maddede yapılan değişikliğin esbab’ı mucibesi olarak; Bu maddedeki değişiklik hazırlık tahkikatında Cumhuriyet Müdde-i Umumisine ehli hibre tayini yetkisini vermek için. Bu layiha ile hazırlık tahkikatındaki muamelelerin ilk tahkikatta tekrarlanması usulü kabul edilmiş olduğu kadar Cumhuriyet Müdde-i Umumiliğine verilmiş olan bu yetkideki esasın zaruri bir neticesidir.” denmektedir. “**CEZA MUHAKEMLERİ USULÜ KANUNU (TADİLLERİ ESABABI MUCİBELER)**”; Adalet Vekâleti Yayını, Ankara Hapishane Matbaası, 1936

olarak ve bu başlık altında değil, “bilirkişi ve keşif” başlığı altında, delil elde etme faaliyetiyle bağlantılı olarak düzenlemiş olmasıdır. Bu kanun 01.06.2005 tarihine kadar yürürlükte kalmış, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun yürürlüğe girmesi ile ömrünü tamamlamıştır.

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda muayene ve örnek alma 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile tam anlamıyla girmiştir. 2000 yılından itibaren “ustamız-hocamız” **Ord. Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Sulhi DÖNMEZER** başkanlığındaki komisyon tarafından başlatılan çalışmalar sonrası,¹³¹ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 04.12.2004 günü kabul edilerek 17.12.2004 günlü ve 25673 sayılı RG ’ de yayınlanarak, 01.06.2005 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş, yürürlüğe girmesi sonrasında 5328¹³² ve 5353¹³³ SY. la değişiklik görmüştür.¹³⁴

5271 Sayılı CMK’nun “Genel Hükümler” başlıklı “Birinci Kitabının”, “Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif” başlıklı “Üçüncü Kısımında” 75–82. maddelerde düzenlenmiştir. 75. madde; “Şüpheli Veya Sanığın Beden Muayenesi Ve Vücudundan Örnek Alınması”, 76. madde; “Diğer Kişilerin Beden Muayenesi Ve Vücuttan Örnek Alma”, 77. madde; “Kadının Muayenesi”, 78–80. maddeler “Moleküler Genetik İncelemeler”, 81. madde; “Fizik Kimliğin Tespiti” konuları düzenlenmiştir.¹³⁵ 82. madde gereğince çıkarılması emr’olunan “**Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik**”, Adalet Bakanlığı sekretaryasında, çeşitli alanlardan çok sayıda katılımı ile oluşan komisyonca hazırlanarak 01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı RG. de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir.

Ülkemizde 1953 yılında 6119 Sayılı “**Adli Müessese Kanunu**”, 1982 yılında 2659 Sayılı, 2003 yılında 4810 Sayılı “**Adli Tıp Kanunu**” ile bugünkü hukuki

¹³¹ Yapılan komisyon çalışması sonucunda bu heyetçe hazırlanan ve Adalet Bakanlığına sunulan taslak metin, 2003 yılında başka bir heyetçe yeniden ele alınarak öncekinden farklı bir şekilde yeniden kaleme alınmış ve aslından tamamen farklı bir şekilde yasalaşmıştır. Yasalaşan metin ilk çalışmaya başlayan heyetçe kabul edilen metin olmaktan ayrı, ayrıntıları açıklanacağı üzere, kaynak aldığı Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) dan da özünde çok farklı bir metin olmuştur. Yürürlüğe girmeden iki kez tadilat yapılan özelliği nedeniyle emsallerinden farklıdır. Halen bu yasayla ilgili yeni değişiklik çalışmaları yapılmaktadır.(Kanaatimizce “Kervanın yolda düzeltilmesine” çalışılmaktadır)

¹³² 31.03.2005 Kabul tarihi, RG 01.04.2005

¹³³ 25.05.2005 Kabul Tarihi, RG 01.06.2005 tarih ve 25832 Sayı

¹³⁴ Taslak metin ve yasalaşan metinle ilgili ayrıntılı eleştiri için bkz.; CENTEL; ZAFER : “CMH 3.baskı”, sh. 24–27

¹³⁵ CMK. 75 ve 76. maddelerinde yürürlüğe girmeden önce 5353 Sayılı kanunla değişiklik yapılmıştır.(YN)

yapısına kavuşmuş olan Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığı bünyesinde bu konularda faaliyettedir. 04.11.1981 tarihli Yüksek Öğretim Kanunu ile Adli Tıpla ilgili alanlarda; üniversitelere bağlı şekilde “**enstitüler**”, fakültelere bağlı şekilde “**Adli Tıp Anabilim Dalları**” adli tıp işlemlerinde görevlendirilmişlerdir¹³⁶.

¹³⁶ BİLGE: a.g.e., sh.; 10

E. ULUSLARARASI HUKUKTAKİ DÜZENLEMELER

Bana bir Cumhuriyet' mi tarif etmek istiyorsunuz?
Mahkemelerinden çıkan kararları gösteriniz!
ÇİCERO¹³⁷

1. GENEL OLARAK

Konunun diğer ülke hukuklarındaki anlatımında “Kara Avrupası Hukuku” ve “Anglo Sakson Hukuk Sistemi (Common Law)” olarak iki ana başlıkta ele almak gereklidir. Bu iki sistemin yapılarındaki ana farklılıklar muayene ve örnek almayla ilgili yaklaşımlardaki farklılıkları da belirlemektedir..

Kara Avrupası Hukuku sisteminde ana özellikler; kanunlarla normların bir araya getirilmiş (tedvin edilmiş) olması, yazılı olması, içtihadi nitelikte olmaması, özel ve kamu hukuku ayrımı olması ve adli idari yargı gibi yargı ayrılığı sisteminin kabul edilmiş olmasıdır. Anglo-Sakson sistem ise; farklı olarak tedvin edilmemiş, örf ve adet hukukunun asıl kaynaklar arasında yer aldığı, içtihadi nitelikli, kamu özel hukuk ayrımı olmayan ve yargı birliğinin benimsendiği bir yapı arz etmektedir.¹³⁸ Kara Avrupası hukuk sisteminin benimsendiği ülkeler; İngiltere hariç Avrupa ülkeleri, Türkiye ve diğer ülkeler, iken, Anglo-Sakson hukuku İngiltere, Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Güney Afrika, İrlanda, Hindistan ve eski İngiliz sömürgeleri sayılabilir.¹³⁹ Yeni Zelanda ve Kanada son dönemde birlikte hareket ederek özellikle vücudun muayenesi ve örnek alma konularında Common Law’dan uzaklaşma eğilimindedirler.¹⁴⁰

Çalışmamızın bu bölümünde, bu ana ikili ayırım doğrultusunda bazı ülke hukuklarındaki konuyla ilgili düzenlemeler hakkında genel bir bilgi aktarımı ile yetinilerek, Anglo-Sakson hukukta ağırlıklı olarak düzenlemeler bulunan İngiliz ve Amerikan hukuklarında, Kıta Avrupası hukuku açısından ise 5271 Sayılı CMK.’ nun büyük ölçüde mehazi durumunda olan Alman hukukunda yer alan düzenlemeler ilgili konular bünyesinde yeri geldiğinde ayrı-ayrı anlatılacaktır.

¹³⁷ B. Tahsin KAMAY:“Adli Tababetin Tarihi(1)” sh.13

¹³⁸ Kemal GÖZLER: “Genel Hukuk Bilgisi”, Bursa-Ekin Kitabevi Yayınları, 2002

¹³⁹ GÖZLER: a.g.e.

¹⁴⁰ Scott L. OPTİCAN BA, Mphil , JD; David GOTLİEB; “Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller”, Yayına hazırlayanlar; Feridun YENİSEY vd.; Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Kitabı No: 10, İstanbul, Ocak-2006, sh.19

2. KITA AVRUPASI HUKUKUNDA

a) ALMAN HUKUKUNDA

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku'nun kaynağı olan Kanonik Hukuk temelli Carolina'nın sonrasında, Fransız Ceza Usul Yasası'nın XIX. yy. da ihdas edilmesine dayanmaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*Straffprozeßordnung-StPO*) zaman içinde (4 maddesi dışında diğer tüm maddelerinde değişiklik yapılmak suretiyle) bugünkü halini almıştır. Bu yasa aynı zamanda 1412 Sayılı CMUK ve 5271 Sayılı CMK. nın da kaynak yasası niteliğindedir.

Alman ceza muhakemesinin temel prensipleri; 1.Ceza tahkikatının devletçe yapılması prensibi (kamusallık ilkesi) (*offizialprinzip*), 2. Suçlandırma prensibi (*Anklageprinzip*), 3. Takip mecburiyeti prensibi (kanunilik ilkesi) (*Legallitaetsprinzip*), 4. İspat prensipleri (*Beweisgrundsätze*), 5. Şekil prensipleri (*Grundsätze der Form*) (Aleniyet (*Öffentlichkeitsgrundsatz*) ve Sözlülük (*Mündlichkeit*)) olarak özetlenebilir.¹⁴¹

Alman hukukunda vücut muayenesi ve örnek alma Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (*Straffprozeßordnung StPO*) nun § 81. maddesi devamına 24.11.1933 tarihli “Tehlikeli Mükerrir Suçlular ve Emniyet Tedbirleri Hakkında Kanunla (*AusfGz. d.Ges. gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher u. üb. Massgerein d. Sicherung u. Besserung*)”¹⁴² yapılan ekleme ile § 81/a, 81/b, 81/c, ve 81/d maddelerinde düzenlenmiş,¹⁴³ “Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni Uyuşmazlıklar,

¹⁴¹ YÜCE: “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri”, sh.; 636-646

¹⁴² 24.11.1933, İmparatorluk RG Sayfa No; 1000, RGBl (ab 1922Teil 1), Değişiklik Sıra; 18 (GOSSNER-MEYER Lutz; “*Strafprozessordnung*” Beckliche Kommentare, Band 6, Mit GVG Und Nebengesetzen, 48. Auflage, Verlag C.H. Beck, München–2005, sh. XXXV, “**Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozessordnung 1979**”, Çeviren; Feridun Yenisey, Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979 sh. 13, 21)

¹⁴³ “*Talimat AGGewVerbrG Madde 2 No 4 ile dahil edilmiştir.*

Maddenin ilk düzenlemesi;

“1-Sanığın beden muayenesi dava için önem arz eden gerçeklerin tespiti amacı ile karara bağlanabilir. Diğer kişiler rızaları dışında sadece bedenlerinde suçun işlenişinden sonra belirli emareler veya suçun işlenişine ilişkin izler olup olmadığının tespiti amacı ile muayene edilebilirler.

2- Hekimlik sanatı kuralları gereği muayene amacı ile yapılan kan alımı ve diğer müdahaleler sağlık açısından olumsuzluk doğurmayacak ise muayene edilenin rızası dışında da yapılabilir.

3-Karar yetkisi hakimdedir, davanın gecikmesi söz konusu olduğunda savcılık ve savcılık yardımcı personeli olarak görev yapan polis ve güvenlik görevlilerine de bu yetki verilir.” şeklinde dir.” ; LÖWE/ROSENBERG: “**Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Grosskommentar**”, 25. neubearbeitete, Auflage, herausgegeben von Peter Riess, Zweiter Band, 72–136 a, Bearbeiter 72–93 Daniel M. KRAUSE, De Gruyter Recht- Berlin, sh. 122

Ceza Muhakemesi ve Muhakeme Masrafları Konularında Hukukun Tekrar Birleştirilmesi Hakkında Kanun (*Ges. z. Wiederherstellung d. Rechtseinheit a.d. Gebiete d. GVG. d. Bürgerlichen Rechtspflege, d. Strafverfahrens u. d. Kostenrechts*)¹⁴⁴, ile § 81/a, 81/b, 81/c, 81/d maddelerinde, “Üçüncü Ceza Hukuku Değişikliği Kanunu (*Drittes StrafrechtsänderungsG*)¹⁴⁵ ile § 81/a ve 81/c maddelerinde, Ceza Kanununun Uygulama Kanunu (*Einführungsgesetz zum StGB-EGStGB*)”¹⁴⁶ ve “Ceza Muhakemesi Hukuku Reformunun Birinci Kanunu (*Erstes Gesetz zur Reforms des Strafverfahrensrechts*)¹⁴⁷ kanunları ile § 81/c maddesinde, “Ceza Muhakemesinde Değişiklik Kanunu- DNA Analizi (*Strafverfahrensänderungsgesetz-DNA Analyse*)¹⁴⁸, ¹⁴⁹ ile § 81/a ve 81/c maddelerinde değişiklik yapıp, kanuna “§ 81/e” ve “§ 81/f” maddeleri eklenerek, “DNA Ayrımlaştırılması Usulü Kanunu (*DNA-Identitätsfeststellungsgesetz*)”¹⁵⁰ ile “§ 81/g” maddesi eklenerek, Ceza Muhakemesi Kanununu Değiştiren Kanun (*Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung*)¹⁵¹ ile “§ 81/f” maddesi eklenerek, “Mağdur Hakların Reformu Kanunu (*Opferrechtsreformgesetz-OpferRRG*)”¹⁵² ile § 81/d maddesinde, son olarak da; “Birinci Hukukta Çağdaşlaşma Kanunu (*I.*

¹⁴⁴ 12.09.1950 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 455-629, RGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 29 (GOSSNER-MEYER; a.g.e. XXXVI, Alman CMK.;a.g.e., sh. 16, 21)

¹⁴⁵ 04.08.1953 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 735, BGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 33 (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. XXXVII, Alman CMK.;a.g.e., sh. 16, 21)

¹⁴⁶ 02.03.1974 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 1297, BGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 55 (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XXXIX, Alman CMK.;a.g.e., sh. 18, 21)

¹⁴⁷ 09.12.1974 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 3393, BGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 57 (GOSSNER-MEYER; a.g.e. XXXIX, Alman CMK.;a.g.e., sh. 16, 21)

¹⁴⁸ 17.03.1997 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 534, BGBI (Teil 1) Değişiklik Gösterge Sıra; 110, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. XLII)

¹⁴⁹ *VereinG Madde 3 No 35 sanığın muayenesi ve sanık durumunda olmayan kişilerin muayenesini birbirinden ayırmıştır ve bu doğrultuda § 81 yeniden düzenlenmiş ve yeni bir § 81 c ilave edilmiştir. 3 StRÄndG Madde 4 No 10 ile 1 paragraf 2 cümle kan örneklerinin de hekim tarafından alınabileceği şeklinde değişiklik yapılmıştır. Ceza Davaları Değişiklik Kanunu Madde 1 No 1 ile DNA analizleri (Genetik parmak izi) – 17.3.1997 tarihli (StVÄG) (BGBL I S 534) 3. bir paragraf ile genişletilmiştir. (§ 81 a'ya göre alınan beden materyallerinin inha düzenlemeleri ve amaca uygunluk düzenlemeleri) LÖWE/ROSENBERG:“Die Strafprozessordnung und das Gerichtverfassungsgesetz, Grosskommentar”, 25. neubearbeitete, Auflage, herausgegeben von Peter Riess, Zweiter Band, 72–136 a, Bearbeiter 72–93 Daniel M. KRAUSE, De Gruyter Recht- Berlin, no. 81a, sh.122*

¹⁵⁰ 07.09.1998 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 2646, BGBI (Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 125, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XLIII)

¹⁵¹ 06.08.2002 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 3018, BGBI (Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 140, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XLIII)

¹⁵² 24.06.2004 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 1354, BGBI (Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 153, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XLIV)

Justizmodernisierungsgesetz)¹⁵³ ile § 81/a ve § 81/c maddelerinde değişiklik yapılarak bugünkü halini almıştır.¹⁵⁴

¹⁵³ 24.08.2004 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 2198, BGBl (Teil 1), Değişiklik Sıra; 157, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XLIV)

¹⁵⁴ Maddenin 1987 ye kadarki Türkçe metni için Bkz; Kayıhan İÇEL, Feridun YENİSEY:“**Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**, İstanbul, Der Yayınları, 1987.sh. 454–455 vd. Biz çalışmamız sırasında Feridun YENİSEY tarafından yönetmelik çalışmaları sırasında StPO § 81/a–81/g maddelerinin yeniden Türkçeleştirilmiş halini esas almış bulunmaktayız. Bu çalışma halen tam metin haliyle www.hukukturk.com.tr adresinde bulunmaktadır. Feridun YENİSEY tercümesi ile StPO nun 81/a-d ve GVG 152 metinleri araştırmacılara kaynak olması amacıyla aşağıda sunulmuştur.

StPO 81a. Körperliche Untersuchung; Blutprobe : (Vücutun muayenesi, kan alınması):

(1) Muhakeme için önem taşıyan olguların tespiti amacıyla şüphelinin bedeninin muayene edilmesi emri verilebilir. Şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesi bulunmadığı takdirde şüphelinin rızası olmadan aynı amaçla ve sadece delil araştırmak için (**Untersuchungszweck**) tıbbi kurallara göre bir hekim tarafından vücuttan kan alma veya bedene karşı başka türlü müdahale yapılabilir.

(2) Emir verme yetkisi hâkime, gecikme dolayısıyla delil araştırmadan olumlu sonuç elde edememe tehlikesi ortaya çıkarsa savcılığa ve savcılığın soruşturma memurlarına (Mahkeme Teşkilat Kanunu GVG 152, maddesi) aittir.

(3) Şüpheliden alınan kan örnekleri veya başka beden hücreleri sadece alınmaya vesile teşkil etmiş olan ceza davasında veya halen görülmekte olan diğer ceza davalarında kullanılabilir.; bu amaç için artık gerekli olmadıkları anlaşıldığı anda gecikmeksizin yok edilmeleri mecburidir.

StPO 81c. Untersuchung Anderer Personen : (Sanık dışındaki kişilerin muayene edilmesi):

(1) Şüpheli dışındaki diğer kişilerin, bunlar tanık sıfatını taşıyorlarsa, rızaları olmasa dahi, sadece maddi gerçeğin ortaya çıkartılması için zorunlu olduğu takdirde, bedenlerinde bir suçun izi veya suçtan doğan bir neticenin mevcut bulunup bulunmadığını tespit etmek amacıyla beden muayenesi yapılabilir.

(2) Sağlık açısından olumsuz bir netice doğurması tehlikesi yoksa ve bu tedbir maddi gerçeğin araştırılması için mutlaka yapılması gereken bir işlemse, şüpheli olmayan kişilerde soybağının tespiti amacıyla beden muayenesi yapılması ve kan örneği alınması, üzerinde beden muayenesi yapılacak kişinin rızası olmasa dahi mümkündür. Beden muayenesi ve kan örneği alınması daima sadece bir hekim tarafından gerçekleştirilmelidir.

(3) Beden muayenesi ve kan örneği alınması işlemi tanıklıktan çekinme nedenlerine dayanılarak reddedilebilir. Küçükler temyiz yeteneği (**Verstandesreife**) bulunmadığı veya psikiyatrik bir hastalık veya sair zihni veya ruhi bir engel nedeniyle tanıklıktan çekinme hakkının doğurabileceği sonuçlar hakkında anlama yeteneğine yeterince sahip değilse, bu takdirde onun yerine kanuni temsilcisi bu kararı verir. 52. fıkra 2. cümle 2 ve fıkra 3 kıyasen uygulanır. Kanuni temsilcinin karar vermesi yasaklanmışsa (52 fıkra 2 cümle 2) veya başa bir nedenden dolayı gerekli zaman içerisinde karar vermesi mümkün değilse ve beden muayenesinin veya kan örneği alınması delillerin güvence altına alınması için derhal gerekli ise, bu takdirde sadece hakimnin özel olarak vereceği bir emir üzerine bu tedbirin gerçekleştirilmesi mümkündür. Tedbirin gerçekleştirilmesi konusunda verilen mahkemenin ara kararına karşı kanunu yoluna başvurulamaz. 3 ncü cümle uyarınca elde dilen deliller muhakemenin ileriki aşamalarına sadece bu konuda rıza gösterme hakkı olan kanuni temsilcinin rızası bulunduğu takdirde delil olarak kullanılabilir.

(4) 1 ve 2'nci fıkralarda öngörülen tedbirlerin uygulanabilmesi için olaydaki bütün koşullar bir arada değerlendirildiğinde, bunun ilgiliden beklenemez bir şey olmaması gereklidir.

(5) Emir verme yetkisi hâkime; gecikme dolayısıyla delil araştırmadan olumlu sonuç elde edememe tehlikesi ortaya çıkarsa savcılığa ve savcılığın soruşturma memurlarına (Mahkeme Teşkilat Kanunu (GVG) 152. maddesinin) aittir. 81/a maddenin 3 ncü fıkrası kıyasen uygulanır.

(6) İlgilinin işlemi reddettiği hallerde 70'inci madde hükmü kıyasen uygulanır. Doğrudan doğruya zor kullanma sadece hâkim tarafından bu konuda özel olarak verilecek bir emir üzerine mümkündür. Bu emrin verilebilmesi için ilgilinin, hakkında uygulanan disiplin para yaptırımına (Ordnungsgeld CMK 203(2)) rağmen ısrarlı bir şekilde işlemin yapılmasını red etmesi veya gecikmede tehlike bulunması şarttır.

StPO 81d. Untersuchende Person : (Beden Muayenesini yapan kişi):

(1) Bir kişinin bedeninin muayenesi utanma duygusunu rencide edebilecek nitelikte ise, muayene işlemi aynı cinsiyetten bir kişi veya bir bayan veya bay hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek olan kişinin haklı menfaati bulunduğu muayene belirli cinsiyetteki bir kişiye veya doktora

StPO. § 81/a¹⁵⁵ “Beden Muayenesi- *Körperliche Untersuchung*” başlıklı olup, bu maddede 3 fıkra halinde “şüphelinin vücudunun muayenesi ve kan alınması (*Blutprobe*)”, § 81/b maddesinde şüphelinin resmini çekme (*Lichtbilder*), parmak izi alma (*Fingerabdrücke*) ve bedeninde ölçme ve benzeri tedbirlerin uygulanması (*Messungen*), § 81/c maddesinde 6 fıkra halinde “diğer kişilerin vücut muayenesi (*Untersuchung anderer Personen*), § 81/d maddesi ise “Vücut Muayenesini Yapan Kişi- *Untersuchende Person*” başlığı altında iki fıkra halinde muayenenin utanma duygularını rencide etmesi halinde muayeneyi yapacak kişinin kim olacağını, rıza halinde bile bu maddenin uygulanacağını belirtmektedir. Kanunun § 81/e maddesi Moleküler Genetik İncelemeler- *Molekulargenetische Untersuchungen*, § 81/f bu incelemelere hakimce karar verileceği, § 81g ise DNA Analizi (Ayrıştırılması) (*DNA-Identifizierung*) konularına ilişkindir.

Alman CMK. (StPO) vücudun muayenesini “Genel Kurallar (*Allgemeine Vorschriften*)” başlıklı birinci kitabın, “Bilirkişi ve Keşif (*Sachverständige und Augenschein*)” başlıklı 7. bölümünde düzenlemiştir.¹⁵⁶ Vücut muayenesine bu bölümde yer verilmesi, Alman hukukunda vücudun muayenesi ve örnek alma işleminin keşif ve bilirkişilik faaliyeti olarak kabul edildiğini gösterse de (ileride ayrıntılı şekilde değinileceği üzere), bu konu öğretilerde kovuşturma tedbirleri bünyesinde değerlendirilmektedir. Maddelerin genel yapısı da bu anlayışla düzenlendiğini göstermektedir. Hukukumuzda da 5271 Sayılı CMK ile aynı düzenleme benimsenmiştir.

Alman Hukukunda Cinsel Hastalıklar Yasası (GeschlKrG.) § 4’ te, “tehlikeleri önlemeye yönelik muayene kararı düzenlenmiştir.” Bu yasa kapsamında, sağlık bakanlığı, cinsel hastalıklarının olduğu veya cinsel hastalıkları yayma şüphesi

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.

(2) Muayeneye tâbi olan kişi beden muayenesine rıza gösterse bile, bu hüküm gene uygulanır.

Gerichtverfassungsgesetz (GVG) § 152 (Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft- Savcılığın Soruşturma memurları)

(1) Savcılığın soruşturma memurları bu sıfatlarıyla faaliyette olduklarında ilçenin savcılığının ve bunun amirlerinin emirlerini yerine getirmekle yükümlülükte dirler

¹⁵⁵ “StPO- Strafprozeßordnung mit EinführungsG GerichtverfassungsgG EGGVG StraßenverkehrsG, 35. Auflage, 2003 Beck-Texte im dtv, sh. 21–23

¹⁵⁶ Wolfgang JOECKS; “**Studienkommentar StPO**”, Verlag C.H. Beck, München. 2006, Sh, 147-160

bulunan kişileri, belirlenen bir hekime veya bilgi vermeye görevli birine muayeneye, tam saptanamayan muayene bulgusu veya yayma tehlikesinde süreli bir hastanede gözetime karar verebilmektedir. (GeschlKrG. § 4 II)¹⁵⁷

Alman Ceza Muhakemesi Hukuku, diğer Kara Avrupası hukuk sistemlerine benzer şekilde, hazırlık soruşturmasında savcılığı ön plana çıkarmakta ve polisin savcının kontrol ve yönetiminde faaliyet göstermesini esas almaktadır.¹⁵⁸ Kara Avrupası hukukunu benimsemiş diğer ülkelerde olduğu gibi, her mahkeme yanında bir savcılık kabul edilmiştir (GVG §14).¹⁵⁹ Kovuşturma tedbirlerinde ise asıl kural; “bu tedbirlerin hakim kararı ile uygulanması, istisnai hallerde ve bazı istisnai şekillerinde savcı ve gerektiğinde polisin bu tedbirlerin uygulanabilmesinde takdir hakkını kullanabilmesidir.” Alman uygulamasında rıza olmadığı durumlarda, orantılılıkla bağlantılı olarak, zorla muayene ve örnek almanın mümkün bulunduğu kabul edilmektedir.¹⁶⁰

Alman uygulamasında, sağlığı tehlikeye düşürmemek ve ağır bir müdahale gerektirmemek şartıyla, rıza haricinde de hakim kararı olmaksızın muayene ve vücuda müdahale suretiyle vücuttan parça ve örnek alınması mümkün kabul edilmektedir.¹⁶¹ Alman uygulaması yol üstü trafik kontrolleri sırasında, kontrol noktalarında alkol muayenesi yapılabilmesi için üst rütbeli amirin emrini yeterli ve gerekli saymaktadır.¹⁶²

Alman Hukukunda muayene “basit muayene” ve “vücuda müdahale” olarak ikiye ayrılmaktadır.¹⁶³ **Basit Muayene:** Yaşayan insan vücudunun veya vücut kısımlarının niteliklerinin, özellikle vücut içindeki yabancı maddenin varlığının saptanması olup, bir hekim tarafından yapılması şart değildir. Vücuda müdahale edilmeksizin psikolojik durum veya beynin çalışma biçiminin denetlenmesi, sağ

¹⁵⁷ Jost BENFER: “**Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren**”, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, sh. 195, No. 4

¹⁵⁸ Teoman GÖKÇE: “Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık”, **Adalet Dergisi**, 2005 sh. 71

¹⁵⁹ GÖKÇE; a.g.e., sh. 70

¹⁶⁰ Getfried FISCHER: “Somut Olaylarla Tıp Hukukunda Aydınlatma (Aufklärung im Medizinrecht) 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁶¹ Yener ÜNVER; Hakan HAKERİ; “**Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku-Sorularla hukuku Dizisi 5**”, Türkiye barolar Birliği Yayını, Şen Matbaası–2007,sh.69

¹⁶² Nurullah KUNTER; Feridun YENİSEY: “**Yakalama ve İfade Alma**”, 12. Baskı, İstanbul- Beta Yayınları, Nisan 2000,

¹⁶³ CENTEL: “Vücutun Muayenesi”, sh. 75

sakalın kesilmesi veya stilinin değiştirilmesi, ağız, anüs, vajina ve seyyar diş protezi muayenesi, kan basıncının ölçülmesi, EKG ve EEG’ de basit muayene halleri olarak sayılmıştır.¹⁶⁴

Vücuda Müdahale: *canlı insan vücudundan kan, idrar, sperm alınması veya vücuda bir madde verilmesi ya da vücudun deri veya kaslarla örtülü iç kısmına müdahale edilmesi*¹⁶⁵ olup, başvurulması sağlık açısından zarar doğurabilecek tedbirler niteliğinde olduklarından ancak hekim tarafından yapılabilmesi kabul edilmiştir. Vajinadan aletle örnek alınması ve röntgen (ışına maruz kalındığı için) vücuda müdahale sayılmıştır.¹⁶⁶

Bu konularla ilgili olarak ilgili bölümlerde ayrıntılı anlatımlar yapılacağından, bu bölümde fazla anlatıma girmemekteyiz.

b) AVUSTURYA HUKUKUNDA

Avusturya Ceza Muhakemesi Hukuku büyük ölçüde Alman ceza muhakemesi hukukuyla benzeşmektedir. Hazırlık soruşturmaları savcı ağırlıklıdır. Kovuşturma tedbirleri hakim kararına bırakılmakta, istisnai hallerde savcı kararı yeterli sayılmaktadır. Avusturya’da savcılık mahkemeden tamamen bağımsız olup, adalet organı olarak kabul edilmekte ve savcının hakimlik ehliyetine sahip olması aranmaktadır.¹⁶⁷ Avusturya Hukukunda vücut muayenesi ve örnek alma Avusturya CMK. nun (StVO)Art. 133’de ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir. Müdahale olmadan kriminal teknik yöntemlerle suçluları bulma uygulaması “Güvenlik Polis Kanunu” kapsamında ele alınmaktadır.¹⁶⁸

Avusturya’da vücut muayenesi ancak tabip tarafından yapılabilir.¹⁶⁹ Muayenenin vücuda müdahale gerektirmesi-invaziv olması (*invasive*) veya olmaması

¹⁶⁴ CENTEL: “Vücudun Muayenesi”, sh. 76–93

¹⁶⁵ CENTEL; “Vücudun Muayenesi” sh.76

¹⁶⁶ CENTEL: “Vücudun Muayenesi” sh. 76

¹⁶⁷ GÖKÇE; a.g.e., sh.74

¹⁶⁸ Hans-Heiner KÜHNE; “**Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrenrechts**”, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg, sh. 641 Par. 1349

¹⁶⁹ KÜHNE; a.g.e., sh. 641 Par. 1348

önemli olmayıp her iki halde de muayene mümkündür.¹⁷⁰ Ancak, bu halde uzmanlarca müdahale tam olarak tanımlanmalı ve muhtemel zarar belirtilmelidir.¹⁷¹ Aynı şekilde StVO Art 132 muayene öncesinde muayenenin etkisi, zorluğu, hayati tehlike oluşturup oluşturmayacağı, hangi araç ve yöntemlerle yapılacağı konularının açıklanması gerektiğini belirtmektedir.¹⁷² Eğer hakim karar verdiyse, sanık ve üçüncü şahıslar invaziv (girişimsel-müdahale niteliğindeki) müdahalelere katılmak zorundadırlar.¹⁷³ İlgilinin rızası dışında kan alma ise ancak StVO nun § 5 II-VI bölümlerinde belirtilen haller de mümkün görülmüştür.¹⁷⁴

Avusturya hukukunda; muayene ve örnek alma için sanığın katılımını gerektiren yöntem veya benzeri uygulamaların, bu uygulamaların yapılabilmesinin, ancak sanığın buna ilişkin bir madde almasıyla mümkün olabilen hallerde de yapılabilir kabul edilmekte ve bu tür işlemler gerçekleştirilmektedir. Bunun için hakim kararı gerekli görülmemiştir.¹⁷⁵ Bu yasayla getirilen değil öğreti ve hukuki mütalaalarla (emsal yasal uygulamalar) geliştirilmiş ve kabul edilmiş bir düzenleme niteliğindedir.^{176, 177}

StVO' Art 133 de, StPO § 81/d ve CMK. md. 77' ye benzer şekilde; "eğer bir kadının muayenesi gerekiyorsa, bu amaçla mümkün olduğu takdirde bir kadın doktorun görevlendirilmesi" hükmü yer almaktadır.¹⁷⁸

c) FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız Ceza Muhakemesi Hukukunda, Alman CMK (StPO §81a, c den f ye kadar olan düzenlemeye benzer bir yasal düzenleme Fransız Ceza Muhakemesi Yasası' (CPP) nda bulunmamaktadır. Ancak, yan yasalarda müdahaleye izin

¹⁷⁰ KÜHNE; a.g.e., sh. 641 Par. 1348

¹⁷¹ ÖZBEK; "CMK İzmir Şerhi" sh. 255, dn.103

¹⁷² ÖZBEK; "CMK İzmir Şerhi", sh. 254, dn,103

¹⁷³ KÜHNE;a.g.e. sh. 641, Par.1348

¹⁷⁴ KÜHNE;a.g.e. sh. 641, Par.1348

¹⁷⁵ KÜHNE;a.g.e. sh. 641, Par.1348

¹⁷⁶ KÜHNE;a.g.e. sh. 641, Par.1348

¹⁷⁷ "Federal Adalet Bakanlığının Mart 1998 tarihli, ceza davaları tartışma taslağı bu kapsamda §Z 10 buna bir yasal düzenleme önerisi getirmektedir.Bu taslak DNS numuneleri almak için yapılan beden müdahalelerine kriminal teknik yöntemlerle suçluları bulma kapsamında düzenlemeler öngörmektedir. Halen yürürlükte olan Avusturya CMK (StVO) da böyle bir yetkilendirme bulunmamaktadır. KÜHNE; a.g.e. sh. 641, Par.1348-1349

¹⁷⁸ ÖZBEK; "CMK İzmir Şerhi", sh. 254, dn,103

verilmektedir.¹⁷⁹ Buralarda da konu “beden içine müdahale (*körperliche integrität*)” olarak ele alınmaktadır.¹⁸⁰ Vücudun muayenesi ve vücuttan örnek alma önceden Ceza Muhakemesi Kanunu dışında düzenlenmekte iken, halen Fransız Trafik Kanunu (Code de la Route) 142. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. 15.06.2000 tarihinde yapılan değişiklik sonrasında 142. madde “*Gözaltına alınmış bir kimse üzerinde dâhili bedensel tahkik işlemlerine girişmek için bir hekime başvurmak zorunludur. Bu tür bir işleme araştırma için zorunlu hallerde başvurulur.*”¹⁸¹ şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.¹⁸² Ayrıca, gümrük hukukunda vücutta uyuşturucu nakli şüphesi bulunduğu da tıbbi muayene öngörülmektedir.¹⁸³

Fransa’da ilk soruşturma sorgu hakimi tarafından yapılmaktadır. Asıl olan sorgu hakimlerinin tahkikat işlemini bizzat yapması ise de, işlerin yoğunluğu nedeniyle bizzat yapamamaktadırlar.¹⁸⁴ Fransa uygulamasında muayene ancak zorunlu olması halinde ve hekim tarafından yapılmak kaydıyla kabul edilmektedir. Muayene kararını ise sorgu hakimi vermektedir. Fransa’da savcı ve polisin kovuşturma tedbirlerine karar verebilme yetkisi yoktur. Bu yetki sadece sorgu hakimindedir.¹⁸⁵

Fransız uygulamasında, yol üzeri trafik kontrollerinde alkol muayenesi sırasında üç fiş doldurularak bilirkişi hekime gönderilerek şüphelinin alkol raporu alınmaktadır.¹⁸⁶ Ceza Muhakeme Kanunu dışında, Fransız Ceza Yasası 131-36-4 maddesi; “*Mahkeme sarkıntılık haricindeki cinsel suç faillerine bu suç için öngörülen ceza ve güvenlik önlemleriyle birlikte veya bağımsız olarak “tedavi emri” verebilir.*”¹⁸⁷ hükmünü getirmektedir.¹⁸⁸ “Fransız Deontoloji Tüzüğü”nde hekimin

¹⁷⁹ KÜHNE: a.g.e. sh. 610, no. 1244

¹⁸⁰ KÜHNE; a.g.e., sh. 610, no.1244

¹⁸¹ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu madde 78 gerekçesi.

¹⁸² ÜNVER;HAKERİ; a.g.e., sh.69

¹⁸³ KÜHNE; a.g.e., sh.610, no. 1244

¹⁸⁴ Jean LARGUIER; “Fransa’da Ceza Yargılama Mercileri”, Çeviren; Salim ÖZDEMİR, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Şubat–1975, Sayı 2, sh. 221

¹⁸⁵ GÖKÇE; a.g.e., sh. 77

¹⁸⁶ Adnan ÖZTÜREL:“Trafik Kanunumuz ve Alkol”, **AÜHFİM**, Cilt XXIV, 1967, sh.; 277

¹⁸⁷ ERMAN; a.g.e.,sh. 179

¹⁸⁸ Fransa’da polis faaliyeti adli-idari ayrımı olmaksızın tazminat açısından tamamen devletin sorumluluğundadır. Hakan HAKERİ: “**Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**”, Ankara-Seçkin Yayınları, 1999, sh. 50 vd.

muayene ve örnek alma sırasında dikkat etmesi gereken konular ayrıntılarıyla belirtilmektedir.¹⁸⁹

d) İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre’ de adli muayene 15.06.1934 tarihli İsviçre Federal Kanunu’nun 77. maddesinde düzenlenmiştir.¹⁹⁰ Düzenleme Fransız Ceza Muhakemesi Hukukuyla büyük benzerlik göstermektedir. Ceza muhakemesi sırasında gerekli olduğu hallerde, şüpheli veya diğer şahısların, hakim kararıyla bir hekim tarafından vücutlarının muayene edilebileceği ve vücutlarından örnek alınabileceği kabul edilmiştir. İsviçre Federasyon olduğundan kantonlardan oluşmaktadır. İsviçre’de adli tıp konularında, federal hukuk bünyesinde ortak karar altına alınmış standart uygulamalar olduğu gibi, kantonlara göre farklılık gösteren uygulamalar da bulunmaktadır.¹⁹¹

İsviçre hukukunda, bilirkişilik görevi bu konularda uzman herhangi bir hekime özel olarak verilebilmektedir.¹⁹² Bazı kantonlarda, ceza muhakemesi kapsamında muayeneler gibi adli tıbbi ilgilendiren görevler aynı kantona mensup hekimlere bırakılmıştır.¹⁹³ Ancak, genellikle acil muayene servisleri merkezleri büyük kantonlara kurularak, ya kanton hekimi ya da adli tıp enstitülerinin nezareti altındaki bölge hekimlerine tevdi edilmiştir. Adli tıp enstitülerine sahip bu üniversitelerin bulunduğu kantonlarda vücut muayenesi ve örnek alma hizmetleri bu üniversitelerin enstitülerince yerine getirilmektedir.

Fransız Ceza Muhakemesi Hukukundan çok etkilenen İsviçre Ceza Muhakemesi Hukukunda “mecburi sırdaşlar” olarak tanımlanan “papazlar, avukatlar, doktorlar, eczacılar, ebeler ve bunları yardımcılarının” vazife ve meslekleri icabı olarak kendilerine tevdi edilmiş olan sırlar hakkında tanıklıktan çekinmeleri hakkı olduğu ve bu hak ve mecburiyetin ileri sürülmesi halinde hakimın bunu hiçbir zaman göz ardı edemeyeceği, avukat ve doktorun susmak zorunluluğundan sadece kendi

¹⁸⁹ 6 Eylül 1995 tarihli-95-1000 no. lu yasa

¹⁹⁰ Nazım POROY: “İsviçre Hukuki Hayatı” Cilt I, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul Arkadaş Matbaası, 1943

¹⁹¹ NAVİLLE; “İsviçre’de Adli Tıp”(Çeviren Saide ALPAR), **Adalet Dergisi**, Yıl 41, Haziran-1950, Sayı 6, sh.815

¹⁹² NAVİLLE; a.g.e. sh.817

¹⁹³ NAVİLLE; a.g.e. 817

kendisine kurtulabileceği ve müşterilerinin izin vermesinin şart olduğu kabul edilmektedir.¹⁹⁴

Fransa’da da bir hazırlık tahkikatı sırasında bir yerleşim yerinde oturan veya bir grup adı altında isimlendirilebilecek tüm kişilerden örnek alma olanağı sağlayacak hukuki yapı bulunmaktadır.¹⁹⁵

İsviçre uygulamasında, önemli bir suç işlenmesi durumunda mağdur veya şüpheli muayene olmak ve sperm vs. örnek vermek zorundadır. Mağdurun rızası olması durumunda bir sorun çıkmamakta, ancak rızasının olmadığı durumlarda, sperm örnekleriyle suç işleyenin tespiti mümkün olduğundan ve karşı tarafı bulmak zorunluluğundan zorla da olsa mağdurun muayenesi ve mağdurdan örnek alınabildiği bildirilmektedir.¹⁹⁶

3. ANGLO SAKSON (COMMON LAW-ENGLAND & WALES (GALLER)) HUKUKUNDA

a. İNGİLİZ HUKUKUNDA

Bazı temel farklılıklar dışında, İngiltere’de de kriminal teknik yöntemlerle suçluları bulma ve beden muayenesi Almanya’daki gibidir.(PACE md. 61, 63A, 64 1984)¹⁹⁷ Beden sıvısı veya doku parçaları; “bu tarz bir uygulama, en az bir başkomiser (*Superintendent*) tarafından talep edildiyse ve ilgili buna rıza gösterdiyse alınabilmektedir.” Rıza bulunmaması halinde bu işlem yapılamaz ve böyle bir karar da alınmaz. Ancak bu rıza göstermeme durumu kanıt davasında sanığa karşı kullanılır.(PACE md. 62)¹⁹⁸ Beden araması (*intimate research*) polis kararıyla uzman kişilerce (*qualified persons*) yapılmalıdır.¹⁹⁹

¹⁹⁴ POROY; a.g.e. sh.

¹⁹⁵ Almanya’da cinayetle sonuçlanan bir ırza geçme davasında M plakalı Porsche Marka araç sahiplerinin kanının alındığı, Fransa’da ise, bir cinayet davasında bir köyün bütün sakinlerinin kanlarının alındığı belirtilmektedir. M. YAŞAR DURUKAN.; A.YAVUZ ARSLAN;“**Dikkat! DNA' mızı Çalıyorlar**”,(çevrimiçi), <http://64.233.183.104/search?q=cache:OCigjBTBUKYJ:arsiv.aksiyon.com.tr/arsiv/232/pages/dosyalar/dos4.html> , 23.03.2005

¹⁹⁶ TAG; a.g.s.

¹⁹⁷ KÜHNE; a.g.e., sh.592, no. 1202

¹⁹⁸ ÜNVER;HAKERİ; a.g.e., sh.69

¹⁹⁹ KÜHNE; a.g.e., sh.592, no. 1202

İngiliz Hukuku'nun Kara Avrupası Hukukuna göre temel anlayış farklılıklarından en önde geleni; "içtihadı nitelikte olması ve gelenekselciliği, tecrübeyi²⁰⁰ ön planda tutan bir anlayışa sahip olmasıdır."²⁰¹

Anglo-Sakson Ceza Muhakemesi Hukukunda Kara Avrupası Hukukundan farklı olarak, hazırlık soruşturmasında en önemli unsur polistir. Savcılık polisin yanındadır.²⁰² Polis yüzyıllardır gelenekselleşmiş çalışma şekliyle hazırlık soruşturmalarını savcıdan tamamen bağımsız olarak tek başına²⁰³ yürütmektedir.²⁰⁴ Ayrıca hakim²⁰⁵ kendiliğinden (re'sen) delil araştırması anlayışı bu sistemde kabul edilmemiştir. İngiltere'de adli kolluk teşkilatı bulunmamaktadır. Ülke içerisinde örgütlenmiş¹²² polis birliği bulunmakta olup hazırlık soruşturmalarının %92 si polisçe yapılmaktadır.²⁰⁶ Her polis birliği içinde kovuşturma bölümü (*Criminal Prosecution*) barındırmakta, Metropolitan Polis Birliğindeki bu bölüm ise "Suç Kovuşturmaları Dairesi (*Criminal Investigation Department-CID*)" olarak adlandırılmaktadır.²⁰⁷ İngiliz sisteminde polisin bazı suçlarda delilleri değerlendirip dava açmama hakkı bulunmaktadır. Bunun yanısıra herkesin herkese dava açma hakkı da vardır.²⁰⁸ Uygulamada polis, Common-Law' dan aldığı genel yetkiyle doğrudan dava açmaktadır. İddiasını normal vatandaşlar gibi ispatla zorunludur.

²⁰⁰ "İngiliz hukukçuları haklı olarak Roma Hukukundan kelimelerden başka pek az şey alındığını söylerler. "Holmes: Hukukun ruhu mantık değil tecrübedir".Clive PARRY: "İngiliz Hukuk Sistemi", Çeviren; Fadıl H. Sur. **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Maarif Matbaası, Ankara-1943, sh. 443

²⁰¹ İngiliz Hukuk Sistemiyle ilgili olarak Bkz. Selahattin ERYURT: "İngiliz Mahkemeler Kanunu (Courts Act. 1971) ÖNSÖZ", **Adalet Dergisi**, Yıl 69, Ocak 1978, Sayı 1, sh.8-23,

²⁰² GÖKÇE; a.g.e., sh.71

²⁰³ GÖKÇE; a.g.e., sh. 75

²⁰⁴ Sulhi DÖNMEZER; Feridun YENİSEY; "Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği", (çevrimiçi), www.kriminoloji.com, 25.05.2005

²⁰⁵ İngiliz yargı sisteminde mahkemelerin hiyerarşik yapılanması şu şekildedir. Birinci derece Ceza Mahkemeleri; Parlatentonun Mahkemesi (High Court of Parliament), King's Bench (Yüksek hakim Lord ile 19 hakim üyeden oluşur), Cinayet (Assizes) Mahkemeleri, Merkez Ceza Mahkemesi (High Court' un bir şubesi olarak çalışır), Dörtlü (Quartal) Mahkemeleri (Senede dört kez toplanır), Polis mahkemeleri(Londra'dakiler hukukçu hakim ve avukatlardan oluşur. Diğer yerlerdeki maaşsız ve meslekten olmayan sulh hakimleridir. Mevcutları 30.000 kişi civarındadır. Bunların 3-4 bini kadındır. Kâtiplerin % 50 si dava vekili olup meslek bünyesinde yetişen kişilerdir. İlk tahkikat mahkemeleridir ve yetkileri sınırlıdır. Tutuklamayı talep ve yazılı ihbar üzerine "Polis Hakimi" yapmaktadır; C.H.P INHULSEN: "İngiliz Ceza Muhakemeleri Usulü-Bugünkü Tatbikat Üzerine Bir Tetkik", Çeviren Rifat Taşkın, Ankara -Hapisane Matbaası, 1938, İngiliz yargı sisteminde mahkemelerin yapılanması hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.; Turgut SENGİR:"Anglosakson Memleketlerinde Adli Teşkilat", **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Şubat-1956, Sayı 2, sh.203-215

²⁰⁶ Yılmaz BİÇER:"İngiltere'de (Wales'te) Polisin Adli Görevleri", **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Şubat-Mart,1973, Sayı 2-3, sh. 190-202

²⁰⁷ BİÇER;a.g.e. sh. 196

²⁰⁸ BİÇER;a.g.e. sh. 197

Yargılamada çok sınırlı durumlarda yasak deliller kullanılabilir. İngiliz polis teşkilatlarında davaları takip amacıyla sözleşmeli avukatlar görev almaktadır.

İngiltere’de Lord Woolf tarafından hazırlanan ve “medeni yargılama sisteminde reformu” amaçlayan bir rapora uygun olarak yapılan 1999 tarihli “**Evidence Act**” ise bilirkişi uygulaması da dahil olmak üzere pek çok konuda değişiklik getirmiştir.

İngiliz polisinin sanık aleyhine delil toplarken uymak zorunda olduğu ve uzun yıllar içerisinde sistemleşmiş kuralların toplamından oluşan kurallar bütünü; “**Judges Rules-Yargıçlar Yasası**” olarak adlandırılmakta ve polis tüm işlemlerini bu kurallara uygun yapmak zorundayken, 1984 yılında çıkarılan “**Polis ve Cezai Kanıt Yasası 1984– POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE-1984 (PACE)**” ile bu konuların tamamı kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur.²⁰⁹ PACE “in md. 61; “Parmak İzi Alınmasını”, md. 62; “Özel Fiziksel Örnekler Alınmasını”, md. 63; “Özel Olmayan Fiziksel Örnekler Alınmasını”, md. 62, “Parmak İzleri Ve Örneklerin İmha Edilmesini”, md. 65 ise ; “Başka Hususlar Yanısıra Özel Fiziksel Örnekler Ve Özel Olmayan Fiziksel Örneklerin Tanımlarını” düzenlemektedir.²¹⁰ Ayrıca bu yasaya ek olarak çıkan uygulama kılavuzunun “**Code Of Practice For The Identification Of Persons By Police Officers**” başlıklı “D” bölümü bu konulara ilişkin usul ve esasları ayrıntılı olarak düzenlemektedir.²¹¹

İngiltere’de, 1984 tarihli PACE’in yasalaşması sonrasında, 2001 yılında “**Ceza Adaleti ve Polis Yasası- Criminal Justice And Police Act-CJPA**” kabul edilerek yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla da polisin nasıl örnek alacağı, bu örneklerin hangi hallerde ve ne şekilde alınacağı, nasıl saklanacağı ve nasıl imha edileceği hususları belirtilmiştir. Bu yasa özellikle DNA incelemesi amaçlı olarak örnek alma ve DNA Analizi konularında ayrıntılı hükümler içermekte ve İngiliz polisine önceki yüzyıllardır süren uygulamadan farklı şekilde bir takım kısıtlamalar, bunun yanısıra işlemleri ile ilgili teknolojiye uyumu sağlamaya ve insan hakları ihlallerini, delil elde etmede hukuka aykırılığı engellemeye yönelik yeni kurallar getirmektedir.

²⁰⁹ KÜHNE; a.g.e. sh. 592, No. 1202

²¹⁰ Bu konulara çalışmamızın ilgili yerlerinde tekrar karşılaştırılmalı şekilde yer verileceğinden bu aşamada tekrar olmaması amacıyla ayrıntılı anlatımda bulunmuyoruz.(YN)

²¹¹ “**Police and Criminal Evidence Act 1984 (s.60(1)(a) and s.66(1))**”, Home Office, Codes Of Practice A-E, Revised Edition, London; TSO, April–2003

Cinsel suçlarla ilgili olarak yürürlüğe giren yeni bir yasa vardır ve burada sanığın genital muayene isteme hakkı yoktur. Savcı bunu mahkemeden talep ettiği gibi mahkeme kararına da mağdurun itiraz hakkı yoktur. Savcı muayene talebini olayın boyutuna ve mevcut delil durumuna göre yapmaktadır. Polis soruşturma evresinde elde ettiği tüm delilleri savcıya sunmak zorunda olup, aynı doğrultuda savcının da sanığın lehine olan tüm delilleri mahkemeye sunma gibi bir görevi vardır.²¹² İngiltere’de ilgilinin rızası olmadıkça parça alınamamakta, geçerli bir neden olmadan rıza vermeyenler hakkında rıza karinesi çıkarılmaktadır.²¹³

2000 yılında çıkarılan “Ulusal Polis (Sabıka kaydına Geçebilecek Suçlar) Yönetmelikleri–2000” ile de sabıka kaydına geçebilecek bir suçun tanımları yapılarak, bu suçlara ilişkin olay ve şüpheli kayıtlarının tutulmasındaki esaslar belirtilmiştir.

İngiltere uygulaması, işlenen suçların ve şüphelilerin kayıtlarının tutulması konusunda oldukça gelişmiş durumdadır. Hemen-hemen pek çok suç türünde veya yol üzeri trafik kontrollerinde İngiliz polisince herhangi bir hakim kararı beklenmeksizin DNA kayıtlarının depolanması amacıyla ağız içi sürüntüsü veya idrar örneği alınması ve şüphelinin hekime sevk edilmesi²¹⁴ yoluna gidilmektedir.²¹⁵ Hırsızlık dahil²¹⁶ tüm suçlarda örnek alınmaktadır.

İngiliz polisinin yalnız DNA profiline dayanarak ülke genelinde haftada 300–500 olayı aydınlatabildiği iddia edilmektedir.²¹⁷ Bu konularda polisin yetkilerinin

²¹² M. Akif İNANICI: “Beden Muayenesi ve Örnek Almada Uluslararası Uygulamalar”, 4. Adli Bilimler Sempozyumu Bildirisi, 20.05.2005 Elazığ (Yayınlanmamıştır)

²¹³ “Adalet Bakanlığınca Hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Ve Gerekeşi, 07.03.2003 tarih B.02.0.KKG.0.10/101-508 No” Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü (Yayınlanmamıştır), sh. 43 (Taslak metin Madde 78 gerekeşi), PACE (İngiliz Polis ve Cezai Kant Yasası – **POLICE AND CRIMINAL EVIDENCE**) md. 62/(10) da hükme göre: “Bir suç işlemekle suçlanan kişi, başlatılan adli soruşturmada, kendisinden özel fiziksel örnek alınması için gerekli onayı vermeyi geçerli bir neden olmaksızın reddettiği takdirde, mahkeme bu kişinin yargılanıp yargılanmayacağına veya yargıç görülecek bir dava olup-olmadığına, mahkeme veya jüri iddia edilen suçta işleyip işlemediğine karar verirken, örnek alınmasının reddedilmesinden uygun sonuçları çıkarabilir” denilmektedir. Bu muayene edilmeye karşı çıkan şüphelinin, bu karşı çıkışının suçluluğuna bir tür karine oluşturması anlamındadır. (YN)

²¹⁴ ÖZTÜREL: a.g.e sh.; 277

²¹⁵ “Aynı şekilde yargılama ve infaz sırasında ilgili kişilerin fiziksel ya da ruhsal durumları üzerinde yapılan adli muayene ve tedavilerin türleri ve sonuçları da bu muayene ve tedaviyi yapmış sağlık kuruluşlarınca “Adli Sicil Dairesine” bildirilmektedir”.(BİÇER; a.g.e. sh. 200)

²¹⁶ Sevil ATASOY: “Kriminal Amaçlı DNA Analizleri”,(çevrimiçi), www.kriminoloji.com, 01.06.2005

²¹⁷ ATASOY: “Kriminal Amaçlı DNA Analizleri”

kısıtlanıp-kısıtlanmaması tartışması süregelmektedir. “Criminal Justice Committee” tarafından polisin bazı yetkilerini kısıtlanması gerekliliği önerilmiştir.²¹⁸

b. AMERİKAN HUKUKUNDA

Anglo-Sakson hukuk sistemini benimsemiş olan Amerika Birleşik Devletlerinde de, ceza muhakemesinde vücudun muayenesi ve örnek alma konuları İngiltere uygulamasıyla benzerlik göstermektedir.²¹⁹ Polis, İngiltere’deki gibi hazırlık soruşturması sırasında tam yetkili durumdadır ve savcıdan tamamen bağımsız faaliyet göstermektedir.²²⁰ Hazırlık soruşturması şüpheliye karşı yapılan ilk müdahale ile başlamakta²²¹ ve yapılış şekli ABD ile İngiltere hukuklarında kısmen farklılıklar göstermektedir. Hukuka aykırı elde edilen delillerin kullanılmaması konusundaki aşırı hassasiyet nedeniyle, vücudun muayenesi ve örnek alma sırasındaki işlemlerin hukuka uygunluğu daha çok önem arz etmektedir. Federal bir devlet olması nedeniyle, uygulama eyaletler arasında farklılıklar göstermektedir. Ortak anlayış; polisin muayeneye sevk ve örnek alma konularında kendi takdiriyle davranması, hayati tehlike oluşturacak durumlarda hakim izni (Magistrate Polis Mahkemesinden-*Magistrate Court*²²²) almasıdır. Hukuka aykırı elde edilen delillerin hiçbir ispat gücünün bulunmaması bu sistemde polisi denetleyen en önemli hususlardan biri olmaktadır²²³.

Amerikan Ceza Yasası (Penal Code) 1. Bölümünün 9. başlığına 6. bölümü ekleyerek aynı yasanın 290.2 kısmını yürürlükten kaldıran 22.09.1998 tarih ve “**AB 1332 Murray. DNA ve Adli Tıp Teşhis ve 1998 Veri Bankası Kanunu(ab 1332, Murray, DNA and Forensic Identification Data Base and Data Bank Act of 1998)**”²²⁴ ile örnek alınması ve DNA bankaları kurulması işlemlerine yeni bir

²¹⁸ BİÇER; a.g.e. sh. 200

²¹⁹ ABD ve İngiltere ‘de mahkemeler teşkilatları arasındaki farklar konusunda Bkz; SENGİR; a.g.e. sh. 203–215

²²⁰ GÖKÇE; a.g.e., sh.77

²²¹ GÖKÇE; a.g.e., sh.77

²²² S.Sıtkı KARABEL: “Amerika Birleşik Devletlerinde Adli Teşkilat, Federal Cezaevlerinde Patronaj ve Nevileri”, **Adalet Dergisi**, Yıl 42, Ağustos 1951, Sayı 8, sh.1269–1293

²²³ “ABD’de hileli şekillerde elde edilmiş delillerde legal şekilde alınmış gibi kullanılabilir. Klaus VOLK; “**Strafprozessrecht- Grundkurs StPO**” 5. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München. 2006, sh. 46, no. 28

²²⁴ 21 Eylül 1998 tarihinde vali tarafından onaylanmıştır. 22.Eylül.1998 tarihinde Devlet Bakanı’yla başvuruda bulunulmuştur. (Approved by Governor September 21, 1998 Filed with Secretary of State September)

düzenleme getirilmiştir. 1332 Murray yasası öncesinde; “*cinsellikle ilgili bir suç işleyen biri olarak kaydedilmesi gereken, cinayetten tutuklanan ya da bir müessir fiilden dolayı tutuklanan, bir devlet hapishanesi, bir eyalet cezaevi ya da herhangi bir Gençlik Yetkilisi kurumuna gönderilen veya zihinsel özürlü seks suçlusunu olarak gönderildiği devlet hapishanesinden çıkarılan bir kişinin Adalet Bakanlığı’nın DNA laboratuvarlarında genetik tip analizi ve DNA analizi için kan ve tükürük örneği vermesinin yanısıra bu kişinin her iki el başparmağı ile avuç içinin izini vermesi gerekli kılınmaktaydı*”. Yeni yasa düzenlemesi sonrasında bu hükmün yerini; “*belirlenmiş herhangi bir ağır suç işlediği gerekçesiyle bir seks suçlusunu olarak kaydedilmesi gereken, tutuklanan, suçlu olduğunu kabul eden ya da cinayet, kasıtsız adam öldürme, eşine ağır taciz, ağır müessir fiil veya çocuk kaçırma da dâhil fakat bunlarla sınırlı olmamak üzere bazı suçları işlemiş olmasına itiraz etmeyen ya da bu suçlardan herhangi birini işlemiş ancak akli dengesinin bozuk olması nedeniyle suçlu bulunmayan veya cinayet ya da ağır müessir fiil işlemiş olduğu gerekçesiyle tutuklanan bir kişi Adalet Bakanlığı’nın yapacağı yürütme tanımlama analizi için iki kan örneği, bir tükürük örneği, sağ elinin başparmağının izi ve her iki elinin avuç izi verecektir*”²²⁵ hükmü almıştır.

1332 Murray Yasası, yerel kriminal adalet sistemlerine, yeni bir suçun işlenmesi dolayısıyla söz konusu olanlara eşdeğer oranda artan görevler vereceğinden, devlet yönetimi dâhilinde bir yerel program hazırlanması hükmü getirmektedir. Aynı şekilde, Adalet Bakanlığı laboratuvarları da dâhil olmak üzere, Kaliforniya da kurulacak DNA Veri Bankasına dâhil edilmesi için DNA profillerine katkıda bulunacak tüm laboratuvarların “Amerikan Toplumunu Suç Laboratuvarları Müdürleri Laboratuvar Kabul Kurulu (*American Society of Crime Laboratory Directors Laboratory Accreditation Board (ASCLD/LAB)*)” tarafından kabulünü şart koşmuştur.²²⁶

A.B.D.’de yasama hareketinin ardından bilirkişilik konusunda önemli kararlar verilmiştir. Bunun ardından resmi bir kuruluş olan “*Federal Judicial Center*” (FJC) 1994 yılında mahkemelerde bilime dayalı delillerin kullanılışı hakkında kitapçık yayınlamıştır.

²²⁵ Yasama konseyinin özeti bölümü.

²²⁶ Ayrıca her laboratuvarın Adalet Bakanlığı’nca denetimi amacıyla ASCLD/LAB standartlarına bağlılığını belirleyen yıllık raporunu sunması gereklidir.(YN)

Yasada getirilen en önemli hükümlerden biri; “*kendisine örnek vermesi için yazılı uyarıda bulunduğu halde yukarıda sayılan örnekleri vermeyen, bu işlemlerden birini ya da tümünü yapmayı reddeden herhangi bir kişinin suçlu sayılacağı*” hükmüdür. Aynı şekilde DNA veya başka Adli Tıp teşhisleriyle ilgili bilgiyi yetkisiz bir kuruma kasıtlı olarak verenler de suçlu sayılmaktadır. Yasa yeni suçların tanımlanması konusunda devlete yerel bir program hazırlama görevi de vermektedir.

Bu yasa öncesi ve sonrasında da ABD'nin bazı eyaletlerinde sarkıntılık yapanlardan spor karşılaşmalarında açık saçık küfür edenlere hatta umumi tuvaletlerin dışına idrar yapanlara kadar birçok kişinin DNA'sı alınmaktadır.²²⁷ DNA Veri Bankacılığı bu ülkede devlet ve yasalar tarafından desteklenmekte ve standartları belirlenmektedir. DNA veri bankaları aracılığıyla ulaşılabilecek bilgilerin pek çok olayı aydınlatmada büyük rol oynaması bu eğilimi güçlendirmiştir.²²⁸

1332 Murray Yasası DNA Analizi için hangi hallerde kimlerden, kimler tarafından, hangi hallerde ve suçlarda, hangi şekillerde örnek alınacağını, örneklerin laboratuarlara nasıl ve kimler tarafından ulaştırılacağını, bu örneklere kimlerin ne şekilde ulaşabileceğini, sonuç verilerin nasıl aktarılıp nerelerde depolanacağını ayrıntılı şekilde düzenlemektedir. **Kanaatimizce:** Bu tür bir yasanın varlığı ülkemiz şartlarında da gerekli, zorunlu ve olumludur. Ancak ülkemizde DNA veri bankacılığı yanlış algılanmakta, yararları yerine, yaratabileceği zararları daha çok ön planda tutulduğundan sürekli engellenmektedir.

c. HİNDİSTAN HUKUKUNDA

Uzun yıllar İngiltere'nin sömürgesi olarak kalmış bulunması nedeniyle, Anglo-Sakson hukukunun etkisinde kalmış ve bu hukuk sistemini benimsemiş olan Hindistan'da da ceza muhakemesinde, hazırlık tahkikatında polis ağırlıklı bir yapı kurulmuştur. Hindistan'da 35 eyalet ve çok sayıda farklı bölge, farklı iklim ve

²²⁷DURUKAN: ARSLAN,“Dikkat! DNA' mızı Çalıyorlar”

²²⁸ “ABD de ise eyaletten eyalete değişen bir uygulama yürütülmektedir. Kaliforniyada hemen her suçtan mahkûm olanın, hatta umumi yerlerde açığa idrar yapanların bile DNA profilleri bankalanmaktadır. Öte yandan kimliği meçhul cesetlerin DNA profilleriyle; kayıp kişilerin doğrudan ya da akrabalarının kanları incelenerek dolaylı biçimde belirlenen DNA profilleri de bu bankalarda tutulmaktadır”. ATASOY: “Kriminal Amaçlı DNA Analizleri...”

coğrafi koşullar vardır. Devlet sistemi federasyondur. Birlik içerisinde ceza muhakemesi hukukunda bazı farklı uygulamalar varsa da sistem olarak Anglo-Sakson Sistem niteliklidir.

Hindistan Ceza Muhakemesi Hukukunda “hukuki muayeneler” 1973 Ceza Muhakemesi Kanunu”nun 53. Bölümünde düzenlenmektedir. Adli muayenelerin kişinin veya kanuni temsilcisinin rızası olması halinde yapılabileceği, ancak eğer kriminal bir suç ithamı olması halinde rıza olmaksızın da muayene yapılabileceği kabul edilmektedir.²²⁹ Polisin, hakimin tutuklama olmadan da tutuklama yetkisinin olduğu tecavüz, cinayet, hırsızlık vs. gibi ağır ceza suçlarında sanığın muayene edilmek ve görüşü alınmak üzere hekime gönderilebileceği kabul edilmektedir.²³⁰ Hindistan polisi hemen-hemen her türlü suç sırasında ve kontrollerde serbestçe vücut üzerinden biyolojik örnek alabilmekte ve hakim kararı olmaksızın tarafları muayeneye sevk etmektedir.²³¹ Polisin muayeneye veya örnek almaya sevk ettiği kişilerin Delhi ve Pencap gibi merkezi laboratuvarların bulunduğu yerlerde bu laboratuvarlar önünde uzun kuyruklar oluşturduğu bildirilmektedir.²³² İngiliz ve ABD örneğinde olduğu gibi, Hindistan’da da muayene ve örnek alma sonrası elde edilen verilerin sonradan işlenecek suçlarda kimliklendirmede kullanılabilmesi için depolanmasına önem verilmektedir.²³³

Hindistan’da adli bilimler merkezi hükümet, eyaletler ve adli bilimler eğitimi veren kurumlar olarak örgütlenmiş durumdadır. Adli Bilimler faaliyeti İçişleri Bakanlığı (Ministry of Home Affairs) bünyesinde yürütülmektedir. Chandgary, Haydarabat, Kalküta, Shimla, Jaipur, Pencap, Bhopal’ da çok sayıda modern DNA Analizleri, alkol serolojik incelemeler, kimyasal incelemeler, şüpheli dokümantasyon

²²⁹ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”, Chapter 19, Mediolegal Examination Of The Living, Sh. 570

²³⁰ “Points to be Remembered in Handling Clinical MLC”, Section 179, IPC and Section 161, CR. PC, INDIAN, sh.5

²³¹ O.P JASUJA: “Hindistan; Birlik İçinde Farklılık, Hindistan’da Adli Bilimler Teşkilatı”, 09.06.2005, Konferans, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi 50. Yıl Amfisi, Ankara.

²³² JASUCA; a.g.k.

²³³ İngiliz sömürgesi olmasının da etkisiyle Hindistan’da adli bilimler çalışmaları çok önceden başlamış ve ilk laboratuvarlar 19. yy. da kurulmuştur. Kalküta, Agra Madras ve Bombay’da 1850–1870 yılları arasında kurulmuş olup, bu açıdan İngiliz sömürgesi döneminde başkent durumunda olan Kalküta en önemli yerlerden biridir. Burada 1853 yılında ilk kimyasal laboratuvarlar kurulmuş ve 1892 yılında antiprometris laboratuvarı, 1897 da ilk parmak izi laboratuvarı kurulmuştur. Aynı şekilde ilk Seroloji laboratuvarları da Kalküta’da kurulmuş ve 1952 yılında istihbarat birimlerinin baskısıyla ilk merkezi adli bilimler laboratuvarları kurulmuştur. Halen Kalküta bu anlamda eski önemini yitirmiş olup Delhi bu konuda merkez haline gelmiş durumdadır.; JASUCA; a.g.k.

laboratuvarlar olup, buralarda toplanan veriler Ulusal Suç Kayıtları Bürosu (*National Crime Record Bureau*)’ nda depolanmaktadır.²³⁴

4. DİĞER ÜLKE HUKUKLARINDA

a. İTALYA

İtalyan hukukunda vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri arama-araştırma (*Durchsuchung*) çerçevesinde düzenlenmektedir.²³⁵ İtalyan CMK (CPP)’ nun 247 ve 249. maddeleri bu düzenlemeleri içermektedir. İtalyan CMK. kan alımıyla ilgili herhangi bir şey belirtmese de kan alımının da bu kapsamda olduğu İtalyan öğretisi ve uygulamasında kabul edilmektedir. Ayrıca İtalyan CMK (CPP) 349. maddesiyle kriminal teknik yöntemlerle suçluları bulma yöntemlerinin uygulanabilirliğini düzenlemektedir.²³⁶ İtalyan hukukunda vücut üzerinden parça alınması yasaklanmıştır. Kişinin rızası olmaksızın yapılan muayene ve örnek alma işlemleri delil olarak kullanılamaz.²³⁷

b. HOLLANDA

Hollanda’da, ceza muhakemesi kapsamındaki bir soruşturmaya ilgili olarak, “Hollanda Soruşturma Yasası Yönetmeliği (*Wetboek van Strafvordering-Sv*)” md. 61A, 62, 76 ya göre; “ifade alma, gözaltına alma sırasında (özellikle soruşturma amaçlı) soruşturmayı tamamlamak üzere beden muayenesi yapılabilmektedir.²³⁸ Bu yasada, yapılacak uygulamalara kesin bir sınır getirilmemiştir. Bunlar resim çekme video kaydına alma, ölçüm yapma, parmak izi alma, uzayan saç ve sakalın kesilmesi, kısaltılması veya uzatılması şeklinde olabilmektedir.²³⁹

Adı geçen Yönetmeliğin 61 A maddesinde düzenlenmeyen diğer önlemler yapılacak müdahale yasal hakka aykırılık teşkil etmiyorsa uygulanabilmektedir. Saçların yolunması, midenin boşaltılması, kusma meydana getirecek bir madde

²³⁴ JASUCA; a.g.k.

²³⁵ KÜHNE; a.g.e. sh. 628, no. 1304

²³⁶ KÜHNE; a.g.e. sh. 628, no. 1304

²³⁷ ÜNVER; HAKERİ; a.g.e., sh.69

²³⁸ KÜHNE; a.g.e. sh. 677, no. 1464

²³⁹ KÜHNE; a.g.e. sh. 677, no. 1464, dn.142 (Corstens S. 407)

verilmesi, lavman uygulanmasına bu nedenle izin verilmemiştir.²⁴⁰ Bu uygulamalar, mahkeme tarafından yapılan soruşturmalarda soruşturma hakiminin kararına bağlanmıştır. Eğer (henüz) mahkeme soruşturması yapılamamış ise 62A I Sv. gereği savcı bu kapsamda karar verebilmektedir.²⁴¹

Kendisine bir suç isnat edilen kimsenin aranması ve tutuklanması yetkisi yönetmeliğin 56 IV maddesine göre soruşturma görevlilerine verilmiş, bu yetki kapsamında, hakimın sanığın beden ve giysi aramalarına karar verebileceği (madde 195 I), röntgen ve ultrason araması ve beden araması isteyebileceği (madde 195 II) ancak bu aramaların ancak hekimce yapılabileceği düzenlemeleri getirilmiştir.²⁴²

c. İSPANYA

İspanya Ceza Muhakemesi Hukukunda soruşturma amaçlı vücut muayenesi ve örnek alma şeklindeki müdahaleler Ceza Muhakemesi Kanununda değil Polis Yasasında düzenlenmiştir.²⁴³

d. KANADA-YENİ ZELANDA-AVUSTRALYA

Kanada ve Yeni Zelanda hukukları Common Law bünyesinde düzenlemeler içermektedir. Bu ülkelerdeki muayene ve örnek alma işlemleri ile ilgili hukuki düzenlemelerde Anglo-Sakson hukuku esasları benimsemiştir. Amerika ve İngiltere hukuklarına benzer hükümler içermekte iken, son dönemlerde bu iki ülke muayene ve örnek alma konularında Kıta Avrupası Hukukuna yaklaşmaktadır.

Avustralya da oluşturulan ve resmi karakterli olduğu anlaşılan “Avustralia Law Reform Commission” da çok çeşitli alanlarda mevcut durumu ve önerileri içeren raporlar hazırlanmaktadır. Bu kurum tarafından hazırlanan 5. rapor yargılama hukukuna 6. rapor ise bilirkişi uygulamasına ilişkin olup konumuzla ilgili düzenlemeler içermektedir.

²⁴⁰ KÜHNE; a.g.e. sh. 677, no. 1464, dn.143–144 (Minkenhof S. 1629)

²⁴¹ KÜHNE; a.g.e. sh. 677, no. 1464

²⁴² KÜHNE; a.g.e. sh. 677, no. 1465

²⁴³ KÜHNE; a.g.e. sh. 656, no. 1399

II. BÖLÜM

İNSAN HAKLARI VE TIBBİ DEONTOLOJİ YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

B. İNSAN HAKLARI YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

1. İNSAN HAKLARI KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Ceza Muhakemesi Hukukunda vücudun muayenesi ve örnek alma faaliyetleri insan hakları normlarıyla da doğrudan bağlantılıdır. Bu nedenle konunun insan hakları alanında nasıl düzenlendiğinin bilinmesi gereklidir.²⁴⁴ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), özellikle doktor ve adli tıp muayenelerinin yüksek standart uygulanması gereken bir alan olduğunu, birbiriyle çelişen iki ifadenin doğrulanmasında güvenilir tıbbi raporların tayin edici rol oynadıklarını, bu delillerin varlıklarının yanı sıra bağımsız ve eksiksiz olmalarının da önemli olduğunu vurgulamaktadır.²⁴⁵

Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi 1. maddesinde; *“bütün insanlar haklar ve onur/değer bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşçe davranmalıdırlar.”* denmektedir.

Ceza Hukukunun anladığı anlamıyla **hürriyet**; *“bir başkasının zarar verici ve tehlikeye sokucu nitelikteki hareketiyle ihlal edilebilen hak”* anlamı taşımaktadır.²⁴⁶ XX. yy. ın başından itibaren insan hak ve özgürlükleriyle ilgili ulusal ve uluslararası düzeyde pek çok kurum ve oluşum gerçekleştirilmiştir.²⁴⁷

²⁴⁴ “Hukuk devleti olmaksızın Ceza Muhakemesi Hukukunda birey anlaşılabilir ve böyle bir tanım yapılamaz. Polis devleti yaratılmak istenmiyorsa hukukçu açısından ceza muhakemesinde insan haklarının dikkate alınıp gerçekleştirilmesinden başka yol yoktur. Her soruna insan hakları ile yaklaşılması gerekir. Bu hem yasa koyucu hem de uygulayıcı açısından zorunludur”; **Julio MAJER** Bkz. ; Yener ÜNVER; “Uluslararası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar”, Khuka Kamu Hukuku Arşivi, (çevrimiçi), www.khuka.cjb.net, 31.05.2005

²⁴⁵ REIDY; a.g.e.

²⁴⁶ Erol CİHAN; “**Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188)**”, İstanbul-Fakülteler Matbaası, 1978, sh. 27

²⁴⁷ SerapKESKİN: “İnsan Hakları-Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Hakkı”, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul–2000, sh. 64 vd.

Ceza yargılamasında bu hakların sağlanabilmesi ancak dürüst yargılama²⁴⁸ ile mümkündür.²⁴⁹

İnsan hakları²⁵⁰; “*insanların bazı olanaklarının gerçekleştirilmesinin koşullarına ilişkin talepler getiren etik değerler olarak, devletlerin söz edimleri*”²⁵¹ şeklinde karşımıza çıkmaktadırlar. Bu söz edimleri ve amaca bağlı olarak ulusal yasalar düzenlenmiştir. Bu haklar; kişi özgürlük ve onurunu güvence altına alan ve insanın insan olmakla sahip olduğu, hiçbir iktidarın tanınmasına bağlı olmayan, vazgeçilemez, devredilemez, dokunulamaz haklardır.²⁵² Kişilik hakları kişinin bütün kişisel değerleri üzerinde geçerlidir²⁵³

İnsan haklarıyla ilgili belgelere, tarihin başlangıcı kabul edilen MÖ 3000 yıllarında Sümer’lerden başlayarak kutsal kitaplarda ve tarihin her döneminde rastlamak mümkündür.²⁵⁴ 1215 tarihli Magna-Carta’yla başlayarak,²⁵⁵ 18 yy. ortalarında Fransız İhtilaliyle ve 1789 tarihli “İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi” ile devam eden süreç sonrasında, hümaniter anlayışın güçlenmesiyle gelişen ve insan hak ve özgürlükleri temelinden hareket eden anlayışla, 04.07.1776 tarihli “Amerikan Bağımsızlık Bildirisi”, 17.08.1789 tarihli “İnsan ve Vatandaş Hakları Bildirisi”, 14.08.1941 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Atlantik Antlaşması” gibi metinlerle konuyla ilgili ilk düzenlemeler yapılmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi (10.12.1948)²⁵⁶ 29 madde halinde temel insan hak ve özgürlüklerini sayıp, 30. maddesi ile “*beyannameye hiçbir hakkın devlete veya bireylerin özgürlüklerini kısıtlamaya yönelik bir hak doğurmayacağını*” ihtar etmiştir. Bildirgenin 13. ve 25.

²⁴⁸ “*Dürüst yargılama; İnsan hakları ile sanık ve mağdur hakları ihlal edilmeden yapılan yargılamadır.*” Nur CENTEL: “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”. **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1–2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh.3

²⁴⁹ “*Adli Tıp dürüst yargılamayı sağlar*” Oğuz POLAT: “İnsan Hakları İhlallerinde Adli Tıp Uygulamalarının Önemi”,(çevrimiçi), <http://www.adlitip.org> , 22.06.2005

²⁵⁰ “*Hak; Arapçada “hakk” sözcüğünden gelir. Hak Tanrının isimlerinden biri olduğu gibi bir ahlâk ilkesi olarak da doğruluğa (adalet) saygıyı anlatır.* Haluk MAHMUTOĞULLARI; “İnsan Hakları Kavramının Felsefi Yönden Tahlili”, [www.adalet.gov.tr.](http://www.adalet.gov.tr), (çevrimiçi), 2.06.2005

²⁵¹ İoanna KUÇURADI: “Etik İlkeler Ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları” (çevrimiçi), <http://www.adalet.gov.tr>, 25.07.2005, sh. 2

²⁵² CENTEL; “Adli Tıp ve İnsan Hakları”. sh. 3

²⁵³ ÇAKMUT (YENERER) a.g.e.,sh: 44

²⁵⁴ İnsan haklarıyla ilgili toplu belge ve yazılar için bkz.;Veysel GÜLTAŞ: “**Geçmişten Günümüze İnsan Hakları (Belgeler, Bildirgeler, Sözleşmeler)**”, Ankara -Bilge Yayınevi, 2004, sh. 27 vd.

²⁵⁵ İngiltere’deki insan hakları gelişimi için Bkz.; Muzaffer SENCER: “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, **Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 2, Haziran 1990, sh.; 3-21

²⁵⁶ Türkiye 06.04.1949 tarihinde onaylamış ve RG’nin 27.05.1949 tarih ve 7217 sayısında yayımlanmıştır. GÜLTAŞ; a.g.e. sh. 96

maddeleri “Sağlık Hakkı” na ayrılmıştır.²⁵⁷ 26.06.1954 tarihinde BM Adalet Divanı kurulmuş, 18.12.1979 tarihinde “Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi”, 20.11.1959 tarihinde “BM Çocuk Hakları Bildirgesi” ve daha sonraları bunlarla ilgili ek sözleşme ve bildirgeler kabul edilmiştir. 28.09.2000-07.12.2000 Nice Zirvesinde onaylanan “Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi” de bu kaynaklar arasındadır.²⁵⁸

10.12.1984 tarihinde “İşkenceye ve Diğer Zalimane İnsanlık Dışı veya Onur Kırıcı Muameleye veya Cezaya Karşı BM Sözleşmesi” imzalanmıştır.²⁵⁹ 04.11.1950’de Roma’da imzalanan “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)” ile hak ve özgürlükler sayılarak,²⁶⁰ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)” kurulmuş ve Türkiye bu sözleşmeye taraf olarak,²⁶¹ iç hukukunda yaptığı düzenlemelerle, AİHS’nin yargı yetkisini kabul etmiştir.²⁶² 04.11.1993 tarihinde “Avrupa İşkencenin ve İnsanlık dışı Yada Aşağılayıcı Muamele yada Cezanın Önlenmesi Sözleşmesi” imzalanmıştır.²⁶³ Bu sözleşme gereği Avrupa Konseyi bünyesinde “İşkence ve İnsanlık dışı Onur Kırıcı Ceza ve Muamelelerin Önlenmesine İlişkin Avrupa Komitesi (CPT)²⁶⁴” kurulmuş ve bu komite tarafından Türkiye’deki işlemler ve uygulama inceleme altına alınmış ve ilk “Türkiye Raporu” 06.12.1996 tarihinde yayımlanmıştır.

²⁵⁷ Avrupa AY. nın II. 2 maddesi de “Herkes yaşama hakkına sahiptir” demek suretiyle yaşam hakkını düzenlemiştir. “Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı” AVRUPA KONVANSİYONU Sekreterlik

²⁵⁸ Bu bildirgenin **52. maddesi**; “*bu Bildirgede kabul edilen hakların ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilecek her türlü sınırlandırma, yasada öngörülmeli ve bu hak ve özgürlüklerin özüne saygı göstermelidir. Orantılı olma ilkesine tabi olarak sınırlandırmalar sadece gerekli olmaları ve Birlik tarafından kabul edilen kamu yararı amaçlarına veya başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma gereksinimine gerçekten hizmet etmeleri koşulu ile uygulanabilir.*” hükmünü getirmektedir.

²⁵⁹ Türkiye tarafından 21.04.1988 tarih ve 3441 SY ile onaylanmış 29.04.1988 tarih ve 19779 sayılı RG ile yayımlanmıştır. CENTEL; “Adli Tıp ve İnsan Hakları”, sh. 4

²⁶⁰ “...Başlangıç kısmında da söylendiği şekliyle; İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde belirtilen klasik (temel-kişisel veya siyasal) hakları hukuki güvenceye kavuşturma amacıyla...” Feyyaz GÖLCÜKLÜ; Şeref GÖZÜBÜYÜK,;“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Ankara ,Adalet Matbaası, Eylül/1994, sh. 161 No: 409

²⁶¹ Kopenhag Siyasi Kriterleri ve Türkiye konusunda.Bkz.; “**KOPENHAG SİYASİ KRİTERLERİ VE TÜRKİYE (MEVZUAT TARAMASI)**”; İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara,- Barışcan Ofset, Ekim 2000, sh. 51-93

²⁶² Durmuş TEZCAN; M. Ruhan ERDEM; Oğuz SANCAKDAR: “**Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması**”, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, Ankara, Ankara Açık Cezaevi, 2004,Sh, 164 vd.

²⁶³ RG. 26.02.1988 tarih ve 1737 Sayı ile yayımlanmıştır.

²⁶⁴ REIDY;a.g.e., sh. 44

AİHS, AİHM kararlarının iç hukukta icrası için gerekli önlem ve kararları almak görev ve yükümlülüğünü ilgili sözleşmecî devlete vermiştir. Kararların yerine getirilip-getirilmediğini Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi izlemektedir. Devlet bireysel ve genel tedbirleri almak durumundadır. Bireysel tedbir başvuruyla ilgili, genel tedbirler ise ulusal hukuk düzenini etkileyici tedbirlerdir.²⁶⁵

Türkiye’de insan hakları, 1856 Islahat Fermanı’ndan beri açıkça ulusal belgelere girmiştir. Türkiye’de de (diğer ülkelerde olduğu gibi) iktidarın sınırlanmaya başladığı, iktidar karşısında bireylerin haklarının güvence altına alınmaya başladığı andan itibaren, hem hukuk devleti kavramının, hem insan hakları kavramı ortaya çıkmıştır²⁶⁶. Türkiye AY. nın 90. maddesi ile, Türkiye’nin taraf olduğu, “*usulüne uygun şekilde yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeleri*” kanun hükmünde saymış, bu sözleşme ve belgelere karşı AY’ ya aykırılık iddiasında bulunulamayacağını düzenlemiştir. Bu hüküm karşısında, uluslararası mevzuat ve dolayısıyla AİHS hükümleri ve buna bağlı olarak AİHM kararları ve uygulaması göz önünde bulundurulmadan, ceza muhakemesinde vücudun muayenesi ve örnek almanın değerlendirilebilmesi mümkün değildir. AİHM çeşitli davalarda verdiği ihlal kararlarıyla,²⁶⁷ sözleşmecî devletleri ulusal mevzuatlarında, özellikle ceza muhakemesine ilişkin kanunlarında köklü değişiklikler yapmaya zorlamaktadır.²⁶⁸

Ülkemiz de, uluslararası gelişime paralel olarak, insan hak ve özgürlüklerini temel alan bir hukuk anlayışı içerisindedir. Özgürlükçü olmak yanında, hukuk devleti olmak ve kişiyi ön planda tutmak da aynı rejimin öğelerindedir.”²⁶⁹

Kanaatimizce: Olaya ilk müdahale eden ve tüm yalınlığıyla suçun neticeleriyle yüzyüze gelen soruşturma mercilerinin, ne kadar vahim olsa da, kendi değer yargıları ve psikolojilerini kontrol altına alarak, koruma tedbirlerine başvurma ve uygulama sırasında insan hak ve özgürlükleri ilkelerinden ödün vermemeleri gerekir

²⁶⁵ Osman DOĞRU:“ **İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkileri**”,sh.217

²⁶⁶ “İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Çalışmaları; Türkiye’de Ve Dünyada İnsan Hakları”; (çevrimiçi), <http://members.fortunecity.com/guraba/calisma10a.htm>, 22.06.2005

²⁶⁷ Francis G. JACOBS; Robin C: A WHITE.; “**The European Convention On Human Rights**” Second Edition, Clarendon Pres- Oxford 1996, sh. 173 vd.

²⁶⁸ DOĞRU; a.g.e. sh. 197

²⁶⁹ Anayasa Mahkemesinin 26.11.1986 gün ve E:1985/8, K:1986/27 sayılı kararından.

2. ÖZEL HAYATIN KORUNMASI HAKKI AÇISINDAN MUAYENE

İnsan hakları “Negatif Statü Hakları”, (devletin müdahalesinin bulunmadığı alandaki haklar-yaşam hakkı vb.), “Pozitif Statü Hakları” (devletin müdahale hakkı olan alan-eğitim hakkı vb.), “Aktif Statü Hakları (yönetime katılma vb.) olarak üçlü bir ayrıma tabidir.²⁷⁰ Bu tasnife göre; özel hayata saygı hakkı negatif statü haklarından.²⁷¹ Ancak, halen özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkının, içerik yönünden sadece bir negatif statü hakkı olmayıp, devlete yalnız ihlalde bulunmama değil, “hakkın etkin korunmasını sağlayacak şekilde düzenleme yapmak” görevini de yüklediği kabul edilmektedir.²⁷² Düşünceler, duygular ve duyarlılıkların da hukuken tanınması gereklidir.²⁷³ Mahremiyet hakkının özgürlüğün bir parçası veya mülkiyet hakkının bir parçası olduğu savunulmaktadır.²⁷⁴

Alanlar (*sferler*) teorisine göre özel hayat; ortak alan, özel alan ve gizli alan olarak üç bölgeye ayrılmakta, özel alan ve gizli alan korunan kişilik alanları olarak kabul edilmektedir. Özel hayat kavramı, yabancı gözlerden ayrı yaşama hakkından daha geniş olup, “*bir ölçüde bireyin kendi kişiliğini geliştirme ve gerçekleştirme için hemcinsleriyle, özellikle duygusal ilişkiler kurmak ve bunu devam ettirmek hakkıdır*”.²⁷⁵ İslam hukukunda bu kavram “**ırz**” kelimesiyle açıklanmaktadır.²⁷⁶

Özel hayata saygı ilkesi; “İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinin” 12. maddesinde, “BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin” 17. maddesinde

²⁷⁰ A. Nezh KÖK; 04.05.2005 tarihli AÜ. ‘de “Adli Tıp Sağlık Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları” Konulu Seminer sunumu, Yayınlanmamıştır.

²⁷¹ POLAT: “İnsan Hakları..”

²⁷² KIVILCIM - FORSMAN: “Genetik Teknolojisi ve İnsan Hakları”, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9.12.1998, Türkiye’de İnsan Hakları,, **Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi**, sh.511

²⁷³ Samuel D. WARREN; Louis D. BRANDEİS; “Mahremiyet hakkı” (Çeviren; Gülay ARSLAN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.21

²⁷⁴ BEANEY, William M.; “Yüksk Mahkeme Kararlarında Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı”, (Çeviren; Recep GÜLŞEN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.86

²⁷⁵ Kom. R. Van OOSTERVİJK/Belçika, 01.03.1979, S. 52, Kom. K.Y./Belçika, 13.05.1982, No: 8962/80 Dr. 28, sh. 112, GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK: a.g.e. sh. 260, No: 582, DEMİRTAŞ; a.g.e.

²⁷⁶ **IRZ**; (Arapçadan Osmanlıcaya geçmiş) Bir kimsenin başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffeti (Namus) Ahmet HEKİMOĞLU: “İrz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Mart-Nisan 1988, Sayı 2, sh.; 107

düzenlenmiştir.²⁷⁷ Avrupa Anayasası²⁷⁸ II. 7 de “Herkes kendi özel ve aile yaşamında, evinde ve iletişiminde saygı görme hakkına sahiptir.”, Amsterdam Bildirisi de md. 1.4 ’te “kadın veya erkek herkesin özel yaşamına saygı gösterilmelidir” demektir.²⁷⁹ Biyotıp sözleşmesinin 10. maddesi de bu konuyu düzenlemektedir.

Fransız Deontoloji Tüzüğü de(06.09.1995 tarih–95–1000 no’lu yasa); “hekime, *hastasının özel hayatı ve özel hayatının gizliliğine saygı göstermek sorumluluğunu*” yüklemektedir. (md. 2 ve 4)

Özel hayat kişinin bedeni ve manevi bütünlüğünü de içermektedir.²⁸⁰ Komisyon, çeşitli amaçlarla bireyden kan alınmasını, trafik kontrollerinde alkol testini, babalık muayenesini²⁸¹ veya bireyi zorunlu muayeneye tabi tutmayı,²⁸² bireyin iradesine aykırı her türlü tıbbi müdahaleler ve deneyimleri, DNA testleri gibi bireyin beden ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin bilgiler,²⁸³ kürtaj ve cinsel hayata dair bilgileri²⁸⁴ AİHS’nin 8. maddesi kapsamında “*özel hayata müdahale*” olarak kabul etmiş, ancak öncelikle “işlemi AİHS’nin 8. maddesinin 2. fıkrasının²⁸⁵ meşru kılıp-kılmadığının” araştırılması gerektiğini belirtmiştir. Bu ayırım esas alındığında, vücudun muayenesi ve örnek alma negatif statü haklarından olan “özel hayatın gizliliği” hakkına müdahale niteliğindedir.²⁸⁶

²⁷⁷ KIVILCIM-FORSMAN: a.g.e., sh.514

²⁷⁸ Avrupa AY’sı 03.06–10.07.2003 tarihlerinde Avrupa Konvensiyonu tarafından consensus kabul edilmiş (Brüksel 18.07.2003) Roma’da Avrupa Konseyi Başkanlığı’na sunulmuştur.

²⁷⁹ “Avrupa için Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı” AVRUPA KONVANSİYONU Sekreterlik

²⁸⁰ Kom. R. Costello ROBERT/İngiltere, 08.10.1991, B. 49–52) GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK: a.g.e. sh. 260, No. 582

²⁸¹ X/Avusturya 13.12.1979, no. 8278, Dr. 18., sh.154; GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK,:a.g.e., sh. 262, No: 586

²⁸² K.X/Almanya 05.05.1981 No: 8509/79 dr. 24. sh. 131, R. Acmann et antres/Belçika 10.10.1984, No: 10430/3, dr. 40 sh. 251GÖLCÜKLÜ/GÖZÜBÜYÜK; a.g.e. sh. 262, 586

²⁸³ Herezagavy/Avusturya 24.09.1992 Seri A 244; Erkan DEMİRTAŞ: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi ve İlgili Yargı Kararları” (çevrimiçi), [http://: www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

²⁸⁴ A.D.T./Birleşik Krallık 03.07.2000/bn. 35765/97 DEMİRTAŞ: a.g.e.

²⁸⁵ AİHS madde 8/2: *Bir hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığı veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*”

²⁸⁶ *Common Law*’da mahremiyet tanımlanmamıştır. Ancak “Victorian Hukuk Reformu Komisyonu (Victorian Law Reform Commission) mahremiyeti; “özerklik ve haysiyet tarafından desteklenen bir hak” olarak tanımlamıştır.”; Carolyn DOYLE; Mirko BAGARIC; “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu”, (Çeviren; Esra DEMİR), “Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan “Özel Yaşam

Özel Hayatın gizliliği başlıklı AY md. 20²⁸⁷ düzenlemesi şu şekildedir.

AY. MADDE 20

(1) *Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Üçüncü cümle mülga: 3/10/2001-4709/5 md.)*

(2) (Değişik: 3.10.2001–4709/5 md.) *Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.*

AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki zorlamanın sınırı ve koşullarının tayini, bu aşamada en önemli konulardan birini oluşturmaktadır. İlgili bölümlerde de ayrıntılı şekilde anlatılacağı şekilde; AİHM çeşitli kararlarında bu konuda kısıtlama kriteri olarak AY. nın 20. maddesindeki kriterlere benzer kıstaslar koymuştur.²⁸⁸ AİHS. md. 8 kişilik haklarının kapsamını tıbbi kararların alınması sürecine katılmaya kadar genişletmiştir. Aydınlatılmış onam alınmadan yapılan müdahaleler de 8. maddeyi ihlal etmektedir.²⁸⁹

Medya ve Ceza Hukuku", Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara–2007, sh. 91-131

²⁸⁷ TÜRKİYE CUMHURİYETİ ANAYASASI; Kanun No: 2709, Kabul Tarihi: 18.10.1982, RG: 9.11.1982 Sayı:17863 (Mükerrer), Yayınlandığı Düstur: Tertip: 5 Cilt: 22 Sayfa: 3

²⁸⁸ AİHS. 8, maddenin diğer açılımları hk Bkz.; JACOBS; WHITE; a.g.e. sh. 173 vd. .

²⁸⁹ "İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998)"; (Çeviren; Seda KOÇ), **"Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH' a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku"**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.395-399

3. SAĞLIĞIN VE YAŞAMIN KORUNMASI ve İŞKENCEYE KARŞI KORUNMA HAKKI AÇISINDAN MUAYENE

Muayene ve örnek alma işlemleri sadece AİHS'nin 8. maddesini değil, dolaylı olarak AİHS'nin “yaşam hakkını” düzenleyen 2. maddesini,²⁹⁰ “adil yargılanma hakkını” düzenleyen 6. maddesini²⁹¹ ve “işkence ve fena muamelenin önlenmesi” ile ilgili olan 3. maddesini de ilgilendirmektedir.

Yaşam hakkı da negatif statü hakları kapsamındadır. “**Sağlık hakkı:** *Kişinin, toplumdan, devletten sağlığının korunmasını, gerektiğinde tedavi edilmesini, iyileştirilmesini isteyebilmesi ve toplumun sağladığı imkânlardan faydalanabilmesidir*”.²⁹² Kişinin vücut tamlığı, yaşam ve sağlığı, Türk Medeni Kanununun 23 ve 24. maddeleri anlamında maddi-bedensel değerler olup,²⁹³ kişi hiçbir şekilde öldürülemez, kendi yaşamı üzerinde tasarrufta bulunamaz.²⁹⁴ “BM Dünya Sağlık Örgütü AY ’sı”; “ *sağlığın yalnız hastalık veya sakatlığın olmayışı değil, bedensel ve sosyal yönden tam iyilik hali*” olduğunu belirtmektedir.

Yaşamın ve hayatın korunması hakkı iç hukukumuzda AY’ nın 17. maddesinde düzenlenmiştir.

AY madde 17;

(1) *Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.*

(2) *Tıbbi zorunluluklar ve kanuna yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz.; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.*

²⁹⁰ İlyas DOĞAN; “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, (çevrimiçi), http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/ilyas_dogan.htm, 22.06.2005

²⁹¹ Kendi aleyhine tanıklık yapmamayı kapsamı nedeniyle AİHS'nin 6. maddesiyle bağlantılıdır. Sessiz kalma hakkını AİHM mutlak bir hak olarak kabul etmemektedir.(John Murray/Birleşik Krallık 05.02.1996 Nuala MOLE; Catharina HARBY; “**Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:3**”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, 2003, sh. 35)

²⁹² “*Bir diğer anlatımla; kişinin ölüme karşı direnmesidir*” BAYRAKTAR a.g.e. sh. 15

²⁹³ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. sh. 44

²⁹⁴ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. sh. 46-48

Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında, kişilerin vücutları üzerinde yapılabilecek tıbbi müdahalelerin, **komplikasyon** (istenmeyen durum) olasılığı nedeniyle kişinin yaşamını tehlikeye uğratması riski çok fazladır. Bu nedenle, ceza muhakemesi alanındaki muayene ve örnek alma işlemleri büyük ölçüde “kişinin yaşam hakkıyla da” doğrudan ilgilidir.

Vücudun muayenesi ve örnek almada –işkence olayları başta olmak üzere- tüm şiddet olaylarında vücut lezyonlarının tespit edilerek yorumlanması söz konusudur. İnsan hak ve özgürlükleriyle muayene ve örnek alma faaliyetlerinin kesiştiği en önemli noktalar; “ceza muhakemesinin öncesi, sırası ve infazı aşamalarında işkence ve fena muamelelerin²⁹⁵ söz konusu olduğu ceza muhakemesi işlemleridir”. Bu kesişme, işlemlerin hukuka uygunluğunun tartışılmasının yanısıra, bir insanlık suçu niteliğiyle işkence ve fena muamelenin belirlenip delillendirilebilmesi açısından da önemlidir.

4. İŞKENCE AÇISINDAN VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA- İSTANBUL PROTOKOLÜ

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin ceza muhakemesinde en çok önem kazandıkları konulardan biri işkence ve insanlık dışı muamele olaylarının tespitidir. Gerek ceza muhakemesi sırasında soruşturma veya kovuşturma makamları, gerekse diğer her türlü şekilde devlet görevlileri tarafından bireylere karşı yapılabilecek işkence ve fena muamele benzeri eylemlerin tespiti, tanımlanması ve ispatlanması çoğu kez vücut muayenesi ve örnek alma ile mümkün olabilmektedir. Bu konu pek çok insan hakları oluşumlarının ve sivil toplum örgütlerinin temel çalışma ve mücadele alanları mahiyetindedir.²⁹⁶

İşkence ve insanlık dışı fena muameleler bütün insan hakları belgelerinde,²⁹⁷ hiçbir olağanüstü şart veya mazeret kabul edilmeksizin, “istisnasız”, koşulsuz, yasaklanmasına (özüne dokunulamayacak haklardan sayılmasına) karşın işkence ve benzeri kötü muamele uygulamalarının, bütün dünyada yaygın olarak uygulandığı

²⁹⁵ Camille GIFFARD: “İşkencenin Rapor Edilmesi”, Çev; Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, 1. Baskı, Uşşak Matbaacılık, Mart-2001, sh. 67 vd.

²⁹⁶ GIFFARD: a.g.e.

²⁹⁷ AİHS md.15; Cenevre Sözleşmeleri ortak madde:3; AY md. 17/3, 5237 Sayılı TCK. md. 94–95. İşkencenin Önlenmesine Dair Avrupa Sözleşmesi 1. ve 2. protokoller, BM. İşkenceye Karşı Olan Sözleşme (1975), 03.12.1997 tarihli; “Başbakanlık Gözaltı, Sorgulama, İfade Alma Yönergesi”

bilinmektedir. Yasalarla uygulama arasındaki bu paradoks, kişileri işkence ve kötü muameleden korumak için, devletlerin etkin önlemleri tanımlayıp,²⁹⁸ uygulamaya koymaları gerektiğini açıkça göstermektedir.²⁹⁹ Bu amaçla, işkencenin soruşturulması ve belgelenmesi, işkence iddialarının araştırılması, izlenmesi gereken hukuki ve tıbbi prosedür konusunda yardımcı olması için BM. Bünyesinde çeşitli tıp mensupları ve sivil toplum örgütleri tarafından “**İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık dışı veya Aşağılayıcı Muamele veya Cezanın Etkili bir Şekilde Soruşturulması ve Belgelenmesi İçin El Kılavuzu – İstanbul Protokolü**” (*Manual on the Effective Investigation and Documentation of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment – The İstanbul Protocol*)³⁰⁰ hazırlanmıştır. Bu belge, kılavuzu hazırlama toplantılarının yoğunluklu olarak İstanbul’da yapılması ve Türk tıp ve insan hakları örgütlerince yoğunluklu olarak takip edilmesi nedeniyle “**İSTANBUL PROTOKOLÜ**” olarak anılmaktadır. Henüz resmi bir belge niteliğinde olmayıp "tavsiye niteliğinde" bir belge olduğundan, devletlere "mutlak yükümlülük" getirmemektedir.³⁰¹

İstanbul Protokolü vücut muayenesi ve örnek alma faaliyetinin icrası sırasında işkence ve fena muamelelerin saptanabilmesi amacıyla; konularında yetkin bireyler tarafından hiç vakit kaybetmeden etkin ve bağımsız araştırmaların yapılması, araştırmacı otoritenin yetkilendirilmesi, işkence kurbanı olduğu iddia edilenlerin ve araştırmacıların (soruşturmacıların) kendilerinin ve ailelerinin güvenliğinin sağlanması, işkence kurbanı olduğu iddia edilen kişiler ve onların yasal temsilcilerinin tüm duruşmaları izlemesinin ve ilgili bilgilere ulaşmasının

²⁹⁸ Şebnem Korur FİNCANCI: “İşkence Ve Hekim Sorumluluğu İstanbul Protokolü Kullanım İlkeleri” (çevrimiçi), [http://: www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

²⁹⁹ Halim YILMAZ: “İşkencenin Tespiti ve İstanbul Protokolü” Tebliğ, (*Mazlumder Hukuk Komitesi* 04.10.2002 tarihli toplantıda sunum), (çevrimiçi), www.tihd.gov.tr, 06.06.2005

³⁰⁰ Protokolün tam metni ve ekleri için Bkz. http://www.ttb.org.tr/istanbul_prot/ist_protokolu.html, www.hrft.org.tr , www.phruse.org

³⁰¹ “İstanbul Protokolü, dünyanın 15 ülkesinden (ABD, Almanya, Danimarka, Fransa, Filistin, Güney Afrika, Hindistan, Hollanda, İngiltere, İsrail, İsviçre, Sili, Kosta Rika, Sri Lanka ve Türkiye), 40 sivil toplum örgütü mensubu ile 75 hukukçu, felsefeci, hekim, sağlık çalışanı, psikolog, insan hakları savunucusunun 3.5 yıllık ortak çalışmasıyla hazırlanmıştır. Protokol hazırlanması çalışmalarına 1996 yılında başlamış, 5-7 Mart tarihlerinde 50 bilim adamının katılımı ile İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı’nda yapılan toplantılarda son şeklinin verilmiş, kılavuzun hazırlanmasında görev yapan çalışma grubunda, BM İşkence Raportörü Sir Nigel Rodley’in de aralarında bulunduğu çok sayıda BM danışmanı yer almıştır. İstanbul Protokolü’nün 9 Ağustos 1999 tarihinde BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği’ne (Mary Robinson’a) sunulduğu anda resmen BM Belgesi niteliği kazanmış, ayrıca, Rodley tarafından BM Genel Kurulu’na sunulan yıllık raporun içinde de yer almıştır. BM İnsan Hakları Komisyonu, 19 Nisan 2000 tarihinde İstanbul Protokolü ilkelerini kabul etmiş, 2001 yılı Eylül-Ekim aylarında BM Genel Kurulu’nda ele alınması gerekirken ABD’deki 11 Eylül olayı nedeni ile ileri bir tarihe ertelenmiştir.” AŞANER; a.g.e.

sağlanması, varolan soruşturma prosedürleri yetersiz olduğunda bağımsız soruşturma komisyonları tarafından tarafsız soruşturmanın yapılması, vakit geçirmeden, doğru ve halk diliyle gerçeğin bulgularını içeren ve uygulanabilir kanunlar temelinde devletlerin cevaplaması gereken raporların³⁰² hazırlanması, kişiye özel ve tıbbi uzmanın kontrolünde olan klinik değerlendirmelerin yüksek etik standartlarda olmasının sağlanması, tıbbi raporun tam manasıyla gizliliğinin sağlanması, en azından aşağıdakileri içeren hızlı ve doğru raporların hazırlanması, görüşme koşulları, başvurusunun anlattığı öykünün detaylı kaydı, klinik muayenedeki tüm fiziki ve psikolojik bulguların kaydı, saptanan fiziki ve psikolojik bulguların olası işkence ve kötü muamele ile meydana gelme olasılığı hakkında yorum, muayeneyi yapanların kimlik bilgilerinin bulunması şartlarını getirmektedir.³⁰³ Ayrıca raporda; olgu bilgisi, mahkemedeki şahitlik için klinisyenin mesleki özellikleri/vasıfları, mahkemedeki şahitlik için kanaatin doğruluğu hakkında beyan, arka plan bilgisi, işkence ve kötü muamele iddiaları, fiziki semptom ve kısıtlılıklar, fizik muayene, psikolojik öykü ve muayene, fotoğraflar, tanısal testlerin sonuçları, konsültasyonlar, bulguların yorumu, fiziki ve psikolojik deliller, nihai yorum ve öneriler, gerçeklik konusunda beyan, tıbbi inceleme ve değerlendirmenin kısıtlılıkları konusunda beyan, hekimin imzası, tarih, yer hususlarının bulunması gerektiğini belirtmektedir.

Protokolde hazırlık soruşturmalarında olması gerekenler sıralanmakta, muayene ve otopsi işlemleri ve bu işlemler sırasında tarafların vekillerinin de hazır bulunması gerektiği belirtilmekte ve soruşturma makamları ve tarafları işkence sanıklarına karşı korunmaları gerektiği belirtilmektedir. Protokolün tamamı incelendiğinde tamamen bireye yönelik olduğu ve kamu düzeni ve soruşturmanın gereklerini tamamen ikinci plana aldığı görülmektedir. Protokolün pek çok hükmünde, muayeneyi yapan doktora doğrudan soruşturma makamlarına karşı da tam bağımsız şekilde davranarak tamamen hastanın iyiliğini düşünme önerileri getirilmektedir.

Kanaatimizce: Belge taslağının II. ve III. Bölümlerinde muayenenin yapılması ve sonrasında elde edilen bulguların değerlendirilmesi ve kullanılması, gizliliği konularında tamamen hasta ve muayeneyi yapan doktoru arasında gelişecek

³⁰² Aynı konuda Bkz.; POLAT: “İnsan Hakları”

³⁰³ Metin BAKKALCI; http://www.ttb.org.tr/istanbul_prot/ist_protokolu.html , 18.05.2006, (çevrimiçi)

ilişkiler öne çıkarılmakta ve gerektiğinde bulguların ve muayene sonuçlarının resmi mercilere verilemeyebileceğine ilişkin hükümler bulunmaktadır. Ayrıca “silahlı çatışma hali” durumları tabiri kullanılarak, bu dönemlerde hasta doktor ilişkilerinin özel önem taşıdığı doktorların bu dönemdeki hasta veya yaralı kişileri ihbar etmemeleri gerektiği belirtilmektedir. Silahlı çatışma hali ile ne kastedildiği açık değildir. Taslak belgedeki bu metinlerin hangi düşünceyle kaleme alındığı bizce tam anlaşılammıştır. İşkence ve insanlık dışı muamelelerle hukuki mücadelenin tüm muhakeme unsurlarının bir bütün halinde çalışması ile mümkün olabildiği açıktır. Metnin kaleme alınış şeklinin, bu bütünlüğü bozacak ve devleti ve işkenceyle mücadele etme görevi olan soruşturma mercilerini de zanlı gibi gören bir anlayışla oluşturulduğu düşüncesini doğurmaktadır. Silahlı çatışma halinin tanımı yapılmayıp bu hallerde doğrudan sivil itaatsizliğe vurgu yapılması da işkenceyle mücadele anlamıyla bağdaşır değildir. Taslak metnin yukarıda bahsettiğimiz kamu düzenini ve toplumsal hukukun ve ceza muhakemesinin tüm gereklerini yok sayan hükümleri, içinde barındırdığı işkence ile mücadele konusundaki pek çok güzel konuyu gölgelemektedir. Bu haliyle, devletlerin imza koyarak, yükümlülük alabilecekleri bir protokol taslağı ve işkence ve kötü muameleyle mücadele konusunda bir kaynak metin ve başvuru klavuzu olma niteliğinden uzaktır.

C. TIBBİ DEONTOLOJİ KURALLARI VE ETİK İLKELER

Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde, insan hak ve özgürlükleri ile ceza muhakemesinin mecburiyet içeren ana ilkelerine uygun davranılması kadar, aynı önem ve öncelikle, “tıbbi deontoloji kurallarına ve tıp etiği ilkelerine” uygun davranılması da zorunludur. Sağlık Bakanlığının “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki Genelgesi” 3.1.2. maddesinde “bu işlemler sırasında tıbbi deontoloji kurallarına titizlikle uyulması” emredilmektedir. Aynı şekilde, “Tıbbi Deontoloji Tüzüğü” 2. maddesinde “tabip ve dış tabiplerinin başta gelen vazifesinin insan sağlığına, hayatına, hayatına ve şahsiyetine ihtimam ve hürmet göstermektir, ...tabip vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket edecektir...” demek suretiyle, esas alınacak temel ilkeler gösterilmiştir. Aynı şekilde “BM Savcılarının Rolüne Kılavuzluk Eden Kurallar”ın³⁰⁴ 15. maddesinde; “Savcılar hukuken yetkili oldukları veya ulusal hukuk geleneğine uygun olduğu durumlarda, yetkinin kötüye kullanımında, ağır insan hakları ihlalleri ve uluslararası hukukun tanıdığı diğer suçların soruşturulması için gereken özeni göstermelidir” denmektedir.³⁰⁵

Tıp etiği; “*Tıp etkinliği sırasında hasta hekim ilişkisinde ortaya çıkan ahlaki değer sorunlarını inceleyen ve değerlendiren bir disiplin*”, bir diğer şekilde ise; “*tıpta çalışanların seçim yapmak zorunda kaldığı durumlarda tutum ve davranışlarını belirleyecek ilkeleri irdeleyecek bilim dalı*”³⁰⁶ olarak tanımlanmaktadır.³⁰⁷ Tıbbi deontoloji ve etik ilkeler tıbbın başladığı günden buyana örf ve adet hukukunda ve yazılı metinlerde tanımlanmış, insan haklarındaki gelişmelerle paralel şekilde kurumsallaşmıştır. Tıp etiği ilkeleri; tıp etkinliği konusundaki süreç üzerinde oluşan “*consensus*” ’u ifade etmektedir. Hipokrat’tan bu yana, “hekimlik andı” olarak mesleğe yeni başlayanlardan sonuna gelmiş olanlarına kadar tüm hekimlerin vicdanı

³⁰⁴ 27.08.-07.09-1990 tarihleri arasında Küba Havana’da BM 8. “Suçun Önlenmesi ve Suçluların Tedavisi Kongresi” nde kabul edilmiştir.

³⁰⁵ “İstanbul Protokolü- İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Kılavuzu”, TİHV, yayınları, 2. Baskı, Mart 2003, Ankarash. 11, No: 48

³⁰⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 421

³⁰⁷ “...olanaklı olanla-izin verilen arasındaki belirleyen sınırı çizer..”; Nüket Ö. BÜKEN; “Uluslararası Sağlık Bakışıyla Hekimi Uluslararası Bildirilere Karşı Sorumluluğu” HÜTF Deontoloji –Tıp Etiği ve tarihi AD. tarafından düzenlenen 23.Aralık.2005 tarihli HÜSEM etkinliği Sunum, Yayınlanmamıştır.

bildirgesi niteliğindeki “**Hipokrat**³⁰⁸ **Yemini**”³⁰⁹ “*hekimin hayatını insanlık yoluna adayacağına söz vermesiyle*” başlamaktadır.³¹⁰

Ceza muhakemesini ilgilendiren vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde, hekim ve yardımcıları, muayene edilenin yararlarını ve temel haklarını gözetmek şeklindeki asıl görevlerinin yanısıra, soruşturma makamlarına ve dolayısıyla topluma karşı adaletin tecellisinin sağlanmasına yardım etmek ve insan hakları ihlallerini engellemek gibi birbirleriyle çelişen sorumluluklar altındadır.³¹¹ Güçlük; olayların etik özelliklerinin sistematik analiz ve karşılaştırmasının olaya özgü ve nesnel olması gerekliliğinden kaynaklanmaktadır.³¹² Tıbbi ilkelerle soruşturmanın zorunlulukları arasında bir yol bulunmalıdır.³¹³

1. TIP ETİĞİ İLE İLGİLİ KURUMLAR VE YAZILI METİNLER

a) GENEL OLARAK TARİHSEL SÜREÇTE OLUŞTURULAN METİNLER;

Tıbbi etik ilkeleri, tarihsel süreç içerisinde hekimlerin uygulamaları, hekim birliklerinin meslek etik kurallarına ilişkin önderlik ve belirleyicilikleri ile yerleşmiş,

³⁰⁸ “*Hipokrat; İstanköy adasında M.Ö. 460 yılında doğmuş, 100 yaşına kadar yaşamıştır. Tarih onun kişiliğini;*”*bilgin, iyi, gözlemci, hastalarına karşı merhametli, sabırlı, bildiklerini denemelerinin sonuçlarını başkalarına öğretmeye istekli, ağırbaşlı, ihtiraslarına hakim, vicdanı temiz” olarak tespit etmiştir. Bugün genç doktorlara ettirilen yemin onun bu kişiliğinden alınmıştır.*”, (AŞÇIOĞLU; “Tıbbi Yardım Sorumluluk”, sh. 3 Dn. 6)

³⁰⁹ Hekimlik Andı; *Hekimlik mesleği üyeleri arasına katıldığım şu anda, hayatımı insanlık yoluna adayacağımı açıkça bildiriyor ve söz veriyorum. Hocalarıma sevgi ve saygımı her zaman koruyacağıma, sanatımı vicdanımın buyrukları doğrultusunda dikkat ve özenle yerine getireceğime, hasta ve toplumun sağlığını baş görev sayacağıma, benden hizmet bekleyen kimselerin sırlarına saygılı olacağıma ve onları saklayacağıma, hekimlik mesleğinin onurunu ve temiz töresini sürdüreceğime, din, milliyet ırk, siyasi eğilim ya da toplumsal sınıf ayrımlarının görevimle hastam arasına girmesine izin vermeyeceğime, insan hayatına kesinlikle saygı göstereceğime, baskı altında kalsam bile tıp bilgilerimi insanlık değer ve yasalarına karşı kullanmayacağıma, açıkça, özgürce ve namusum üzerine and içerim.*

³¹⁰ “*Hekimin görevi; ana rahmine düştüğü andan itibaren insan sağlığına özen göstermektedir.*”; Ö. ŞAYLIGİL; “Ceza hukuku Açısı Hekim Sorumluluğu”,**Anadolu Tıp Dergisi**, 10/1,1988, sh. 333-338, “*Hekim uygulamalarını, yaşama, insan onuruna ve özerkliğe saygı etker*”: Çetin KALAÇA: “Tıbbi Girişimin Reddi, Hastanın Karar Verme Yetersizliği ve Psikiyatristlerin İlgili Tıbbi Etik ve Hukusal Bilgiye Sahip Olma Açısından Kendilerini Tanımladıkları Konum” **Türkiye Klinikleri Dergisi Tıbbi Etik**, 4. Cilt 2. Sayı 1996 sh. 55-60

³¹¹ Aynı görüş; İstanbul Protokolü md. 65

³¹² Marpet; P. PRIMEAUX ; “Using Decision Science To Gain Insight Into Ethical Issues; an Example Involving Threshold In Workers Compensation”, **J. Forensic Science**, 46/4, 2001, 969–977

³¹³ Berna AYDIN: “Beden Muayenesi ve Örnek Alma”, 4. Adli Bilimler Sempozyumu Bildirisi, 20.05.2005 Elazığ (Yayınlanmamıştır)

XX. yy.’ ın başlarından itibaren ulusal ve uluslararası metinlerde kural ve yaptırımlara bağlanmıştır.

Sağlıkla ilgili olarak; Dünya Sağlık Örgütü (*The World Health Organization-WHO*), BM Eğitim, Bilim ve Kültür Teşkilatı (*United Nations Educational Scientific and Cultural Organization-UNESCO*), Dünya Hekimler Birliği (*World Medical Association-WMA*), BM Çocuklara Yardım Fonu (*United Nations Children’s Fund-UNICEF*) ve Sınır Tanımayan Hekimler (*Medicines Sans Frontiers/Doctors Without Borders (MSF-DWB)*) gibi uluslararası örgütler ile ulusal örgütler olan Tabip Odaları, meslek dernekleri ve toplulukları tıp etiği konularında, yoğun şekilde fikir oluşturmakta, bu kuruluşların çalışmalarında yoğunlaşan fikirler 1948 yılından itibaren uluslar arası ve dolayısıyla ulusal belgelere yansımaktadır.

Bu belgelerden ilki; **BM Dünya Tıp Örgütü** tarafından 1948 yılında çıkarılan **“Cenova Deklarasyonu-Cenevre Bildirgesi”**dir. Bu bildirgeyle Hipokrat yemini yeniden düzenlenerek, yeni **“mesleki bağlılık yemini”** kabul edilmiştir. **1949 yılında “BM Hekimlik Ahlakı Uluslararası Yasası”** çıkarılmış, BM Dünya Tıp Birliğinin 18. genel kurulunda, 1975 tarihli **“İnsan Denekleri Üzerindeki Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler Helsinki Bildirgesi”**’yle; **“hekimin ödevinin, insan sağlığını korumak ve geliştirmek olduğu, hekimin bilgi ve vicdanının bu görevin yerine getirilmesine adandığı”** belirtilmiş ve bu genelgeyle insan denekler üzerindeki tıbbi araştırmalarda uyulması gereken ilkeler sayılarak, “insandan elde edilip kime ait olduğu belli olan materyal veya verilerinde bu sözleşme kapsamında olduğu belirtilmiştir.³¹⁴ Eylül-1978 tarihli **“Alma-Ata Bildirisi (Sağlık Hizmetleri Uluslararası Konferansı 12-Eylül-1978)”** dünyadaki sağlık hizmetlerine, 1981 tarihli **“Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi”**, 28/30.Mart.1994 tarihli **“Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi’ne Dair Amsterdam Bildirgesi”**, Lizbon bildirgesinin gözden geçirilmiş şekli olan Eylül-1995 tarihli **“Bali Bildirgesi”** ve **“Sağlık Reformlarına Dair Ljubljana Bildirgesi”** hasta haklarının belirlenmesi ve tanınmasına ilişkindir. **“Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)- Temel Doküman- Roma Kasım 2002”**’de Avrupa’da hasta haklarıyla ilgili temel belge niteliğindedir. 1975 tarihli **“Tutuklu ve**

³¹⁴ Fransız Deontoloji Tüzüğü md. 2; **“hekim her türlü şartlar altında, ahlak prensipleri, dürüstlük ve bağlılığa riayet etmelidir. Bunlar hekimliğin icrasında vazgeçilmez prensiplerdir”**.

Hapis Sırasında İşkence ve Öteki Zalimane İnsanlık Dışı Ya da Aşağılanmış İşlemler ve Ceza Gibi Fiillere İlişkin Tokyo Bildirgesi", 1991 tarihli açlık grevleri karşısında hekimin görevlerini düzenleyen "**Malta Bildirgesi**" ve 1992 tarihli "**Tıpta Yanlış Uygulamalara İlişkin Marbella Bildirisi**" uluslararası yazılı metinler arasında sayılmaktadır.

Uluslararası belgelerin yanısıra ulusal düzeyde de tıp etiğiyle ilgili olarak, Türk Tabipler Birliği mesleki etik kurallarını belirlemiş ve yayınlamıştır.³¹⁵

b) BİYOTIP SÖZLEŞMESİ;

Biyotip Sözleşmesi;³¹⁶ "tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyarak, biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkese, vücut bütünlüklerine ve diğer hak ve temel hürriyetlerine saygı gösterilmesini güvence altına alınması" amacıyla imzalanmıştır. (md. 1) Sözleşme insan menfaatlerinin ve refahının bilim ve toplumun saf menfaatlerinin üzerinde olduğunu belirtmektedir.(md. 2)

Sözleşme, sağlık alanındaki herhangi bir müdahaleyi, "ilgili kişinin buna özgürce ve bilgilendirilmiş olarak onay vermesi" şartına bağlamış, "kişinin her zaman onamını geri alabileceğini, müdahale öncesi kişinin müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları hakkında bilgilendirilmesi (uygun bilgiler verilmesi) gerektiğini" bildirmiştir.(md.5) Sözleşme, diğerlerinde olduğu gibi, "yasal temsilcinin onam vermesi ve geri alması haklarını da" düzenlemektedir. Burada asıl olan; "kişinin menfaati" kriteridir.(md. 6)

Sözleşmede, "kimseye genetik kalıtımından ayrımcılık (md.11) yapılamayacağı", "genetik testlerin, sadece sağlık amacıyla yapılabileceği (md.12)" ve "insan genomuna müdahale işleminin sadece koruyucu, teşhis ve tedavi edici gayelerle ve sadece, herhangi bir altsoyun genomunda değişiklik yapılması amacını gütmemesi halinde yapılabileceği" (md.13) düzenlenmektedir.

³¹⁵ Bir kısım toplu metinler için Bkz.; Ata SOYER; Evren BALTA: "**Hekimlik, Tıbbi Etik ve İnsan Hakları- Uluslar arası ve Ulusal Belgeler**", Türk Tabipler Birliği Yayını, Eylül 1996

³¹⁶ *European Treaty Series-No 164, Oviedo, (Asturias)*; Türkiye tarafından 04.4.1997 tarihinde imzalanmış, 3.12.2003 tarihli "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi; İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair 5013 SY. İle Onaylanmıştır. (RG 09.12.2003 tarih, 25311 Sayı)Türkiye Sözleşmenin 20. maddesine çekince koymuştur.

c) GEN HAKLARI BİLDİRGESİ (1997-UNESCO)³¹⁷

Gelişen gen teknolojisinin de etkisiyle, genetik bilgilerin, oldukça kapsamlı olan tıbbi bilginin bir bölümünü oluşturduğu ve insan genetik verilerinin toplanması, işlenmesi, kullanımı ve saklanması insan haklarının gözetilmesi ve uygulanması, temel özgürlükler ve insan onurunun saygınlığının korunması bakımından risk oluşturduğu düşüncesiyle hazırlanan bildirge, **“bireyin refahının, çıkarlarının, toplumun çıkarlarının önünde gelmesine”** işaret etmektedir. Bu alanda “İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin” ilkelerini tekrar etmektedir. Bildirge **“insan genetik verilerinin, insan proteomik verilerin ve biyolojik numunelerinin** her türlü kullanımında uluslararası insan hakları hukukuyla tutarlı olmasını, **ceza gerektiren suçların araştırma, keşif dava süreçleri ile uluslararası insan haklarına uygun şekilde yürütülen iç kanuna tabi ebeveynlik testlerinin bu bildirge kararları kapsamında olmadıklarını”** söylemektedir. (md. 1/3)

Bildirge genetik çalışmalarla ilgili tüm alanları düzenlemekte ve aydınlatılmış rıza olmaksızın gen bilgilerinin toplanamayacağını, saklanamayacağını, kullanılamayacağını, rızanın her zaman geri alınmasının mümkün olduğunu (md.8 ve 9) mahremiyet ve gizliliğe devletin ve ilgili personelin azami dikkati göstermesi gerektiğini (md. 14) belirtmektedir. Henüz bu bildirge iç hukukumuzda hukuki bir yaptırıma sahip değildir, ancak genel ilkeleri gösterdiği için iç hukukta uygun düzenlemeler yapılması konusunda etkilidir.

2. ANA TIP ETİĞİ İLKELERİ

Yerleşmiş öğretiyeye göre beş ana ilkeden bahsedilmektedir. Amerika Hastane Birliği Hasta Hakları Beyannamesinde sayıldığı şekliyle bunları;

- * “Hastana zarar verme! (*Primum non nocere*)”
- * “Hastana yararlı ol! (*Primum nihil nocere*)”
- * “Yapılacak her tıbbi işlem için hastanı aydınlat ve rızasını (onamını) al”!
- * “Hastanın sırrını sakla!”
- * “Adil ol!”

olarak sıralanabilir.

³¹⁷ UNESCO Konferansının 16.10.2003 tarihli 32. oturumunda oy birliği ile kabul edilmiştir.

a) HASTANA ZARAR VERME (Primum Non Nocere)

Cenevre Bildirisi “hastanın sağlığı benim ilk önceliğimdir.” sözüyle başlamakta ve “hastanın fiziksel ve mental koşullarını zayıflatabilecek etkilere sahip tıbbi hizmetleri verirken, hekimin yalnızca hastanın menfaatine göre davranması gerektiği” diğer bir değişle hastasına zarar vermemesini düzenlemektedir. Hiçbir şekilde bir hekimin hastasına bilerek veya öngörerek zarar vermesi kabul edilmez bir ilke olarak karşımıza çıkmaktadır.

b) HASTANA YARARLI OL (Primum Nihil Nocere)

Zarar vermemek kadar, yararlı olmak da tıp etiğinin olmazsa olmaz ana kurallarından biridir. Hekim bütün işlemlerinde önceliği hastasının yararına vermek zorundadır.

Lizbon Bildirgesi; “hekim pratik etik ve yasal tüm zorlukların bilincinde olarak her koşulda vicdanının sesini dinleyerek hasta için en iyi olanı yapmalıdır. Yasalar veya hükümet uygulamalarının hastaların bu haklarına uygun olmadığı durumlardan hekimler uygun yollarla bu uygulamaları düzeltmeye veya ortadan kaldırmaya çalışmalıdırlar” şeklinde başlamaktadır.

c) YAPILACAK HER TIBBİ İŞLEM İÇİN HASTANI AYDINLAT VE RIZASINI (ONAMINI) AL!

Ceza Muhakemesi Hukukunda da önemi olan, muayene ve müdahale öncesi ve sırasında muayene edilenin onamını alma konusunu önemi nedeniyle birkaç bildirmede ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir.³¹⁸ **Lizbon** bildirgesi; “hastanın yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme (kendi kaderini tayin) hakkı olduğu, hasta yasal ehliyeti bulunmayan veya bilinci kapalı ise kanuni temsilcisinin karar verebileceğini (3.md), bu haldeki hastalarda bile eğer rasyonel karar verebiliyorlarsa görüşlerinin dikkate alınmasını (bu durumda temsilcisine haber verilmesini reddetme hakkı olduğunu md. 5-b), ret hasta yararına değilse hakimden karar istenebileceğini (5-b), hangi hallerde hastanın yararına olarak

³¹⁸ Fransız Deontoloji Tüzüğü md. 35–36

isteğine karşı müdahale yapılabileceğini (md.6)” düzenlemektedir. **Amsterdam Bildirisi**; bilgilendirme ve onam almanın herhangi bir tıbbi girişimin önkoşulu olduğunu (md. 2) hastanın tıbbi girişimi ret veya durdurma hakkı olduğunu, ancak red veya durdurma hallerinde çıkacak sorunların hastaya anlatılması gerektiğini” belirtmiş, aynı hükümlere yer veren **Bali Bildirisi 3.**, **Biyotıp Sözleşmesi 5 ve 6.** maddelerinde; “herkesin kendi kaderini belirleme hakkı olduğunu, hekimin kararın sonuçları hakkında bilgilendirme yapma zorunluluğu olduğunu, yasal ehliyete sahip olmayanların veya çocukların yasal temsilcilerinin onayının alınması gerektiği, bu halde de hastanın karar sürecine katılması, rasyonel olarak karar alacak durumda ise kararına saygı duyulması gerektiğini” belirtmişlerdir.

Burada bilinmesi gereken temel nokta; “bilgilendirmenin hastanın anlama ve algılama seviyesiyle uygun bir şekilde, tüm sonuçları da belirterek, yanlış yönlendirmelere sapılmadan, herhangi bir ticari kaygı taşımaksızın, tamamen tıp bilimiyle bağlantılı şekilde yapılması ve alınan onamın açık ve net olması, bu sırada müdahale edilecek kişinin herhangi bir baskı altında bulunmaması gerektiğidir.”

d) HASTANIN SIRRINI SAKLA³¹⁹

Hasta ile hekim arasındaki ilişkide en önemli ilkelerden biri de; “ilişkinin mahremiyetidir”. Tedavi ve teşhis amaçlı muayenelerde hasta özel hayatı kapsamında olan ve sır mahiyetindeki pek çok özel konusunu hekime açmaktadır. Hekimin bu verilen bilgiler ve sırları saklama zorunluluğu vardır. Yargıç tarafından muayeneye memur edilmiş olan hekime muayene olan kimsenin, bu sırada tevdi eylediği sır buraya dâhil değildir.³²⁰

Ceza muhakemesi kapsamında bir muayene sırasında da hastanın onayı alınırken; “verilerin nasıl kullanılacağı, saklanacağı kimlerin bunlara ulaşabileceği” konularında bilgilendirme yapılması gerektiği iddia edilmektedir.³²¹ Ancak bu tür

³¹⁹ **Fransız Deontoloji Tüzüğü md. 4:** “Hastaların menfaatleri icabı, vaz edilmiş olan mesleki sır, kanunlar çerçevesinde, her hekim için mecburi tutulmuştur. Bu sır hekimi hekimlik sırasında, edindiği bilgi bütün bilgileri kapsamaktadır. Yalnız kendisine aktarılan bilgiler değil; aynı zamanda görmüş olduğu hususlar içinde geçerlidir.”

³²⁰ Baha KANTAR: “**Ceza Muhakemeleri Usulü- I. Kitap**”, 3. Baskı, Ankara Güney Matbaacılık, 1950, sh. 100; (ATK. Dude M. 53, No. 15’ dan naklen)

³²¹ POLAT: “İnsan Hakları”, sh. 5

muayenelerin hastanın onamına bağlı olmadığı hallerinde, bilgilendirmenin yeterliliği sorununun tartışılmayacağı açıktır.

e) ADİL³²² OL!

“Hekimin hastasıyla ilişkilerinde adil olması” ana tıp etiği ilkelerinden biri olarak kabul edilmiştir. **Fransız Deontoloji Tüzüğü** 5. maddesinde; “*hekim kendi mesleki bağımsızlığını hiçbir şekilde bozamaz*”, 7. maddesinde ise; “*hastaların, orijini, adetleri, ailevi durumları, etnik ve dini bağları, eksikleri ve sağlık durumları, hatta hekime karşı olan duyguları ne olursa olsun hekimin onları dikkatle dinleyerek, tavsiyelerde bulunması ve tedavilerini yapması gerekmektedir. Her türlü şartlar altında, onlara yardımcı olmalıdır. Muayene etmiş olduğu şahsa karşı, doğru davranıştan asla uzaklaşmamalıdır*” demek suretiyle “hekimin her şart ve koşulda hastasına adil davranması gerektiğini” belirtmektedir.

Adil olmak ilkesinin, diğerleriyle içiçe bir nitelikte olmasına karşın, hekimi, hastanın yararına giden yolda, gerek diğer bireyler ve gerekse egemen iradeyi elinde bulunduran güce karşı adil davranmaya yönlendirmesi açısından, ayrı bir şekilde değerlendirilmesinin olumlu olacağı kanaatindeyiz.

3. HASTA HAKLARI

Hasta hakları başlığı altında adı geçen ilke ve kurallar hekimlik meslek ilkelerinden başka bir şey değildir. Hak kavramı, hekimle hasta arasındaki buyurgan (*paternalistik*) ilişkiden kaynaklanmaktadır. Hasta hakları kavramı çağdaş dünyanın yükselen değerleridir.³²³

Hasta haklarını düzenleyen uluslararası belgelerin de etkisiyle, tarihsel süreç içerisinde, “**hasta hakları öğretisi**” gelişmiştir.³²⁴ Lizbon, Amsterdam, Alma Ata ve Bali bildirgeleri hasta haklarıyla ilgili ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Aynı

³²² “*Adil; hasenatı seyyiatına galip kimse*” Mecelle; (Nurullah KUNTER’in mesleğine veda ederken 1981 ders yılı başında İ.Ü. Hukuk Fakültesinde verdiği son dersinden) “**CEZA HUKUKU EL KİTABI**”, Derleme, Birinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, Eylül, 1989, sh. 365

³²³ Tefik ÖZLÜ; adlibilimler@yahoo.com yazışması, <http://mail.google.com/mail/?ik=81d48ee7f8&view=pt&th=107670dc9535a096&se> (çevrimiçi), 07.11.2005

³²⁴ Hasta haklarının gelişimi hakkında Bkz; “Hasta Hakları Konusunda Avrupa’daki Gelişmeler”: (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/haklar/06.htm> , 03.05.2005

şekilde “Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşme Temel Doküman-Kasım 2002)” hasta haklarına ilişkin hükümler getirmiştir. Bu anlaşmada vatandaş değil birey kavramı öne çıkarılarak, hastalara ait 14 hak düzenlenmiştir.³²⁵ Temel Haklar Sözleşmesinin 12. Bölümünün 1. maddesi; “Sağlık Alanında Politika Oluşumuna Katılım Hakkı”³²⁶ nı düzenlemektedir. “Fransa Tıbbi Deontoloji Tüzüğü”³²⁶ 32–55 maddeleri hekimlerin hastalara karşı görevlerini düzenlemektedir. Aynı şekilde TC. Sağlık Bakanlığı 1998 tarihinde Hasta Hakları Yönetmeliğini çıkarmıştır. Aynı yönetmeliğin 26.04.2005 günü Hasta Hakları Uygulama Yönergesi yürürlüğe girmiştir.

Tüm bu belgeleri bir bütün halinde değerlendirmemiz sonrasında Amsterdam³²⁷ bildirgesindeki düzenlemeye bağlı kalarak, hasta haklarını altı ana başlık altında saymamız mümkündür.³²⁸

- i. Sağlık bakımında (hizmetlerinde) insan hakları ve değerleri³²⁹
- ii. Bilgilendirme hakkı³³⁰
- iii. Onam verme hakkı (yapılan tedaviye onay verip-vermeme hakkı)
- iv. Mahremiyetine ve özel yaşamına saygı hakkı³³¹
- v. Bakım ve tedavide azami seviyeyi talep ve doktorunu serbestçe seçme³³² hakkı
- vi. Hatalı işlemlerle ilgili olarak yetkili mercilere başvuru ve şikayet hakkı.

Tüm ulusal ve uluslararası hukuk kuralları ve metinlerde hasta haklarının uygulamasında, hastaların ancak insan hakları belgeleri ile uyumlu sınırlılıkların ve yasa ile belirlenen prosedürlerin hükmü altında oldukları kabul edilmektedir.³³³

³²⁵ Bu haklar; -koruyucu tedbirlerin alınması hakkı, -yararlanma hakkı, -bilgi hakkı, -rıza (onay) hakkı, -özgür seçim hakkı, -özel ve gizlilik hakkı, -hastaların vaktine saygı, -kalite standartları hakkı, -güvenlik, -yenilik hakkı, -gereksiz ağrı/acı ve sıkıntıdan sakınma hakkı, -kişisel tedavi hakkı, -şikayet hakkı, -tazminat hakkı olarak sayılmıştır. (YN)

³²⁶ 06.09.1995 tarihli, 95–1000 no’lu Yasa

³²⁷ Amsterdam–28-30.03.1994 tarihli “Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi”.

³²⁸ Nüket Ö. BÜKEN; “Uluslararası Sağlık Bakışıyla Hekimi Uluslararası Bildirilere Karşı Sorumluluğu” HÜTF Deontoloji –Tıp Etiği ve tarihi AD. tarafından düzenlenen 23.Aralık.2005 tarihli HÜSEM etkinliği Sunum, (Yayınlanmamıştır.)

³²⁹ Fiziksel ve mental bütünlük, ahlaki ve kültürel değerler buna dahildir.(YN)

³³⁰ Bilgi hastanın anlama kapasitesine uygun bir yolla ve yabancı tabirler en az kullanılarak iletilmeli. Hasta ortak dil kullanmıyorsa çevirmen kullanılmalı (Amsterdam Bildirgesi md. 2.4) Bilgi hasta için zararlıysa kısıtlanabilir (Amsterdam Bildirgesi md. 2.3)

³³¹ Tıbbi müdahale ancak özel hayata saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir.(Amsterdam Bildirgesi md. 4.7) Mahremiyet ölüm halinde bile devam ettirilmelidir. (Amsterdam Bildirgesi md. 4.1), Hastaya ait bilgiler ancak hastanın açık izni veya mahkemenin kesin kararı üzerine açıklanabilir.(Amsterdam Bildirgesi md. 4.2)

³³² 1981 tarihli Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi

³³³ Psikoloji hastalarının hakları konusunda Bkz. M.Tanıl BAŞKAN; Y. Tunç DEMİRCAN.: “Psikiyatride Hasta Hakları” (Çevrimiçi) <http://www.hayad.org.tr/haklar/02.htm>, 22.06.2005

C. TIBBİ YÖNÜYLE MUAYENE VE ÖRNEK ALMA

1. MUAYENE

a) GENEL OLARAK

Bir muayenenin değeri; o muayenenin sıhhati
(*precision*) ile ilgilidir.
KUNTER³³⁴

“Muayene” kavramının hukuk ve tıp bilimlerinde kabul gören anlamlarını tespit önemlidir. Ceza muhakemesinin muayene kavramından ne anladığı bu işleme bağladığı sonuçları da belirlemektedir. Muayene kavramının etimolojik anlamının yanı sıra hem muhakeme hukuku, hem de tıp bilimi açısından ayrı-ayrı kabul gören tanımları belirleyerek bu kavramın altını doldurmak gerekmektedir.

Etimolojik açıdan tıbbi ve genel anlamıyla: Muayene; “Bir kimsenin sağlık durumunu saptamak üzere hekimin yaptığı klinik ve laboratuvar araştırmalarının tümü, genel sağlık muayenesinden geçirilmek³³⁵ veya bir kimsenin sağlık durumunu değerlendirmek için onu klinik ve teknik testlerden geçirmek, araştırmak incelemek, kontrol etmek veya gözle bakıp tahkik ve tetkik etmek veya hasta olup-olmadığını anlamak için bakmak,³³⁶ bir kimsenin hastalığının ne olduğunu araştırmak, gözden geçirme araştırma, yoklama, kontrol,³³⁷ hekime bakılmak³³⁸ veya tanı amacıyla değişik yöntemler kullanılarak yapılan inceleme ya da gözlem³³⁹” gibi (birbirine yakın ve birbirini tamamlayan) pek çok şekilde tanımlanmaktadır.³⁴⁰

01.06.2005 tarihli Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinde ise;

³³⁴ Nurullah KUNTER: “Suçluların Muayenesi Mevzuunu Tetkik Eden Avrupa Semineri”, **İÜHFİM**, 1952, 1-2, sh. 90

³³⁵ **BÜYÜK LAROUSSE**, Gelişim Yayınları, 1986 C. 14, sh. 8340

³³⁶ M.BAHATTİN TOVEN; “**Yeni Türkçe Lügat**”, Hazırlayan Abdülkadir Hayber, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara-2004,sh. 399

³³⁷ “**TÜRKÇE SÖZLÜK**”, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005,sh. 1412

³³⁸ “**TÜRKÇE SÖZLÜK**”, a.g.e.sh. 1412

³³⁹ İ. Dökmeci, A.H. Dökmeci. ; Büyük Tıp Sözlüğü

³⁴⁰ “*Bedensel muayene; Saatin kişisel isteğinden bağımsız olarak bedenin objektif durumudur. (Örneğin çizik nedeniyle oluşan yaralanmalar veya suç izleri) veya bedenin bazı bölümleri, doğal beden açıklıklarında yabancı maddelerin bulunması, suçlunun fiziki durumu, beyinin çalışma şekli , bedene bağlı fiziksel fonksiyonlar, algılama, bedene müdahale olmadan bunların teyit edilmesi, (bedenin –keşif konusu-gözle inceleme nesnesi haline getirilmesi)”* “**WILHELM, Jens Philip: “Strafprozeßrecht Vorlesung (insbesondere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen)**” - Teil 2, Herbst, 2001, sh.2

“*Bedenin tıbbî muayenesi: hekim tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler*” şeklinde tanımlanmıştır.

Görüldüğü gibi, bu tanımlamalarda, muayene faaliyeti bir bütün halinde değerlendirilmekte, tedavi, tespit ve teşhis amacına yönelik muayenenin bütün özellikleri bir arada sayılmaktadır. Dikkat edileceği üzere, bu tanımlarda müdahale nitelikli işlemler muayene kapsamında sayılmamaktadır.

Oysaki Ceza Muhakemesi Hukuku anlamında muayene bu tanımlardan farklılık arz etmektedir. Adli amaçlı muayeneler, tedavi veya teşhis amaçlı muayenelere göre farklılıklar gösterebilmektedir. Bu da en çok “amaç” unsurundaki farklılıklardan doğmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukuku açısından konu tüm detaylarıyla ileride ele alınacaksa da; bu aşamada Ceza Muhakemesi Hukuku açısından da muayene kavramından ne anlaşıldığından kısaca bahsetmekte yarar görülmektedir.

Muayeneyi; **CENTEL**; “Ceza muhakemesi açısından önemli bulunan olguları saptayabilmek amacıyla, yaşayan insan vücudunun incelenmesi veya vücuda müdahale edilmesi,³⁴¹ **ERMAN**; vücutta arama yapılmasından farklı olup, şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistemik bir şekilde araştırılması,³⁴² **ÖZBEK**; “kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut ta vücut sıvılarında tıbbi yöntem ve araçlarla özelliklerin incelenerek delil aranması”,³⁴³ **KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU**; ise; “şüphe sebebi veya delil elde etmek amacıyla bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması (doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile tıbbi araçlar kullanmak suretiyle incelenmesi)”³⁴⁴ şeklinde tanımlamaktadırlar.

5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 82. maddesi uyarınca çıkarılan; “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğinin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” (RG. 01.06.2005) 3. maddesi; Bedenin tıbbî muayenesini: “Hekim tarafından tıbbî yöntemler kullanılarak yapılan

³⁴¹ CENTEL: “Vücudun Muayenesi”, sh.75

³⁴² ERMAN; a.g.e., sh.177

³⁴³ ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi” sh. 254, ÖZBEK:“DNA Analizi”,

³⁴⁴ KUNTER,; “CMH. 7. Baskı”, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 889

değerlendirmeler,” Müdahaleyi ise: “Hekim veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemler” olarak tanımlanmışlardır.

Her tür tıbbi müdahale ile ceza muhakemesi kapsamındaki vücudun muayenesi ve vücut üzerinden veya boşluklarından örnek almada (daha öncede bahsedildiği ve - ileride ayrıntılarıyla insan hakları yönünden bahsedileceği şekilde), öncelikle temel ilke ve şartlar; muayene-tıbbi müdahaleyi mutlaka hekimin yapması,^{345, 346} bu hekimin, hekimlik yapmaya engel (geçici veya sürekli) bir halinin bulunmaması,³⁴⁷ müdahalenin tıbbi veya hukuki amaca, tıbbi deontoloji, etik ilkeler ve kanuna uygun yapılması ve muayene edilenin veya temsilcisinin onayı olması,^{348, 349} ayrıca hekimin propedötik bilgisinin ve hekim yeterliliğinin bulunmasıdır.³⁵⁰

Kanaatimizce: Öğretide genel kabul gören ve bizim de katıldığımız şekliyle; Ceza Muhakemesi Hukuku anlamında **vücudun muayenesi**; *“kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut ta vücut sıvılarında, delil elde etmek veya tespit yapmak amacıyla “tıbbi yöntem ve araçlar” kullanılmak suretiyle özelliklerinin sistematik şekilde incelenmesidir.”*³⁵¹ şeklinde tanımlanabilir.

b) Tıp SANATI AÇISINDAN MUAYENE ve TIBBİ MÜDAHELE KAVRAMLARI (PROPEDÖTİK)

“PRIMUM NON NOCERE”

(Önce (Hastana) Zarar Verme)

HİPOKRAT

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından vücudun muayenesi ve örnek alma konusunu tam anlamıyla inceleyebilmek, tıbbi anlamda temel sistematik muayene prosedürünün bilinmesini de gerektirmektedir. Hukukçuların, Tıp Biliminin konuya bilimsel yaklaşımları, muayene sırasında tıbbi açıdan izlenmesi gereken süreç ile

³⁴⁵ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., sh.;24, CENTEL: “Vücudun Muayenesi”, sh. 76

³⁴⁶ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. ,sh.;26; “Tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kişiler”.

³⁴⁷ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. ,sh.; 33

³⁴⁸ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. ,sh.; 26-43

³⁴⁹ “Erman, müdahalede hukuka uygunluğu sağlayan asıl unsurun; mağdurun rızası olduğunu diğer birçok koşulun da birlikte aranması gerekeceğini belirtmektedir.; ERMAN; a.g.e. sh.;77

³⁵⁰ ALİKSANYAN, a.g.e. sh. 1

³⁵¹ KUNTER: “CMH 7. baskı”, CENTEL: “Vücudun Muayenesi” ÖZBEK: “DNA Analizi”

bazı zorunlulukları bilmeleri konuya daha bilgili şekilde yaklaşmalarını sağlayabilecektir.

PROPEDÖTİK; (*propedeutic*) Grekçe “**PROPAÏDEÏA**” kelimesinden gelmektedir. “**Hazırlık Bilgisi**” veya “**Başlangıç Öğrenimi**” anlamı taşımaktadır.³⁵²

Tıp Bilimi uygulamasında, propedötik kavramından tek bir uygulama anlamı çıkarılmamaktadır. Muayene ve tedavinin konusu, uzmanlık alanı, amacı ve muayene edilenin cinsiyeti gibi ayrımlar nedeniyle, klinik muayenede her uzmanlık alanının farklı propedötik bilgisi oluşmuş durumdadır. Bir kadının muayenesindeki sistematik muayene prosedürü ile çocuk muayenesinin prosedürü farklılıklar göstermektedir. Aynı şekilde, iç hastalıklarıyla ilgili bir uzmanın muayeneye başlangıcı ile travmayla (incinme, vuruş, sarsıntı) ilgili muayene yapan uzmanın muayene prosedürlerinde farklılıklar vardır. Bu nedenle, tıp eğitiminde öğretti her uzmanlık alanının propedötik bilgilerine ilişkin eserler üretmiş ve üretmektedir. Hukuk bilimi yapısından farklı olan bu uygulamada muayenenin yöneldiği amaç öncelik kazandığından, bu yöntem tıp bilimi için vazgeçilmez görülmektedir.³⁵³

Uzmanlık dalları ve amaca göre farklılıklarına karşın, her alanda geçerli olan ve tüm uzmanlık dallarında aynı şekilde uygulanan genel bir sistematik muayene protokolü “*ilk hastanın muayenesiyle başlayan*”³⁵⁴ süreç içinde belirlenmiş, geliştirilmiş ve uygulamada yerleşmiş bulunmaktadır.

Bugüne kadar uygulanageldiği haliyle, muayene protokolünde önce anamnez (öykü alma) ve devamında tetkik yöntemi varken, tıp teknolojisindeki gelişmeler sonrasında ileri düzeyde teknolojik tanı ve laboratuvar yöntemlerinin bulunmasıyla, artık önce laboratuvar tetkikleri yapılmakta, hasta daha sonra doktorla yüzyüze gelmektedir.³⁵⁵ Teknolojinin gelişimi ve uzmanlaşma nedeniyle hastaya en küçük aşamada bile farklı bir uzman görev almakta, çok sayıda zincirleme prosedür ve

³⁵² Vahe ALİKSANYAN vd.; “**Abaoğlu-Aliksanyan Teşhiste Temel Bilgi *PROPEDÖTİK*-Endokrin Sistem-Hemopoetik Sistem- Sinir Sistemi**”, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul-1988, sh. 1, Dn 1

³⁵³ Bu nedenledir ki; tıp literatüründe, konularında uzmanlaşmış tıp bilimcilerinin bir araya gelerek her birinin farklı uzmanlık alanlarına göre konuyu sunumu şeklinde eserlere sıklıkla rastlanmaktadır. Uygulamanın çeşitli alanlarındaki uzmanlar, toplu eserlerde, herbiri kendi alanı içerisinde konuyu ele almaktadırlar. Bu hukuk literatürü ile farklılık gösteren tıp bilimine özgü bir usul olarak karşımıza çıkmaktadır.(YN)

³⁵⁴ Ünal DEĞERLİ;Ali EMRE;“**Cerrahi Semiyoloji**”,2.Baskı,İstanbul-Nobel Tıp Kitapevi,1990,sh. 1

³⁵⁵ KIZILARSLAN: a.g.s.

işlem uygulanmaktadır. Hasta hekim ilişkisi kişisel-birebir çerçevesinden uzaklaşmaktadır.³⁵⁶

Tıbbi müdahalelerin büyük bir kısmı, bir tür ceza hukukunda belirtilen suç tiplerine uyan (kasten müessir fiil gibi)³⁵⁷ ve başvurulması sağlık açısından zarar doğuran veya doğurması ihtimali bulunan³⁵⁸ fiillerden oluştuğundan, bu işlemlerin hukuki yapısı ve şartlarının tam olarak düzenlenmesi zarureti vardır.³⁵⁹ Bu aşamada, Tıp Biliminin bilimsel karakteri ve yöntemine sadık kalarak, öncelikle sistematik muayene protokolü ve muayenenin tıbbi deontoloji açısından aşamaları anlatılarak, daha sonraki aşamalarda -yukarıda bahsedildiği gibi- muayenenin amacı ve yöneldiği kişi ve farklı uzmanlık alanlarına göre farklılaşan muayene şekillerine ilişkin bilgi verilmesinin uygun olacağını düşünmekteyiz.

Tıbbi deontolojide muayene, temelinde üç ana aşamadan oluşmaktadır. İlk aşama; anamnez (öykü-hikâye-tıbbi hikâye alınması), ikinci aşama sistematik klinik muayene ile fizik bulguların değerlendirilmesi ve laboratuvar bulgulardan da yararlanılması şeklindeki tetkik safhası ve son aşama sonuç çıkarmadır (sentez).³⁶⁰ ³⁶¹ Ceza muhakemesinde bu son aşama Adli Rapor yazımı olup, (tedavi amaçlı muayeneden farklı olarak) tıbbi ve hukuki açıdan muayene veya müdahalenin asıl amacını oluşturmaktadır.

c) SİSTEMATİK MUAYENE PROTOKOLÜ

Tıp eğitiminde, tıp öğrencilerine, iş hayatlarında herhangi bir hastalığın teşhisi için rutin olarak uygulamaları öğretilen ve önerilen tanı ve teşhis basamaklarını içeren prosedürler serisine;³⁶² “*sistematik muayene protokolü*” denilmektedir.”

Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki muayene işleminin temelinde sistematik muayene protokolü oluşturmaktadır. Özellikle adli muayenenin yargıya ışık tutan ve belirleyiciliği yüksek bir muayene niteliğinde bulunması nedeniyle,

³⁵⁶ Oğuz POLAT: “**Tıbbi Uygulama Hataları**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Mart-2005 sh.27

³⁵⁷ ERMAN; a.g.e. sh. ; 27

³⁵⁸ CENTEL: Vücudun Muayenesi.. sh.;76

³⁵⁹ “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu” konusundaki öğretilerdeki görüşlerin tartışması için Bkz.; Erman a.g.e.; 27-77

³⁶⁰ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 1

³⁶¹ Aynı tasnif için Bkz.; Ömer AKYÜREK, İsfendiyar CANDAN: “**MUAYENEDEN TANIYA**”; “Hekim olmak ve hekimlik mesleği 1”, Editör; İsfendiyar Candan,2. Baskı, Ankara, Antıp Yayınları, 2004, sh.1

³⁶² AKYÜREK, CANDAN: a.g.e. sh. 1

temel prensibin; objektif ve olabildiğince ölçülebilir yöntemlerle bunun gerçekleştirilmesi olması gerekmektedir.³⁶³

“Yüce” ve “varılması asıl olan amacın” (doruk noktasının) “TANI” olduğu³⁶⁴ tıbbi deontolojide; sorgulayıcı, araştırmacı bir bilimsel düşünce ile analiz ve sentez yapamayan beyinle³⁶⁵ “tanı” ya varılması mümkün görülememektedir.

Bu aşamada ise meslek namusu³⁶⁶ sayılan karakteriyle sistematik muayene, (acil bir girişim zorunluluğu olmadığı sürece) hastanın şikâyetiyle bağlı kalmaksızın mutlaka uygulanması gereken bir prosedürdür.³⁶⁷ Bu işlemin gereği şekilde yapılmaması suretiyle kendisine başvuran hastasının hastalığını belirleyemeyen hekimin, mesleğine karşı suç işlediği,³⁶⁸ sorumsuz davrandığı kabul edilmektedir.³⁶⁹

Tıpta uygulamanın iki büyük hatasının; “yetersiz muayene” ve “semptomik tedavi” olarak³⁷⁰ belirlendiği düşünüldüğünde, sistematik muayenenin önemi belirginleşmektedir. Hastanın şikâyetiyle yönlendirilmemiş sistemli bir sistematik muayene ile hiç akla gelmeyen patolojik bir durum ortaya çıkabilmektedir.³⁷¹ Bu nedenle her olguda sistematik muayene uygulanması gerekliliği tıp öğretisinin kabul ettiği ana ilkelerden biridir.³⁷²

Sistematik muayene protokolü; hastanın şikâyetleri, (klinik tanının esasını oluşturan semptomlar-belirtiler), fizik muayenede saptanan bulgular ile laboratuvar inceleme sonuçları³⁷³ olmak üzere üç ana aşamadan oluşmaktadır.³⁷⁴

³⁶³ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 30

³⁶⁴ AKYÜREK; CANDAN: a.g.e. sh. 2-3

³⁶⁵ AKYÜREK; CANDAN: a.g.e. sh. 19

³⁶⁶ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁶⁷ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁶⁸ Muayenenin küçük düşürücü şekilde yapılmasını AİHM AİHS'nin 3. maddesine aykırılık saymaktadır.(YN)

³⁶⁹ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁷⁰ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁷¹ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁷² Hindistan hukukuna göre; genel fiziksel muayene baştan ayağa yapılan bir muayeneyi kapsamalıdır. Buna boy, kilo, genel yapı ve görünüm, cilt, suça ilişkin emareler veya izler, deri yüzeyi, iyileşmekte olan yara veya eski bir yara izi, deformasyon/doğuştan olan kusurlar vs. de dahildir. Yaraların yeri ve konumu bilinen nirengi noktalarına göre tanımlanmalıdır. ; “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”; a.g.e., sh.570

³⁷³ ALİKSANYAN;a.g.e. sh.;7

³⁷⁴Yapılan saha araştırmalarında “tanı”ya; öykü alma (anamnezin)in %70, dikkatli yapılan fizik muayenenin %20, laboratuvar testlerinin de ancak %10 katkıda bulunduğu belirlenmiştir. Bkz; AKYÜREK; CANDAN: a.g.e., sh. 19

Adli nitelikli muayene uygulamasında, tedavi amaçlı tıp uygulamasının dışında bir hasta-hekim ilişkisi bulunduğundan,³⁷⁵ adli tıp uzmanının daha geniş ve şüpheli bir bakış açısıyla yaklaşımı gereklidir.³⁷⁶ Adli nitelikli muayenelerin, çoğu zaman olayın hemen sonrasında yapılması ve tekrarı olmayan bir yapısı olması, sistematik muayenenin uygulanmasının ayrı birer zorunluluklarını oluşturmaktadır.³⁷⁷

Delillerin kaybolmamasını sağlamanın yanı sıra, muayene edilenlerin kimlikleri gereği, ceza muhakemesi kapsamında muayene yapmakta olan hekimin, sürekli olarak, alınan öykü ile vücuttaki tüm fiziksel bulguları karşılaştıracak şüpheli bir yaklaşımla tanıya varması gereklidir.³⁷⁸ Ayrıca vücut üzerindeki her bulgunun ceza muhakemesi açısından -o an önemli görülme bile- ileride bir anlam ifade edebilme olasılığı nedeniyle, bunların kayda geçirilmesi zorunluluğu da sistematik muayene protokolüne uymayı gerektiren unsurlardır.

Sağlık Bakanlığının “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki Genelgesinde; muayene öncesinde protokol defterine adli makamın yazısının tarihi, sayısı ve muayeneye getiren güvenlik görevlisiyle ilgili kısımların eksiksiz doldurulması, muayene edilen kişinin kimlik bilgileri doldurulmadan önce, kişinin ön kolunda muayeneye gönderen makamın resmi mührünün olup olmadığı kontrol edilip kimlik bilgileri, nüfus hüviyet cüzdanı veya geçerli başka bir kimlik belgesine göre doldurulması, geçerli kimlik belgesi yoksa kimlik bilgileri kişinin beyanına göre doldurulmalı ve mutlaka muayenesi istenen kişinin tıbbi kimliklendirilmesinin (kişiyi tanıttıcı boy, kilo, saç rengi, göz rengi, varsa tatuaj, vb bilgiler) yapılması gerektiği belirtilmektedir.³⁷⁹

(1) MUAYENE ZAMANI

³⁷⁵ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

³⁷⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

³⁷⁷ Hekime muayene sırasında işkence ve fena muamele bulgularının da bulunması görevi verilmektedir. GIFFARD: a.g.e., sh. 80 vd., İlyas DOĞAN; “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, (çevrimiçi), http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/ceza_muhakemeleri_usulu_kanunu/ilyas_dogan.htm, 22.06.2005

³⁷⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

³⁷⁹ Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2000 yılında çıkardığı ve halen 5271 Sayılı CMK ya göre yenisini hazırlamakta bulunduğu “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki” B100TSH0130000 sayılı Genelgesi, A-1

Adli muayenelerde muayenenin şekli ve muayene ortamı kadar muayene edilecek kişinin muayeneye ne zaman geldiği ve muayenenin ne kadar sürdüğü hususları da önemlidir.

Suçun mağduru veya şüphelisi ya da üçüncü kişilerin, olay anından itibaren ne kadar süre sonra muayene oldukları, olayın üzerinden geçen her dakika ile birlikte, vücut üzerinde muayene veya örnek alma yoluyla bulunabilecek bir takım delilleri azaltması ve değiştirmesi nedeniyle önemlidir. Özellikle cinsel saldırı, alkol ve uyuşturucu alımı gibi suçlarda her geçen dakika canlı bir organizma olan vücutta ve canlı organizmalar olan biyolojik materyallerde başkalaşım ve yok olmalar başlamaktadır. Asıl olan, olayın hemen ertesinde ve süre geçirilmeksizin muayene ve örnek alma işleminin yapılması ise de; uygulamada bunun böyle olmadığı ve bir takım aksaklıklar nedeniyle, muayene ve örnek alımlarının olaydan çok sonraki bir sürede yapılabildiği bilinmektedir.

Aynı şekilde; olay sonrası muayene için müracaat edilen merkezin veya hekimin yetersizliği nedeniyle, bu konuda ehil hekim ve merkezlere muayene edilecek kişilerin sevki hallerinde de süre uzamaktadır. Çoğu zaman, ilk muayenenin yetersiz veya ehil olmayanlarca yapılması ve muhakeme hukukunca zorunlu olan bazı hususların belgelenmemesi nedenleriyle soruşturma ve kovuşturma aşamalarında taraflar yeniden muayeneye sevk edilmekte ve bu da delillerin kaybı, tarafların gereksiz yere mağduriyeti, kamu kaynaklarının israfı, yargılamanın gecikmesi gibi çok sayıda sorunlara yol açmaktadır.

Muayeneye getirilirken geçen süre kadar, “muayene sırasında geçen süre” de önemlidir. Özellikle, küçüklerin cinsel istismarı olaylarında ve gençlik dönemi içindeki tarafların, cinsel muayenelerinde (az sonra ayrıntılarını anlatacağımız öykü alma ve klinik muayene protokollerinde) geçen sürenin normalden fazla uzaması, taraflar üzerinde yeni bir travmatik etkiye neden olmaktadır.³⁸⁰

Pek çok olayda muayene süresinin; (septomlarda değişiklik ve hücrede farklılık gibi yeni olay olduğu sürece) 3–4 saat kadar olduğu görülmektedir³⁸¹. Az sonra belirtileceği gibi, adli muayenelerde öykü alma ve sistematik muayene işlemi

³⁸⁰ERCÜMENT AKSOY; “Cinsel Saldırıların Muayenesi” İstanbul 2004 Yayınlanmamıştır, Sh: 15

³⁸¹POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. ; 30

(yeniden tekrarı çoğu kez mümkün olmaması ve pek çok hakkın kullanımı veya ihlali ile doğrudan bağlantılı olması nedenleriyle) süre nedeniyle önemli olduğundan, tam bir titizlikle yapılması gereken tıbbi işlemlerdendir. Burada uygulayıcıların, yapacakları işlemleri bir bütün halinde ve kısa sürede eksiksiz tamamlayabilecek bir yöntem geliştirmeleri gerekmektedir. Bu amaçla hazır büro materyalleri ve hazır kitlerle çalışılması³⁸² önerilmektedir.

Görüşme süresinin makul süreyi aşması halinde bu konunun yetkili kişiye aktarılması³⁸³ ve nedenlerinin belirtilmesi faydalı görülmektedir.

(2) MUAYENE KOŞULLARI

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinin, tıbbi açıdan sağlıklı bir şekilde yapılabilmesi ve işlem sırasında muayene edilenlerin ve muayene eden hekimlerin temel haklarının zedelenmemesi, muayene edilecek ortam ve muayene koşullarının bu işlemlere uygun olmasına bağlıdır.³⁸⁴ Aksi halde sağlıklı ve tam bir klinik muayene ve örnek alma işlemi yapılması mümkün değildir.³⁸⁵

Yapılan bir saha araştırmasında; fiziksel altyapı öğelerinden bina birimlerinin, personelin, laboratuvar ve radyolojinin, büro malzemelerinin, araç-gerecin, ilk başvuru hastaları ile iletişim kurma, eğitim materyali, hekimin (cinsiyetinin, tecrübesi ve mesleki kıdeminin, akademik durumunun, literatürü izlemesinin) çalıştığı yerin **yeterlilik derecelerinin** muayene protokolüne uymayı etkilemekte olduğu saptanmıştır.³⁸⁶

Öncelikle muayene odasının, yeterli genişlikte, iyi ışıklandırılmış, iyi havalandırılmış (kötü kokular içermeyen), soğuk veya çok sıcak olmayan³⁸⁷,

³⁸² AKSOY; a.g.e. Sh: 25

³⁸³ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 30

³⁸⁴ Cinsel saldırı sonrası mağdurun karşılaştığı sorunların başında muayene ortamının uygunsuzluğunun geldiği anket çalışmasıyla saptanmıştır. N. NARUTÇU.; M.F YAVUZ.; G ÇETİN.; “Cinsel Suç Sonrası Mağdurun Karşılaştığı Sorunlar”, **Adli Tıp Bülteni**, 4. Yıl 2. Sayı, 1999 sh. 41-53

³⁸⁵ AKSOY; a.g.e sh. 9

³⁸⁶ A.Ümit GİRAY: “**Malpraktis Açısından Hekimlerin Karakteristikleri Ve İşyeri Fiziksel Koşullarının Akciğer Tüberküloz Hastalığı Teşhisinde Kullanılan Muayene Protokolü Uygulama Yeterliliğine Etkisi**”, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yönetmeliğinin Sağlık Kurumları Yönetimi Programı İçin Öngördüğü Doktora Tezi, Ankara-1999, sh.; 58-96

³⁸⁷ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 6, POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25, AKSOY; a.g.e sh. 9

duvarları pastel ve göz yormayan renklerle boyanmış olması gereklidir. Gözle muayene (inspeksiyon) için uygun aydınlığa³⁸⁸, stetoskopla veya kulakla muayene-dinleme (oksültasyon) içinse sessizliğe (farklı sesler olmamasına)³⁸⁹ ihtiyaç vardır.

Muayene yapılacak odanın hasta-hekim gizliliğini³⁹⁰ sağlayacak şekilde³⁹¹, dışarıdan görülüp, duyulmayacak ve içeriye girişin kontrol edilebileceği tam güvenli bir oda olması³⁹², hekim ve hastanın oturabilecekleri rahat sandalyelerin bulunması³⁹³ gereklidir.³⁹⁴

Muayene odasının içinde duş ve tuvalet bulunmalı, muayeneden sonra mağdura duş alabilme imkânı sağlanmalı, tuvaletler muayene odasına açılmalı ve içerden kilitlememelidir.³⁹⁵ Soyunduklarında elbiselerini asabilecekleri askılar bulundurulmalıdır. Elbiseleri delil olarak laboratuara gönderilenler için yedek elbiseler bulundurulmasının da olumlu olacağını düşünmekteyiz.

Odanın muayene ve örnek alma için tam donanımlı olması gereklidir.³⁹⁶ Muayene odasının teknik açıdan tam donanımlı olması, yapılacak işlemin sıhhati ve süratini etkileyecektir. Bu işlemler için gerekli olan tıbbi ve laboratuvar malzemelerinin yanı sıra, özellikle örnek alma işlemi için tek kullanımlık örnek alma kitleri,³⁹⁷ muayene formları ve yeterli yazı malzemesi³⁹⁸ bulunması gereklidir. Ayrıca muayene sırasında bulunan bulguları fotoğrafını çekmek için, dijital ve yüksek çözünürlüklü bir fotoğraf makinesinin de muayene odasında bulundurulmasında

³⁸⁸ YILDIZ; a.g.e., sh. 23

³⁸⁹ YILDIZ; a.g.e., sh. 24

³⁹⁰ Hindistan'da bütün hukuki muayenelerin gizli yapılması ve bilgilerin sadece araştırmayı yapan görevliye verilmesi önerilmektedir. **“Points to be Remembered in Handling Clinical MLC”**, Section 179, IPC and Section 161, CR. PC, INDIAN, sh.5

³⁹¹ AYDIN: a.g.s.,

³⁹² TEZCAN; ERDEM; SANCAKDAR: a.g.e, sh. 164 vd.

³⁹³ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 30

³⁹⁴ “Yakalama Ve Gözaltına Alma Yönetmeliği”nin (RG 01.06.2005 tarih Sayı 25832) 9. maddesi 10. fıkrasında; “hekim ile muayene edilen şahsın yalnız kalmaları, muayenenin hekim hasta ilişkisi çerçevesinde yapılmasının esas olduğunu, hakim güvenliğiyle kolluk nezaretinde muayene yapabileceğini, bunun belgelendirilmesi ve bu halde muayene edilenin müdafininin de gecikmeye neden olmamak kaydıyla muayenede hazır bulunabileceğini” düzenlemektedir.

³⁹⁵ AKSOY; a.g.e sh. 9, POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

³⁹⁶ AKSOY; a.g.e sh. 9, POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

³⁹⁷ Fatih YAVUZ; “Cinsel Saldırıları Ve Muayenesi”, 12. Adli Tıp Günleri Semineri 30.09.2005 günlük Sunumu, **“12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005”**, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh.96 vd. , Yaşar BAĞDATLI; Materyal Alma Yöntemleri”, 12. Adli Tıp Günleri Semineri 01.10.2005 günlük Sunumu, **“12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005”**, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006,sh. 121 vd, AKSOY; a.g.e. sh. 15

³⁹⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

fayda vardır. Ayrıca örneklerin saklanacağı derin dondurucuların ve nakil için paketlemede kullanılacak malzemelerin de³⁹⁹ bulunması şarttır.

Muayene odasında genel aydınlatma için (renkleri doğal göstermesi nedeniyle) flüoresans lamba kullanılmalı⁴⁰⁰ ayakta veya oturan kişinin detaylı muayenesi için yüksek yoğunluklu, ortama göre uygun hareket ettirilebilen bir spot ışık kullanılmalıdır.⁴⁰¹ Vücut üzerindeki semen lekelerinin tespitinde kullanılan ve ultraviyole ışık veren “**WOOD LAMBASI**” da odada bulunması zorunlu ışık kaynaklarından⁴⁰².

Uygulamadaki cezaevlerine veya kolluk merkezlerine çağrılarak muayene yapılması taleplerinin reddedilerek muayene edilecek kişilerin muayene merkezlerine getirilmelerinin sağlanması tavsiye edilmektedir.⁴⁰³

Maddi koşulların yanı sıra muayene ortamında, hasta-hekim mahremiyetini de sağlamak gereklidir. Hasta hekime sırlarını vereceğinden odada hasta ile hekim dışında kimse olmamalıdır. Hasta utanıp bazı şeyleri gizleyebileceğinden hasta yakınları, etik açıdan da kolluk mensupları⁴⁰⁴ muayene odası dışında bırakılmalıdır.⁴⁰⁵

Örnek alımı sırasında örnek alımına yardımcı olacak bir görevlinin, karşı cinsin muayenesi sırasında ise muayeneye katılan bir diğer kişinin muayene odasında bulunması faydalıdır.⁴⁰⁶

Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 2000 yılında çıkardığı ve halen 5271 Sayılı CMK ya göre yenisini hazırlamakta bulunduğu “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki” B100TSH0130000 sayılı Genelgesinin C/1-c maddesinde; “muayenenin uygun şartlarda, adli kolluk kuvvetleri mensuplarının duymayacakları ve görmeyecekleri bir yerde yapılması, muayene edilecek kimsenin

³⁹⁹ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

⁴⁰⁰ AKSOY; a.g.e sh. 10

⁴⁰¹ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

⁴⁰² AKSOY; a.g.e sh. 10

⁴⁰³ AKSOY; a.g.e sh. 9

⁴⁰⁴ AYDIN: a.g.s.

⁴⁰⁵ YILDIZ; a.g.e. sh. 2

⁴⁰⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

sadece sağlık personelinin bulunduğu bir muayene odasında kabul edilmesi” talimatı yer almaktadır.

Kanaatimizce: Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki bir adli muayenede, muayene edilenlerin ve örnek alımı için getirilenlerin niteliği gereği, muayene odasının tek ve kontrol edilebilir tek kapısı olması, camlarının kaçmaya veya intihara imkân tanıyacak genişlikte olmaması ve gerekirse demirle kapatılması, kesici ve delici nitelikli aletlerle uyuşturucu türevli malzemelerin (özellikle ağır ve örgütlü suç şüphelileri ve o anın etkisiyle intihara meyilli olabilecek suç mağdurları gözetilerek) kolay ulaşılamayacak, hekim ve yardımcılarının kontrolü altında bulunan bir yerde bulunması güvenlik nedeniyle uygun olacaktır.

Keza, kolluk mensuplarının çağrılacak mesafede bulunmalarında da fayda olduğu⁴⁰⁷, aynı şekilde, depresif ve anksiyete halindeki şahıslar için, sakinleştirici bir ilaç bulundurmanın da faydalı olacağı öngörülmektedir.⁴⁰⁸ Bu görüşlere de katılmaktayız.

(3) HASTALIĞIN HİKÂYESİ (ANAMNEZ-ÖYKÜ-HİKAYE ALINMASI)

Tıp Literatüründe “Hastalığın hikâyesi”, “Anamnez”⁴⁰⁹ “Öykü” “Anamnez Alınması”, Klinik Hikaye-Tıbbi Hikaye⁴¹⁰ şeklinde tanımlanan ve temelinde hepsi aynı anlamı taşıyan bizim kullanacağımız tabiriyle **Öykü Alma**; “*Hastanın yakınma ve hikâyesinin hekim tarafından dinlenmesi faaliyetine*” verilen isim olup, muayenenin başlangıcını ve en önemli ayağını oluşturmaktadır. Gelişen laboratuvar teknikleri nedeniyle fiziki muayenenin eski önemi kalmamış ve kanıta dayalı tıbbın önemi artmıştır. Kanıta giden yol ise öykü almadan geçmektedir.⁴¹¹

Tıp sanatının vazgeçilmez başlangıcı⁴¹² ve bir diğer anlayışa göre de en etkili teşhis vasıtası;⁴¹³ “hastanın (muayene edilenin) ifadesi ve öykü almadır.”

⁴⁰⁷ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh; 25

⁴⁰⁸ “...anksiyetenin hoşla gitmeyen çoğu semptomlar (belirtileri)ı kognitiv fonksiyonu etkileyen küçük dozda beta bloker bir ilaç...” POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh; 29

⁴⁰⁹ ALİKSANYAN, a.g.e.; sh. 1

⁴¹⁰ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. ;25

⁴¹¹ YILDIZ; a.g.e.sh.; 1

⁴¹² YILDIZ; a.g.e. Sh: 1

⁴¹³ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. ; 1

Öykü almanın fiziki muayeneden önce yapılması gerekmekte ise de, acil hallerde sonraya da bırakılabileceği kabul edilmektedir.⁴¹⁴

Öykü alma, hasta –hekim ilişkisinde doğru klinik muayene ve tanıya⁴¹⁵ ve karşılıklı güvene giden ilk aşama,⁴¹⁶ hastanın sorunlarının belirlenmesinde ilk ve çok etkili bir yöntem,⁴¹⁷ kanıta giden yolun⁴¹⁸ ilk taşı olması nedenleriyle önemli bir aşamadır. “*Hekimin hastanın anamnezini almaya başlaması hasta-hekim ilişkisinin kurulduğunun kanıtıdır.*”⁴¹⁹ Özellikle cinsel istismar ve saldırı, işkence, kötü muamele gibi olgulara ilişkin muayenelerde delillerin tespitine giden yol öykü almadan geçmektedir.⁴²⁰

Bu kadar önem verilen öykü almanın başarılı sonuç verebilmesi için, yeterli zaman ayrılarak⁴²¹ ve özen gösterilerek yapılması gereklidir. Hekimin iyi öykü alabilmesi sabırlı olmasına⁴²² ve o konuda bilgili olmasına⁴²³ bağlıdır. Öykü almada hekimi, bilgisinin yanısıra, ilk hastadan bu yana gelişmiş ve yerleşmiş bazı örf, adet, görenek, atasözleri (aforizmalar)⁴²⁴ ve düstur haline gelmiş davranışlar da yönlendirir.⁴²⁵

Öykü almanın sağlıklı yapılabilmesi; (önceki bölümde bahsedilen) uygun muayene ortamı koşullarında, maksimum güvenlik ilişkisi içinde, araya başkalarının

⁴¹⁴ Ergül TUNÇBİLEK ve Diğerleri: “**Çocuk Sağlığı-Propedötik**”, Editör; Ergül Tunçbilek, 2. Baskı, Güneş Kitapevi, İstanbul-1992, sh. 7 ve 19

⁴¹⁵ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e., sh. 1

⁴¹⁶ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 1

⁴¹⁷ DEĞERLİ; EMRE;a.g.e., sh. 1

⁴¹⁸ YILDIZ; a.g.e.sh. 1

⁴¹⁹ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 266

⁴²⁰ *Hindistan hukukunda; “muayene sırasında kaçınılmaz bir ölümün gerçekleşeceğinin haber alınması durumunda hekimin ölüm yatağında itiraf alabileceği kabul edilmektedir”;* “**Points to be Remembered in Handling Clinical MLC**”, a.g.e., sh.5

⁴²¹ YILDIZ; a.g.e., sh. 1

⁴²² YILDIZ; a.g.e.,sh. 1, ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 3

⁴²³ “*En iyi anamnezi, en iyi bilen alır.*” AKYÜREK, CANDAN; a.g.e., sh. 5;

⁴²⁴ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. Sh; 2; *Öykü alma konusunda tıp öğrencilerine öncelikle öğretilen bir takım aforizmalar-özdeyişler vardır. Bu konudaki özdeyişler (Aforizmalar);*

- *Hastayı dinlerken hayret ifadeleri ve olayı yargulamaktan kaçının. Siz hakim ve savcı değilsiniz.*

- *Hastayı sevmeye çalışın*

- *İşittiğiniz her şeye inanmayın, ön yargılı olmayın*

- *Neden, niçin gibi suallerden kaçının*

- *Hastayla aynı ifadeleri kullanmaya çalışın*

- *Kayıta kantitatif ve informatif olun*

- *Hastanın size ilk geliş nedenini daima hatırlayın.*

⁴²⁵ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 1

veya günlük hayatın küçük olaylarının girmesi vs. gibi hasta ile iletişimi bozacak unsurlardan sıyrılarak⁴²⁶ muayene edilene yoğunlaşılmasına bağlıdır.⁴²⁷

Aynı şekilde muayene edilen de öykü verecek durumda olmalıdır. Alkol ve uyuşturucu etkisi altında bulunan şuuru bulanık kişilerde öykü alma için bu halin geçmesi beklenmelidir. Önemsiz düzeyde alkolizm görüşme için engel olmadığı, ancak alkol entoksikasyonunun farklı bir durum olup, 100 ml kan içinde 80 promilden fazla alkolün bulunması halinde, hastanın görüşmeye uygun olmadığı kabul edilmekte ve alkol konsantrasyonuna (yoğunlaşmasına) kişilerin cevabı farklı olacağından, solunum alkol düzeyi ölçümünün yardımcı olacağı, fakat asıl belirlemenin klinik değerlendirmeye anlaşılacağı belirtilmektedir.⁴²⁸

Öykü mümkün olduğunca, muayenesi gereken kişiden, rahat bir ortamda alınmalıdır.⁴²⁹ Öykü alınacak kişinin, çocuk, bunak veya bilinçsiz olması halinde veli, vasi veya kanuni temsilcilerinden yardım alınabileceği⁴³⁰ gibi, sağır dilsizler ve hekimle aynı dili konuşmayanlar için ehil tercümanlardan da yararlanılarak öykü alınmalıdır.

Öykü sırasında ailesinin yanında bulunması veya toplumun bakımından çekinilmesinden dolayı, hekimle yeterli iletişimin (güven ve mahremiyet oluşmadığı için) kurulamaması hallerinde, yetersiz öykü alınması bazı telafisi mümkün olmayan ağır sonuçlar yaratabilmektedir.⁴³¹

⁴²⁶ YILDIZ; a.g.e.sh. 1

⁴²⁷ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 1, ALİKSANYAN, a.g.e. sh. 2

⁴²⁸ POLAT: Klinik Adli Tıp”, sh. ; 29

⁴²⁹ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 2

⁴³⁰ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 2

⁴³¹ İncelenen bir olguda bu açıkça görülmektedir. “Parafili; Kişi için rahatsız edici bazı özel seksüel fanteziler yoğun seksüel istekler ve davranışlarla karakterize olan, cinsel yorulma ve orgazmın eşlik ettiği genellikle tekrarlayıcı karakterde cinsel davranış bozuklukları demek olup bazen bu davranışlar kaza ile ölümlerle sonuçlanabilmektedir. Otoerotik eylem ise; daha çok normal yaşayan, erotik zevk ve memnuniyet amacıyla bunu gerçekleştiren heteroseksüellerde görülen, homoseksüeller ve biseksüellerde de rastlanan ve anüs ve genital organlara sokulan yabancı cisimler vasıtasıyla cinsel tatmine ulaşma şeklindeki bir cinsel tatmin yoludur. Olayda; hasta, karın ağrısıyla müracaat etmiş, bahsedilen şartlar nedeniyle hekimle yalnız kalamadığı ve utandığı için sorununu anlatamamıştır. Reçete yazılıp evine gönderilmesi sonrası ertesi gün hastanede ölmüştür. Ailesinin olaylardan haberi yoktur. Otopside anal muayenede gaita deşarji, postmortem dilatasyon ve saat iç hizasında rektuma ilerleyen etrafı ekimozlu 0,5 cm. uzunluğunda yırtık saptanmış, rektumdan dış fırçası kabı çıkarılmıştır. Rektum perforasyonundan pelvik peritonit nedeniyle şahsın öldüğü anlaşılmıştır. Şahıs bu durumda bile durumunu doktora söyleyememiştir. Benzer olaylarda “cinsel içerikli ölümlerde aileler olay yerinden pornografik materyali kaldırıp elbiselerini değiştirip olayı gizlemeye çalıştıkları” tespit edilmektedir. Bu nedenle yakınların ifadesin ve psikolojik öyküye ağırlık verilmesi

Öykü almanın başlangıcında, hekimin, muayene edeceği kişiye acelesi olduğu izlenimini vermeksizin,⁴³² mekanik davranış ve yaklaşımlardan kaçınarak, hastada güven hissi yaratması gerekmektedir.⁴³³ Bu, hekimin başarısını artıracaktır.⁴³⁴ Muayene edilenin gerginliğini azaltıcı bazı günlük hayatla ilgili konuşmalarla öykü almaya başlamanın, olumlu olacağı belirtilmiştir.⁴³⁵ Hastayla konuşurken kültür seviyesine ve göreneklere uygun davranılmalı,⁴³⁶ dinlenirken notlar alınmalıdır.⁴³⁷

Her hekim, süreç içerisinde kendi tecrübeleri, bilgi ve yeteneğine bağlı olarak bir öykü alma yöntemi geliştirmektedir. Hekimin zamanla geliştirdiği özel bir yetenek; hastayı iletişimsiz de “*üçüncü kulakla*” dinleme sanatıdır.⁴³⁸

Tıbbi deontolojide öykü almayla ilgili genel bir sıra ve birtakım ana ilkeler-(aforizmalar) oluşmuş bulunmaktadır. Bu sınıflandırmalar dikkate alındığında, her öykü alma hekimin kendini ve yapılacak işlemin amacı ve niteliğini tanıtmayı ve muayene edilenin kimliğinin tespitiyle başlamaktadır. Bunu sırasıyla, şikâyeti, açık anlaşılır şekilde ve teşhise yardım edecek bütünlükte⁴³⁹ hikâyesi, özgeçmişi, kullanmakta olduğu ilaçlar, soy geçmişi, beden fonksiyonlarına, sosyal durum alışkanlıkları ve ilaç alıp almadığına ilişkin karşılıklı soru ve yanıtlar takip etmektedir.⁴⁴⁰

Öncelikle, hastanın sonuna kadar dinlenmesi ve kısa sorularla görüşmeye devam edilmesi,⁴⁴¹ bu şekilde fiziki muayene öncesi tam bir tıbbi hikâyeye alınması sonrasında ayrıntılara girilerek, alışkanlıkları, son 24 saatte yaptıkları⁴⁴², beslenme durumu ve son alınan yiyeceğin ne zaman alındığı ve ne olduğu⁴⁴³, alkol, uyuşturucu

gerektiği değerlendirilmiştir. Bkz: Çağlar ÖZDEMİR vd.; “ Otoerotik Eylem Sonucu Ölüm-Olgu Sunumu”, **Adli Bilimler Dergisi**, Mayıs-2005, Cilt 1, Seçkin Yayınları, 2005 sh. 47–50

⁴³² ALİKSANYAN; a.g.e., sh. 2

⁴³³ YILDIZ; a.g.e.sh.; 1

⁴³⁴ YILDIZ; a.g.e.sh.; 1

⁴³⁵ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 2

⁴³⁶ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 2

⁴³⁷ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 3, AKIN, a.g.e. sh. 2

⁴³⁸ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 1

⁴³⁹ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 3

⁴⁴⁰ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 3, ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 4–6

⁴⁴¹ DEĞERLİ; EMRE; a.g.e. sh. 1

⁴⁴² POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 28

⁴⁴³ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 28

ve yasadışı ilaç kullanıp kullanmadığı, işitme ve görme kusurunun olup-olmadığı yardımcı alet kullanıp-kullanmadığı sorulup, yanıtları kaydedilmelidir.⁴⁴⁴

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından öykü alma sırasında, şüpheli, mağdur veya üçüncü şahısların, özellikle muayeneye neden olan olayın oluşumu, öncesi ve sonrasına dair sorularla, soruşturmaya ışık tutacak bilgiler alınabilmektedir. Gözetim altında veya tutuklu bulunan kişilere, muayeneye neden ve nasıl geldiği⁴⁴⁵, zaman ve yer uyumunu değerlendirebilmek için insan davranışları hakkında –kim-ne zaman-nerede-ne-nasıl soruları sorulabilmektedir. Özellikle (ikinci bölümde ayrıntıları olarak anlatılacağı gibi) işkence vb. suçların ortaya çıkarılmasında bu yaklaşımın büyük faydası olacaktır.

Klinik hikâye; öykünün ve muayenenin boyutu olgu koşullarıyla ilgili olup,⁴⁴⁶ tıbbi hikâyede tutuklama öncesi son hastalık veya ameliyat, varsa tedavi, madde ve alkol kullanımı belirtilir.⁴⁴⁷

(4) FİZİKİ MUAYENE

Öykü alma (anamnez) aşaması sonrasında fiziksel muayeneye geçilmektedir. **Fiziksel Muayene:** “muayene edilenin vücudu üzerinde fiziksel inceleme yapılmasıdır.”

Hekim, fiziki muayeneye başlamadan önce alınan öyküyü değerlendirirken, kendisinde oluşacak ön teşhisin etkisi altında kalmayıp, muayeneyi tam yapmak suretiyle objektif kalmayı bilmelidir.⁴⁴⁸

Fiziki muayene (bir anlayışa göre) “muayene edilecek kişinin kapıdan girişiyse” başlamaktadır.⁴⁴⁹

Fiziksel muayene;

- Gözle muayene (**İnspeksiyon**)

⁴⁴⁴ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”, a.g.e., sh. 571, POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 28

⁴⁴⁵ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁴⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 25

⁴⁴⁷ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁴⁸ ALİKSANYAN; a.g.e. sh..8

⁴⁴⁹ TUNÇBİLEK vd: a.g.e., sh. 19

- Elle muayene (**Palpasyon**)
- Elle vurarak muayene (**Perküsyon**)
- Stetoskop veya kulakla vücudun dinlenmesi suretiyle muayene (**Oksültasyon**) olmak üzere dört ana aşamadan oluşmaktadır.

Fiziki muayeneye başlamanın temel şartı; kişinin elbiselerini tamamen çıkarması-çıplak olmasıdır.⁴⁵⁰ Bu, aynı zamanda, vücudun üzerinde aramayla, vücudun muayenesi arasındaki farklardan birisidir. Vücut muayenesinde (genel ve özel muayenede), vücut alanının kesinlikle örtülmemesi esastır. Bunun nedeni; sağlıklı bir fiziki muayenenin ancak vücudun tamamının incelenmesiyle mümkün olabilmesidir. Sağlık Bakanlığının 2005/143 sayılı “Adli Tabiplik Hizmetlerine İlişkin Genelgesi” nin 3.2.4 maddesinin (e) bendi de “muayenenin kişinin bütün vücudu üzerinde yapılması gerektiği” talimatını getirmektedir. Vücutta şikâyet konusu oluşturmayan başka yaralar ceza yargılamasında delil olarak değerlendirilebilme özellikleri olacağından, tespit ve teşhisleri önemli ve gereklidir.⁴⁵¹ Kişinin vücudunun tamamında fiziksel muayene yapılmasını istemediği durumlarda bu durum kayıtlarda belirtilmelidir.⁴⁵² Elbiselerden kısmen sıyrılmayla yapılan muayenelerde bazı bulgular atlanabilir.^{453, 454}

Bu nedenlerle öykü almanın devamında muayene edilecek kişiye soyunması söylenmelidir.⁴⁵⁵ Muayene edilenin hekimin önünde soyunması, bir yandan da hekime soyunma sırasında vücut üzerindeki bazı izleri görme imkânı vermesi nedeniyle olumludur.⁴⁵⁶ “Kişi utanabilir, ancak kişiye soyunması sırasında delil elde edileceği söylenerek ikna edilmesi suretiyle (hemşireden de yardım alınarak), hekim önünde soyunması sağlanabilir.”⁴⁵⁷

⁴⁵⁰ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁵¹ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁵² POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁵³ ALİKSANYAN; a.g.e., sh. 8

⁴⁵⁴ TEZCAN; ERDEM; SANCAKDAR: a.g.e., sh. 164 vd., Oğuz POLAT: “Olay Yeri İncelemesi”, http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/kriminoloji/olay_yeri_incelemesi.htm, 24.06.2005,

(çevrimiçi)

⁴⁵⁵ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 8

⁴⁵⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh. 26

⁴⁵⁷ AKSOY; a.g.e., sh. 15

Soyunma sırasında, muayene edilecek kişi kadınsa, yanında hemşire bulunması, o yoksa kadın refakatçi yardımından yararlanılması, ayrıca, soyunmuş hastanın üzerine bir örtü örtülerek mahremiyetine saygılı olunması önerilmektedir.⁴⁵⁸

Muayene edilenin elbiseleri olayın gelişimi hakkında kanaat oluşturulabilecek ve olayla ilgili önemli deliller içerebilecek nitelikte olabilir.⁴⁵⁹ Bu nedenle, soyunma sırasında geniş bir kâğıdın üzerinde soyunmanın sağlanması delillerin tespiti amacıyla önerilmektedir.⁴⁶⁰ Elbiseler üzerindeki iz ve yırtıklar yaralanmaların oluşuyla ilgili fikir vereceğinden, elbiseler ve şüpheli lekeler dikkatli bir şekilde incelenmeli delil niteliği olanlar saklanmalıdır⁴⁶¹.

Saklanan elbiselerin delillerin muhafazasına ilişkin kurallara uyularak paketlenmesi gerekir. (Bkz; Örnek alma) Bu konuya Sağlık Bakanlığının 2005/143 sayılı “Adli Tabiplik Hizmetlerine İlişkin Genelgesi” nin 3.2.4 maddesinin (g) bendinde de yer verilerek, “suçun aydınlatılmasına katkıda bulunabilecek deliller içerebilecek elbise ve benzeri materyalin saklanması için gerekli tedbirlerin alınması veya tedbir alınmasının kolluğa hatırlatılması hususu belirtilmiştir.

Fiziki muayeneye başlamadan önce, muayene edilenin ilk bakışla tespit edilen yaralanmaları, elbiselerin duruşu ve yaralarla olan pozisyonu, izler vs. gibi soruşturmaya ışık tutacak tüm bulguların fotoğraflarının çekilmesi gereklidir.

Fotoğraf çekimi mümkün olduğu kadar çözünürlüğü yüksek bir dijital fotoğraf makinesiyle (bilgisayar ortamında rahat kullanılabilmesi amacıyla), bulgular net ve doğal halleriyle görülebilecek şekilde yapılmalıdır. Çekimde yara bölgesi somut olarak belirlenmelidir.⁴⁶² Bu amaçla, ışıklandırılmış mercek, el merceği, otoskop, oftalmoskop ve odaklanabilir ışıklı kalem gibi teknik gereçler kullanılabilir. Vücut şemaları da bu konuda yardımcı olacak materyallerdir.⁴⁶³

Fotoğraf çekiminde unutulmaması gereken temel şartlardan biri ise; fotoğraf karesinde mutlaka (ileride boyutların belirlenmesinde kullanılabilmesi amacıyla)

⁴⁵⁸ ALİKSANYAN; a.g.e., sh. 8

⁴⁵⁹ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁶⁰ AKSOY; a.g.e. sh. 14

⁴⁶¹ AKSOY; a.g.e. sh. 16

⁴⁶² POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁶³ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

cetvel, şerit ve pelvimetre caliplerin bulunması gerekliliğidir.⁴⁶⁴ Bu sayılanların o an bulunamaması halinde, standart ölçüleri belli olan ve herkesçe her yerde bulunabilecek madeni para, jeton gibi ölçüde değerlendirilebilir bir takım nesnelere, fotoğrafı çekilen bulgunun yanına konularak çekimin yapılması gerekli ve faydalıdır.⁴⁶⁵

*“Tıpta bilmeden görmek, bilmeden işitmek ve bilmeden hissetmek mümkün değildir. Buna göre **akıl gözü, akıl kulağı, akıl eli** devrede olmadan yapılan fiziki muayene yapılmış sayılmaz”.*⁴⁶⁶

Fizik muayenede öncelikle muayene edilenin nabızı, ateşi, kan basıncı, ağırlığı vs. gibi incelemeleri yapılır. Genel bir değerlendirmeye, vücut durumu, beslenmesi, boy, kas yapısı, hareketliliği hususları belirlenmelidir. Genel muayene sırasında muayene edilendeki izlerin çoğu belirlenebilir.⁴⁶⁷ Bu izlerin yapısı, olayın oluş şekli ve yaraların nasıl oluştuğu ile ilgili bilgiler vereceğinden,⁴⁶⁸ bu aşamada hekimce iyi yorumlanmaları tanıya varmada kolaylık sağlayacaktır.

(a) GÖZLE MUAYENE (İNSPEKSİYON)

Muayene; *“hastaya önce dikkatlice bakmakla (inspeksiyon) başlar.”*⁴⁶⁹

İnspeksiyon; Vücudun herhangi bir bölümü veya tamamının çıplak gözle incelenmesi- bakma ile gözlemlenmesidir.⁴⁷⁰ Genel muayene büyük ölçüde inspeksiyona dayanır. Bu şekilde bütün sistemlere ilişkin bulgular yanısıra, renk değişiklikleri, simetri, kitle ve anomaliler bu yöntemle saptanabilir.⁴⁷¹

İnspeksiyon sırasında muayene edilenin kol ve el kasları, parmaklar, parmak uçları, tırnaklar, avuç içleri, parmaklarda titreme(tremor) olup-olmadığı, koltuk

⁴⁶⁴ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26

⁴⁶⁵ Digital fotoğraf makinalarıyla yapılan çekimler sonrasında, digital teknikler kullanılarak fotoğraflar üzerinde işlem yapma olanakları bulunduğundan, o anın saptanmasında net delil oluşturabilmesi amacıyla klasik filmli fotoğraf makinalarının kullanılması daha uygun olacaktır. Halen ATK. da otopsi işlemlerinin fotoğrafla tespitinde bu tür makinalar kullanılmaktadır.(YN)

⁴⁶⁶ AKYÜREK; CANDAN: a.g.e, sh. 19

⁴⁶⁷ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 26, ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 7

⁴⁶⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh.27

⁴⁶⁹ ALİKSANYAN; a.g.e., sh.;6

⁴⁷⁰ YILDIZ; a.g.e., sh. 23,

⁴⁷¹ YILDIZ; a.g.e., sh. 23

altları, göğüs, *inspirimum* ve *eksprimumda* (nefes alıp- vermede) göğsün simetrik olarak solunuma eşlik edip-etmediği gibi hususlarla tüm vücut dikkatlice gözle incelenir.⁴⁷²

(b)ELLE MUAYENE (PALPASYON = AYALAMA)

Palpasyon; hekimin muayene edilen kişiyi, iç organların durumunu incelemek ya da anomalilerin (aykırılıkların) ya da patolojik oluşumların varlığını araştırmak amacıyla vücut yüzeyi üzerine parmakların ya da elin gezdirilmesi ya da bastırılması şeklinde yaptığı klinik muayene şekli⁴⁷³ diğer bir deyişle; hastanın elle muayenesidir. Tıpta “elle muayene ve ayalama” tabirleriyle de anılmaktadır.⁴⁷⁴

Palpasyonla, organ kitle veya lezyonların yapısı, büyüklüğü, duyarlılığı ve ısısı saptanabilir. Muayene edilen organ veya kitlenin özelliğine göre gerekli sayıda parmak veya tüm el kullanılır. (Ellerin en duyarlı bölgeleri parmak uçlarıdır.) İki elle yapılan muayeneye “*Bimanuel Muayene*” denir.⁴⁷⁵

Her tıbbi girişimin niteliği ve amacına göre hangi organların ne şekilde ayalanacağı (palpe edileceği) ve nerelerde hangi bulguların aranacağı, her uzmanlık dalına göre ayrı-ayrı anlatılmakta ve öğretilmektedir. Ancak, sistematik bir fiziksel muayenede; sırayla özellikle kalp bölgesinin palpe edilerek, önce *speks* bölgesine ve sonra *sternum* sol kenarına ve en son kalp tabanına avuç içi yapıştırılmak suretiyle damar hareketleri (*ventrikül* aktiviteleri) ve titreşimlerin, ek vuruşların saptanması, *karotis* arterlerinin ayalanmasıyla titreşim bulunup-bulunmadığı, karın bölgesi (abdomen) muayenesinde, karın ayalaması (palpasyonu) ile bütün karının elle incelenmesi ile ağırlı bölgelerin ve kasık bölgesinin elle yoklanması, diz dirsek pozisyonunda tersten karın palpasyonu ve böbrek loblarının palpe edilmesi, kadınlarda meme bölgelerin palpe edilmesi, daha sonra çoraplar çıkartılarak bacak ve uyluk bölgeleri karşılıklı elle yoklanarak her iki ayaktaki ısı farkının araştırılması en son gerekli olursa rektal (ve yalnızca jinekolog uzmanı olması kaydıyla vajinal)

⁴⁷² “Gözler, sklera ve ağız boşluğu gözden geçirilip, *servikal submental* ve *supraklaviküler* bölgelerde *adenomegali* aranır.”;ALİKSANYAN;a.g.e. sh. 7

⁴⁷³ DÖKMECİ, DÖKMECİ; a.g.e.

⁴⁷⁴ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

⁴⁷⁵ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

tüşe (rektum veya prostat kanseri olup-olmadığını anlayabilmek amacıyla) yapılmasının zorunlu bir muayene prosedürü olduğu belirtilmektedir.⁴⁷⁶

(c) ELLE VURARAK MUAYENE-TIKLAMA (PERKÜSYON)

Perküsyon; Bir bölgedeki iç organların sınırlarını ve sıkışıklıklarını (ya da yoğunluklarını) değerlendirmek için, bu bölgeye arka arkaya küçük vuruşlarla çıkan ses tonundaki değişikliklere göre yapılan, bu şekilde hastanın bedenine vurularak çıkan seslerin değerlendirilmesine dayanan⁴⁷⁷ klinik tanı yöntemidir.⁴⁷⁸

Perküsyon direkt (doğrudan parmak veya elle doğrudan vurularak) ve indirekt (organ üzerine konulan parmağa diğer elin parmağı ile vurularak) veya başparmak dışındaki dört parmağın uçları ile vurularak da yapılabilir.⁴⁷⁹ Perküsyonda organ veya kitlenin özelliğine göre duyulan sesler mat, timpan veya sonör seslerdir.⁴⁸⁰ Perküsyon sırasında hekimin eli soğuk olmamalıdır.⁴⁸¹

Palpasyonda olduğu gibi, perküsyonun da hangi organlar üzerinde ve ne şekilde yapılacağı muayenenin amacı ve uzmanlık dalının yöntemlerine göre ayrı-ayrıdır. Ancak sistematik bir muayenede; sırt perküsyonu yapılarak *kostodiyafragmatik* sinüslerin açık olup-olmadığı, göğüs titreşiminin saptanması ve hasta sırtüstü yatırılarak göğüs perküsyonu yapılması gereklidir.⁴⁸²

(d) STETOSKOPLA VEYA KULAKLA MUAYENE - DİNLEME (OSKÜLTASYON)

Oskültasyon ise; muayene edilenin vücudunun organizmasının içinden gelen (kalp, akciğer, bağırsaklar, fötüs gibi) seslerin⁴⁸³ dinleme aleti ile veya çıplak kulakla dinlenmesidir.⁴⁸⁴ Oskültasyon hastaya kulağı yaslayarak doğrudan veya hasta ile kulak arasına stetoskop koyarak yapılabilmektedir.

⁴⁷⁶ ALİKSANYAN; a.g.e. sh.8-10

⁴⁷⁷ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

⁴⁷⁸ DÖKMECİ, DÖKMECİ; a.g.e.

⁴⁷⁹ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

⁴⁸⁰ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

⁴⁸¹ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 8

⁴⁸² ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 8

⁴⁸³ DÖKMECİ, DÖKMECİ; a.g.e.

⁴⁸⁴ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

Oksültasyon ile sesin şiddeti, kalitesi, frekansı ve süresi belirlenmektedir. Stetoskobun kulağa yerleştirilirken açıklığının öne alınması, yüksek frekanslı sesler için diyafram, düşük frekanslı sesler içinse çan kısmının kullanılması gereklidir⁴⁸⁵

Sistemik muayenede; göğüs boşluğunun, solunum ve kalp seslerinin dinlenmesi, soluk alıp verdirilerek, klavikula üstü çukurlardan başlayıp, klavikula altı çukurlara geçilmek suretiyle akciğerlerin önden dinlenmesi, önde ve arkada apeksler dinlenirken hastanın öksürtülmesi⁴⁸⁶ gereklidir.

Öykü ve fizik muayenenin tamamlanmasından sonra olası tanı veya tanılar not edilmeli, muayene bulguları ve anamnezden elde edilen bilgiler hasta müşahede kâğıdına bütün ayrıntılarıyla yazılmalıdır.^{487, 488}

Özellikle adli muayenelerde, yukarıda belirtilen yaralanmaların, olayın oluşuna ışık tutacak ve soruşturmayı yürütenlere yardımcı olacak ayrıntıların atlanmamasına özen gösterilmesi gerekmektedir. Bu tür muayenelerin, sponton niteliği ve tekrarlarının çoğu kez mümkün olamaması, konuları gereği bağlanan sonuçların ağırlığı nedenleriyle ayrıntılı tespit ve teşhis daha önemli hale gelmektedir.

Anamnezi dinlemiş ve hastasını muayene etmiş olan hekim bunların sentezini yaparak teşhise (tanıya) varabilir. Teşhise varamadığı hallerde, sıra bu olası tanıları kanıtlamak veya dışlamak için yapılacak laboratuvar araştırmalarına gelmiştir.⁴⁸⁹ Laboratuvar incelemeleri sonunda teşhis konulabilir. Amaç (klasik görgüyü geliştirmenin tek yolu)⁴⁹⁰ mümkün olduğu kadar az laboratuvara başvurarak teşhis koymaya çalışmaktır. Yanlış bir laboratuvar sonucu hekimin de yanlış teşhis koymasına yol açar.⁴⁹¹

d) TETKİK İSTEME AŞAMASI

Hekim, sistematik muayene sonucu teşhise varamadığı hallerde vücut üzerinde yaptıracağı bir takım laboratuvar tetkikleriyle sonuca varmaya çalışacaktır. Laboratuvar

⁴⁸⁵ YILDIZ; a.g.e. sh. 23

⁴⁸⁶ ALİKSANYAN; a.g.e. sh. 7

⁴⁸⁷ YILDIZ; a.g.e. sh. 24

⁴⁸⁸ “Bulguların bulunduğu ve hastaneden çıkan hastaya verilen özet rapora; *epikriz -çıkış özeti* adı verilir”; YILDIZ; a.g.e. sh. 24

⁴⁸⁹ YILDIZ; a.g.e. sh. 24

⁴⁹⁰ YILDIZ; a.g.e. sh. 24

⁴⁹¹ YILDIZ; a.g.e. sh. 24

tetikler; teksif (homojenizasyon konsantrasyonu), mikrofilm, postero-anterior (PA), standart film, skopi, ultrasonografi, tomografi, MR (manetik rezonans), aşı tetkiki, elektrokardiyografi, radyoskopi,(floroskopi), ultrasonografi, ekokardiyografi, bilgisayarlı aksiyal tomografi (kesityazar-bilgisayarlı kesityazar), bioşimik ve bakteriyolojik incelemeler, çeşitli testler, izotoplar yardımı ile yapılan sintigrafi muayeneler ve benzer yöntemlerle olarak sayılabilir.⁴⁹²

Laboratuar tetkiklerin yapılış şekilleri yapılış işleminin müdahale niteliği oluşturup oluşturmadığı açısından konumuzla ilgilidir. Burada genel bir bilgi vermekle yetinilerek, konusu geldikçe ayrıntıya inilecektir.

e) MUAYENE SONUCUNUN DEĞERLENDİRİLMESİ- TEŞHİS;

Teşhis (Tanı); muayene sonrasında öykü, klinik ve laboratuar bulguların bir arada değerlendirilmesi ile varılan sentez safhasıdır.⁴⁹³ Teşhis konusuna, Ceza Muhakemesi Hukuku ve soruşturma yönünden bağlanan hukuki yapısıyla birlikte çalışmanın ilgili bölümlerinde ayrıntılı olarak değinilecektir. Tedavi amaçlı müdahalelerde, bazı hallerde teşhisin hastaya söylenip söylenmemesi bir sorun oluşturmaktadır. Ülkemiz uygulamasında; varılan teşhisin tüm acılığıyla hastaya söylenmemesine dikkat edilip, bunu gizleyebilmenin bir sanat halini almış bulunmasına, gerçeğin ancak hastanın çevresindekilerden uygun olanlarına söylenmesine karşın, bazı ülkelerde hastaya kanser veya buna benzer ağır ve öldürücü bir hastalığı bulunduğunun doğrudan söylendiği gözlemlenmektedir.⁴⁹⁴ Hatta hekimlere, “hastayı muayene ederken röntgen filmlerini veya raporlarını incelerken ciddi bir hastalık bulgusuna rastlandığında bile hekimin yüz ifadesine hâkim olabilmesi ve hastayı endişelendirebilmekten kaçınması” önerilmektedir.⁴⁹⁵

⁴⁹² Ayrıntılı bilgi için Bkz; Hamit HANCI: “**Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku)**”, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, Toprak Ofset Matbaacılık, Eylül-1999

⁴⁹³ ALİKSANYAN; a.g.e..sh. 1

⁴⁹⁴ ALİKSANYAN; a.g.e. sh.11

⁴⁹⁵ ALİKSANYAN; a.g.e. sh.11

f) ADLİ RAPORUN DÜZENLENMESİ

“Adli Tıp; Rapor Yazma Sanatıdır.”
AMBROS PARE⁴⁹⁶

Adli rapor⁴⁹⁷ yazımı; “*muayene sonrasında muayenenin bütün aşamalarının ve bulguların kâğıda döküldüğü son aşamayı*” oluşturmaktadır.⁴⁹⁸ Hekimin raporu ceza muhakemesinde en önemli delillerden birini oluşturmaktadır.⁴⁹⁹ Muayene sonrasında hekimin hazırlayacağı raporlar konularına göre, idari, bilimsel ve adli raporlar, bulgunun niteliğine göre; kesin, geçici ve ek raporlar olarak sınıflandırılabilirler.

Adli raporun titiz, tarafsız düzenlenişi ve içeriği Ceza Muhakemesi Hukukunda maddi gerçeğe varma açısından önemli olduğu kadar,⁵⁰⁰ insan hakları açısından da azımsanmayacak etkisi vardır.⁵⁰¹ Yanlış, yetersiz adli raporlar insan hakları ihlallerinin meşrulaştırılmasında önemli bir paya sahiptir.⁵⁰² Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki muayenede, hasta hekim ilişkisi tedavi amacından çok “adli olgu” niteliği kazandığından ve adli hekimin bilirkişilik niteliği ön plana çıktığından dolayı, raporların adli organın soruları doğrultusunda düzenlenmesi gereklidir.⁵⁰³

Adli Rapor düzenlenmesi gereken durumları; ateşli silah ve patlayıcı madde yaralanmaları, kesici, kesici-delici, delici, delici-kesici, kesici-ezici ve ezici alet yaralanmaları, trafik kazaları, müessir fiiller (darph olguları), iş kazaları ve düşmeler, zehirlenmeler (ilaç, insektisit, boğucu gazlar vb.), yanıklar, elektrik çarpmaları,

⁴⁹⁶ Yaşar BİLGE: “**Adli Tıp**”, Birinci Baskı, Üçbilek Matbaası, Ankara–2005.sh. 9

⁴⁹⁷ Adli Rapor; hükümet tabipleri, sağlık ocağı hekimleri ile sağlık merkezi ve devlet hastanelerinde görevli hekimlerin adli tabiplik yetki ve sorumlulukları çerçevesinde düzenledikleri raporlar olarak tanımlanmaktadır. (YN)

⁴⁹⁸ *İlk Adli Raporu MÖ 40 yılında Antonius tarafından Julius CEASAR’ ın 23 yara ile yaralandığı bunlardan göğse isabet edenin öldürücü olduğuna ilişkin rapordur. Ülkemizde ilk bilinen rapora “Bursa Şeriyeh Mahkemesi” arşivinde rastlanmıştır. Buna göre 1649 yılında Mahmut Beşeye Mahmut Dedeoğlu 100 gün önce bir cariyeyi 25 kuruş değerinde üç halı 60 kuruş vererek 135 riyal kuruşa satmıştır. Cariyede sedef hastalığının eski olduğu hakimlerce rapor edilmiş”* Sedat BAKICI: “Adli Tıp- Adli Tıp Kurumları ve Önemi” , Ankara Barosu Dergisi, Yıl 1980, Sayı 1, sh. 28, BİLGE; a.g.e. Sh 12

⁴⁹⁹ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”, a.g.e., sh. 571

⁵⁰⁰ Akdeniz Üniversitesi Tıp Fakültesinde düzenlenen 1000 adli rapor incelenmiş bu raporların % 44,1 inin adli yargıyı olumsuz yönde etkiledikleri sonucuna varılmıştır.(M.Y. KARAGÖZ.; R. AKMAN,;, M. ATILGAN; “Adli Tıp Uzmanları Dışında Verilmiş Adli Raporların, Adli Yargı Üzerindeki Etkileri”, **Adli Tıp Bülteni**, 2000, Sayı 5(3), sh.247-250)

⁵⁰¹ “*Muayene yapılırken en önemli boyut rapor yazımıdır.*” POLAT: “Klinik Adli Tıp”,sh. ; 27

⁵⁰² Ata SOYER; Evren BALTA: “**Hekimlik, Tıbbi Etik ve İnsan Hakları- Uluslar arası ve Ulusal Belgeler**”, Türk Tabipler Birliği Yayını, Eylül 1996, sh. 17.

⁵⁰³ **ADLİ RAPORLAR:** (çevrimiçi)” <http://forensic.freeservers.com/ADLI.HTM> 08.05.2005

mekanik asfiksi olguları, işkence, intihar girişimleri, diğer yaralanmalar⁵⁰⁴ vs. şeklinde saymak mümkündür.

1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 13. ve 38 Sayılı Tababeti Adliye Kanununun⁵⁰⁵ 3. maddelerine göre; adli rapor (bir şahsın vücudu ve akliyesi hakkında) düzenleme yetkisi sadece hekimlere özgülenmiştir. Türkiye’de çalışma yetkisi olmayan hekimlerin raporları geçerli değildir. 38 SK.’nın 3. maddesine göre; “hekimin bulunmadığı yerlerde küçük sıhhiye memurlarına ve adli bilirkişilere düzenlettirilen belgelere “şahadet ilmühaberi” ismi verilmektedir.

Ceza muhakemesi kapsamında, çok çeşitli amaçlarla ve nedenlerle vücudun muayenesi ve örnek alma adli mercilerce istenebileceğinden, yazılacak adli raporun muayenenin amacına uygun ve muayeneyi gerektiren soruşturma konusunu yeterince açıklayacak nitelikte ayrıntılar içermesi gereklidir.⁵⁰⁶

Raporun dili adli mercilerin ve tarafların anlayabileceği şekilde sade ve Türkçe olmalı,⁵⁰⁷ gereksiz ayrıntılar içermemeli, zorunluluk halinde kullanılan tıbbi terimler rapor içeriğinde açıklanmalı, yanlış anlama ve kararsızlığa neden olacak karışıklıklar yer almamalıdır.

Sağlık Bakanlığının Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü’nün 2000 yılında çıkardığı “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki” B100TSH0130000 sayılı Genelgesi vardır. 5271 Sayılı CMK’ nın yürürlüğe girmesi sonrasında, bu bakanlık tarafından 22.09.2005 tarih ve 13292 sayılı “Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar” isimli genelge hazırlanmıştır. Bu genelgede adli olaylar; bir suça ilişkin şüpheli/sanık, mağdur veya diğer kişilerin vücutlarının muayenesi veya örnek almasını gerektirenler ve kollukça yakalanan veya gözaltına alınanların Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yön.’ 9. maddesine göre

⁵⁰⁴ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 23

⁵⁰⁵ 11.1.0.1938 tarih, RG 12.03.1921 tarih ve 6 Sayı

⁵⁰⁶ “Adli Rapor düzenlenmesi gereken durumlar; ateşli silah ve patlayıcı madde yaralanmaları, kesici, kesici-delici, delici, delici-kesici, kesici-ezici ve ezici alet yaralanmaları, trafik kazaları, müessir fiiller (darp olguları), iş kazaları ve düşmeler, zehirlenmeler (ilaç, insektisit, boğucu gazlar vb.), yanıklar, elektrik çapmaları, mekanik asfiksi olguları, işkence, intihar girişimleri, diğer yaralanmalar olarak sayılabilir. “ POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh. 27

⁵⁰⁷ “...şahsı zekeri melun’unu fecri mübareğin cidarında rabedirdiği anlaşılmakta ise de, duhul vaki olmadığına mübeyyin adli rapordur”(Tekirdağ Adli Tabibince verilmiş bir adli rapor örneği) Bkz; YAVUZ; a.g.s. , sh.98

muayeneleri olmak üzere iki katagoriye ayrılmıştır (md. 3.1.1). Muayenelerin hekimce, tıbbi deontoloji kurallarına göre ve CMK. ile “Beden Muayenesi Yönetmeliği” hükümlerine göre yapılması ve temel insan hak ve özgürlüklerine azami dikkatin gösterilmesi, kişinin sağlığını tehlikeye sokmayacak nitelikte olması gerektiği özellikle belirtilmiş, muayene ve örnek alma işlemlerinin bilirkişilik işlemi özelliği vurgulanarak, bu konuya ilişkin yasal hükümler genelge metnine alınmıştır. Genelgede adli olayların işlem önceliği olduğu vurgulanarak, adli olaylarda da tıbbi zorunluluk hallerinde, hekimin herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın tedavi amaçlı muayene veya müdahaleler yapabileceği de belirtilmektedir.(md. 3.1.7, 3.1.12) Genelgede CMK. ve Yönetmelikte belirtilen konular tekrarlanarak, adli raporların düzenlenmesi sırasında; muayene ve örnek alma işlemlerinin bu işlemleri yapmaya yetkili kişilerce buna uygun ortamlarda yapılması, adli raporların; objektif ve bilimsel bulgulara dayalı, tarafsız olması, ayrı bir rapor şeklinde, okunaklı el yazısı veya daktiloyla, muayene edenin ve kurumunun tüm bilgilerini içerir şekilde, tespit edilen tüm bulguların yer alacağı açıklıkta yazılması gerektiği, adli delil niteliği taşıyan tüm tıbbi bulgu ve sonuçların ilgisine verilmeyerek soruşturma mercilerine iletilmesi, mümkün olduğu kadar kesin raporlar şeklinde verilmesi talimatları bulunmaktadır.

Genelgede 5237 S. TCK. hükümlerine uygun şekilde raporların nasıl olması gerektiği belirtilerek, belirtilen katagorilere göre rapor formlarının nasıl olması gerektiği ve ne şekilde hazırlanıp ilgili adli veya idari mercilere verileceği ayrı ayrı belirtilmiştir. Bu genelge raporların hazırlanması sonrasında bir nüshası kurumda bırakılarak iki nüshasının mühürlü zarf içerisinde ilgili hakimlik veya Cumhuriyet Savcılığına iletilmek üzere kolluğa verilmesini düzenlemektedir(md. 3.3.1).⁵⁰⁸ Genelgenin ayrıntılı olması ve uygulayıcıya yol göstermesi nedeniyle olumlu hükümler içerdiği ve CMK. ve yönetmelikle uyumlu bulunduğu kanaatindeyiz.

⁵⁰⁸ Genelge metni için Bkz.; www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=genelge-7k-, *Adli tıbbi raporlarda en çok karşılaşılan sorunlar; adli bir makamın istemi olmadan rapor yazılması, muayene olacakların usulüne uygun gelmemesi, güvenlik önlemlerinin alınmaması, hekimin özgürce muayenesinin engellenmesi, adli raporların geç yazılması, rapor yazmaktan kaçınılması, kesin rapor verebilecekken geçici rapor verilmesi, sevk edilmesi, gereken gözlem , kontrol, konsültasyon ya da sevklerin yapılmaması, hekimin kendi bilgi, deneyim ve uzmanlık alanı dışında görüş bildirmesi, olayla ilgili yeterli bilgi ve bulgu edinmeden, kişiyi tam muayene etmeden rapor düzenlenmesi, rapor tekniklerine uyulmaması raporun tek nüsha ve okunaksız düzensiz rasgele yazılması olarak belirtilmektedir.* İ. Hamit HANCI: “Birinci Basamak Adli Raporlarında Yapılan Hatalar(1)”, **Türkiye Klinikleri Dergisi**, Hamit’in Yeri, Sayı 175, 26.4.2004

Adli raporlarda; muayene edilenin adı, yaşı, doğum tarihi, cinsiyeti, belgenin verildiği yer, muayene eden kişinin görev unvanı, adresi muayenenin başlama ve bitme zamanı, muayene yeri (polis karakolu, hastane bu iş için ayrılmış oda), muayene amacı mutlaka kaydedilmeli,⁵⁰⁹ muayene için rıza gösteren kişinin adı, fotoğraf ve örnek alımı, rapor yazımı belirtilmelidir. Muayene boyunca bulunan kişilerin isimleri, muayene boyunca diğer tıbbi personelin görevleri belirtilmelidir.⁵¹⁰ Muayene sırasında ilgili olarak görülmeyen iz ve delillerle, geçmiş tıbbi hikâye⁵¹¹ referans olarak bildirilmelidir.⁵¹²

Sağlık Bakanlığının “Adli Raporların Düzenlenmesi Hakkındaki Genelgesi” adli raporların düzenlenirken; içerik ve şekil itibarı ile Sağlık Bakanlığı’na hazırlanan ve oto-karbon tekniği kullanılarak 4 nüsha halinde doldurulacak olan ve 3 sayfadan oluşan "Genel Adli Muayene Formu" ile erkekler ve kadınlar için ayrı-ayrı düzenlenen ve 3'er sayfadan oluşan "Cinsel Saldırı Muayene Formları" nın kullanılması gerektiğini bildirmiştir. Muayene sırasında adli rapor düzenlenmesi için mutlaka yukarıda sözü edilen rapor formları kullanılmalıdır.⁵¹³ Raporlar (özellikle sonuç kısmı) okunaklı olarak el yazısı ile yazılmalı⁵¹⁴ ve mutlaka imzalı olmalıdır.⁵¹⁵

⁵⁰⁹ “Yapılan bir araştırmada; 2204 rapor formunda %22,41 de baba adı yok, % 6,8 de hayati tehlike hatalı, % 2,4 alkol durumu belirtilmediği, %12,97 raporu alanın % 4,17 de raporu yazan hekimin adı ve soyadının bulunmadığı tespit edilmiştir.”; M.A. ÇOLTU; D. DURAK R. Fedakar; “Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Servisinde Düzenlenen Adli Tıp Formlarının Değerlendirilmesi”, **Adli Tıp Bülteni**, 2000, 5/1, sh. 32-35

⁵¹⁰ POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh 27

⁵¹¹ *Örneğin mahkeme uzun süredir süren özürsüzlük ve kronik hastalığı bilmelidir. Bu durum mağdurun saldırı sırasında kendini savunmasının güç olduğunu gösterebilir. Muayene başlangıcıyla ilgili tartışma süreçleri doktor tarafından tıbbi bulgularla, yasadışı ilaç kullanımı, alkol alımı gibi haller açıklanır ve bununla ilgili bilgiler rapor edilir.* POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 27

⁵¹² Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği (RG 01.06.2005 Sayı: 25832) 9. maddesinin 6-8. fıkralarına göre; Hekim raporu üç nüsha hâlinde düzenlenir. Kolluk görevlileri tarafından, hekim raporunu verecek birime, yakalananın nezarethaneye giriş raporu mu, yoksa çıkış raporu için mi getirildiği yazılı olarak bildirilir. Yakalama veya nezarethaneye giriş raporunun bir nüshası raporu tanzim eden sağlık kuruluşunda saklanır, ikinci nüshası gözaltına alınana, üçüncü nüsha ise soruşturma dosyasına eklenmek üzere ilgili kolluk görevlisine verilir. Gözaltı süresinin uzatılması veya yer değişikliği ya da nezarethaneden çıkış sırasında düzenlenen hekim raporlarından; bir nüshası sağlık kuruluşunda saklanır, iki nüshası ise raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca kapalı ve mühürlü bir zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına en seri şekilde gönderilir. Bunlardan bir nüshası Cumhuriyet savcısı tarafından gözaltına alınanın kendisine veya vekiline verilir, bir nüshası ise soruşturma dosyasına eklenir. Bu raporların düzenlenmesinde ve Cumhuriyet başsavcılığına gönderilmesinde 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun 157 nci maddesinde belirtilen gizlilik kurallarına uyulur ve bu amaçla gerekli tedbirler ilgili sağlık kuruluşunca alınır.(YN)

⁵¹³ “Adli raporun istek yazısı altına yazılması istenebilir. Ancak, adli rapor mutlaka Sağlık Bakanlığı tarafından hazırlanan formlara yazılmalıdır. Raporlar, aşağıda yer alan bilgiler gözönünde bulundurularak ve Ek-4’de yer alan raporların doldurulması ile ilgili açıklamalara uygun olarak düzenlenmelidir” Genelge; C-e.

⁵¹⁴ TEZCAN; ERDEM; SANCAKDAR: a.g.e., ,sh. 164 vd.

Raporda muayenenin ayrıntıları yer almalı, mümkün olduğu takdirde tanımlanan bulguların fotoğrafları çekilip numaralandırılarak, beden taslağında kaydedilen yaralarla örtüştürülmeli, numaralar vücut şemasıyla ilgili fotokopilerde tanımlanmalı, tanımlanan yaralar vücut kısmı belirtildikten sonra yaranın durumu tanımlanarak ölçümleri yapılmalıdır.⁵¹⁶ Eski ve yeni bulgular birbirinden kesin olarak ayırt edilmelidir. Uzuv tadili olup-olmadığının saptanması için kişinin önceki görme, duyma hallerinin de tespiti gereklidir. Rapora bütün lezyonların kaydedilmesinin yanında, normal bulunan dokular da yazılmalıdır.⁵¹⁷ Raporda psikolojik konsültasyon, diğer incelemeler, hamilelik ve bulaşıcı testlerinin sonuçlarının da bulunması gerekir.^{518 , 519} Adli rapor tanziminde travmanın fiziksel boyutu kadar psikiyatrik boyutu da dikkate alınmalıdır.⁵²⁰

Raporun sonuç bölümü, ceza yargılamasına yön verecek olması nedeniyle önemlidir. Mümkün olduğu kadar, elde edilen bulgular ışığında bilimsel olarak yapılabilecek yorum veya öneriler yazılmalı, kesin, geçici veya ek rapor olup-olmadığı konusu mutlaka belirtilmelidir. Kesin bir kanıya varılması mümkün olmayan olgularda yol gösterici öneriler yazılabilir.⁵²¹ Bu kısımda, “adli makamlar tarafından sorulan sorulara mutlaka cevap verilmeli; ancak, sorulmamış olmakla beraber, adli soruşturmanın boyutunu etkileyebilecek durumlar da rapora yazılmalıdır. Sonuç kısmında belirtilenler, mutlaka saptanan travmatik lezyonlara ve tetkiklere dayanmalıdır. Bu bölümde, muayene edilenin alkollü olup olmadığı da belirtilmelidir.”⁵²²

Genelgede cinsel saldırı olaylarında kullanılmak üzere ayrı bir “cinsel saldırı formu” düzenlenmiştir. Erkekler ve kadınlar için ayrı-ayrı düzenlenen bu formda muayene edilenin rıza bölümü mutlaka adı, soyadı, adresi, tanık bilgileri yazılarak

⁵¹⁵ Y 4.CD 20.1.1975 tarih 757297 Esas 75/22 Karar; Bkz;Selami AKDAĞ: “ **Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Emsal İctihatlar ve İlgili Konular)**”, Olgaç Matbaası 1978 , sh. 158

⁵¹⁶ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 27

⁵¹⁷ Sağlık Bakanlığı Genelgesi A-3

⁵¹⁸ Ümit BİÇER; “28.01.2005 tarihli Özgür Politika Gazetesi,” beyanı (çevrimiçi), www.ozgurpolitika.org/2005/01/28/hab.25.html , 09.06.2005

⁵¹⁹ Sağlık Bakanlığı Genelge A-5

⁵²⁰ İ. Hamit HANCI: “**Adli Psikiyatri**”, Türkiye Klinikleri,Hamit’ in Yeri, Sayı 144, 22.09.2003, http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk22.html, 15.03.2005 (Travma; Organizmada değişime yol açan fiziksel ve/veya ruhsal bir şiddettir)

⁵²¹ AKSOY; a.g.e., sh.75

⁵²² Sağlık Bakanlığı Genelge A-6

imzalanmalıdır.⁵²³ Diğer hususların yanısıra bu formda perianal ve anal bölge dışı yaralanmalarda lezyon bulunan bölge işaretlenip, lezyonlar diagramda gösterilerek özellikleri tanımlanmalıdır. Perianal ve anal muayene ile kadınlar için genital muayene bölümlerinde lezyon bulunan bölge işaretlenip, lezyonlar diagramda gösterilerek özellikleri tanımlanmalıdır.⁵²⁴ Alınan biyolojik materyaller belirtilmeli, tetkiklerin tamamının veya bir kısmının yapılması imkanı olmayan yerlerde, saptanabilen muayene ve inceleme bulguları⁵²⁵ rapora yazılmalıdır.⁵²⁶

Raporun en altına ise raporu teslim alan görevlinin adı, soyadı ve görevi yazılıp imzası alınmalıdır. Adli raporlar içiçe iki zarfa koyulup mühürlenerek gizli şekilde adli mercilere gönderilmelidir. Adli raporların kolluk mensuplarına verilmeden doğrudan adli makamlara ulaştırılması asıdır. Uygulamada ise bu çeşitli zorluklar yaratmaktadır. Muayene edilecek kişinin kolluk refakatinde olduğu ve süre kısıtlaması olan hallerde adli mercilere bu raporların hangi vasıtayla ulaştırılacağı sorun yaratmaktadır. Mevcut haliyle uygulamadaki bu zorluğun herhangi bir yasal düzenlemeyle yukarıdaki ilkeye sadık kalınarak çözümlenmesi mümkün görülmemektedir.

Kanaatimizce: Kolluğun yakalama ve gözaltı durumlarında, refakatinde getirdiği şahısların raporlarının adli mercilere ulaştırılmasında aracılık yapmamasına ilişkin genel bir kural koymak yerine, bu yasağın, kolluğun zan altında olabileceği olaylara özgülmesi, yukarıda bahsedildiği şekilde çift zarf ve mühürleme yoluyla gizliliği sağlanmış ve sorumlusu belli olan durumlarda kolluğun raporları adli

⁵²³ Sağlık Bakanlığı Genelge B-2

⁵²⁴ Sağlık Bakanlığı Genelge B-3

⁵²⁵ Anlatımın dağılmaması açısından raporun içeriğiyle ilgili olan, yaralanmanın niteliğinin tespiti konularında özellikle 5237 Sayılı TCK ve 5271 Sayılı CMK nun yürürlüğe girmesi sonrası ortaya çıkan sorunlara burada girmemeyi uygun görmekteyiz. Son yasal değişiklikler sonrası gün olarak iş ve güçten kalmanın engellenmesi kistasına bağlı ölçümleme yerini iyileşmenin ne tür bir tıbbi müdahaleyle mümkün olabileceği şeklinde tasnife bırakmış durumdadır. (*Adli tıp açısından travma ağırlığının değerlendirilmesinde; belli kriterler çevresinde, temel anatomik bir skor sistemi olan Kısaltılmış Yara Skalası kullanılmıştır.*(Abbreviated Injury Scale-AIS) Necmi ÇEKİN: “Yeni TCK çerçevesinde Yaralanmalar”, 4. Adli Bilimler Sempozyumu Bildirisi, 20.05.2005 Elazığ)Yeni olan bu konuyla ilgili TTB ve Tabip Odaları ile uzman dernekleri tarafından yapılan çalıştaylarla listeler oluşturulmaktadır. Bkz; “Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi”; Editörler; GÜZEL, Sadullah,; BALCI , Yasemin; ÇETİN, Gürsel; Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Adli Tıp Uzmanlar Derneği, Adli Tıp Derneği çalışması, Yayınlanmamış Çalıştay Raporu, Mart-2005, “ **Yaralama Suçlarının Adli-Tıbbi Açından Değerlendirilmesi 2. Yargıtay-Adli Tıp Sempozyumu**”, Adli Tıp kurumu Yayınları, Ankara- Şubat 2005, ATK, ATUD, ATD; “Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi), Çalıştay Raporu, www.adlibilimler.com/Mart-2005, 04.04.2005

⁵²⁶ Sağlık Bakanlığı Genelge B-6

mercilere iletmesine izin verilmesi uygun yol olacaktır. Bu yaklaşım aynı zamanda, uygulamada var olan bir realitenin kabulü olmaktadır.

2. ÖRNEK ALMA

"Her Temas Bir İz Bırakır."

Dr. Edmon LOCHARD⁵²⁷

Ceza muhakemesinin zorunlulukları gereği, sanık, şüpheli, mağdur veya üçüncü kişilerin muayeneleri dışında vücutlarına el atmanın ikinci şekli; “bu kişilerin vücutlarından örnek alma amacıyla yapılan müdahalelerdir”. Ceza Muhakemesi Hukuku bu işlemi bir delil elde etme yolu ve koruma tedbiri olarak düzenlemektedir. Kendisine bağlanan hukuki sonuçlar ve düzenlemeler birbirine çok yakın olması nedeniyle, örnek alma işlemine ilişkin hukuki yapının vücudun muayenesi ile ilgili kurallarla birlikte anlatılması, aralarında olan ayrımların ilgili bölümlerinde belirtilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

Örnek alma işlemine ilişkin hukuki yapının tam belirtilebilmesi, Ceza Muhakemesi Hukuku amaçlı örnek alma işlemlerinin tıbbi deontoloji ve adli bilimler yönleriyle de, amaç, tür ve uygulanma şekillerinin açık dille aktarılabilmesine bağlıdır. Bu nedenle vücut muayenesinin tıbbi yönünün anlatılmasında kullanılan yöntemle sadık kalınarak örnek almanın da; kavramlarının önceden içlerinin doldurulmasıyla izahı gereklidir.

Çalışma konumuzun kapsamı; “canlı bir vücuttan ve ceza muhakemesi amacıyla yapılan örnek alma işlemidir”. Otopsi sırasında ve olay yerinde bulunan örneklerin toplanması konumuz kapsamı dışındadır. Vücudun muayenesi sırasında, muayene edilenin elbiseleri veya eşyaları üzerinde bulunan örneklerin, muayene ve örnek alma işlemi sırasında toplanması da konumuz dışında sayılmakla birlikte, özellikle, vücuda hekim veya onun gözetimindeki bir sağlık görevlisi dışındaki her hangi bir kimse tarafından el uzatılıp-uzatılmayacağı konusunun tartışılması ve bir

⁵²⁷ Dr. Edmon LOCARD XX. yy. başlarında Lyon’da ilk bilimsel kriminalistik laboratuvarlarını kuran ve uzun yıllar bu laboratuvarların yöneticiliğini yapan, modern adli bilimlerin öncüsü bir adli bilimcidir. Özellikle Fransız veliahdı olan 17. Lui’ nin 1845 yılında ölen Karl Wilhelm Naundorff isimli şahıs olduğunu, saç kılı sayesinde bir yüzyıl sonra 1940’lı yıllarda ispatlaması, adli bilimlerde örnek alma ile elde edilen delillerle suçluya ulaşma konusundaki pek çok çalışmanın başlangıç noktası sayılmaktadır. (H. Rifat EVİRGEN: “Adli Tababet- Saç ve Kıl Muayeneleriyle Suçlu Nasıl Bulunur”, **Adalet Dergisi**, Yıl 42, Haziran 1951, Sayı 6, sh. 841)

bütün halinde örnek almanın izahı zorunlulukları nedeniyle çalışmamız kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Aynı şekilde, genetik moleküler incelemeler de ayrı bir çalışma konusu oluşturan ve ayrı sistematiği olan bir alan olmasına karşın, günümüzde gen teknolojisinin gelişmesiyle bağlantılı olarak, DNA incelemeleri ağırlık kazanmış ve örnek alma işlemlerinin neredeyse yarıdan fazlası bu amaca yönelmiş bulunduğundan, bu konu da (ana hatlarını belirtir bir bilgi sunmak amacıyla) konumuz kapsamına alınmıştır. Bu tekniğin insan haklarını ilgilendiren yönünün daha ağır olması nedeniyle, yasa koyucu diğer örnek alma işlemlerinden farklı bir hukuki yapı düzenlemiş bulunmaktadır.

Ceza Muhakemesi Hukukunda, vicdani delil sisteminden bilimsel delil sistemine geçişin hızlanıp yoğunlaştığı günümüzde, delil oluşturmaları anlamında biyolojik materyallerin önemi her geçen gün artmaktadır. Faile ait biyolojik materyaller, olay yeri veya mağdurun üzerinde, mağdura ait materyallerde şüphelinin üzerinde bulunabilmektedir.⁵²⁸ Bu, salt suçluluğun değil suçsuzluğun ispatında da kullanılması⁵²⁹ nedeniyle önemlidir.

Bu konuda öncelikle yanıtlanması gereken sorulardan bir kaç; analiz amacıyla hangi materyallerin, hangi bölgeden, nasıl ve hangi uygun yöntemlerle, kim tarafından alınacağı ve laboratuvar incelemeye hangi uygun koşullarla gönderileceği, alınan sonuçların nasıl ve kim tarafından yorumlanıp, adli mercilere hangi yollarla ulaştırılacağıdır.

1904 yılından günümüze kadar biyolojik materyallerin analizi yoluyla bireylerin idantifikasyonu (tanımlanma-kimliklendirme) yapılmaktadır. Önceleri ABO kan grubu sistemleri, RH tiplendirme, HLA doku uygunluk antijeni (veya PGM), ADA ve GC gibi protin ve izoenzimler kullanılarak yapılan ve tam güvenilir olmayan yöntemlerin yerini günümüzde (ülkemizde 1990 yılından beri) DNA tiplemesi yöntemi almıştır.⁵³⁰ Ceza Muhakemesi Hukukunda örnek alma; kimliklendirme ve delil araştırması ve delil tespiti gibi amaçlara yöneliktir. “Kimlik Tespiti; Kimliği bilinen bir kimsenin vücut işaretlerinden yararlanılarak diğer

⁵²⁸ Hidayet TAHTACI: “Türkiye’de Biyolojik Materyallere İlişkin Yasal Düzenlemeler”, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp ABD. Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamıştır), İstanbul-2003

⁵²⁹ TAHTACI; a.g.e.,sh.4

⁵³⁰ TAHTACI; a.g.e.sh. 2-3

şahıslardan ayırt edilmesi⁵³¹, Kimlik Teşhisi ise; Tanınmayan bir kimsenin vücudun muayenesi ile elde edilen bilgilerden yararlanılarak diğer şahıslardan ayırt edilmesidir.⁵³² Delil ise maddi gerçeğe ulaşmaya, suç fail ve fiilini ve suçla kurban arasındaki ilişkiyi belirlemeye yarayan her türlü veriye verilen isimdir. Bu verilerin elde edilmesi veya elde edilmiş verilerin ilişkilendirilip yorumlanması amacıyla muayene ve örnek alma işlemleri zorunlu olabilmektedir.

a) TANIM (ÖRNEK-BİYOLOJİK MATERYAL)

“Örnek”: *İncelenmek üzere insan vücudunun herhangi bir yerinden alınan doku parçası*, **“Örnek Almak”** ise; *bu dokunun alınması işlemidir.*⁵³³

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin (RG 01.06.2005) 3. maddesindeki tanımıyla **Örnek**: *“Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyal”* olarak, moleküler genetik incelemeler de ise, *“bu amaçla olayın taraflarından alınan biyolojik materyal”*, 5271 Sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun 79. maddesi anlamında ise; *“Moleküler genetik incelemeler yapmak üzere olayın çözümlenmesi için gereken türde biyolojik materyal”* olarak tanımlanmaktadır. **Biyolojik**: *“Canlı organizmalarla ilgili şeyleri”*⁵³⁴, **Biyolojik Materyal**⁵³⁵⁻⁵³⁶ **(Madde)**⁵³⁷; *“kan, saç, kıl, tükürük, kemik, seminal sıvı, sperm, vajinal yayma, anal yayma gibi insan kaynaklı doku ve sıvılarla, bunların üzerinde bulunma olasılığı olan canlı organizmasına ait her türlü materyalimaddeyi,*⁵³⁸ **İnsan Kökenli Biyolojik Madde**; *“İnsan vücuduna ait olan her türlü biyolojik maddeyi”*⁵³⁹ ifade etmektedir.⁵⁴⁰

⁵³¹ Yaşar BİLGE: “Adli Tıp”, Birinci Baskı, Üçbilek Matbaası, Ankara-2005, sh.; 4

⁵³² BİLGE:a.g.e. sh.10

⁵³³ **TÜRKÇE SÖZLÜK**, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005, sh. 1548

⁵³⁴ AKINCI: a.g.e., sh. 11

⁵³⁵ Uluslar arası İnsan Geni Verileri Bildirgesi Biyolojik örnekleri, “İçinde nükleik asitlerin bulunduğu ve bir bireyin tipik genetik yapısını içeren herhangi bir biyolojik materyal (örneğin kan, deri ve kemik hücreleri veya kan plazması)” olarak tanımlamıştır.(md. 2 (iv))

⁵³⁶ “*Örnek Ermenice kökenli, materyal ise İngilizce kökenli kelimeler olup ikisi de aynı anlama gelmektedir.*” ; BAĞDATLI; a.g.s., sh.125

⁵³⁷ AKINCI: a.g.e. sh. 11

⁵³⁸ F. Kemal YERLİ: “**Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller ve Adli Tıp Yönünden İncelenmesi**” İstanbul Üniversitesi Adli Tıp ABD. Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamıştır) İstanbul-2001, sh. 2, TAHTACI; a.g.e.sh.2

⁵³⁹ AKINCI: a.g.e. sh. 12:Bu tanım 3678 Sayılı Yasa ile Medeni Kanun 23. maddede yapılan değişiklikle mevzuatımıza girmiştir.

Organ : “Canlı bir organizmanın, dokulardan oluşan, belirli bir görevi olan ve sınırları kesin olarak tespit edilebilen kısım”,⁵⁴¹ **Doku**; “Çok hücreli canlılarda yapı ve fonksiyon olarak birbirine benzeyen ve anatomik olarak bir bütünlük gösteren unsurlarından (hücreler-lifler) meydana gelen yapı”⁵⁴² anlamındadır. Organlar dokuların birleşmesinden oluşur. Organların sınırları ve fonksiyonları belirlenirken dokuda bu özellikler yoktur. Doku yenilenebilmekte, organ (deri haricinde) yenilenememektedir.⁵⁴³

İngiliz Hukukunda; örnek tanımında özel olmayan örnekler ve mahrem numuneler (özel örnekler) olmak üzere ikili bir ayırım yapılmaktadır. Mahrem numune; kan, meni veya bir başka doku sıvısı, idrar veya kasık tüyü numunesi, bir diş kalıbı, bir insanın ağız dışında bir vücut deliğinden ilaçlı pamukla alınan bir numune demektir. Özel olmayan örnekler ise; kasık tüyünden başka bir tüy numunesi, bir tırnaktan veya tırnak altından alınan örnek, bir insanın vücudundan ağız dâhil (fakat herhangi bir vücut deliği hariç) herhangi bir kısmından ilaçlı pamukla alınan bir numune, salya ve bir deri izi olarak sayılmaktadır.⁵⁴⁴ Bu ayırım Alman Hukukunda yoktur. Alman Hukuku örneğin alınma yöntemine dayalı bir tasnifle vücuda müdahale yoluyla alınanlar veya basit işlemle alınanlar olarak örnek alma işlemlerini düzenlemektedir.

Örnek alma süreci; örneklerin toplanması, kodlanması, korunması ve imhası şeklinde işlemektedir.⁵⁴⁵

Genel olarak örnek almada “klasik”, “özel amaçlı” ve “doğrulamalı (karşılaştırmalı yöntemler içeren) yöntemler”⁵⁴⁶ olmak üzere üç tür yöntem kullanılmaktadır.

⁵⁴⁰ AKINCI: a.g.e. sh. 13 (Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 236. toplantısında kurulan Uzmanlar Komitesi “organ” ve “doku” kavramlarının yerine daha geniş olan “İnsan Kökenli Biyolojik Madde” kavramının kullanılmasını kararlaştırmıştır.)

⁵⁴¹ MEYDAN LAROUSSE Cilt 9, sh. 585- Ana Britanica Cilt 7 Sayfa 149, AKINCI: a.g.e. sh. 10

⁵⁴² MEYDAN LAROUSSE Cilt 3, sh. 799- Ana Britanica Cilt 7 Sayfa 393, AKINCI: a.g.e. sh. 11

⁵⁴³ AKINCI: a.g.e.sh. 11

⁵⁴⁴ 2001 Ceza Adaleti ve Polis Kanunu” nun 80/(5) maddesiyle değişik PACE 65/1); wef 01.01.2003 C08 SI 2002/3032, D:FORENSIC PROJECT\DNA_tr.doc. S.T.-S.A.-S.L. (çevrimiçi)

⁵⁴⁵ BAĞDATLI; a.g.s.

⁵⁴⁶ BAĞDATLI; a.g.s.

b) ÖRNEK ALACAK KİŞİLER VE ZAMANI

Örnek alınabilmesi ancak; adli mercilerce usulüne uygun şekilde verilmiş bir karar ve istem sonrasında, bir hekim veya türüne göre hekim nezaretindeki deneyimli⁵⁴⁷ sağlık personeli tarafından mümkündür. Özellikle, girişimsel (invaziv) yöntemlerin kullanıldığı örnek alma işlemlerinde, bizzat hekim, bazı hallerde de (vajinal tuşe, cut down yöntemiyle kan alma, sürüntü vs.) o konuda uzman hekimin bu işlemi icra etmesi şarttır.

Örnek alma zamanı ceza muhakemesi açısından çok önem taşımaktadır. Ne kadar süre sonra ve hangi tarih ve zamanda örnek alındığının bilinmesi, soruşturma ve kovuşturmanın yönü kadar yapılan tespitlerin sıhhatiyle de doğrudan bağlantılıdır. Olayın hemen sonrasında, usulüne ve amacına uygun şekilde örnek alınması ve alan kişinin, alınma zamanının, istemde bulunanın belirtilmesi, ayrıca mukayese örneklerinin alınarak gecikmeksizin laboratuvar incelemeye gönderilmesi gereklidir.

İngiliz hukukunda; gerekli olduğu hallerde, cezaevinde veya kişinin bulunduğu hastanede de örnek alınabileceği kabul edilmektedir. (PACE md. 63A/(3), 63A/(3A), 63A/(3B))

c) ÖRNEK ALMA ÇEŞİTLERİ VE ANALİZE UYGUN ŞEKİLDE ALINMA YÖNTEMLERİ

Konumuz kapsamındaki biyolojik materyalin alınma şekilleri ve türleri amaca göre farklılıklar göstermektedir. Vücuttan alınan örnekler çok çeşitlilik arz etmekte ise de alındığı yer olarak, “vücudun üzerinden alınanlar” ve “vücut ve vücut boşluklarından girişimsel (invaziv) yöntemlerle alınanlar” olarak ikili bir sınıflandırma yapılabilmektedir. Aynı şekilde alınan materyalin cinsine göre; kan, saç, kıl, kemik, tırnak, deri parçası, semen, gaita gibi doku örnekleri, idrar, tükürük, seminal, sperm, vajinal ve anal yayma gibi vücut sıvıları olarak çeşitlendirilmektedir.

Biyolojik materyaller yoluyla, kanda alkol ve uyuşturucu madde, cinsel saldırılarda sperm ve vajina sıvısı kalıntıları arandığı gibi, şüpheli, sanık, mağdur

⁵⁴⁷ TAHTACI; a.g.e., sh. 7, INTERPOL, 67th General Assembly Session Cairo, 22nd – 27 October 1998, DNA Profiling, 10–15

veya üçüncü şahısların üzerlerinde bulunan biyolojik kalıntılar vasıtasıyla kimlik tespit ve teşhis işlemleri yapılmaktadır. Aranılan delilin veya örnek almanın amacına göre örnek alınan yerler ve analiz türleri farklılaşmaktadır.

Başlıca biyolojik materyalin analize uygun şekilde alınma, korunma, laboratuara sevk ve analiz yöntemlerini şu şekilde sıralayabiliriz;

(1) KAN

Kan tıbbi açıdan “*doku*” kabul edilmekte ve kanıtların arasında en hassası⁵⁴⁸ sayılmaktadır.⁵⁴⁹ Sadece deneyimli bir tıbbi personel kişiden kan alabilir.⁵⁵⁰ İki ayrı steril enjektöre⁵⁵¹ 5–7 ml. Venöz (ökol toplardamar) den alınır, karıştırılır.⁵⁵² Kişilerden steril enjektöre kan alınırken cilt yüzeyine antiseptik olarak alkol veya alkollü herhangi bir sıvı sürülmemesi gerekir. Alkol analizi için steril enjektöre 5 ml. aynı zamanda toksik ve uyutucu uyuşturucu madde analizi de istenirse 15 ml. ökol toplardamardan (venöz) alınır (2-48 saat aralığı analiz için). Hemolize olmaması için NaF veya Na-Sitrat ilave edilir, +4°C de muhafaza edilip etiketlenerek ED-TA lı tüplerde⁵⁵³ soğuk zincir yöntemiyle en kısa zamanda⁵⁵⁴ sevk edilmelidir. Mümkünse kurye ile gönderilmelidir. Alkol (etanol, metanol),organik solvent (Toluen, Ksilen, Hegzan, Heptan, Etilasetat), Uyutucu, Uyuşturucu(Benzodizepin, Opiat, Esrar, Cocain, Barbitürat, Amfetamin, Eroin, Methadon, TCA), her türlü ilaç ve toksik analizi, kloroform, eter, DNA (Genetik Moleküler İncelemeler), grup faktör tayini, mikrobiyolojik kültür analizleri için kullanılır. Şahsa son üç ay içerisinde kan nakli yapılmışsa, kan veren şahsın DNA materyalinin kan alan kişinin DNA materyali ile karışmış olabileceğinden dolayı, kan alımından vazgeçilmeli, saç veya yanak içi epitel dokudan sürüntü (*buccal swab*) alınmalıdır. Kanın serum kısmı-plazması-bütün kana göre % 15 oranında fazla su içerdiğinden, burada ki alkol derişimi kana göre farklı değerde olacaktır. Bu nedenle, alkol analizlerinde kan karıştırılmalı, kan

⁵⁴⁸ TAHTACI; a.g.e. Sh 6: “*Kan lekesinin stabilitesi kan grubuna bağlı olarak birkaç gün içinde değişir. Hava almayan labta (plastik gibi) saklanan nemli veya ıslak kan birkaç gün içinde kullanılmaz hale gelir.*”

⁵⁴⁹ AKINCI; a.g.e. sh. 11

⁵⁵⁰ TAHTACI; a.g.e., sh . 4, 7

⁵⁵¹ AKSOY; a.g.e. sh. 54

⁵⁵² ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh. 185

⁵⁵³ TAHTACI; a.g.e.,Sh 7, INTERPOL; “DNA-Profiling”, sh11

⁵⁵⁴ TAHTACI; a.g.e.,sh. 8

alım tarih ve saati mutlaka etikete yazılmalıdır.⁵⁵⁵ Kişi üzerinde bulunan kan sıvı ise temiz bir pamuklu beze emdirilmek veya sürüntü almak (swaplamak), kuru ise distile su ile nemlendirilmiş temiz bir beze emdirilmek veya sürüntü almak (swaplamak) suretiyle alınır.^{556,557}

Kan örneği alma yoluyla elde edilen bilgiler farklı hedeflerin tespitine yönelik olabilir.⁵⁵⁸ Mehz Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda kan örneği alınacak haller; kadının dölleme durumunu, alkol yoğunluğunu, uyuşturucu alınıp alınmadığını,⁵⁵⁹ HIV virüsünü tespit veya gen analizi⁵⁶⁰ haller olarak sayılmaktadır.⁵⁶¹ Alman hukukunda kan alımı (OWiG 46 IV) basit hak ihlali olarak görülmekte ve basit suçların takibinde bu önlemin uygulanmasında bir aykırılık görülmemektedir.⁵⁶² Kan numunesi alma (StPO § 1. f. 2. cümle) bedensel müdahale olarak görülmekte,⁵⁶³ zorunlu hallerde tamamen zararsız olarak uygulanması önerilmektedir.⁵⁶⁴ Bu karar aynı zamanda kapsamlı bir muayene kararı ile de ilişkilidir.⁵⁶⁵ Alman öğretisinde bazı yazarlarca alkol oranının nefes alkol analiz aleti kullanarak tespit edilebileceği hallerde zorunlu kan alımı izinsiz olarak kabul edilmektedir.⁵⁶⁶

⁵⁵⁵POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.131-133, HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e., sh.563, “Olay Yerinin İncelenmesi JGK; a.g.e.,13.bölüm, q/Aamp DNA Mini Kit and q/Aamp DNA Blood Mini Kit Handbook (Buccal swap), 02/2003, sh.11, “Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi , 2005, (Yayınlanmamıştır) sh.32,

⁵⁵⁶ TAHTACI; a.g.e. sh. 8

⁵⁵⁷Kanda alkol muayenesi için örnek alma konusu özel muayeneler bölümünde ayrıntısıyla anlatılmıştır.(YN)

⁵⁵⁸ Bu haller için ayrıntılı bilgi hakkında Bkz.; ÖZDEMİR; “İz Bilim”, sh. 189-193

⁵⁵⁹ Klaus WIRTH; Sabine SWOBODA ; “Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci ve İkinci Bölüm)”, (Çeviren; Hakan HAKERİ), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat-2006, sh. 60

⁵⁶⁰ “*Kan örneği alınarak yapılan genom analizi sanığın işlediği suç ile ilişkisi bulunamayabileceği endişesiyle uygulanır. Aksi takdirde sanık “suçlu olarak” tutuklanabilir (LG Darmstadt NJW1989, 2338)*” Jost BENFER.; “**Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren**”, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990sh. 200, no. 18

⁵⁶¹ LÖWE/ROSENBERG: a.g.e., sh. 136, no. 81a. 40, , BENFER; a.g.e., sh. 200, NO: 16,

⁵⁶² BENFER; a.g.e. sh. 200, no. 17 (OLG Köln NSTZ 1986, 234 ile karşı.)

⁵⁶³ Lutz GOSSNER-MEYER.; “**Strafprozessordnung**” Beckliche Kommentare, Band 6, Mit GVG Und Nebengesetzen, 48. Auflage, Verlag C.H. Beck, München-2005

⁵⁶⁴ GOSSNER-MEYER; a.g.e., Sh. 257 81a, No. 13 (Köln NSTZ 86, 234, Krause/Nehring 4, Rittner BA 81, 161v)

⁵⁶⁵ “*Örneğin; trafikte içkili olduğunun tespiti için yapılan bedensel muayene ve kandaki, alkol oranının olay mahallinde tespitine yönelik, ya da gerektiğinde suç ehliyetinin tespitine yönelik bir muayenedir.*” GOSSNER-MEYER; a.g.e., Sh. 257 81a, No. 13

⁵⁶⁶ GOSSNER-MEYER; bu yazarları Janiszewski (129, 339 ff.) Arbah-Zadieh (84, 2615) olarak saymaktadır. (GOSSNER-MEYER; a.g.e., Sh. 257 81a, No. 13), Heinz SCHÖCH ; “Uyuşturucu Madde Etkisi Altında Araç Kullanmanın Kriminolojik Görünüşleri”, (Çeviren; Ali Kemal YILDIZ), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve**

Alınan kan örneğinin kullanımına her dava aşamasında izin verilir ve bu sadece sanığın lehine veya aleyhine değil suça katılanların hepsi için geçerlidir. StPO § 81 c para 5 cümle 2, 81a para 3'e göre; "ilgili davadan başka bir davada faydalanma (örneğin Medeni Hukuk davalarında) tehlikeyi önlemek adına (örneğin ilgilinin bulaşıcı bir hastalıktan muzdarip olup olmadığını tespit etmek amacı ile) veya bilimsel araştırmalarda faydalanılmasına izin verilir."⁵⁶⁷

Yasal dayanakla alınan kanın başka amaçla da kullanılma düşüncesiyle alındığı hallerde StPO § 81a bedenin içine müdahaleyi de kapsadığından, bu vücut bütünlüğüne zarar verme olarak kabul edilmemektedir.⁵⁶⁸ Zira yasanın ihlalinin kan alımı anında iğnenin batırılması sırasında gerçekleştiği, Laboratuvar incelemesinin bundan tamamen farklı olduğu düşüncesi egemendir.^{569, 570}

(2) İDRAR

Bazı durumlarda, suç ehliyeti veya suç durumunu açıklığa kavuşturmak ve sanığın kesin olarak belirlenen ilaçları aldığına ve alınan bu ilaçların alkol ile etkisini artırdığına yönelik bilgiler bulunduğu, (uyuşturucu veya ilaç alındığına dair emareler bulunması hallerinde) kanıt olabilecek idrar tahlillerine gerek duyulabilir.⁵⁷¹ Aynı şekilde, zehirli maddeler insan vücudunda kanda tespit edilemediğinden idrar örneği alınması zorunludur.⁵⁷² Alman hukukunda; sanığın rızası dışında alınan idrar numuneleri ağırlı, ağır yasal hak ihlali kabul edilmekte, sadece ağır suçlarda ve dava için çok önemli görülen suçlarda idrar örneği alınmasına izin verilmektedir.⁵⁷³

Ceza Hukuku", (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat-2006, sh. 1 39

⁵⁶⁷ "Kan StPO 81a ya göre alınabildi ise alınan kan örneğinin başka amaçlarla kullanımı ve emniyete alınması izni de verilmiş (OLG Celle, NStZ 1989, 385, Kleinnecht (Meyer-Gosner 81a no.33) olmalıdır.: WILHELM: a.g.e., sh.5 , LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 202, no. 81a. 55 (Ayrıntılar için § 81 a 79 ff ile karşılaştırınız.)

⁵⁶⁸ BENFER; a.g.e. sh. 200, no. 17, Janker NJW 1987, 2897, 2901

⁵⁶⁹ BENFER; a.g.e. sh. 200, no. 16a, JuS 1988, 8, 13 (Dn. Michel' inde sonuç kanaati aynıdır.)

⁵⁷⁰ "Eyaletler, suçlarda kandaki alkol oranının tespitine yönelik 1977 deki Federal Eyalet Düzenlemesine tabidir ve buna ilişkin usulsüzlük cezaları tayin etmişlerdir. (Janiszewski/Jagow/Burman 316. StGB ye yönelik StVO 18. Baskı, 40) Burada tanımlanan sarhoşluk şüphesindeki alkol testi kan alımı için yasal olarak ön şart değildir. (Bkz.;Köln NStZ, 686, 234. AIDS testi için kan alımı konusunda Meyer JR 90,358)": GOSSNER-MEYER; a.g.e., Sh. 257 81a, No. 13

⁵⁷¹ BENFER; a.g.e. sh. 201, no. 19

⁵⁷² BENFER; a.g.e. sh. 201, no. 19

⁵⁷³ BENFER; a.g.e. sh. 201, no. 20 (KMR 81a n.8)

İdrar örneği sağlık kuruluşunda, hekim gözetiminde ağzı kapalı sert plastik ambalaj içerisine 50 ml. alınır.(uyutucu, uyuşturucu analiz⁵⁷⁴ taleplerinde mutlak suretle alınmalıdır.)⁵⁷⁵ Herhangi bir kimyasal koruyucu ilave edilmez, +4°C de buzdolabında saklanır. Eğer laboratuara geç ulaştırılması ihtimali varsa biraz sodyum nitrat (NaN₃) konur. +4°C de mutlaka etiketleme yapılarak, mümkünse kurye ile soğuk zincir yöntemiyle sevk edilir. Uyuşturucu, ilaç analizi ve zorunlu hallerde alkol analizi, DNA⁵⁷⁶ gebelik test analizi için alınır.⁵⁷⁷ Diyabetli hastalarda glikozun fermentasyonundan (mayalanmasından) dolayı etil alkol seviyesi pozitif (+) çıkabilir. İlaç ve kimyasal maddelerin idrardaki konsantrasyonu kana göre daha yüksektir. Bu nedenle idrar toksikolojik analizlerde tercih edilen vücut sıvısıdır. İnvaziv yöntemle idrar alımında bir miktar lokal anestezi içeren kateter sıvısının karışabileceği unutulmamalıdır.⁵⁷⁸

İngiliz Hukukunda idrar örneğinin hekim veya tıp mesleği mensubu olmayanlarca da alınabileceği kabul edilmiştir.(PACE md. 62/(9) Ancak, burada kastedilenin vücuda müdahale şeklinde kateter yoluyla idrar örneği alma olmadığı açıktır.

(3) GAİTA

Zorunlu hallerde kapalı kaplara alınır. Kimyasal koruyucu kullanılmaz. Çok çabuk bozulduğu için hemen +4°C de saklanmalı ve soğuk zincir yöntemi ile etiketlenerek sevk edilmelidir.⁵⁷⁹ DNA ve mikrobiyolojik analiz için kullanılır. Ancak kontaminasyona (biyolojik bulaşma) ve bakteriyel bozulmaya çok açık olduğundan genellikle sağlıklı sonuç alınmamaktadır.⁵⁸⁰

(4) CİNSEL SALGILAR

⁵⁷⁴ Kan örneklerinde 1-3, idrarda ise 6 güne kadar uyuşturucu madde tespiti yapılabilmektedir. Bkz; “Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi , 2005, Yayınlanmamıştır, 11-4, INTERPOL; “DNA-Profiling”, sh12

⁵⁷⁵ ÖZDEMİR;“İz Bilim”, sh.201

⁵⁷⁶ İdrar/kan:1.35 (YN)

⁵⁷⁷ POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.132

⁵⁷⁸ Yücel DENER: “Alkol ve Madde Analizi”, Sunum (Yayınlanmamıştır)

⁵⁷⁹ INTERPOL; “DNA-Profiling”, sh. 11, ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh. 201

⁵⁸⁰ POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.140

(a) VAJİNAL MATERYAL⁵⁸¹

Sürüntü (swap), silinti (smear) ve yıkama sıvısı şeklinde alınır. Olgunun özelliğine göre spekulum kullanılabilir. Arka “*fonix*”, üst ve alt duvarlardan olmak üzere üç bölgeden alınır. Arka fornix’ten almak için swap, pipet veya plastik puar kullanılır, Smear: yayma ya da sürüntü; ucu pamuk sarılı pensle veya steril eldivenle arka fornix silinip lam üzerine sürülmesi şeklindedir. Yıkama: Vajinanın serum fizyolojik ile yıkanarak, toplanan sıvının santrifüj edilmesi ve tüp dibindeki kalıntının analiz edilmesi yöntemidir. Kontaminasyonu önlemek için steril özel koruma kaplarına alınır. Koruyucu ilave edilmez. +4°C de saklanmalı, mağdur ve sanığa ait örneğin birbiri ile teması önlenmeli, etiketlenerek soğuk zincir yöntemi ile sevk edilmelidir. 72–96 saat süreye kadar vajinal spermatozoa tespiti (kimliklendirme) yapılabilmektedir. Diğer vücut sıvıları pastör pipetleriyle veya steril bir şırınga ile toplanmalıdır⁵⁸²

(b) DÜŞÜK-KÜRETAJ MATERYALİ- AMNİYON SIVISI/KORYON VİLLUS ÖRNEĞİ

Düşük küretaj malzemesi herhangi bir koruyucu madde konulmadan bütün olarak, amniyon sıvısı/koryon villus örneği de jinekolog tarafından ultrason kullanılarak ve herhangi bir koruyucu konulmadan iki tüpte 20 cc cam tüp içinde 24 saat içinde soğuk zincirde gönderilmelidir.⁵⁸³

(c) VULVA VE PERİNE SÜRÜNTÜSÜ (VULVA VE PERİNE SWAP)

“VULVA”: harici genital bölgeye, “PERİNE”: testisler veya vajina ile anüs arası kısma verilen isimdir. Serum fizyolojik ile ıslatılmış swap kullanılır, iki ayrı swap vulva ve perineye döndürülerek sürülür. +4°C de özel swap kaplarında saklanıp, kimyasal koruma uygulanmadan, etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle

⁵⁸¹ ÖZBEK; a.g.e., POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.243-245

⁵⁸² TAHTACI; a.g.e. sh. 7, INTERPOL; “DNA-Profilin”, sh12

⁵⁸³ Gürol CANTÜRK; Yücel DENER: “Madde İle İlişkili Bozukluklar ve Madde Analizi”, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Yayınlanmamıştır..sh.32

sevk edilmelidir. Şüpheliden alınması büyük önem taşır, kimliklendirme amacı ile DNA analizi için kullanılır.⁵⁸⁴

(d) AĞIZ-YANAK İÇİ SÜRÜNTÜSÜ (BUCCAL SWAP)

“*BUCCAL*”; Yanak içi epitel dokuya verilen isimdir. Kişinin yarım saat öncesine kadar gıda almaması gerekir. Steril Swap çubukla alınabildiği gibi, filtre kâğıdı veya su ile çalkalayıp çalkantı suyu da kullanılır. Kendi steril tüpünde +4°C de saklanıp, kimyasal koruma katılmadan, etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle sevk edilmelidir. DNA analizi için kullanılır, cinsel saldırı olaylarında mevcutsa spermatozoit bulunması olasılığı vardır.⁵⁸⁵

(e) PENİSTEN SÜRÜNTÜYLE ÖRNEK ALMA (PENİL SWAP)

Cinsel suçlarda, irza geçme olaylarında şüpheli ve sanığın penisinin üzerinde kalabilen mağdur veya üçüncü şahıslara ait biyolojik materyalin alınması için gerekli bir işlemdir. Genel swap yöntemleri kullanılarak alınır. Burada sadece spermatozom değil aynı zamanda epitel hücrelerde alınmalıdır. Bu biyolojik materyal DNA analizinde kimliklendirme amacıyla kullanılır.⁵⁸⁶

(f) MENİ-SEMEN

Steril şartlarda laboratuvar ortamında örnek toplama kabına alınmalıdır. Örneklerin dondurucuda saklanmasıdır. Kimliklendirme için rutin alınması gerekmemektedir. Semen vajina içindeki varlığı özel kimyasal reaksiyonlarla gösterilebilmektedir.⁵⁸⁷ Ancak üzerinde meni lekesi olduğu düşünülen giysi doğal yolla kurutulduktan sonra temiz kâğıt torbalar⁵⁸⁸ içine alınır ve etiketlenerek sevk edilir.⁵⁸⁹ Kimlik tespiti amacı ile DNA analizi, spermogram için kullanılır.⁵⁹⁰

⁵⁸⁴ HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e. sh.435, POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.242, INTERPOL; “DNA-Profiling”, sh.13

⁵⁸⁵ HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e. sh.435, CANTÜRK;DENER; a.g.e.sh.32

⁵⁸⁶ BAĞDAT; a.g.s.,sh.123

⁵⁸⁷ AKSOY; a.g.e. sh. 62; (Florence Testi, Asit Fosfataz Testi, Kretinin Fosfokinaz Testi, gibi)

⁵⁸⁸ BAĞDAT; a.g.e.,sh.123, YAVUZ; a.g.s., sh.99

⁵⁸⁹ ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh. 203

⁵⁹⁰ N. AÇIKGÖZ; .HANCI İ H; ÇAKIR A H “DNA Laboratuvar İşleyişi”; **STED**, 2002, Cilt 11, sayı 4 (ayrıca www.medicine.ankara.edu.tr/internalmedicine/forensic_medicine/dnalabis.html.21.06.2005)

Seksüel saldırılarda mağdurların muayenelerinin hastane ya da uzman hekimin ofisinde yapılması, toplanan vajinal, anal ve oral deliller için standardize edilmiş tüpler kullanılması, dondurulan delillerin acilen laboratuara gönderilmesi gereklidir.⁵⁹¹ Cinsel saldırılarda en önemli delillerden biri spermdir. Bu hem kimliklendirme hem de ispat vasıtası olarak önemlidir. Sperm ve semenin vajinada varlığı cinsel ilişkiyi delillendirmekteyse de bulunmaması cinsel saldırı olmadığı anlamı taşımamaktadır.⁵⁹²

(5) EL-KOL-YÜZ-ANAL SÜRÜNTÜSÜ

El, kol ve yüzden swap almak daha çok atış artıkları veya mağdura ait izlerin şüpheliden saptanması amaçlarına yöneliktir. Atış artığı partiküller(parçacıklar) bu bölgelere yerleşmekte ve çok küçük olmaları nedeniyle yıkama, silme veya diğer çevre etkileriyle kaybolabilmektedirler. Bu nedenle 5-6 saat içinde tutanakla sürüntü alınması gerekir. Swap; her şahıs için sağ el iç, sağ el dış, sol el iç, sol el dış olarak toplam dört adet olmak üzere sürüntü lifleri kullanılarak alınır.⁵⁹³

Anal sürüntü ise; uzman tarafından steril frotti çubuğu ile anüs dış mukozasından sürülerek, daha sonra ikinci bir swapla içeri sokularak rektumdan alınır. Kimyasal koruyucu konulmaz, özel frotti çubuğu kabında +4°C de saklanıp, etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle sevk edilir. Kimliklendirme amacı ile anal spermatozoa (DNA) analizi için kullanılır.⁵⁹⁴

(6) SAÇ-KIL

Saç örnekleri kafanın üst, ön, arka ve yan kısımlarından kök folikülü içerecek şekilde 8–10 adet el ile çekilerek en az 50 mg.(20 adet) alınmalıdır.⁵⁹⁵ (Her bölge ayrı-ayrı paketlenmeli) Kesinlikle makas vb. alet kullanılmamalıdır. Saçın uzunluğu, alınması muhtemel ilacın kullanım zamanı için önemlidir. Kâğıt zarflar içerisine konularak, oda ısısında kuru ve temiz yerde saklanmalıdır. En kısa sürede

<http://www.ttb.org.tr/STED/dted0402/dna.pdf> sh. 128; CANTÜRK;DENER; a.g.e .sh.32, OLAY YERİNİN İNCELENMESİ, JGK, a.g.e.13.bölüm,

⁵⁹¹ TAHTACI; a.g.e. sh. 11

⁵⁹² AKSOY; a.g.e. sh. 67

⁵⁹³ “Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi, 2005, (Yayınlanmamıştır), 11–6

⁵⁹⁴ OLAY YERİNİN İNCELENMESİ, JGK, a.g.e.13.bölüm, INTERPOL; “DNA-Profilng”, sh13

⁵⁹⁵ ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh.194 (Geniş bilgi için Bkz. a.g.e. sh.193-199)

etiketlenerek ve yönetmeliklere uygun olarak laboratuara gönderilir. Kimliklendirme amacı ile DNA analizi veya mikroskopik inceleme uyutucu, uyuşturucu analizi (Benzodizepin, Opiat, Esrar, Cocain, Barbitürat, Amfetamin, Eroin), ölüm durumunda ise ağır metal analizi yapılır. Saç ve diğer kıl örneklerinin; mutlaka keseli şekilde, yani kıl kökünün içinde bulunduğu kesecikle (kök folikülü)⁵⁹⁶ birlikte alınmasına dikkat edilmesi gerekmektedir.⁵⁹⁷

İngiliz Hukukunda kasık kılları dışındaki bir kıl örneğinin (örneği alanın, makul olandan fazlasını koparmadığı sürece) ya kılları kesmek, ya da kılları kökünden koparmak suretiyle alınabileceği kabul edilmektedir. (PACE md. 63A/(2))

(7) KASIK (PUBİS) KILLARI

Kriminal laboratuvarlarına gönderilen kıl örnekleri olay yerinden bulunacak kıllar ile şüpheli şahıs ve şahıslardan alınacak kıl örnekleri olmak üzere iki grupta değerlendirilir. Özellikle tecavüz olaylarında dikkatle incelenmeli, taranmalı⁵⁹⁸ ve yabancı bir kılın varlığı araştırılmalı, bulunması durumunda steril cımbızla toplanmalıdır. Mağdurun pubisinden 10–12 adet kıl örneği alınmalıdır. Farklı olabilecek kıllar ayrı kâğıt zarflar içine konulmalıdır. Oda ısısında kuru ve temiz yerde saklanmalıdır. Islak olabilecek kıllar kurutulmalıdır. Her bir kıl ayrı-ayrı etiketlenerek, yönetmeliklere uygun olarak laboratuara gönderilir. DNA analizi, mikroskopik inceleme ve analizi yapılır.⁵⁹⁹

(8) TÜKÜRÜK- ISIRIK VEYA EMİLMEYE AİT LEZYONDAN TÜKÜRÜK

Tükürük örneği alınırken, 2–3 ml. tükürük bir filtre kâğıdına emdirilir.⁶⁰⁰ Ayrıca buccalswap (yanak içi sürüntüsü) bölümündeki işlem de yapılabilir. Rutinde kimlik tespiti amacıyla alınan bir örnek değildir. Özellikle tecavüz olaylarında insan

⁵⁹⁶ BAĞDAT; a.g.e.sh. 122

⁵⁹⁷ ZEYFEOĞLU; HANCI; “İnsanlarda Kimlik Tespiti”, HANCI; “AdliTıp”, sh.375, OLAY YERİNİN İNCELENMESİ, JGK, a.g.e.13.bölüm, POLAT; “Klinik Adli Tıp”, sh.132, INTERPOL; “DNA-Profilng”, sh11

⁵⁹⁸ AKSOY; a.g.e. sh. 54

⁵⁹⁹ OLAY YERİNİN İNCELENMESİ, JGK, a.g.e.13.bölüm,

⁶⁰⁰ TAHTACI; a.g.e. 11

tükürüğünün bulunması olasılığı yüksektir.⁶⁰¹ Ancak tükürük bulaşma ihtimali olan eşya da DNA analizi istenebilir.(sigara izmariti, mendil, kumaş), +4°C steril kaplarda saklanıp etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle sevk edilmelidir. DNA analizi ve mağdurun sekretör olup olmadığının tayini için kullanılır.⁶⁰²

Isırık veya emilmeye ait lezyondan tükürük örneği alınırken; serum fizyolojik ile ıslatılmış swap kullanılır. Lezyonun üzerine döndürülerek sürtülür ve tükürük örneği elde edilir. +4°C de swap çubuğu ambalajında saklanıp, kimyasal koruma ilave edilmeden etiketlenerek, soğuk zincir yöntemiyle sevk edilmelidir. Kimliklendirme amacı ile DNA analizi, şahsın kan grup sektörü analizleri yapılmakta, ancak tükürükteki bir takım maddelerin doğal olmaması nedeni ile kan grubu analizleri bazen yapılamamaktadır.⁶⁰³

(9) TIRNAK- TIRNAK ARASI

Uyuşturucu imalatından şüphelenildiği hallerde, kişinin tırnakları steril makasla kesilir, veya petri kabına törpülenir. Koruyucu ilave edilmez, kapalı petri kabında muhafaza edilir. Etiketlenerek uygun yönetmeliğe göre sevk edilir. Mikroskopik mahmuz analizi yapılır. Tırnak aralarında bulunması muhtemel kan ve deri kalıntıları gibi örnekler⁶⁰⁴ steril törpü kullanılarak petri kutusuna kazınır. +4°C de steril petri kutusunda muhafaza edilip, etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle sevk edilmelidir. İkinci bir şahsa ait kimliklendirme amacı ile DNA analizinde kullanılır.⁶⁰⁵

(10) TER

Ter salgısı iç çamaşırlarda daha fazla bulunacağından olay yerlerinde ki giysiler dikkatlice alınmalıdır. Doğal yollarla kurutulmalıdır. Küf ve bakterilerin gelişmesine engel olmak için, nemli ve sıcak şartlarda saklanmamalı, kurutulmalı ve ayrı-ayrı paketlenmelidir. Kesinlikle plastik veya naylon poşet kullanılmamalıdır. Kâğıt

⁶⁰¹ ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh. 205

⁶⁰² AKSOY; a.g.e. sh. 53, INTERPOL; “DNA-Profiling”, sh14

⁶⁰³ Barış KILIÇÇIOĞLU vd.; “Sürüntü Yöntemiyle Deri Üzerindeki Tükürük Kalıntılarında Aminol Enzim Aktivitesinin Tespiti”, **Adli Tıp Dergisi**, Cilt 19, Sayı 3, 2005, sh. 23-28, HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e. sh. 439

⁶⁰⁴ AKSOY; a.g.e. sh. 54

⁶⁰⁵ HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e. sh.435

torbalarda +4°C de etiketlenerek soğuk zincir yöntemiyle sevk edilmelidir. Kimlik ayrımı ve tespiti için DNA analizinde kullanılır. Kontaminasyona ve bakteriyel⁶⁰⁶ bozulmaya açık olduğundan genellikle iyi sonuç vermemektedir.

(11) POST-MORTEM (YUMUŞAK DOKU, ORGAN, KEMİK, DİŞ) ÖRNEKLER

Post mortem örnekler, (yumuşak doku, organ, kemik, diş) yeni ise herhangi bir koruyucu eklenmeden, temiz bir kap içinde dondurularak saklanmalı ve aynı şekilde ulaştırılmalıdır. Eski ise, dondurulmadan temiz kâğıt paket zarf içinde gönderilmelidir.⁶⁰⁷

(12) POLENLER

ADLİ PALİNOLOJİ: “adli olgularda polinomorfaların tespit edilmesi, tiplendirilmesi ve karşılaştırılması işlemlerini yapan bir bilim dalıdır”.⁶⁰⁸ Bu sayede kişilerin ve şüpheli, objelerin üzerinde bulunan polen örneklerinin incelenmesi ile olay yerinde bulunup-bulunmadıkları veya nereden geldikleri belirlenebilir.⁶⁰⁹ Polinologlar örnek alınan kişinin veya cesedin üzerinden alınan polenlerle,⁶¹⁰ buldukları yer arasındaki ilişkiyi, şüpheli şahıslar ve şüpheli objelerle olay yeri arasındaki ilişkiyi kurmaya çalışırlar.⁶¹¹ Polen örneklerinin alınacağı yerler; saç, tüy, deri, mide ve bağırsak içeriği, akciğerler, çamur, toz, toprak, kil, kum, kıyafetler, ayakkabılar....vs. dir.⁶¹² Saçlar ve yünlü giysiler etkili polen tuzakları⁶¹³ olup mümkünse “*Polinologlar*”ca kontaminasyon riski en aza indirilerek toplanmalıdır.

⁶⁰⁶ZEYFEOĞLU; HANCI; “İnsanlarda Kimlik Tespiti”,

⁶⁰⁷DENER, a.g.e..

⁶⁰⁸PALİNOLOJİ; Yunanca'da toz yapmak, serpmek anlamına gelen “**polinein**” kelimesinden düzenlenmiştir. Polinoloji temel olarak polen, spor, mikroskobik bitki ve hayvan materyalleri ile ilgilenen bilim dalıdır. (Bkz.; Sabri CANDAR; Cüneyt ELMA; Bülent DOĞAN; “**Adli Palinoloji** (Forensic Palynology), **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3,Sh: 67

⁶⁰⁹ CANDAR vd. a.g.e. Sh: 67

⁶¹⁰ “**Polenler**; Eşeyli üreme birimi olup, **Spermatophyta** Bölümüne ait taksonların erkek organlarının anter(başçık) bölümünde oluşurlar, **Sporlar** ise; Ana bitkiye bağlı olmaksızın gelişerek yeni bir fert meydana getirme yeteneğine sahip eşeysiz üreme birimleridir.” ; ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh. 209

⁶¹¹ CANDAR vd. a.g.e. Sh: 70

⁶¹² CANDAR vd. a.g.e. Sh: 70

⁶¹³ CANDAR vd. a.g.e. Sh: 71

d) VÜCUDUN DIŞINDAN ALINABİLEN ÖRNEKLER; (VÜCUDA MÜDAHALE NİTELİĞİNDE SAYILMAYANLAR)

Bu tür delillerin bulunabileceği yerler; olay yerinde veya çevresinde bulunan örnekler, sanık, şüpheli, mağdurun veya üçüncü kişilerin üzerlerinde bulunan örnekler, sanık, şüpheli veya mağdura ait mukayese örnekler olarak sıralanabilir.⁶¹⁴

Bu örnekler; “örnek alınanın elbiseleri üzerinde bulunan örnekler”,⁶¹⁵ tükürük lekesi,⁶¹⁶ kusmuk lekesi,⁶¹⁷ mekonyum lekesi,⁶¹⁸ gaita lekesi,⁶¹⁹ vajen ifrazatı lekesi⁶²⁰, amnion sıvı lekesi,⁶²¹ idrar lekesi, meni lekesi, kan lekesi^{622, 623} olabileceği gibi, kıl delilleri⁶²⁴, kepek ve deri döküntüleri, tırnaklar⁶²⁵ olarak sayılabilir.

e) İNVAZİV YÖNTEMLERLE ALINABİLEN ÖRNEKLER

Tıbbi deontolojide “*invaziv*” kelimesi ile kastedilen “*girişimsel tıbbi müdahale*”dir. Vücut bütünlüğünün bozulması (vücuda dışarıdan müdahale ile

⁶¹⁴ DENER; a.g.e.

⁶¹⁵“*Olay esnasında mağdurun üzerinde bulunan elbiseler ıslak veya nemli ise doğal yolla kurutulduktan sonra sağlam kâğıt torbalara konulmalıdır. Kokuşma ve küflenme olmaması için plastik torbalar kullanılmamalıdır. Üzerindeki lekeler incelenmeye tabi tutulmalıdır. Alınan bütün örnekler etiketlenmeli ve mağdurun adı ve alındığı yer yazılmalıdır.*” ; HANCI; “Adli Tıp”, sh. 439) “*Adli olayların çözülmesinde delil değeri olan biyolojik lekeler önemli yer tutmaktadır. Lekeler sayesinde mağdur ve sanığın kimliklerinin tespiti yapılabilmektedir.*” : N. AÇIKGÖZ; İ. Hamit HANCI “Adli Biyoloji Dosyası- 1.Bölüm”, (çevrimiçi) <http://www.biyoturk.com/grup/adlibiyoloji.htm>, 28.07.2005, sh. 2-4), BAGDATLI; a.g.s.,sh.123

⁶¹⁶ “*Tükürük, bir mücadele sırasında şahısların karşılıklı olarak birbirleri üzerine sıçrayabileceği gibi, ırza geçme olaylarında mağdurun giysileri üzerinde de leke bırakabilir. Kan grubu sistemi antijenlerinden A ve B Antijen analizi yapılır.*” ; HANCI; “Adli Tıp”, sh.593

⁶¹⁷“*Asit reaksiyonu vermesi teşhis için önemli bir delildir.*” ; HANCI; “Adli Tıp”, sh.592

⁶¹⁸ “*Gizli doğum ve bebek ölümü olaylarında “lekenin” önemi vardır. Ölü doğmuş çocukta bu leke bulunmaz.*” HANCI; “Adli Tıp”, sh. 593

⁶¹⁹ “*Anüs yolu ile ırza geçme olaylarında dikkate alınan lekedir. Bakteriyolojik analiz yapılır*” . HANCI; “Adli Tıp”, sh.594

⁶²⁰ “*Cebren ırza geçme olaylarında erkeğin vücudunun muayenesi önemli yer tutar. Elbisesinde, fermuarında ve penisinde bu lekeler mevcuttur.*”HANCI; “Adli Tıp”, sh.594, ZEYFEOĞLU; HANCI; “İnsanlarda Kimlik Tespiti”

⁶²¹ DNA analizinde kullanılır.(YN)

⁶²² “*Kimlik tespitinde en önemli unsurdur.*” HANCI; “Adli Tıp”, sh.475,

⁶²³ “*Kan, tükürük, meni gibi lekeler vücut üzerinde kurumuş halde bulduklarında steril pamuklu çubuk ile önce serum fizyolojik ile nemlendirilerek sonra kuru pamuklu çubuk ile alınmalı, nemli örnek kurutulduktan sonra kağıt zarfa konulmalıdır*”.;DENER: a.g.s, INTERPOL; “DNA-Profilng”, sh12

⁶²⁴ “*Kriminal laboratuara gönderilen kıl örnekleri, olay yerinde bulunacak kıllar ile şüpheli şahıs ve şahsın üzerindeki kılları kapsar. DNA analizinde kullanılır. Genital bölgedeki kıllar temiz bir tarakla taranarak tarak kağıt zarfa konulmalıdır. El parmaklarının arasında kıl örneği varsa temiz pensle kılı koparmadan ve ortasından tutularak alınmalıdır. Mukayese örneği olarak, başın ön, üst, iki yan ve arka bölgelerinden dörder adet olmak üzere toplam 20 adet saç kopararak ayrı zarflara konulmalıdır.*” : ZEYFEOĞLU; HANCI; a.g.e. sh. 375–377

⁶²⁵ Boğuşma nedeniyle mağdur veya sanığın tırnaklarında doku veya kan bulunabilir.; DENER; a.g.e.

materyal alınması) durumudur. Hekim, yapacağı her invaziv girişim için hastasından bilgilendirilmiş onay almalıdır.

İnvaziv(girişimsel) yöntemlerle alınacak örnekleri genel olarak, anal, vajinal, oral, penil sürüntüler, düşük-küretaj materyal, postmortem örnekler (yumuşak doku, organ, kemik,diş), amniyon sıvısı/koryon villus örneği, kan,⁶²⁶ kateter kullanarak idrar alma,⁶²⁷ gastrik lavaj,⁶²⁸ amniosentez,⁶²⁹ kusturma, beyin omurilik sıvısının alınması⁶³⁰ sayılabilir.

“**HYDROPHİLİC ADHASİVE TAPE**” (hidrofilik yapışkanlı bant kullanarak örnek toplama) olarak adlandırılan yöntem ise “**yarı invaziv yöntem**” olarak sayılmaktadır. Bu yöntemle alışlagelmiş kanıt toplama yöntemlerinde karşılaşılan nem yüzünden DNA bozulma riskinin azaltılması sağlanmıştır. Kanıt toplama olarak hidrofilik yapışkanlı bant kullanılır. DNA örnekleri genellikle salya, tükürük, kan ve sperm gibi bilinen vücut sıvılarından alınmakta olup, hepsinde suyun varlığı bakteri üremesinde bir risk olup DNA örneğinin bozulması ihtimalini yaratır. Kıl, saç olmayan bölgelerden deri yüzeyindeki hücrelerden örnek alınır. Alınan bölgeler, bilek, ayak, el, topuk, kulağın arkası, parmak arası ve ensedir.⁶³¹

Alman hukukunda beden müdahalesi suretiyle alınan örnekler olarak; midenin yıkanması ve röntgen sayılmaktadır. Beden müdahalesine izin verilen hallerin midenin yıkanmasını (*Magenausheben*) da kapsadığı, ancak, sanığın midesindekilerin nadiren kanıt olarak kullanılabilmesi nedeniyle soruşturma makamlarınca bunun pek önemli olmadığı, ilgili nesnelere doğal yollarla çıkmasının

⁶²⁶ “Normal olmayan şartlarda, kan almak zaruri ise ve bu alanların hiçbiri ulaşılabilir durumda değil ise invaziv yöntem uygulanır. Bazı hallerde ise amaca göre kanın Venöz kan olarak alınması gerekebilir.(kan gazlarının ölçümü vs.) Yüzeysel damarların görünmesi kolay olup derindeki damarlara ulaşım oldukça zordur. Kan alınacak bölge kolayca ulaşılabilen yeterli miktarda kanı ihtiva edecek büyüklükte olmalıdır.” CANTÜRK; DENER. a.g.e. sh.33

⁶²⁷ “Bilinci kapalı olan hastalardan kateter kullanarak idrar alınabilir. Ancak bu durumlarda idrar örneğine bir miktar lokal anestetik içeren kateter sıvısının karışabileceği unutulmamalıdır.” DENER; a.g.e.

⁶²⁸ “Orogastrik bir tüp aracılığı ile mideye sıvı verilip aspire edilerek midedeki toksik etkenin çıkarılması işlemidir. Hasta yaşamı tehdit edecek miktarda toksik etkeni ağız yoluyla almışsa ve toksik madde alımının üzerinden 60 dakikadan fazla süre geçmediyse gastrik lavaj uygulanabilir. Mideden alınan örnekler ilaçların ve diğer toksik maddelerin aranması için değerli materyallerdir. İlk mide yıkama suyu toksikolojik analiz için önemlidir.” ;DENER; a.g.e.

⁶²⁹ Ceolomic hücrelerden extre edilerek doğum öncesi babalık testi invaziv olarak (prenetal diagnosis: doğum öncesi tanı) gerçekleştirilebilir. DNA analizinde özellikle adli olgularda uygulanır. (YN)

⁶³⁰ DENER; a.g.e,

⁶³¹ INTERPOL; “DNA-Profilng”, sh14, DENER; a.g.e.

da beklenebileceği ifade edilmektedir.⁶³² Bunun sınırı (midenin yıkanması yerine doğal çıkışın beklenmesinin) delilin kullanılabilirliği ile çizilmektedir.⁶³³ Röntgen verme ise sanığın bedenine ışın verilerek tehlike oluşturulduğu için vücuda müdahale olarak sayılan ve amacı bedende bulunan yabancı maddeleri görülür hale getirmek olan bir işlem olarak kabul edilmektedir.⁶³⁴ Ayrıca Alman hukukunda; *sıvı alma*⁶³⁵, *Sintigrafi*⁶³⁶, *Pneumencephalographi*⁶³⁷, *Encephalographi*⁶³⁸, *Phallometrie*⁶³⁹ kusturma, lavman (*Exkorporation*)⁶⁴⁰ kabul edilen diğer müdahale nitelikli örnek alma ve araştırma yöntemleridir.⁶⁴¹

f) KORUMA YÖNTEMLERİ- LABORATUARA SEVK

Adli tıp uygulamasında alınan örneklerin korunmasında birçok koruma yöntemi ve koruyucular kullanılmaktadır. İdeal bir koruyucu basit bir kimyasal bileşime sahip

⁶³² BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 21, “Sadece ağır suçlarda ele alınmalı müdahale edilecek kişinin yaşamı ve sağlığı tehlikeye girmeyecek doğrulukta uygulanmalı ve bedenden kanıt maddesinin doğal olarak çıkarılması sağlanmalıdır. Benfer’in bu müdahale sonrasında elde edilen kanıtların değeri konusunda şüpheleri var (Benfer Rechtseingriffe RN. 945, ganz abl. Kleinrecht.) Ancak StPO md. 102 ye göre inceleme müdahalenin kapsamlı olması nedeniyle ve aynı müdahale StPO 81b ye göre yapılabileceğinden düzenleme hukuku açısından esasen hukuka uygunluğun tartışılmasına gerek yoktur. (BVerfG NSTZ 2000, 96.md. abl. Kabuli, Rixen NSTz 2000, 381.) Ancak öğretisi buna hayır demektedir. (KK Senge 81a, n.6, Kleinrecht, (Meyer-Gosner 81a, n. 22, Benfer a.g.e. 929) Geçerli kabul edilen, bedensel muayenede eğer kanıt olarak kullanılacak şey beklenerek elde edilebilecekse bunun tercih edilmesidir. Ancak bu süre kişinin gözaltı halinin de göz önüne alınması gerekir. Gerekirse gözaltı süresi uzatılabilir. Bu, birbirine bağlılık yetkisi (*implizierte Befugnis*) olarak nitelenebilir.: WILHELM; a.g.e., Sh. 4

⁶³³ “Midede bulunduğu belirlenen bir yüzüğün çıkması beklenebilir, ancak eroin paketlerinin beklenmesi delilin kullanılabilirliğini etkilemesi nedeniyle uygun olmayabilir.” BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 22

⁶³⁴ OLG Schleswig NSTZ 1982, 81; BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 23

⁶³⁵ “Merkezi sinir sisteminin örneğin; beyinde yeni kanama veya tahrifatın tespiti gibi durumlarda beyin ya da omurilikten sıvı alma” BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 24

⁶³⁶ “Beyin tümörünün yerinin tespiti amacıyla düşük düzeyde radyoaktif kontrast madde zerki. Buradaki amaç örn: kasılmalar, şiddetli baş ağrıları ile sanığın idrak kabiliyetini saptamaktır.” BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 24

⁶³⁷ “Beyne, beyin içi sıvısının boşaltılarak havayla doldurulması ve bununla örneği daha az beyin kütlesi nedeniyle suç ehliyetinin, ayrıca tümörler nedeniyle beyin loblarındaki dengesizliğin tespiti yöntemidir. Bu kusma başağrısı veya baş dönmesi gibi yan etkileri olan çok ağır bir müdahaledir. Bu nedenle çok ağır suçlar söz konusu olduğunda uygulanabilir.” BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 24

⁶³⁸ “Sadece sanığın akli dengesinin tespitinde başkaca bir yöntem sonuç vermediyse uygulanabilen bir yöntemdir. BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 24.

⁶³⁹ “Penis fonksiyonunun cinsel tahrirlere tepkisinin tespitinde kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntem için açıkça rıza gereklidir. Oransallıkla ilgili uygulanmalıdır.” BENFER; a.g.e. sh. 202, no. 24

⁶⁴⁰ WILHELM; a.g.e., Sh. 4

⁶⁴¹ “Zoraki ilaç verme sanığın yuttuğu uyuşturucuları kusmasını sağlama bir müdahale olarak görülür ve bu nedenle de insan onuruna aykırıdır. Bu şekilde elde edilen kanıtlar kullanılamaz. OLG Frankfurt AAO, bu yasayı uygulamadığından ve AYM de bu konuda bir karar almaya çekindiğinden, (dn. 9= BVerfGE StV 21, [Naucke notu ile] dava formal nedenlerle reddedilmiştir. Dallmayer Kritiği 200-252 ile karşı) Bu uygulama yasal olarak kabul edilmekte ve bir çok eyalette uygulanmaktadır.” :KÜHNE:a.g.e., sh.474, no.475.

olmalı, ısıya dayanıklılığı yüksek olmalı, laboratuarda kolayca bulunmalıdır.⁶⁴² Koruyucu malzeme olarak (ayrıntıya girilmeksizin) *NaF (Sodyum Florür)*,⁶⁴³ *HgCl (Civa Klorür)*,⁶⁴⁴ *NaNO₃ (Sodyum Nitrat)*,⁶⁴⁵ *Na-SİTRAT (Sodyum Sidrat)*,⁶⁴⁶, *EDTA, HEPARİN, FORMOL*⁶⁴⁷ sayılabilir.

Biyolojik materyalin alınması sonrasında, nakil için ayrı-ayrı, numuneyi alanın adı-soyadı, görevi, numunenin alınış gün ve saati, numunenin elde edildiği yer ve alınış usulü, ilgili adli makamın isim ve numarası gibi etiket bilgileri yazılmış bir zarfa konularak gönderilmesi ve her delilin ayrı ambalajlanması lazımdır.⁶⁴⁸ Kâğıttan yapılmış kuru saklama torbaları kullanılmalı, çürüme yaptığı için plastik malzeme kullanılmamalıdır.⁶⁴⁹ Tek kullanımlık kitlerin kullanılması, anal ve vajinal swapların eküvyon ile alınarak ayrı-ayrı steril tüpler içine konulması, ağızlarının iyice kapatılması ve her tüpün üzerinde yukarıda belirtilen gerekli bilgileri içeren etiketin bulunması, biyolojik delilleri toplarken bulaşmayı (kontaminasyon) engelleyici tedbirler alınması⁶⁵⁰, (bunun içinde delillere eldivensiz, maskesiz, bone takmadan ve koruyucu giysi giymeden yaklaşılmaması, bir delili toplamak için kullanılan bir eldivenle diğer örneklerin toplanmamasına dikkat edilmesi) gereklidir.⁶⁵¹ Her türlü delil için, karşılaştırma örneği olarak sanık ya da mağdurdan kan, kılıflı saç örneği⁶⁵² alınıp laboratuara gönderilmelidir. Makas, pens ve bıçak ağzı gibi kullanılan aletler, her zaman her bir örnek alındıktan sonra % 5 lik H₂O₂ ile tamamen temizlenmeli ve örnek alınmadan önce aletten tamamen uzaklaştırılması, ıslak paketlenmemesi, oda sıcaklığında kurutulması, olay yeri örnekleri gibi DNA kimliği elde edilebilecek diğer örneklerde de, küf ve bakterilerin gelişmesine neden olan, DNA'ya zarar veren nemli ve sıcak şartlarda saklanmaması gereklidir. İdeal olarak, örnekler ayrı-ayrı en

⁶⁴² DENER; a.g.e.

⁶⁴³ Güçlü bir enzim inhibitörüdür.% 1 w/v olarak kullanılır.(YN)

⁶⁴⁴ % 0.01 w/v oranında kullanıldığında bakteri çoğalmasını önler. Kan alkol konsantrasyonunun enzimatik yöntemle ölçülmesini engellediğinden rutin bir koruyucu olarak kullanılması sakıncalıdır. Enzimatik alkol analizinde kullanılmaz.(YN)

⁶⁴⁵ % 0.3 W/V oranında kullanıldığında etkilidir.1-14 gün arası etkilidir.(YN)

⁶⁴⁶ Kanın uzak yerden gönderilmesi durumunda kullanılır.(YN)

⁶⁴⁷ “*EDTA ve Heparin ve Formol’ün kanda alkol tayini yapılacaksa konulmaması gerekir. Kanda etanol metanol tayininde yanıtıcı etki yapabilmektedir.(conway mikrodifüzyon)*” DENER; a.g.e

⁶⁴⁸ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”, a.g.e., sh. 571, “Points to be Remembered in Handling Clinical MLC”; a.g.e., sh.5

⁶⁴⁹ BAĞDATLI; a.g.e. sh.123

⁶⁵⁰ Nurullah ZENGİN; **Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Bilgi Notu**, Yayınlanmamıştır; Nisan 2005, sh. 2

⁶⁵¹ DENER; a.g.e.

⁶⁵² AKSOY; a.g.e. sh. 55

az iki ambalajla⁶⁵³ paketlenmeli ve laboratuara gönderilmeden önce dondurulmalı ya da buzdolabında saklanması (+4°C), deliller toplanırken veya alınırken öksürülmemesi, eli ağza, burna götürmemesi, sigara içilmemesi, kişiye kan nakli yapılmış ise laboratuarı bilgilendirmesi ve hastaneden nakledilen kanın özelliklerinin temin edilmesi, vajinal ve anal frottiler ile DNA izolatları en az bir yıl muhafaza edilmesi gereklidir.⁶⁵⁴

h) KİMYASAL ANALİZLER; TOKSİKOLOJİK-NARKOTİK- GIDA- ALKOL

Örneklerin usulüne uygun toplanması kadar, analizi⁶⁵⁵ de önem taşımaktadır. Biyolojik materyallerin doğru alınması ve iletilmesi analiz açısından son derece önemlidir.⁶⁵⁶ Adli merciler tarafından gönderilen toksikolojik, narkotik, gıda ve alkolmetrik analizler “Kriminal⁶⁵⁷ Laboratuar”larda yapılmaktadır.⁶⁵⁸ Ayrıca; ATK’nun tespit edeceği usule göre, kişilerin solunum havalarında veya usulüne uygun şekilde gönderilen kan veya idrar örneklerinde alkol veya narkotik madde incelemesi ve analizleri yapılmaktadır.⁶⁵⁹ Laboratuvarlar ana uğraşı konularına göre Narkotik, Gıda, Biyoloji, Moleküler Genetik İnceleme Laboratuvarları gibi çeşitli dallara ayrılabilirler. Halen ATK laboratuvarlarının imkanları ve kapasitelerinin dünya standartlarının üzerinde olduğu ve son geliştirilen teknolojilerin takip edildiği, lazer

⁶⁵³ TAHTACI; a.g.e.14

⁶⁵⁴HANCI; “İnsanlarda Kimlik Tespiti”, sh. 126-128, OLAY YERİNİN İNCELENMESİ, JGK, a.g.e., 13.bölüm, Ayrıca ATK Kanunu Uygulama Yönetmeliği 12. madde ve devamında ayrıntılı benzer talimatlar yer almaktadır.

⁶⁵⁵ İngiliz hukukunda PACE 65/1 anlamında analiz; bir deri iziyle ilgili olarak, karşılaştırma ve eşleştirme yapılması” olarak tanımlanmaktadır. (Criminal Justice Police Act 2001 65/(1)-a 2001 Ceza Adaleti ve Polis Kanunu’nun 80/(5) sayılı maddesiyle değişik-wef 01/01/2003 C08 Sİ 2002/3032)

⁶⁵⁶ Gökür AKTAY: “Toksikolojik Deliller Açısından Olay Yeri İncelemesi”, **Toksikoloji Dergisi (The Journal Toxicology)**, Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3, sh. 39-42

⁶⁵⁷“*Kriminalistik* : Suçun veya kabahatin ortaya çıkarılmasında ve tanısında, meydana gelen olaylarda, suç ve suçlunun/suçluların kimliğinin belirlenmesinde bilimsel yöntem ve araçların kullanılmasını, bilimsel yöntemlerle suç olgusunun ispatlanmasını sağlayan bilim dalıdır” KAYGUSUZ; a.g.e.sh. 26

⁶⁵⁸“*Olayla irtibatı düşünülen, içerisinde kimyasal madde bulunma ihtimali olan her türlü malzeme ve maddeleri, Her türlü uyuşturucu ve psikotrop maddeler ile ilaç ve toksik maddelerin cins, saflık derecesi ve katkı maddelerini tespit etmek, diğer olaylarla irtibatını araştırmak, Kanda ve solunum havasında alkol derişimini belirlemek; lif, mürekkep, boya, metal, polimer, leke, organik ve inorganik maddeler ile benzerlerini incelemek, kimyasal analizlerini ve mukayeselerini yapmak, Kimyasal analizleri yapan kriminal laboratuvarların yetkisindedir*”. KAYGUSUZ; a.g.e. sh. 185

⁶⁵⁹ Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği (RG 31.07.2004) 12. madde vd.

mikroskoplar vasıtasıyla ayrıştırılan tek bir hücreden bile DNA analizler ve kimliklendirmelerin yapılabildiği belirtilmektedir.⁶⁶⁰

ADLİ TOKSİKOLOJİ;(Forensic Toxicology) zehir etkisi gösteren maddelerin, kriminal olaylarda ölüm, yaralanma, fizyolojik bozukluklar ve davranış bozukluklarına olan etkilerini inceleyen bir bilim dalıdır.^{661, 662} **Toksik Madde**; Uyuşturucu madde,⁶⁶³ drug, psikoaktif madde gibi isimler verilen ve merkezi sinir sistemini etkileyerek kişinin mental durumunda ve davranışlarında değişiklik yapan maddelerdir.⁶⁶⁴ **Entoksikasyon; (Zehirlenme)** ; Herhangi bir maddenin kişi tarafından alınması ile o maddeye özgü reversibl sendromunun gelişmesidir.⁶⁶⁵

Adli Toksikoloji alkol, ilaçlar ve zehirlerle ilgili olguları araştırmaktadır. Vücut sıvılarının (kan, idrar, vitreous humor safra ve bazen diğer vücut sıvıları) ve vücut dokularında (karaciğer vs.) bu tür maddelerin bulunup-bulunmadığı yönünden analizini yaparlar. Spesifik bir ilaç etkisi altında iken oluşan durumun derecesinin belirlenmesi, cinsel saldırı, cinayet şuur bozukluğu altında iken araba kullanma olgularında istenir.⁶⁶⁶ Adli Toksikolojinin temel prensibi; adli olgularda suiistimal edilen maddelerin taranması sonucunda saptanan pozitif sonuçların daha hassas bir yöntemle doğrulanması şeklindedir.⁶⁶⁷ Toksikolojinin adli tıp açısından en önemli fonksiyonu kan doku ve organlarda ilaçların ve toksik maddelerin aranmasıdır. Son yıllarda saçların da toksikolojik analizlerde kullanılma olanağı gittikçe artmaktadır.⁶⁶⁸ Zehirlenme olaylarında acil hekimi tanı ve tedavisinden adli yönden

⁶⁶⁰ BAĞDATLI; a.g.s, sh. 124

⁶⁶¹ Gürsel ÇETİN; “Post Mortem Toksikoloji”, **Toksikoloji Dergisi,(The Turkish Journal of Toxicology)**, Ekim 2005, Cilt 3, Sayı 4, sh. 41-42, Şahan SAYGI; “Analitik Toksikoloji ve Uygulama Alanları” (Analytic Toxicology And Application Fields), **Toksikoloji Dergisi,(The Turkish Journal of Toxicology)**, Ekim 2005, Cilt 3, Sayı 4,sh. 23-30, HANCI; “Adli Tıp”, a.g.e. sh. 559

⁶⁶² Diğer bir tanımlamayla; “Kriminal olaylarda çeşitli analiz yöntemleri kullanılarak, zehrin türü, belirlenen miktarın ölüme yol açıp açmayacağı ve toksik maddenin hangi yolla alındığı gibi konuları inceleyen bilim dalıdır.” “ADLİ TIP TERİMLERİ SÖZLÜĞÜ”, **Sendrom III**, Cilt 3, Sayı 12, (Editör; Cengiz YAKINCI), Aralık-2005

⁶⁶³ Uyuşturucu maddeler konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz.; Timur DEMİRTAŞ: “**Kriminoloji**”, 2. Baskı, -Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005

⁶⁶⁴ Madde kelimesi genellikle ilaç kelimesi yerine tercih edilmiştir. Dünya Sağlık Örgütü “bağımlılık” yerine “**madde bağımlılığı**” teriminin kullanılmasının uygun olduğuna karar vermiştir. :Sadock BJ, Sadock VA. Kaplan &Sadock’s Synopsis of Pscyhiatry-Behavioral Scienses/Clinical Psychiatry. Ninth Edition, Lippincot WillamsWilkins Philadelphia,2003:721-724

⁶⁶⁵ CANTÜRK;DENER:a.g.e sh. 11

⁶⁶⁶ Hüseyin AFŞİN: “**Adli Dış Hekimliği**” Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:10, İstanbul-2003, sh. 2

⁶⁶⁷ A.Serap AKGÜR; Pembe ÖZTÜRK; Ali YEMİŞGİL; “Madde Etkisi Altında Trafikte Taşıt Kullanımı İle İlgili Yaklaşımlar”, **Toksikooji Dergisi**, Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No;IV, Published Quarterly, sh.; sh. 38

⁶⁶⁸ Nevzat BABAN vd.; “**Adli Toksikolojik**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:8, İstanbul-2003,sh.2

sorumludur.⁶⁶⁹ Hâkim bu tahlilin bir hekim iştirakiyle veya bir hekimin idaresinde yapılmasını emredebilir. 1412 Sayılı CMUK 83. maddesi ve 5271 Sayılı CMK “zehirlenme şüphesi olan hallerde örneklerin bir uzmanca alınmasını ve gerekli görülmesi durumunda hakimince incelemeye bir hekiminde katılmasını emredebileceğini” düzenlemektedir.⁶⁷⁰

Kimyasal madde analizinde kullanılan pek çok yöntem vardır. HS / GC,⁶⁷¹ GC GAZ KROMATOĞRAFİSİ,⁶⁷² CEDİA,⁶⁷³ OSM 3 MODEL⁶⁷⁴ HPLC⁶⁷⁵ , İNCE TABAKA KROMATOĞRAFİSİ⁶⁷⁶ , CONWAY⁶⁷⁷ diye adlandırılan analiz yöntemleri uygulanmaktadır. Bu konuda standart kitler ve tek adımlı tek aşamalı uyuşturucu test kabı (*ONE STEP RAPID TEST*) gibi pratik analiz malzemeleri de kullanılmaktadır.

Analizi Etkileyen Faktörler; “uygun materyal alımı, uygun materyal koruma yöntemi, uygun koruyucular, uygun laboratuara gönderilme ve uygun standart seçimi” olarak sıralanabilir. Analizler hiçbir kontaminasyona sebebiyet vermeyecek şekilde titizlikle yapılmalıdır. Analizler en hassas ve iyi sonuç veren yöntemlerle yapılmalı, mümkünse bir yöntemle bulunan sonuç başka bir yöntemle doğrulanmalıdır. Referans maddeler proanalizi derecesinde saf olmalıdır. Kişiye ait materyallerin konacağı kaplar, tüp ve kutular temiz ve korunaklı olmalıdır. Materyalin korunması için katılmış maddeler de muhakkak etikette belirtilmelidir.

⁶⁶⁹ “Bir zehirlenme olgusunun atlanmaması için kuşku duymak gerekir. Zehirlenme yönünden ısrarla öykü alınmalı ve öykü derinleştirilmeli klinik görünüm iyi incelenmelidir”. Levent AVŞAROĞULLARI: “Acil Servislerde Adli Toksikoloji”, *Toksikoloji Dergisi (The Journal Toxicology)*, Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3, sh. 42-44

⁶⁷⁰ 1412 Sayılı CMUK “la ilgili olarak; Tahir TANER: “*Ceza Muhakemeleri Hukuku*”, 3. Basım, İstanbul, İsmail Algan Matbaası, 1955, sh. 219

⁶⁷¹ “HS katı veya sıvı örnekler içerisindeki yalnız uçucu bileşenlerin GC sistemine enjeksiyonunu sağlayan bir üniteler ve bu yöntemle HS/GC denir. KAD belirlemeleri için GC çabuk, spesifik ve kesin bir yöntemdir. Birçok reaktif gerektirmediği gibi alkolün yanında plazmadaki diğer bileşenlerinde aynı anda tayinini sağlar”. DENER; a.g.e

⁶⁷² “Uçucu bir bileşiğin, süratle ve hassas olarak analiz edilmesini sağlayan bir yöntemdir. Bu yöntemle uçucu olan yada ısı ile gaz haline geçebilen, ısıya dayanıklı maddelerin ayrışmaları sağlanır”. DENER:a.g.e.

⁶⁷³ CANTÜRK; DENER: a.g.e. sh.12

⁶⁷⁴ “Cihaz spektrometrik yöntemle ölçüm yapmaktadır”; DENER: “Alkol ve Madde Analizi”,

⁶⁷⁵ “Aminoasitlerin, Peptitlerin, Proteinlerin ve Nükleik asitlerin analizinde kullanılmaktadır. Yöntem prensip itibariyle ,gaz kromatografisine benzemektedir ancak,gaz yerine taşıyıcı olarak sıvı faz kullanılmaktadır.” ; DENER; a.g.e.

⁶⁷⁶ “Analitik ve adli toksikolojide uyutucu-uyuşturucu ve zehirlerin (toksik maddelerin) ekstraksiyonla ayrılmasından sonra identifikasyonları için kullanılır”. DENER: a.g.e.

⁶⁷⁷ “Az miktardaki uçucu (zehir) maddelerin dokulardan izole edilmesinde kullanılan bir yöntemdir. Bu yöntemle ayrıca uçucu zehirlerin idantifikasyonu ve kantitatif analizi de yapılabilir.” DENER; a.g.e.

Kapların ve tüplerin üzerine kişinin adı, materyalin alınış tarihi ve ne olduğu muhakkak yazılmalıdır. Katılan koruyucu madde çok iyi seçilmelidir.^{678, 679}

i) DNA VE GEN TEKNOLOJİSİ⁶⁸⁰

Moleküler Genetik İnceleme (DNA Analizi): “Taraflardan alınan ve olayın çözümü için gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali⁶⁸¹ kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan (hastalık dışındaki) özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması” olarak tanımlanmaktadır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin (RG 01.06.2005) 3. maddesi Moleküler genetik incelemeyi “*Gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması*” olarak tanımlamaktadır.⁶⁸²

DNA (DEOXYRIBONUCLEİC ACİD); hücre çekirdeğinin ortasında bulunan kromozomların diziler halinde lokalize olmuş şekilleridir.⁶⁸³ Nükleotid olarak

⁶⁷⁸ DENER; a.g.e.

⁶⁷⁹ Halen ATK da delillerin muhafazası birimi yoktur.(BAĞDATLI; a.g.e.123) ATK İnfeksiyon Kontrol Komitesi (ATKKİKK) ATK Başkanlar Kurulunun 21.06.2005 tarih ve 29 sayılı kararıyla kurulmuştur.(BAĞDAT; a.g.e., sh.124)

⁶⁸⁰ DNA analizleri için öğretilerde ve mevzuatta çok farklı terimler kullanılmaktadır. Bunun nedeni bu teknolojinin yeni olması ve henüz hukuki ve etimolojik yapısının tam oluşmamasıdır. ÖZBEK DNA ANALİZİ, Yasa “MOLEKÜLER GENETİK İNCELEMELER” tabirlerini kullanmaktadır. ÖZBEK: “DNA Analizi”, sh. 4

⁶⁸¹ ÖZTÜRK, Cemal; “**Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği**”, Seçkin Yayınevi, Ankara–2006, sh.182

⁶⁸² “1987 yılında Leicestershire’da iki küçük kız tecavüz edilerek öldürülmesi sonrasında, Leicester Üniversitesi’nde olaydan üç yıl önce, WATSON ve CRICK isimli genetikçilerce DNA örneklerinin kodlanarak kaydedilmesini sağlayan yeni bir teknik geliştirilmesi sayesinde, bu yeni yöntemin uygulanabilmesi amacıyla, cinayet yeri yakınındaki üç köyden, yaşları 13 – 30 arasında değişen 5 bin kişiden kan örneği alınıp, bu alınan kanlar ve kurbanların üzerinde bulunan spermlerin DNA örnekleri karşılaştırılır. Yüzde 99.9 kesin sonuç veren teste Colin PITCHFORK isimli fırıncı belirlenip ve bu kişi ömür boyu hapse mahkum edilmiştir. İlk uygulamacılara Nobel ödülü de kazandıran bu teknik kısa sürede ceza muhakemesinde ve diğer adli sorunlarda uygulanmaya ve geliştirilmeye başlamıştır. Bu teknikle sadece suçluluğun değil suçsuzluğunda ispatı sağlanmaktadır. Parmak izi gibi DNA analizi de adalete hizmette devrim olarak nitelendirilen bilimsel uygulamalardır.” ATASOY; a.g.e.

⁶⁸³ DNA analiz sonuçlarının değişimine dair 25 Haziran 2001 tarihli Konsey İlke Kararında; “DNA nüvesi”, farklı bireyler söz konusu olduğunda tipik olarak farklı bilgileri ihtiva eden bir moleküldeki esas özü, “DNA analiz sonucu”, bir veya birden fazla DNA nüvesi analizleri baz alınarak oluşturulan ve bilgilendirmek için kullanılan harf veya rakam kodları (Örneğin D3S1358 14-15, D21S11), “Avrupa standart seti (ESS)”, (Ek-1’de listelenen DNA nüveleri seti), “ESS nüvesi”, Avrupa standart setinin bir parçası olan DNA nüvesi, “ESS analiz sonucu”, ESS’nin bir parçası olan ve yukarıda sözü edilen DNA nüvelerinin kullanılması suretiyle tesis edilen bir DNA analiz sonucu olarak tanımlanmaktadır.Bkz.; CELEX NO; 3200160703 (01) ; “DNA Analiz Sonuçlarının Değişimine

isimlendirilen birimlerden oluşan iki zincir halinde ve çift sarmal şekilde bulunan fosfat bazlarının (Zitosim/Guanin ve Adenin/Timin) dizilişlerinin türü “*genleri*”⁶⁸⁴ ve bu zincir formu da “*genetik şifreyi*” oluşturmaktadır. Periyodik olmayan şekilde sıralanmış olanlar asıl genetik şifreyi oluşturur. Bazların baş harflerinden oluşan “*AGTC*” harflerinin dizilişi genetik yazının kodlayan metnini yani “*DNA kodunu*” oluşturmaktadır.⁶⁸⁵ Bu dizilişler sayısal değerlere (barkod) dönüştürülür.⁶⁸⁶ Protein içermeyen % 60–65 lık bir bölge ise kodlanamayan kısımdır. DNA nın kodlanabilen kısımları kişinin tüm özellikleri ve kalıtımıyla ilgili net bilgiler vermekte olup, bir insanın DNA’ sı her hücresinde aynı, ancak her insanın DNA’ sı (tek yumurta ikizleri dışında) birbirinden ayrıdır. 16 STR⁶⁸⁷ bölgesi çalışılarak yapılan analizde iki DNA şifresinin birbirine benzeşme ihtimali (hata payı) trilyonda bir seviyelerindedir.⁶⁸⁸

Günümüzde, DNA Analizi teknolojisinin konumuz açısından en önemli yanı; diğer tüm örnek alma metotlarının önüne geçen ve diğer metotların çok çeşitliliğine karşın, vücudun her hangi bir yerinden alınacak bir tek hücreyle dahi % 100 e varan kesinlikte sonuç alınabilmesini sağlamasıdır. Ceza Muhakemesi Hukuku açısından bu çalışmanın kapsamını aşacak boyutta ele alınması gereken bu teknolojinin yaptıkları ne denli hayranlık uyandırıyor, yapabilecekleri de insan hakları açısından o denli korku ve tedirginlik yaratmaktadır.

DNA anlamında materyalin nereden alındığı önemli değildir. Materyalin farklılığı sadece alınan hücre miktarı açısından önemlidir.⁶⁸⁹ Önceden biyolojik kalıntılar, saç telleri mikroskop altında morfolojik yöntemlerle, kemiklerin antropometrik ölçümlerle, kan ve sperm lekeleri geleneksel serolojik yöntemlerle incelenmekteydi. Gerek kan grup ve altgrupları gerekse enzim ve protein polimorfizmine dayalı incelemeler hep belirli bir oranda hata payı içermekteydi. Üstelik bu teknikler kurumuş ve eski lekelerle, saç ve kemik gibi materyallerde ya hiç sonuç vermiyor ya da ciddi yanlışlara neden oluyordu. Ülkemizde DNA

Dair 25.06.2001 tarihli Konsey İlke Kararı, RG. C. 187, 03.07.2001, S.0001-0004, Konsey İlke kararı”,(Çeviren; ““Ceza Yargılamasında Muayene Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Tasarısı” çalışmaları sırasında Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi Ömer Faruk Altuntaş) (çevrimiçi), <http://www.abgm.adalet.gov.tr> , 07.03.2005

⁶⁸⁴ ÖZBEK; “DNA Analizi”, Sh. 4

⁶⁸⁵ ÖZBEK. “DNA Analizi”, sh. 5

⁶⁸⁶ BAĞDAT; a.g.e., sh. 123

⁶⁸⁷ ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh.182

⁶⁸⁸ BAĞDAT; a.g.e., sh. 123

⁶⁸⁹ BAĞDAT; a.g.e., sh. 123

profillemesine dayalı idantifikasyon, 90'lı yılların ancak ikinci yarısında yaygınlaşmış ve bu sorunlar, DNA molekülü üzerindeki incelemeler sonucunda elde edilebilen DNA profilleri ile aşılabılmıştır.⁶⁹⁰ DNA profili yalnız saldırı ve cinayetlerin aydınlatılmasında değil, aynı zamanda babalık tayinlerinin, akrabalık ilişkilerinin aydınlatılmasında da tek güvenilir yöntemdir.

Analize tabi tutulacak biyolojik materyalin kontaminasyon (biyolojik bulaşma) oluşmayacak uygun bir şekilde ambalajlanması gereklidir.⁶⁹¹ Delilin muhafazası sırasında oluşacak hatalardan herhangi biri DNA kimlik teşhisi için uygulanacak testleri ciddi bir şekilde etkileyecektir.

DNA analizi için alınacak kan örneklerinin en az 5 ml. olacak şekilde kapaklı, antikoagülan içeren (EDTA) tüplere alınması ve tüpün alt üst edilerek karıştırılması (pıhtılaşmayı önlemek için),dik pozisyonda naklini sağlamak için sabitleyici içine yerleştirilerek en kısa zamanda, kurye ile birlikte soğuk taşıma zincirine uyularak (plastik buz paketi içeren termos içinde) laboratuara gönderilmesi, bu şartların yerine getirilmemesi halinde; emici vasıfta pamuklu beyaz bez üzerine 8–10 damla kan damlatılarak oluşturulan lekenin oda ısısında, güneş ışınlarından uzak, tozsuz, temiz bir ortamda doğal seyriyle kurutularak, beyaz kâğıda sarılmasını müteakiben zarflanıp, etiket bilgileri yazılarak laboratuara gönderilmesi önerilmektedir.⁶⁹²

Ceza Muhakemesi Hukukunda, DNA analizi olarak da adlandırılan moleküler genetik incelemeler, bağımsız bir tedbir olarak değil, vücudun muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısı⁶⁹³ olarak düşünülmektedir. Hukukumuzda 5271 Sayılı CMK. düzenlemesi sonrasında “Vücut

⁶⁹⁰ ATASOY: a.g.e.

⁶⁹¹ ATASOY; a.g.e.

⁶⁹² Genel bilgi için Bkz.; “OLAY YERİNİN SİSTEMATİK İNCELENMESİ DELİLLERİN TOPLANMASI VE LABORATUARLARA GÖNDERİLMESİ ESASLARI”: Jandarma Genel Komutanlığı Yayınları, JGY: 27-6, J.Gn.K. lığı Basımevi Müdürlüğü, Ankara 2001, ADLİ BİYOLOJİ VE UYGULAMALARI”: “Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Brifingi Yayınlanmamıştır, ADLİ BİYOLOJİ VE UYGULAMALARI”: “Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Brifingi Yayınlanmamıştır“Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi , 2005, Yayınlanmamıştır, “Adli Biyoloji”: Adli Bakanlık Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Sunumu, Mart-2005 Yayınlanmamıştır, CANTÜRK; DENER: a.g.e.

⁶⁹³ ÖZBEK: “DNA Analizi”, sh. 7

muayenesi ve DNA analizi koruma tedbiridir.”⁶⁹⁴ DNA analizi ile “iz materyalin(olay yerinden elde edilen)” ve “vücut materyalinin (sanık mağdur veya üçüncü şahıslardan alınan)” analizi yapılmaktadır.⁶⁹⁵ Bir koruma tedbiri olması nedeniyle, insan hak ve hürriyetleri açısından tehlike içermesi, hukukumuzda bu incelemeler konusunda daha detaylı bir düzenleme yapılması sonucunu doğurmuştur. 1412 Sayılı CMUK.’ da hiç düzenlenmeyen bu yöntem, 5271 sayılı CMK.’ da 78, 79 ve 80. maddelerde ayrıntılı bir şekilde mehzaz (Alman Ceza Muhakemesi Kanunu 81/e vd. na benzer şekilde) düzenlenmiştir.⁶⁹⁶ CMK. 78. maddeye göre; ancak 75 ve 76. maddeler uyarınca elde edilen bulgunun (ikinci fıkra gereği; bulunan kime ait olduğu belli olmayan beden parçaları üzerinde de) ve şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup-olmadığının tespiti için zorunlu hallerde ve sadece bu amaçla bu incelemeler yapılabileceği belirtilmiş, 79. maddede “bu incelemelere ancak hakimce karar verilebileceği, kararda incelemeyi yapacak bilirkişinin gösterilmesi gerektiği, “soruşturmayı yürüten makamın soruşturma veya kovuşturmayı yürüten dairesinden teşkilat yapısı itibariyle ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup” görevlilerin bilirkişi olabileceği, bu kişilerin sonuçların gizliliğini sağlama görevi olduğunu ve incelenecek bulgunun bilirkişiye “ilgisinin adı soyadı ve, adresi doğum tarihi bildirilmeksizin” verilmesi gerektiği düzenlenmiştir. 80. madde de ise analiz sonuçlarının gizliliği ve materyalin imhası konuları hüküm altına alınmaktadır.

İngiltere uygulamasında (I.Bölümde ayrıntılarıyla anlatıldığı şekilde) DNA Analizine esas olacak örneklerin alınma şekli ve yolları 2001 tarihli “Cezai Kanıt ve Polis Yasası”*“Criminal Justice and Police Act” (CJPA)* ile düzenlenmektedir. Bu kanun uyarınca İçişleri Bakanlığı’nda oluşturulan FSS birimi veri tabanların oluşturma ve bu konunun organizasyonlarını yapmaktadır. Polis FSS tarafından sağlanan araçları kullanarak şüpheli ve gönüllülerden örnek almaktadır. Her araç belli bir barkoda sahip olup, şüpheliler için, DNA örneğinin alındığı Polis Ulusal Bilgisayarına girildiği zaman ikinci bir numara ve tutuklama numarası verilmektedir. Polis aynı zamanda olay yerinden de DNA örneği toplayabilmektedir. ABD. de ise

⁶⁹⁴ “...özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran DNA-Analizi tedbirine başvurabilmesi için başta oranlılık ilkesi olmak üzere ceza muhakemesine hakim olan ilkeler daima göz önünde tutulmalıdır.” ÖZBEK: “DNA Analizi”, sh. 10

⁶⁹⁵ ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh.7

⁶⁹⁶ ÖZBEK tasarıda “moleküler genetik incelemeler” konusunun “vücut muayenesi” alt başlığında düzenlenmesini yasa tekniği açısından yerinde görmemektedir. Bu iki tedbirin hukuki niteliklerinin farklı olduğu ve bu düzenlemenin DNA Analizinin uygulama alanını daraltacağı düşüncesindedir. ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh. 31

DNA incelemeleri 1332 Murray Yasası ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş olup, tüm ülke genelinde belli bir usule bağlanmış şekilde DNA örnekleri toplanmakta ve “Amerikan Toplum Suç Laboratuvarları Müdürleri Laboratuar Kabul Kurulu” ASCDL/LAB tarafından onay almış laboratuvarlarda belirlenen DNA sonuçları Adalet Bakanlığı bünyesindeki merkezi bilgisayarlarda depolanmakta ve suçluların tespiti amacıyla sonuçlar polisin incelemesine sunulmaktadır. Her iki ülke uygulamaları da geniş bir şekilde yasal yapıya kavuşturulmuş olup, bu kısımda ayrıntılı anlatıma girmemekteyiz.

j) ADLİ AMAÇLI BİYOLOJİK MATERYAL VE SONUÇLARIN İMHASI

Ceza muhakemesi sırasında olay yerinden veya şahıslar üzerinden toplanan biyolojik materyalin imhası önem taşımaktadır. Ceza muhakemesinde elde edilen ve o soruşturma nedeniyle kimliklendirme veya suç delili olarak kullanılan materyalin, ileride meydana gelebilmesi olası herhangi bir olayda, herhangi bir kişi veya materyalin alındığı kişi aleyhine delil olarak kullanılabilmesi olasılığı ile, işlenecek suçlarda eldeki hazır bilgiler aracılığıyla faile ulaşma arzusundaki ceza muhakemesinin gereklilikleri bu konuda çatışmaktadır.

İmha işleminin materyalin bizzat kendisine mi yoksa bu materyalden elde edilen bilgi ve delile mi uygulanması gerektiği de hukukumuzdaki en önemli tartışma konularındandır. Kolluk; işlenecek suçlarda yararlanabilmek amacıyla, bir takım bilgileri depolayarak, bunları olası suçların faillerinin veya mağdurlarının tespitinde kullanmak arzusundadır. İnsan hakları savunucuları ise; “bu materyal veya bilgilerin ileride bireyler aleyhine suç delili yaratmak amacıyla kötüye kullanılabilceği” düşüncesinden hareketle buna karşı çıkmaktadır. Parmak izlerinin (fingerprints) saklanması konusunda önceden ve halen yaşanan tartışma, günümüzde, (yukarıda anlatılan özellikleri nedeniyle) DNA Analiz sonuçlarının biriktirilmesine yönelmiştir.

CMK. md. 80/(1) (Değişik: 25/5/2005 – 5353/4 md.); 75, 76 ve 78 inci madde hükümlerine göre alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından bir başkasına verilemez.” (2) fıkrası ise; “Bu bilgiler, kovuşturmayla 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.” hükümlerini içermektedir. Aynı şekilde CMK. md. 80 uyarınca “Fizik Kimliğin Tespiti Amacıyla Alınan Örneklerle” ilgili olarak Yönetmeliğin 16. maddesi “Kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi hâllerinde bu Yönetmeliğin 15 inci maddesi hükümleri uyarınca elde edilen veriler, Cumhuriyet savcısının huzurunda ve uygun göreceği usullerle derhâl yok edilir ve bu husus tutanağa geçirilir.” demektedir. 17. madde mahkûmiyet haliinde verilerin arşivlenmesi, 22. madde ise imha ile ilgili gerektiğinde Cumhuriyet Savcısı görevlendirilmesi konularına ilişkindir.

Halen ülkemizde adli amaçlı biyolojik materyalin ve verilerin imhası prosedürü karışık haldedir.⁶⁹⁷ Genel olarak tıbbi atıkların nasıl imha edileceği Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliğinin 9/a maddesi ile Tıbbi Atıklar Yönetmeliğinde belirtilmiştir.

Alman hukukunda alınan bütün kan ve hücre numunelerinin imhası 1997 tarihinden bu yana yeni 81a III ile düzenlenmektedir.⁶⁹⁸ 81a III. Fıkrası “alınan kanların soruşturma dışı başka amaçlarla kullanılmasını” yasaklamaktadır.⁶⁹⁹ Bu sorumluluk, ne ilgili dava ne de başka bir bu kapsamdaki davada ihtiyaç bulunmaması halinde yerine getirilir ve md. 100/b-6 ‘ya benzer ve tüm alınan materyaller için geçerlidir.⁷⁰⁰ Sanığın izni olmadan bilimsel amaçlı kullanılamaz.⁷⁰¹

Malzeme hüküm kesinleşinceye kadar, gerekliyse daha da uzun bir süre⁷⁰² saklanacaktır. Alınan malzemenin ceza davası için gerek kalmadığı⁷⁰³ andan itibaren imha edilmesi hükme bağlıdır.⁷⁰⁴

⁶⁹⁷ TAHTACI; a.g.e. sh. 37

⁶⁹⁸ KÜHNE; a.g.e. sh. 252, No; 478, LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 202, no. 81a. 54

⁶⁹⁹ JOECKS: a.g.e., sh. 147, no. 20, GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 36, LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 202, no. 81a. 54, dn.188

⁷⁰⁰ JOECKS:a.g.e., sh. 147, no. 20, GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 38(kapsamlı yok etme kararına ilişkin kritik ve iz materyallerde kısıtlama Rath/ Brinkmann NjW 99,2699)

⁷⁰¹ JOECKS:a.g.e., sh. 147, no. 20

⁷⁰² “Gerekli ise davanın tekrar görülmesine veya verilen sürenin kaçırılması halinde dava öncesi durum talep edilir ise veya bu tarz bir uygulama bekleniyor ise daha uzun bir süre saklanabilir. (Senge aaO §100b ye ilaveten 8) Ceza davası para cezası davasına dönüştürülür ise §46 IV 1.c 2 OWiG gereğince alınan kan numunesi kullanılabilir; diğer beden hücreleri ise sadece bunların alımında dar kapsamlı bir müdahaleye rıza gösterilmiş ise, örneğin DNA- Analizi için gerekli

İmha işlemi sadece kullanılan materyali kapsamakta, muayene sonuçlarını kapsamamakta, muayene sonuçları dosyada saklanmakta,⁷⁰⁵ Federal Kriminal Dairesinde DNA- Kimlik Tespit Dosyasında kullanılabilir.⁷⁰⁶ İlgiliye veya üçüncü şahıslara karşı soruşturma davasına zamanında başlamak için, imha süresini bir süre uzatmak mümkünse de, örneklerin (kriminalistik ve tehlikeli hastalıklara karşı korunma nedenleriyle) dava süresince saklanması yoluna gidilmesinin engellenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.⁷⁰⁷

İmhanın şartlarını tespit ve kararını verme savcı yetkisinde olup, ilgili kişinin imha işlemini EGGVG 23 II madde gereğince hakime kontrol ettirebilme hakkı vardır.⁷⁰⁸

İngiliz hukukunda; imha konusu PACE md. 64 te düzenlenmektedir. Bu maddeye göre; “eğer örnek alınan kişinin suçu işlemiş olduğundan şüphelenilmiyorsa alındıkları amacı yerine getirir getirmez imha edilmelidir.”(PACE md. 64/(3)) Ancak, örneklerin alındığı soruşturma sonucu kişi mahkum olmuşsa (64/(3AA)), alınan örneklerin alıkonulmasına rıza gösteren bir kişiden alınmışsa imha edilmeyecektir.(64/(3AC) Örneğin; imha edilmemesine rıza gösteren kişi, alınan örneğin imha edilmesine 64/(3) gereğince hak kazanmışsa, bu örnekler ileride bu kişi aleyhine veya başka bir suçun soruşturulmasında delil olarak kullanılamayacaktır.(64/(3AB)) Ancak, bu o örnekten başka bir bilginin türetilmesine ve bu türetilen bilginin kullanılmasına engel değildir.(64/(3AC)-b) Burada alıkonulmayla ilgili rızanın, örneğin yok edilmesine hak kazanılmasından önce veya sonra verilmesinin bir önemi bulunmamaktadır.(64/(3AD) PACE md. 64

malzeme gibi kullanım imkanı bulunur; aksi halde usulsüzlük davalarında § 46 IV 3. c OWIG göre ceza ve para cezalarına ilişkin alınan kan örnekleri veya diğer beden hücrelerinin moleküler genetik araştırmalarda kullanımı (§ 81 c) mümkün değildir.” : GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 39

⁷⁰³ “Eğer dava kesinleşmesi ile kapatıldıysa ve davanın yeniden ele alınması söz konusu değilse numuneler dava için gerekli değildir”. JOECKS:a.g.e., sh. 147, no. 20, GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 39

⁷⁰⁴ “Bu şekilde § 100 b VI' ye benzer bir düzenleme getirilir, ancak savcının imha edilmesi anında gözetimine ve imha edilmesine ilişkin tutanak düzenleme kararından feragat edilir; ancak uygun durumlarda savcı imha etme işlemi kontrol etmeli ve hücrelerin yok edildiğini yazılı olarak tutanağa geçirmelidir” : (Senge NjW 97, 2410) GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 37

⁷⁰⁵ GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 38 (Hilger NDtZ 97,372), LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 202, no. 81a. 56

⁷⁰⁶ GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh. 261, no. 81a 38, LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 202, no. 81a. 56

⁷⁰⁷ KÜHNE; a.g.e. sh. 252, No: 478

⁷⁰⁸ KÜHNE; a.g.e. sh. 252, No: 478

hükmü bu maddede yapılan düzenleme öncesinde 2001 “Kriminal Adalet ve Polis Kanunu(Criminal Justice and Police Act) ” hükümlerine göre elde edilmiş ve imha edilmesi gereken (edilmiş veya edilmemiş) örnekler için de geçerlidir.(CJPA md. 82(6)a-b) Ancak bu örneklerden türetilen bilgilerin kullanılması bu yasak kapsamında sayılmamaktadır.

Kanaatimizce: Halen hukukumuzda, DNA bankalarının ve “Kişisel Veri Bankalarının” kurulup-kurulmaması gerekliliği ve DNA sonuçları ile diğer kişisel verilerin diğer soruşturmalarda da kullanılıp kullanılmayacağı, DNA laboratuvarlarının akreditasyonu⁷⁰⁹ ve standardizasyonu insan hakları yönünden tartışılmaktadır. Henüz yöntem olarak yeni olması tam özelliklerinin bilinmemesi nedeniyle bizce DNA analizleri ve kişisel verilerin kullanılması konularındaki tartışma “körler-sağlılar diyalogu” şeklinde sürmektedir.⁷¹⁰ Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış bulunan “DNA VERİLERİ VE TÜRKİYE MİLLİ DNA VERİ BANKASI KANUNU TASARISI” kanımızca bazı eksiklerine karşın olumlu bir tasarı niteliğinde olup bir an önce yasalaşmasında fayda bulunmaktadır. Ancak bu kanunun çıkarılması tek başına yeterli bulunmamaktadır. Suçla mücadele edilebilmesi için, DNA sonuçlarının ve kişisel veriler bankalarının oluşturulması ne kadar gerekliyse, bu verilerin kötü amaçlı kullanılmasının önlenmesi ve toplu bir düzenleme getirilebilmesi amacıyla, “KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU”nun da hazırlanarak bir an önce çıkarılması gereklidir.⁷¹¹ Her iki konunun da aynı kanun bünyesinde düzenlenebilmesinin mümkün olduğu kanaatindeyiz.

⁷⁰⁹ Halen ABD, Kanada, Avustralya AB. Ülkeleri gibi ülkelerde, gelişmiş kriminal laboratuvarlarda, DNA analizinde kullanılan yöntem ve araçlardan, personelin eğitim seviyesine kadar varan standardizasyon kuralları ve ISO 17025 veya EN45001 nitelik standartları uygulanmaktadır. Bu konu akreditasyon için önemlidir. Ülkemizde halen kriminal laboratuvarlarımız bu anlamda tam anlamıyla akredite edilmiş değillerdir. Bunun nedeni ülkemizde henüz bu laboratuvarları akredite edecek bir kuruluşun bulunmamasıdır. Elde edilen sonuçların ülke içi ve dışında hukuki anlam ifade edebilmesi akreditasyonla doğrudan ilintilidir. TAHTACI; a.g.e, sh. 48

⁷¹⁰ Bu konuda AB ülkeleri DNA bankalarının oluşturulması adına 1990 lı yıllardan bugüne kadar çalışmalar yapmaktadırlar. “DNA Analiz Sonuçlarının Değişimine Dair 25.06.2001 tarihli Konsey İlke Kararı, (CELEX NO; 3200160703 (01) ; RG. C. 187, 03.07.2001, S.0001-0004, Konsey İlke kararı”,(Çeviren; ““Ceza Yargılamasında Muayene Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Tasarısı” çalışmaları sırasında Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi Ömer Faruk Altıntaş) (çevrimiçi), <http://www.abgm.adalet.gov.tr> , 07.03.2005) bu konudaki genel ilkelere yer vermektedir. İleriki bölümlerde bu konuya ayrıca değinilecektir.

⁷¹¹ ÜNVER, Yener; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Eylül-2005, Sayı;33

D. CEZA MUHAKEMESİ YÖNÜYLE VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA ÇEŞİTLERİ

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından, muayenenin hukuki niteliği yapılan işleme ve yapıldığı kişiye göre farklılıklar taşımaktadır. Koruma tedbiri ve delil öğretisi yönleriyle konu ilerki bölümlerde tartışılacaktır. Bu konulara geçmeden önce muayenenin muayene özelliği ile ceza muhakemesinde nasıl değerlendirildiğini bilmek gerekmektedir.

1. İÇ MUAYENE-DIŞ MUAYENE AYRIMI

5271 Sayılı CMK. vücudun muayenesini “**iç muayene**” ve “**dış muayene**” olarak ikiye ayırmaktadır.

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik” 3. maddesinde; **Dış beden muayenesi**: “*Vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbî inceleme*”, **İç beden muayenesi** ise : “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” olarak tanımlanmaktadır. İç bedenle ilgili sınıflandırma 5271 S. CMK. nun 87/(2) madde ve fıkrasındaki otopsi işlemiyle benzerlik göstermektedir. Bu sınıflandırmanın canlı insan vücudu konusunda yeterli olmadığı açıktır. Dış muayene konusu olarak sayılan kulak, burun ve ağız içlerinde invaziv (girişimsel) yöntemlerle yapılacak bir muayene veya örnek alma işleminde bu bölgeleri dış beden saymak mümkün değildir. Yönetmeliğe 5353 SY. sonrasında konulan bu tanımların zorlama olduğu ve gerçekte örtüşmediği görülmektedir.

Yasakoyucu iç muayene ve dış muayene ayrımlarına özellikle muayeneye karar verilmesi veya rıza aranıp aranmaması konularında farklı hükümler bağlamıştır. Anlatım sırasında bunlara ayrı-ayrı değinilecektir.

Bu düzenleme mehz Alman Ceza Muhakemesi Hukuku ile farklıdır. Alman Ceza Muhakemesi Kanununda (StPO § 81a vd.) iç ve dış muayene ayrımı yapılmamaktadır. Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda muayene ve örnek alma işlemleri girişimin ağırlığına ve şekline göre basit muayene ve (*Körperliche Untersuchung*) ve bedensel müdahale (*Körperliche Eingriffe*) olarak ikiye

ayrılmaktadır. StPO muayene edilecek kişinin niteliğine göre ise § 81a da şüphelinin muayenesi, § 81c de ise, sanık dışındaki kişilerin muayenesi (*Untersuchung Anderer Personen*) olarak ikili bir ayırım yapmıştır. CMK. muayene edilecek kişilere göre ayırma sadık kalmış, muayenenin niteliğine göre ayırım konusunda mehzadan ayrılmıştır.

Kanaatimizce: Yasa koyucunun bu tür bir düzenlemeye gitmesi doğru olmamıştır. Konu hakkında Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda kabul edildiği şekliyle, vücuda müdahale niteliğinde olan muayene ve örnek alma işlemlerini iç muayene, vücut yüzeyinde elle veya gözle yapıp müdahale özelliği göstermeyen muayene ve örnek alma işlemlerini dış muayene kabul ederek, iç beden ve dış beden kavramlarını buna göre belirlemek gereklidir. Çünkü basit işlemle ağız boşluğundan sürüntü (swap) yoluyla örnek almayla, aynı ağız boşluğundan tıbbi müdahalelerle iğne ve benzeri tıbbi aletler yoluyla biyolojik materyal almanın aynı olmaması gerekir.

İlgili bölümlerde de belirttiğimiz/belirteceğimiz şekilde, bizce, halen CMK. da konunun düzenlenişi muayene işleminin niteliği ve Ceza Muhakemesi Hukuku kurallarıyla uyumlu değildir. Bu nedenle, muayenenin Ceza Muhakemesi Hukuku açısından tasnifinde StPO'daki düzenlenme şekline uygun bir anlatımın daha olumlu olacağını düşünmekte olduğumuzdan, konuyla ilgili anlatımımız StPO paralelinde olacaktır. Yapılacak bir düzenleme ile Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda da mehzadadaki bu tasnife gidilmesi olumlu olacaktır.

Bu nedenle, -konuyu ilgili yerlerde, yeri geldiğinde CMK. 'nun mevcut haliyle tartışmak kaydıyla- iç muayene ve dış muayene kavramlarıyla ilgili yapmış olduğumuz genel tanımlamayla yetinerek, bizce uygun tasnif şekli olan basit vücut muayenesi ve vücuda müdahale niteliğindeki muayeneler kavramlarını ayrıntılı şekilde anlatmayı daha uygun görmekteyiz.

2. BASİT VÜCUT MUAYENESİ;

Basit vücut muayenesi; muayene edilenin rızası aranmaksızın beden durumunu veya münferit beden parçalarını, vücudun doğal açıklıklarındaki yabancı maddelerin mevcudiyetini de dikkate alarak veya sanığın psikolojik durumu, beynin

işleyiş şekli ve bedensel fizyolojik fonksiyonlarının algılama düzeyi de dikkate alınarak,⁷¹² bedensel müdahale yapmadan yapılan muayene şeklidir.⁷¹³ Basit bir muayenenin yapısı, bedenin yapısal özellikleri ve/veya fonksiyon yeterliliği ile sınırlıdır.⁷¹⁴ Beynin ve psikolojik fonksiyonların çalışmasını inceleme bu kapsama girmemektedir.⁷¹⁵

Basit muayenede, vücudun o anki bedensel ve fizyolojik işleyişi ve vücut üzerinde basit işlemlerle bulunacak delillerin tespiti ile yetinilmektedir. Alman hukukunda basit muayene kısmen vücutta arama gibi değerlendirilmekte,⁷¹⁶ bu muayenenin mutlaka bir hekim tarafından yapılması zorunluluğu bulunmamakta, bir kolluk görevlisi veya hekim dışındaki başka bir kişi tarafından da bu tür muayenelerin yapılabileceği belirtilmektedir.⁷¹⁷ Vücut boşluklarının muayenesi ve buralarda arama amaçlı işlemler vücuda müdahale sayılmamaktadır.⁷¹⁸ Alman hukukunda teşhis amacıyla saç ve bıyığın değiştirilmesi basit muayene kapsamında kabul edilmektedir.⁷¹⁹

Vücudun basit muayenesinde amaç; tamamen veya kısmen çıplak vücudun⁷²⁰ yapısı ve beden bölümlerinin özelliklerinin gözle incelenmesi ve özellikle belirli beden özelliklerinin (et beni, lekeler, doğum lekeleri, döğmeler) veya suça ilişkin izlerin (çizikler ve iğne izleri, deride kan lekeleri, tırnaklar altında deri veya kan izleri) tespitidir.⁷²¹

⁷¹²GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh. 256, no. 81a, 8, (EbSchmidt NJW 62, 664), VOLK; "Studium Jura s.54 no. 22

⁷¹³GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh. 256, no. 81a, 8, JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 6

⁷¹⁴BENFER; a.g.e., sh. 196, no. 7

⁷¹⁵LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 130, no. 81a. 19

⁷¹⁶ "Yaygın olan kanıya göre § 81a'ya göre beden muayenesi § 102 de ele alınan beden aramasından takip edilecek amaç gereği farklıdır. (dn 53)": LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 130, no. 81a. 19

⁷¹⁷ "...Bir hekim tarafından yapılmasına gerek duyulmayan muayene, muayeneyi yapacak kişinin isteğinden bağımsız olarak sanığın algılaması (dn 49) veya psikolojik durumu aracılığı ile bedene müdahale edilmeden (dn 50) bedenin durumu veya münferit beden bölümlerinin muayenesini kapsar.." LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 129, no. 81a. 18, WILHELM; a.g.e., sh.3

⁷¹⁸ VOLK; "Studium Jura s.54 no. 22

⁷¹⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 23 (L-R Krause no. 47, Kohlhaas DRiz 72, 316, Schlüchter 185, aM Rüping 262, BVerufGE 47, 239,246, NJW 78, 1149 ile karşılaştırmız) (Bu yasa düzenleme açısından izin verileceği görüşünde.) (Fezer 6, 19, GFrünwald JZ 81, 423 ve Odenthal NStZ 85, 434 müdahaleyi izinsiz kabul etmekte ve bunu bir tedavinin belirlenmesine yönelik bir bedensel muayene olarak görmekte dirler. (81b 10) kimlik tespiti için karşılaştırma da bedensel bir muayene değildir.), JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 13

⁷²⁰ JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 6

⁷²¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 130, no. 81a. 19

Hukumumuzda basit vücut muayenesi dış muayene olarak adlandırılmakta ve şüpheli açısından bu muayenelerin yapılması için izne ihtiyaç duyulmamakta, iç muayene olarak adlandırılan ve vücuda müdahalenin kastedildiği muayeneler için izin ve karar yolunu göstermekte, diğer kişiler için ise 76. maddede, her iki muayene için de karar şartı aranmaktadır.

3. VÜCUDA MÜDAHALE NİTELİĞİNDEKİ (İNVAZİV) MUAYENELER;

Vücuda müdahale niteliğindeki muayeneler denildiğinde, basit muayenelerden farklı olarak sadece bir hekim tarafından yapılabilen bedende kısmi yaralanmaya neden olan veya olabilecek her tür müdahaleler⁷²² anlaşılmaktadır.

Genel bir kavram olan “Muayene”, “Tıbbi Müdahale” kavramı ile içiçe geçmiş bir kavramdır. Bu nedenle, muayeneden ne anlaşılması gerektiğini tam olarak belirleyebilmek için, Hukuk ve Tıp Bilimlerinde “Tıbbi Müdahale” den ne anlaşıldığının bilinmesi de zorunludur.

Tıbbi müdahale kavramı hukuk ve tıp bilimlerinin kendi sistematikleri içerisinde görünüşte farklı, özünde aynı şekillerde tanımlanmaktadır. Bu tanımlarda müdahalede tanımlamayı yapan sistemin öne aldığı değerler ve amaçları farklılıkları yaratmaktadır. Bunun diğer bir nedeni ise; tıbbi müdahalenin “*tıp tekniği, etik ve hukuk alanlarında değişik görünümler*”⁷²³ gösterebilmesidir.

Konumuz itibarıyla, tıbbi müdahale vücudun muayenesi ve örnek alma faaliyetinin büyük bir bölümünü kapsamaktadır. Özellikle, vücuda müdahale şeklinde girişimsel (**invaziv**) yöntemlerin tıbbi müdahale niteliğinde olması, ayrıca adli muayene ile tedavi edici ve tıbbi müdahale niteliğindeki muayenelerin sıklıkla bir arada bulunması nedenleriyle, tıbbi müdahaleden ne anlaşılması gerektiğinin belirlenmesinde fayda bulunmaktadır.

⁷²² LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 132, no. 81a. 27, “...*beden müdahalesi kavramını genişletmeli ve uygulanmasında özellikle uzman olmayanlar tarafından yapılan, sanığın sağlığı açısından tehlike oluşturulabilecek durumlar anlaşılmalıdır. Bu kapsamda doğal beden açıklıklarına bakmak muhakkak bir müdahaleyi gerektirmez. Hepsi müdahale olarak algılanmamalı, müdahale ancak bedende bir girişim (invaziv) oluşturan, hallerde kabul edilmelidir*”. : BENFER; a.g.e., sh. 199, no.13, “*Bedensel bir müdahale doğal vücut sıvıları (meni idrar, safra) gibi doğal vücut sıvıları alındığında veya bu maddeler vücuda verildiğinde ya da deriye veya kasla örtülü vücut içerisine müdahale edildiğinde geçerlidir.*”JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 7

⁷²³ ERMAN; a.g.e. sh.; 27

Tıbbi Müdahale (bizce öğretilerdeki en doğru ve eksiksiz) tanımıyla; “*Kişilerin bedensel fiziksel veya psikolojik bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek veya bu olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak ya da nüfus planlaması amacı için tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan, ruh sağlığına yönelik girişimleri de kapsayan her çeşit faaliyet’tir*”.⁷²⁴ Diğer bir deyişle, hukuki olarak; “hekimin hastasını sağlığına kavuşturma için yaptığı her şey” (etik ve ahlaki olmak kaydıyla) tıbbi müdahaledir.⁷²⁵

Eğer soruşturma organları deri altına veya kasla örtülü beden içine müdahale ederlerse veya kan, idrar, sıvı veya meni alırlar veya aldırırlarsa, genel olarak müdahale söz konusu demektir.⁷²⁶ Bedensel bütünlüğün iç ve dış sınırları için önemli olan vücuda müdahaledir. Bu kapsamda, müdahaleden, doğal vücut kısımlarından (kan, sıvı, meni, idrar) alınması veya bedene başka sıvı zerkedilmesi veyahut bedenün bunlara (röntgen, hücre bölünmesi bilgisayarlı tomografi (bilgisayarlı kesityazar)) maruz bırakılması veya deri veya kasla kaplı iç bedene müdahale edilmesi anlaşılmalıdır.⁷²⁷

Vücut bütünlüğünü etkileyen niteliği gereği, müdahale niteliğindeki işlemler hukukumuzda iç muayene olarak nitelendirilerek, işlem öncesinde daha ağır kurallara bağlanmıştır. Alman hukukunda da vücuda müdahale şeklindeki işlemlere, sadece, muayene amacına yönelik olduğunda, sanığın vücutsal durumunu ortaya koymak amacı ile veya vücuduna girmiş olan nesnelere tanımlamak ve kanıt veya bağlantı veya kapsama alınacak nesnelere olarak gün ışığına çıkarmak amacı ile ele alındığında izin verilir.⁷²⁸ Bu sadece, sözkonusu nesnelere tahkikat amacı ile

⁷²⁴ ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., sh. ; 24

⁷²⁵ ÇAKMUT (YENERER); a.g.e.;26

⁷²⁶ BENFER; a.g.e. sh. 199, no. 13,(Dzentzowski s.15 den), LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 132, no. 81a. 27

⁷²⁷ “...bedenden kan , meni (dn 74) veya idrar alındığında bedene madde zerk edildiğinde veya deri veya kas içerisine müdahale edildiğinde beden müdahalesi söz konusudur.”WILHELM; a.g.e., sh. 3, dn.75

⁷²⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 129, no. 81a. 28, dn. 82

aranması değil bunların emniyete alınmasını da kapsamaktadır.^{729, 730} Hakim kararı olmadan ağır vücutsal müdahaleler yapılamamaktadır.⁷³¹

Vücuda müdahale şeklindeki muayeneleri; hayati tehlike oluşturan (yüksek riskli) ağır müdahaleler ve hayati tehlike oluşturmayan(düşük riskli) basit müdahaleler olarak ikiye ayırmak mümkündür. Ağır müdahaleler ile basit müdahaleler arasındaki fark; herhangi bir ağrı meydana getirmek veya tıbbi aletlerin kullanımı veya tıbbi makinelerin kullanımı değil, az bile olsa bedende yaralanmaya sebebiyet vermektir.⁷³²

Alman hukukunda; idrar örneği almak,⁷³³ kusturma, lavman (*Exkorporation*), *anjyografi*⁷³⁴, *palografi*, ağır suçların açıklığa kavuşturulması için beyinden veya omurilikten sıvı alınması, film çekme amacıyla kafatasının havayla doldurulması (*pneumencephalographie*) Balon dilatasyonu⁷³⁵ işlemleri ağır müdahale olarak sayılan işlemler olup, anjiyografi, palografi, katater yardımıyla idrar alımı işlemlerine izin verilmemekte, kusturma ve "*pneumencephalographie*" işlemine izin verilmektedir.⁷³⁶ Bunun yanısıra Elektroencephalographie(Beyin elektro incelemesi -EEG),⁷³⁷ Elektro kardiyografi (EKG)⁷³⁸ ve yüzleştirme işlemleri basit muayene kapsamında sayılmaktadır.

CMK. md. 75/(4) cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayeneyi iç muayene olarak saymış, kendi tasnifi içerisinde bir tür müdahale olarak

⁷²⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 129, no. 81a. 28, dn. 83

⁷³⁰ "Sadece geçici bir süre için muayene amaçlı dahi olsa sanığın ruhsal durumunda değişiklik meydana getirecek beden müdahalesine izin verilmemektedir.(dn 84) İfade alımı esnasında hipnoz, elektroşok ve narkoanaliz' in yasak olması § 136 a'ya dayandırılmaktadır (§ 136a,25,45 ile mukayese ediniz) Sadece teşhis amacına yönelik olsa dahi sanığın rızası ile bile bu araçlar kullanılamaz. (dn 85)": LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 129, no. 81a. 28

⁷³¹ BVerfGE 16, 194, NJW 1963, 1597; WILHELM; a.g.e., sh. 3

⁷³² GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh. 256, no. 81a, 13

⁷³³ "İdrar alımı kataterle yapılıyorsa bu ağır, ağırlı ve tehlikeli bir müdahale olarak görülmektedir. Bu nedenle ağır suçlarda talep edilebilir. Ancak bu dava açısından önemli olmalıdır."(Benfer Rechtseingriffe RN. 944, ganz abl. Kleinrecht, (Meyer-Gosner 81a no.21) ; WILHELM; a.g.e., sh.4

⁷³⁴ LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 136, no. 81a. 38, dn,121

⁷³⁵ LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 137, no. 81a. 39

⁷³⁶ WILHELM; a.g.e., sh,4; BVerfGE 17, 108 (115)=NJW, 1963, 2368; BGHSt 23 , 176 (186)

⁷³⁷ "...bir beden müdahalesi değil, daha çok bir alet ile yapılan insan beynindeki potansiyel dalgalanmaları ölçen ve işaretleyen bir yöntemdir. Beden bütünlüğüne müdahale edilmemiştir, sadece baş derisine temas kancaları bastırılmıştır. Bu muayene herhangi bir ağrı,acı oluşturmaz ve olumsuz etkileri yoktur." : LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e., sh. 139, no. 81a. 42, dn 142

⁷³⁸ "... kalp faaliyetlerinin kontrolü için beden muayenesidir, müdahale değildir. Zararsızdır ve yan etkileri yoktur. Ancak sanık bilinen teste katılma yükümlülüğü taşımaz." : LÖWE/ROSENBERG (Krause): a.g.e., sh. 139, no. 81a. 43, dn 143, JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 7

düzenlemişken, StPO uygulamasında ağız, vajina, anüs gibi doğal beden açıklıklarının muayenesi⁷³⁹ müdahale değil basit bir müdahale sayılmıştır.⁷⁴⁰ Bu farklılık muayene kavramının algılanmasındaki farklılığın yanısıra, toplumların ahlak ve cinselliğe bakış anlayışlarının farklılığından da kaynaklanmaktadır. Aynı şekilde Alman hukukunda herkesçe kabul edilebilir görünen dış görünümün değiştirilmesi, zorunlu olarak saç veya bıyıklarının değiştirilmesi, saç veya bıyığın kesilmesi işlemlerinin de StPO §81a gereği bedensel bir müdahale oluşturmadığı kabul edilmektedir.⁷⁴¹

Basit muayene ile müdahalenin arasındaki ayrımı belirlemede, tıbbi alet veya araç kullanılmış olması ayırt edici bir özellik olarak kullanılamaz. Tansiyon ölçmek, Elektro kardiyografi, beyin akım araması, diş protezlerinin çıkarılması alet ve araç kullanılarak yapılır ancak bunlar genelde yardımcı sağlık personeli tarafından yapılan basit muayenelerdir.⁷⁴²

⁷³⁹ “Doğal vücut açıklıklarının muayenesi (ağır vajina anal muayene) basit muayene olarak yapıldığında vücuda müdahale olarak görülmemelidir. (K.K. Senge 81a no.6, Meyer-Gosner 81a no. 15, a.M. zu Recht SK Rogall 81a no 25)” : JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 7

⁷⁴⁰ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh. 257, no. 81a, 15a (KK Senge 6, SK Rogall 25, oben 9)

⁷⁴¹ WILHELM; a.g.e., sh.4 (Aynı şekilde; Rüping, Strafenverfahrenrecht, Rn. 262, BVerufGE 47, 239, (247 f)= NJW 1978, 1149), aynı bilgi için Bkz. sh. 135

⁷⁴² WILHELM; a.g.e., sh.4

E. ÖZELLİK ARZEDEN MUAYENELER VE USULLERİ

Muayene ve örnek alma işlemi, ceza muhakemesi alanı dışında değişik amaçlara yönelik olarak da yapılmaktadır. Aynı şekilde, hukuk muhakemesi alanındaki özel hukuk uyuşmazlıklarının önemli bir bölümünün çözümü kişinin vücudu veya ruhsal halinin muayenesini zorunlu kılmaktadır. Konunun dağılmaması açısından ayrıntıya girilmemek kaydıyla, bu özellik gösteren muayene ve örnek alma işlemlerine kısaca bir bakmakta fayda görmekteyiz.

1. ALKOL MUAYENESİ

Adli Toksikolojinin⁷⁴³ en geniş konularından birini etil alkol ve muayenesi oluşturmaktadır.⁷⁴⁴ Alkolün vücut sıvılarında doğru ve hassas tayini ceza muhakemesi açısından olduğu kadar, klinik toksikoloji ve adli tıp açısından da önemli ve en çok yapılan çalışmalardır.⁷⁴⁵

Etil alkol kimyasal formülü (C_2H_5OH)⁷⁴⁶ olan ve **etanol**, **şarap ruhu** ve **adi alkol** olarak adlandırılan renksiz, uçucu, yanıcı ve hidroskobik sıvı şeklinde bir alkol çeşidi⁷⁴⁷ olup, alkollü içeceklerin “*entoksikasyon komponentidir*”.⁷⁴⁸

Ceza muhakemesi konusuna giren suçlarda, olay anında kandaki alkol⁷⁴⁹ yoğunluğunun ölçülmesi büyük önem arz etmektedir.⁷⁵⁰ Diğer ülke hukuklarında

⁷⁴³ Atınç ÇOLTU; “PROMİL NEDİR? SÜRÜCÜLERDE ALKOL MİKTARININ DEĞERLENDİRİLMESİ”, **Polis Dergisi**, Sayı 41, Temmuz-Ağustos-Eylül 2004, sh. 4

⁷⁴⁴ İbrahim TUNALI, H. Cahit ZENTÜRK; “Etil Alkol ve Adli Tıp”, **Adalet Dergisi**, Ocak-Şubat 1989 Yılı 80 Sayı 1 Ankara-Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1989, sh. 145

⁷⁴⁵ Dilek BATTAL vd.: “Postmortem Kan Vitroz Sıvı Etanol Düzeylerinin Saptanması ve Adli Tıpta Önemi”, **Toksikoloji Dergisi**, Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No: IV, Published Quarterly, sh. 34

⁷⁴⁶ ÖZDEMİR; “İz Bilimi”, sh.189

⁷⁴⁷ TUNALI a.g.e. sh. 146 ayrıntılı anlatım bulunmaktadır.

⁷⁴⁸ BATTAL vd; a.g.e. sh. 30

⁷⁴⁹ GOSSNER-MEYER; a.g.e., Sh. 257 81a, No. 13

⁷⁵⁰ Alman Hukukunda bu konuda yürürlüğe konmuş olan bir talimatname vardır (Der Gemeinsame Erlass über die Feststellung von Alkohol im Blut bei Straftaten und Ordnungswidrigkeiten der Bundesländer; sh. 143)Bkz; YENİSEY, Feridun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi”, “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat-2006, sh. 13-26, aynı kaynağın farklı ve bizce kaynak alınan şekli için Bkz; YENİSEY, Feridun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi (Blut und Atemalkoholkonzentration)”, http://www.hukukturk.com/fractal/hukuk_Turk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5, (Çevrimiçi), 29.01.2006, sh. 3 (Anlatımın devamında vereceğimiz sahife numaraları internet çıktısına göredir.(YN))

olduğu gibi, ülkemizde de, trafikte sürüş güvenliğini tehlikeye düşürecek derecede⁷⁵¹ alkollü araç kullanmak (2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu⁷⁵² madde 48), emniyetli bir şekilde araç sevk ve idare edemeyecek halde olunmasına karşın araç kullanmak (5237 S. TCK. nun madde 179/3), taksirle trafik güvenliğini tehlikeye sokmak (5237 S. TCK. madde 180), Sarhoşluk (Kabahatler Kanununun madde 35) suçları yasalarımızda düzenlenmiştir.⁷⁵³ Ayrıca bu suçlar dışında kişinin o anki halinin saptanması amacıyla kanda alkol yoğunluğunun⁷⁵⁴ tespiti gereken haller bulunmaktadır.⁷⁵⁵

5237 S. TCK. nun 34. maddesinde belirtilen; “Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede kişiye ceza verilemeyeceği” hükmü uyarınca gerekli tespitin yapılabilmesi için kişinin alkol veya uyuşturucu oranlarının saptanması gereklidir. Bunun da olayın hemen sonrasında yapılması çok önemlidir.

Alkol; en yoğun şekilde alkollü içeceklerin oral yolla alınması yolu olmak üzere, ağızdan, solunumla, akciğerden ve enjeksiyonla (intravenöz) olmak üzere

⁷⁵¹ WEIGEND; “Alkol almamış bir sürücüye karşılık alkol alan bir kimsenin kaza riskinin, kanındaki alkol miktarı %00, 8 oranında iken onüç kat, %01,5 oranında iken yirmi beş kat arttığını belirtmektedir; Thomas WEIGEND; “Ceza Hukukunun Karayolu Trafikindeki Rolü”, (Çeviren; Yener ÜNVER), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 39, (Eisenberg Dn. 20 den naklen), Aynı konuda; “Alkol ile ilgili kan/alkol konsantrasyonu (yoğunlaşması) 0.15 mg/ml. olduğunda istatistiksel olarak anlamlı üç kat daha fazla kazanın olduğu saptanmıştır” Ahmet KUFACI: “Saniğin Şuur ve Hareket Serbestisinden Mahrumiyet Halleri, Şuurun Tetkiki” **Adalet Dergisi**, Mayıs-Haziran 1989, Yıl 1980, Sayı 3 sh. ; 59-77 Ankara-Yarı açık Cezaevi Matbaası, 1989, sh. 624

⁷⁵² 13.10.1983 tarih ve 2918 sayılı (Değişik: 08.01.2003–4785/3 md.)

⁷⁵³ Avrupa Konseyi Bakan Vekillerinin 219. toplantısında 22. Mart. 1973 tarihinde Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiş bulunan 73–7 sayılı; “Alkolün Etkisi Altında Bir Araç Kullanırken Suç İşleyen Karayolu Trafik Suçlarının Cezalandırılması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi Tavsiye Kararında” da, “alkollü araç kullanmanın trafik ve toplum güvenliği açısından tehlikelerine dikkat çekilerek, tavsiye kararında belirlenen oranlar üzerinde alkol almış kişilerin trafikten alınmalarını gerektirdiği belirtilmektedir.” Karar metni için Bkz.; “Alkolün Etkisi Altında Bir Araç Kullanırken Suç İşleyen Karayolu Trafik Suçlularının Cezalandırılması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi Tavsiye Kararı (73)7, (Çeviren;Sevgi Usta SAYITA), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh.101-103

⁷⁵⁴ “Alkolle bağlantılı trafik kazasının alkol tesirinde olup-olmadığının tespiti için sürücülerin nörolojik muayenelerinin yanı sıra kan alkol düzeylerinin de saptanması lazımdır.” ÖZER KENDİ; Yaşar Bilge; “Alkolün metabolizması ve Trafik Kazalarındaki Önemi”, **Adli Tıp Bülteni**, 5/1, 2000, sh. 32-35

⁷⁵⁵ YENİSEY: “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 3

çeşitli şekillerde vücuda girer.⁷⁵⁶ Vücuda ağız yoluyla alınan alkolün, az miktarı ağız ve ağız boşluğunda (gastrik mukoz membranda), % 80 ve daha fazlası ince bağırsakta -midenin boş olup-olmadığına bağlı olarak⁷⁵⁷ emilir (absorbe olur).⁷⁵⁸ Absorbe olan bu alkol, kısa sürede kan ve dokularda dengeye ulaşarak, homojen şekilde tüm vücut sıvılarına dağılır ve kan beyin engelini aşarak serebral fonksiyonu etkiler.⁷⁵⁹ Alkolün % 90 ı hemen karaciğerde metabolize olup, kalanı ter ve solunum yoluyla atılmakta ve organizma her saatte 10 ml. alkolü metabolize etmektedir.⁷⁶⁰

Genel olarak, 0,2 promil kan alkol konsantrasyonundan itibaren, kandaki alkol düzeyi arttıkça, sürücülük üzerindeki olumsuz etkilerinin de⁷⁶¹ arttığı bilinmektedir.⁷⁶² Bu nedenle, alkol araç kullanma güvenliğini etkileyebilecek “sarhoşluk verici madde” olarak değerlendirilmekte,⁷⁶³ özellikle trafikte araç kullanan kişilerin, alkollü şekilde araç kullanmaları özel kanunlar ve ceza kanunları tarafından yasaklanmaktadır. Bu aşamada ise, failin vücudunda o an bulunan alkolün miktarının tespiti önem arz etmektedir. Etil alkolün tespiti, nefes (solunum havasında) ve kan testi olarak isimlendirebileceğimiz iki ana yöntemle yapılmaktadır.⁷⁶⁴ Nefes testi; kişinin solunumu sonrası çıkan nefesindeki havanın ölçülmesi suretiyle, alkol oranının tespitine yönelik olup, genellikle trafikte görevlilerce yol üstü kontrollerde kullanılmaktadır. İkinci ve asıl olan yöntem ise kanda⁷⁶⁵ alkolün ölçülmesi yoludur. Bu testler, sarhoşluğu değil kandaki etil alkol miktarını ölçmektedir.⁷⁶⁶

⁷⁵⁶ BATTAL vd; a.g.e. sh. 32

⁷⁵⁷ ÇOLTU; a.g.e., sh. 2, BATTAL vd. a.g.e. sh. 32, “Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi, 2005, Yayınlanmamıştır

⁷⁵⁸ *Aç karnına bu süre 30–90 dakika arasında değişmektedir* BATTAL vd; a.g.e. sh. 32

⁷⁵⁹ BATTAL vd; a.g.e. sh.32,

⁷⁶⁰ BATTAL vd; a.g.e., sh. 31, “*Bu 70 kg ağırlığında bir kişinin saatte 7 gr alkolü metabolize edeceği yani yıkıp, yok edeceği demektir. Ancak, bu rakam kişinin fizik yapısına, cinsiyetine, böbreklerinin durumuna ve genetik özelliklerine göre değişiklikler gösterebilir*” : ÇOLTU; a.g.e. sh. 2

⁷⁶¹ Alkol oranının trafikte kişiyi etkilemesi konusunda Bkz.; Adnan ÖZTÜREL:“Trafik Kanunumuz ve Alkol”, **AÜHF**, Cilt XXIV, 1967, sh.; 280

⁷⁶² ÇOLTU; a.g.e. sh. 3

⁷⁶³ Heinz SCHÖCH; “Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç”, (Çeviren; Hakan HAKERİ), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 53

⁷⁶⁴ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.4

⁷⁶⁵ Alkol tespiti kan örneklerinde yapılmakta olduğundan bu amaçla idrar alınmamalıdır. Kanda alkol tespiti için en az 10 ml. kan alınması ve alındığı tarih ve saatin mutlaka belirtilmesi gerekir. “Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi, 2005, (Yayınlanmamıştır), 11-4

⁷⁶⁶ “765 Sayılı TCK. 48. maddesindeki düzenlemeye göre kandaki alkol miktarının sarhoşluk oluşturacak derecede bulunması gereklidir. Sadece ağız kokusu muayenesi yetersizdir. Ancak yasa sarhoşluğu aradığı için (bazı hallerde kandaki alkol dıştan gözlenenenden daha yüksek olabilir) kandaki

Ülkemizde, 1980’li yılların başlarına kadar hekimlerce ağız koklanmak, çizgi üzerinde yürütmek gibi bazı basit denemelerle yapılan⁷⁶⁷ alkol kontrolünde, 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48/5 maddesiyle, “alkol ölçümünde teknik cihazlar kullanılması zorunluluğu” getirilmesiyle, trafikte “**alkolmetre (Atemalkoholkonzentration)**”⁷⁶⁸ adıyla adlandırılan ve nefeste alkol miktarını ölçen araçlar kullanılmaya başlanmıştır. Karayolları Trafik Yönetmeliğinin⁷⁶⁹ 97. maddesinde belirtilmek suretiyle ticari araç sürücüleri ve kamu hizmetinde çalışan sürücüler dışındaki⁷⁷⁰ diğer sürücüler için yasal sınır “0.50 promil”^{771, 772} olarak belirlenmiştir.^{773, 774}

“Alkolün Etkisi Altında Bir Araç Kullanırken Suç İşleyen Karayolu Trafik Suçlularının Cezalandırılması Hakkında Avrupa Konseyi Bakanlar Kurulu Komitesi Tavsiye Kararında”; alkolün etkisi altında araç kullandıkları belirtileri gösteren davranış içinde olanlara nefes testi uygulanabileceği, bir sürücünün alkolün etkisi altındayken suç işlediğinden şüphelenilmesi halinde bir tıbbi muayene ve tıbbi sonuçlar aksine olmadıkça bir kan testi yapmanın gerekli olduğu, hiç kimsenin nefes testi, kan testi veya tıbbi muayeneyi reddemeyeceği veya kaçınamayacağı belirtilmektedir. (Tavsiye Kararı; B-2 a,b,c) Bu ilkenin uygulanması için ulusal düzeyde kanunlar çıkarılması çağrısı yapan karar, kan testinin hekimin sorumluluğunda ve profesyonel etik uyarınca yerine getirilmesini, kan testinin kesinliği garanti eden bir laboratuarda yaptırılmasını, sürücüye ikinci bir test isteme hakkı verilmesini, hekimin kanda alkolün varlığını ortaya çıkarmaya yarayan diğer

alkol seviyesi saptanırken itinalı bir surette psikiyatrik ve nörolojik muayene gerekir. Rezalet çıkaracak denli sarhoş olup olunmadığını tespit testlerle veya muayeneye mümkün değildir. İki halde de nörolojik muayene gereklidir” ; TUNALI a.g.e. sh.147

⁷⁶⁷ ÇOLTU; a.g.e. sh. 4

⁷⁶⁸YENİSEY; “Nefeste alkol yoğunluğunun belirlenmesi” (**Atemalkoholkonzentration**) tabirini kullanmaktadır. (YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol, sh. 1) Solunum havası tabiri tıp literatüründe kullanılmakta ise de daha geniş bir anlam içermesi nedeniyle, işlem bölgesini birebir belirtiyor olması nedeniyle biz de “nefeste alkol yoğunluğunun kontrolü” tabirini kullanmayı uygun görmekteyiz.

⁷⁶⁹ RG 18.07.1997 tarih ve 23053 mükerrer sayılı

⁷⁷⁰ Karayolları Trafik Yönetmeliği 97/b-1

⁷⁷¹ *Promil binde demektir ve promil olarak belirtilen bu değer bir litre yani 1000 mililitre kan içindeki alkolün gram cinsinden miktarını gösterir. Örneğin 0.50 promil kan alkol konsantrasyonu 1000 mililitre kanda 0,5 gram alkol bulunduğunu ifade etmektedir. ÇOLTU;a.g.e.sh. 3*

⁷⁷² Kar. Traf. Yön. 97/b-2

⁷⁷³ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 2

⁷⁷⁴ *“Bu rakamlar 100 mililitre kandaki alkolün miligram cinsinden değerini ifade eder ve yüzde 10 miligram, yüzde 50 miligram, yüzde 150 miligram, yüzde 450 miligram gibi değerler olarak belirtilir.”; ÇOLTU; a.g.e. sh.4*

muayene ve tahlilleri de yapabileceği, gerekirse idrar örneği alabileceği konularını da tavsiye kararı bünyesine almıştır. (Tavsiye Kararı; B-2 d-g, 3, 4)

5271 Sayılı CMK. (5353 SY. İle değişik) 75. maddesinin 7. fıkrası “özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır.” hükmü karşısında, trafikte nefes ve kanda alkol muayenesi 2918 Sayılı Kanun ve bağlı yönetmelik kapsamında yapılabilmektedir.

Nefeste alkol muayenesi; “ciğerde nefesle alınan hava ile kılcıl damarlardaki kanın karşılaşması sonucunda, nefes verme sırasında, nefesle verilecek havaya karışan alkolün yoğunluğunun” ölçülmesine⁷⁷⁵ dayanır.⁷⁷⁶ Bu yöntemle alkol yoğunluğunun tespiti hızlı ve pratik olmasına karşın, alkolün en son içildiği andan iki ile beş saat sonrası arasında ortalama 1:2100 oranında sapma bulunması nedeniyle, zamana bağlı olarak değişim gösterdiğinden, kandaki alkol yoğunluğunu tam olarak yansıtmamaktadır.⁷⁷⁷ Bu yöntemde, ölçümün (dişler ve ağız mukozasındaki alkolün sonucu yüksek gösterebileceğinden) alkol alımından en az 20 dakika sonra ve 10 dakika izlenme süresinden sonra yapılması gerekmektedir.⁷⁷⁸ Aynı şekilde, bu amaçla kullanılan araçların, yapı tarzı itibarıyla karayollarında trafik güvenliğinin sağlanması amacıyla “kullanılmasına resmen izin verilmiş bir cihaz olması, periyodik denetimlerinin yapılması ve ölçüm sırasında uyulması gereken prosedüre uygun hareket edilmiş olması” gereklidir.⁷⁷⁹

⁷⁷⁵ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 6

⁷⁷⁶ Bu konuyla ilgili Almanya uygulaması ile ilgili olarak Bkz.; YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 6-10

⁷⁷⁷ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 6,

⁷⁷⁸ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 6

⁷⁷⁹ “...Yaklaşık 1995 yılına kadar kullanılmış olan üfleme yöntemi ile çalışan aletler (Alcotest-Pusteröhrchen) kaldırılmış, yanıcı hücreler prensibine göre çalışan ölçüm aletleri kullanılmıştır. Bu aletler, dijital bir gösterge yöntemi ile miligram/litre değerinde nefesteki alkol miktarını gösterdiği gibi, bu değeri farazi bir şekilde miligram/gram promille değerler içerisinde kandaki alkol yoğunluğu biçiminde de göstermekte idi. Bununla birlikte, bu cihazın ölçüm hassasiyeti de Ceza Muhakemesi Hukuku açısından delil olarak kabul edilebilecek belge niteliğindeki ölçüm için yeterli görülmemiştir. Kızıl ötesi ışınlarla çalışan ilk ölçüm aletlerinin imal edilmesi üzerine “Siemens Alcomat, Dräger 7010”, en azından idari kabahatler açısından pahalı kan ölçümleri yerine bunun nefesteki alkol miktarının ölçülmesi tercih edildi. Geliştirilen aletler iki ayrı yöntemle tespit edilen ve iki defa nefes örneği alınmayı gerektiren bir ölçme tekniği geliştirdi. Önce kızıl ötesi yöntemle, daha sonra da yanan hücreler yöntemi ile çalışan ölçme aleti olan “Dräger Alcotest 7110 Evidential MK3” Almanya’da, yapı tarzı itibarıyla resmi makamlar tarafından “Physikalisch-Technischen Bundesanstalt” onaylanmıştır...” YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 6

Kanda alkol yoğunluğunun saptanması işlemi, solunum havasına göre daha net sonuçlar veren,⁷⁸⁰ ancak kişinin vücuduna müdahale niteliğinde olması nedeniyle, Ceza Muhakemesi Hukukunda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş bulunan bir yöntemdir. Kanda alkolün ölçülmesinde; “kimyasal”, “engizomatik”, “gaz kromatografisi” ve “otomatik” olarak adlandırılan yöntemler kullanılmakta olup, bunların içinde en doğru yöntem “gaz kromatografisi/headspace” (GC/HD) olarak adlandırılan yöntemdir.⁷⁸¹ Kan örneği alınması invaziv (girişimsel) bir yöntem olarak kabul edilmekte ise de, diğer vücut müdahalelerine oranla daha az tehlikeli ve daha az önemli bir yöntem olarak nitelendirilmektedir.⁷⁸² Kan örneği alınması alkol yoğunluğunun tespiti amacıyla olduğu gibi, elde edilen bulgularla, (*Spurenmaterialvergleich*) alınan kanın arasında mukayese-analiz (*Analyse nichtcodierender DNA-Teile*)⁷⁸³ amaçlı da olabileceğinden, hukukumuzda detaylı bir şekilde düzenlenmektedir.

5271 Sayılı CMK (5353 SY. İle Değişik) ‘nun 75. maddesinde, soruşturmanın sair nedenlerinden dolayı kan alınması hakim kararına veya gecikmesinde sakınca varsa Cumhuriyet Savcısı kararına (24 saat içerisinde hakimce onaylanmak koşuluyla) bırakılmış, sağlığa zarar vermeme, mutlaka hekim veya yardımcısı bir sağlık personelince⁷⁸⁴ yapılma şartlarına bağlanmıştır. Aynı şekilde 75. maddenin 5. fıkrasında; “üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezası gerektiren suçlarda ...kan alınamayacağı” hükmü getirilmiştir. İlk haliyle yasa bu hüküm nedeniyle uygulamada karışıklık yaratmış ve trafikte alkol yoğunluğu ölçümleri yapılması imkânsız hale gelmiş ise de; 5353 SY. ile 75. maddeye eklenen (7). fıkra ile “*özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır*” şeklindeki düzenlemeyle yeniden alkol tespiti amaçlı kan örneği alınması yasal olarak mümkün hale gelmiş durumdadır. Bu düzenleme sonrasında, alkol tespiti

⁷⁸⁰ “...Nefes örneği üzerinden teknik cihaz ile yapılan tespit; usulüne uygun yapılmadığı, iki defa tekrarlanmadığı ve ölçümü yapan alet iyi ayarlanmadığı ve teknik özellikleri bakımından gelişmiş teknolojiye uygun olmadığı hallerde, hatalı sonuçlar verebilir..... Bedendeki alkolün yoğunluğunun belirlenmesinde, kan örneğinin tahlil edilmesi daha sağlıklı neticeler vermektedir. Ceza muhakemesinde delil olarak kullanılacak olan verilerin, kan örneğine dayanması tercih edilmelidir.. Alman Kanunlarındaki hükümlerden yararlanılarak, Trafik Hukukunun alkol ile ilgili hükümlerinde değişiklik yapılması yerinde olacaktır...” YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.10

⁷⁸¹ BATTAL vd.; a.g.e. sh. 32

⁷⁸² YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.5 (OLG Köln NSTZ 1986, 234)

⁷⁸³ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 5 (BGH 37, 158 = NJW 1990, 2944; BverfG 1996, 771; 1996, 3071).

⁷⁸⁴ “Alman hukukunda bu yetki sadece hekime verilmiş olup hemşire veya diğer sağlık personelinin bu yetkisi yoktur.” YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 5

amaçlı kan alımlarında hakim veya Cumhuriyet Savcısı kararı gerekmekte, ancak başka bir suçla ilgili olarak kan alımı 5271 S. CMK. (5353 SY. İle değişik) 75 vd. hükümlerindeki koşullara göre mümkün olmaktadır. Bir olayda yaralanan şüpheliden alınan kanın, yukarıda belirtilen yasal süreç tamamlanmadıkça delil olarak kabulü mümkün olmazken, kandaki alkol miktarının tespiti amacıyla kullanılması hukuken mümkündür.⁷⁸⁵

Karayolları Trafik Yönetmeliği 97. maddenin b bendi (3)-(6) da; cihazla yapılan tespite itiraz halinde, kandaki alkolün belirlenmesi için, bu konuda eğitilmiş ve kan almaya yetkili kılınmış personel tarafından kan alınarak, tahlil için polis kriminal laboratuvarına gönderileceği, polis kriminal laboratuvarlarında tahlilin mümkün olmaması halinde, sürücü kanındaki alkol miktarının tespiti için adli tıp merkezlerine Sağlık Bakanlığına bağlı tahlil yapabilecek teknik ve tıbbi imkanlara sahip olan en yakın sağlık kuruluşlarına gönderileceği düzenlenmiştir. Kandaki alkol miktarının teknik cihazlarla ve kan alınarak laboratuvarında tespit imkanlarının bulunmadığı hallerde, alkollü olarak araç kullandığı tespit edilen sürücüler en yakın resmi sağlık kuruluşuna sevk edilerek, bu kurum hekimi tarafından rutin alkol muayenesinden geçirilirler.⁷⁸⁶

Danıştay 8. Dairesi 12.01.2005 Tarih, E.;2004/3669 , K.; 2005/96 sayılı kararında⁷⁸⁷; “.....İdare Mahkemesince, davacının alkolsüz olarak tespit edildiği saatle ATK tarafından kanındaki alkol oranının tespit edildiği saat arasındaki zaman diliminde (olayda 1,5 saat), davacının kanındaki alkol miktar hesaplanarak, olay

⁷⁸⁵ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.5; (OLG Celle NStZ 1989, 385; OLG Saarbrücken NJW 1994, 810)

⁷⁸⁶ Aynı yönetmeliğe göre; Alkollü olarak araç kullanıldığından şüphe edilen ve yalnızca hasarla sonuçlanan trafik kazalarında, sürücülerin alkol durumları kaza tespit tutanağını tanzim eden elemanlarca olay yerinde teknik cihazlarla tespit edilerek, kaza tespit tutanağına yazılır. Bu halde hasarlı kazaya karışanların alkol durumlarının tespiti için ayrıca adli tabibe veya resmi sağlık kuruluşlarına sevki yapılmaz. Cihazla yapılan tespit sonucunda alkollü içki aldığı belirlenen sürücülerin 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununun 48 inci maddesine göre, birinci defada 3 ay, ikinci defada da 1 yıl süreyle sürücü belgeleri ellerinden alınır. Üçüncü defa tekrarı halinde ise, bu sürücüler, 1 aydan2 aya kadar hafif hapis cezası ile cezalandırılırlar ve belgeleri 5 yıl süre ile geri alınır. Bu süre sonunda yapılacak psiko-teknik değerlendirme ve psikiyatri uzmanı muayenesi neticesinde belgesinin iadesinde sakınca bulunmayanlara sürücü belgesi iade edilir. Muayene sonucunda sürücü belgesinin iade edilmesinde sakınca bulunanlara ise sürücü belgesi verilmez. Alkollü olarak ölümlü ya da yaralamalı trafik kazasına neden olunması halinde ağır, kusurun varlığı kabul edilir.(Madde 97/c-1-5)

⁷⁸⁷ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 1-3, Yargı Dünyası, Sayı 118, Ekim 2005, sh. 209 –212’den, Karar metni için Bkz.; “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat-2006, sh.207-209

saatinde de kanındaki alkol oranının yönetmelik maddesinde belirtilen orandan yüksek olabileceği nedeniyle davanın reddine karar vermiş ise de, yukarıda belirtilen mevzuat hükümlerinin birlikte değerlendirilmesinden, alkol düzeyinin belirlenmesinde kandaki alkol oranının esas alınması gerekir. Kişinin alkollü olduğunun trafik kontrolü sırasında saptanmasından sonra, bu ölçüme yapılan itiraz üzerine ATK da yapılacak tahlile kadarki sürede kandaki alkol oranının azalması doğaldır. Ancak olayda bu zaman diliminin yaklaşık 1,5 saat olduğu göz önüne alındığında, bu süre içerisinde kandaki alkol oranını 2.30 promilden 0,25 promile düşmesi olanaklı görülmemektedir. Bu durumda anılan yönetmelik maddesine uygun yapılmış bulunan tespitle, davacının kanındaki alkol oranının yönetmelikte öngörülen sınırın altında kaldığı anlaşıldığından, davacı adına kurulan hükümde hukuka uyarlık görülmemiştir” şeklindeki kararında; “kandaki alkol miktarının esas alınması gerektiğini” belirttikten sonra, nefeste ölçülen alkolle yapılan ölçümle, kanda yapılan ölçüm arasında, tıbben geçerli bir fark bulunabileceğinin kabulü gerektiğini belirtmektedir. Tıbben, kanda etil alkolün metobolize olma süresinin, yaklaşık 0.10 ml./saat olduğu düşünüldüğünde, Danıştay’ın bu kararının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

Hukukumuzda “alkolmetre” cihazlarıyla yapılan tespit sonrasında tutulan tutanakların delil mahiyeti vardır. Alman hukukunda tutanağın okunmasıyla yetinilebileceği gibi, gerekirse işlemi yapıp tutanağı düzenleyen memurun da tanık olarak dinlenebileceği kabul edilmektedir.⁷⁸⁸

Alkol yoğunluğunun tespiti amaçlı nefesten veya kan tahlili işlemleri sırasında ilgilinin rızasının bulunmadığı hallerde nasıl davranılacağı çözümlenmesi gereken hukuki konulardan biridir. Hernekadar bu işlemlerin idari yönünün de olduğu iddia edilmekte ise de; burada işlem sırasında ilgiliye karşı zor kullanılıp-kullanılmayacağı konusunun genel yapı içerisinde çözümlenmesinin olumlu olacağı **kanaatindeyiz.** Bu konular üzerinde rıza ve hukuka aykırılık konularında yeterince durulacaktır.

⁷⁸⁸ YENİSEY; “CMH’ da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh. 8

2. YAKALAMA ve GÖZALTINA ALMALARDA MUAYENE

Halen ceza muhakemesi alanındaki muayene faaliyetinin büyük bir kısmı doğrudan muhakeme faaliyetinin özüyle ilgili olmayıp, kolluğun kendini koruma amacına yönelik kontrol muayeneleri şeklinde gerçekleştirilmektedir.⁷⁸⁹

Önceki yakalama, gözaltına alma ve ifade alma yönetmeliğinin 10. maddesi⁷⁹⁰ yeni yönetmeliğin 9. maddesi⁷⁹¹ “yakalanan kişinin gözaltına alınması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde hekim (adli tıp kurumu veya resmi sağlık kuruluşlarında) kontrolünden geçirilerek sağlık durumlarının belirlenmesi gerektiği”ni belirtmektedir.⁷⁹² YGİY ile yakalama ve gözaltı hallerinde gözaltında bulunulan süre içinde işkence veya kötü muameleye maruz kalıp/kalmadığını göstermek ve bu hususta güvence oluşturmak maksadıyla, gözaltına alınma ve gözaltı halinin kalkması durumunda sağlık kontrolünden geçirilme esası kabul edilmiştir.⁷⁹³

Soruşturma evresinde (hazırlık soruşturmasında) uygulanan koruma veya emniyet tedbirleri öncesi veya sonrasında tarafların muayenesi iki açıdan önemlidir;

- Ceza muhakemesi işlemi sırasında kolluğun kötü muamele yapmasını engellemek (ciddi bir engel oluşturmak).
- İşlemi takiben şahsın salıverilmesi halinde dışarıda veya mahkemeye sevki halinde mahkemede kolluğa veya adli mercilere karşı ileri sürebileceği kötü muamele iddialarına karşı delil oluşturabilmek. (Bu, kolluk ve adli mercilerin güvenilirliğine ve soruşturma sırasında elde edilen delillerin kuvvetine de katkı sağlayacaktır⁷⁹⁴.)

Kanuni zorunluluk bulunmamakla beraber, herhangi bir nedenle kollukça gözaltına alınan veya ifadesine başvurmak amacıyla çağrılan kişilerin, daha sonradan

⁷⁸⁹ KIZILARSLAN: a.g.s.

⁷⁹⁰ RG. 01.10.1998 Sayı: 23480

⁷⁹¹ RG 01.06.2005 Sayı: 25832

⁷⁹² Aynı şekilde 2559 sayılı kanunun 4771 sayılı kanunla değişik 13/7. maddesine göre yakalananlardan; 1) Uyuşturucu madde kullanmış olanlar ile sarhoş olanların, 2) Zor kullanılarak yakalananların, 3) Haklarında suç soruşturma yapılacak olan şüpheli veya sanıkların yakalama anındaki durumlarının tespitini emretmektedir. (YN)

⁷⁹³ Cengiz DERDİMAN: “Yakalama, Gözaltında Bulundurma ve İfade Alma Konusunda Hukuksal Alandaki Yeni Değişiklikler Düzleminde Genel Bir Değerlendirme”, (çevrimiçi), www.egm.gov.tr 31.07.2005

⁷⁹⁴ Nizamettin KALAMAN: “Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine Genel Bir Bakış”, *Adalet Dergisi*, Yıl 91, Nisan 2000, sayı 3, sh.; 46

ileri sürebilecekleri herhangi bir suçlamada, delil olarak kullanabilmek amacıyla gerekli görüldüğünde, muayene talep edilebilmesi mümkündür.⁷⁹⁵

3. SANIĞIN RUHSAL DURUMUNUN MUAYENESİ- (AKLI MUAYENE- ŞUURUN TETKİKİ)⁷⁹⁶ - (CMK. MD. 74)

Adli tıbbın en önemli konularından biri olan akıl sağlığı ve yaş ile ilgili sorunların ele alındığı Adli Psikiyatrinin⁷⁹⁷ temel konularını; Medeni Hukuk anlamında ayırt etme gücü, hak ve fiil ehliyeti, ceza hukuku açısından suça karşı ceza ehliyeti, alkol ve madde bağımlılığı medeni haklarla ilgili problemler⁷⁹⁸ oluşturmaktadır.

Ceza muhakemesinde, şuurun tetkiki, bu hususun belirlenmesinin yargılamadaki zorunluluğu kadar, şuurun tetkiki gerektiğinde, hekim-bilirkişinin gerekli gördüğü ve istediği hallerde şüpheli veya sanığın müşahade altında tutulması ve bu suretle hürriyetinin kısıtlanması nedeniyle de önemlidir. Müşahadenin süresinin, talep ve karar mercilerinin belirlenmesi bu nedenle önem kazanmaktadır.⁷⁹⁹

Akli muayene, hakim sorumluluğu tayin etmesine, suç saiklerini tam olarak takdir edebilmesi ile sanığın tretmanında tıbbi, sosyal ve ruhsal etkileri açısından en doğru bilgileri alabilmesine yardımcı olmak amacıyla yöneliktir.⁸⁰⁰ Ayrıca, bu muayenelerle; akıl hastalarının yetersizlik ve anomalilerinin (aykırılıkların) tespiti, kişiliğin, hareket tarzının karakteristiklerinin ve saiklerin tanımlanması, hastalığın oluşumu, gelecek tavır, hareket ve bilhassa suç işleme ve uygun tretman şeklinin tesirleri hakkında tahminlerde bulunma, tretmanı tayin, tretmanla suçlunun ıslahının

⁷⁹⁵ Nur CENTEL: “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**” İstanbul-Beta Yayınevi, 1992, “YGİY madde 9 a göre; “Gözaltına alınan kişinin her hangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk işlemlerinden önce tekrar doktor kontrolünden geçirilip sağlık durumu doktor raporu ile tespit olunur. Ayrıca gözaltı süresi içinde iken sağlık durumu bozulanlar ya da sağlık durumundan şüphe edilenler veya muayene talebinde bulunanlar, doktor muayenesinden geçirilir.” (YN)

⁷⁹⁶ Bu konuda Bkz.; KUNTER, Nurullah: “Suçluların Muayenesi Mevzuunu Tetkik Eden Avrupa Semineri”, **İÜHFİM**, 1952, 1-2, sh. 41 vd.

⁷⁹⁷ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh. 22, POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”,

⁷⁹⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh.16, POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”,

⁷⁹⁹ “Sanığın şuurunun tespiti incelemesi 19. yy’ın ikinci yarısından sonra güçlenen “cezaların şahsileştirilmesi” anlayışıyla gelişmiş olup, artık günümüz ceza hukukunda tamamen yerleşmiş bir kavramdır Bu anlayış suçlunun şahsiyetinin tanınmasını zorunlu kılmaktadır.” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 71-72

⁸⁰⁰ KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri” sh. 78

derecesini tayin, suçluyu sosyal hayata hazırlama, başlatma ve bilimsel araştırmalar⁸⁰¹ amaçlanmaktadır.

Akli muayeneler muayene edilenin biyolojik muayenesi⁸⁰² ve psikolojik muayenesinden oluşmaktadır⁸⁰³ Burada suçluluğun tespitiyle (ceza soruşturması) suçluların şahsiyetini ortaya çıkaran ilmi muayeneyi birbirine karıştırmamak gerekir. Kişinin suçlu olup olmadığının tayini hekimin yetkisinde değildir.⁸⁰⁴ Aynı şekilde, kişinin şuurunun tespiti amacıyla yapılan muayene kişinin suçunun ispatı amacıyla yönelik olarak yapılmamalıdır⁸⁰⁵

Hukumumuzda bu konu CMK. nun 74. maddesinde düzenlenmiş bulunmaktadır. CMK. md. 74/(1); *“Fiili işlediği yolunda kuvvetli şüpheler bulunan şüpheli veya sanığın akıl hastası olup-olmadığını, akıl hastası ise ne zamandan beri akıl hastası olduğunu ve bunun kişinin davranışları üzerindeki etkilerin saptamak için, uzman hekimin önerisi üzerine Cumhuriyet Savcısı ve müdafinin dinlenmesinden sonra resmi bir sağlık kurumunda gözetim altına alınmasına, gözlem altına alınmasına, soruşturma evresinde sulh ceza hakimi, kovuşturma evresinde mahkeme tarafından karar verilir.”* demektedir. Hukumumuzda müşahade için talep hakkı sadece hekim-bilirkişiye⁸⁰⁶ tanınmış olup Cumhuriyet Savcısı ve müdafii bu hakkı yoktur. Müşahade kararını hakim, önce mutlaka savcı ve müdafii dinleyerek vermelidir.⁸⁰⁷ İnfazda ise bu karar infaz mercii tarafından verilmektedir.⁸⁰⁸

⁸⁰¹ KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri” sh. 79

⁸⁰² “Biyolojik Muayene; Özellikle suçlunun fizik muayenesidir. Asabiyece nisahiyece vs. gibi uzmanlarca yapılan tam vücut muayenesi; Radyolojik muayene, Andektrionoloji, Elektronsefalografi, Antropometrik çözümlerden oluşur” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 82

⁸⁰³ “**Psikolojik Muayene**; Zihni melekeleri ölçmeye ve şahsiyet karakteristiklerini tayine matuf bir tekniği gerektirir. Tek test yerine birçok testlerin birlikte kullanılması zorunludur.Sujenin kültürel sosyal ve ekonomik seviyesi nazara alınmalıdır”. KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 89, “İtalya’da sanığın psikolojik muayenesi kanunla yasaklanmıştır.” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri” sh.90

⁸⁰⁴ “Hekim kanunun ihlali olarak değil sadece suçlu şahsiyetinin teşhisine yardımcı bakımından suçla meşgul olacaktır” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri” sh. 72,79

⁸⁰⁵ “Müşahade; Yöneltilen suça ilişkin hakikati zorla elde etmeye aracı olamaz. Sanığın suçu işleyip işlemediğini arayıp bildirmesini hekimden isteyen hakim yetkisini aşmış olur. KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 79

⁸⁰⁶ “Tedavi eden hekim ile mahkemenin tayin ettiği bilirkişi arasında fark vardır. Fransız Ceza Kanunu 378 . maddesi meslek sırrının ifşasını men etmiştir. Çünkü serbestçe seçilen bir kimseye tevdi edilmiş bir sır söz konusudur. Halbuki muayeneyi yapanlar bakımından serbest seçim mevzu bahis değildir. Sır verilmiş (tevdi edilmiş değil) keşfedilmiştir. Meslek sırrı kaidesi suçlunun ilmi muayenesine mani olmaz ve olmamalıdır.” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh:99

⁸⁰⁷ KANTAR: a.g.e., sh. 124 (Alman Ceza Muhakemesi StPO uygulaması için Bkz.; LÖWE, (E); **Die Strafprozeßordnung für das Deutsch Reich** 17. Bası 1927, GERLAND (H); **Der Deutsche Strafprozeß**, 1927, KOHLRAUSCH (E) ; **Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit**

CMK. md. 74/(3); “gözlem süresinin 3 haftayı geçmeyeceğini, süre yetmediğinde resmi sağlık kurumunun talebi üzerine toplamda üç ayı geçmemek üzere ek süreler verilebileceğini” (4). Fıkra ise; “karara itirazın mümkün olduğunu ve itiraz halinde kararın yerine getirilmesinin duracağını” belirtmektedir.

2253 SY. 20. madde ve Yargıtay içtihatlarına göre “*çocuğun işlediği suçun anlam ve sonuçlarını kavrayabilme yeteneğinin uzman kişilere tespit ettirilmesi zorunludur.*” Sanığın suçun farik ve mümeyyizi olup-olmadığının tespiti de adli psikiyatrinin konusudur. Farik ve mümeyyizlik muayenelerinde; zeka ve beden gelişimi, suç tarihinde 11 yaşını bitirip 16 yaşından gün alıp almamış olduğu, herhangi bir çocukluk devresi psikiyatrik hastalık tablosu (sendrom) bulgusu veya zeka geriliği bulunup bulunmadığı, işlediği fiilin niteliği ve bir suç olduğunu, yapılması ile başkalarının zarar göreceğini ve kendisine de ceza verileceğini bilecek derecede zeka gelişimine ulaşmış ulaşmadığı, suçun işleniş biçimi, içinde bulunduğu emosyonel koşullar, sosyal kültürel çevresi araştırılır.⁸⁰⁹

Şuur ve farik mümeyyizliğin araştırılması muayenelerinin uzman hekimlerce yapılması gerekli olup, bu konuda uzman olmayan hekimlerce verdiği farik ve mümeyyizlik raporu geçerli değildir. Yargıtay’a göre raporu veren hekimin adli tıp, nöroloji ya da psikiyatri uzmanı olması gerekmektedir.⁸¹⁰ ATK 4. İhtisas Kurulu ceza ehliyetinin tayininde uzman daire olarak görev yapmaktadır.

4. BASİT SUÇLAR VE KABAHTLERDE MUAYENE

Konumuzla ilgili olarak cürümler ve kabahatlerin muayenesi ve örnek alınmasında temelde bir farklılık yoktur. “Cüce cürümler” olarak da adlandırılan kabahatler; önceden 765 Sayılı TCK. da düzenlenmekte iken, 01.06.2005 tarihli

nebensez, 21. bası 1921 DAUDE (E); **Die Strafprozessordnung für das Deutsch Reich**, 13. Bası 1928- KANTAR; a.g.e. sh. 124 den naklen)

⁸⁰⁸ KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 89

⁸⁰⁹ BİÇER, Ümit; HANCI, İ. Hamit; “Adli Psikiyatri” http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk, 25.09.2005

⁸¹⁰ *Psikiyatrik bir boyut içeren adli olgularda hekimlerin zaman-zaman yeterli inceleme ve değerlendirmeyi yapamamakta ya da eksik bırakmakta olduğu, akıl hastalığı veya zayıflığının saptanması bir uzmanlık gerektirmekte ise de yargı bu durumu belirlemek amacıyla zaman-zaman uzmanlığı olmayan hekimleri de bilirkişi olarak atayabilmekte olduğu, bu durumlarda hekimlerin verileri sağlıklı olarak değerlendirebilmek için ayrıntılı bir psikiyatrik muayene yapması ve tüm bulguları kaydetmesi, ancak bununla birlikte kesin bir kaniye varmak yerine bir uzmanın görüşünü istemek yasal yönden herhangi bir sakınca doğurmayacağı gibi adaletin sağlıklı işlemesi için de daha yararlı olacağı belirtilmektedir.* ; HANCI: a.g.e.

kodifikasyonla küçük bir kısmı 5237 SY. ya alınmış, asıl olarak ise 5326 Sayılı “Kabahatler Kanunu”⁸¹¹ ile öncekinden tamamen farklı şekilde düzenlenmişlerdir. 5326 SY. da sayılan kabahatlerden 35. maddede düzenlenen “sarhoşluk” kabahati konumuz kapsamına girebilmektedir. Bu konuyla ilgili olarak IV. Bölüm son kısmında konu ayrıntılı olarak anlatılacağından, bu bölümde fazla ayrıntıya girilmeyecektir.

5. ÇOCUĞUN MUAYENESİ (ÇOCUK DOSTU ADLİ MUAYENE)

Dünyada çocuk istismarı⁸¹² olaylarına karşı duyulan hassasiyeti gözeten akımın etkisiyle, ülkemiz hukukunda da çocuk suçlular ve mağdurlarla ilgili düzenlemeler çeşitlenmiş ve ayrıntılı hale gelmiştir.⁸¹³ Çocuk istismarı; “0/18 yaş grubundaki çocuğun kendisine bakmakla yükümlü kişi veya kişiler tarafından zarar verici olan, kaza dışı ve önlenbilir bir davranışa uğraması” olarak tanımlanmaktadır.⁸¹⁴

Çocuk istismarı olgularında -multidisipliner yaklaşımla-, öncelikle çocuğun hak ve özgürlükleri korunmasına dikkat edilerek, gerek mağdur ve gerekse sanığın fiziksel muayeneleri ile fiziksel ve biyolojik materyalin incelenmesi ve değerlendirmesi, olayda fiziksel şiddetin ve cinsel ilişkinin gerçekleşip gerçekleşmediği, şekli, derecesi ve sonuçları ile sanığın identifikasyonuna yönelik olarak değerlendirme yapılması⁸¹⁵ gereklidir.⁸¹⁶ Bu nedenle muayene ve örnek alma işlemi⁸¹⁷; çocuğun travmatize olmayacağı güvenli bir ortamda⁸¹⁸ (çocuk dostu

⁸¹¹ Kabul tarihi; 31.03.2005 Yürürlük tarihi 01.04.2005, RG 31.03.2005 tarih ve 25772 Sayı

⁸¹² İlk kez 1860 yılında TARDIEU’nun Paris Tıp Akademisinde dile getirmesiyle çocuk istismarı kavramı gündeme gelmiş olup, ülkemizde çocuk istismarıyla ilgili çalışmaların başlangıcı yenidir. Halis DOKGÖZ; Çiğdem SÜNER; Celal BÜTÜN: “Çocuk İstismarı Olgularında “Çocuk Dostu Muayene ve Değerlendirmenin Önemi”, **III. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu, “Bakım Gözetme ve Eğitim”.22-25 Ekim 2003, Bildiriler**, Ankara, Yorum Matbaacılık, 2005,sh.; 365

⁸¹³ Serap KESKİN; “Çocuk Muhakemesinde Gizlilik İlkesi ve Federal Almanya Ceza Muhakemesi Hukukundaki Düzenlenişi”, **Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan**, İstanbul-1998, sh. 519-525

⁸¹⁴ DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e. sh.365

⁸¹⁵ Çocuk istismarı olgularında çocuğun yaşı, istismarın şekli, olaya şiddetin eşlik edip-etmediği gibi faktörler farklı psikiyatrik ve fiziksel bulgulara neden olabildiğinden, tanı konulması çoğunlukla oldukça güçtür. Bu nedenle cilt, yumuşak doku, iskelet sistemi, iç organ ve diğer sistemler ait lezyonların ve bunlara ait olası geç komplikasyonların ve ruhsal bozukluklar, gebelik ve cinsel yolla bulaşan hastalıklar açısından ayrıntılı inceleme ve değerlendirme büyük önem taşımaktadır.

⁸¹⁶ YAVUZ; a.g.s., sh. 98

⁸¹⁷ *Çocuğun muayenesinde önce çocuğun güveni kazanılmalıdır. Çocuğun genital muayenesi dâhil tüm muayenesi gerekirse annesinin kucağında yapılabilir. Bu konuda ısrarlı olunmamalıdır. Ayrıca küçük çocukların muayenesini bir kerede bitirecek şekilde organize olunmalıdır. Eğer Teknik olanaklar ve tecrübe eksikliği durumunda çocuğun muayenesinin ve tedavisinin daha geniş*

bakışla), yeterli zaman ayrılıp tam öykü⁸¹⁹ alınarak^{820, 821}, saygıyla, empati yaratarak, yönlendirici olmayan açık uçlu sorularla, olay öncesi ve sonrası psikososyal ve tıbbi öyküyü⁸²² kapsayacak şekilde alanında uzman⁸²³ hekimlerden⁸²⁴ oluşturulmuş özel bir birimce, mümkün olan en kısa zamanda⁸²⁵ gerçekleştirilmesi gerekmektedir^{826, 827}

Diğer uzmanlık alanlarından farklı olarak, çocuk hekimi doğum öncesi dönemden de başlayarak önemli sorumluluklar almaktadır. Çocukta; yenidoğan dönemi ilk 4 hafta, bebeklik süt çocukluğu 1,5 yaş, oyun çağı, 1-5 yaş, okul çağı geç kızlık delikanlılık (Adölesan) dönemine kadar, adölesan dönem; pubertenin ilk bulgularının başlamasından, fiziksel, cinsel, psikolojik gelişimin tamamlanmasına kadar⁸²⁸ olan dönemi tanımlamaktadır. Çocuk hekiminin çocuğun dönemine göre

olanakların bulunduğu bir kadın hastaları ve doğum uzmanına veya bu konuda çalışan bir merkeze sevk edilmesi çocuğun tekrar-tekrar muayenesini engelleyecektir. AKSOY; a.g.e. sh.16

⁸¹⁸ “Çocuğun değerlendirilme için getirildiği oda kendisini ifadesini etkiler. Ortam sıcak, rahatlatıcı olmalı, bekleme odası rahat olmalı ve çocuğun oyalanabileceği oyuncak ve boyalar olmalı. Yerler halı, küçük sandalyeler, duvarlarda uyumlu resimler olmalı, sessiz olmalı, çocuğun rahat edebileceği aktif birer oda olmalıdır. Özel bir yer sağlanmalıdır. Uygun yer; kilitlenebilecek kapalı bir yerdir. Kalabalık acil servis ve polikliniklerde mahremiyetin az olduğu yerlerde gerçekleştirilmemelidir.” DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e., sh. 366

⁸¹⁹ “Özel birimde; aydınlatılmış onam alınarak, ayrıntılı öykü fizik muayene, travmatize olmasını önlemek için ilgili disiplinlerle birlikte değerlendirerek laboratuvar incelemeleriyle tanı konulması, adli rapor düzenlenmesi, çocuğun tedavi edilmesi, rehabilitasyonu ve koruma altına alınması mümkün olacaktır” DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.sh. 367

⁸²⁰“Çocuk İstismarı ve İhmali”, (Hazırlayanlar; S. AKÇO ve diğerleri), UNICEF-ADLI TIP KURUMU; İstanbul, sh. 5–12,

⁸²¹ “Salt çocuğu getirenle değil, konuşacak durum ve yaştaysa çocuğun da olayı anlatması istenmelidir. Ayrıntılı bir öykü fizik muayene bulguları ile birlikte doktoru en iyi bilgilendirecek kaynaktır” DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.367

⁸²² “Bu alanda öykü alma aşaması daha da önemlidir. Hasta ve ailesi oturtulmalı, rahatlatılmalı, doktor temiz ve derli toplu olunmalı, yalnızlık sağlanmalı, sade ve konuya ilişkin bilgiler alınmalı, çocuğun yaşı mutlaka sorulmalı, stres azaltıcı konulardan bahsedilerek çocuk ve ailenin tedirginliği azaltılmalıdır.” TUNÇBİLEK ; a.g.e. , sh.;1-2

⁸²³ “İstismar tipleri bir arada ve birbirleriyle etkileşimde olacağından tek bir istismar tipine odaklanmadan geniş kapsamlı değerlendirmeler ve yaklaşımlar gereklidir. Bu nedenle muayenede uzman ve özel muayene birimlerinin olmaması ve bu koşullarda muayenenin yapılması gerekir.Muayeneleri adli tıp uzmanlarının yapmaları gereklidir.Uzman bir hekimce yapılan adli tıp muayenesi salt tıbbi kanıtları ortaya çıkarmakla kalmaz, tedavi edici de olabilir”, DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.366

⁸²⁴ “Çocuk ve yakınlarının istemi doğrultusunda erkek veya kadın doktor tercih edebilecekleri bildirilmelidir” DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.367

⁸²⁵ DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.367

⁸²⁶ DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.366

⁸²⁷ Çocuğun muayenesi ve çocuktan örnek alınması gereken müdahalelerde çocuğun veya veli-vasisinin aydınlatılması ve rıza önem arz etmektedir. Bu konulara da sırası geldiğinde değinilecektir.

⁸²⁸ TUNÇBİLEK; a.g.e. sh. ; 5-7

davranması⁸²⁹ gereklidir. Diğer muayenelerden farklı olarak, çocuk muayenesinde aile faktörü çok önemli olduğundan, hekim aileyi de dikkate almak durumundadır.⁸³⁰

Uygulamada ilk muayene adli tıp uzmanları yerine, genellikle çocuğun getirildiği acil servis doktorlarınca yapılmakta, diğer uzmanlar olayın üzerinden çok zaman geçince olayla karşılaşmaktadırlar.⁸³¹ Bu durum; adli deliller için çok değerli olan 72 saat içinde başvurmuş olgularda delillerin toplanmasına ve incelenmesinde yetersizlikler, tıbbi kayıtlardaki eksiklikler ve tıbbi destek ve kontrollerin ihmali, cinsel istismarı olgularında muayenelerin tekrarlanmasına neden olmaktadır.⁸³² Bu hal zaten travmaya uğramış olan suç mağduru çocuklarda ikinci, üçüncü belki dördüncü kez travma etkisi yaratmaktadır. Maddî gerçeğin bulunabilmesi çabasında mağdurun tekrar mağdur edilmesinin ne kadar amaca uygun olduğu tartışmalıdır.

Ceza muhakemesinde, şüpheli veya sanık durumundaki çocukların muayene veya örnek alma işlemlerinde de yukarıda belirtilen hususlar aynen geçerlidir. Burada da delil toplama veya delili değerlendirme çabasında şüpheli veya sanık konumundaki çocuğun travmatize edilmeden⁸³³ işleminin sonuçlandırılması gereklidir.

6. CİNSEL ORGANLARIN MUAYENESİ -KIZLIK ZARI MUAYENESİ

Cinsel organların muayenesi, muayene edilenin özel hayatına daha fazla müdahale niteliğinde olan ve utanma duygusuna⁸³⁴ zarar vermesi nedeniyle mağduriyetine neden olabilecek özelliği nedeniyle, Ceza Muhakemesi Hukukunda

⁸²⁹ TUNÇBİLEK; a.g.e. sh. ; 2

⁸³⁰ “Bu alanda hasta hekim ilişkisine aile de eklenir. Aile ilişkisi hassastır. Hekim aileye güleryüzlü olunmalı, güven yaratmalıdır. Çocuk hekimliğinde bu çok önemlidir. Mekanik davranmak hastanın kişiliğini yok saymak ilişkiyi bozar” TUNÇBİLEK; a.g.e. sh. ; 3

⁸³¹ “Doğrudan çocuk kliniği yerine acil servise getirmenin temelinde çocuğun sağlığında ciddi boyutlarda bir sorunun aniden ortaya çıkması yatmaktadır. DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.367

⁸³² “Bu doğrultuda cinsel istismar olgularında tıbbi değerlendirmenin niteliği ve kapsamı ile ilgili ortak bir yöntem oluşturulması gerekmektedir.” DOKGÖZ; SÜNER; BÜTÜN: a.g.e.sh.366

⁸³³ “Puberte öncesi çocuklar nadiren vajinal yolla muayene edilmektedirler. Gerekirse çocukların vajinal muayenesinin genel anestezi altında yapılması önerilmektedir.” AKSOY; a.g.e. sh.30

⁸³⁴ “Cinsel saldırı mağdurlarının ancak 1/5 inin adli mercilere başvurduğu bilinmektedir.Tıbbi muayenenin polis görüşmelerinin mahkemenin ve savunma avukatlarının sorularına maruz kalmanın saldırıya uğrayanı tekrar-tekrar travmatize etmesi, bu işlemler sırasında toplumun bakışı nedeniyle kişilerin büyük çoğunluğu sessiz kalmayı tercih ettikleri tahmin edilmektedir. Adli mercilere başvuranlar ise başlangıçta ne olacağını bilememekte ileri aşamalarda rahatsız olmaktadır. Bu kişilere soruşturmanın herhangi bir aşamasında şikayetlerinden vazgeçebilecekleri hususu hatırlatılmalıdır” AKSOY; a.g.e., sh.8, aynı şekilde; YAVUZ; a.g.s. sh. 97

daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş bir koruma tedbiridir. Ayrıca, bu tür muayeneleri yetkili adli merciin kararı ve talebi olmaksızın yapanlar muayeneye gönderenler için 5237 Sayılı TCK. 287. maddesiyle⁸³⁵ ceza öngörülmüştür.⁸³⁶ Bu yasakoyucunun konuya verdiği önemle bağlantılı bir düzenlemedir. Kanun metninde bu muayenelere hakim ve savcının birlikte kararının arandığı sonucu çıkmaktadır. Bunun hatalı olduğu, muayene veya müdahaleye sadece hakim/mahkeme tarafından karar verilebileceği, madde metninde ayrıca savcıya da yetki vermenin CMK. hükümleriyle çelişkili olduğu ve bu hükmün madde metninden çıkarılması gerektiği ileri sürülmektedir.⁸³⁷

Bu muayeneler, ceza muhakemesi alanında olduğu kadar, özellikle kızlık zarı muayenesinde olduğu gibi toplumsal ahlak temelli muayeneler şeklinde de olabilmektedir. Bu nedenle, cinsel organların muayenesi işlemleri, salt bir tıp ve Ceza Muhakemesi Hukukunun sahasındaki bir sorun olmanın ötesinde, aynı zamanda sosyolojik, ahlaki, dini ve sosyopsikolojik bir konudur. Bu konudaki kuralları toplumun sosyolojik, ahlaksal ve dini yapısı belirlemekte ve bu nedenle her ülke uygulamasında farklı düzenlemeler görülebilmektedir. Muayene edilen açısından ise; aynı zamanda bir travma sonrası oluşan ve müessir fiil kapsamındaki psikiyatrik halle birleşmesi nedeniyle, sadece fiziksel değil aynı zamanda psikolojik de bir sorundur. Bu nedenle sadece adli tıp uzmanı veya kadın doğum uzmanlarının değil, psikologların ve adli psikiyatrların da katılımıyla,⁸³⁸ mağdurun ruhsal açıdan da desteklenmesiyle yapılması gereken bir muayenedir. Muayene ve örnek alma işleminde delillerin toplanmasında gösterilen titizliğin, muayene edilenin yeni bir travma yaşamamasının sağlanması konusunda da gösterilmesi ve adli rapor

⁸³⁵ **5237 Sayılı TCK. madde 287;** (1) Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra hükmü uygulanmaz.

⁸³⁶ “... düzenleme adli tıbbi anlamda olumlu bir düzenleme olmuştur. Maalesef ülkemiz tarihinde bu yeni düzenlemeye uymayan genital muayene uygulamaları sebebiyle hiç de azımsanmayacak sayıda kişi intihar etmiştir. Ya da cinayete kurban gitmiştir. Mevcut düzenleme keyfiyete bağlı gelişen olumsuz durumları önleyecek olumlu ve önemli bir gelişmedir...” Nevzat ALKAN: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005, sh. 161

⁸³⁷ Yener ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ağustos, 2005, Sayı;32, 2889

⁸³⁸ HANCI: “Adli Psikiyatri”

düzenlenirken psikiyatrik değerlendirme ve bulguların da mutlaka rapora kaydedilmesinin sağlanması gereklidir.⁸³⁹

Muayenenin zamanı bu muayenelerde özel önem arz etmektedir. Olaydan uzunca bir süre sonra yapılan muayenede pek çok delil yok olabilmektedir.⁸⁴⁰ Fizyolojik değişiklikler geçici olup yanıtlanabilmektedir.⁸⁴¹ Cinsel saldırı olaylarında saldırının ilk 24-48 saat içerisinde muayenesi çok önemlidir.⁸⁴² Ayrıca, muayene işleminin, uzmanlarca en kısa zamanda bitirilecek ve mağduru tekrar- tekrar getirilmesine gerek kalmayacak şekilde yapılması gereklidir. Uygulamada; tecavüz edilmiş bir mağdur, ortalama en az dört kez muayene edilmektedir. Bu birimler arasındaki uyumsuzluktan da kaynaklanmaktadır.⁸⁴³

Cinsel organların muayenesi mutlaka hekimlerce⁸⁴⁴ yapılmalıdır.⁸⁴⁵ Hekim kısmında da ayrıntılarıyla belirteceğimiz şekilde, hekimler, adli bilirkişilik yapmaya yetkili pratisyen hekimler, adli tıp uzmanları, kadın-doğum uzmanlarıdır. Vajinal ve rektal tuşe gibi bazı müdahaleler ise sadece uzman hekimlerce yapılabilir.⁸⁴⁶ Bu tür muayenelerin muayene edilecekler⁸⁴⁷ ve hekim için uygun⁸⁴⁸ ve steril^{849, 850} koşullarda olması gereklidir. Yetersiz şartlarda tam bir klinik muayene ve örnek alma

⁸³⁹ “Katastrofik travmatik deneyimlerin ardından posttravmatik stres bozuklukları oluşur. Bu nedenle öncelikle acil yardım önerilmelidir. Kişilerin tepkileri değişebilir. Bu tür tepkiler bilinerek kişilere yaklaşıırken cinsel travma örneğinde olduğu gibi travmatik yaşantıyı yeniden tazelettirecek olaya kişinin çok iyi hazırlanması gerekir. Özellikle karşı cinsten bir sağlık personelinin neyi neden yapacağını açıklamadan muayeneye girişmesi ciddi sorunlar yaratabilir. Bu durumda kişinin yalan söylediği önyargısına kolaylıkla varmamalı ve işbirliği için kişinin onayı sağlanmalıdır. Cinsel travmalarda olduğu gibi eylemin doğurabileceği tıbbi durumlar göz önünde bulundurularak cinsel yolla taşınan bir hastalığın bulaştırılıp bulaştırılmadığı, gebelik olup-olmadığı ve bunlara karşı alınabilecek önlemler değerlendirilmelidir”. BİÇER, HANCI; “Adli Psikiyatri”, sh. 7

⁸⁴⁰ AKSOY; a.g.e. sh.51

⁸⁴¹ AKSOY; a.g.e. sh.14

⁸⁴² “Özellikle yılanmamış saldırgan penis üzerinde vajinadan bulaşan hücrelerin ve devamında DNA’nın saptanması mümkündür. (Her temas iz bırakır.anlayışı)” YAVUZ; a.g.s., sh. 98

⁸⁴³ YAVUZ; a.g.s., sh. 98

⁸⁴⁴ “Adalet Bakanlığı 02.07.1928 tarih ve 19 sayılı tamim;” İzaleyi bikir muayenelerinin kabilelere değil tabiplere yaptırılması uygundur.” Zeki KUMRULU; Zihni BETİL:“**Ceza Muhakemeli Usulü Kanunu**”, 2. Baskı, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945, sh. 52

⁸⁴⁵ Adalet Bakanlığı 25.03.1931 tarih ve 14 sayılı Tamimi;“38 SY. 5 ve 4. maddeler uyarınca adli tabip yoksa diğer tabiplere gönderilebilir.KUMRULU; BETİL: a.g.e. sh.52

⁸⁴⁶ ALİKSANYAN; a.g.e. sh.8-10

⁸⁴⁷ Mağdur çocuksa ailesi odada kalabilir AKSOY; a.g.e. sh. 12

⁸⁴⁸ Cezaevi ve emniyete çağırılarak yaptırılmak istenen muayene taleplerini geri çevirerek kliniğe getirilmelerinin sağlanması gerekir AKSOY; a.g.e. sh.9

⁸⁴⁹ “Muayeneyi gerçekleştirecek hekim dışarıdan bulaşmayı önlemek için önlük giymelidir” AKSOY; a.g.e., sh. 8

⁸⁵⁰ “Muayene sırasında kolluk mensuplarının dışarıda olması faydalıdır” AKSOY; a.g.e. sh: 12

işlemi mümkün değildir.⁸⁵¹ Muayeneden önce muayene edileceklerle bağ kurulması ve güven yaratılması önerilmektedir.⁸⁵² Muayene edilenin aynı cinsten hekime muayene olma talebi uygun görülmesi⁸⁵³ ve kadının yanında bir refakatçisini bulundurma talebi kabul edilmelidir. Karşı cinsin muayenesini yaparken muayeneye katılan diğer bir kişinin olması faydalı olabilir.⁸⁵⁴ Ayrıca muayene edilenin muayene öncesi bilgilendirilip rızasının alınması gerekli olup bu konulara da ilgili bölümde ayrıntısıyla değinilecektir.

Ceza muhakemesi açısından cinsel bölgelerin muayenesiyle; penetrasyonun gerçekleşip gerçekleşmediğini (cinsel ilişkinin varlığını, derecesini sonuçlarını) belirlemek, fiziksel şiddet olgularını saptamak, yaraların tedavisi ve kayıt edilmesini sağlamak, saldırganın kimliğini saptamak, uyuşturucu ve alkol gibi beyin fonksiyonlarını etkileyen maddelerin alınıp-alınmadığının ve etkisini belirlemek (kan örneği almak vs. yollarla), gerekliyse yaş tespiti, kişinin mental durumunun tespiti,⁸⁵⁵ saldırganın belirlenmesini sağlamak⁸⁵⁶ amaçlanmaktadır. Fiziki muayeneye her zaman genital bölge dışından başlayarak⁸⁵⁷ öncelikle vücudun tamamının incelenmesi^{858, 859} önerilmektedir.⁸⁶⁰ Tıbben kişinin isteği haricinde ve karşı koyması durumunda, anestezi kullanılmadan vajinal muayenesinin yapılmasının hiçbir zaman mümkün olmayacağı kabul edilmektedir.⁸⁶¹

⁸⁵¹ AKSOY; a.g.e. sh.9

⁸⁵² “Heyecanlı ve korkmuş bir çocuğun muayenesi bu anlamda mümkün değildir. Ancak kişinin güveninin kazanılmasıyla muayene yapılabilecektir.” AKSOY; a.g.e. sh.26

⁸⁵³ “Saldırıya uğrayan kadınların bayan hekime muayene olma talepleri yerine getirilmeye çalışılmalıdır. Ancak bunu rutin hale getirilmesi hem herkesin bu şekilde talepte bulunmaması, hem de her zaman bayan hekim bulunamaması nedenleriyle henüz pratik değildir. Özellikle tek bir hekimin adli tabiplik yaptığı bölgelerde bu istemleri karşılamak daha da zordur. Sadece bu nedenle adli konularda deneyimsiz bir hekim muayenesinin daha kötü sonuçlara yol açabileceğine de dikkat edilmelidir.” AKSOY; a.g.e. sh.10

⁸⁵⁴ POLAT: “Klinik Adli Tıp” sh.; 25

⁸⁵⁵ AKSOY; a.g.e. sh.11

⁸⁵⁶ YAVUZ; a.g.s.,sh.99

⁸⁵⁷ “Kadın hastalar soyunurken yanında bir kadın refakatçi bulunması o yoksa bir hemşire yardımcısının bulundurulması gerekir. Soyunmuş olan hastanın üstü bir örtü ile örtülerek utanma duygusuna saygılı olunmalıdır”. ALİKSANYAN; a.g.e., sh.;8

⁸⁵⁸ “...Genital bölgenin muayenesinde iyi bir ışık kaynağı şarttır. Genital organlarda laserasyon, ekimoz, ödem ve kanama açısından gözle inceleme yapılır. Vulvada çeşitli yara izleri olabilir. İnceksiyon sonrası örnek alma işlemine geçilmelidir. Var olan sıvılar tüpe veya pipete toplanabilir. Bu aşamada anüs çevresinden örnek alınabilir. Livata ihtimali her zaman vardır...” ; AKSOY; a.g.e. sh.25

⁸⁵⁹ “...Livatanın muayenesinde anüs bölgesinde sıyrıklar tek başına yeterli değildir...”

HEKİMOĞLU: a.g.e. sh. 108

⁸⁶⁰ AKSOY; a.g.e. sh.15

⁸⁶¹ Gürsel ÇETİN, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti” Panel, 14.11.2005 tarihli Sunum,(Yayınlanmamıştır) Gürsel ÇETİN:“Ceza Muhakemesinde Muayene”, 12. Adli Tıp Semineri 29.09.2005 tarihli Sunumu, “12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve

Jinekolojik ve obstetrik öykü (anamnez) alınarak gebelikleri, düşükleri, son adet görme tarihi, doğumları, kontraseptif kullanıp-kullanmadığı, son günlerdeki cinsel yaşamı vs. sorulup, saldırı ile ilgili zaman, yer, çevre şartları ve şikâyet zamanı, elbiselerini değişip değişmediği, yıkanıp yıkanmadığı, tampon kullanıp kullanmadığı, saldırıda zor kullanılıp kullanmadığı, pozisyonu, direnç gösterip göstermediği saldırganların sayısı, ejakülasyon olup olamadığı, vücutta ağrılı bölgeler ve vajinal akıntı olup olmadığı sorulup kaydedilmesi gereklidir.⁸⁶² Fiziksel muayene sırasında⁸⁶³ genital bölge dışında bulunabilecek (bazen çok az miktarda olan⁸⁶⁴) yara izleri dikkatli yorumlanmalı, vücutta⁸⁶⁵ olayla ilgili olabilecek izler⁸⁶⁶ ve semen izleri⁸⁶⁷ saptanıp bütün muayenelerde pamuklu çubuk ile vajinadan sürüntü yoluyla (swapla) örnek alınmalıdır.⁸⁶⁸ Ayrıca, sanık üzerinde yapılacak incelemelerde, cinsel bölgelerden alınacak örneklerle kimliklendirme yapılabilmesi mümkündür.⁸⁶⁹

Hukumumuzda cinsel organlar ve anüsün muayenesi 5271 Sayılı CMK. 75/(4) uyarınca iç beden muayenesi sayılmaktadır. Aynı şekilde yönetmeliğin 4.maddesinin dördüncü fıkrası da kanunla paralel olarak aynı hükmü getirmiştir. Ancak, yönetmeliğin 3. maddesinde iç beden muayenesinin yapılan tanımında, cinsel organlar ve anüs bölgesine yer verilmemiştir. **Kanaatimizce:** Kanun metninde bulunması nedenine dayalı olsa da, iç beden muayenesi tanımı içerisinde cinsel organlar ve anüs bölgesine de yer verilseydi olumlu olacaktı. Ancak bu eksiklik

Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005", Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh. 56, AKSOY; a.g.e. sh.: 12

⁸⁶² AKSOY; a.g.e. sh.13

⁸⁶³ "...adli muayene sırasında hastanın rızası dahilinde istenmeyen gebelikler ve bulaşıcı hastalıklarla ilgili müdahaleler yapılabilmektedir...."; YAVUZ; a.g.s., sh.96

⁸⁶⁴ AKSOY; a.g.e. sh.17

⁸⁶⁵ Yüzdeki boyundaki ve göğüsteki sıyrıklara dikkat etmelidir. Genital bölgenin incelenmesi pek bilgi vermeyebilir. Nadiren glans penis ve prepsiumda ekimoz veya frenilumda yaralanma görülebilir. AKSOY; a.g.e. sh.51

⁸⁶⁶ "Mağdur hakkında sağlık ocağında anüs mukozası "vücut içi örtü zarı" civarında hafif ekimotik durumdan bahsedilmiş ve başkaca livatanın husule geldiğini gösterir şekilde anüste mukoza yırtığı , sfinkter konusunda azalma ve diğer lezyonlardan "vücutta hasara uğramış veya infekte bir mıntika" bahsedilmemiş bulunmasına göre saptanan bulguların ırza geçmenin yeterli delili bulunup bulunmadığı sanığın tenasül uzvu muayene ettirilip adli Tıp'tan gerekli görüş alınmadan hüküm tesisi yasaya aykırıdır." YCGK 27.10.1978 Tarih, E. 5/300-K. 370;" Ahmet HEKİMOĞLU: "Irz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme", **Adalet Dergisi**, Mart-Nisan 1988, Sayı 2, sh.; 111

⁸⁶⁷ AKSOY; a.g.e. sh.21

⁸⁶⁸ "İkinci bir çubuk ile posterior fornixten de örnek alınmalıdır. Kimi zaman serum fizyolojik ile yıkama işlemi yapıldıktan sonra örnek alınmalıdır. Vajina içinde bir sıvı tespit edilirse pipet veya damlalık ile aspire edilmelidir."AKSOY; a.g.e. sh.32

⁸⁶⁹ "Laboratuvar incelemesi genital incelemeden daha faydalı bilgiler verebilir. Pubik kullarda ve saçlardan ve sakallardan örnekler alınabilir. Pubik kıllar yabancı kılların bulunabilmesi için taranır. Kan grubu uyuşturucu madde, alkol ve DNA için kan örnekler alınmalıdır."AKSOY; a.g.e. sh.51

kanun metninde ve yönetmeliğin 4. maddesinin 4. fıkrasında yazılı olması nedeniyle önemli bir eksiklik değildir.

Kızlık Zarı (Hymen)⁸⁷⁰; “vajen girişini kısmen kapatan ve genellikle ilk cinsel ilişkide yırtılabilen ince damarlardan zengin elastik bir zar olup kızlık halkası, bekaret zarı, kızlık perdesi” adları da verilmektedir.”^{871, 872} Hymenin yapısı ve açıklığı, her kişiye göre farklılık gösteren değişik şekillerde olabilmektedir.⁸⁷³ İlk cinsel ilişkide hymen %50 oranında genellikle bozulmaktadır.⁸⁷⁴ Bu nedenle; hymenin muayenesi, özellikle muhafazakar pek çok toplumda, varlığı ırzın⁸⁷⁵ muhafazası olarak görüldüğünden çoğu kez bekaret kontrolü için⁸⁷⁶ kullanılan bir yöntem halindedir. Çoğu kez hymenin yırtılmış olması cinsel ilişkinin varlığına dair delil sayılmaktadır. Sanılanın aksine tek başına hymen muayenesiyle (hymenin çok değişik fizyolojik özellikler gösterebilmesi nedeniyle) nadiren cinsel ilişkiyle ilgili fikir verebilmektedir.⁸⁷⁷ Ceza muhakemesinde biyolojik anlamıyla değerlendirilebilecek bir delil olarak hymene verilen öneminden çok, toplumsal yapıda bağlanan sonuçlar öne çıkmaktadır.⁸⁷⁸ 765 Sayılı TCK. da bu düşünceler öne çıkmakta ve kızlık bozma cezayı artırıcı sebep olarak sayılmaktayken, 5237 Sayılı

⁸⁷⁰ Hymen eski yunanda düğün tanrısının adı olup aynı zamanda kızın baba evinden alınarak koca evine götürülürken söylenen şarkının adı olup, bu kelimedden günümüze gelmiştir. YAVUZ; a.g.s., sh.99

⁸⁷¹ Elif GÜRSOY: “Kızlık Zarı Muayenesi-Bekâret Denetimi”, www.huksam.hacettepe.edu.tr/muayene.htm , (çevrimiçi), 02.05.2005

⁸⁷² Kaynaklara göre; “...ilerleyen plastik cerrahi aracılığı ile kız çocuklarında idrar yolunun (üretra) eksikliğinde zarın üretra yapımı için kullanılması ve 11-12 yaşına kadar kız çocuklarını genital yol enfeksiyonlarından koruması” dışında biyolojik yönden kadın sağlığı açısından bir yararı ya da patolojisi de bulunmamaktadır (TTB Etik Kurulu Raporu, 1998; Şahinoğlu, 1992). GÜRSOY; a.g.e.

⁸⁷³ AKSOY; a.g.e. sh.27

⁸⁷⁴ YAVUZ; , a.g.s., sh. 98

⁸⁷⁵ IRZ; Arapçadan Osmanlıcaya geçmiş bir kelime olup; bir kimsenin başkaları tarafından dokunulmaması ve saygı gösterilmesi gereken iffeti (Namus) anlamına gelmektedir.HEKİMOĞLU; a.g.e. sh.; 107

⁸⁷⁶ TTB ve Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü tarafından “Kızlık Zarı Bakışına Yaklaşım” konulu çalışmaya katılan 30 kadın jinekologdan her biri, en az 15 kez, kızlık zarı muayenesi yaptıklarını ve 25’nin ise böyle bir muayeneyi gerekli gördüklerini ifade etmişlerdir (TTB ve KSSGM, 1998) Yine Gürsoy’un yaptığı çalışmada da ebe hemşirelerin % 80.2’sinin bir kadın doğum uzmanı ile birlikte kızlık zarı muayenesinde buldukları saptanmıştır” GÜRSOY; a.g.e.

⁸⁷⁷ AKSOY; a.g.e. sh.26

⁸⁷⁸ “...Kızlık zarı muayenesine getirilen bireylerin çoğunluğunu adölesanların oluşturduğu düşünüldüğünde; cinsel olgunluğun ve cinsel ilişkinin başladığı bir dönemde; bu adölesanların böyle bir şiddete (psiko-sosyal, fiziksel) veya travmaya maruz kalmaları, bu bireylerin yaşamlarını (özellikle cinsel yaşamlarını) olumsuz yönde etkileyerek daha olumsuz sonuçlar doğuracaktır Aslında kızlık zarı muayenesi/bekâret denetimi cinsiyet ayrımcılığına dayalı bir uygulamadır. Özde bir demokrasi sorunu ve insan haklarının ihlalidir. Bu sorun başta ilgili disiplinlerin sorununuymuş gibi gözükmeyle birlikte tüm toplumun sorunudur/toplumsal bir sorundur. Ancak çözümü zaman ister. Dolayısıyla bekâret denetiminin çözümünde toplum yapısının değişmesini ve eğitimin önemini vurgulamak gerekir...” GÜRSOY; a.g.e.

TCK. da bu anlayıştan vazgeçilerek, cinsel saldırının kişinin sağlığının zarara sokulması esas alınmıştır.⁸⁷⁹ Hymen organ değildir. Bozulması beden sağlığını bozmamakta, ancak bozulma nedeniyle post-travmatik stres bozukluğu yaratmaktadır.⁸⁸⁰ Bekaret veya kızlık muayenesi adı altında hymen muayenesinin, kabul edilebilir bir hekimlik uygulaması olmadığı ve yapılması talebi kimden gelirse gelsin hiç kimsenin kendi isteği dışında muayene edilmesinin kabul edilmemesi gerektiği⁸⁸¹, uygulama gerekçelerine bakıldığında kadın sağlığına yönelik bir muayene olmadığı, subjektif gerekçelerle kadın cinselliği üzerinde denetim kurmak amacıyla yaptırıldığı iddia edilmektedir.⁸⁸²

Hymen muayenesinin yapılması sonrasında, hymendeki lezyonlar saat kadranı şeklinde belirtilerek rapora yazılmalıdır.⁸⁸³

7. ÖRGÜTLÜ SUÇLARDA MUAYENE

Örgütlü suçlarda örgüt üyelerinin birbirleriyle olan ilişkilerini belirleyebilmek için, sanık, şüpheli, mağdur veya ilgili üçüncü şahıslar üzerinde muayene ve örnek alma işlemi yapılması gerekebilir. Bilimsel delil sıfatları nedeniyle bu yolla elde edilen delilerin bu tür soruşturmalarda önemli kolaylıklar sağlamaları mümkün görülmektedir. Özellikle teşekkül halinde işlenen uyuşturucu madde suçları ve terör suçlarında, şahıslar üzerinden elde edilebilecek uyuşturucu türevli veya terör faaliyetlerinde kullanılmış patlayıcılara ilişkin materyalin ele geçirilmesi, bu suçların takibinde örgütün diğer mensuplarına ulaşmada kolaylık sağlamaktadır. Kimliklendirme işlemleri sonucu arşivlenen örnekler üzerinden faille ulaşmak mümkün olmaktadır. Özellikle, DNA analiz sonuçlarının arşivlendirilmesiyle örgütlü suçla mücadele kolaylaşmaktadır.

Günümüzde, terör faaliyetlerinden görülen zararın artmasıyla birlikte; bu eylemleri engellemek amacıyla, zaman-zaman özel hayatın gizliliği gibi bazı

⁸⁷⁹Yener ÜNVER; Yeni TCK Kapsamında Hekimin Cezai Sorumluluğu”12. Adli Tıp Semineri, 30.11.2005 tarihli Sunumu, “12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh. 100-106

⁸⁸⁰YAVUZ; a.g.s., sh.98

⁸⁸¹AKSOY; a.g.e., sh.14

⁸⁸²GÜRSOY; a.g.e.

⁸⁸³AKSOY; a.g.e. sh.28

prensipler yok sayılabilmektedir.⁸⁸⁴ Konunun insan hakları ve ceza muhakemesinde koruma tedbirleri ve delil nazariyeleri açısından anlatımı ileriki bahislerde yapılacaktır. Bu aşamada örgütlü suçlarla muayenenin konumuzla ilgisi, sistematik muayene protokolünün çok sanıklı suçlarda ne kadar uygulanabildiğidir. Bu suçlarda, özellikle kolluğa karşı işkence ve suumuamele suçlamalarının daha çok yöneltildiği göz önüne alındığında, örgütlü suç faillerinin muayenelerinde öykü alma aşamalarının ve fiziki muayenelerinin aceleye getirilmemesi gerekeceği açıktır. Çok sayıda şüphelinin yetersiz sürede muayene edilmeleri eleştiri konusu yapılmaktadır.⁸⁸⁵ Bu nedenlerle insan hakları ve ceza muhakemesinin ilkelerinden ödün vermeksizin muayene ve örnek alma işlemlerinin yapılması gerekmektedir.⁸⁸⁶

8. İDARİ SUÇLAR VE SORUŞTURMALARDA MUAYENE

Muayene ve örnek alma işlemlerinin gerekli olduğu idari soruşturmalarda bu işlemlerin ne şekilde yapılabileceği önem taşımaktadır. Bu işlemlerin nitelikleri gereği, kişisel hak ve hürriyetlere müdahale özelliği taşımaları, bu soruşturmalarda soruşturma mercilerinin bu işlemlere karar verebilip veremeyecekleri konusunu önemli kılmaktadır.

4483 sayılı “Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun” idari soruşturmalarda “**soruşturma sistemi**” yerine “**izin sistemi**”ni benimsemiştir.⁸⁸⁷ Daha önceden Memurun Muhakematı Hakkında Kanun gereğince

⁸⁸⁴ ABAD uygulaması için; Bkz.; Scott L. OPTİCAN BA, Mphil , JD; David GOTLİEB; “**Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**”, Yayına hazırlayanlar; Feridun YENİSEY vd.; Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Kitabı No: 10, İstanbul, Ocak-2006, sh. 28

⁸⁸⁵ Konya Emniyet Müdürlüğüne örgütlü suçla mücadele kapsamında yapılan soruşturmada 22 şüphelinin Konya Numune Hastanesinde Çevik Kuvvet Şube Müdürlüğüne ait minibüsten indirilmeden , hekimin araca binmesi suretiyle çok kısa sürede muayene işlemini gerçekleştirmesi eleştirilmiştir. Bkz; http://www.aktifhaber.com/print_nevs.php?nID=54216 (çevrimiçi) 24.11.2005

⁸⁸⁶ “*AIHM, AIHS'nin 8. maddesini yorumlarken her zamanki özgürlükçü ve sınırlama nedenlerini sınırlayıcı metodunu seçmiş, ancak mahkeme özgürlüğün sınırının diğer insanların özgürlüğü olduğunun altını çizmiş ve özellikle Klass vd. davasında; “organize suçla mücadele” için bazı fedakarlıkların gerekli olduğunu dolaylı yoldan göstermiştir. Tabii ki bunu demokratik toplumun gerekleri ölçütüne uygun olarak yapmış ve demokratik bir toplumda organize suçla mücadele etmenin ve bu mücadele için bir takım özel koruma tedbirleri getirilmesinin “sosyal gereksinim” olduğunu belirtmiştir. İç hukukumuz açısından bu tedbirlerin alınması, uygulanması ve denetimi sırasında daima AIHM'nin kriterleri göz önüne alınmalı ve bu konuda hukukilik ile hukuk dışılık arasındaki ince ayrıma çok dikkat edilmelidir...*”. M. Volkan DÜLGER:“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (çevrimiçi), www.bilimler.com, mvd@hotmail.com, 04.04.2005

⁸⁸⁷ “...4483 sayılı Kanunun bu sistemine göre, yapılan faaliyet bir “maslahata uygunluk” değerlendirmesi olup, bu Kanun kapsamındaki bir eylemin ceza muhakemesine aktarılıp aktarılmaması konusunda bir “kamu yararı” değerlendirmesi yapılmaktadır. Yoksa suçla ilişkin kamu davası açmaya yetecek nitelikte delillerin bulunup bulunmadığına ilişkin hazırlık soruşturması

yürütülen soruşturmalar hazırlık soruşturması niteliğinde sayılmakta ve soruşturmacılara Cumhuriyet Savcılarinkine benzer yetkiler tanınmaktayken, 4483 SY. İle ön incelemecilere Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre “işlem yapabilme” yetkisi verilmiştir. Bu da ön soruşturmacıların yetkisinin “yetki dahilindeki delillerin toplanması” ile sınırlı tutulmasını gerektirmektedir.⁸⁸⁸

Koruma tedbiri niteliği nedeniyle, vücudun muayenesi ve vücuttan örnek alma işlemlerine başvurulabilmesi için CMK da tanımlanan koşullarının oluşması gerekir. Ön soruşturma ceza yargılamasının birinci aşaması olup hazırlık soruşturması kapsamında değildir. 4483 sayılı Kanununun 6. maddesindeki “...*bu kanunda hüküm bulunmayan hususlarda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre işlem yapabilirler...*” ifadesinden bu kişilerin koruma tedbirlerine başvurusu kabul edilmemelidir.⁸⁸⁹ Bu hüküm doğrultusunda diğer tüm işlemlerini yapabilecek olan idari soruşturmacı vücudun muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemi söz konusu olduğunda bunu ancak hakim kararı ile yapabilecektir. Burada işlem hakkında karar alınması için Cumhuriyet Savcılığının devreye sokulup sokulmaması konusu tartışmalıdır. İdari soruşturmacının doğrudan hakimden karar istemesi konusunda yasa metninde bir açıklık yoktur. CMK nun 75 ve 76. maddelerinde bu işlemlere Cumhuriyet Savcısının veya mağdurun istemi veya re’sen hakimce karar verilebileceği belirtilmektedir.

Kanaatimizce: idari soruşturmacının talebi olan haller hakimden re’sen karar verebileceği bir hal olarak kabul edilebilirse de, kovuşturma tedbirleriyle ilgili temel anlayışlar gereği, Cumhuriyet Savcısının aracı kılınmasının, kişi haklarının korunmasında bir tür süzgeç oluşturabileceğinden faydası olacaktır. Ayrıca; CMK. nun 75/(1) madde ve fıkrasından şüphelinin dış muayenesi için hakim kararına ihtiyaç olmadığı anlamının çıkması, idari soruşturmalarda, hakkında soruşturma yapılanın soruşturmacı talebiyle, doğrudan dış muayeneye gönderilebileceği gibi bir kabule yol açabilirse de, bizce bu hukuka uygun bir işlem olmayacaktır. Bu

niteliğinde bir araştırma ve değerlendirme yapmamaktadır...” A. Kemal YILDIZ; 4483 SY 6. maddesi hakkındaki yazılı mütalaası. Bkz.; Vahdettin ÖZCAN; Fikret ÇAKIR: “4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkındaki Kanununun 6 ncı Maddesi Hükümü Çerçevesinde, Ön İnceleme Yapmakla Görevlendirilenlerin CMUK’ daki Hangi İşlemleri Yapabilecekleri Ve Hangi Yetkilere Sahip Olduklarına İlişkin İçişleri Bakanlığı Araştırması”, 07.05.2004 Yayınlanmadı, (çevrimiçi) www.icisleri.gov.tr,11.04.2005

⁸⁸⁸ ÖZCAN;ÇAKIR; a.g.e.

⁸⁸⁹ Bkz; ÖZCAN;ÇAKIR; a.g.e.

işlemlerin hakim ve Cumhuriyet Savcıları denetiminde yapılması temel kural olmalıdır.

9. ÖZEL HUKUK UYUŞMAZLIKLARINDA MUAYENE

Özel hukuk alanında vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri önemli bir yer tutmaktadır. Özel hukuk alanında bu işlemlerin bazılarını;

- a) Tazmini nitelikli davalarda,
- b) Şuurun ve akli sorumluluğun tespitinde,
- c) Yaşın ve fiziksel gelişimin tespitinde,
- d) Babalığın tayininde,
- e) Taksir sonucu meydana gelen zararlarda sarhoşluk hali olup olmadığıyla ilgili tespit işlemlerinde şeklinde saymak mümkündür.

Özel hukuk kapsamındaki muayene ve vücuttan örnek alma işlemlerinin fiili yerine getirilmesi açısından tıbbi deontolojide bir fark bulunmamaktadır. Fark; “işlemin dayandığı hukuki kaynak ve bu işleme bağlanan hukuki sonuçlardadır.” Vücut, muayene, hekim ve örnek alma bölümlerinde konunun tıbbi deontolojiyle ilgili olarak sunulan bilgiler özel hukuk kapsamındaki işlemlerde de aynen geçerlidir. Bu işlemlerin, hukuk usulü muhakemesi kapsamında çok ayrıntılı olan düzenlemeleri konumuz kapsamı dışındadır. Ancak bu işlemlerin Ceza Muhakemesi Hukuku ile yakınlaştığı konularda her bölüm altında ayrıca bilgi verilecektir.

10. NESEP TAYİNİ

Nesep tayini babanın kim olduğunun belirlenmesi için çocuk üzerinde yapılan muayenedir.⁸⁹⁰ Nesep tespitinin ana esası; “kalıtsal biyolojik antropolojik bilirkişi raporu veya serostatik (baskın gen) hesaplamalardır. Yapılacak bu araştırmayla kesin bir sonuç elde edilir. Bu muayene yöntemlerinin biri uygulandıktan sonra, hala şüphe bulunuyorsa başka muayeneler de uygulanır.⁸⁹¹ Nesep tayini için alınan kan örneklerinin, bu amaca yönelik kullanılması gereklidir.⁸⁹² CMK. ‘da nesep tayini amaçlı muayene ve örnek alma işlemleri 78–80 maddeler arasında düzenlenmiştir.

⁸⁹⁰ BENFER; a.g.e. sh. 211, no. 54 (Prokop s.529.f),(OLG Stuttgart NJW 1974, 606 f.)

⁸⁹¹ “Bazı hallerde gerçeğin ortaya çıkması amacıyla nesep tayini kaçınılmazdır.”:BENFER; a.g.e. sh. 211, no. 54

⁸⁹² “Gerçi kan örneği alımı işlemi öncelikli olarak nesep tayinine ilişkindir. Ancak farklı kanıtlar için de şartlar oluştuğunda alınabilir.” BENFER; a.g.e. sh. 212, no. 56

F. ADLİ MUAYENELERDE HEKİMİN KUSURU NEDENİYLE SORUMLULUĞU (ADLİ MALPRAKTİS)

Hekimlerin, meslekleri ve uzmanlıkları ile ilgili temel ve klasik bilgilere ve kurallara göre hareket etmeleri zorunludur. Hekim, ekibiyle birlikte, bilgi ve becerisini kullanarak hastasının vücuduna doğrudan ya da dolaylı müdahale ya da müdahaleler yapmaktadır. Hekim bu işlemleriyle ve hastasına yapabildikleriyle, doğa dışında insan yapısına müdahale edebilen ikinci faktör konumunu kazanmaktadır. Buna bağlı olarak bu kadar büyük bir gücü elinde tutan hekimin “sıkı bir şekilde” kontrolü gereklidir.⁸⁹³ Hekim, meslekte herkesin bildiği ve ya da bilmesi gereken bir konuda açık hata yaparsa sorumlu olur.⁸⁹⁴

Hekim, bilimsel olarak kabul edilebilir normal risk ve sapmalarda gerekli özeni göstermiş ve önlemleri almış ise, sorumlu tutulamaz. Buna “izin verilen risk”⁸⁹⁵ adı verilir.⁸⁹⁶ İzin verilmiş risk dışında kalan durumlarda, yani “*hekimin olası kötü sonuçları öngörmesine rağmen, gerekli özeni göstermemesi ve önlemleri yeterince almaması halinde ortaya çıkan kötü sonuçlara*”; “**Malpraktis**” denir.⁸⁹⁷ Bir başka tanımlamayla “Medical Praktis”; Hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesidir.⁸⁹⁸

TTB Tıbbi Etik İlkeleri madde 13 de Malpraktis; “Bilgisizlik deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulanması” olarak tanımlanmıştır. Malpraktis (Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk) Yasa Tasarısında ise; Tıbbi Kötü Uygulama; “Sağlık personelinin kasıt

⁸⁹³ Oğuz POLAT: “**Tıbbi Uygulama Hataları**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Mart-2005., sh.;26, Gürsel ÇETİN; Tıbbi Malpraktis”;“Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu”; Editörler ; Gürsel ÇETİN; Coskun YORULMAZ, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul-2006, sh.31-42,

⁸⁹⁴ İ.Hamit HANCI: “**Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**” 2. Baskı, Ankara-Seçkin Yayınevi, 2005, sh.;28

⁸⁹⁵ Yener ÜNVER; “**Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk**”, Beta Basım Yayın, İstanbul-1998, sh. 188

⁸⁹⁶ Hukukta “izin verilen risk” kavramının karşılığı tıpta “**KOMPLİKASYON**” (istenmeyen durum) dur..Bkz; POLAT: “Tıbbi Uygulama Hataları”, sh.;32, Dieter GİESEN: “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu” Çeviren Salim Özdemir, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Nisan 1977, Sayı 2, sh. 217–222

⁸⁹⁷ E. Özgür AKTAŞ; Aytaç KOÇAK: “İlaç Kullanımında Hekim Sorumluluğu” **Toksikoloji Dergisi** Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No;IV, Published Quarterly, sh.; 28

⁸⁹⁸ HANCI: a.g.e. sh. ; 30, “Hekim sorumluluğunun tarihsel gelişimi” hakkında Bkz; POLAT; “Tıbbi Uygulama Hataları”, sh.;71-77, “Dünya da tıbbi uygulama hataları” konusunda Bkz: POLAT:“Tıbbi Uygulama Hataları”, sh.; 113-152, “Hekimin ceza Hukuku açısından sorumluluğu” için bkz. ÇAKMUT (YENERER) a.g.e., sh. 241-260

veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi uygulamaması ile ve zarar meydana getiren fiil ve durumu⁸⁹⁹ olarak belirtilmiştir.⁹⁰⁰

Yargıtay, hekimin sorumluluğu için tıp verilerini doğru ve eksiksiz uygulamayı ve gereken özen ve dikkati göstermeyi esas almakta ve “Hekim tıp verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği kadar uymamışsa kusur vardır” demektedir⁹⁰¹.

Hukumumuzdaki önceki düzenlemede; tıbbi girişim esnasında neden oldukları yaralama ve ölüme sebebiyet durumlarında hekimler hakkında özel yaptırım getiren bir kanun yoktu ve sorumluluk 765 Sayılı T.C.K 455 ve 459. maddelerine göre belirlenmekteydi.⁹⁰² Halen “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı” hazırlanmış olup yasalaşma sürecindedir.⁹⁰³

Hekimin muayene nedeniyle cezai sorumluluğunu belirleme görevi “bilirkişi” kurum olan⁹⁰⁴ Yüksek Sağlık Şûrası’nındır.⁹⁰⁵

Malpraktis’in konumuzla ilgisi; Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamında yapılan muayene ve örnek almalarda hekimin hatasının bulunması durumlarıdır. Bu hallerde sorumluluğun tespiti ve cezalandırma konuları tamamen “malpraktis” kuralları ve sistemi içinde çözüleceğinden, bu konuda ayrıntılı anlatıma yer vermemekteyiz.

⁸⁹⁹ “**İyotrojenez**”; hekim ya da sağlık çalışanlarının, tıbbi uygulama sırasında hasta da oluşturdukları her türlü zarara verilen isim, “**Bakım Standardı**” ise; Aynı ortam koşullarında aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özene verilen isimdir. “**Hata**”; Birleşik Devletler Tıp Enstitüsü 2000 yılı Raporunda (James Reason) “tasarlanan bir dizi mental veya fiziksel aktivitenin beklenen sonucunu yerine getirememesi” olarak tanımlanmış Harward Tıbbi Uygulamalar Araştırması ise; “talihsiz olay” terimini kullanmıştır. POLAT: “Tıbbi Uygulama Hataları”, sh.;32-33

⁹⁰⁰ Dünya Tabipler Birliği (The World Medical Association) 1992 yılındaki 44. Genel Kurulunda “Tıpta Yanlış Uygulama” konulu bir duyurusunda; Tıpta Uygulama Hatasını; “*Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” olarak belirtmiştir.

⁹⁰¹ Y 4. HD. 1977/2541 HANCI; a.g.e. sh. 29

⁹⁰² Aynı görüş için Bkz.; İ Hamit HANCI vd.; İstanbul Tabip Odası; “Hekimlerin Yasal Sorumlulukları”, <http://www.ttb.org.tr/adli/1.html> , (çevrimiçi), 02.05.2005

⁹⁰³ Rüştü; KALAÇ: “Malpraktis Yasa Tasarısı Üzerine Değerlendirmeler”, (çevrimiçi), <http://www.ssto.org.tr/belgeler/malpraktis.htm>, Taslak metni için Bkz.; www.hukuki.net/www.saglik.hukuku.net/bilgi/a023.asp+Adli++beden+muayenesi&hl=tr

⁹⁰⁴ POLAT: “Tıbbi Uygulama Hataları”, sh.;31

⁹⁰⁵ Bkz.; IV. Bölüm YSS, sh. 301 vd.

III. BÖLÜM

KORUMA TEDBİRİ OLARAK VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

A. KORUMA TEDBİRİ ÖĞRETİSİ

1. KAVRAM

Ceza Muhakemesi Hukukunda, vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri, yapıları ve nitelikleri itibarıyla, delil ve bilirkişilik işlemi olmalarının yanısıra, aynı zamanda bir “*koruma tedbiri*” olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, bu işlemlerin ceza muhakemesi açısından niteliklerinin tam olarak bilinebilmesi, koruma tedbirleri öğretisi doğrultusunda niteliklerinin tartışılmasını zorunlu kılmaktadır.

Koruma tedbirleri (*cautela*⁹⁰⁶ - *misure cautelari, le cautele*⁹⁰⁷ (İtalyanca)) Ceza Muhakemesi Hukukunda gerçeğe varma çabasındaki muhakeme makamlarının kullandığı araçlardan birisi niteliğinde olup, delillerin kaybolması veya verilen hükmün yerine getirilemeyeceğinden korkulan haller için kabul edilmişlerdir.⁹⁰⁸

Koruma tedbiri kavramı, üst kavramı olan “*Tehlike Tedbiri*”nin⁹⁰⁹ bir çeşidi niteliğindedir. Tehlike tedbirlerinin suç işlenmesinden önce var olan uzak tehlike niteliğinde olanları; “*önleme tedbiri*”, suç işlendikten sonra yakın tehlike hallerinin varlığı halinde, muhakemenin doğru yapılabilmesi amacıyla, gecikmeden alınması gereken tedbirler ise; “*koruma tedbiri*” olarak adlandırılmaktadırlar.⁹¹⁰

Koruma tedbirleri hukukumuzda farklı isimlerle adlandırılmaktadır. EREM; “*Usul Tedbirleri*”⁹¹¹, YURTCAN; “*Ceza Yargılaması Önlemleri*”⁹¹², YÜCE;

⁹⁰⁶ KUNTER: “CMH 7. Baskı”, sh. 513, no: 359

⁹⁰⁷ TOSUN; a.g.e., sh. 818

⁹⁰⁸ KUNTER; YENİSEY: “Yakalama ve İfade Alma”, sh.. 12, DÜLGER: a.g.e., Haluk ÇOLAK; Mustafa Taşkın: “*Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu*”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, sh.243

⁹⁰⁹ CİHAN; YENİSEY: “CMH. 1.Baskı”, sh. 160

⁹¹⁰ KUNTER; “CMH 7. Baskı”. sh. 513, No: 359

⁹¹¹ Faruk EREM:“ *Ceza Usulü Kanunu*”, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara-1973, sh. 435

⁹¹² YURTCAN: “CYH. 11. Baskı”, sh. 300 vd.

“Zorlayıcı Önlem”⁹¹³, TANER; “İhtiyati Tedbir”⁹¹⁴, ÖNDER; “Muhafaza Tedbirleri”⁹¹⁵, TOSUN⁹¹⁶, KUNTER⁹¹⁷-CİHAN⁹¹⁸-YENİSEY⁹¹⁹- NUHOĞLU⁹²⁰, CENTEL-ZAFER⁹²¹, ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK⁹²² ise “koruma tedbirleri” kavramını kullanmaktadırlar. Alman hukukunda, bu tedbirler zorlayıcılık özelliğinden hareketle zorlayıcı araçlar, zorlayıcı tedbirler olarak nitelendirilmekte⁹²³; “cebir araçları(Kern-Roxin), yargılamayı güvenceye alan araçlar (Henkel), yargısal cebri önlemler(Eb. Schmidt),⁹²⁴ tabirleri de kullanılmaktadır. İtalyan hukukunda bazı yazarlar “muhakeme zorlama tedbirleri (*Coercizione Processuale*), daha yeni bazı yazarlar ise ihtiyat tedbirleri (*cautele processuali*) adlarını kullanmaktadırlar.⁹²⁵ Medeni Usul Hukukunda bu kavrama karşılık olarak “ihtiyati haciz, ihtiyati tedbir”, İdari Yargılama Hukukunda “yürütmenin durdurulması tedbiri”, milletlerarası hukukta ise “geçici tedbir (*interim measure*)”⁹²⁶ kavramları kullanılmaktadır⁹²⁷. 1412 Sayılı mülga CMUK ile 5271 sayılı yürürlükteki CMK’ da “DÖRDÜNCÜ KISIM” başlığında “koruma tedbirleri” terimi kullanılmak suretiyle her iki kanunda da bu kavram benimsemiştir.

Koruma tedbirlerinin çeşitlerini; adli kontrol, yakalama, tutuklama, teminatla salıverme, zorla getirme, arama, el koyma, yurt dışına çıkarmama, işten el çektirme,

⁹¹³ T.Tufan YÜCE; “Ceza Yargılamasında Zorlayıcı Önlem Teorisi”, EÜHFD, I, Yıl 1980. Sayı; 1, sh. 67 vd.

⁹¹⁴ Tahir TANER: “**Ceza Muhakemeleri Hukuku**”, 3. Basım, İstanbul, İsmail Algan Matbaası, 1955, sh. 131

⁹¹⁵ Ayhan ÖNDER; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, İÜHFM, 1963, C: XXIX, Sayı 3, sh. 425

⁹¹⁶ TOSUN: a.g.e. sh. 818

⁹¹⁷ KUNTER; a.g.e. sh. 513 vd. No; 359 vd., Nurullah KUNTER; Feridun YENİSEY: “**Yakalama ve İfade Alma**”, 12. Baskı, İstanbul- Beta Yayınları, Nisan 2000,

⁹¹⁸ CİHAN-YENİSEY; a.g.e., sh. 160 vd.

⁹¹⁹ YENİSEY: “Hazırlık Soruşturması Ve Polis”, sh. 99 vd,

⁹²⁰ KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”,sh. 753 vd., No: 48.1 vd.

⁹²¹ CENTEL; ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh. 244 vd.

⁹²² Bahri ÖZTÜRK; Ruhan ERDEM; V. Özer ÖZBEK: “**Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**” 5. Baskı, Ankara Seçkin Yayınları, -2001, Ö.Veli ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, ÖZBEK:“DNA Analizi”, V. Özer ÖZBEK:“**Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama**”, Ankara-Seçkin Yayınları, 1999

⁹²³ CİHAN-YENİSEY; a.g.e. sh. 160

⁹²⁴ YURTCAN; a.g.e. ,sh. 300

⁹²⁵ TOSUN; a.g.e. sh. 819-820

⁹²⁶ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı” sh. 756, No: 48.1

⁹²⁷ CİHAN-YENİSEY; a.g.e.,sh. 160

kimlik tespiti, müşahedeye alma ve vücut muayenesi-örnek alma olarak saymamız mümkündür.⁹²⁸

Ceza Muhakemesi Hukukunda delillerin kaybolmasından ve verilecek hükmün yerine getirilemeyeceğinden korkulan hallerde koruma tedbirlerine başvurulması kabul edilmiştir.⁹²⁹ TOSUN; koruma tedbirlerini; “*muhakemeyi zamanın yıpratıcı etkilerinden korumak için başvurulmuş tedbirler*” olarak nitelendirmektedir.⁹³⁰ Gerçekten de bu tedbirlerin asıl amacı; muhakemenin devamı sırasında zamanın geçmesiyle kaybolabilecek delilleri muhafaza altına almak, delillerin kaybolmadan bulunmasını sağlamak veya şüpheli sanık veya diğer ilgililerin beyanlarının alınabilmesini ve delilleri değiştirmelerini⁹³¹ önlemektir. Vücudun muayenesi ve örnek almada da bu amaçla şüpheli sanık, mağdur veya diğer ilgili kişiler üzerinde, “bulunduğuyla ilgili kuvvetli şüphe olan, suçun yarattığı veya hakikate varmaya yarayacak izlerin zaman geçirilmeden ve kaybolmadan ele geçirilmesi” amaçlanmaktadır. Bu amaçla da, gerektiğinde zor kullanarak ve vücut bütünlüğü ihlal edilerek yapılan bu işlemler, koruma tedbiri niteliğindedir.

Koruma tedbirlerinin en önemli özelliği, kişi hak ve hürriyetlerine sınırlamalar getirmeleridir. Bu sınırlamalar kişinin hürriyetine, malvarlığına, özel hayatının gizliliğine ve vücut bütünlüğüne müdahale şekli gösterebilir. Vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri de ilgililerin özel hayatın dokunulmazlığı ve vücut bütünlüğüne dokunulmaması ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Bu özellikleri nedeniyle, üzerinde muayene ve örnek alma koruma tedbiri uygulanacak kişinin hukuki durumunun ve bu işlemlerin koruma tedbiri mahiyetinin tam olarak belirlenmesi zorunluluk arz etmektedir.

2. VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMANIN KORUMA TEDBİRİ OLARAK HUKUKİ NİTELİĞİ

a. KORUMA TEDBİRLERİNİN ORTAK ÖZELLİKLERİ

⁹²⁸ 5271 S. CMK. bünyesindeki koruma tedbirleri ile ilgili görüşler için Bkz.;BAYRAKTAR, Köksal; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun’da Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ağustos–2005, Sayı; 33, sh.2876-2884

⁹²⁹ CİHAN-YENİSEY; a.g.e. sh. 161

⁹³⁰ TOSUN; a.g.e. sh. 819

⁹³¹ Diğer bir anlatımla; “*muhakemenin müşahhas olayla temasını kaybetmemesini ve verilecek kararların yerine getirilebilmesini sağlarlar*” (KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı” sh. 754, No 48.1)

Koruma tedbirleri hukuken tali ceza davası ve isnat niteliği taşıyan tedbirlerdir. Her koruma tedbirinde bir tür isnat vardır.⁹³² Koruma tedbirlerinin ortak özellikleri; “hüküm verilmeden temel bir hakkı sınırlaması” (bir zorlama olarak algılanır), “geçici olması” (istenilen amaca ulaşıldığında kendiliğinden sona erer), “araç olması” (hüküm vermenin aracı)⁹³³ olarak belirtilmektedir.

Temel insan hak ve hürriyetleri, ancak, yasalarla belirtilen hallerde ve hakimnin nihai hükmü ile kısıtlanabilir. Bu kuralın istisnasını “koruma tedbirleri” oluşturmaktadır. Diğer şartlar olduğu takdirde, henüz kişi hakkında hüküm verilmeden önce de hürriyetine, bedenine, malvarlığına veya özel hayatının dokunulmazlığına ilişkin hakları kısıtlanabilmektedir. Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde de henüz hakkında bir hüküm olmadan şüpheli/sanık, mağdur veya üçüncü şahısların vücut bütünlüğü ve özel hayatın dokunulmazlığı gibi hakları kısıtlanmaktadır.

Koruma tedbirlerinin bir diğer özelliği; vasıta (araç) oluşlarıdır. Muhakeme hukukunda bu tedbirler kendi başlarına bir amaç oluşturmazlar ve oluşturmamalıdır. Koruma tedbirleri aslen hüküm vermenin araçları olup, delillerin bulunması suretiyle muhakeme sonucunda doğru kararın verilmesine ve hükmün yerine getirilebilmesine imkan vermiş olur.⁹³⁴ Nasıl ki, tutuklamada amaç kişinin tutuklu bırakılarak hürriyetinin tahdit edilmesi değilse, vücudun muayenesi ve örnek almada da muayene ve örnek alma işlemleri tek başlarına bir amaç olmayıp, vücut üzerinden delil elde etme veya suçun sonuçlarını tespit amacına yönelik araçlar durumundadırlar. Koruma tedbirleri bazen doğrudan bir araç niteliğinde, bazen ise başka bir koruma tedbirine giden yolda (tutuklamada yakalama gibi) dolaylı araç durumunda olabilirler.⁹³⁵

Vasıta olma özellikleriyle benzer şekilde, koruma tedbirlerinin en önemli özelliklerinden biri de “geçici olmalarıdır”.⁹³⁶ Bu geçicilik bazen yasada zamanla sınırlanmış ve bitişi belirlenmiş şekilde açıkça belirtilmiş olabilir (gözetimdeki 24

⁹³² CİHAN-YENİSEY; a.g.e. sh. 163

⁹³³ ÖZBEK: “DNA Analizi”, sh. 8, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”. sh. 756, No 48.2

⁹³⁴ ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh. 8

⁹³⁵ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 756, No 48.2

⁹³⁶ CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”. sh.245

saatlik ve 4 günlük, tutukluluktaki altı ay ve iki senelik süreler vb. gibi), bazen ise tedbiri haklı gösteren sebebin kalkması halinde tedbir sona erebilir, tedbir haklı gösteren tehlikenin artması veya azalması ile (orantılılık ilkesiyle bağlantılı şekilde) daha ağır bir veya daha hafif bir koruma tedbirine dönüşebilir.⁹³⁷

Ayrıntıları anlatılacak olan sınıflandırmalara göre vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri; *“vücut değerine yönelen, delil güvencelemek amacıyla yapılan, kural olarak “hakim” gecikmede sakınca olan hallerde istisnaen “Cumhuriyet Savcısı” tarafından uygulanmasına karar verilen, sanığa-mağdura ve üçüncü kişilere uygulanabilen bir koruma tedbiridir”*.⁹³⁸

b. AMAÇ AÇISINDAN NİTELİK

İnsan vücudunda rasgele araştırma yapılamaz.⁹³⁹ Koruma tedbirleri amaç açısından; “sanığın muhakemede hazır bulunmasını güvencelemeye, delilleri korumaya ve hükmün yerine getirilmesini sağlamaya yönelik olanlar” şeklinde sınıflandırılmaktadır.⁹⁴⁰ Bu açıdan, vücudun muayenesi ve örnek alma koruma tedbiri, delili güvence altına alma amacına yönelik bir tedbir niteliğindedir.

Vücudun muayenesi veya vücuda müdahale dava için önem taşıyan durumun tespitine yönelik olmalıdır.⁹⁴¹ Sanık veya diğer kişilerin vücudunun muayenesi veya vücuduna müdahaleye; “ilgili dava için önemli olan gerçeklerin⁹⁴² tespiti⁹⁴³ şüpheli sanık, mağdur veya üçüncü şahıslar üzerinde yarattığı hasarın belirlenerek delillendirilmesi ve bu şahıslar üzerinde suçla ilgili suçu veya suçlunun kimliğini⁹⁴⁴ ispata yarayacak delillerin tespiti amacıyla” izin verilir. Aynı şekilde, soruşturma

⁹³⁷ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; "CMH. 14. Baskı" sh. 756, No 48.2, Mahmut KOCA: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı” <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, (çevrimiçi), 25.03.2005

⁹³⁸ CENTEL-ZAFER; “CMH 3. Baskı”, sh. 286

⁹³⁹ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 129, no. 81a, 15, d.42

⁹⁴⁰ CENTEL-ZAFER; "CMH. 3. Baskı" sh. 244

⁹⁴¹; BENFER; a.g.e., sh.204, no.31 (Düsseldorf StrVert 1989, 189)

⁹⁴² “Dava için önemli olan gerçeklere; özellikle işlenen suça kanıt teşkil eden – sadece dolaylı (dn 43) da olsa- sanığın suç ve olayla ilişkisini açıklamaya yardımcı olan veya suçu fark etmeye yardımcı olan durumlar dahildir.”: LÖWE/ROSENBERG; a.g.e., sh. 129, no. 81a, 17

⁹⁴³ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 129, no. 81a, 15

⁹⁴⁴ BENFER; a.g.e., sh.204, no.31 (BVerufGE 27, 211, 219)

için, şüphelinin yargılama ehliyetinin (yaş tespiti vb.) veya gözaltı veya tutukluluktaki sağlık durumunun tespiti amacıyla da muayene yapılması mümkündür.⁹⁴⁵

Delil tespiti amacının bulunmadığı hallerde, bu işlemlerin uygulanması da mümkün değildir.⁹⁴⁶ Alkollü araç kullanma suçundan dolayı yapılan bir muhakemede, suç tarihinden bir hafta 10 gün gibi uzunca bir süre geçtikten ve alkolün izleri vücuttan kaybolduktan sonra, delil bulma amacı iddiasıyla sanıktan kan alınması, hukuka uygun bir işlem olmayacaktır.

Ayrıca amaç; “muhakemenin konusu olan suça ve tahkikata ilişkin delilin bulunması” olmalıdır. Muhakemenin konusu dışında, kişinin suçla ilgili olmayan başka bir özelliğinin tespiti amacıyla yapılan muayeneler bu nitelikte sayılmaz ve yasaya aykırıdır. Şekli itibarıyla, muayene işlemiyle aynı olan gözaltında bulunan kişilerin muayenesi⁹⁴⁷ bu açıdan vücut muayenesi ve örnek alma işleminden farklılık göstermektedir.⁹⁴⁸ Bu tür muayenelerde amaç, delil bulma olmayıp, sadece gözaltındaki kişinin sağlık durumunun tespiti olması nedeniyle, adli muayeneden ayrılmaktadır. Aynı şekilde, başka bir amaçla vücuttan örnek alma halleri de (amaç yönünden farklı olması nedeniyle), amacı delil bulma olan vücut muayenesi ve örnek alma koruma tedbiri kapsamında değildir.

c. YÖNELDİKLERİ DEĞER AÇISINDAN NİTELİĞİ

Koruma tedbirleri kişinin özgürlüğüne, vücutsal bütünlüğüne, özel hayatına ve sırlarına⁹⁴⁹ veya malvarlığına yönelik olabilmektedir. Bazen bir koruma tedbirinde bu özelliklerin bir veya bir kaç, bazen ise tamamı bir arada bulunmaktadır. Niteliği itibarıyla vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri kişilerin vücut bütünlüğüne ve

⁹⁴⁵ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 129, no. 81a, 17, dn. 46,47

⁹⁴⁶ Ayşe NUHOĞLU; “Vücut Muayenesi”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

⁹⁴⁷ Fransız Ceza Kanununda 24 saatten fazla gözaltında kalma hallerinde rapor alınması gerektiği düzenlenmiştir. Bizde de genelge ve talimatlarla uzun süreli gözaltı hallerinde aralarda muayene ettirilme talimatı verilmektedir. (Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 17/11/1994 tarih 292838 Say535 Genelgesi), (Nihat DÜNDAR; “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin Ziyaret ve İncelemelerinde Tespit Edilen Hususlar”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 69, Haziran 1997, Sayı 415, sh.;62)

⁹⁴⁸ NUHOĞLU; a.g.s

⁹⁴⁹ YURTCAN; a.g.e., sh. 821

kişinin özel hayatının gizliliğine yönelik koruma tedbirleri niteliğindedirler. Bu nedenle AY. nın 17. maddesini ihlal eder niteliktedirler.

d. YÖNELDİĞİ KİŞİ YÖNÜNDEN

Koruma tedbirleri, muhakemenin amaçları ve gereklilikleri doğrultusunda şüpheli, sanık, mağdur veya suçla ilgisi olabilecek üçüncü kişilere karşı uygulanabilmektedir. Üçüncü kişiler çok farklı kişi ve kimlikte olabilirler. Uygulandıkları ülkenin hukukunda kabul edilen anlayış doğrultusunda üçüncü kişilerin sayısı ve çeşitleri azalıp çoğalabilmektedir.

Vücut muayenesi ve örnek alma koruma tedbirinin uygulanmasında yöneldiği kişinin niteliğine göre de farklılıklar bulunmaktadır. Keza, bazı hallerde muayene edilenin cinsi, akli durumu ve yaşı da farklılık yaratmaktadır. Bu tedbirin yöneldiği kişilere göre farklılıkları ilerki bölümlerde ayrı-ayrı incelenecektir.

B. HUKUKA UYGUNLUK

1-BASKIN HUKUKİ YARAR

Ceza muhakemesinin icrası sırasında iki menfaatin sürekli çatışma halinde olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki; “bireyin kişiliğinin korunması ve mümkün olduğu kadar etkili bir ceza muhakemesinin gerekleridir.” Ceza Muhakemesi Hukuku olaya “menfaat dengesi” açısından bakar. “Suçla mücadele” edilmesi gereklidir ve edilecektir.⁹⁵⁰ Diğer yandan, insan yaşamı üzerinde salt kendisinin değil ailesi ve toplumun da hakkı vardır. Tıp, insana karşın insanı korumalıdır.⁹⁵¹ Bu çatışma başlıca iki sonuç doğurmuştur. İlki, her ne pahasına olursa olsun ceza muhakemesinin yapılamayacağı, ikincisi ise bireylerin ceza muhakemesi işlemlerine katlanma mükellefiyetlerinin varlığıdır.⁹⁵²

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri, Ceza Muhakemesi Hukukunda çeşitli amaçlarla yapılabilmektedir. Bu amaçlar, işlenen suçta şüphelinin veya mağdurun tespiti, tarafların vücutları üzerlerindeki suçun oluşturduğu iz ve emarelerin tespiti, suçun tarafların vücutlarında oluşturduğu sonuçların tespiti şeklinde olabilir. Bütün bu nedenler, ceza muhakemesinin suçun ve maddi olgunun belirlenmesi şeklindeki nihai amacının görünen yüzleridir. İnsan hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılmasının iki nedeni kamu düzeni ve kamu yararadır. Kamu yararı temel hak ve özgürlüklere dolaylı sınırlandırma gerektirirken, kamu düzeni, doğrudan sınırlandırmaları öngörür. Bu işlemlerdeki baskın hukuki yarar; maddi gerçeğe varma çabasındaki ceza muhakemesinin, maddi gerçeğe varma yolunda sağlıklı ve rahat hareket edebilmesi, diğer bir deyişle ceza muhakemesinin kamusal gerekleri ve zorunluluklarıdır. Diğer bir deyişle; burada korunan hukuksal yarar kişinin veya toplumun sağlığından çok, ceza yargılamasının amacının

⁹⁵⁰ YCGK 28.12.1999 tarih, 8/305-326 K.; “Sanığın suçlu olup olmadığı, suçlu ise cezalandırılıp cezalandırılmayacağı , cezalandırılacaksa cezasının ne olacağını belirleme demek olan Ceza Yargılamasının amacı somut gerçeği ortaya çıkarmaktır. Yargılama makamlarının bu amaca ulaşmak için hukuka aykırı bulunmayan, gerçekçi, akılcı, olayı temsil edici, kanıtlamada önemi olan ortak tüm delilleri toplamaları, bunları değerlendirerek son karara varmaları gerekir.” Mater KABAN, , Halim; AŞANER Özcan GÜVEN; Gürsel YALVAÇ; “**Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları** (Eylül 1996- Temmuz 2001)” Ankara, Adalet Yayınevi, 2001,sh. 755–761

⁹⁵¹ Doğan SOYASLAN; Ankara Üniversitesi Adli Tıp AB. 14.11.2005 tarihli Seminer Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

⁹⁵² “Gerçeğin aranması ceza yargılaması alanında mutlak bir değer değildir. Ceza yargılamasında devlet ve toplum yasanın içinde, ahlaki ve hukuki değerler içindeki yerini ve sırasını almak zorundadır. Ceza yargılaması alanında “her şeye rağmen gerçeğin bulunması “ diye bir ilke kabul edilemez. YURTCAN; “CYH. 11.Bası”, sh. 252, dn. 6 (Kern-Roxin § 24 D.II 1 den naklen)

gerçekleşmesi, ceza adaletinin yerine getirilmesi amacıyla hukuka uygun yollarla elde edilen delillerle maddi gerçeğe ulaşılmasıdır.⁹⁵³

Yol üstü trafik kontrollerinde alkol testi ve kan tahlillerinde de toplumun tehlike suçlarına korunması amacı baskın hukuki menfaati oluşturmaktadır.

“*Her şeye rağmen maddi gerçeğe varma*” hedefi günümüz ceza muhakemesinde terkedilmiş durumdadır. Ceza muhakemesinin zorunlulukları karşısında artık temel insan hak ve özgürlükleri kavramı bulunmaktadır. Hukuka uygunluk, muhakeme gereği yapılması gereken işlem sonrası elde edilecek hukuki menfaat ile ihlal edilecek hakkın doğurduğu zarar arasındaki dengeye ve yararın verilecek zararı karşılayıp karşılamamasına göre de değerlendirilmektedir (orantılılık esası). Muhakeme makamlarının, muhakeme gereği olarak yapacağı işlemler temel hak ve özgürlüklerine aykırılık oluşturduğu takdirde, hukuka aykırı hale gelebilmektedir. Burada hangisinin baskın hukuki menfaat olduğu en çok tartışılan konulardan biridir.

Kişilik Hakkı; bir şahsın, kişi olma sıfatıyla sahip olduğu kişilik değerlerinin tümü üzerinde geçerli olan, kişiliğe bağlı ve mutlak nitelik taşıyan bir haktır. Ancak, bu hakkın konusunu, bu hakkın üzerinde geçerli olduğu değerlerin (kişilik değerlerinin) tümü oluşturur. Kişilik hakkının kapsamını oluşturan bu değerleri, hukuki korumanın konusuna göre, "fiziksel (maddi) kişilik değerleri (yaşama, vücut bütünlüğü, sağlık) , duygusal kişilik değerleri (ilişkilerine, evlilik ve ailesini sevmeye hakkına saygı duyulmasını isteme vs.) , "sosyal kişilik değerleri” (özel hayatına saygı duyulması hakkı)⁹⁵⁴, fikir ürünleri üzerindeki hak ile ekonomik hürriyet haklarını içeren kişinin toplum karşısında sahip olduğu değerler bütünü olmak üzere üç gruba ayırmak mümkündür.⁹⁵⁵

⁹⁵³ ERMAN; a.g.e., sh.. 177

⁹⁵⁴ “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin (AİÖK) 16-28 Ekim 1994 açıklamasında(sh.63); Doktor muayenesinin muayene edilen kişinin mahremiyetine uygun koşullarda ve kolluk kuvvetlerinin gözetimi dışında yapılması (her zaman kendi örf ve adet gelenek ahlak inançlarına göre mahremiyet vardır), kolluğun buna saygı göstermek zorunda olup, suç işleme ile mahremiyet karıştırılmaması gerektiğini belirtmektedir”. Nihat DÜNDAR; “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin Ziyaret ve İncelemelerinde Tespit Edilen Hususlar”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 69, Haziran 1997, Sayı 415, sh.57-112

⁹⁵⁵ AKINCI; a.g.s.

Vücut muayenesi ve örnek alma kişinin hem yaşam ve vücut bütünlüğüne saygı duyulması, hem de özel hayatın gizliliğine saygı duyulması haklarını ilgilendirmektedir. Yaşam, kişinin fiziksel değerlerinin hiç şüphesiz en önemlisidir. Her insan, yaşamını sürdürme konusunda üzerinde kendisinin de tasarruf edemeyeceği mutlak hak sahibidir. Vücut bütünlüğü de kişilik hakkının konusuna giren kişinin beden bütünlüğünün yanı sıra, ruh bütünlüğünü de kapsayan fiziksel kişilik değerleri arasındadır. Kişinin bedensel sağlığını bozucu ve tehlikeye düşürücü eylemler, kişilik hakkının ihlali sayılmakta ve hukuken onaylanmamaktadır.

Ceza muhakemesinin amacıyla ve kamusal alanda gerekliliğiyle bağlantılı hukuki menfaat, bir takım hak ihlali niteliği taşıyan işlemlerin hukuka uygunluk gerekçesini oluşturmaktadır. Asıl sorun; “buradaki sınırın belirlenmesindedir.”

2. DELİL YASAKLARI - HUKUKA AYKIRI DELİL VE DEĞERLENDİRİLMESİ

Ceza muhakemesinde gerçeğe varma ideali her şeye rağmen ulaşılmaması gereken bir amaç halinde değildir.⁹⁵⁶ Gerçeğe varma çabasında ceza muhakemesi işlemlerinin hukuka uygun yollardan yürütülmesi gerekli ve şarttır.⁹⁵⁷ Hükme varışta konu olarak fiil değerlendirilmekte ve buna göre hüküm verilmektedir.⁹⁵⁸ Konu insanın yaşam hakkının, vücut bütünlüğünün ve özel hayatın gizliliğinin ihlali olan vücut muayenesi ve örnek alma olduğunda,⁹⁵⁹ hukuka uygunluk özel önem arz etmektedir.⁹⁶⁰ Hukuka aykırı şekilde yapılan muayene bazı yazarlarca müessir fiil olarak kabul edilmektedir.⁹⁶¹ Bu müessir fiil şeklindeki objektif suç tipini ihlal eden hekimin bu faaliyeti, hastanın rızası ve hakkın icrası gibi hukuka uygunluk sebepleriyle hukuka uygun hale gelmektedir.⁹⁶² Aynı şekilde 5237 Sayılı TCK. md. 287 hukuka aykırı

⁹⁵⁶ TOSUN: a.g.e., sh. 807

⁹⁵⁷ “*Bir durumun dava açısından önem taşıması, ele alınan standardın uygulanabilirliği veya dolaylı olarak bu kapsamda alınan tespitlerin yasal sonuç elde etmeye uygunluğu ve esas teşkil etmesi olmalıdır.*(KMR 244, n. 112)” :BENFER; a.g.e., sh. 204, no. 32

⁹⁵⁸ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 72

⁹⁵⁹ Feridun YENİSEY: “Hukuka Aykırı Deliller”, **Polis Dergisi**, 1995 Yıl 1, Sayı 1. sh. 18

⁹⁶⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 125, no. 81c, 3

⁹⁶¹ ÜNVER ;“İzin Verilen Risk”, sh. 188, GÜRELLİ; a.g.e. Sn. 56, YENİSEY; “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, sh. 124, no.290

⁹⁶² ÜNVER; “İzin Verilen Risk”, sh. 188

şekilde yapılan bir kızlık muayenesi için cezai yaptırım öngörmektedir.^{963, 964} Hukuka uygunluk elde edilen delilin geçerliliğini de belirlemektedir. Delil geçmişe ya da bugüne ait olan fiili olaylar ve durumlar üzerine ikame edilir.⁹⁶⁵ Delilin hukuka aykırı olması, delilin reddedilerek hükme esas alınmaması sonucunu doğurur.⁹⁶⁶

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda “**vicdani delil sistemi**” geçerlidir.⁹⁶⁷ Kanuni delil sistemi, modern hukukta yerini vicdani delil anlayışına bırakmıştır.⁹⁶⁸ Bu sistem, hakimin tarafların delilleriyle bağlı olmaksızın (delillerin değerlendirilmesinin serbestliği), arada her hangi bir unsur olmadan (vasıtasızlık), tüm muhakeme aşamasında herkese açık şekilde (müştereklik), her şeyi delil olarak kabul etmek suretiyle (delillerin serbestliği ilkesi) karar vermesi sistemidir.⁹⁶⁹ Hakim delilleri serbestçe kabul ve değerlendirerek ve vicdani şekilde, mantık kurallarına da bağlı kalarak maddi gerçeği tayin ve hüküm vermeye (*constatation du fait*)⁹⁷⁰ çalışacaktır.⁹⁷¹ Ceza yargılamasında mahkumiyetten bahsedilebilmesi için kuşkunun bulunmaması gereklidir.⁹⁷²

Kural olarak, delillerin hukuka aykırılığının değerlendirmesi yetkisi hakimin olup, savcı ve kolluk da soruşturma aşamasında hukuka uygunluk denetimi yapmakta ve hukuka aykırı olduğunu düşündüğü delilleri soruşturmaya dahil etmemek (dosyaya koymamak) suretiyle takdir yetkisi kullanarak, başlangıçta bir eleme

⁹⁶³ “Mevcut düzenleme keyfiyete bağlı gelişen olumsuz durumları önleyecek olumlu ve önemli bir düzenlemedir” Nevzat ALKAN: “**5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi**”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005, sh. 161

⁹⁶⁴ ÖZBEK; “İzmir şerhi”, sh. 260,264

⁹⁶⁵ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 77

⁹⁶⁶ “Bu tedbire hukuka aykırı başvurulmuş olması halinde tedbir söz konusu hükümlerin kapsamı dışında kaldığı için CMK. m. 141 vd. da öngörülen hukuka aykırı koruma tedbiri nedeniyle tazminata ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün olmayıp, genel hükümler çerçevesinde tazminat talep edilmelidir.” ÖZBEK; “CMK. İzmir şerhi”, sh. 260,264, KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 77

⁹⁶⁷ AY. MADDE 138/1; “Hakimler vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler”

⁹⁶⁸ KUNTER: a.g.e. sh. 321. No. 41.1

⁹⁶⁹ KUNTER;YENİSEY;NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı” sh. 592,No. 41.3

⁹⁷⁰ KUNTER: a.g.e. sh. 321 No: 41.1

⁹⁷¹ Bilimsel alanda gelişmelerin çok hızlı sürmesi, özellikle ceza muhakemesi alanında delillerinden yola çıkılarak adli bilimler yöntemleriyle sonuca ulaşmanın pek çok yolunun keşfedilmesi ve bu yollarla elde edilen delillerin kesinliğinin bilimsel açıdan ispatlanması nedenleriyle, ceza muhakemesinde bilimsel delil aşamasına geçildiği, tam olarak geçilmese de bu yolun önemli bir kısmının aşıldığı görüşleri yoğunlaşmaktadır. (“Hata “0” a yaklaştığı için hakimin DNA raporunu reddetmesi zordur. Teknoloji geliştikçe bilimsel delillerin delil serbestisini ve vicdani delil sistemini zayıflatması kaçınılmazdır”. CENTEL-ZAFER; “Ceza Muhakemesi Hukuku- 1. Baskı”, sh. 171)

⁹⁷² YERLİ; a.g.e., sh.8

yapmaktadır. Muhakeme hukukunda **kanaat**; “*tüm delillerin tek-tek ve hep birlikte değerlendirilmesi sonucu, toplumca da kabul edilebilecek bir inancın*” diğer adıdır. Hakim kararını ancak huzuruna getirilen delillere dayandırabilir. Olayla ilgili şahsi bilgilerine dayanarak karar veremez. Ancak, sanık lehine delilleri muhakemenin her aşamasında re’sen araştırmak durumundadır. Bu sistemde, elde edilen her türlü delil ve soruşturmanın her süjesinin faaliyeti, hakimin vicdanında yapacağı “*hakikate varmak çabasındaki muhakemenin sağlıklı yapılabilmesine hizmet etmektedir*”. Hukuk muhakemesinde kabul edilen “**ispat külfeti**” ceza muhakemesinde kabul edilmemiş olup, her türlü delille ispat mümkün olduğu gibi, hiçbir delil hakimi bağlamamaktadır.⁹⁷³

İspatı yasak olan deliller (öğreti ve CMK. da); hakarete isnat edilen maddi vakıa ve sanığın önceki alışkanlıkları ve suçları, yasak ispat araçları ise yasada dolaylı veya doğrudan yasaklanmış deliller ile hukuk düzeniyle (suç muhakemesi ve ceza hukukuyla) bağdaşmayan deliller olarak tasnif edilmişlerdir⁹⁷⁴.

Muayene ve örnek alma işleminin hukuka uygun olmaması elde edilen delillerin değerlendirilmemesi , dikkate alınmaması (*Unverwertbar*) sonucunu doğurur⁹⁷⁵ ve muayene sonuçlarını sırası ile geçersiz kılar.⁹⁷⁶

Delil Yasakları (Beweisverbote); hukuk devleti esaslarına uygun bir ceza muhakemesinde delil elde edilmesi ve değerlendirilmesi işlemlerine getirilen sınırlamalardır.⁹⁷⁷ Bu konu hukukun en çok tartışılan konularından birini oluşturmaktadır. Delil yasaklarının görevleri insan haklarıyla temel hürriyetleri korumaktır.⁹⁷⁸ Kolluğun yetkisinin sınırı delil yasaklarını oluşturur.⁹⁷⁹ Delil (ispat) yasakları, delil elde etme yasakları ve delili değerlendirme yasakları (haklar çevresi teorisi (*Rechtkreis*)) olarak ikiye ayrılmaktadır.^{980 , 981}

⁹⁷³ CENTEL-ZAFER; “CMH 1. Baskı”, sh. 170

⁹⁷⁴ TOSUN; a.g.e., sh. 723

⁹⁷⁵ JOECKS; a.g.e., sh. 149, no. 19, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 32,

⁹⁷⁶ GOSSNER-MEYER sh.260 81a No. 32; (BGH24, 125,128; Oldenburg NjW 55, 683; ANM 500; Regal ZStW 91,37), WILHELM; a.g.e., sh.8

⁹⁷⁷ TOSUN; a.g.e., sh. 809, Bahri ÖZTÜRK; “**Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**”, Ankara–1995, Sahife, 385, KOCA: a.g.e., sh.9

⁹⁷⁸ Yasak deliller Anglo-Amerikan hukukta “*yasak ağacın meyveleri*” olarak adlandırılmaktadır. (YN)

⁹⁷⁹ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; a.g.e., sh. 1029, No:64/1

⁹⁸⁰ YURTCAN: “Ceza Yargılaması 11. Baskı”, sh. 251

⁹⁸¹ KOC; a.g.e., sh.9

Hukuka aykırı deliller ise; hukuk devleti delillerle ilgili bir ceza yargılaması normuna ve eğer bu şekilde özel bir norm yoksa ceza yargılaması hukuk dışında kalan diğer bir norma ihlalin önem ve derecesi ne olursa olsun aykırı davranılmak ya da bu normların kapsam ve/veya amaçlarının dışına çıkılmak suretiyle elde edilen deliller ile bu delillere dayanarak elde edilen deliller olarak tanımlanmaktadır.⁹⁸²

Hukuka aykırı deliller bir görüşe göre kovuşturma organları tarafından yapılan işleme ve bu işlemin kanunla düzenlenmesi ile korunmak istenen hukuki menfaate göre tasnif edilirler.⁹⁸³ Burada hem delil yasakları, hem de korunan hukuki menfaat birlikte değerlendirilmelidir.

Hukuka aykırılığın muayene sonuçlarının tamamen geçersiz sayılıp-sayılmamasına ilişkin karar, hukuka aykırı elde edilen delilin ispat gücüyle ilgili hangi teorinin kabul edildiğine göre değişmektedir. Delil yasaklarıyla ilgili olarak Ceza Muhakemesi Hukukunda; hukuka aykırı delili geçerli sayan “*delil delildir*” düşüncesindeki “**kesin kabul**”⁹⁸⁴ anlayışı,⁹⁸⁵ tümüyle reddeden ve hiçbir şekilde hukuka aykırı delilin hükme esas alınamayacağını (*zehirli ağacın meyvesi de zehirlidir*) savunan “**kesin retçi**” anlayış ve ihlal edilen menfaatin ağırlığını da gözeterek ispat için gerekli olduğu takdirde, hukuka aykırı elde edilmiş delilin de kullanılabilceğini kabul eden “**esnek anlayış**” şeklinde üç ana yaklaşım vardır.⁹⁸⁶ ,⁹⁸⁷

5271 Sayılı CMK.; delil elde etme yöntemlerini gösterdiği⁹⁸⁸ 206/(2)-a madde ve fıkrasında “*kanuna aykırı elde edilmiş delilin duruşmada ortaya*

⁹⁸² Ersan ŞEN; “Hukuka Aykırı Deliller”, İstanbul-1998, sh. 1

⁹⁸³ YENİSEY; “CMH. ‘da Kanda ve Nefeste Alkol, sh. 5

⁹⁸⁴ “Eğer delil yargılanan uyumsuzlukla ilgili ve olayı açıklamakta faydalı ise bu delilin nasıl elde edildiğini araştırma gereği olmaksızın hükme esas alınmasıdır” Vahit BIÇAK: “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akibeti- Katı Ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi” (çevrimiçi), <http://www.bilkent.edu.tr/~ahit/ar5/tm>, 23.04.2005, Vahit BIÇAK: “İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye”, (çevrimiçi), <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar6.htm> 24.05.2005

⁹⁸⁵ “**Male coptum, bene retentum**” ; “*delil kötü olarak alınmışsa da iyi alınmış gibi kullanılır, memur cezalandırılır delil kullanılır*” TOSUN: a.g.e., sh. 809, YERLİ: a.g.e., sh. 12

⁹⁸⁶ YURTCAN; a.g.e. sh. 357, Murat AKINCI; “Hukuka Aykırı Elde Edilen Delil”, 27.01.2006 tarihli Hukuka Aykırı Deliller Semineri Sunumu, www.inisiyatif.net/document/30.asp (çevrimiçi), 03.02.2006

⁹⁸⁷ *Kesin red yaklaşımı suçlarla mücadele düşüncesiyle çelişirken, kesin kabul yaklaşımı ceza muhakemesinin moral yönünü ihmal ederek suçla mücadeleye vurgu yapmaktadır. Bu katı yaklaşımların herhangi birinin benimsemesi problemlere yol açabilecek niteliktedir.* somut olayın özelliklerini dikkate alan esnek yaklaşım, kesin red ve kesin kabul yaklaşımlarına tercih edilmelidir; BIÇAK; “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akibeti”

⁹⁸⁸ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 1030, No:64/1

konulamayacağını”, 217/(2) madde ve fıkrası ise “*yüklenen suçun ancak hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebileceğini*” düzenlemektedir. Vücut muayenesi ve örnek alma sırasında elde edilen delillerin muhakemede ispat değerinin olması için; hukuka uygun şekilde yapılmaları gereklidir.⁹⁸⁹

Muayene veya müdahale için kesin talimat verilmemesi, izinsiz yapılması gibi hukuka aykırı hallerde bu tür yasaklar ortaya çıkar⁹⁹⁰ ve bu deliller kullanılamaz.⁹⁹¹ Sanığın vücut muayenesinde, aleyhine delil vermeye zorlanmama ve susma haklarının ihlâlinin söz konusu olduğu ileri sürülebilir. Ancak, susma hakkında beyana zorlama varsa da muayene de bu yoktur. Ayrıca aktif katılım olmadığından aleyhe delil verme de söz konusu olmayacaktır.⁹⁹²

Vücut muayenesi ve örnek alma konusunda hukuka aykırılıkla ilgili olarak, AİHM çeşitli kararlarında konuyla ilgili birtakım kriterler koymuştur.⁹⁹³ Bunlardan en önemlisi adli tıp raporlarının yetersiz ve nitelikli olmayan elemanlarca yapılması halidir. AİHM, AİHS’in 3, 5 ve 8. maddeleriyle de ilgili olarak, Aksoy/Türkiye (18.12.1996) ve Aydın/Türkiye (57.1996.676.866- 25 Eylül 1997)⁹⁹⁴, Y.F./Türkiye⁹⁹⁵ davalarında; “*başvuranın iddialarına raporda ayrıntılı yer verilmemesini, raporun açık şekilde kolluğa teslim edilmesini ve deneyimsiz hekimlerce muayene yapılmasını, vücuttaki izlerin fotoğraflarının çekilmemesi ve analizlerin yapılmamasını*” hukuka aykırılık olarak saymıştır. Batı ve Diğerleri/ Türkiye⁹⁹⁶ davasında bu konularda çeşitli hukuka aykırılık kriterleri, Tomasi/Fransa davasında ise; “*soruşturmanın gereklerinin ve terörizmle mücadelede mündemiç inkar edilemez güçlüklerin, bireylerin vücut bütünlüğünü korumaya yönelik kurallara sınırlama getiremeyeceğini*”⁹⁹⁷ belirtilmektedir. Aynı şekilde “Avrupa Konseyi İşkence ve

⁹⁸⁹ BENFER; a.g.e., sh.263, no. 477

⁹⁹⁰ VOLK; “Studium Jura”, sh.54 no.: 24

⁹⁹¹ KÜHNE; a.g.e., sh. 451 No. 883

⁹⁹² NUHOĞLU; a.g.s.

⁹⁹³ KESKİN, Serap: “AİHM’de Hukuka Aykırı Deliller ve AİHM Schenk Örneği”, “18–20.Ekim.2002 18. Hukuk İhtisas Semineri, Özel Hayatın Korunması”, Polis Akademisi Yayınları, Yayın No; 7, sh.107 vd

⁹⁹⁴ Aisling REIDY; “**İşkencenin Yasaklanması - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No;6**”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, Temmuz 2003, sh. 41

⁹⁹⁵ Y.F./TÜRKİYE DAVASI(24209/94); Dış İşleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genel Müdürlüğü Çevirisiyle (Yayınlanmamıştır)

⁹⁹⁶ Başvuru no:33097/96 ve 57834/00

⁹⁹⁷ Donna GOMİEN; David HARRİS; “Avrupa insan hakları sözleşmesi'nde işkence yasağı”, İşkencenin Doğru Ve Etkin Belgeleneşmesi İçin Rehber, www.ihd.org.tr

İnsanlık Dışı Küçük Düşürücü Muamele veya Cezaların Önlenmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” Uyarınca 1994 yılında kurulan Avrupa İşkencenin Ve “İnsanlıkdışı Veya Onur kırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (CPT)” nin 1996 tarihli Türkiye Raporunda⁹⁹⁸; “adli tıp uzmanları ve geniş yetkilerle donatılmış bir kurulun bulunmasının işkence ve insanlık dışı muameleleri önleyebileceği, hukuka aykırı muayeneleri engelleyeceği” belirtilmektedir.⁹⁹⁹ Aynı öneriler, AB Komisyonunun 2003¹⁰⁰⁰ ve 2004¹⁰⁰¹ yıllarındaki “Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi- İstisari Ziyaret Raporlarında da yer almaktadır.¹⁰⁰²

Alman hukukunda, konuyla ilgili hukuka aykırılık halleri ve delil yasakları olarak; karar eksikliği,¹⁰⁰³ orantılılık ilkesinin dikkate alınmaması,¹⁰⁰⁴ sanığın bilgilendirilmemesi,¹⁰⁰⁵ sanığın daha önce tanık olarak bilgilendirme yapılmadan

⁹⁹⁸ “AVRUPA İŞKENCENİN VE İNSANLIK DIŞI VEYA ONUR KIRICI CEZA VEYA MUAMELENİN ÖNLENMESİ KOMİTESİ (CPT) STANDARTLARI; “CPT Genel Raporlarının Temel Bölümleri, (çevrimiçi) <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.doc>, 22.06.2005

⁹⁹⁹ REIDY; a.g.e., sh. 44

¹⁰⁰⁰ Kjell; BJORNBERG; Paul RICHMOND: “Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi-İstisari Ziyaret Raporu; 28.Eylül.2003-10.Ekim.2003”,Avrupa Birliği Komisyonu/Brüksel Ayrıca (çevrimiçi), www.abgm.adalet.gov.tr, 15.06.2005

¹⁰⁰¹ Kjell; BJORNBERG; Paul RICHMOND: “Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi-İstisari Ziyaret Raporu; 11/19.Temmuz.2004”, Avrupa Birliği Komisyonu/Brüksel, Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını, 2005- Ankara, ayrıca (çevrimiçi), www.abgm.adalet.gov.tr , 15.06.2005

¹⁰⁰² “Bu muayeneler bir uzman hekimce , polis memurları hazır bulunmadan yapılmalı ve muayene raporunda hem tespit edilen yaralar ayrıntılı olarak tanımlanmalı, hem de bunların nasıl oluştuğu konusunda hastanın ifadesi ve bu ifadenin bulgularla tutarlı olup-olmadığına dair hekimin görüşü belirtilmelidir.” REIDY; a.g.e., sh. 67

¹⁰⁰³ “Eğer bedensel müdahale karar alınmadan ve rızası dışında yapılmış ise (Bay DAR 66, 261 [R]) veya muayene sonuçlarını elde etmek için (BGH 24,125,131) örneğin polisin alınan kanın hekim tarafından alındığını yalan yere belirtmesi gibi, hak esaslarına ve davanın gidişine aykırı durumlarda (Hamm NjW 65,1089; ANM,502, Kohlhaas JR 66,187) veya izin verilen amaçtan farklı bir biçimde kullanılmış ise (Bay BA 71,67) elde edilen bulgu değerlendirmeye alınmaz. Ancak eğer §81a kapsamında bir karar ile elde edilebilecek başka amaçla alınan kan örneğinin kullanılması ve emniyetçe alınmasına izin verilir: (Celle NStZ89,385= OLGSt No 3, Wendisch kabulü ile, Frankfurt NStZ –RR 99,246, Zweibrücken NjW 94,810Weiler kabulü ile NStZ 95,98,sk- Rogall 95;aM Hauf NStZ,93,64, Mayer JZ 89,908; Weiler MDR 94,1163; Wohlens NStZ 90,245, farklılaştırarak Beulke ZStW 103,675 ff,Schröder [Einl. 57 aE] ile karşılaştınız ; §97 ,6’ya ilave) § 136a uygulama alanı bulmaz. (BGH 24, 125,129; Eisenberg BR 1655;ANM 502 Fn 538 de mwN).-GOSSNER-MEYER sh.260 81a No. 32 (KK-Senge 14), “.....polis tarafından kan alımı, savcı yardımcısı veya hekim olmayan taraftan talep edilen kan alımları aykırılık oluşturabilmiştir. (Bu konudaki diğer örnekler için bkz. Dahs 81a n.74 ff.) Bu gibi durumlarda kanıt değerlendirme yasağı reddedilmelidir. (BGHSt 24, 125, 128; FahL; JuS 2001, 53, ; a. A örn; Eb. Schmidt MDR 1970, 461, 464) Bunun için ana neden 81a nın sadece sağlık açısından koruma getirmek istemesidir.” BEULKE; a.g.e., sh. 263 No 477

¹⁰⁰⁴ GOSSNER-MEYER sh.260 81a No. 32 (LR- Krause 94; ANM 500, Kleinknecht NjW 64,2186 aM KMR-Paulus 61, Dencker 27,93)

¹⁰⁰⁵ KÜHNE; a.g.e., sh. 465, no.909.1 : (136, 243 IV 1 (Dn 84= Literatüre dayanarak 243 IV 1 de bunun onayladıktan sonra BHG St 25, 325. BGHSt 31, 395 md. 136 ile reddetmesi sonucu BHG NStZ 1992, 294 dün 243 IV 1 ve 136 nın eşdeğer bir uygulamaya konulması sağlanmıştır.), GOSSNER-MEYER sh.260 81a No. 32 (Bay DAR 66,262[R]; Hamm NjW 67,1524; KK – Senge 14; ANM 491; aM KMR- Paulus 62; Rogall 229)

StPO § 55 II ye göre verdiği ifadenin değerlendirilmesi,¹⁰⁰⁶ tanıklıktan çekinme hakkı konusunda bilgilendirmeye, bilgi vermesine, muayene veya kan alımına rıza göstermesine aykırılık, soruşturmanın nedensiz gecikmesine sebebiyet, ilgilinin yasal hakkı konusunda bilgilendirilmiş olmasına aykırılık,¹⁰⁰⁷ hekim olmayan tarafından işlem yapılması,¹⁰⁰⁸ bir hekim talimatlara uyarak hazır bulunmuş olmasına rağmen 81a, 81c' ye aykırı olarak bedensel muayenenin veya kan alımının hekim tarafından yapılmamış olması¹⁰⁰⁹ halleri sayılmaktadır.

Aynı şekilde delil elde etme yasaklarının soruşturma makamlarının işlemlerine karşı söz konusu olduğu, özel şahıslarca hukuka aykırı şekilde de olsa elde edilip dosyaya konulan delillerin geçerli sayılmaması gerektiği iddia edilmektedir.¹⁰¹⁰ Ayrıca, yapılan muayenenin yasada belirtilen şartları taşıdığı ve tekrarlanabilir durumda olması (tekrarlanabilirlik prensibi (*Prinzip der Wiederholbarkeit*)) hallerinde sonuçların geçerli sayılması gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰¹¹ Öğretide, koğuşturma makamlarına yasak olanın özel kişilere de yasak olacağına kabul edilemeyeceği, zira kamu hukukunda idare açısından yetkinin istisna, yetkisizliğin kural olduğu, vatandaşlar içinse yasaklanmayanın serbest olduğunu kabul etmek gerektiği bazı yazarlarca savunulmaktadır.¹⁰¹² Karşı görüşte olanlar ise, özel kişilerce hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılamayacağını, suç kovuşturmanın kamusal bir iş olup, bireysel iddianın kural olarak ancak kamusal iddianın yanında olabileceği ve onun sahip olmadığına da sahip olamayacağı, aksi gerekçenin “**yasayı dolanmak**” olduğu iddia edilmektedir.¹⁰¹³ Bu görüşü savunanlara göre; eylemin suç oluşturması zorunlu olmayıp, bireyin temel hak ve

¹⁰⁰⁶ “...münferit durumların kontrolünde *fair play* ilkesi dikkate alınır.” KÜHNE; a.g.e., sh. 465, no.909.1

¹⁰⁰⁷ KÜHNE; a.g.e., sh. 465, no.909.1

¹⁰⁰⁸ GOSSNER-MEYER sh.260 81a No. 32 (BGH 24, 125, SK- Rogal 89,90; Fezer 6/11 ve JuS 78, 612 Müssig GA 99,132; hM), WILHELM hekim tarafından muayene edilmemeyi formal yetki eksikliği olarak kabul etmektedir. ; WILHELM; a.g.e., sh.5

¹⁰⁰⁹ “.....81d de bir kadın için hekim olması gerekmeyen aynı cinsten bir kişi olması yeterlidir. (Hekim olması şart değildir.”: KÜHNE; a.g.e., sh. 466, no.909.2

¹⁰¹⁰ “İnsanlık onuruna aykırılık oluşturacak şekilde olmamak kaydıyla, şahıslardan çalıntı yoluyla veya StPO §136 da belirtilen yöntemlerle elde edilen delil kullanılabilir” BEULKE; a.g.e., sh. 264, no. 478, (KK Senge 48, no. 52, Rogall ZStW 91 [19b79], 1, 41 f)

¹⁰¹¹ JOECKS; a.g.e., sh. 149, no. 19, “*Bunun istisnası insan hak ve özgürlüklerinin açıkça ihlal edilmesi halidir.*” YURTCAN; “CMK. 11. Baskı”, sh. 257, dn. 29 (Kern-Roksin § 24, V)

¹⁰¹² Bkz.; KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 183 (YENİSEY 1238, ÖZTÜRK, 113’ den naklen)

¹⁰¹³ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 183, (aynı görüş için KESKİN; sh.183, dn.605 de; Zeki HAFIZOĞULLARI; “CMUK’ta yapılan Değişiklik Üzerine”, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1-4, Sh.44)

özgürlüklerini kullanırken yasak değil diye başkalarının temel hak ve özgürlüklerini çiğneyebilme hakları yoktur.¹⁰¹⁴ Biz de; aynı gerekçelerle, özel kişilerce hukuka aykırı şekilde elde edilen delillerin muhakemede kullanılmaması gerektiği kanaatindeyiz. Zira; devlete yasak olan hukuka aykırılığın vatandaş için serbest olduğu kabul edilemez. Önemli olan delilin tespitinde katedilen yolların hukuka uygun olmasıdır.

Gecikmenin yanlış anlaşılması¹⁰¹⁵ ve orantılılık ilkesinin dikkate alınmaması hallerinde, 81a ya aykırılığın muayene sonuçlarını esasen geçersiz kılmayacağı kabul edilmekte ve bir hekim yerine tıp öğrencisinin tıp numunesi alması hallerinde, bunun değerlendirilebilirlik durumuna herhangi bir etkisinin olmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁰¹⁶ Muayene ve kan alma işleminin, yetkisiz kişiler talimatıyla ve usule uygun olmayan şekilde yapılması halinde, bu delillerin hukuka aykırı delil kapsamında değerlendirilemeyeceklerini, usule aykırılığı yapanların bunu bilerek yapmış olmaları halinde, örneğin; (temizlikçi doktor olduğunu söyleyerek kandırılmışsa), bu eylemlerin cezalandırılması gerekli olduğunu, bu delilleri değerlendirme dışı bırakmanın aykırılığı ortadan kaldıramayacağını, sanığın muhakeme yöntemine ilişkin bir hakkını korumayan hükümlere aykırılığın ise hukuka aykırı delil sayılmayı gerektirmeyeceği belirtilmektedirler.¹⁰¹⁷ Kan alımını veya muayeneyi talep eden kişinin, § 81a' ya bilerek aykırı davranması durumunda, bu işlemin (StPO § 20 III GG den kaynaklanan) hukukun temel ilkelerine ve "fair trial'e aykırılık oluşturacağı, bu şekilde kazanılan kanıtların değerlendirmeye alınmaması gerektiği belirtilmiştir.¹⁰¹⁸

ABD.'de 1975 yılında yürürlüğe giren "Federal Delil Yasası" delillerin bilimsel olup-olmadıkları konusunda hukukçulara yardımcı olmakta ve bilimsel delilin ölçütlerini ortaya koymaktadır.¹⁰¹⁹

¹⁰¹⁴ KESKİN; "Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık", sh. 184

¹⁰¹⁵ JOECKS: a.g.e., sh. 149, no. 19 (OLG Karlsruhe Justiz 2004, 493, 494)

¹⁰¹⁶ JOECKS: a.g.e., sh. 149, no. 19 (Pfeifer 81a no.9)

¹⁰¹⁷ CENTEL-ZAFER; "Ceza Muhakemesi 1. Baskı" sh. 559

¹⁰¹⁸ BENFER; a.g.e., sh.263, no.477 (BGHSt 24, 125, 131, Ayrıntılar SK Rogall 81a n.83)

¹⁰¹⁹ YERLİ:a.g.e., sh.121

3. HUKUKA UYGUNLUK HALLERİ;

Tıbbi amaçlı müdahaleleri de kapsayan özel hukukta MK. md. 24/II'de, kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tecavüze rıza göstermesi,¹⁰²⁰ üstün nitelikte özel veya kamu yararı ile kanunun verdiği bir yetki hukuka uygunluk sebebi olarak gösterilmekte ve hukuka uygunluk nedenleri; kamu yetkisinin kullanılması (üstün kamu yararı) (MK. md. 24/II), özel hukuktan doğan bir hakkın kullanılması (MK. md. 24/II), mağdurun rızası (MK. md. 24/II), vekaletsiz iş görme (BK. md. 411), meşru savunma (BK. md. 52/I), zaruret hali (BK. md. 52/II), kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (BK. md. 52/III) halleri olarak sayılmaktadır¹⁰²¹

Ceza Muhakemesi Hukuku açısından, vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde hukuka uygunluk yaratan halleri; “yasanın açık hükmü ve ceza muhakemesinin zorunlulukları, rıza, muayene edilenin yaşamı için zorunluluk bulunması” halleri olarak saymamız mümkündür.¹⁰²²

a) YASANIN AÇIK HÜKMÜ VE CEZA MUHAKEMESİNİN ZORUNLULUKLARI

Toplum içinde yaşamakta olan bireylerin, toplumun örgütlenmiş gücü olan devlet yapılanması ve bunun hukuk alanındaki uzantıları adli mercilerce kendilerine ve topluma karşı işlenen suçlara karşı korunmaları gereklidir. Devlet bunu aynı zamanda taahhüt de etmektedir. Bu amaçla suçların aydınlatılması ve suç işleyenlerin cezalandırılması amacıyla hareket eden ceza muhakemesinin unsurlarının bu görevleri nedeniyle zorunlu olarak kullanmak zorunda oldukları yetkileri olacaktır. Sınırları belirlenmek ve orantılı olmak kaydıyla ceza muhakemesinin gerektirdiği hallerde yasada belirlenen zorunlu hallerde ve sağlıklarını tehlikeye sokmadığı hallerde kişiler üzerinde özel hayatlarının gizliliğine ve vücut bütünlüklerine saldırı niteliğindeki vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin yapılması hukuka uygun sayılmaktadır. Ceza Muhakemesi Hukukunda, maddi gerçeğe ulaşma amaçlı delil

¹⁰²⁰ “Erman, müdahalede hukuka uygunluğu sağlayan asıl unsurun; mağdurun rızası olduğunu diğer birçok koşulun da birlikte aranması gerekeceğini belirtmektedir”.ERMAN;a.g.e., sh.;77

¹⁰²¹ Mustafa ÇEKER:“Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”,(çevrimiçi) www.adalet. org/bekran.php?idno=165&id=413(makaleler-CMK), 26.06.2005

¹⁰²² Tıbbi nitelikli hekim muayeneleri ve müdahalelerinde hukuka uygunluk halleri konusunda tartışmalı geniş bilgi için Bkz. ÜNVER; “İzin Verilen Risk”, sh. 188-198

ikamesi çerçevesinin, sadece soruşturma organlarının istek ve yönlendirmesiyle bağlı kalmaması gereklidir.¹⁰²³

AIHM Saunders/İngiltere(Birleşik Krallık)¹⁰²⁴ ve John Murray/İngiltere¹⁰²⁵ davalarında ceza muhakemesinin gerektirdiği hallerde mutlak görülen hakların kısıtlanabileceğini (örneğin sessiz kalma hakkının mutlak bir hak olmadığını), “bu hak ceza yargılamalarında sanıktan cebren elde edilmiş olabilecek malzemenin kullanılmasını kapsamamakla beraber, şüphelinin isteğinden bağımsız olarak mevcudiyeti bulunan, arama emri sonucunda ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılmasının mümkün”¹⁰²⁶ olduğunu belirtmiştir.

Ceza muhakemesinde **Fair Trial** (Dürüst Yargılama) İlkesi¹⁰²⁷ çerçevesinde; ölçülü itidalli dürüst, silahların eşitliğine ve iyi niyete dayanarak yapılan işlemlerin hukuka uygun sayılması gereklidir.

Ceza muhakemesinin gereklerinin nereye kadar zorlamaya izin vereceği ve hakların ihlalinin sınırlarının ne olduğu tartışmalıdır. Bu sınırlarla ilgili olarak, her bölümde sırası geldikçe, hukuka aykırılık tartışması anlatımımız yapılacaktır. Burada kısaca; “*yasada düzenlenmiş olmak kaydıyla ve münhasıran bu hallerde, ceza muhakemesinin gerek ve zorunluluklarının vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde hukuka uygunluk hali oluşturduğunu*” söylememiz mümkündür.

¹⁰²³ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 82

¹⁰²⁴ MOLE; HARBY; a.g.e., sh. 39,İsmail MALKOÇ; Mert YÜKSEKTEPE; “**Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**”, Malkoç Kitabevi, 2005, Sh. 222

¹⁰²⁵ John Murray/Birleşik Krallık, 8 Şubat 1996.

¹⁰²⁶ Saunders/ Birleşik Krallık, 17 Aralık 1996, 68-69. paragraflar.

¹⁰²⁷ T.Tufan YÜCE: “Sanığın Savunması Ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma**, Yıl 1988, Sayı 1, sh.; 163

b) RIZA

(1) RIZA KAVRAMI

Rıza; İstek, onam, razı olma, isteme, onama¹⁰²⁸ anlamını taşımaktadır.¹⁰²⁹ Rıza vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde doğrudan hukuka uygunluk sebebi yaratmaktadır.¹⁰³⁰ Sanık veya şüphelinin rızası pek çok durumda aranmamakta ise de özellikle mağdur ve tanıklarla tanıklıktan çekinme hakkı olanların¹⁰³¹ rızaları konusu özel önem arz etmektedir.¹⁰³² CMK. nun 76. maddesinin ikinci fıkrası; “mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığı” hükmünü getirmektedir. Sanığın rızasının bulunması hali (kanaatimizce kanunkoyucu sanığın muayene katlanma zorunluluğu bulunduğu düşüncesinde olduğundan) CMK. da düzenlenmemiştir.

Tıbbi amaçlı muayenelerde¹⁰³³ (tedavi edilenin yaşamsal tehlikesinin bulunduğu acil konular hariç¹⁰³⁴) rıza tıbbi müdahalenin ön şartı¹⁰³⁵ durumundadır.^{1036,1037} Her türlü tıbbi müdahalede rızanın bulunması gerektiği de ileri sürülmektedir.¹⁰³⁸ Hukuksal ve etik açısından artık hastanın karar verme

¹⁰²⁸ Ejder Yılmaz; Hukuk Sözlüğü, 3. Bası Ankara–1985, Sh. 608

¹⁰²⁹ “Rıza bir hukuka uygunluk sebebidir.Ancak başka faktörlerde göz önüne alınmalıdır. Sihirli bir formül değildir ve her zaman eylemi hukuka uygun hale getirmez.” Yener ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁰³⁰ WILHELM; a.g.e., Sh.5, “Hukuki anlamda rıza; Tartışmasız olarak kendi geleceğini belirleyebilme temeline dayanmaktadır.”, ÜNVER; “İzin Verilen Risk”, sh. 188, ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., sh. 195, “Mahremiyet hakkı, olguların birey tarafından ya da onun rızasıyla yayınlanmasıyla ortadan kalkar” ;WARREN;BRANDEİS; a.g.e., sh.37

¹⁰³¹ “Serbestçe tasarruf edilebilen kişisel menfaatler söz konusu olduğunda rıza hukuken önem kazanmaktadır. (İnsana Saygı)”; ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., sh. 193

¹⁰³² BENFER; a.g.e, sh.208, no.41, Tıbbi amaçlı müdahalelerde rıza konusunda Almanya, Fransa, Amerika Birleşik Devletleri, İtalya ve Türkiye uygulamaları ve ayrıntılı bilgi için Bkz; Yahya DERYAL; “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk şartı olarak Hastanın Rızası”, <http://www.saglik.gov.tr/extras/hastahaklari/riza2.htm>. (çevrimiçi), 15.03.2006,

¹⁰³³ Tıbbi amaçlı muayene ve müdahalelerde rızanın hukuka uygunluk sebebi olması konusunda Bkz.; ÜNVER; “İzin Verilen Risk”, sh.188,189

¹⁰³⁴ Hasta Hakları Yön. 24/2, Tıbbin zorunlu hallerde mahkeme kararı alınması hk.; Tıbbi Deon. Tüz. Md. 2, Has. Hak. Yön. Md. 24/1

¹⁰³⁵ 1219 Sy. 70. md.; Müdahale öncesi hastanın rızası alınmalıdır. Tıbbi Deon. Tüz. 14/2; Hastanın maneviyatı üzerinde tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi gereklidir.”

¹⁰³⁶ DERYAL; a.g.e., “Rızayı ortaya koyacak kişi “hastadır”. Rıza hekimin hareketlerinin sınırını da çizer”. BAYRAKTAR; a.g.e., sh. 123, ÇAKMUT(YENERER), a.g.e., sh. 193

¹⁰³⁷ “Eğer hekim müdahalede bir yarar görmüyorsa rıza bulunsun bile bunu yapmaya zorlanamaz.” ; BAYRAKTAR; a.g.e., sh. 135

¹⁰³⁸ DERYAL; a.g.e.

mekanizması gelişmektedir.¹⁰³⁹ Rızanın nereye kadar özerklik kapsamında olduğu tartışılmakta, özerklik kavramı vücudun dokunulmazlığı kapsamında ele alınmaktadır.¹⁰⁴⁰

Medeni Usul Hukukunda MK. Md. 284/Bent 2 ya göre; taraflar ve üçüncü kişiler soy bağıının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları açısından tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdür. Davalı, hakimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermese hakim durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu onun aleyhine doğmuş sayabilir¹⁰⁴¹.

Rızanın geçerli olması için; rıza beyanında bulunanın temyiz kudretine sahip olması (rızaya ehliyeti ve irade sakatlığının bulunmaması),¹⁰⁴² rızanın hukuka ve ahlaka uygun (MK. 23/2) olması,¹⁰⁴³ rıza açıklamasının sahih ve hukuka uygun olması, rıza öncesinde muayene edilecek veya örnek alınacak kişinin aydınlatılmış olması gereklidir.¹⁰⁴⁴ Aydınlatma, işlemden önce, muhatabının anlayabileceği şekilde açık ve ayrıntılı olmalıdır. Aydınlatma ve rızanın alımı sırasında hileli yollara başvurulmamalı,¹⁰⁴⁵ rıza alınacak kişi kandırılmamalıdır.¹⁰⁴⁶

Rıza sözlü veya davranışla olabilir,¹⁰⁴⁷ Tıbbi müdahale öncesi rızanın yazılı alınması gerektiği önerilmektedir.¹⁰⁴⁸

Muayene ve müdahaleye rıza konuları birbirinden ayrı niteliktedir. Her işlem için ayrı rıza almak gereklidir.¹⁰⁴⁹ Rızanın her an geri alınması mümkündür.¹⁰⁵⁰

¹⁰³⁹ TAG; a.g.s.

¹⁰⁴⁰ TAG; a.g.s.

¹⁰⁴¹ Ali Cem BUDAK; "HUMK" da Tıbbi Deliller", 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, "Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular", 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁰⁴² "Ceza hukukunda aranan rıza ehliyeti ve şartları her somut olaya göre değerlendirilmelidir."; ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., sh.,205

¹⁰⁴³ "Devlete veya topluma ilişkin bir menfaatin ihlaline yönelik rıza fiili hukuka uygun hale getirmez. Vücut tamlığını bozmaya yönelik rıza geçersizdir." ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., sh.216, 219

¹⁰⁴⁴ ÇAKMUT (YENERER); a.g.e.,sh.195

¹⁰⁴⁵ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 128, no. 81a, 14, "...Rıza iradeyi sakatlayan nedenlerden biriyle sakatlanmamış olmalıdır. Hile, tehdit ve cebir gibi arızalardan uzak olarak serbest irade ile tıbbi müdahalenin kabul edilmiş olması gereklidir. DERYAL; a.g.e.

¹⁰⁴⁶ "...Kandırma iddia veya yanılmanın bilerek uygulanması şeklinde olabilir veya rızaya gerek yoktur gerekirse zorlada yapılabilir şeklinde bir yanıltma da bu kapsamdadır. (dn. 39) Baskı altında sürekli kişilik haklarını ihlal ile (örneğin hapis cezası) "yarı isteksiz" şekilde suç takip mercilerine gösterilen rıza yeterli değildir." : LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 128, no. 81a, 14,

¹⁰⁴⁷ AŞÇIOĞLU; "Tıbbi Yardım Sorumluluk", sh. 24

¹⁰⁴⁸ ÜNVER; "Türk Tıp Hukukunda Rıza"

¹⁰⁴⁹ ÜNVER; "Türk Tıp Hukukunda Rıza"

Rızanın geri alınmasına kadar olan süre içerisinde elde edilmiş olan deliller hukuka uygun olduğundan, bu delillerin hukuka aykırılığı ileri sürülemeyecektir.

Rızaları bulunması halinde, muayene edilebilmeleri hakim kararıyla mümkün olanların da bu karar gerekmeksizin muayene edilebilmeleri ve örnek vermeleri mümkün olmalıdır. Zira kişinin aklanma hakkı vardır. Kişinin rızası varsa karara ihtiyaç duyulmamalıdır.¹⁰⁵¹ Ancak ağır müdahalelerde rıza gösterilmiş olması hakim karar verme gerekliliğini etkilememelidir.¹⁰⁵²

Kişinin rızası dışında muayenenin hukuka uygun olabilmesi için; mahkeme kararı olmalı, hekim tarafından yapılmalı, sağlığı tehlikeye düşürmemeli ve tıp etiğine ve tekniğine uygun olmalıdır.¹⁰⁵³ Gösterilen rıza açıkça sanık üzerinde yapılacak muayeneye veya müdahaleye yönelik değildir.¹⁰⁵⁴ Rıza hangi konuya ilişkinse eylem de o konuda gerçekleşmelidir.¹⁰⁵⁵

“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” 18. maddesinde; “Mağdurun rızasının varlığı hâlinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7 nci ve 8 inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek olmadığı, 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 muayenelerinin yapılabileceği ya da vücutlarından örnek alınabileceği hükmü yer almaktadır. Bu

¹⁰⁵⁰ ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”

¹⁰⁵¹ Doğan SOYASLAN; “Vücut Muayenesi Ve Örnek Alma”, Ankara Üniversitesi Adli Tıp AB. 14.11.2005 tarihli Seminer Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁰⁵² “...tehlikeli olan müdahaleler (dn 31) veya tespit edilen gerçekleri kanıtama yeterliliği bulunmayan durumlar ahlak kurallarına aykırıdır (dn 32) Beden müdahalesine gösterilen rızanın yanı sıra gösterilen bu rıza uygulamayı yapacak kişiye de yönelik olabilir bu şekilde sanık kan alınımın hemşire tarafından veya bir sağlık memuru tarafından yapılmasını da kabul edebilir. (dn 33); LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 128, no. 81a, 12

¹⁰⁵³ Gürsel ÇETİN:“Ceza Muhakemesinde Muayene”, 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005–02.11.2005 Antalya) 29.09.2005 tarihli Sunumu, **12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, “*Hastanın Aydınlatılması; ‘O’ na uygulanacak tedavinin ya da gerçekleştirilecek müdahalenin amacı, anlamı, kapsamı, çeşidi, neticeleri, ortaya çıkabilecek tehlikeli sonuçlar ve müdahalede bulunulmadığı takdirde karşılaşılabilecek riskler, zararlı sonuçlar hakkında bilgilendirilmesi ve bu şartları değerlendirerek serbestçe karar vermesinin sağlanması.*”ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. sh. 225

¹⁰⁵⁴ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 128, no. 81a, 13

¹⁰⁵⁵ Sulhi DÖNMEZER; Sahir ERMAN: “**Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım- Cilt II**” 11. Bası, Beta Yayınları, İstanbul-1997, sh. 82, AŞÇIOĞLU; a.g.e., sh.37

düzenleme yasadaki düzenlemenin tekrarı mahiyetinde olup yeni bir hüküm içermemektedir.

Rıza ile alınan muayene sonuçları sadece ilgili davada kullanılabilir.¹⁰⁵⁶

İngiliz hukukunda her yapılacak muayene ve örnek alma işleminde (terörizm hükümleri altında tutuklanan veya alıkonulan kişiler dışında (PACE md. 63/(10))¹⁰⁵⁷ rızanın varlığı ön şart olarak öngörülmüş, makul sebeplere dayanmadan rıza gösterilmemesi hali sanık aleyhine suçluluğuna karine olarak değerlendirilmiştir.¹⁰⁵⁸ PACE md. 63/(1) e göre “bu madde de öngörülme hallerde ilgiliden özel olmayan örnek alımı ilgilinin rızası olmaksızın yapılamamakta, bu rızanın yazılı olarak verilmesi aranmaktadır. (PACE md. 63/(2)) Ancak kişinin sabıka kaydına geçebilecek bir suç nedeniyle tutuklanması sonucu polis nezaretinde bulunması(PACE md. 63/(2B) ve polis tarafından suçun soruşturulması sırasında aynı tür ve vücudun aynı bölgesinden özel olmayan bir örnek alınmış olması (PACE md. 63/(2C)-a) veya bu alınan örneğin yetersiz olduğunun anlaşılması (PACE md. 63/(2C)-b) şartları gerçekleştiğinde rıza olmadan da ilgiliden özel olmayan örnek alınabilmesi mümkün sayılmıştır. Bu ise, ancak; mahkemenin verdiği bir izinle polis tarafından gözaltında bulunuluyor olması(PACE md. 63/(3)-a) ve buna ilişkin en az müfettiş rütbesinde bir görevlinin buna izin vermesi(PACE md. 63/(3)-b) ile mümkündür. Bu durumlarda ilgiliye örnek alınmadan önce bunun nedeninin bildirilmesi(PACE md. 63/(8A)-a) ve gerekçenin örnek alınmadan sonra en kısa sürede kayda geçirilmesi(PACE md. 63/(8A)-b) gereklidir. Bir izin verilmesi durumlarında bir görevli iznin verildiğini ve nedenlerini açıklamak zorundadır.(PACE md. 63/(5))Kişinin sabıka kaydına geçecek suçtan dolayı mahkum olması hallerinde rızası olmadan örnek alınabilmekte(PACE md. 63/(3B)), aynı şekilde 1997 tarihli “Cezai Kanıt Yasası” kapsamında akli dengesinin yerinde olmaması nedeniyle beraat eden veya suçu reddetme hakkının olmadığı belirlenerek tutuklanan kişilerden de rızaları haricinde örnek alınabilmektedir.

¹⁰⁵⁶ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60, (BGHSt 12, 235, 242)

¹⁰⁵⁷ “2000 Terörizm Kanunu”, Paragraf 5(9), Çizelge 15

¹⁰⁵⁸ PACE md. 63/(10) hükmüne göre; kişinin kendisine karşı başlatılan soruşturmada özel fiziksel örnek vermeye rızasının bulunmadığı hallerde, mahkeme kişinin yargılanıp yargılanmayacağına, görülecek bir dava olup-olmadığına veya bir hakim, “1987 Cezai Adliye Kanunu” nun 6. maddesi 5. bendinin, bir mahkeme ya da jüri kişinin iddia edilen suçu işleyip işlemediğine karar verirken bu konuda örnek alınmasının reddedilmesinden uygun sonuçları çıkarabilir. (YN)

İngiliz hukukuna göre uygun rıza demek; 17 yaşını tamamlamış bir kişiyle ilgili olarak, o kişinin rızası, 17 yaşını tamamlamamış ancak 14 yaşını tamamlamış bir kişiyle ilgili olarak, o kişinin ve onun velisi veya vasisinin rızası, 14 yaşını tamamlamamış kişiyle ilgili olarak ise onun velisi veya vasisinin rızası demektir.(PACE md. 65/(1)-a,b,c)

Hindistan Ceza Muhakemesi Hukukunda ise; aslen bir kişinin veya kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın adli veya tıbbi amaçlı muayene yapılmaması kural olarak sayılmış, ancak “1973 Ceza Muhakemeleri Kanunu” nun “Muayeneyi reddetme ve Rıza” başlıklı 53. bölümünde kriminak bir suç ile itham edilen kişinin polis talebi üzerine rızası dışında da muayene edilebileceği kabul edilmiştir.¹⁰⁵⁹ Ancak her durumda rıza konusundaki soru unutulmamalıdır. Aynı şekilde rıza olmaksızın muayene edilebileceği konusu da bildirilmelidir.¹⁰⁶⁰ Punjab, Haytana Himacal ve Candigarh bölgesindeki adli raporların sol tarafında hekimin rızayı aldığına ilişkin bir yer bulunması ve bu bölümde; “a- Hukuki ve tıbbi muayeneye istekliyim, b- Başka bir hekim tarafından muayene edilmedim, c-Tanımlanandan başka bir hasar ve yaralanmam yoktur, d- Tarafımdan verilen adres doğrudur, e- Muayenenin şekli ve sonucu konusunda bilgilendirildim” şeklinde açıklamaların ve muayene edilen veya kanuni temsilcisinin imzalarının bulunması gerektiği belirtilmektedir.¹⁰⁶¹

(2) AYDINLATMA-BİLGİLENDİRME;

Bir soruşturmaya delil olması amacıyla yapılan fiziki muayenede muayene edilenin rızası alınırken, aydınlatma olmalı,¹⁰⁶² muayeneden elde edilecek sağlık verilerinin nasıl kullanılacağı, nasıl saklanılacağı ve kimlerin bu verilere ulaşabileceği konularında müdahaleyi yapacak doktor veya aynı ekipten başka bir doktor tarafından¹⁰⁶³ bilgilendirilmesi gereklidir.¹⁰⁶⁴ Aydınlatma görevi, serbest delil

¹⁰⁵⁹ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”; a.g.e., sh.570, “**Points to be Remembered in Handling Clinical MLC**”, a.g.e., sh. 5

¹⁰⁶⁰ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”; a.g.e., sh.571

¹⁰⁶¹ “TEXTBOOK OF FORENSIC MEDICINE”; a.g.e., sh.571

¹⁰⁶² TAG; a.g.s., “...Bu izin esnasında yapılacak müdahalenin anlamı , tehlikesi ve sonradan oluşabilecek etkileri konusunda bir açıklama yapılması gerekli olduğu gibi, ceza hukuku açısından sanık hakları konusunda da bilgi verilmeli (§ 136t BS. 1.fıkra 2. cümle) ve aktif katılım sorumluluğunun olduğu da belirtilmelidir. (Nemo Tenodur esası); WILHELM; ag.e., sh.5, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 12

¹⁰⁶³ AŞÇIOĞLU; a.g.e., sh. 40, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194-195, no. 81c, 34,

değerlendirme ilkesiyle de bağlantılı şekilde, ceza muhakemesinde maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amacından kaynaklanmaktadır.¹⁰⁶⁵ Bu aşamada muayene edilenden bir şey saklanmamalı, doktor kendini tanıtarak, yapacağı işlemi ve sonuçlarını, varsa itiraz hakkını¹⁰⁶⁶ muayene edilene anlatmalı,¹⁰⁶⁷ ilgilinin kararına etki edilmemelidir.¹⁰⁶⁸

Aydınlatma sonrasında, muayene edilene düşünmesi için belli bir süre verilmelidir.¹⁰⁶⁹ Hasta en azından ne olduğuyla ilgili bilgi sahibi olmalıdır.¹⁰⁷⁰ Aydınlatma ile rıza birlikte değerlendirilmelidir.^{1071, 1072} Bilgilendirme olmadığı hallerde, hekim normal hastalardan neyi talep ediyorsa muayene edilenin de sadece onu yapmak zorunda olduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁷³

Muayene edilecek kişinin aydınlatılmadığı hallerde muayene sonuçları ve alınan örnekler delil olarak kullanılamaz.¹⁰⁷⁴ Eğer muayene veya müdahaleden önce bilgilendirme yapılmamış ise; ilgili bilgilendirildiğinde veya açıkça rızasını gösterdiği, ilgilinin rıza ile yapılan inandırıcılık araştırması esnasında ifade vermeye hazır olduğunu beyan ettiği, sonradan yapılan bilgilendirme ile muayene sonuçlarının

¹⁰⁶⁴ “Bilgilendirme hatasına dayanılarak, ilgili kişi yanlış bilgilendirilmeden dolayı yapılacak muayeneye itiraz edebilir.”; JOECKS: a.g.e., sh. 151 No. 14 (Pfeifer 81c n.9), GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.256, no.81a, 12 (İsteği hakkında (Krause/Nehring 5)Maase DAR 66, 44 Messner DAR, 66, 153), Oğuz POLAT: “İnsan Hakları İhlallerinde Adli Tıp Uygulamalarının Önemi”, (çevrimiçi), <http://www.adlitip.org>, 22.06.2005, “Burada usulsüz olarak görülen dava kusuru bilgilendirilmeme iddiasını gerektirir ve bu esnada bilgilendirmeyi yapması gereken kişinin doğru kişi olmaması burada bir zarar oluşturmaz.” LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 204, no. 81c, 67,

¹⁰⁶⁵ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 97

¹⁰⁶⁶ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60

¹⁰⁶⁷ “Durum açıkça anlatılmalıdır. Bu müdahale veya muayenenin tamamen kabul edildiği anlamını taşımaz. Burada sanığın yapılacak uygulamanın farkında olarak ve itiraz hakkı olduğunu bilerek rızasının alınması gerekmektedir. Ağır müdahalelerde sanık yapılacak uygulamanın anlamı, tehlikesi ve yan etkileri konusunda bilgilendirilmeli ve ona rıza göstermesi konusunda düşünme süresi tanınmalı, gerektiğinde vekili ile bu konuda görüşebilmelidir. LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 129, no. 81a, 13, “Alman Federal Mahkemesine göre; hastanın hangi ölçüde aydınlatılması gerektiği önüne gelen uyumsuzluklarda hakim belirleyecektir.”:AŞÇIOĞLU; a.g.e., sh., 29 Dn.70/c, WILHELM; a.g.e., sh.5, JOECKS: a.g.e., s.147, “Hakim § 36 II 1.c’ ye göre savcıdan muayene öncesinde bilgilendirmenin yerine getirmesini sağlamasını talep edebilir. Bilirkişi bilgilendirme ile yetkili kılınmamıştır.” GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.269, no.81c, 24 (BGH StV 93, 563; Weigend JZ 90,48)

¹⁰⁶⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 35

¹⁰⁶⁹ “Yargıtay 4. HD. nin 1977 tarihli bir kararında kızlık zarın muayenesinde rektal tuşe işlemi öncesinde aydınlatılmış rıza alınmasının zorunlu olduğunu belirtmiştir.” :ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”

¹⁰⁷⁰ TAG; a.g.s.

¹⁰⁷¹ ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”

¹⁰⁷² ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”

¹⁰⁷³ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.256, no.81a, 12 (Hamm NJW 68, 1202, Köln NJW 62, 692, EbSchmidt NJW, 62, 664)

¹⁰⁷⁴ CENTEL; ZAFER; “CMH. 3. Baskı” a.g.e., sh. 549

değerlendirilmesine izin verdiği hallerde bu konudaki eksikliğin giderilmiş olacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁷⁵

Tanığın onay vermediği hallerde hata nötr hale getirilir ve muayene sonuçları değerlendirilmez.¹⁰⁷⁶ Aynı konu vekilin bilgilendirilmemiş olduğu haller için de geçerlidir.¹⁰⁷⁷

Küçüklerde aydınlatmanın rızayı verecek olan velisi veya vasisine yapılması, ancak, eğer küçük işlemi anlayabilecek bir durumda ise, küçük de aydınlatılarak rızasının alınması yoluna gidilmesi önerilmektedir.¹⁰⁷⁸ Muayene edilecek kişinin, akli muhakeme yeterliliğinin eksik veya itiraz hakkının ne anlama geldiğini kavrayamayacak durumda olması hallerinde, muayeneye itiraz hakkına yetkili vekil bilgilendirilmelidir.¹⁰⁷⁹ Birden fazla vekil var ve sonuçlandırılmamış bir muayenenin devamı söz konusu ise, bunların hepsi bilgilendirilmelidir.¹⁰⁸⁰ Tanıklığa itiraz hakkı bulunanın, bu konuda bilgilendirilmesinin yanısıra, “muayeneye itiraz hakkı konusunda da” bilgilendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹⁰⁸¹ Kan örneği alınlarının özel bir bilgilendirme olmadan da yapılabileceği kabul edilmektedir.¹⁰⁸²

İngiliz hukukunda; bir kişiden rızası dışında örnek alma durumlarında, örnek alma işlemi öncesinde bir görevli tarafından yapılacak işlemle ilgili olarak

¹⁰⁷⁵ “Bilgilendirme yapılmamış olması muayene sonuçlarının dikkate alınmaması ile düzeltilir veya ilgili sonradan yapılacak bir bilgilendirme ile bu sonuçların kullanılmasına onay verebilir.:(BGH 12,235,242 [GSSt]) Tanığın § 51- I’ e göre daha sonradan tanıklığa itiraz hakkından vazgeçmesi ihlali düzeltir. (BGH 20,234) Sanığın ana duruşma esnasında bilirkişi raporu oluşturmak amacı ile sadece izlenmesi bilgilendirme yükümlüğü gerektirecek bir muayene değildir.” ;(BGH StV 95, 622), GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81a, 24, JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.13, LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 35, dn.133-136

¹⁰⁷⁶ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 35

¹⁰⁷⁷ Muayene sonucunun – bilgilendirmenin yapılmamış olması halinde- yasal vekil sonradan rıza gösterse de kullanılmamalıdır görüşü tatmin edici değildir. Burada muayene edilecek ilgiliye veya yasal vekiline bilgilendirmenin sonradan yapılmış olması hatayı düzeltme adına bir fark oluşturmamalıdır. İlgili muayene yapıldıktan sonra sanığın yakını haline gelmiş ise, şüphesiz kullanılabilir, çünkü §252 ye uygun muayeneye itiraz hakkı talimatı bulunmamaktadır.”: LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 35

¹⁰⁷⁸ “Esasen sadece ilgili bilgilendirilmelidir, bu kişi reşit olmasa da hatta farklı nedenler ile algılama yeterliliği eksik olsa da bilgilendirme kişiye yapılmalıdır.”: LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 34, dn 121, Erdem AYDIN; “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, <http://www.saglik.gov.tr/extras/hastahaklari/erdemaydin1/htm>, 25.11.2006 (çevrimiçi)

¹⁰⁷⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 34, dn. 122

¹⁰⁸⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 34, dn. 123

¹⁰⁸¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 34, dn. 124

¹⁰⁸² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 12 (Hamm aynı konuda BA 80, 171, L-R Krause no. 26, Kleinkinecht NJW 64, 2187, aM Maas aynı konuda)

aydınlatılması ve bunun gözüaltı siciline kaydedilmesi zorunluluğu getirilmiştir.(PACE md. 63/(8B)

(3) RIZANIN GERİ ALINMASI

Rıza, muayenenin veya müdahalenin kapsamı konusunda bilgi sahibi edildiğinde ve rızayı gösterenin bu rızasını geri çekme hakkı olduğunu bilerek vermesinde geçerli kabul edilir.¹⁰⁸³ Verilen rıza muayenenin her aşamasında geri alınabilir.¹⁰⁸⁴ Eğer ilgili muayeneye devam edildiği esnada rızasını geri alır ise muayenenin devamına izin verilmez.¹⁰⁸⁵ Ancak, eğer ilgiliye bir hakim tarafından bilgilendirme yapılmış ise; o ana kadar elde edilen sonuçlar değerlendirmeye alınır.¹⁰⁸⁶ Çünkü bunlar yasal geçerlilik süresinde elde edilmişlerdir.¹⁰⁸⁷

İngiliz hukukunda; bir kişinin mukayese amaçlı olarak (örneklerin veya onlardan türetilen bilgilerin özel nitelikli bir araştırmada kullanılmasına) örnek vermeye yazılı olarak rıza göstermesi halinde bu rızasını geri çekemeyeceği kabul edilmektedir. (PACE md. 63A /(1C), (1D))

c) TIBBİ ZORUNLULUK;

Gecikmesi halinde kişinin yaşamının tehlikeye girmesi olasılığı olan ve gecikmesinde tıbbi açıdan sakınca bulunan hallerde yapılan muayeneleri de hukuka uygun saymak gerekmektedir. Tıbben zorunluluk halini belirleyecek olan hekimdir.

Burada temel sorun; bu hallerde elde edilen delillerin hukuka uygun deliller kapsamında kabul edilip edilemeyeceğidir. Kendi adına delil verme yasağı içerisinde bulunan bir kişinin tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan muayenede vücudundan elde edilen delillerin bu kişinin aleyhine kullanılıp kullanılmayacağı tartışmalı bir konudur. Bu hale örnek olarak, vücut boşluklarına (mide, bağırsak ve anüs, vajina

¹⁰⁸³ BENFER: a.g.e., sh. 208, no. 41(BGH NJW 1964, 1177 f.; Schlüchter no. 189), LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 196, no. 81c, no.37

¹⁰⁸⁴ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60

¹⁰⁸⁵ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60

¹⁰⁸⁶ WILHELM; a.g.e., sh.5, BENFER: a.g.e., sh. 208, no. 41 (Panhuysen ;s.81), LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 128, no. 81a, 14, sh. 196, no.81c, 37 GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 5, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 25(BGH 12,235, 242 [GSST]; NStZ 97, 296 eleştirilerek kabul Eisenberg/ Kopatsch; aM Ebschmidt JR 59,369, § 252 'ye ilave 6) Muayeneye itirazda geri çekilebilir.(§ 52/ 22 ile karşılaştırınız)

¹⁰⁸⁷ BENFER: a.g.e., sh. 208, no. 41 (KMR §81c no. 5)

bölgelerinde) uyuşturucu paketleri (baloncukları) yükleyerek uyuşturucu kaçakçılığına teşebbüs edenlerin, bu baloncukların vücutlarında patlaması veya patladığı şüphesiyle tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan müdahale sonrasında elde edilmiş bulunan uyuşturucu maddelerin sanık aleyhine kullanılıp-kullanılmayacağı verilebilir. Bu, uygulamada sıkça rastlanan örneklerdendir. Uyuşturucu dışındaki bir takım maddelerin de vücut boşluklarına gizlenmek suretiyle sınırlar arasında kaçakçılık amaçlı nakli, bu suçlularca sıkça kullanılan yöntemlerdendir.¹⁰⁸⁸

Tıbbi zorunluluk nedeniyle yapılan bir müdahale sırasında sanığın vücudunda veya verdiği biyolojik materyallerinde herhangi bir suçun iz, eser ve delillerine rastlanması da mümkündür. Her iki halde de muayene edilen üzerinden rızası dışında, hakim kararı olmaksızın delil elde edilmesi hali vardır.

Bu yolla elde edilen delillerin hukuka uygun olmadığı, zira hukuki yollar katedilmediği için gayri hukuki kaynaklı olduğu ileri sürülebilir. AİHM kendi aleyhine tanıklık etmeme hakkını “Adil Yargılanma Hakkı” kapsamında değerlendirmektedir.¹⁰⁸⁹ Ancak, AİHM.’nin, Saunders/Birleşik Krallık davasında şüphelinin isteğinden bağımsız olarak, mevcudiyeti bulunan arama emri sonucunda, ele geçirilen evrak, tükürük, kan ve idrar örnekleri ile DNA testi için alınan bedensel dokuların kullanılmasını mümkün saymasını bu konuda değerlendirdiğimizde, bu hallerde elde edilen delillerin geçerli olduğunu kabul etmek gereklidir. Muayene sırasında, sanığın vücudunda olup özellik arz eden iz ve işaretlerin belirtilmesi daha sonra bu raporun başka bir suçta delil olarak kullanılması hukuka uygundur.

Bazen, muayenesi rızasının varlığına bağlı bir kişinin muayenesinde tıbbi zorunluluk bulunabilir. Bu tıbbi zorunluluk başlangıçta fark edilmeyebilir. Parafili¹⁰⁹⁰ ve Otoerotik eylemlerde ve cinsel içerikli suçlarda mağdur ve ailesi çoğu

¹⁰⁸⁸ AİHM Klaas ve diğerleri davasında verdiği kararında “organize suçla mücadele için bazı fedakarlıkların gerekli olduğunu dolaylı yoldan göstermiştir. Tabii ki bunu demokratik toplumun gerekleri ölçütüne uygun olarak yapmış ve demokratik bir toplumda organize suçla mücadele etmenin ve bu mücadele için bir takım özel koruma tedbirleri getirilmesinin “sosyal gereksinin” olduğunu belirtmiştir. “Bu tedbirlerin alınması ve denetiminde daima AİHM kriterleri göz önüne alınmalı ve bu konuda hukukilik ile hukuk dışılık arasındaki ince ayırma çok dikkat edilmelidir. M. Volkan DÜLGER:“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”,(çevrimiçi), www.bilimler.com, mvd@hotmail.com, 04.04.2005,sh. 8

¹⁰⁸⁹ MOLE; HARBY; a.g.e., sh. 39

¹⁰⁹⁰ **PARAFİLİ**; Kişi için rahatsız edici bazı özel seksüel fanteziler yoğun seksüel istekler ve davranışlarla karakterize olan, cinsel yorulma ve orgazmın eşlik ettiği genellikle tekrarlayıcı karakterde cinsel davranış bozukluklarıdır.

kez muayeneye yanaşmamakta ve bu nedenle hayati tehlike oluşturan konularla ilgili zamanında müdahale edilememektedir.¹⁰⁹¹ Bu aşamada hekimin şüphelendiği hallerde tıbbi gerekçelerle yaptığı muayene sonucunda elde edilen delilleri de geçerli saymak gereklidir.¹⁰⁹²

4. KATLANMA ZORUNLULUĞU

Ceza Muhakemesi Hukukunun bahsedilen zorunlulukları, muayene edilecek kişilere muayene işlemi sırasındaki bir takım sıkıntı ve sorunlara katlanma yükümlülüğü doğurmaktadır. Hukuka uygun bir hakim kararı varsa, şüpheli yapılacak olan muayeneye katlanmak mecburiyetindedir.¹⁰⁹³

Katlanma zorunluluğu Medeni Usul Hukuku açısından da düzenlenmiştir.¹⁰⁹⁴ Adli Tıp Kanunu 23/c gereğince hukuk muhakemesi kapsamındaki ihtilaflarda da ATK her türlü tahkikatı yapabilir. Ayrıca MK. 284 ve HUMK md. 367. maddeleri üzerinde inceleme yapılana katlanma yükümlülüğü getirmektedir.¹⁰⁹⁵

Katlanma zorunluluğu (*Die Dulgunspflicht- Zumutbarkeit*); muayene için soyunmayı¹⁰⁹⁶ ve hekimce talep edilen gerekli bedensel şekli almayı da içerir.¹⁰⁹⁷

Muayeneye katlanma mecburiyeti, “aktif olarak yardım etmek” mecburiyetini içermez.¹⁰⁹⁸ Ayrıca, sağlığı tehlikeye sokucu nitelikteki muayene işlemlerine sanık ve diğer kişilerin katlanma zorunlulukları yoktur.¹⁰⁹⁹ Muayene işleminin şekli, katlanılabilir nitelikte olmalıdır.¹¹⁰⁰ Katlanma sınırı orantılılık esasına göre muayene

¹⁰⁹¹ ÖZDEMİR vd.; a.g.e., sh. 47-50

¹⁰⁹² “Ancak uyuşturucu maddelerin parçalanmasından dolayı hayati bir tehlike söz konusuysa tıbbi bir kararla kuma maddesi verilebilir. Ancak uygulamadan sorumlu hekim 53/1 Nr. 3 97bu şekilde elde edilen kanıtları elinde tutmalı ve ceza davasına kanıt olarak sunmalıdır.” : KÜHNE; a.g.e., sh. 246 no. 475

¹⁰⁹³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, 22,

¹⁰⁹⁴ “...belirtilen amaç için gerekliyse herkes muayeneye özellikle de kan alımına katlanmak durumundadır. (§ 372 A 1 ZPO (Alman Hukuk Muhakemeleri Usul Kanunu)” ; BENFER; a.g.e., sh.195, no.3

¹⁰⁹⁵ BUDAK; a.g.s.

¹⁰⁹⁶ GOSSNER-MEYER sh.256 81a, No.10, (LG Düsseldorf NJW, 73, 1931)

¹⁰⁹⁷ GOSSNER-MEYER sh.256 81a, No.10 , (Gepper 80, 318), LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, 22

¹⁰⁹⁸ YENİSEY:“CMH.’da Kanda ve Nefeste Alkol” sh.4

¹⁰⁹⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, 22, sh.133, no.30

¹¹⁰⁰ Aslında bu yasal bir düzenleme gerektirmez. Orantılılık esasına dayalı uygulamadan ortaya çıkar. (BVerufGE 16, 1944, 202, Kohlhass s.46); BENFER; a.g.e., sh.213, no.58

edilenin hakları (ve diğer ana hakların açıklama, aydınlatma ilişkisi ile) karşılıklı olarak tartılarak belirlenmelidir.¹¹⁰¹

Katlanma zorunluluğu hakkında bir bilgilendirme yapılmamış, ancak sanığın buna katlanma zorunluluğunu bildiği veya daha önce itiraz hakkından feragat ettiği hallerde, bilgilendirilmemeyi neden olarak ileri süremeyeceği,¹¹⁰² aynı durumun yasal vekilin bilgilendirilmesinde de geçerli olduğu, müşterek davalı yanındaki diğer kişinin bilgilendirilmemesinde diğer davalının da etkileneceği kabul edilmiştir.¹¹⁰³

Çeşitli hukuk sistemlerinde özellikle terörizm ve uyuşturucu kaçakçılığı suçlarında, bu suç faillerinin katlanma zorunluluğu çok genişletilmiş halde düzenlenmekte, örneğin İngiltere’de PACE’de, “2000 Terörizm Kanunu” kapsamında tutuklanan veya alıkonulan kişiler için 63. madde ve devamında öngörülen hakların hiç birinin söz konusu olamayacağı belirtilmektedir.(PACE md.63/(10)) Aynı şey “1988 Karayolları Trafik Kanunu” 4-11 maddeleri için de öngörülmüştür.

Katlanma zorunluluğu, muayene edilecek kişinin soruşturmadaki rolüne göre farklılık gösterir.

a) SANIĞIN KATLANMA ZORUNLULUĞU

Sanığın katlanma zorunluluğu sanık dışındaki kişilere göre daha yoğundur. Sanık muayene gereği kendisinden istenilenleri yapmak ve bu sırada sağlığını tehlikeye sokmaması kaydıyla çektiği geçici ağrı ve sıkıntılara katlanmak zorundadır. CMK. şüpheli/sanığın dış muayenesi için karar almayı gerekli görmemekte, iç muayene için karar şartı aramakta ancak itiraz hakkı dışında muayene sırasındaki şüpheli/sanığın haklarının neler olduğu konusunu düzenlememektedir.

Önceki anlatımlarımızda da belirtildiği şekilde şüpheli/sanık sebebiyet verdiği hukuki hasar nedeniyle gerçeğin bulunması doğrultusunda yapılan soruşturma işleminde daha çok sorumlu kişi durumundadır. Genel kabul; “şüpheli/sanığın vücudundaki iz ve delillerin bulunması konusunda daha çok zorunluluklarla karşı

¹¹⁰¹ WILHELM; a.g.e. sh.6

¹¹⁰² JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no. 13, (BGHSt 20, 234, Pfeifer 81c n.9)

¹¹⁰³ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no. 13, (BGHSt 40, 336, BGH-MDR 1973, 902)

karşıya olduğu” yolundadır. CMK. md. 76 ve mehz StPO §81c de mağdur ve tanıklara ilişkin daha ayrıntılı düzenlemeler getirilmesi ve çoğu muayene işleminin bu kişilerin rızalarına bağlı tutulması dolaylı olarak bu anlayışın bir sonucudur.

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda şüpheli/sanığın basit muayene ve müdahale nitelikli muayenelere katlanma zorunluluğu genel kabul görmektedir. Bir görüşe göre; “katlanma zorunluluğu ancak tanıklık söz konusu olduğunda geçerlidir.”¹¹⁰⁴ Sanığın muayeneye katlanma zorunluluğu, kendi aleyhine delil vermeme hakkı nedeniyle,¹¹⁰⁵ aktif bir katılımı öngörmez.¹¹⁰⁶ Sanık muayene edenin sorularını yanıtlamayabilir, özellikle beyin faaliyetlerinin testine¹¹⁰⁷ ve bu amaç için uygun olan bir alete üfleyerek alkol analizine, içme deneyi için alkol içme,¹¹⁰⁸ kontrast madde yutma¹¹⁰⁹ idrar örneği verme, yürüme denemeleri yapma,¹¹¹⁰ dizleri bükme, kolları uzatma veya dönme hareketinin tespiti için kendi etrafında birçok kez dönme¹¹¹¹ gibi başkaca eylemlerde bulunmayabilir.¹¹¹² Şüpheli/sanık önceden bilgilendirilmesi şartıyla, kendi isteğiyle bu tür hareketleri yapabilir.¹¹¹³

Müdahalenin yoğunluğuna göre şüpheli/sanığın, pozitif katılım/negatif katılım ayrımı yapılmakta, buradaki farkın subjektif isnat oranına göre belirlenmesi gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹¹⁴ Sanık, bilgisi olmadan ve kendiliğinden yapması gereken işlemlere aktif katılıyor ise sanığın bu yöndeki katılımı talep edilmemeli, bilgilendirme yoluna gidilmelidir.¹¹¹⁵

¹¹⁰⁴ *Zeugengrundsatz* (tanıklık esası); JOECKS, a.g.e., sh.151, no.1

¹¹⁰⁵ YENİSEY:“CMH.’da Kanda ve Nefeste Alkol” sh.5

¹¹⁰⁶ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (BGH 34, 39,46, Duesseldorf JZ 88, 984, Fezer 6/11, Schlüchter 179, 1, Neumann, Wolf, FS; 373-389)

¹¹⁰⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (BGH VRS 39, 184, Bay NJW 63, 772, Schleswig VRS 30, 344, Geppert Spindel-FS 659)

¹¹⁰⁸ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (BGH VRS 29,, 203, Hamm VRS 34, 287, 289)

¹¹⁰⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (Schleiswig NsTZ 82, 81)

¹¹¹⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (Hamm NJW 67, 1524, Dahs/Wimmer NJW 60, 2220; Rogall 56, 12)

¹¹¹¹ (GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11 (Klinkhammer/Stürmann DAR 68, 44)

¹¹¹² LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, 22-25, KÜHNE; a.g.e., Sh. 246, no. 477

¹¹¹³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, 26,

¹¹¹⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 11, (Sanığın bedeninde gizlenen maddelerin aranması sırasında , o maddelere erişim yönteminin belirlenmesi ve uygulanmasında sanık hiçbir soruya cevap vermeyebilir. (Hamm NJW 74, 713)4 Dahs/Wimmer NJW 60, 2218, EbSchmidt NJW 62, 664)

¹¹¹⁵ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 132, no. 81a, 22

b) SANIK DIŞINDAKİLERİN KATLANMA ZORUNLULUĞU

Soruşturma veya kovuşturma gereği, Şüpheli/sanık dışındaki kişilerin muayenesi gerekli olduğu hallerde bu kişiler için gerçek anlamda bir katlanma söz konusudur denilebilir. Bu nedenle, bu kişilerin katlanma zorunluluklarının sınırının saptanması daha çok önem taşımaktadır. Çoğu kez, suçun mağdurlarının, tanıklarının veya gerçek failin belirlenebilmesi için konuyla ilgisi olabileceği konusunda çok küçük de olsa olasılık bulunan nc kişilerin muayeneleri gerekebilir. Özellikle lkemizde ırza geçme olaylarında suç mağdurlarının muayenelerinde, muayeneye katlanma konusu özel önem arz etmektedir. Son dönemlerde Viktimoloji bilimi açısından mağdur hakları daha çok gündeme gelmekte ve mağdurların suç sonrası bir takım soruşturma işlemlerinde tekrar mağdur edilmemeleri gerektiği ileri sürülmektedir.^{1116, 1117}

CMK. md. 76'nın (1) nci fıkrasında; “Bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, mağdurun vücudu üzerinde dış veya i beden muayenesi yapılabilmesine veya vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle sa, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrah bir müdahalede bulunmamak koşuluyla karar verilebileceği, (2). fıkrasında ise; “Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığı” hükmü getirilmiştir. Madde metninde kimlerin ekinebileceklerinin tam bir netlikle belirtilmemesi eleştirilmektedir.¹¹¹⁸ Bu konuda Yönetmeliğin 10. maddesinde; “Tanıklıktan ekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabılır. Tanıklıktan ekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır. ocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar verir. ocuk 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.” hükümleri yer almaktadır.

¹¹¹⁶Timur DEMİRTAŞ; “Kriminoloji”, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2005-Ankara, sh.2

¹¹¹⁷“FuhuŐ yapmak suç sayılmamasına karşın Umumi HıŐs. Kan. A göre fuhuŐ yapan zorla muayene ettirilmektedir.” ÜNVER; “Türk Tıp Hukukunda Rıza”,

¹¹¹⁸ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirilmesi”,sh. 2895

Şüpheli/sanık dışında kalan suç mağduru ve tanıkların katlanma yükümlülükleri konusu, bir bütün halinde bu kişilerin muayenesi konusunda ayrıntılı olarak incelenecektir.

Mehaz Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda, suçlu olmayan kişilerin bedenlerindeki muayene ve müdahaleye katlanma yükümlülükleri tamamlayıcı olarak StPO § 81c ile düzenlenmiştir. § 81c fıkra 1 anlamında muayeneye katlanma yükümlüğü tanık yükümlülüğü ile yakın ilişki içerisinde dir.¹¹¹⁹ Sadece tanıklık esasına dayalı konularda tanığın katlanma zorunluluğu bulunduğu kabul edilmektedir.¹¹²⁰ Tanığın veya mağdurun kendilerini sorumluluk altına sokacak muayeneye katlanma zorunlulukları yoktur. Aynı şekilde, bu kişilerin rızalarına bağlı kılınan işlemlerde rızalarının olmaması katlanma zorunluluklarını doğurmaz. Ancak usulüne uygun verilmiş ve devam etmekte olan rızaya bağlı olarak yapılan muayene işlemlerine mağdur ve tanıklar katlanmak zorundadırlar.¹¹²¹ Vekilin verdiği rıza da katlanma zorunluluğu doğurur.^{1122, 1123} Ancak I. fıkroda ifade edilenin aksine herhangi bir şey ifade etme yeterliliği bulunmayan bebekler, küçük çocuklar ve ağır zihinsel bozukluğu olan kişiler de suç mağduru olarak muayene edilebilirler.¹¹²⁴

Sanık veya sanık dışındaki kişilerin katlanma zorunluluklarının nereye kadar uzanacağı her olayda farklılıklar gösterebilir. Örneğin; bir terör örgütünün üyelerinin, ses getirecek bir eylem arayışında gerçekleştirecekleri eylemin planlarını bir kasanın içerisine koydukları ve örgüt üyelerinden birinin bu kasanın anahtarını yutması halinde, bu anahtarın elde edilebilmesi amacıyla vücuduna müdahalede bulunulacak

¹¹¹⁹ *Bu durum özellikle de muayeneye yapılan itirazın tanıklığa itiraz ile (§ 81 c para.3 cümle 1) ve tanıklığa zorlanma (§ 81 c para.6) nedenleri ile aynı olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak § 81 c I düzenlemesinden (“... tanık olarak ele alınır”) muayeneye katlanma yükümlülüğünün ilgilinin dava yönünden tanık sıfatını taşıması konusu ile bağlantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır. Tanık olabileceği olasılığı yeterlidir.”:LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 186, 81c, no.12, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, 81c, no.10*

¹¹²⁰ JOECKS; a.g.e., sh. 151, no.1

¹¹²¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 186, no. 81c

¹¹²² LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 200, no. 81c, 51

¹¹²³ “...yasal vekilin muhakeme yeteneği olmayan veya psikolojik hasta reşit olmayan kişi veya bunların bakıcı tanıkların farklılık gösterir. Bunlar § 52, para 2, cümle 1 göre sadece kendileri ifade vermek isterler ise ifadeleri alınabilir. Bu talimat § 81c, para 3, cümle 2, yarı cümle 3 göre kan örneği alınmaz veya muayenede aynı değildir. Çünkü ifadenin aksine ilgili § 81c deki durumda aktif katılıma zorlanamaz § 81c de izin verilen önlemlere katlanmalıdır. İzin verildikten sonra yasal vekil buna itiraz etme hakkına sahip, değildir. LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 201, no. 81c, 51

¹¹²⁴ “Burada sanık durumunda olmayan, suçla ilişkin iz veya suç sonucu tahmin edilen kişilerin rızaları dışında da muayene edilebileceği esası uygulanır.” GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, 81c, no.10 (Fezer 6/29, Kleinknecht Krimilistik 67, 462, Kohlhas JR 74,90; Krause JZ 76, 124, Meier JZ 91, 642; aM Seidel Kriminalistik 67,303, Dünnerbier GA 53,65)

mıdır? Aynı örneğe devam ettiğimizde, kasanın anahtarını sanıklar dışında başka bir kişiye yutturulması durumunda bu şahsın vücuduna müdahale edilmesine katlanma zorunluluğu var mıdır? **Kanaatimize:** Katlanma zorunluluğu her olayda, o olayın şartlarına ve kişinin muhakemedeki durumuna göre ayrıca değerlendirilmeli ve özellikle müdahale gerektiren olaylarda hakim kararı alınması yoluna gidilmelidir. Orantılılık ilkesine de bağlı kalarak, hiçbir çarenin kalmadığı durumlarda, mağdur ve üçüncü kişilerin katlanma zorunluluklarının varlığını kabul etmek gereklidir.

5- ZORLA MUAYENE

Soruşturma makamlarınca, karar alınması gerekmeyen veya karar gerektiren ve usulüne uygun verilmiş bir kararın bulunduğu hallerde, muayene edilecek kişinin, bu muayene veya müdahale işlemine direnmesi durumunda, zor kullanılıp kullanılamayacağı, çözümü en zor ve hukukçularla tıpçılar arasında en çok sorun yaratan konulardan biridir.

Tıp bilimi mensuplarınca; vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin tıbbi işlem nitelikli olduğu, önemli olanın tıbbi deontoloji ve tıp etiğinin ilkeleri olup, asıl görev hekimlik yapmak olduğu, birlikişi olarak görevli olmanın bunu değiştirmeyeceği, ulusal hukuk kuralları ile uluslararası tıbbi etik ve deontoloji kurallarının çelişmemesi gerektiği ifade edilmektedir. Zorla muayenenin hekimlik mesleğine uygun olmadığı, ilgilinin rızası dışında vajinal bir muayenenin yapılmasının tıbben mümkün olmadığı, zorla muayenenin sağlığı tehlikeye sokan bir hal olduğu ve bu nedenle her zorla muayenede komplikasyon gelişebileceği de savunulmaktadır.¹¹²⁵ Aynı şekilde, insanı en yüce değer sayan hümaniter öğreti ve insan hakları kavramının tüm kaynakları, insanın zorla muayene edilemeyeceği ve rızası dışında hiçbir işleme zorlanamayacağını savunmaktadır. Hukukçularsa bu konuda; ceza muhakemesinin zorunluluklarından hareket etmektedirler. Muayenenin ne şekilde yapılıp-yapılmayacağı muayeneyi yapanın kararına göre değil objektif ölçütlere göre belirlenmelidir.¹¹²⁶

Zorla muayene konusu, yönetmelik hazırlanması sırasında komisyonda en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Hukuk ve tıp kökenliler arasındaki yaklaşım

¹¹²⁵ ÇETİN:“Ceza Muhakemesinde Muayene-Seminer”, sh. 57-58

¹¹²⁶ BENFER; a.g.e., sh.213, no.59

farklılığı en çok bu hususa ilişkin tartışmada kendini göstermiştir. CMK.'da bu konuya ilişkin açık bir hüküm bulunmamakta olduğundan, Yönetmeliğin 18. maddesinde; *“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 bir düzenleme getirilerek üstü kapalı şekilde gerektiğinde zorla muayene ve örnek alma işlemi yapılabileceği” hüküm altına alınmıştır. Dikkat edildiğinde de görüleceği gibi, yasakoyucunun yasal düzenleme sırasındaki bazı kaçamaklı düzenlemeleri yönetmeliğin kabulünde de kendini göstermiş ve açıkça zor kullanılıp-kullanılmayacağı konusunda net bir tavır alınmamıştır. Bunun uygulayıcılar için yaratacağı zorluğun yanısıra, yönetmelik çıkarma tekniğine de aykırı olduğu açıktır.¹¹²⁷

Türk hukukunda, öğretide bu konu henüz bir çözüme kavuşturulmuş değildir. Yasal anlamda CMK. bu konuya ilişkin açık bir hüküm içermemektedir. Ayrıca tıbbi deontoloji açısından zorla muayenenin sağlığı ne kadar zarara sokma olasılığının bulunduğu bilimsel anlamda netleştirilmemiştir. Bu nedenlerden dolayı, bu konunun içinin, pozitif hukukça doldurulması gerekmektedir.

Alman hukukunda sanığın zorla muayenesi kabul edilmekte iken, Anglo-Sakson hukukta ilgilinin muayene olmaması suçluluğuna karine olarak kabul edilmesi yoluna gidilmekte zorla muayene edilmesi usulü benimsenmemektedir.

Alman öğretisinde; “zorla muayenenin sadece hakim kararıyla mümkün olduğu” ileri sürülmektedir.¹¹²⁸ Alman hukukuna göre; 81a gereğince bir karar varsa sanık zorla muayene edilebilmektedir.¹¹²⁹ Sanığın muayeneye götürülmesi için hareket özgürlüğünü kısıtlamak ve muayenenin zamanı 81a da düzenlenmiştir.¹¹³⁰

¹¹²⁷ ÖZBEK bu tür kaçamaklı düzenlemeleri “ŞARK KURNAZLIĞI” olarak tanımlamaktadır.ÖZBEK; CMK. İzmir Şerhi, sh.297

¹¹²⁸ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.10-12

¹¹²⁹ KÜHNE; sh.246, no.474, JOECKS: a.g.e., sh. 147, no. 1, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 29 (Bay 63, 213, =JR 64, 149, Dünnebie Koblenz VRS 54, 357, Köln NSiZ 86, 234, Schleswig VRS 30, 345)

¹¹³⁰ “Alman Hukuku, bu alanda Polis Kanunlarından doğan (bizde PVSK Ek m. 6) zor kullanma yetkisinin uygulanamayacağı görüşündedir” (OLG Dresden NJW 2001, 3643); YENİSEY; “CMH.’da Kanda ve Nefeste Alkol”, Sh. 5

“Talimatlar gereği birbirine bağlı yetki ile”¹¹³¹ hakim veya gecikmesinde sakınca olan hallerde- özellikle sürücülerden kan alma hallerinde- savcılar ve yardımcıları sanığa, zoraki muayene uygulanması talebinde bulunulabilir, bu amaçla sanık gözaltına alınabilir¹¹³², en yakın hekime, polis revirine, hastaneye götürülebilir, kilit altında¹¹³³ tutulabilir.¹¹³⁴

Sanık dışındakiler için zor kullanma, ancak bu konuya ilişkin özel nitelikli (§ 81 c VI ,cümle 2) hakim kararıyla¹¹³⁵ mümkündür.¹¹³⁶ Hakim kararında önemli olan; “zor kullanıp-kullanılmamanın gerekli olup-olmadığıdır.”¹¹³⁷ Bu karar aynı zamanda (ve sadece) kısa süreli hürriyeti kısıtlamayı haklı kılar, ilgili şahıs uzun süreli biyolojik testler vs. için zorlanamaz ve uzun süreli olarak hürriyeti kısıtlanamaz.¹¹³⁸ Bu kararın aksine davranışlar için StPO § 81 IV basit dava açma imkânını düzenlemektedir.¹¹³⁹ Bu karara karşı itiraz mümkündür¹¹⁴⁰. Tanığın muayeneye itirazı halinde¹¹⁴¹ StPO § 81c IV’ e dayanılarak 70. madde ile uygulanma yapılarak itiraz eden tanığa hakim kararıyla para cezası verilmekte, usulsüzlük cezaları tayin edilmekte,¹¹⁴² mahkeme masraflarına hükmedilmektedir.¹¹⁴³ Tanığın para cezasına rağmen muayeneyi reddetmesi ve bu şekilde de muayenenin başarısızlığından

¹¹³¹ WILHELM; a.g.e., sh.6

¹¹³² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 29 ,(Stutgard Justiz 71, 29, Kleinknecht NJW 64, 2186, Roxin §33 A II)

¹¹³³GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 29, (Hamburg VRS 38, 440, Hamm DAR 62, 132; Koblenz VRS 54, 357), BEULKE; a.g.e., sh.130, no. 241(OLG Dresden , NJW 2001, 3643, ayrıca Rogall , Jus1992, 551, 554)

¹¹³⁴ Bu amaçla tutuklama kararının hakimce verilmesinin uygun olduğu kabul edilmektedir. GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 29, (Duesseldorf VRS 41, 429, LG Hamburg NStZ RR. 04, 213)

¹¹³⁵ “Bu § 81 a para 1’e göre müdahalesiz muayenelerde de geçerlidir.”; LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 59

¹¹³⁶ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 59

¹¹³⁷ KÜHNE; a.g.e., sh.291, no.562 Dn. 35 (Amelung ZRP 1991, 143 NJW 1991, 2533 (2539f) Hilger JR 1990 485 (487f)), Dn. 38; (BGHSt 44, 265(268) BGH NJW 2000, 84 (85), BGH NStZ 2000, 154, LG Berlin StV 2002, 69 (70) LG Frankfurt StV 2002, 70, Eisele StV 1999, 298 (299))

¹¹³⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 60

¹¹³⁹ KÜHNE; sh.246, no.474, dn. 12 (BVerufGE NJW 1970, 505, OLG Celle, NJW 1971, 257, OLG Schleswig NJW 1981, 2526), LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 58

¹¹⁴⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 30 (Koblenz NStZ 94, 355, KK Senge, 13; a.M Bay 56, 180= NJW 57, 272 ;21 ff kabulü: Frankfurt NJW 57, 839 ; Hamm NJW 59, 4447, Celle NjW 71, 256, Schleswig NStZ 82,81, hM, Hamburg NStZ- RR 98,242, Zweibrücken MDR 90,75) Temyiz mahkemesi kararın yasaya uygunluğunu ve amaca uygunluğunu denetler (LG Göttingen MDR 52, 629).

¹¹⁴¹ “Muayeneye gelmemek de itiraz olarak görülür.”; LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 58,

¹¹⁴² “Muhakeme yeteneği bulunmayan gençlerin davete gelmemesi halinde vekilli sorumlu tutulur.”; LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 58

¹¹⁴³ BENFER; a.g.e., sh.214, no.62, WILHELM; a.g.e., sh.6, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 202, no. 81c, 57

korkulması hallerinde,¹¹⁴⁴ ayrı bir hakim kararıyla §81c VI 3. cümle gereği zor kullanılabilmesi kabul edilmekte, ancak, bu uygulamanın pratikte rahatsızlık yarattığı belirtilmektedir.¹¹⁴⁵ Ayrıca Alman Federal AYM. sanığın rızası dışında zorlanarak (*zwangsweise*) muayenesinin AY.'ya aykırılık oluşturduğu ve bunun sınırlarının belirlenmesinin gerektiğine ilişkin karar vermiş, ancak, bu uygulamada geniş yer bulmamıştır.¹¹⁴⁶ Sanığın katlanmak zorunda olduğu işlemler, onurunu zedeler şekilde uygulanmamalı ve orantılılık ilkesi göz önünde bulundurulmalıdır.¹¹⁴⁷

Zor kullanılabilmesi için; StPO § 81 c para 6 cümle 3'e göre davanın gecikmesi halinin söz konusu olması gereklidir.¹¹⁴⁸ Hakimin karar kapsamında verdiği talimatları savcı ve yardımcıları davayı takip eden zorlayıcı önlemler kapsamında çabuk takip ederek yerine getirmelidirler.¹¹⁴⁹ Zorla muayenenin hukuka aykırılığını, hakim kararının ortadan kaldırıp-kaldırmayacağı, üzerinde en çok tartışılan konulardan biridir. Türk hukukunda tüm Avrupa ülkelerinde kabul edildiği için aykırı olmadığı iddia edilmektedir.¹¹⁵⁰ Öğretide yaygın kanaat ceza muhakemesi zorunlulukları nedeniyle şartları oluştuğunda zorla muayenenin yapılabileceği şeklindedir.

İngiliz hukukunda; herhangi bir polis memurunun mahkemenin izni ile ve bu izin süresince, özel olmayan bir numune alınmasını temin için bir kişiden 7 gün içinde veya belli bir saatte karakola gelmesini isteme hakkı bulunmaktadır. Diğer durumlarda; kişi ya şüpheli durumundadır ve örnek aldırılmamış veya alınan örnek yetersizdir, ya da kişi o suçtan mahkum olmuştur ancak hiç örnek aldırılmamış veya yetersiz örnek alınmıştır. Bu hallerde, kişi sanık durumunda ise itham tarihinden,

¹¹⁴⁴ Benfer; kan örneğinin alınmasına itiraz eden tanıkların, soruşturma görevlisinin kararına uyan tanıklara göre daha kötü konumda olduklarının varsayılacağını, zira, polis memurunun kan alımına karar verebilirse de, karşı taraf buna itiraz ettiğinde zorlayıcı bir tedbir uygulayamayacağından, (Achenbach NJW 1977, 127) bu tür bir düzenlemeyi itaat eden vatandaş karşı koyan bir kişi konumuna getireceği için talihsiz bir düzenleme olarak değerlendirmektedir. BENFER; a.g.e., sh.214, no.63

¹¹⁴⁵ BENFER; a.g.e., sh.214, no.62, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 58,

¹¹⁴⁶ JOECKS; a.g.e., sh.147, no. 1, (BVerufGE 47, 239, 248)

¹¹⁴⁷ BEULKE: a.g.e sh. 130, no.241 (OLG Bremen NStZ rr 2000, 270, Fahl, JuS 2001, 47, Lesch 4/68 Rogall NStZ 1998, 66, KGJR 2001, Zaczyk StV 2002, 122, OLG Frankfurt NJW 1997, 1647, Westlau, StV, 341, BverufGE StV, 2001, (Naucke, Schaffer NJW, 1997, 2437))

¹¹⁴⁸ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 59,

¹¹⁴⁹ "Bu, temel hak ve özgürlükler kapsamında, eğer bir arabanın gecikmesi söz konusu ise ve mahkemenin ve ceza takip makamlarının belge ve organizasyonları yükümlülüğünde arama gerekmiş ise yapılabilecek bir uygulamadır." KÜHNE; a.g.e., sh.291, no.562 (Dn. 38= BGHSt 44, 265(268) BGH NJW 2000, 84 (85), BGH NStZ 2000, 154, LG Berlin StV 2002, 69 (70) LG Frankfurt StV 2002, 70, Eisele StV 1999, 298 (299))

¹¹⁵⁰ ÖZTÜRK; "CMK Konferansı"

mahkum olmuş ise mahkumiyet tarihinden itibaren, haberdar edilmesinden sonraki bir ay içinde polis karakolunda hazır bulunmak zorundadır. Bunu yerine getirmeyen kişiye karşı polisin karar olmaksızın tutuklama yetkisi vardır. (PACE md. 63A/(4,5,6,7,), 63A/(B)) Aynı şekilde; “1988 Karayolları Trafik Kanunu” ile; trafik kontrollerinde alkol tespiti için nefes verme zorunluluğu kabul edilmiş ve 6. maddesi ile nefes vermeme suç olarak düzenlenmiş, bu suç “2000 Ulusal Polis (Kaydedilecek Suçlar) Yönetmeliği (SI 1139/2000) md.27” uyarınca sabıka kaydına geçecek suçlar kapsamında sayılmıştır. Polisin trafik kontrolü sırasında ilgili kişiyi nefes vermeye zorlama hakkı vardır.

Kanaatimizce: Uygulamacıların saptamalarına göre, ülkemizde zorla muayene vakıaları yüzdesel olarak kayda değer bir oranda bulunmamaktadır. İstisnai hallerde sorun yerel şartlarda ikna yoluyla çözülmektedir.¹¹⁵¹ Ancak normlar konulurken veya yorumlanırken, tek bir insanın bile mağduriyetine sebep olunmayacak şekilde bir anlayışın benimsenmesi zorunludur. Ceza Muhakemesi Hukukunun hiçbir zorunluluğu, insanın vücutsal bütünlüğü, sağlık ve yaşam hakkı ile onurunun üzerinde değildir. Bu anlamda, ceza soruşturmasının zorunlulukları nedeniyle temel hak ve özgürlüklerin aşılmasına sıcak bakılması düşünülemez. Ancak, tıbbi deontolojinin ve hümaniter öğretinin kuralları birer kült ve dogmalar olarak kabul edilerek, bu kuralların tavizsiz uygulanmasıyla ceza muhakemesinin zorunlulukları da göz ardı edilemez. Ceza muhakemesinin iyi işlemesi ve sonrasında toplum düzeninin sağlanması, dönüşümlü sosyal fayda kuralı gereği, tüm bireylerin temel hak ve özgürlüklerini daha iyi yaşayabilmelerini sağlayacaktır. Toplum kendisini ve bireylerini savunacak silahlara da sahip olup, bunları yeri geldiğinde kullanabilmelidir. Öte yandan, hiçbir toplumsal değer 13 yaşındaki önadolesan dönemindeki küçük bir kız çocuğunun, rızası dışında maruz kaldığı, cinsel organlarının zorla muayenesi sırasında duyduğu utanç ve aşağılanmayı haklı da gösterememektedir. Tıp mensuplarınca verilen bir örnekte olduğu gibi; 14-15 yaşlarında olup cinsel organlarının muayenesine ısrarla direnen bir kız çocuğu, iki hastabakıcı tarafından zorla bacakları ikiye ayrılarak mı muayene edilecektir?¹¹⁵² Bu tür bir işlemin haklılığını hangi hukuk kuralı açıklayabilir.

¹¹⁵¹ YAVUZ; a.g.s., sh.97

¹¹⁵² ÇETİN; “Vücut Muayenesi AÜ. Seminer sunumu”

Bu konuda dengeyi sağlayacak olan iki yol ve imkân bulunduğunu düşünmekteyiz. Bunlardan ilki; orantılılık ilkesi uyarınca yapılacak değerlendirmedir. (Bu konuya ileriki bölümlerde ayrıntılı şekilde değinilecektir.) Yapılacak işlemin, işlemin yapılma amacı ve elde edilmesi umulan menfaatle orantılı olması demek olan bu ilke, her olayda ayrı-ayrı değerlendirmeye alınarak koşullara göre her muayene öncesinde belirlenmesi pek çok sorunu engelleyecektir. Özellikle cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılacak muayene ve müdahale işlemleriyle, sağlığa zarar verme olasılığı bulunan müdahale nitelikli işlemlerde mutlaka orantılılık değerlendirmesi yapılmalıdır. İkinci yol ve imkan ise; tıbbi ve hukuki açıdan veya insan hak ve özgürlükleri yönünden zorlama halinde zarar verme ihtimalinin bulunduğu hallerde hâkim kararı almaktır. Bu hal savcı veya kolluğun keyfi işlemlerini engelleyeceği gibi, hukuki süreç içerisinde hukuki denetime tabi bulunan hâkim kararlarının yanlışlığının başka bir hakim veya mahkeme heyetince incelenebilmesi imkanı nedeniyle tereddütleri ortadan kaldıracak bir imkan sunmaktadır. Bu nedenlerle; zorla muayenenin şartları oluştuğunda yapılabilmesini, ancak bahsettiğimiz alanlarda hak ihlallerine azami dikkatin gösterilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

6. MUAYENE VE ÖRNEK ALMAYA İTİRAZ

Gerekli anlama kabiliyetine ve gücüne sahip herkes muayene ve örnek alma işlemine itiraz hakkına sahiptir. Muayeneye itiraz, aktif veya muayeneye gitmemek şeklinde pasif bir davranışla yapılabilir. Muayene sırasında hekimin taleplerini yerine getirmemek, muayeneye direnmek de zımnen itiraz anlamı taşır. İtirazın dayandığı gerekçelerin inandırıcı bir biçimde beyan edilmesi gereklidir.¹¹⁵³

İtiraz hakkı muayeneye zorlanamayacak kişiler için geçerlidir.¹¹⁵⁴ CMK md.75/1 gereğince muayeneye katlanma zorunluluğu olan şüpheli/sanığın itiraz hakkı bulunmamaktadır. Bu kişiler ancak muayenenin yapılış şeklindeki hukuka aykırılıklara itiraz edebilirler. CMK. md. 76/1 de sayılan ve sanık dışında kalan kişilerin itiraz hakları aynı maddenin 5. maddesinde belirtilmiştir. Bu kişilere

¹¹⁵³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 32-33

¹¹⁵⁴ Alman hukukunda; işlenen suç nedeniyle kendisinin de takip edilebileceği tehlikesi olduğu hallerde de tanığa muayeneyi red hakkı verilmesi gerektiği savunulmaktadır. (BENFER; a.g.e., sh.214, no.61 (OLG Braunschweig, NJW 1954, 1052,1053 a, KMR 81c n.28))

muayene öncesinde itiraz haklarının bulunduğu konusunda aydınlatma yapılmalıdır.¹¹⁵⁵ İlgilinin yaşı veya akli noksanlığı gereği karar veremeyecek durumda olması halinde bilgilendirme yasal vekillerine yapılır.¹¹⁵⁶

Alman hukukunda; ilgilinin, itiraz hakkı bulunduğuyla ilişkin aydınlatılması yetkisinin hakimde olduğu, gerekirse hakimin StPO § 36, II cümle 1 gereği savcılıktan muayene için aydınlatmanın yerine getirilmesinin istenebileceği, muayene kararı savcılık tarafından alınmış ise, aydınlatmanın savcılık tarafından yapılması gerektiği, bilirkişinin bu konuda aydınlatma görevi olmadığı ve bu görevin bilirkişiye devredilemeyeceği, bu nedenle, bilirkişi muayene öncesinde veya sırasında bilgilendirmenin unutulduğundan yapılmadığını tespit eder ise, muayene yapmayı bırakması veya hakim veya yetkili memurlar tarafından bilgilendirmenin yapılmasını sağlaması gerektiği iddia edilmektedir.¹¹⁵⁷

İtiraz hakkı bildirilen kişinin, yakınları hakkında ifade vermesi halinde, verilen ifadenin doğruluğunu kontrol, muayeneye itiraz hakkını kullanması ile ortadan kalkar.¹¹⁵⁸

Alman hukukunda muayeneye itiraz hakkının tespitinin StPO § 52 ile bağlantılı olduğu,¹¹⁵⁹ muayeneye itiraz hakkının tanıklığa itiraz hakkı olanlara ait bir hak olduğu,¹¹⁶⁰ §53, 53a ve 55' e göre bir itiraz hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir.¹¹⁶¹ Tanıklığa itirazın mümkün olduğu hallerde ilgili §51 gereği hem tanıklığa hem de muayeneye itiraz edebilir. İlgili muayeneye itiraz hakkı olduğu

¹¹⁵⁵ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60 (BGHSt 13, 394, 399)

¹¹⁵⁶ BENFER; a.g.e., sh.213, no.60

¹¹⁵⁷ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 269, no. 81c, 24

¹¹⁵⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 33

¹¹⁵⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 24 (BGH 13 394, 399, StV 88, 419, 93, 563, 96, 196 NStZ 96,275 Dölling' den edinilen bilgiler doğrultusunda NStZ 97, 77, Kabul 491; Fezer JuS 78,766)

¹¹⁶⁰ "İtiraz hakkı, muayene edilmeme nedeniyle soruşturmanın tehlikeye gireceği hallerde ve hatta işlenen suçun takibi hallerinde bile verilmelidir." BENFER; a.g.e., sh.213, no.61, JOECKS; a.g.e., sh. Sh.151, no.7

¹¹⁶¹ "Eğer muayeneye itiraz hakkı bulunuyor ise ve dava birden fazla sanığa karşı açılmış ise ve ilgili sadece bunlardan biri ise dava münferiden görülüyor olsa da kişiliğinin hakim incelemesine tabi tutulmasına karşı koyabilir. (Hamm MDR 74, 1036) Eğer sanığın bir yakını aynı zamanda sanığın suçuna da iştirak etmiş ise §81a gereğince benden muayenesine katlanmalıdır ancak elde edilen bulgunun suça iştirak eden diğer kişiye karşı kullanılmasına itiraz edebilir."GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 23 (M EbSchmidt Nachter 11, KK- Senge 10, Rüping 270; aM Braunschweig NjW 54, 1052; Saarbrücken FamRZ 59, 35; Krause/ Nehring 5; Gössel 231; Krause JZ 76,124), LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 196, no. 81c, 38a, JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.13

konusunda -daha önce 52. madde gereği yapılmış olsa da gene- aydınlatılmalıdır.¹¹⁶² İlgilinin yeni bir değerlendirmeye onay verdiğiinde, aydınlatma yapılmaması halinde rızasının geçersiz sayılacağı, ilgilinin muayene tamamlanmadan önce itiraz hakkından feragatine itiraz etmesi halinde muayenenin devam edemeyeceği kabul edilmektedir.¹¹⁶³

¹¹⁶² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 24 (Jessnitzer/ Ulrich 295), JOECKS; a.g.e., sh. Sh.151, no.7(BGHSt 13, 399, BGH NStZ 1996, 275)

¹¹⁶³ JOECKS; a.g.e., sh. 151, no.7 (BGHSt 12, 242)

C. ARAMA İLE VÜCUT MUAYENESİNİN FARKLARI

Vücudun muayenesi ve vücut üzerinde arama işlemleri, işlemin yapılış şekli itibarıyla benzerlikler gösterir. CMK. da dış muayene, Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda basit muayene olarak adlandırılan muayene türü özellikle vücut üzerinde yapılan arama ile büyük benzerlikler göstermektedir. Arama ve vücudun muayenesi işlemleri farklı hukuki sonuçlar doğurdıkları için, aralarındaki farkın iyi belirlenmesi gereklidir.

Arama; “hakim veya gecikmesinde sakınca olan hallerde savcı veya kolluk tarafından yakalama ve/veya delil elde etme amacına yönelik olarak sanık, şüpheli veya üçüncü bir kişinin mesken veya sair yerlerinde, üstünde veya eşyasında yapılan bir araştırma işlemi olup yakalama veya delil elde etme amacıyla yapılır.”¹¹⁶⁴

Hukumumuzda 5271 S. CMK. 116. maddesiyle; “yakalanabileceği veya suç delillerinin elde edilebileceği hususunda makul şüphe varsa; şüphelinin veya sanığın”, 117. maddesi ise; “şüphelinin veya sanığın yakalanabilmesi veya suç delillerinin elde edilebilmesi amacıyla, diğer bir kişinin” üstünün aranabileceğini düzenlemektedir. Soruşturma görevlileri, sanığın haricindeki diğer kişileri, ancak, suça ilişkin belirli bilgileri varsa ve aranan kişi hakkında da bilgi sahibi iseler arayabilirler.¹¹⁶⁵

Öğretide, arama ile vücut muayenesi arasındaki farkı bazı yazarlar; “yapılan işlemin şekli, konusu ve işlemin kimler tarafından hangi yöntemlerle yapıldığına” dayandırmakta, çoğunlukta olan diğerleri ise; “farkın işlemin amacına göre belirleneceğini” ileri sürmektedir.

Birinci görüşü savunanlara göre; muayene ile arama amaç açısından değil, konusu ve işlemde tıbbi araçlar kullanılması¹¹⁶⁶ bakımından birbirinden ayrılır. Aramada giyinik vücudun kontrolü ile yetinilir. Muayenede ise çıplak vücut inceleme konusu olur.¹¹⁶⁷ Ağız, anüs ve vajinanın incelenmesi de muayene

¹¹⁶⁴ ÖZBEK: “CMH. da Arama”, sh. 17

¹¹⁶⁵ BENFER; a.g.e., sh.211, no.31

¹¹⁶⁶ ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, sh. 296

¹¹⁶⁷ “Bedensel inceleme (arama) ile bedensel muayenenin farkı; giysinın içinde veya altında bulunanlar değil, beden yüzeyinin veya doğal beden açıklıklarında saklanabilen nesnelerin (delil olarak) bulunmasına yardımcı olmakla kalmayıp, (çıplak) insan vücudunun (diğer) suç veya kabahate açıklık getirilmesi için önemli olan önlem aracıdır.” : WILHELM; a.g.e., sh.6

kavramına girer. Üst aramasının, vücudun veya vücut boşluklarının elle yoklanması ve gözle incelenmesiyle sınırlı olduğunu, vücudun incelenmesinde ise, vücudun incelenmesinin araç olarak kullanıldığını, aramanın yasayla görevli bir memur, vücut muayenesinin ise sadece doktor tarafından yapılabileceğini belirtmektedirler.¹¹⁶⁸ Vücut üzerinde incelemenin amacının herhangi bir halin tayini, mesela ezik veya yaranın tespiti ise işlemin keşif, eğer amaç zehir, kurşun gibi vücuda yabancı bulunan maddelerin araştırılması ise arama olarak anlaşılması gerektiği de ileri sürülmüştür.¹¹⁶⁹ Diğer baskın görüşe göre ise; vücudun muayenesi ile vücut üzerinde arama arasındaki farkı belirleyen temel ölçüt; “*bu işlemlerin amacıdır*”.^{1170, 1171} Aramada elbiseler arasında veya altında vücutta saklı bulunan suç delili olabilecek maddelerin bulunması amaçlanmakta, vücut muayenesinde ise; tamamen veya kısmen çıplak vücut üzerindeki izlerin tespiti veya öğrenilmesi hedeflenmektedir.¹¹⁷²

Muayenenin amacına göre yapılacak ayırım, basit beden muayenesi ve aranması açısından önemlidir. Yutulmuş veya beden içerisinde bulunan diğer nesnelerin aranması hali söz konusu olduğunda ve işlemin amacına yönelik kriter esas alındığında, aramaya ilişkin hükümlerin röntgen vs. gibi beden içine müdahale şeklindeki işlemlere imkan vermemesi nedeniyle konuyu arama kurallarıyla çözmek mümkün değildir. Bu hallerde doğrudan muayene kuralları söz konusu olmalıdır.¹¹⁷³

Arama işlemi, vücutta ve giysilerin altında vücut yüzeyinde ve vücut açıklıklarına gizlenen nesnelerin aranması şeklinde yapılır.¹¹⁷⁴ Burada, önemli olanın bedeninin tümü ya da bedeninin belirli bölümlerinin mi (örneğin kan, mide sıvısı) yoksa bedende ya da doğal beden açıklıklarında (örneğin ağız, vajina) belirli nesnelerin aranıp aranmaması mı olduğu, ilk halde muayeneden, ikinci halde ise, aramadan bahsedilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁷⁵ Vücutta bir nesne aramasının söz

¹¹⁶⁸ ÖZBEK: “CMH. ‘da Arama”, sh. 112

¹¹⁶⁹ Hamdi ÖNER: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Tahdit Eden Kaideler” **Adliye Ceridesi**, 29.Sene, 12. Sayı, No: 108, Ankara Yeni cezaevi matbaası, 1939, sh.1985

¹¹⁷⁰ CENTEL; ZAFER.; “CMH. 1. Baskı”, sh.286

¹¹⁷¹ ÖZBEK aradaki farkı tıbbi araçlar kullanılması olarak belirtmekte ise de aramada da bazı basit tıbbi araçlar kullanılabileceğinden CENTEL’in görüşüne iştirak etmekle bu görüşe katılmamaktayız.(YN)

¹¹⁷² CENTEL: “Vücudun Muayenesi”, sh. 77

¹¹⁷³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 130, no. 81a, 22

¹¹⁷⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 9a (Fezer 6-11, aM AK Wassermann 2: arama özelliği konusunda ayırt edici özellik için LG Trier NJW 87, 722)

¹¹⁷⁵ BEULKE; a.g.e., sh.130, no.241, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 132, no. 81a, 19, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.256, no.81a, 10

konusu olduğu, ancak, bunun için mağdurun korunması anlamında hekimin gerekli bulunduğu hallerde, bir muayenenin varlığı kabul edilmektedir.¹¹⁷⁶ Yutulmuş bir nesneyi tespit etmek amacı ile röntgen çekme ve ışın verme de vücuda müdahale sayılmış¹¹⁷⁷ olup, buradaki belirleyici olanın tıbbi alet kullanılması olmayıp, kendi içerisinde vücutta risk oluşturan vücudun ışına maruz bırakılmasından kaynaklandığı belirtilmektedir.¹¹⁷⁸

Muayene tamamen veya kısmen çıplak vücudun veya vücut kısımlarının niteliklerini öğrenmek amacıyla yapılmaktadır. Vücutta aramanın amacı ise; “elbiseler altında veya arasında ya da vücut yüzeyinde ağız, anüs ve vajinada saklı maddeleri bulmaktır.” Suçtan kaynaklanan ve açıkça görülemeyen dövme ben, leke, siğil gibi vücut alametleri veya tırnak arasında kan, deri parçası, vücutta tırnak ya da enjektör izi gibi izleri bulmak için vücut yüzeyinin incelenmesi muayene, vücut üzerine plasterle yapıştırılmış veya ağız, anüs, vajinada saklanmış maddeleri araştırmak ise arama sayılmaktadır.¹¹⁷⁹

¹¹⁷⁶ BEULKE; a.g.e., sh.130, no.241

¹¹⁷⁷ CENTEL; “Vücudun Muayenesi”, sh.286, LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e.,sh.130, no.81a.19

¹¹⁷⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 130, no. 81a, 28

¹¹⁷⁹ CENTEL; “Vücudun Muayenesi”, sh.286, LÖWE/ROSENBERG(Krause):a.g.e.,sh.130, no.81a.19

D. VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMANIN ŞARTLARI;

Koruma tedbirlerine karar verilebilmesi için bir takım önşartların gerçekleşmesi gereklidir. Koruma tedbirlerinin geneline ilişkin önşartlar; yasayla düzenlenmiş olmak, suç şüphesi bulunmak, görünüşte haklılık taşımak, orantılılık ilkesine uygun bulunmak ve gecikmede sakınca oluşturmak olarak sayılabilir.¹¹⁸⁰ Bu genel şartların yanına vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerine özgü olarak sağlığa zararlı olmamak ve hekimce tarafından yapılmak şartlarını da eklemek gereklidir.¹¹⁸¹

Muayene kaçınılmaz olmalıdır. Tartışmalı davaların açıklığa kavuşturulması ve eşdeğerde kanıtların bulunmaması ya da şimdiye kadar incelenen kanıtların soruya bir cevap getirmemesi hallerinde kaçınılmaz durum var demektir.¹¹⁸²

1. YASALLIK

Koruma tedbirleri, insan hak ve hürriyetlerini tehdit eder nitelikte bulunmaları nedeniyle, “*ancak yasayla düzenlenmiş olmaları halinde*” uygulanabilirler. Yasal olarak düzenlenmeyen bir koruma tedbirinin uygulanması veya yasada olmayan bir koruma tedbiri yaratılıp uygulanması mümkün değildir.¹¹⁸³ Kanunkoyucu bu nitelikleri nedeniyle koruma tedbirlerine özel bir önem vermekte ve her koruma tedbiriyle ilgili yasalarda ayrıntılı düzenlemeler yapmakta ve bu suretle yasal yapı içerisinde kontrollü şekilde uygulanmalarını sağlamak istemektedir. Vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri de vücut bütünlüğü ve özel hayata müdahale oluşturduklarından yasada açıkça tarif edilmeleri, koşullarının belirlenmesi gereklidir.¹¹⁸⁴

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin de vücut bütünlüğünü ve özel hayatın gizliliğini ihlal eder nitelikleri nedeniyle yasada ayrıntılı şekilde düzenlenmişlerdir.

¹¹⁸⁰ ÖZBEK;“DNA Analizi”, sh. 9

¹¹⁸¹ NUHOĞLU; “Vücut Muayenesi-Seminer”,

¹¹⁸² BENFER; a.g.e., sh.212, no.57, (KMR 81c n.21)

¹¹⁸³ ÖZBEK; Vücut muayenesinin yasada düzenlenmediği 1999 yılı çalışmasında, “vücut muayenesi tedbirine yasada düzenlenmediği için başvurulamaz, başvurulmamalıdır.” demektir.

ÖZBEK;“CMH’da Arama”, sh. 21, YERLİ; a.g.e., sh.96

¹¹⁸⁴ CENTEL-ZAFER;“CMH. 1. Baskı”, sh. 277

2. SUÇ ŞÜPHESİ (MAKUL KUŞKU)

Bazı yazarlarca, bu şart koruma tedbirlerinin önşartları arasında sayılmamaktadır. Ancak muayene ve örnek alma işlemlerinin çok çeşitli amaçlarla yapılıyor olması nedeniyle, yapılan işlemin koruma tedbiri niteliğinde olup-olmadığının belirlenebilmesi için, suç işleme şüphesinin varlığı şartını da burada saymamız gerekmektedir.

AİHM, Fox, Campell ve Hartley/Birleşik Krallık davasında “makul bir kuşkuya sahip olmayı”, “*kişinin suç işlemiş olabileceği konusunda objektif bir gözlemciyi inandırabilecek olayların veya bilginin varlığını gerektirir, makul olarak görülebilecek şey, olayın bütün koşullarına dayanır*”¹¹⁸⁵ şeklinde açıklamıştır.

Ceza muhakemesi anlamında vücut muayenesi veya örnek alınabilmesi için; “*bir suçun işlendiğine ilişkin şüphenin varlığı*” gereklidir. Ceza muhakemesi kapsamında takibi gereken bir suçun varlığı şüphesi olmadığı takdirde yapılan (bilimsel deney, veri bankası oluşturma vs. gibi¹¹⁸⁶) muayene ve örnek almalar CMK anlamında bir uygulama değildir. Bu anlamda idari yaptırım uygulamak veya toplumsal baskılar amacıyla yapılan bekaret kontrolleri ve diğer tüm muayene ve örnek alma işlemleri, (bir suçu aydınlatmaya yönelik olmadığından) ceza muhakemesi kapsamında bir koruma tedbiri sayılmamaktadır. Bu konuda CMK. md. 75 gerekçesinde muayene ve örnek almanın ancak sanığa isnat edilen bir suçla ilgili olarak delil elde amacına yönelik olabileceği, bilimsel deney ve veri bankası oluşturmak amacıyla bu işlemlerin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu, kimliklendirme için veri bankası oluşturabilmek amacıyla, özellikle Anglo-Sakson ülke uygulamalarında kullanılan örnek alma yöntemlerinin, hukukumuzda önünü kesmek isteyen bir yaklaşımdır. Kanunkoyucu, bu gerekçesiyle, muayene ve örnek alma işlemlerinin sadece suçun ispatında ve oluşmuş bir suçun takibiyle ve delillendirilmesiyle ilgili olarak yapılabilmesini, diğer gerekçelerle bu yola başvurulmamasını sağlamak istemektedir.

¹¹⁸⁵ M. NUR TERZİ: “Gözaltı ve Tutuklamaya İtiraz”, İzmir Barosu Seminer 3 Sunumu, (çevrimiçi) www.britishcouncil.org.tr/turkish/society/seminer3, 25.06.2006

¹¹⁸⁶ Zekeriya YILMAZ: “Tüm Değişikliklerle Notlu-Açıklamalı-Karşılaştırmalı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005, sh. 40

Alman hukukunda; vücut müdahalesine izin verme belirli düzeyde suç şüphesinin bulunması ile ilgili görülmemekte, ancak, kararın uygulanması sırasında orantılılık ilkesinin dikkate alınması suç şüphesinin yapılacak müdahaleyi savunabilecek şekilde **gerekçelendirilmiş** olması gerekli görülmektedir. Bu esnada suça ilişkin şüphe de sanığa yapılacak müdahale kadar etkin olmalıdır.¹¹⁸⁷ Soruşturma açmak için yeterli başlangıç şüphesi bulunduğu (§ 152, 21 ff) kan örneği alımı kararı verilebileceği, sıvı alımı gibi ağır türdeki diğer müdahalelerin yapılabilmesi için § 112 paragraf 2 ye göre tutuklama nedeni oluşturabilecek -en azından tutuklama kararı verilebilecek- düzeyde yoğun, daha güçlü bir suç şüphesi gerekmektedir.¹¹⁸⁸ İlgilinin “kitle gen testine” katılmaya rıza göstermemesi, bir avukatın hazır bulunması gibi haller başlangıç şüphesi olarak kabul edilmemiş, ancak, başlangıç şüphesinin gerekçelendirilmesinde, taraf ifadelerinde çelişki bulunması veya ilgilinin doğruluğunu teyit etmesi için, çağırdığı tanık tarafından doğruluğunun onaylanmaması halleri şüphe gerekçesi olarak kabul edilmiştir.¹¹⁸⁹ Ancak bunun yeterli olmadığı, ilgili kişinin kişiliğinde (örneğin; yaş, boy,cinsiyet, sanığın dış görünüm özellikleri, araç sahipliği vs.) başkaca durumların mevcut olması ve bunlardan soruşturma konusu suça ilişkin tespit ilişkisi bulunması ve bu şekilde potansiyel ilgili kişi grubunda daha ayrıntılı araştırma yapılması gerektiği savunulmaktadır.¹¹⁹⁰ Dosya içeriğinden böyle bir kanaat edinilememişse, başkaca delillerin toplanması da gerekli olup, bu hallerde soruşturmanın hangi aşamada olduğu önem taşımamaktadır. Soruşturmaya ilgili bir müdahale gerekçesi kalmamış ve şüphe delil toplama esnasında azalmış ise, ağır müdahalelere izin verilmemektedir.¹¹⁹¹

İngiliz hukukunda; bir kişiden rızası dışında örnek alınabilmesi ve muayene edilebilmesi için; muayene edilecek veya örnek alınacak kişinin (sabıka kaydına

¹¹⁸⁷ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 32

¹¹⁸⁸ “StPO § 81 a ,paragraf 1,cümle 1- gerektiğinde § 81 e ile bağlantılı olarak – kişilerde duruşmaya konu edilen suça ilişkin başlangıç şüphesi (§ 52) bulunmadığı takdirde zorla tükürük örneği veya başkaca müdahalelere (örn kan alımı) (örn. sonradan yapılacak moleküler genetik araştırmalar) izin vermez. § 81 a, paragraf 1 bu önlemlerin uygulanmasına sadece gerçekte başlangıç şüphesi gerekçelendirebilen sanık üzerinde uygulanmasına izin verir,örneğin Yasal kayıt ile formel olarak (henüz) sanık olarak getirilen kişiler üzerinde bu uygulamaya izin verilmez” : LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 9

¹¹⁸⁹ “Trafik kazalarında, kazaya katılanların hepsi gerektiğinde yolcуда (örn. sürücüyü engellenmiş olma şüphesi ile veya rol değişim durumlarında) şüpheli konumundadır. Birden fazla kişi aracı diğerinin sürdüğü gerekçesi ile birbirini karşılıklı olarak suçladığında önce hepsi sanık olarak dikkate alınmalıdır.”: LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 127, no. 81a, 10

¹¹⁹⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 127, no. 81a, 9

¹¹⁹¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 32

geçebilecek) bir suçta karıştığı konusunda şüphelenmek ve alınan örneğin suçta katıldığını teyit edeceği veya katılmadığını göstereceğine inanmak için makul sebepler bulunmalıdır.(PACE md. 62/(2C)-a)

3. HAKLI GÖRÜNME-GEREKLİLİK

Kişi hürriyetlerini sınırlamaları nedeniyle, koruma tedbirlerinde her zaman haksızlık riski ve olasılığı vardır.¹¹⁹² Ancak gerçeğe varma çabasındaki muhakeme faaliyeti bu risk ve olasılıklar nedeniyle, muhakemenin gereklilikleri ve amaçlarının zorunlu kıldığı bazı işlemleri yapmaktan da kaçınamaz. Bir tedbirin alınması gereği her zaman tam olarak kesin olmayabilir. Koruma tedbirininse gecikmeksizin uygulanmaması durumunda zarar tehlikesi olabilir. Bu takdirde söz konusu koruma tedbirinin uygulanmasının haklı gibi görünmesi (*apparanze guiridica*¹¹⁹³) yeterli sayılabilir. Burada bir haklı olma konusunda olasılık hesabı yapılmakta ve eğer haklı olabileceği¹¹⁹⁴ konusunda eldeki veriler bir intiba-izlenim yaratıyorsa, koruma tedbirinin yarattığı hak ihlalleri riski göze alınmaktadır.

Bu şarta göre; “*görünüşte haklılık*” olmalıdır. Bir koruma tedbirine başvurulması bakımından bir hakkın gerçekten var olduğu konusunda kuvvetli bir ihtimalin mevcut olması gerekir. Bu konuda kesinlik aranmadığı içindir ki, ilk bakıştaki haklılıkla yetinilir.¹¹⁹⁵ Ancak görünüşte haklılığın her koruma tedbirinde o tedbirin niteliğine göre ayrı-ayrı değerlendirilmesi ve koruma tedbirinin devamı boyunca denetlenmesi gerekir.¹¹⁹⁶

Muayene, gerçeklik araştırması (*Wahrheitsforschung*) amacıyla, bulunan bir delilin doğruluğunun şüpheli bulunması, bulunmuş olan diğer delillerle desteklenmesi, karşılaştırılması ve birbirleriyle ilişkilendirilmesi ile bu delillerin ve verilen ifadelerin doğruluklarının saptanması gerekliliği veya verilen ifadeye itiraz edilmesi durumlarında gereklidir.¹¹⁹⁷

¹¹⁹² CENTEL-ZAFER; “CMH.1. Baskı.”, sh. 246

¹¹⁹³ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 758, No 48.2

¹¹⁹⁴ “*Korunması muhtemel bir muhakeme durumunun gerçekleşebileceğinin muhtemel görünmesi....*” KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 759, No. 48.

¹¹⁹⁵ ÖZBEK; “DNA Analizi” sh. 10

¹¹⁹⁶ TOSUN; a.g.e. sh. 825

¹¹⁹⁷ WILHELM; a.g.e., sh.3

Bir cinsel saldırı olayında, mağdurun beyanına başvurmanın imkansız olduğu bir halde, ıssız bir yerde olay yerinde bulunan ve hareketlerinden olayı gerçekleştirmiş olabileceği izlenimi doğan bir kişinin üzerinden örnek alma ve muayene işlemi yapılması bu şarta örnek olarak verilebilir. Sadece kişinin orada bulunması değil, hal ve tavırlarının üzerinde muayene işlemi yapılması halinde delil bulunabileceği olasılığını göstermesi ve bunun o an haklı gibi görünmesi yeterlidir.¹¹⁹⁸

4. GECİKMESİNDE TEHLİKE BULUNMA

Ceza muhakemesinde bir koruma tedbirine başvurulabilmesi için; gecikmede tehlike (*priculum in mora*¹¹⁹⁹) bulunması gereklidir. Gecikmeden (tehirden) maksat, derhal müdahale edilmediği takdirde korkulan zararın gerçekleşmesi tehlikesinin varlığı,¹²⁰⁰ koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek zaman kaybının muhakemeyi güçleştirmesi, hatta olanaksız kılmasıdır.¹²⁰¹ Burada tehlikenin mümkün olması yeterli değildir, ihtimal dahilinde (muhtemel) olması gereklidir. Tehlikenin yakın olması gereklidir ve hangi koruma tedbiri söz konusuysa ona göre hesaplanmalıdır.¹²⁰²

Gecikmesinde sakınca bulunan hal kavramı “Beden Muayenesi Yönetmeliğinin 3. maddesiyle “Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği(01.06.2005 tarihli)” ‘nin 4. maddesinde; “Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali” olarak tanımlanmıştır.

Gecikmesinde sakınca bulunması halinin bir koruma tedbiri oluşturmasının yanında diğer özelliği; aslen hakimın takdirinde olan karar verme yetkisinin

¹¹⁹⁸ “Hükümden önce alınan koruma tedbirleri bu sebeple isnat olunan suç konusunda belliliğe dayanacak değildir. Ancak herhangi bir şüphe de imkan olarak kaldıkça hak ve hürriyetleri kısıacak olan koruma tedbirlerinin alınmasını haklı göstermeyecektir. Bu tedbirlerin alınması için imkan değil, daha fazla bir şey olan “ihtimal” aranacaktır.” KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 759, No 48.2

¹¹⁹⁹ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 757, No 48.2

¹²⁰⁰ CİHAN-YENİSEY; a.g.e., sh. 162, “Kovuşturma tedbirlerine başvurulmasında zorunluluk bulunmalı, yani, gecikme tehlike doğuracak olmalıdır.Bu tehlike ceza muhakemesinin gerektiği gibi ve amacına uygun şekilde yapılmaması tehlikesidir.”(CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”. sh. 246), “Tehlikenin istenmeyen sonuçlarını gerçekleştirecek kadar yakın olması, o anda müdahale etmenin zorunlu olması şarttır”: YENİSEY: “Hazırlık Soruşturması Ve Polis”, sh. 102

¹²⁰¹ ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh. 9

¹²⁰² KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”. sh. 757-758, No 48.2

istisnalarını oluşturmaları ve bu hallerin varlığı hallerinde Cumhuriyet Savcıları ve bazı hallerde kolluğun da yasada belirtilen koruma tedbirlerine karar verebilmelerine olanak sağlamasıdır. (Bu haller IV. Bölümde Bilirkişinin atanması konusunda ayrıntılarıyla belirtilmiştir.) Gecikmesinde sakınca bulunan halin takdiri Cumhuriyet Savcısındadır. Ancak CMK. (öncekinden farklı şekilde) bu hallerde yapılan Cumhuriyet Savcısı işlemlerinin hakim kararıyla onanması zorunluluğunu getirmiş olması nedeniyle, bu takdir aslen hakimın yetkisine girmiş durumdadır. Aslen savcının bu yetkisini kullanabilmesi, “hakime ulaşmanın mümkün olmadığı hallerde” vardır. Zaten savcı bu yetkiyi, hakime ulaşmanın imkan dahilinde olduğu hallerde kullanamamaktadır.

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde bu şart kendini daha çok göstermektedir. Zira suç nedeniyle, şüpheli, mağdur veya üçüncü şahıslar üzerinde bulunan ve suçun ispat vasıtası veya failin saptanmasını sağlayacak delillerin vücutta kalma süresi biyolojik olarak bellidir. Failin bir an önce yakalanabilmesi amacıyla, failin, mağdurun veya üçüncü şahısların üzerinde faile, mağdura, üçüncü şahıslara veya olay yerine ilişkin örneklerin veya suç izlerinin bulunup bulunmadığının tespitiyle, bu örneklerden hareketle failin belirlenmesi çabası yanısıra, mağdurun yaralanmasının mahiyeti veya failin üzerinde suç sırasında oluşabilecek yaralanmalar, çizikler, ekimozların tespiti önem taşımaktadır. Adli tıp açısından yaraların iyileşme¹²⁰³, vücut üzerindeki izlerin, biyolojik şekilde vücut tarafından veya diğer fiziki yollarla kaybolma süreleri bellidir ve bu süreler genelde çok kısadır. Mağdurun yaralarının iyileşmeden tespiti, cinsel saldırılarda mağdur üzerinde sanığın, sanık üzerinde mağdurun biyolojik kalıntılarının bulunması kısa zamanlarda yapılması gereken işlemlerdir.

Burada kıstas alınması gereken;” işlemin gecikmesi durumunda delilin kaybolabileceği ihtimali bulunmasıdır.” Suçun işlenmesinin üzerinden tıbben delil bulunması açısından zamanın öneminin kalmadığı hallerde gecikmede sakınca bulunan halden bahsedilemeyecektir. Gecikmesinde sakınca bulunmayan bir durumda ise koruma tedbiri söz konusu olamaz.¹²⁰⁴ Örneğin; üzerinden uzunca bir

¹²⁰³ Yara iyileşmesi; dokunun harabiyetinden oluşan boşluğun vücutta kaybolan dokunun aynısının yeniden teşekkülü (**regeneration**), o bölgedeki boşluğu alakasız bir dokunun doldurması(**reparation**)
GÖK: a.g.e. sh. 244 vd.

¹²⁰⁴ “Örneğin; şuurun tespiti” :TOSUN; a.g.e. sh. 827

süre geçmiş ve ilişki nedeniyle bir çocuğun doğmuş olduğu bir olayın tahkikatı sırasında, çocuk üzerinde DNA incelemesi yapılması işleminde, DNA analizlerinin II. Bölümde ayrıntısıyla belirtilen biyolojik ve tıbbi nitelikleri gereği her zaman aynı netlikteki sonuçlarla yapılması mümkün olduğundan, gecikmesinde sakınca bulunan hal yok kabul etmek gerekir. Gecikildiğinde analizin yapılamaz duruma düşülmesi gereklidir.¹²⁰⁵

Bu açıdan trafik olaylarında alkollü sanığın muayenesi ve kan vs. örneklerin o anda alınması zorunluluğu gecikmesinde sakınca bulunan hale en iyi örneklerdendir. Suç sırasında kendisi de yaralanan veya vücudunda izler oluşan sanığın, kaçarak bu izlerin kapanmasına kadar saklanması sonrasında bu yara ve izlerin kapanması ihtimali de delili ortadan kaldırıp, muhakemeyi yapılamaz hale getirebileceğinden, aynı şekilde gecikmesinde sakınca bulunan hal sayılmalıdır.

5. ORANTILILIK

Orantılılık (*Verhältnismaßigkeitsgrundsatz*) (ölçülülük-ikincillik) ilkesi; koruma tedbirlerinin önşartı olmasının yanısıra,¹²⁰⁶ ceza muhakemesinin ve insan hakları öğretisinin en önemli ana ilkelerinden birini, hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda, bir hukuk devletinde¹²⁰⁷ mutlaka uyulması gereken genel bir ilkeyi¹²⁰⁸ oluşturmakta ve kaynağını hukuk devleti anlayışından almaktadır.¹²⁰⁹ Kamu yararı ile birey yararı dengelenmelidir. Kamu yararı birey zararına işletilirse, haklar ve değerler örselenecek; birey yararı toplum zararına kayırılırsa yargılama

¹²⁰⁵ ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh. 9

¹²⁰⁶ Halen Türk Ceza Muhakemesi Hukuku öğretisinde bazı yazarlar orantısallık ilkesini ceza muhakemesinin genel ilkeleri içerisinde değerlendirmekte (TOSUN, ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK (ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK; a.g.e. sh. 131), diğerleri ise koruma tedbirlerinin genel şartlarından biri olarak (KUNTER-CİHAN-YENİSEY-NUHOĞLU(KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”.,sh. 760, No: 48.3, dn. 18), YURTCAN(YURTCAN; CYH. 11. Baskı”.sh. 821, CENTEL-ZAFER, a.g.e. sh. 246) kabul etmektedirler. Bu uygulanan koruma tedbirinin şartlarının oluşup-oluşmadığını tespit açısından önem taşımaktadır. Kanaatimizce insan hak ve ihlalleriyle yakın ilgileri nedeniyle orantısallık ilkesinin koruma tedbirlerini de önşartı kapsamında değerlendirilmesi gerekli ve olumludur.

¹²⁰⁷ “Çünkü hukuk devleti, aynı zamanda, eylem ve işlemlerinde aşırılığa kaçmayan, ölçülü (orantılı) davranan devlettir .” (ÖZTÜRK-ERDEM-ÖZBEK; a.g.e., sh. 131, ÖZBEK:“Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, sh. 21)

¹²⁰⁸ Yusuf Şevki HAKYEMEZ, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.II, İstanbul, 2001, s.1287 vd.; Yücel OĞURLU; “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. IV, sy. 1-2, Erzincan, 2000, s.147

¹²⁰⁹ KOCA; a.g.e. sh. 9, *Esasında hukuk devleti, özgürlük kısıtlamasının şartları gerçekleşse dahi, bireyin bu kısıtlamadan en az zararla kurtulmasını hedef tutan bir anlayışı tercih eden devlettir. Bu ilkenin devlet karşısında bireyi koruyucu bir araç olduğu da muhakkaktır.*”;OĞURLU; a.g.e. sh. 157

kilitlenecek, dolayısıyla her iki durumda da hukuk barışı tehlikeye düşecektir.^{1210, 1211} Hakim karar verirken bu ilkeyle bağlıdır.¹²¹²

AY.'nın 13 maddesi (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.); “*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*” demek suretiyle ölçülük-orantılılık kriterinin anayasal bir ilke olduğunu belirtmiştir.¹²¹³

Orantılılık ilkesi: “*kamu yararı ve birey yararı arasındaki duyarlı dengeyi kollayan*” bir ilkedir.¹²¹⁴ Demokratik toplum, çoğulculuk, akılcılık ve toleransın bir arada olduğu bir toplumdur ve alınan önlemlerle elde edilen amaç arasında makul bir oran bulunması demokratik toplumun ana gereklerindedir.¹²¹⁵ Kullanılan araçların amaçla orantılı olup-olmadığı¹²¹⁶ AİHM ’nin hürriyetlere ve haklara getirilen sınırlamalarla ilgili ana kıstası niteliğindedir.¹²¹⁷ Orantılılık ilkesi, devletin üç erkini de (yasama, yürütme, yargı) aynı ölçüde ve aynı duyarlılıkla bağlayan bir ilke özelliğine sahiptir.¹²¹⁸ Müdahalenin olduğu yerde müdahalenin sınırlarının da belirtilmiş olması gereklidir. Aksi halde “polis devleti” “mülk devletinden” bahsedilir.¹²¹⁹

¹²¹⁰ YCGK, 19.12.1994 tarih, E.1994/6–322, K.1994/343 (KOCA; a.g.e, sh. 9, dn. 15 ayrıca www.yargitay.gov.tr

¹²¹¹ “*Muayene yapılması elde edilecek şüphe sebeplerinin olayın aydınlatılmasına yardımcı olacağı kuvvetle tahmin ediliyorsa ve orantılı ise hukuka uygundur*”. YENİSEY; “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, sh. 203, No: 473

¹²¹² ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, sh. 259

¹²¹³ “*Orantılılık İlkesi; Adalet düşüncesiyle bağlantılı olup, genel hukuk ve Anayasa Hukuku karakteri içerir. Bu ilke genel kısımda özellikle ceza yaptırımlarının tayin ve tespitinde önemli rol oynar. Kanun koyma faaliyetlerinde bu ilkeyi “ultima ratio” ilkesi desteklemelidir.*” Andrzej WASEK (Lublin); Bkz. ; Yener ÜNVER; “Uluslararası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar”, Khuka Kamu Hukuku Arşivi, (çevrimiçi), www.khuka.cjb.net, 31.05.2005

¹²¹⁴ “*Bir talep hukuki bir ihticaç ile, muayyen bir normun zaruri neticesi olarak kabul edilebildiği takdirde haklı sayılır. Alınan neticenin doğruluğu ihticaçın şekline, tamamıyla doğruluğuna ve mantiki olup-olmamasına bağlıdır. Gereğesi inandırıcı olmak şartıyla hatalı bir netice hukuki bakımdan kıymetli olabilir.*” Ernest HİRSCH: “Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir”, AÜHF Dergisi, Yıl 1, Sayı 1, Maarif Matbaası, Ankara–1943 sh.192

¹²¹⁵ AİHM; “*Hadyside*” Kararı (DÜLGER; a.g.e., sh. 7)

¹²¹⁶ AİHM, *Ashingdane/İngiltere* kararı,(28.5.1985, A 93, s.24, §57) (Feyyaz GÖLCÜKLÜ; Şeref GÖZÜBÜYÜK, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*”, Ankara ,Adalet Matbaası, Eylül/1994, sh..324)

¹²¹⁷ Monica MOCAVEI: “İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No;2”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara- Açık Cezaevi, Kasım 2003, sh. 44

¹²¹⁸ HAKYEMEZ, a.g.e., Sh, 1326, KOCA; a.g.e.; 9

¹²¹⁹ OĞURLU: a.g.e., sh. 148

Ceza muhakemesi açısından orantılılık (ikincillik) ilkesi; “Bir ceza muhakemesi işleminin yapılmasıyla elde edilmesi umulan yarar ve ortaya çıkması olanak içinde bulunan zarar arasında bir oranın bulunması, oransızlık halinde bu işlemin yapılmamasını” ifade eder. Koruma tedbiri gerekliyse uygulanmalı, aşırıya kaçılmamalıdır.¹²²⁰ Beklenen amaç ile bu amacı gerçekleştirmek için başvuru aracı arasında bir denge bulunmalıdır. Araç amaçtan daha değerli olmamalı, beklenen yarardan çok zarar umuluyorsa¹²²¹ ve daha az değerli bir araçla amaca ulaşılabilecekse o tercih edilmeli,¹²²² gerekenden daha değerli araç kullanılmamalıdır.¹²²³ Bu ilke, uygulanacak koruma tedbirinin seçiminde olduğu kadar, seçilmiş ve halen uygulanmakta olan bir koruma tedbirinin uygulanmasına devam edilip edilmemesi ile ilgili olarak, devamında da göz önünde bulundurulmalı ve orantılılık denetimi sürekli yapılmalıdır.¹²²⁴

Ceza muhakemesinde orantılılık ilkesi, yasa ile belirlenen koruma tedbirlerine başvuracak organın hangi tedbire başvuracağını seçmede önem taşımaktadır. Gerçekten daha hafif (bireyin hak ve özgürlüğüne daha az zarar veren) bir tedbirle beklenen amaca ulaşmak mümkünse, daha ağırına başvurmak orantılılık ilkesine aykırılık oluşturur. Bu durumda, kovuşturma organları, yasa ile belirlenen aracın (koruma tedbirlerinin) seçimini yapmada, seçtikleri aracın uygulanmasının koşullarının oluşup oluşmadığını belirlemede ve koşullar oluştuğunda da, tedbir amacına ulaşır ulaşmaz bu tedbire son vermede orantılılık ilkesi ile bağlıdırlar. Çünkü tedbirlerin durumun gerektirdiği ölçüde, yani ihtiyaçla orantılı olması gerekir.¹²²⁵

Orantılılık ilkesi genel anlamıyla; “*temel hak ve özgürlüklere müdahale söz konusu olduğunda, sınırlamada başvuru aracının sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını, bu aracın sınırlama amacı açısından gerekli*

¹²²⁰ CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh. 246

¹²²¹ ÖZBEK; “DNA Analizi”, sh. 9

¹²²² AİHM “Wemhoff/Almanya” (27.6.1968, A 7, s.25, § 13) davası; “Tutukluluk, ana kural serbestiye istisna getiren ağır bir önlem olduğundan, alternatifinin olması halinde bu önleme başvurulamaz. gerekir Sanığın kaçma tehlikesi nedeniyle tutuklanması halinde bir güvence alınarak bu olasılık ortadan kaldırılabiliyorsa sanığı tutuklamaya gerek kalmayacaktır (GÖLCÜKLÜ-GÖZÜBÜYÜK,a.g.e., sh..194, KOCA; a.g.e. sh. 15)

¹²²³ KOCA; a.ge., Sh, 15

¹²²⁴ “Karar aşamasında orantılı gözükten amaç-aracı dengesi muhakemenin gidişine göre sanığın lehine veya aleyhine bozulabilir. Bu gibi durumlarda orantılılık ilkesi, alınan tedbirin hafifletilmesini veya tamamen kaldırılmasını veya daha da ağırlaştırılmasını gerektirebilecektir.”(KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 761, No 48.3)

¹²²⁵ KOCA: a.g.e sh. 12

olmasını ve araçla amacın ölçüsüz bir oran içinde bulunmamasını”¹²²⁶ ifade etmektedir.¹²²⁷ Her önlemin uygulanması yüzünden doğacak zarar, amaçlanan sonuç ile orantılı olmalıdır. Alınan önlem kaçınılmaz ve suçun ağırlığıyla orantılı olmalıdır.¹²²⁸ Temel haklara dokunan bir kuralı uygularken hakim temel hakların önemini ve değerini göz önünde tutmalı, maksada uygunluk düşüncesi ile hareket etmemeli, mevcut suç şüphesi bir önlemin uygulanmasını haklı göstermelidir.¹²²⁹ Orantılılık esası dikkate alındığında genelde katlanılmayacak müdahale olarak kabul edilen işlemlerin sanığa yapılmasına izin verilmemelidir.¹²³⁰ Bu nedenle ağır müdahalelere sadece suç başkaca bir yöntem ile açığa kavuşturulamayacak ise izin verilir. Her zaman önce basit bir muayene uygulanmalıdır.¹²³¹ Ancak, özel hallerde, müdahalenin ağırlığına ilişkin konuda karar vermeden önce ana duruşmada kanıt gösterilip gösterilmemesine gerek olup olmaması ve şüphenin herhangi bir biçimde artıp artmadığına, müdahalenin orantılılık ilişkisi içerisinde olup olmadığını araştırmak gereklidir.¹²³²

Orantılılık vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde belki de en önemli şartlardan birini oluşturmaktadır. Çünkü bu şart aynı zamanda işlemin hukuka

¹²²⁶ “Failin eyleminin ağırlığı ile başvurulacak önlemin ağırlığı arasında bulunması istenen dengedir. Suç ne kadar ağırsa önlemlerde ağırlaşacaktır. Eğer ceza yargılamasında bir olayda daha hafif bir önleme başvurulacak amacına ulaşabilecekse bu hafif önlemlerle yetinilebilmelidir.”; YURTCAN; “CYH. 11. Baskı”. sh. 305, ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi”, sh.259

¹²²⁷ KOCA; a.g.e. sh. 9 (Ergun ÖZBUDUN, **Türk Anayasa Hukuku**, 4.Baskı, Ankara, 1995, s.81 den naklen). Diğer bir tanımlamayla; “Bir özgürlük ya da hakkı sınırlandırmada başvuru aracın, sınırlandırmayla ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirilmeye elverişli olması, sınırlama aracının amaç için gerekli olması, araçla amaç arasında ölçülü bir oran bulunması şeklinde tanımlanmaktadır.” OĞURLU; “a.g.e.,sh. 149, YURTCAN; “CYH. 11. Baskı”, sh.305 (Emin MEMİŞ; Anayasa Hukuku notları(Türk Anayasa Gelişimleri Süreci) İstanbul-1998 sh. 193 den naklen) *Diğer bir tanım ise;”idarenin davranış ve hareketlerinde kullandığı imkan, araç ve ölçülerin, bu davranışı ile elde etmek istediği sonuçlara uyarlanması”dır.*(KOCA; a.g.e. sh. 12 -GUBAL “De La Proportionnalité”, AJDA 1978 s. 479 dan Celal ERKUT; Hukuka Uygunluk Bloku, İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1996, s. 108’den naklen)

¹²²⁸ JOECKS; a.g.e., sh.147, no.9 (BVerfGE , NJW 2004, 3697), LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 132, no. 81a, 33, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257 no.81a, 18 (BVerfG NJW 04, 3697, Bay NJW 57, 272, 274, 64, 459, Hamm NJW 60, 1400)

¹²²⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, 18 (BVerfGE 17, 108, 119, NJW 63, 2368, 2370, BVerfGE 16, 194, 202, NJW 63, 1597, BVerfGE 17, 108, NJW 63, 2368, 2370) “**Araç ile amaç arasında (makul) akla uygun bir orantı bulunmalıdır. Bu nedenle “aşırılık yasağı” (Überschreitung(Fürsorgepflicht (yardım yükümlülüğü) de deniliyor)) olarak da adlandırılır. Bu yükümlülüğü yasal sınırlar içinde aşırıya gitmeden, bir müdafî hizmetine dönüştürmeden yerine getirmek hukuk devletine bağlı soruşturma hukukununun gereklerindedir**”. :YÜCE: “Sanığın Savunması Ümanist İlkeler”, sh.; 167

¹²³⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81c, 30, BENFER; a.g.e., sh.212, no.57, (KMR 81c n.21, Dzendzalovski s.52) .GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, 18 (Hamm NJW 71, 1973), VOLK: “Studium Jura”, sh. 54, no. 23

¹²³¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 132, no. 81a, 33

¹²³² LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 32,

uygunluğu veya aykırılığı ile doğrudan bağlantılıdır.¹²³³ Bu işlemlerin vücuda müdahale niteliğinde olması ve gerektiğinde zor kullanmayı da içermesi nedeniyle, olayın zor kullanmayla delil elde etmeye değmesi, uygulanacak zor kullanma sonrasında elde edilecek delilin de, bu tedbiri uygularken çiğnenen ve ihlal edilen haklara ve telafisi zor manevi zararlara değmesi gereklidir. Henüz öngencilik (ön adölesan) dönemini yaşamakta olan bir genç kız çocuğunun, bir taciz olayında rızası dışında zorla tüm manevi yapısı zarara uğratarak vajinal muayeneye tabi tutulmaya çalışılması orantısızlık nedeniyle hukuka aykırı bir muayene olacaktır. Ancak cinsel saldırı sonrası bir kadının öldürülmesi olayında, failin üzerinden mağdura ait biyolojik kalıntıların bulunması amacıyla muayene edilmesi işleminde işlemle elde edilmek istenen sonuç arasında orantı vardır denilebilir.

Orantılılık denetimi yapmada kullanılacak somut bir ölçünün bulunup bulunmadığı konusu tartışmalıdır. Koruma tedbiri uygulanmasında neyin ölçü alınacağı ve hangi kıstasların orantıyı tespit için kullanılacağı net belli değildir. Bu konuda suçun ağırlığı, cezanın çokluğu,¹²³⁴ failin veya mağdurun nitelikleri, suçun toplumda oluşturduğu infial, zarar verdiği değerler vb. kıstas olarak kullanılabilir. Ancak bunların hiçbiri tek başına sorunu çözmeye yeterli değildir. Orantılılık ilkesinin her olayda, o olayın özelliklerine göre bütün unsurlar ve özellikler bir bütün halinde değerlendirilerek ayrı-ayrı belirlenmesi zorunludur. CMK. 75. maddenin (5). fıkrasında getirilen “*üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacağı, kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacağı*” şeklindeki hüküm, orantılılık ilkesinin kanun metnine yansımış hali olarak tanımlanabilir. Kanunkoyucu kendince belirlediği ve cezası az olması nedeniyle önemsiz saydığı suçlarda iç muayene ve örnek almayı yasaklayarak, bu işlemlerin suçla orantılı şekilde yapılmasını sağlamaya çalışmıştır. Basit suç hallerinde de gerekli görülüyorsa kan alma vb. basit bedensel müdahalelerde bulunma kararı alınabilir. Ancak, diğer

¹²³³ “Müdahalenin rahatsızlık verici olması (*Unannehmlichkeit*) ve ancak uzman tarafından uygulanmasının zorluğu nedeni de geçersiz olmasına gerekçe olarak gösterilmektedir. Federal Eyalet mahkemesi iki olayda suç ehliyetinin tespitine yönelik omurilik sıvısı almayı reddetmiştir. Buradaki gerekçe soruşturma sırasında sanığa yapılacak müdahalenin ağırlığının ve buradaki menfaatin, bu müdahale sırasında sanığın bedenine verilen zararı karşılamamasıdır. Burada sanığın uğradığı zarar sonrasında isteyeceği maddi tazminat, uğramış olduğu zararı giderememektedir.” :KÜHNE; a.g.e., sh.246, no.476, “Oransallık esasını belirleyen talimat derecesi Fed. AYM. ne ceza davalarında zorunlu önlemler konusunda karar verme yetkisi tanımıştır” KÜHNE; a.g.e.,sh.216, no.217

¹²³⁴ KOCA; a.g.e., sh. 9

türdeki bedensel müdahaleler ağır bir suç unsurunun bulunması şartını gerektirir. Her durumda da açıklanması gereken olaylar sanığın bedeninde yapılacak işlemlerden daha ağır olmalıdır.^{1235, 1236}

Kanaatimizce: Orantılılık, vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde, toplumsal tepkiyi ve insan hakları ihlallerini önlemeye yönelik en önemli ilkelerden biridir. Orantılı bir şekilde ceza muhakemesinin gereklilikleri doğrultusunda yapılan bir işlem toplumca kabul görmekte ve katlanma yükümlülüğü açısından daha kabul edilebilir sayılabilmektedir.

6. SIHHATE ZARAR VERMEME

Muayene ve örnek alma işlemlerinin temel şartlarından biri de; “sağlık açısından herhangi bir zarar verilmemesi”¹²³⁷ dir. Muayenenin sağlık açısından zararlı olabileceği endişesi bulunmamalı,¹²³⁸ sağlıkta ek olumsuzluklar oluşturmamalıdır.¹²³⁹ Sağlığın korunması kavramına vücudun dış görünümünün korunmasının yanısıra acı duygusunun ve psikolojik durumunun da göz önüne alınması dahildir. Ancak zaten önceden muayene edilende varolan olumsuzluklar konu dışındadır.¹²⁴⁰

AY md. 17; “Herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar veya kanunda yazılı heler dışında , kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz, rızası olamadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.” hükmüyle vücut bütünlüğünü ve yaşama hakkını anayasal güvenceye almıştır.

¹²³⁵ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 33

¹²³⁶ “Alınan kan örneğinde bir HIV testi ağır suçlarda buna dayanak noktaları bulunuyor ise , sanık üzerinden mağdur tespit edebileceğinden genelde aşırılık yasağına aykırılık teşkil etmez.”: LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 33

¹²³⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, No. 17, BENFER; a.g.e., sh.196, no.5, ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi”, sh.256

¹²³⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81a, 31,

¹²³⁹ WILHELM; a.g.e., Sh.5, “Örneğin: kan alımı karara bağlanmış ise, iğnenin batırılması veya kişinin başının dönmesi sağlığı açısından herhangi bir olumsuzluk olarak görülmez. Ancak hekimlik sanatının uygulandığı sırada kusur olarak görülen koldaki ağırlı şişme bu şekilde değerlendirilmez”:.BENFER; a.g.e., sh.207, no.38, JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 7

¹²⁴⁰ CENTEL: “Vücudun Muayenesi”, sh. 81

Vücut muayenesinde ve örnek alma işlemlerinde, vücuda bir miktar zarar verileceği ve muayene edilenle örnek alınanı sıkıntıya sokacağı, acı vereceği mutlaktır. Bu, ceza muhakemesinin amaçları doğrultusunda, kişilerin katlanma yükümlülükleri ve orantılılık ilkesi çerçevesinde kabul edilebilir bir durumdur. Ancak, yasalar buna bir noktaya kadar izin vermektedir. Bu işlemlerde, kamunun vücut üzerindeki yetkisinin sınırı; “kişinin sağlığının zarara girmesi” halidir. Bu sınıra gelindiğinde, artık hiçbir kamusal menfaatin kişinin yaşam hakkından daha üstün olmayacağı ve rızası olsa bile bu muamelelerin yapılamayacağı kabul edilmektedir. Hiçbir hukuki menfaat kişinin yaşam hakkı ve sağlığından daha önemli değildir.

Alman hukukunda StPO § 81a/(1)'da da; muayene ve örnek alma için şüphelinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması şartı getirilmektedir. Sanık, sağlık durumunda herhangi bir bozulmaya katlanmak durumunda değildir.¹²⁴¹ Burada müdahalenin türü önemli olmayıp, önemli olan muayene edilenin sağlık durumudur.¹²⁴² Ağrılar, geçici olumsuzluklar, korku ve ruhsal problemler söz konusu olabilir. Bunlar sağlığı zarara sokucu nitelikte kabul edilmemiştir.¹²⁴³ Bu hallerde gerektiğinde sağlığı zarara sokma durumu bir bilirkişi tarafından kontrol edilmelidir.¹²⁴⁴ Bilirkişinin raporu bağlayıcı değildir.¹²⁴⁵ Burada endişenin herhangi bir gerekçeye dayanıp dayanmadığı konusundaki takdir yetkisinin –hekimde değil- hakimde olduğu, ancak sağlık açısından sorumluluk doğuracak bir işlemin yapılmasının hiçbir hekimden beklenemeyeceği belirtilmektedir.^{1246, 1247}

Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda izin verilen önlemler (*Zulassige Maßnahmen*) arasında; bilgisayarlı tomografi,¹²⁴⁸ *elektrosefalografi* (beyin dalgaları

¹²⁴¹ BENFER; a.g.e., sh.207, no.38

¹²⁴² LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81a, 31, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, 81a, No. 17 (Kohlhaas NJW 68, 2277)

¹²⁴³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81a, 31

¹²⁴⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, 17(BGH 8, 144, 148, Bresser NJW 61, 251)

¹²⁴⁵ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, 17 (Löffler'le aynı kanaat)

¹²⁴⁶ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 134, no. 81a, 31(dn. 96§ 81a' ya göre kan alınma bağlantılı olarak Suizid problematiki için Kleiber/Püschel Blutalkohol 1987' 100 ff ile karşılaştınız)

¹²⁴⁷ “Münferit durumlarda bu tür olumsuzluktan endişelenmek gerekiyorsa sanığın bedensel yapısını dikkate alarak soruşturma görevlisi bu konuda karar verir. (Löffler NJW 1951, 821, 822) Bu sorumluluğun yetki devrine karşı bütün müdahalelere toptan uygulanmamalıdır. Bir soruşturma görevlisi kan numunesi alımı sırasında şüphelinin sağlığına zarar verilip verilmeyeceği konusunda karar veremez. Bu konu kapsamlı bilgi gerektirir. Eğer görevli bu konuda bir hekime bağlı ise hekimlik sanatının kurallarını dikkate alarak hekime de sorumluluk yüklemek gereklidir”: BENFER; a.g.e., sh.207, no.39.

¹²⁴⁸ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 20 (bu konuda Orstetag/Steindorf NJW 77, 1482, Stöppler/Vogelsang NJW 78, 577), JOECKS;a.g.e., Sh. 147, no. 11

araştırması), **EKG**, midenin boşaltılması, röntgen alma ve ışın verme sağlığa zarar vermeyen müdahaleler olarak kabul edilmiş,¹²⁴⁹ **anjyografi**,¹²⁵⁰ katater yardımıyla idrar alımı sağlığa aykırı görülerek izin verilmezken, **falografi**'ye sanığın rızasıyla izin verilebileceği belirtilmiştir.¹²⁵¹ Ağır suçların soruşturması sırasında ; beyin ve omurilik sıvısının alınmasına her zaman izin verileceği¹²⁵², beyinden röntgen alımı için beyin boşluğuna hava verilmesine (**Pneumencephalographie**) izin verilebileceği¹²⁵³, orantılılık ilkesi dikkate alınarak ise çocuklar dışındakilere kusma meydana getiren ve lavman etkisi yapan maddelere izin verileceği belirtilmiştir.¹²⁵⁴

Bu amaçla CMK. 75. maddesinin ikinci fıkrasında; “*İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir.*” denmektedir. Maddenin gerekçesinde; -ikinci fıkra hükmüyle bağlantılı şekilde muayene ve örnek alınanların sağlığının tehlikeye sokulmamasının sağlanması amacıyla, 75. maddenin üçüncü fıkrasıyla iç beden muayenelerinin veya vücuttan kan ve ya biyolojik örnekler alınmasının ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceği” hükmünün getirildiği, bunun aynı zamanda iç beden muayenesiyle dış beden muayenesinin de sınırını belirlemekte olduğu, iç beden muayenesinin mutlaka sağlık mensuplarınca yapılması gerektiği belirtilmektedir.

Kanatimize: CMK. md. 75/(2) ‘nin kendisi gibi, gerekçesi de kaş yaparken göz çıkararak bir yapıdadır. Öncelikle sağlığın zarara sokulmasıyla kastedilenin ne olduğu maddede açıkça belli değildir. Ayrıca (II. Bölümdeki anlatımlarımızda da ayrıntılı şekilde belirttiğimiz gibi), muayene ve örnek alma işlemlerinin, hekim veya yardımcılarınınca yapılmasının gerektiği genel bir kural olması gereklidir. Bu haliyle maddenin yorumlanması ve gerekçenin açık anlatımından, “dış muayenenin hekim

¹²⁴⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 20, JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 11

¹²⁵⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 20 (Kohlhaas NJW 68, 2277), JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 11

¹²⁵¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 21, (Duesseldorf NJW 73, 2255, Jessnitzer NJW 77, 2128)

¹²⁵² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 22 (BVerufGE 16, 194=NJW 63, 1597, Hamm NJW 71, 1904, Bresser NJW 61, 250, aM Schlüchter 174 “buna hiç izin verilmeyeceği düşüncesinde)

¹²⁵³ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 22(BVerufGE 17, 108, 115, NJW 63, 2368, BGH 23, 176, 186, Celle MDR 56, 695, Hamm NJW 75, 2256, L-R Krause no. 57, Bresser aynı kabulde, Kuhlmann NJW 76 350, Grönnig 54, 300, Ostertag/Sterndorf NJW 77, 19-484 ise bu muayenelere hiçbir zaman izin verilmemesi gerektiği görüşünde)

¹²⁵⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a, 22, JOECKS:a.g.e., Sh. 147, no. 12

veya yardımcılarını dışındaki kişilerce de yapılabileceği” belirtilmektedir. Bu anlamda tam olarak ayrımı yapılamamış iç ve dış muayene kavramları orta yerde dururken, dış muayene niteliğinde olan muayene ve örnek alma işlemlerinin hekim ve yardımcılarını olmadan yapılmasını kabul etmek doğru değildir. Dış muayene niteliğinde olan bir muayene işleminin veya maddede iç muayeneye birlikte değerlendirilen (niteliği tam olarak belirtilmeyip her seferinde farklı olarak sayılan) örnek alma işlemlerinin de sağlığı zarar sokması tehlikesi tıp bilim adamları ve hekimlerce kabul edilmektedir.

Abartılı ve art niyetli bir yorumla, 75. maddenin metninden, “dış muayenelerde sağlığın tehlikeye sokulmasının önemli sayılmadığı” gibi bir sonuç çıkması bile mümkündür. Kanunkoyucunun genel bir kural olması gereken sağlığa zarar verme tehlikesini neden sadece iç muayeneye özgülediği bizce anlaşılamamaktadır.

CMK. nun 75. maddesi şüpheli ve sanık üzerinde cerrahi müdahaleyi yasaklamayıp (gerekçe açıkça bunu belirtmektedir) sadece iç muayene hallerinde sağlığa zarar vermeme şartını getirirken, 76. madde birinci fıkrasında mağdurun muayenesinde iç ve dış muayene ile her türlü örnek alma işlemlerinin ancak sağlığı zarara sokma tehlikesi olmadığı takdirde yapılabileceği, mağdura cerrahi müdahalede bulunulamayacağı hükmünü getirmektedir.

Sağlığın zarar sokulmasından neyin kastedildiği ve hangi hallerin bu kapsamda sayılabileceğinin açıkça belirlenmesi gereklidir. Kanaatimizce bu belirlemeyi yapma yetkisi hekime aittir. Kişinin sağlığını tehlikeye sokma kavramı hukuki bir kavram niteliğinde olmadığı için, hukukilik incelemesi yapan hakim bu kararı vermesi mümkün olmayıp, muhakeme makamlarının hekimin kararıyla bağlı olması gerekir.¹²⁵⁵ Uyuşmazlık halinde tıbbi yapı içerisinde hekimin kararını denetleyecek kurullar da bu yetkiyi kullanabilir. Hekimin, sağlığın zarara gireceğine ilişkin beyanı muhakeme makamlarını bağlayıcı niteliktedir.¹²⁵⁶ İşlemin ertelenmesini zorunlu kılar. Hangi hallerin genel olarak sağlığı zarara sokan hal sayılacağı konusunda kanun metni (yukarıda belirttiğimiz gerekçelerimiz doğrultusunda) bu konuyu belirlemede bu haliyle yeterli olmadığından, öncelikle, bu tür genel kıstaslar

¹²⁵⁵ ÖZBEK; “CMK İzmir Şerhi”, sh. 259

¹²⁵⁶ “Zarar vermenin varlığı bu işlemi yapan kişi tarafından belirlenecektir.” (YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh. 21

koymanın tıbbi açıdan mümkün olup-olamadığı belirlenerek, mümkün olduğu takdirde bilim adamları ve uygulayıcılarca (Adli Tıp bilimi ışığında) bu belirleme yapılmalıdır.

7. HEKİM TARAFINDAN VE HEKİMLİK SANATI KURALLARI ÇERÇEVESİNDE UYGULANMA

Diğer koruma tedbirlerinden farklı olarak, vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin uygulanabilmesinin önşartlarından biri de mutlaka hekim veya yardımcısı tarafından uygulanmaları zorunluluğudur.¹²⁵⁷ Beden müdahalesi bir hekim tarafından hekimlik sanatı kurallarına uygun şekilde yapılmalıdır.¹²⁵⁸ Bunun, aynı zamanda, hakkın icrasının objektif sınırlarını oluşturduğu da ileri sürülmektedir.¹²⁵⁹ Bu şart konuyu düzenleyen kanun metinlerinde açıkça yazılmaktadır. Aynı hüküm Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 4, 5, 6, 7, ve 8. maddelerinde muayene ve örnek alma işlemlerini bir tabip veya sağlık mensubunca yapılabileceği belirtilmektedir.

Bu konunun anlaşılabilmesi, öncelikle hekim kavramından ne anlaşılması gerektiğinin bilinmesine bağlıdır.

a) HEKİM

(1) GENEL OLARAK

*İyi hekim olabilmek için;
“gözlerinize görmeyi, kulaklarınıza işitmeyi, ellerinize hissetmeyi, beyninize düşünmeyi; akıl yürütmeyi- fikir üretmeyi, analiz ve sentez etmeyi, akıcı bir üslupla-açık ve basit anlatımla ifade etmeyi öğretiniz”.*

Sir William OSLER 1849-1919 ¹²⁶⁰

Tıp ve hukuk, konuları itibariyle tarihsel süreç içerisinde, uğraşı alanlarıyla ilintili olarak farklılaşan, ancak gelişimleri itibarıyla ise “paralel” bir yol izlemişlerdir. İnsanların bir arada yaşamalarıyla başlayan süreçte birlikte yaşama

¹²⁵⁷ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.257, no.81a, 19, ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi”, sh.256

¹²⁵⁸ BENFER: a.g.e. sh. 207, no. 37, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81a, 30,

¹²⁵⁹ ÜNVER; “İzin verilen Risk”, sh. 189 (İÇEL’den naklen)

¹²⁶⁰ AKYÜREK-CANDAN; a.g.e., başlangıç sahifesi

kurallarını belirleyen hukuk bilimi normlar ve bu normların uygulanmasıyla görevli “hâkim” ‘i nasıl ortaya çıkardıysa, insanların sağlıklarıyla ilgili çalışmalarda da tıp, bu bilimin bilgi ve kurallarını derleyen tıp bilimini ve bu bilimi uygulayan “hekim”i¹²⁶¹ ortaya çıkarmıştır.¹²⁶²

Etimolojik olarak hepsi Arapça kökenli olan TABABET; hekimlik, tıp bilgisi, tıp,¹²⁶³ TABİP¹²⁶⁴ ise; tıpla uğraşan, hekim olarak tanımlanmaktadır. Hekim terimi Arapçadan “hikmet sahibi olan” anlamında kullanılan bir kökenden gelmektedir. Bu ise Arap dünyasında hekime verilen önem ve bakış açısından kaynaklanmaktadır.¹²⁶⁵ **Hekim** ise; tıp öğrenimi görerek diploma aldıktan sonra kazandığı yetkiye dayanarak hastaları muayene ve tedavi eden kimsedir.¹²⁶⁶ Türk Dil Kurumunca en son kabul edilen karşılığı ile Hekim; “İnsanlardaki hastalıkları teşhis ve onları ilaçlarla veya bazı araçlarla tedavi eden kimse, doktor, tabip anlamındadır.¹²⁶⁷ “Doktor” tabiri de hekim ve tabip yerine kullanılan¹²⁶⁸ Fransızca kökenli bir terim olmasına karşın, aynı zamanda bir akademik kariyeri belirten genel bir tabir olması ve daha çok bu anlamıyla kullanılması nedeniyle bilimsel ve normal kullanımlarda hekim ya da tabip sözcüklerinin önüne geçmemektedir.

Hukuk ve tıp literatüründe; hekim, doktor, tabip şeklinde -temelinde hepsi aynı anlama gelen- terimler kullanılmaktadır. Ceza ve Ceza Usul Hukuku Mevzuatımız ise; öteden beri “*tabip*” kavramını kullanmaktadır.¹²⁶⁹ 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi

¹²⁶¹ Eşanlamlısı; Doktor, tabip

¹²⁶² KÖK; “Hekimin Sorumluluğu -Seminer”, sh. 33

¹²⁶³ TDK Türkçe Sözlük Cilt 2 L-Z 7. Bası Ankara-1983 sh. 1127,

¹²⁶⁴ “**TÜRKÇE SÖZLÜK**”, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005, sh.;1880

¹²⁶⁵ “*Daha ondördüncü yüzyılda "doktor"ları tanımlayabilecek, işlevlerini anlatabilecek bir sözcük yok iken, Yunanistan da çoğunlukla köleler için kullanılan "onarıcı, tamirci" sözcüğü bir dönem itibar görmüşse de, bu sıfatın özgür insanlar için uygun olmadığına karar verilmiştir. Üstelik şifa dağıtıcıların, o dönemde felsefeciler, jimnastik hocaları ve hatta berberler ile bile aynı düzeyde tutulmaması, saygın olmayan tipler olarak kabul edilmelerinden ileri gelmekteydi. Örneğin, Jül Sezar MÖ 46 yılında, ilk Asklepiad'ı yurttaşlığa kabul edinceye kadar, bu hak Yunanlı hekimler ve şifa dağıtıcı rahipler için reddedilmekteydi. Araplarda ise hekimlik onurlandırılırdı. Hikmet sahibi olarak adlandırıldığı "hekim" lakabı Araplarca sağlıkçıya duyulan saygınlığı göstermekteydi*”; Murat BAŞ: “Çağdaş Evliyalara: Tıp Doktorları, <http://www.doktoruz.com/gundem/ayrinti.asp?id=89> (çevrimiçi), 05.12.2005

¹²⁶⁶ “**BÜYÜK LAROUSSE**”; Gelişim Yayınları 1986, C. 9, sh. 5162

¹²⁶⁷ “**TÜRKÇE SÖZLÜK**”, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005, sh. 874

¹²⁶⁸ “**TÜRKÇE SÖZLÜK**”, a.g.e. sh. 551

¹²⁶⁹ 1412 Sayılı Mülga Ceza Muhakemeleri Usul Yasası'nı 66. maddesinde hem “tabip”, hem de “uzman hekim” tabirleri aynı fıkra içerisinde kullanılmış, 5271 Sayılı Yasa’ da (özellikle konumuzla ilgili) 7- 82 maddelerin ilk yasalastığı haliyle “hekim” tabirine yer verilmişken, bu maddelerde de değişiklik yapan 5353 Sayılı Yasa ile bütün “hekim” tabirleri kaldırılarak yerine “tabip” tabiri kullanılmıştır. Bu yasaya bağlı olarak 5271 SY. nün 82. madde gereği hazırlanan Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında

Kanununun yasalaşması sırasında önce hekim tabiri kullanılmış iken, daha sonra tabip kavramına yer verilmiştir. Komisyon çalışması sırasında bu konudaki sorulara; “Ceza Kanununda “*tabip*” kelimesinin kullanıldığı diğer maddelerle uyum sağlaması ve dilde zenginlik sağlanması amacıyla tabip için bu metinde de “*tabip*” tabirine yer verildiği” belirtilmiştir.¹²⁷⁰

Öğretide ise; BAYRAKTAR¹²⁷¹, KANTAR¹²⁷²; “**HEKİM**”, TANER; “**DOKTOR** ve **ADLİ TABİP**” demektedir.¹²⁷³ AŞÇIOĞLU “**DOKTOR**” tabirini kullanmakta ve doktorun; “*Tıp fakültesini bitirmiş, pratisyen veya uzman, insan sağlığıyla uğraşan ve hastalıkları tanımayı ve iyileştirmeyi kendine uğraş edinen kimse*” olduğunu¹²⁷⁴, “eczacı, psikolog, veteriner, ebe, sağlık memuru gibi meslek sahipleri dar anlamda doktor kavramına dâhil olmadığını, intörnün doktor sayılmadığını, gerçekte tıp sanatını uygulayan doktorun, yalnız tıp eğitimi almış olan kişi olduğunu, bu anlamda dış doktorunun da bu kavram içine girdiğini söylemektedir.¹²⁷⁵, “BAYRAKTAR”’a göre ise; “hekim tababeti icra eden kimsedir.”¹²⁷⁶

01.06.2005 tarihli “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin” 3. maddesi bu konuda “Sağlık mesleği mensubu” tabirini kullanarak: bu kapsama “tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerin”, girdiğini belirtmiştir.

Hekimlik mesleği *kutsal, evrensel ve güvenilir, saygın ve itibarlı* bir meslek olarak görülmekte, misyonerlik anlayışıyla yürütülen bir faaliyet, bir yaşam şekli¹²⁷⁷ olarak da değerlendirilmektedir. Hekimleri modern çağın evliyalari olarak gören ve

Yönetmelik” te “kullanılan tüm “hekim” tabirleri “tabip” tabiriyle değiştirilmiştir. Halen “tabip” tabiri kullanılmaktadır.

¹²⁷⁰ “Madde üzerinde 25.11.2004 tarihinde Adalet Komisyonunda yapılan görüşme.”Bkz; “**TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU**”; Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı, Ankara–2005, sh. 301–302

¹²⁷¹ BAYRAKTAR:a.g.e, sh.24

¹²⁷² “*Hekim; sanatını icraya şahadetnamesini almış olan kimsedir. Şahadetnamesi olmayan veya bu sanatın icrasına müsaade almamış kimseler hekim sayılmazlar.*” KANTAR: a.g.e, sh.100

¹²⁷³ “*Bir doktor muayenehanesi olmasa bile mademki doktordur bilirkişilik yapmaya mecburdur.*” TANER: a.g.e., sh.210

¹²⁷⁴ AŞÇIOĞLU Doktorluğu da; “*Bireylerin hastalığını klinik, biyolojik ve anatomik belirtilerinin tanınması, ilaç fizik, biyolojik ve cerrahi usullerle uygun iyileştirme yollarının tayin ve hastalığın devamlı gözlenmesi ile yeni metotların araştırılması gibi konuları kapsayan kutsallaşmış bir meslek dalı olarak tanımlanmaktadır.*” AŞÇIOĞLU; “Tıbbi Yardım Sorumluluk”, sh. 1

¹²⁷⁵ AŞÇIOĞLU; “Tıbbi Yardım Sorumluluk”, sh. 1

¹²⁷⁶ BAYRAKTAR; a.g.e., sh. 24

¹²⁷⁷ AKYÜREK- CANDAN; a.g.e.,sh. 3

hekimle hasta arasındaki ilişkiyi “şeyhle müridine” benzeten¹²⁷⁸ lirik anlayışların da gerçeğe bağlantılı olmadığını söylemek zordur.

Hekimlere toplum ve hastalar tarafından tanınan ayrıcalıklar çok önemlidir. Hekimin, onlara başkalarının sormasına izin verilemeyecek mahremlikte sorular sormaya, vücutlarına dokunmaya, çeşitli işlemler yapmaya hakkı vardır. Hastanın ve ailesinin sırlarına ortak olabilir. Başka kimselerle paylaşmadığı duygularını paylaşabilir. Ancak bunlar hekime sorumluluk doğurur.^{1279, 1280}

TTB’ nin, 1998 tarihli “Hekimlik Mesleği Etik Kuralları Yönetmeliğinin 5. maddesine göre; “hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu korumakta hekimin öncelikli görevidir. Hekim bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için gelişmeleri yakından izler”

(2) HEKİMLİK YAPABİLME KOŞULLARI;

Hekim, tıp biliminin verilerini ve gereklerini kişi üzerinde uygularken, yaşama ve sağlık haklarını ilgilendiren ve bu hakların gerçekleştirilmesi ve devam ettirilmesinde önemli işlevleri içeren fiilleri uygulamaktadır. Bu nedenlerle, birebir kişinin yaşam hakkıyla ilgili çalışmaları nedeniyle, doktorluk sanatını uygulayacak kişide aranan koşullar diğer mesleklere göre daha ağırlaştırılmıştır. Ancak yasalarca belirlenen koşulları yerine getiren tıp sanatını uygulamaya hak kazanır.¹²⁸¹

Hekimlik yapabilmenin yasalarla belli koşullara bağlanmasının yanı sıra, mesleğin başlangıcından buyana oluşturulan örf adet, tıp etiği ve deontolojisi kuralları ve öğretilerde belirlenmiş prensipler, bu mesleğin kimlerce ve ne şekilde yapılması gerektiğini belirlemiştir.

¹²⁷⁸ BAŞ:a.g.e

¹²⁷⁹ TUNÇBİLEK vd.:a.g.e., sh. 4

¹²⁸⁰ Hekimliğin felsefi ve etik yönü için AKYÜREK-CANDAN: a.g.e., sh. 2-3

¹²⁸¹ AŞÇIOĞLU, “Tıbbi Yardım Sorumluluk”, sh.43

Hekimlik yapabilme koşullarının varlığı, aynı zamanda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun da ön şartlarından biridir.¹²⁸² Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için; “bunları gerçekleştiren kimse olan hekimin kanunen yetkili, yani bu hakka sahip olması” gereklidir. Bu aynı zamanda tıp mesleği ve sanatının icrasının genel unsurlarındandır.¹²⁸³

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun¹²⁸⁴ 1, 2, 3, 23, 25, 77 vb. maddeleri ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanununun 7, 38 ve diğer ilgili maddeleriyle de belirlendiği şekliyle, hekimlik yapabilme koşulları dört ana başlıkta karşımıza çıkmaktadır.¹²⁸⁵

- 1- Tıp mezunu olmak- hekimlik diploması sahibi olmak
- 2- Hekimlik yapılan ülkenin vatandaşı olmak
- 3- Tabipler Birliği üyesi olmak
- 4- Hekimlik yapmaya kanuni engeli bulunmamak

(a) TIP MEZUNU OLMAK (HEKİMLİK DİPLOMASI BULUNMAK)

(aa) GENEL TIP DİPLOMASI;

Diploma; İtalyanca kökenli bir terim olup, “*bir kimseye herhangi bir okulu veya öğrenim programını başarıyla tamamladığını, bir derece veya unvanı kullanmaya hak kazandığını, bir iş, sanat veya meslek dalında çalışabilme yetkisi elde ettiğini belirtmek için bir öğretim kurumu tarafından düzenlenip verilen resmi belge, icazetname, şahadetname*” olarak tanımlanmaktadır.¹²⁸⁶ Konumuza uyan tanımıyla ise; “*tıbbi müdahalelerde bulunan kimsenin, yeterli fikri ve ilmi niteliklere sahip olduğunu gösteren belge diplomadır*”.¹²⁸⁷

¹²⁸² ÇAKMUT (YENERER); a.g.e., sh. 26, BAYRAKTAR: a.g.e., sh.. 111

¹²⁸³ BAYRAKTAR: a.g.e., sh. 111, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.257, no.81a, 19

¹²⁸⁴ 11/04/1928 Kabul Tarihi, RG: 14/04/1928 tarih 863 sayı

¹²⁸⁵ ÇINAR, Ülkü; “Tıp Eğitiminde Yan Dal Uzmanlık Eğitimi”, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**”, Ekim–2006, Sayı; 2, sh. 99 vd.

¹²⁸⁶ **TÜRKÇE SÖZLÜK**; T.D.K., 10. Baskı, Ankara 2005, Sh. 535

¹²⁸⁷ BAYRAKTAR: a.g.e. sh. 112

Ulusal ve uluslararası hukukta, hekimin faaliyetinin doğrudan bireyin yaşam ve sağlık haklarını etkileyen niteliği nedeniyle, toplum menfaati gereği,¹²⁸⁸ hekimlik mesleğinin, sadece bu konuda eğitim almış ve artık tıp mesleğini yapabileceği bu eğitimi veren otorite tarafından da belgelenmiş, yeterli ve bilgili kişilerce yapılmasının sağlanabilmesi amacıyla tıp diplomasına sahip olmak şartı konulmuştur.¹²⁸⁹ Bu diplomanın, usulüne uygun şekilde alınmış (sahtekârlık sonucu edinilmemiş)¹²⁹⁰ olması gereklidir.

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için Türkiye Darülfünunu Tıp Fakültesinden diploma sahibi olmak ve Türk bulunmak şarttır.” hükmüyle bu şartı açıkça belirtmektedir.¹²⁹¹

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 2. maddesine göre ise; “Yukarki maddede yazılı diplomanın muteber olması için diploma sahibinin 8 Teşrinisani 1339 tarih ve 369 numaralı kanun mucibince hizmeti mecburesini ikmal etmiş ve diplomasının Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekâletince tasdik ve tescil edilmiş olması lazımdır. Tababet sanatını icra etmek isteyen askeri tabipler de diplomalarını tasdik ve tescil ettirirler. Ancak hizmeti mecburelerini ifa eyledikleri müddetçe diplomaları alıkonulan tabipler bu müddet zarfında dahi icrayı sanata mezundurular.” hükmü ile diplomaların Sağlık Bakanlığınca onaylanması hükmü getirilmiştir. Bu konuda bakanlığın diplomaların geçerliliği ile ilgili araştırma yapmak yetkisi ve bunun bir bildirici işlem olduğu kabul edilmektedir.¹²⁹² 1219 S.Y.’ya göre hekim olmak için tıp fakültesini bitirmek şarttır. Tıp fakültesini bitirmemiş bir kişiye “patoloji ihtisası olsa bile” bir bilirkişilik görevi olan keşif ve otopsi yaptırmak yasaya aykırıdır. (1219 SY. 1, 11, 13)

¹²⁸⁸ “Burada korunan somut bir kişinin değil“soyut bireyin” menfaatidir. Bu durumda hiçbir özel irade, kamunun menfaati ile çatışmaya girerek yetkisiz kimseleri yetkili kılamaz ve mağdurun rızasının bir etkisi olamaz.” BAYRAKTAR: a.g.e. sh. 112

¹²⁸⁹ “Hekim; “Sanatını icraya ehliyet şahadetnamesini almış olan kimsedir. Şahadetnamesi olmayan veya bu sanatın icrasına müsaade almamış olan kimseler hekim sayılmazlar.” KANTAR: a.g.e., sh. 100;

¹²⁹⁰ “Çünkü hak; hukuka aykırı fillerden meydana gelmez.” BAYRAKTAR: a.g.e. Sh; 113, dn.12 (Cavallo’ dan naklen)

¹²⁹¹ ARI; a.g.e.

¹²⁹² BAYRAKTAR: a.g.e. sh. 114

Aynı şekilde 38 Sayılı Tababeti Adliye Kanunu¹²⁹³ madde 3¹²⁹⁴ “adli rapor tanzimi yetkisinin ancak diplomalı etibbaya ait olduğunu, fethimeyyit (ölmüş insan açma- otopsi¹²⁹⁵) işleminin de ancak diplomalı etibba tarafından yapılabileceği hükmünü içermektedir.

1219 SY’ nun 25. maddesi; “ Diploması olmadığı halde cerri menfaat için olmasa dahi her hangi suretle olursa olsun hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan kişiler için ceza öngörmüş, ayrıca bu suretle icrayı sanat neticesinde Türk Ceza Kanunu itibariyle daha ağır cezayı müstelzim bir fiil işlenilmiş olduğu takdirde o fiile mahsus ceza verilir hükmünü getirmiştir.

Aynı şekilde; 5181 Sayılı “1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun”¹²⁹⁶, un 1. maddesi ile 1219 SY. 41. maddesinde yapılan değişiklikle “diplomasız şekilde hekimlik yapan tabip veya dış tabipleri” için ceza-i yaptırım öngörülmüştür.

(bb) YABANCI ÜLKEDE TIP MEZUNU OLANLAR

Yabancı ülke üniversitelerinden mezun olanların Türkiye’de hekimlik yapabilmeleri konusu 1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 4. maddesiyle düzenlenmiştir. Buna göre; “(yabancı ülkede öğrenim görmüş kişinin Türkiye de hekimlik yapabilmesi için) öncelikle Sağlık Bakanlığı temsilcileri ile üniversitelerin Tıp Fakültelerinin Profesör unvanlı öğretim üyelerinden bir heyet kurulur. Bu heyet diploma alınan eğitimle Türkiye’deki tıp eğitimi müfredatı arasında fark olup-olmadığı araştırır. Eğer fark varsa eksik derslerden bu heyetçe yapılacak sınavların kazanılması ve stajların tamamlanması sonrasında başarılı olanların bu heyet kararıyla hekimlik yapmaları mümkün olmaktadır.

Tıpta Uzmanlık Tüzüğü 30. madde, yurt dışında uzmanlık eğitimi almış Türk hekimlerin talebi halinde, bu eğitimlerine ait belgelerin Sağlık Bakanlığınca

¹²⁹³ 11.10.1920 kabul tarihli, RG. nin 12.03.1921 tarihli 6. sayısında yayımlanarak yürürlüğe girdi.

¹²⁹⁴ İ.Hamit HANCI:“Otopsi ve Hekimin Bilirkişilik Görevi”, www.ttb.org.tr/saglikhukuku , (çevrimiçi), 15.04.2005

¹²⁹⁵ Ali NAZİMÂ; Faik REŞAD; “**Mükemmel Osmanlı Lügati**”, (Hazırlayanlar Necat Birinci vd.), Türk Dil Kurumu Yayınları, Yayın No: 802, Ankara 2005, sh.;99, 274

¹²⁹⁶ Kabul Tarihi; 02.06.2004, RG; 10.06.2004 tarih-25488 Sayı

incelenerek, süreye uygunlukları halinde sınava alınarak uzmanlık belgesi verilebileceğini düzenlemektedir.

(cc) TIPTA UZMANLIK DİPLOMASI

Genel tıp bilgisinin gelişimiyle, uzmanlaşmanın artması; bazı tıbbi işlemlerin uzman olmayan hekimlerce yapılmamasının yaşam ve sağlık hakkını tehdit edebilmesi ihtimali, bazı tıbbi müdahaleler için o müdahaleyle ilgili uzmanlık alanına ait diploma sahibi olmak zorunluluğunu getirmiştir.

Günümüzde; Klasik tıp bilimi ve hekimlik artık sadece ihtisas hekimliğini hazırlayıcı bir bilim dalı haline gelmeye başlamıştır. Özellikle tıbbi müdahale şeklindeki girişimlerin uzman hekimlerce yapılmasında fayda görülmektedir.¹²⁹⁷

İhtisas-Uzmanlaşma; “belli bir konuda özel eğitim görmek”¹²⁹⁸ anlamı taşımaktadır. Tıpta ihtisasın yapılma şekli ve bağlanan hükümler uluslararası hukukta olduğu gibi ülkemizde de çeşitli kanunlar ve ayrı bir tüzükle düzenlenmiş durumdadır.

1219 Sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun” 23. maddesi¹²⁹⁹; “Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük tıbbi işlemlerin uzman bir hekimle birlikte diğer bir tabip tarafından yapılması gerektiğini, uzman olmaması olan uzmanın bulunamaması durumlarında yapılması zorunlu tıbbi müdahalelerle acil hallerin bu hükümden ayrı olduğunu belirterek, büyük tıbbi işlemlerde uzman hekim olması zorunluluğunu getirmiştir. Bu madde hükmünden; “büyük çaplı cerrahi müdahalelerin biri uzman iki hekim tarafından yapılması zorunluluğunun öngörüldüğü” anlamı da çıkmaktadır.¹³⁰⁰

Radyoloji, Radyum ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri hakkında Kanun; “röntgen şuası, radyum, radyum emenasyonu veya mürekkebatile

¹²⁹⁷ BAYRAKTAR; a.g.e. Sh. 117

¹²⁹⁸ TÜRKÇE SÖZLÜK; a.g.e. sh. 943

¹²⁹⁹ 1219 SY. 23: “Umumi veya mevzii iptali his ile yapılan büyük ameliyeler behemehal ihtisas vesikasını hamil olan bir mütehasıs ile beraber diğer bir tabip tarafından yapılmak lazımdır”

¹³⁰⁰ ÇAKMUT (YENERER) a.g.e., sh.; 31

veya her türlü elektrik aletleriyle teşhis ve tedavide bulunabilmek için mütehassıs olmak gereklidir” hükümleriyle bu konulardaki tıbbi işlemlerin uzman olmayanlarca yapılamayacağını hüküm altına almıştır.¹³⁰¹

Ülkemizde tıpta uzmanlık konusu 19.06.2002 tarih ve 24790 sayılı (RG; 19.06.2002) “Tıpta Uzmanlık Tüzüğü” ile düzenlenmiştir. Tıpta uzmanlığın koşulları, başvurma, eğitim vs. tüm konular bu tüzükle belirlenmiştir. Tüzüğün 4. maddesi; bu tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanların uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyetlerde bulunamayacaklarını belirtmektedir. Uzmanlık belgeleri Tüzüğün 35. maddesi uyarınca Sağlık Bakanlığınca düzenlenmektedir. 2659 Sayılı “Adli Tıp Kanunu” nun 3/1 madde ve fıkrasının b bendi ; “Adli tıp uzmanlığı eğitimini, tıpta uzmanlık tüzüğü çerçevesinde adli tıp kurumunun vereceğini düzenlemektedir.

(b) HEKİMLİK YAPILAN ÜLKENİN VATANDAŞI OLMAK (T.C. VATANDAŞI OLMAK)

Ülkenin hekimlerini “*yabancı hekimlerin fiili baskısından koruyabilmek amacıyla*”¹³⁰² kabul edilen ikinci şart; “*hekimin hekimlik yaptığı ülkenin vatandaşı olmasıdır*”.

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 1. maddesi; “Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için **Türk bulunmak** şarttır.” hükmüyle bu konuda kesin bir sınırlama getirmişse de 77. maddesiyle; “Türkiye’de mevzuatı kanuniyeye müsteniden hakkı müktesepi tanınmış olan ecnebi tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler sanatlarını bu kanun ahkâmı dairesinde icra edebilirler” şeklindeki hükmüyle istisna tanımıştır. 1219 SY. Nun 77. maddesindeki yabancıların hekimlik yapabilme hakları, Lozan’da imzalanan “İkamet ve Adli Selahiyet Mukavelesinin 4/2. maddesiyle düzenlenmiş” kazanılmış hakka dayanmaktadır.¹³⁰³

¹³⁰¹ ARI; a.g.e., sh.2

¹³⁰² BAYRAKTAR; a.g.e., sh. 117

¹³⁰³ BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 118

Zaman-zaman çıkarılan istisnai nitelikli kanunlarla da bu kurala istisnalar getirilmektedir.¹³⁰⁴ Ancak asıl kural hekimlik yapılabilmesi için o ülkenin vatandaşı olma kuralıdır. Benzer şekilde Fransız Kamu Sağlığı Kanunu 356. maddesinin 2. fıkrasında da aynı hüküm bulunmaktadır.¹³⁰⁵ Fransa’da yabancı hekimin çalışabilmesi sınırlaması geniş tutulmakta ve “mütekabiliyet şartı” bulunmak kaydıyla, kamu yararına çalıştığı tescil edilmiş müesseselerde özel izinlerle yabancı hekim çalıştırılabileceği kabul edilmektedir.¹³⁰⁶

Bilimin ve teknolojinin artık sınır tanımadığı ve ulusal sınırların her geçen gün zayıfladığı günümüz koşullarında, temel amacı insan sağlığı olan tıp konusunda, belli kıstasların ve denetim koşullarının sağlanması kaydıyla, özellikle uzmanlık alanlarında ülke ihtiyaçları doğrultusunda uzman yabancı hekimlerin yurt içinde çalışmasının sağlanabilmesinin, ülkedeki tıp biliminin gelişmesini hızlandıracağından “*kamu sağlığı ve menfaati icabı gerekli olan hallerde*” bu sınırlamanın çok istisnai haller için gevşetilmesi gerektiği, **kanaatindeyiz.**¹³⁰⁷

(c) TABİP ODASINA KAYITLI OLMAK

Hekimlik yapabilmek için “Tabip Odalarına Kaydolma” şartı 6023¹³⁰⁸ sayılı “Türk Tabipler Birliği Kanununun” 7. maddesi ile getirilmiştir.

6023 SY. nun (07.06.1985 tarihli 3224 SY. nun 48. maddesi ile değişik) 1. maddesi; Tabip odalarını “.....tabipler arasında mesleki deontolojiyi ve dayanışmayı korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğindeki mesleki bir kuruluş” olarak tanımlamaktadır.

6023 SY’ a göre Tabip Odaları; Türk Tabipleri Birliği, Tabip Odaları, Merkez Konseyi, Yüksek Haysiyet Divanı ve Büyük Kongreden ibaret teşekküllerin bütünü (6023 SY md. 2) olup, yasada kendisine verilen denetim vs. görevleri ifa etmek, Haysiyet Divanları vasıtasıyla mesleklerinde meslek ahlakına ve tıbbi deontolojiye

¹³⁰⁴ 2182 SY. nun 1. maddenin 2. fıkrası ile Ankara Hastane’sinde 5 yıl süre ile 5 hekimin çalışabilmesine izin verilmiştir.

¹³⁰⁵ BAYRAKTAR; a.g.e., sh. 118

¹³⁰⁶ BAYRAKTAR; a.g.e. sh.118

¹³⁰⁷ Benzer görüşler için bkz: BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 119, ÇAKMUT; .a.g.e. 31

¹³⁰⁸ Kabul Tarihi; 23.01.1953, RG: 31.01.1953 tarih-8323 Sayı ile

aykırı davranan hekimlerin disiplin soruşturmalarını yaparak gerektiğinde cezalandırmak suretiyle mesleki denetim ve disiplini sağlamakla görevli bulunmaktadır.

Genelde odaların kuruluş amaçları, o odanın iştiğal konusu olan faaliyeti icra edenler arasındaki dayanışmayı sağlamak olduğu kadar, o iş konusuyula ilgili iç denetim yollarını kullanmak suretiyle genel disiplini ve işin kaliteli yapılmasının kontrolünü sağlamaktır. Gerek Ahi Evran geleneğine sahip Anadolu’ da ve gerekse diğer ülke uygulamalarında bu gelenek yüzyıllardır süregelmektedir.

Konunun insan ve dolayısıyla toplum sağlığı ve yaşam hakkı olması nedeniyle, tıbbi hayatın ve bu hayatın en önemli nüvesi hekimlerin, yasalar tarafından kontrolü yanı sıra, tabip odaları vasıtasıyla iç denetim mekanizmaları da kullanılarak mesleki ve tıbbi etik ağılarından denetlenmeleri ayrı bir önem arz etmektedir. Bu nedenle de yasa koyucu hekim olarak faaliyet gösterebilmek için bu şartı getirmekle aynı zamanda tüm hekimlerin iç denetim mekanizmasına tabi olmasını da sağlamış bulunmaktadır. Aynı zorunluluk; Fransa’da Fransız Kamu Sağlığı Kanununun 356. maddesinin 3. fıkrası, Belçika’da da 13.07.1945 tarihli Kraliyet Kararnamesiyle¹³⁰⁹ getirilmiş bulunmaktadır.

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 15. maddesi; *“Etibba odaları teşekkül eden muntıkalarda işbu kanuna göre Türkiye’de icrayı sanat salahiyyetini haiz bilumum etibbanın odalara dâhil olması mecburidir. Memuriyet bu mecburiyetten istisnayı istilzam etmez.”* demek suretiyle tabip odalarına kaydolmayı tüm hekimler için mecburi kılmaktadır.

Aynı şekilde 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunun (08.01.1985 tarihli 3224 SY. un 51. maddesi ile değişik) 7. maddesinin 1. fıkrasında; *“Bir tabip odası sınırları içinde sanatını serbest olarak icra eden tabipler bir ay içinde o il veya bölge tabip odasına üye olmak ve üyelik görevlerini yerine getirmek zorundadırlar”* hükmüyle özel olarak hekimlik yapanlara odaya kayıt zorunluluğu getirmiştir.

Aynı maddenin ikinci fıkrası *“mesleklerini serbest olarak icra etmeksizin, kamu kurum ve kuruluşları ile kamu iktisadi teşebbüslerinde asli ve sürekli*

¹³⁰⁹ BAYRAKTAR; a.g.e., sh.119

görevlerde çalışanlar ile herhangi bir sebeple mesleğini icra etmeyenler tabip odalarına üye olabilirler” şeklinde ihtiyari bir hüküm getirmiştir. Bu konu doğal olarak, özel olarak hekimlik yapmayıp kamuda çalışan hekimlerin tabip odalarına kaydolmalarının zorunlu olup-olmadığı sorusunu gündeme getirmiştir. Bu sorun süreç içerisinde TBMM’nin 27.01.1956 tarih ve 1956 sayılı yorum kararında; “memur hekimlerin odaya kaydolmak zorunda oldukları” bildirmesiyle çözülmüştür.¹³¹⁰ Halen mevzuatımız gereği tüm hekimlerin tabip odalarına kayıtlı olmaları şarttır.

(d) HEKİMLİĞE ENGEL HALİ OLMAMAK

Hekimlik yapabilmek için son şart ise; hekimin, hekimlik görevini icrasına geçici veya sürekli bir engel halinin bulunmaması gerekliliğidir.¹³¹¹ Hekimlik yapmasına geçici veya sürekli olarak yasaklama getiren idari veya adli cezalar ile akli maluliyet hallerinde hekim, hekimlik sanatını icra edemeyecektir.¹³¹²

(aa) GEÇİCİ OLARAK HEKİMLİK MESLEĞİNİN İCRA EDİLEMEMESİ

Hekimin diğer şartları taşıyor olmasına karşın, tıbbi faaliyeti sırasında bazı şahsi halleri dolayısıyla hekimlik yapamaması söz konusu olabilir. Bu hallerin geçici olanı, çoğu zaman, hekime tabipler odası haysiyet divanlarınca verilmiş bulunan “geçici hekimlik yapamama” cezaları şeklindedir.

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu 38, 39, 40. maddelerinde hekime verilebilecek disiplin cezaları sayılmıştır. Kanunun 38. maddesi; “odaya girmeyen veya kendisine yükletilen diğer görevleri yerine getirmeyen hekimler hakkında disiplin cezası verilebileceğini”, 39. madde de; “bu cezaların 15 günden- 6 aya kadar olabileceğini”, 39/1-c de bir bölgede üç kez meslekten men edilen hekimin aynı bölgede çalışmasının yasaklanabileceğini” belirtmektedir.

6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu 49. madde; “haklarında Yüksek Haysiyet Divanınca hekimlik sanatından geçici olarak men edilen hekimlerin hiçbir

¹³¹⁰ BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 120, ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., sh. 33

¹³¹¹ ÇAKMUT(YENERER); a.g.e., sh.33

¹³¹² BAYRAKTAR; a.g.e. sh.120

şekilde sanatlarını icra edemeyecekleri gibi hasta kabul ettikleri yerlerin de kapatılacağını” belirtmektedir.¹³¹³

(b) SÜREKLİ OLARAK HEKİMLİK MESLEĞİNİN İCRA EDİLEMESİ

Hekim sıfatını haiz kişi yasal bir takım koşullar oluştuğunda sürekli olarak hekimlik yapmaktan yasaklanabilmektedir.

1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 28. maddesi hekimlik sanatının sürekli yasaklanabileceği halleri düzenlemektedir. Bu hükme göre; *“Ağır hapis veya beş seneden fazla hapis veya müebbeden hidematı ammeden memnuiyet veya meslek ve sanatı suistimal suretiyle işlenmiş bir fiilden dolayı iki defa mahkemece meslek ve sanatın tatili cezasıyla mahkûm olan veya icrayı sanat etmesine mani ve gayrikabili şifa bir marazı aklı ile maliül olduğu bilimuyene tebeyyün eden tabipler sağlık Bakanlığını teklifiyle, yüksek haysiyet divanı kararıyla icrayı sanattan menolunur ve diplomaları geri alınır.”*

Görüldüğü gibi madde ;

- İki kez ağır hapis ve beş seneden fazla hapis,
- Müebbeden kamu hizmetlerinden yasaklılık,
- Meslek ve sanatı suiistimal suretiyle işlenen bir fiilden iki kez mahkemece, meslek ve sanatın tatili cezasından mahkûmiyet,
- Mesleği yapamayacak denli akli maluliyet halinde olduğu tespit edilmek,

hallerinden birinin varlığını meslekten sürekli men için yeterli saymaktadır.

Akli maluliyet ve meslek ve sanatı suiistimal halleri bir kenara konularak diğer nedenleri incelediğimizde, BAYRAKTAR’ın da belirttiği şekilde; bazı nedenlerin hekimlik mesleğiyle ilgileri olmadığı açıktır¹³¹⁴. Hekimin şahsi bir suçu nedeniyle almış olduğu kamu hizmetlerinden ömür boyu yasaklanma veya hapis cezalarının hekimlik mesleğindeki yeterliliğiyle ilgisi olmaması gerekir.

Kanaatimizce: Konu tıbbi etik ve deontoloji sistematığı içerisinde ele alınarak, hekimin mesleki geleceği hakkında karar verilmeli ve meslekten sürekli yasaklanmasının nedeni ancak mesleğini kötüye kullanması olmalıdır.¹³¹⁵.

¹³¹³ BAYRAKTAR; a.g.e. sh.120, ÇAKMUT(YENERER), a.g.e. , sh..33

¹³¹⁴ BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 121, ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. Sh. 34-35

¹³¹⁵ BAYRAKTAR; a.g.e. sh. 121, ÇAKMUT(YENERER); a.g.e. Sh. 34-35

BAYRAKTAR'ın görüşünü aynen paylaşmaktayız. Zira; hekimlik, bir sanat olarak bunun eğitimini uzun yıllar uğraşarak kazanmış bir kişinin üzerinde her türlü karara karşın kalmaya devam etmektedir. Yetişmiş ve topluma yararlı olabilecek bir hekimin sanatını icra edip-edemeyeceğine gene aynı konunun uzmanı meslektaşlarınca mesleki yeterliliği, ahlakı ve hastaları için tehlikeli, uygulamaları olup-olmadığı kriterleri ele alınarak karar verilebilmelidir.

Aynı şekilde 01.06.2005 günü yürürlüğe giren 5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun ceza ve emniyet tedbirleri sistematığı değişmiş ve özellikle ağır hapis cezası kaldırılmış, ayrıca yasa daha hümaniter ölçütlere oturmuş bulunduğundan, 1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 28. maddesinin yeniden gözden geçirilerek yeni hale göre uyarlanması gerekmektedir.

(3) ASKERİ HEKİMLER

353 Sayılı Askeri Yargılama Usulü Kanununun 62. maddesi;" Askeri yargılamalarda askeri hekimlerin bilirkişilik yapabileceklerini" düzenlemektedir.¹³¹⁶ Bu hüküm askeri yargılamalarda (kanunla kurulup adalet işlerinde bilirkişilik göreviyle mükellef bulunan) Adli Tıp Kurumuna başvurma imkânını kaldırmamaktadır.¹³¹⁷ Askeri hekimlerin askeri yargılamalardaki hukuki konumları, bilirkişi sıfatıyla ilgili hükümlere tabidir.

(4) DIŞ HEKİMİ

Adli diş hekimliği (*adli odontoloji*) adli bilimler alanında çalışılması zorunlu olan disiplinlerden biridir ve bilinmeyen insan kalıntılarından dişlerle ilgili delillerin cisimler üzerinde veya olay yerinde bulunan kişilerdeki ısırık izlerinin incelenmesiyle uğraşır.¹³¹⁸ Adli diş hekimliği bilimi öncelikle; dişlerden yaş belirlenmesi, ısırık izi analizleri ve kimliklendirme, kitle kazaları, cinsiyet ırk belirlemesi, *oral kavite* ve diş travmaları, malpraktis olguları, dişler, diş restorasyonları, protezleri maksiler sinüs şekilleri, sert damaktaki anatomik

¹³¹⁶ 1219 SY. Nun 2. maddesi diplomaları tasdik zorunluluğunu askeri hekimler için de getirmiştir.

¹³¹⁷ Askeri Yargıtay 2. D. 04.09.1969 tarih, E. 439, K. 441) AŞÇIOĞLU; "Tıbbi Yardım Sorumluluk," sh. 1

¹³¹⁸ Hüseyin AFŞİN: "Adli Diş Hekimliği" Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:10, İstanbul-2003, sh.2

özellikler, kemik trabekülleri, kemik çıkıntıları, (*torus-eksoztoz* vb.) yarık ve çatlaklar, dudak çizikleri, anatomik özellikler ve kişisel özelliklerle kısmen ilgili olan çok sayıda *oral* ve *fasiyal* morfolojik özellikleri ile uğraşır.¹³¹⁹

Adli Diş Hekiminin görevi; dişler, *diş restorasyonları* (yenilemeleri) ve ağız içi yumuşak dokuları yardımıyla ısırık izlerini inceleyerek kişiye özgü olmaları nedeniyle kimlik belirlemedir.¹³²⁰ Isırık izi; üst çenenin kuvvetli bir biçimde alt çeneye yaklaşması (ısırması) sırasında dişlerin çiğneme düzlemi içerisinde kalan cisimler üzerinde bıraktığı izler olup, suçlu ve mağdurda olabildiği gibi, yiyecekler ve diğer cisimler üzerinde de bulunabilirler.¹³²¹ Bunların analizleri suç araştırmalarının önemli bir kısmını oluşturmaktadır.¹³²² Bu amaçla yapılacak işlemlerde, diş hekimi muayene edilecek kişiye el uzatmakta, tıbbi müdahalelerde bulunup, bazı bilim adamlarınca vücut boşluğu olarak sayılan ağız içine müdahale etmekte ve vücut üzerinde gerektiğinde girişimsel (invaziv) yöntemler kullanarak konuları ile ilgili örnek toplayabilmektedirler. Bu nedenle diş hekiminin hekim sayılıp sayılmayacağına saptanması önemlidir.

Diş hekimlerinin hukuki yapısı 1219 Sayılı Tababeti ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 29 ve 46. maddeleri ile tıbbi müdahalelerde bulunabilecek kişiler arasında diş hekimlerini de saymıştır. Ek 1,4-11 ve Geçici 1-6 maddelerde ise diş ve protez teknisyenliği düzenlenmiştir. 1219 SY. Nun 29. maddesine göre; “Dişçilik sanatı; dişlerin ve diş etleri ile esnanın tedavisi ve dişlerin ikmal ve ıslahına ait ameliyelerin icrasına münhasırdır”. 34. maddeye göre ise; “Tabipler diş çekmeğe ve dişler üzerine iptidai tedavi tatbikine ve diş etlerine ait her nevi hastalıkları tedaviye (Dişçi Mektebince verilmiş bir ruhsatnameyi hamil olma şartıyla) yetkilidirler.

Alman öğretilinde diş hekimleri vücut muayenesi anlamında hekimlerle aynı sayılmamaktadır.¹³²³ İngiliz hukukunda; “kayıtlı diş hekimi” tanımı 1984 tarihli “Diş

¹³¹⁹ AFŞİN: a.g.e. sh.3

¹³²⁰ Hüseyin AFŞİN; Z. Füsün YAŞAR; “Hayvan Isırık İzleri (Animal Bite Marks), **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3, Sh. 53

¹³²¹ AFŞİN; YAŞAR; a.g.e. Sh. 53

¹³²² Rakesh Kumar GOREA; Gagandeep SINGH; Om Prakash JASUJA; “Forensic Examination of Bite Marks-Satate of The Art (Adli Isırık İzi İncelemesi-Son Teknikler); **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3, Sh. 61

¹³²³ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.257, no.81a, 19

Hekimleri Kanunu”nda yapılmış olup, “1999 Sağlık Kanunu” 60/(2) maddesinde belirtilen ve sağlık mesleği sayılan meslekler grubuna girmektedir.(PACE md. 65/(1A))¹³²⁴ Bu hukuk sisteminde dış izinin sadece kayıtlı bir dışçı tarafından alınabileceği kabul edilmektedir.(PACE md. 62/(10))

Kanaatimizce: Tıp eğitimi almış olmaları nedeniyle “*kendi konusuyla sınırlı olarak*” dış hekiminin de hekim kavramı içine girdiği¹³²⁵ kabul edilmelidir. Bu anlamda Ceza Muhakemesi Hukuku kapsamındaki muayene ve örnek alma işlemlerinde yukarıda sayılan ve dış hekimliğiyle bağlantılı tıbbi işlemlerde dış hekiminin muayene ve örnek alma yetkisi bulunmaktadır. Dış hekiminin hukuki konumu normal hekimde olduğu gibi “bilirkişilik” olup, bağlanan hukuki sonuçlarında aynı olması gereklidir.

(5) VETERİNER ve ECZACILAR

Veteriner ve eczacılar Ceza Muhakemesi Hukukuna ilişkin muayene ve örnek alma işlemlerinde hekim sayılmamaktadırlar.¹³²⁶ Bu meslek sahiplerinin, kendi alanlarıyla ilgili, gerektiğinde bilirkişi olarak görev yapabilmelerine karşın, yukarıda hekimler için sayılan koşulları taşımadıkları ve muayene işlemi sadece hekimlerce yapılabileceğinden adli muayenelerde muayene edilecek kişilere el uzatmaları kabul edilmemektedir.

b) HEKİMİN YARDIMCILARI

Hekimin yardımcıları durumunda bulunan hemşire, ebe, hastabakıcı gibi personelin vücut muayenelerinde hekimin denetiminde ve belli sınırlar içinde muayene edilene el uzatabilmeleri kabul edilmiştir.¹³²⁷

¹³²⁴ 2002 Polis Reform Kanununun 54/(3) sayılı maddesiyle ilave edilmiştir.

¹³²⁵ AFŞİN: a.g.e. sh.1-2

¹³²⁶ KANTAR: a.g.e.,sh. 100

¹³²⁷ “Daha uzman olmayan hekim hastabakıcısı ve hemşire sadece sanığın rızasıyla bir müdahalede bulunabilir. (yukarıda 33 ff) veya bir hekimin talimatıyla gözetiminde ve sorumluluğunda müdahale yapabilirler.”: GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.258, no.81a,19 (Bay NJW 65, 1088, JR 66, 186, Kohlhaas Köln NJW 66, 416), Adalet Bakanlığı’nın 03.06.1938 tarih ve 422 Sayılı genelgesiyle; “Tabip bulunmadığı zamanlarda sıhhat memurlarının adli vakıalarda ehli vukuf sıfatıyla şahadetname verecekleri “Tababeti Adliye Kanunu” hükmünden bulunmasına göre, bu suretle vazifeye götürülen sıhhat memurlarının adliye harç tarifesi kanununun (memur) tabirine dahil olduğu ve kendilerine bu madde gereğince yol masrafı ve tazminatı verilmesi gerektiği bildirilmiştir.

Hekimle birlikte muayene ve örnek alma işlemi sırasında vücuda el atma ve müdahalede bulunmaları dolayısıyla hekimin yardımcısı konumundaki sağlık personelinin kimler olduğu, hukuki konumları ve yetkilerinin belirlenmesi önemlidir. Bu önem, hekimle birlikte bu personelin de muayene edilenin özel hayatına ilişkin bir takım sırları öğrenmesi ve vücut üzerindeki ceza muhakemesinde delil oluşturacak bulgulara genellikle ilk el koyanlardan olmalarından da kaynaklanmaktadır.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı icrasına Dair Kanununun 3. maddesinde “tıbbi müdahale yapabilecek kişiler; hekimler (tabipler), diş hekimleri, ebeler, sağlık (sıhhiye memurları), sünnetçiler ve hastabakıcı hemşireler olarak” sayılmıştır.¹³²⁸

224 Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 2. maddesinde **sağlık personeli**: “sağlık hizmetlerinde maaş, ücret, yevmiye ve mukavele ile istihdam edilen ve bu sahada mesleki eğitim görerek yetişmiş olanlar”, bu hizmet sahasında çalışan ve yüksek eğitim yapmamış olanlar ise “**yardımcı sağlık personeli**” olarak tanımlanmaktadır.

İngiliz Hukukunda;PACE md. 65/(1) deki tanıma göre; “kayıtlı sağlık çalışanı” tabiriyle, hekim hariç olmak üzere kayıtlı bir hemşire veya bakanın emriyle bu fıkra yönünden belirlenen bir sağlık mesleğinin kayıtlı bir üyesi anlaşılmaktadır. Bir sağlık mesleği ise, hekimlik ve hemşirelik dışında kalan ve “1999 Sağlık Kanunu” ’nun 60/(2) maddesinde sayılan herhangi bir meslektir.

Muayene ve örnek alma işlemi sırasında hekime yardımcı olacak personel; hemşireler, hemşire yardımcıları, sağlık teknisyenleri, laborant, biyolog ve radyoloji ve diş teknisyenleri ile ebeler sayılabilir.

Hemşirelik kurumu, hekimin yardımcıları sıralamasında başlarda gelmektedir. Uygulamada, adli muayenede mağdur veya failin ilk karşılaştığı sağlık personeli hemşireler olmaktadır. Hemşirelik mesleği 25.02.1954 tarih ve 6283 Sayılı “Hemşirelik Kanunu”¹³²⁹ ile düzenlenmiştir. Bu kanuna göre; ortaokulu bitirmiş ve 25 yaşını aşmamış kadınlardan hükümetçe açılmış veya tanınmış bir hemşirelik

¹³²⁸ ÇAKMUT (YENERER);a.g.e., sh. 27

¹³²⁹ RG 02.03.1954 tarih ve 8647 sayı

okulunu bitiren ve Türk olan kişiler hemşirelik yapabilmektedirler(madde 1,3). “Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği” 132. maddesi hemşirelerin görevlerini ve uzman hemşireliği düzenlemektedir. Adı geçen kanunun 4. maddesine göre; tedaviyi yürüten (müdavi) hekim tarafından tavsiye edilen tedbirleri uygulamaya, acil hallerde pansuman yapmaya ve hekimin (müdavi) tavsiyesi üzerine sağlık kuruluşlarında veya dışarıda hastaların deri altına, adale içine ve damar içine şırınga yapmaya yetkilidirler.¹³³⁰

Adli hemşirelik; son yıllarda artan önemiyle birlikte adli bilimlerin çalışma alanlarından birisidir.¹³³¹ 1992 yılında “Uluslararası Adli Hemşireler Birliği- IAFN (International Association of Forensic Nurses)” kurulmuş ve bu kuruluşça **Adli Hemşirelik;** “*Hemşirelerin almış olduğu temel eğitimlerini, şiddet travma ve diğer suç olgularının failleri ile travma ve/ya da ölüm olaylarındaki kurbanların muayenesi ve bilimsel olarak araştırılmasında adli alanda kullanmaları*” olarak tanımlanmıştır. Aynı şekilde 1995 yılında toplanan Amerikalı Hemşireler Birliği (ANA-Amerikan Nurses Association) adli hemşireliği bir uzmanlık dalı saymış ve hemşirelerin temel eğitimleri dışında uzmanlaşmaları gereğine dikkat çekmiştir.¹³³²

6283 Sayılı Hemşirelik Kanunu 7. maddesine göre; 18 yaşını tamamlamış ilkokul mezunu Türk kadınlar 6 ay kurs ve 1 yıl staj sonrası “**hemşire yardımcısı**” olabilmektedirler. Bu kişiler 3656 Sayılı Kanunu hükümlerine tabi olup, hemşirelik yetkilerinin tamamına sahip olmayıp onların kontrolünde basit tıbbi işlemleri yapabilmektedirler.

1219 SY. nun 63. maddesi hastabakıcı hemşireliği düzenlemektedir. Hastabakıcı hemşirelik yapmak için Sağlık Bakanlığına ait veya tanınan hastabakıcılık okulu mezunu olmak gerekir. Bu kişilerin hemşireler gibi cilt altına iğne yapma yetkileri yoktur.¹³³³

¹³³⁰ İngiltere’de; 1979 Hemşireler, Ebeler ve Sağlık Ziyaretçileri Kanunu” ile bu konuda düzenleme yapılmış, bu kanunun 13. maddesine aykırı şekilde hemşirelik iddiasında bulunmak ve işlem yapmak “2000 Ulusal Polis (Kaydedilecek Suçlar) Yönetmeliği (SI 1139/2000) md.27 uyarınca sabıka kaydına geçecek suçlar kapsamında sayılmıştır.(YN)

¹³³¹ Nimet YELKEN; Gülsün TUNALI; Gülümser GÜLTEKİN; “**Adli Hemşireliğin Türkiye/deki Durumu**”, Değerlendirme Formu, STED 2004.Cilt 13, Sayı 5, sh. 171–172

¹³³² “Halen Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesinde Adli Tıp ABD. bünyesinde “Adli Hemşirelik Birimi” kurulmuş ve eğitimlerine devam etmektedir. Müfredatta adli hemşirelik olmadığından eksiklik sertifikalı kurslar ve seminerlerle giderilmektedir.” YELKEN vd. a.g.e. sh.2

¹³³³ “Diplomalı sağlık memurları ile hemşireleri ancak tabip nezareti ve mesuliyeti altında hastalara enjeksiyon tatbik edecekleri ve bunlardan gayri kimselerin ve bu meyanda hastabakıcıların cilt altına

Sağlık memurları ise sağlık ocaklarında ocak hekimine karşı sorumlu olarak sağlık eğitimi, çevre sağlığı hizmetleri ve okul sağlığı hizmetlerini yürüten, bu konuda eğitim almış kişilerdir.¹³³⁴ Bu kişilerin 1219 Sayılı Kanununun 3. maddesi gereği hekim gözetiminde küçük tıbbi girişimlerde bulunma yetkileri bulunmaktadır.

Ebelik mesleği 1219 SY. nun 47 vd. maddelerinde tanımlanmıştır. Ebeler sağlık meslek lisesi mezunu, doğum ve doğum kontrolü ile ilgili kendisine düşen görevleri yapabilecek yeteneklere sahip, gerekli kursları görmüş yardımcı sağlık personeli olup, müracaat eden kadınların fenni olarak doğuma hazırlanmaları için yetkileri dâhilinde her türlü tedbirleri alıp hazırlıkları yaparlar. Meslek ve sanatın gerektirdiği hallerde ana ve çocuğu muayene edip her türlü genital muayeneyi yaparlar. Doğumda güçlük ve arızalar olan hallerde uzman hekime haber vermek zorundadırlar. Hukukumuzda 1219 SY. nun 54/b. maddesiyle ebelerin reçete ve rapor yazmaları yasaklanmıştır.¹³³⁵ Ebeler ihtiyaç duyulan ilaçları ancak hekim reçetesiyle temin edebilirler.

Görüldüğü üzere; hukukumuzda muayene ve örnek alma sırasında hekim dışında hastaya el atabilecek ikinci kişi öncelikle hemşireler, uzmanlıkları gereği ve hekim kontrolünde ve sınırlı alanlar olmak üzere sağlık memurlarıdır. Hemşireler özellikle invaziv(girişimsel) yöntemlerle muayene edilenin vücuduna müdahale gereken hallerde bu işlemleri hekim nezaretinde yapma yetkisine sahiptir. Hekimin yardımcısı durumundaki diğer laborant, biyoloji, patoloji, radyoloji ve diş teknisyeni gibi sağlık personelinin ise muayene işlemleri sırasında gerekli ve görevleri gereği hastaya sınırlı şekilde el uzatabilmeleri mümkün olup iğne yapma, deri altına girme vs. yetkileri bulunmamaktadır.

*da olsa iğne yapamayacakları ve yaptıkları takdirde hareketlerinin 1219 SY. nun 25. maddesine mümasil suç teşkil edeceği ve bu kanununun 3. ve 25. maddeleriyle 6283 Sayılı Hemşirelik Kanununun 4. maddesinin açık hükmü icabından bulunması ve hastabakıcıların iğne yapabileceklerini kabul eden 1219 SY. nun 64. maddesinin 6283 SY. nun 13. maddesiyle ilga edilmiş olmasına ve karar yerinde gösterilen sebeplere göre mahkûmiyette ısrarı kapsayan hüküm usul ve yasaya uygundur. (YCGK 30.11.1959 tarih, 59/1/39 Esas, 59/38 Karar. Bkz; H. Enver ÖZDEMİR:“**Trafik Kazaları, Taksirle Ölüm ve Yaralanmaya Sebebiyet Davaları**”, Şark Matbaası, 1969,sh. 59*

¹³³⁴ Sağlık Bakanlığının “Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirildiği Bölgelerde Hizmetlerin Yürütülmesi Hakkında 154 sayılı Yönergesi”

¹³³⁵ “Ebenin verdiği şahadetnamenin resmi doktora tasdik ettirilmemesi yolsuzdur.” (Y 4. CD 15.6.1944 tarih 44/5579 Esas 44/6831 Karar sayılı ilamı. Bkz; PERİNÇEK; TÜZÜN: a.g.e., sh. 74

Kanaatimizce: Biyolog ve patoloğların vücudun yüzeyi üzerinden sürüntü ve biyolojik materyal alma yetkilerinin olup-olmadığı tartışmalı ise de; vücuda müdahale niteliği taşımadığı ve hekim kontrolünde olduğu hallerde bu yetkiyi kabul etmek yerinde olacaktır.

c) HEKİM TARAFINDAN TIP SANATI KURALLARINA GÖRE İŞLEM ZORUNLULUĞU

Türk hukukunda istisnasız olarak vücuda el uzatma şeklindeki muayene ve örnek alma işlemlerini, bu işlemlerin ancak hekim veya hekim nezaretindeki sağlık personeli olan yardımcılarının yapabilecekleri kabul edilmektedir.¹³³⁶ Bu aynı zamanda yapılan işlemin hukuka uygunluğunun şartlarından da biridir.¹³³⁷ Ancak insan hekimleri ve uzman hekimler (*appbierten mediziner*)¹³³⁸ muayene işlemlerini yapabilmektedirler. Yasa iç ve dış muayenede bu sayılanlar dışında başka bir kişinin vücuda el atabilmesine imkan vermemektedir. Bu sınırlamanın amacı; “tıp mesleği uzmanları kişiler dışında vücuda bilinçsiz bir müdahale yapılmasını ve bu şekilde de doğru yolu bulmanın engellenmesinden kaçınmaktır.”¹³³⁹

Türk hukukunda benimsenen bu anlayış Alman hukukunda farklı bulunmaktadır. StPO § 81a kapsamındaki vücuda müdahale niteliğindeki muayeneler ancak konusunda deneyimli bir hekim^{1340, 1341} tarafından yapılabilirken, müdahale niteliğinde olmayan basit muayeneler yeterli bilgiye sahip iseler diğer kişilerce de yapılabilir.¹³⁴² Bu da “yapılacak işlemin basit muayenemi yoksa müdahalemi olduğunun belirlenmesini” zorunlu kılmaktadır.

¹³³⁶ Adalet Bakanlığı 02.07.1928 tarih ve 19 sayılı tamim;” İzaleyi bikir muayenelerinin kabilelere değil tabiplere yaptırılması uygundur”, Adalet Bakanlığı 25.03.1931 tarih ve 14 sayılı Tamimi;“38 SY. 5 ve 4. maddeler uyarınca adli tabip yoksa diğer tabiplere gönderilebilir. KUMRULU; BETİL: a.g.e.,sh.52

¹³³⁷ ÜNVER; “İzin Verilen Risk”, sh.197

¹³³⁸ BENFER; a.g.e., sh.205, no.34, JOECKS; a.g.e., sh.147, no.10

¹³³⁹ BENFER; a.g.e., sh.205, no.34, (Schlüchter no. 167)

¹³⁴⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 135, no. 81a, 35 (§ 2 para.2,3,10 BÄO, BGBI I1987S1218) , GOSSNER-MEYER sh.257 81a, No. 16(BGH 8, 144, Bay NJW 57, 272, 274, Celle MDR 56, 695), “Bu bağlamda kimin hekim olduğunu federal tabip odası madde 2, 3, 10 doğrultusunda saptar.” BENFER; a.g.e., sh.205, no.34 (EbSchmidt MDR 1970, 461, 464),

¹³⁴¹ “Hekimlik sanatı kurallarına dikkat edilmesi yeterli değildir. Bu nedenle tıp tekniği asistanları, pratisyenliğini bitiren tıp öğrencileri, stajyer tıp öğrencisi, Sağlık görevlileri ve Hemşireler beden müdahalelerinde yetkili değildirler.Bu kişiler özel durumlarda hekimin denetiminde ve ilgilinin rızasıyla müdahalelerde bulunabilirler”:LÖWE/ROSENBERG(Krause);a.g.e.,sh. 135, no. 81a, 35, 36

¹³⁴² WILHELM;a.g.e., sh.5, KÜHNE: a.g.e., sh. 474, No. 475

Muayene işlemi, (muayene ile ilgili bölümde ayrıntılarıyla anlatıldığı usuller ve esaslar dairesinde) hekimlik ve tıp sanatı kurallarına (*approbierten der Ärzten*) uygun şekilde yapılmalıdır. Özellikle tehlikeli müdahalelerin bizzat uzman hekimce yapılması zorunludur.¹³⁴³ Muayene amacına uygun olmalı ve tıp ahlakı kurallarına aykırı olmamalıdır.¹³⁴⁴ Muayenenin ne şekilde yapılacağı tamamen hekimin takdirindedir.¹³⁴⁵ Hekim muayene edileni bilimsel deney aracı olarak kullanamaz ve kabul edilenin dışında yeni tıp tekniklerini üzerinde deneyemez.¹³⁴⁶ Sanığın katlanma yükümlülüğü bunu kapsamamaktadır.¹³⁴⁷

Hekimin, yapılacak işlem konusunda başka birisini görevlendirebilmesi sorumlulukları dairesinde mümkündür. Bu konuda, hekimin yapılacak işlemin türüne göre başka birisinin yapması konusunda iradesini serbest bırakmak anlayışı mevcuttur. Kan alımının ağır bir sağlık sorunu yapmayacağını ve görevlendireceği kişinin tıp sanatı açısından ehil olduğunu düşündüğü takdirde bu işlemin bir sağlık görevlisince yapılması konusunda hekimin takdir hakkı olduğu düşünülmektedir.¹³⁴⁸ Ancak hakim veya savcının söz konusu işlemi hekimin yapmasını istediği hallerde hekimi bundan kaçınmaması gerektiği,¹³⁴⁹ kaçınırsa para cezasıyla cezalandırılacağı kabul edilmiştir.¹³⁵⁰ Müdahalenin hekimce yapılmadığı hallerde, muayene sonucu uzman kişinin buna etki etmeyeceği düşünüldüğünde, elde edilen delilin değerlendirmeye alınabileceği (hastabakıcının kan alması vb.) ileri sürülmektedir.¹³⁵¹

İngiliz hukukunda da; bir kişi vücudundan idrar ve dış izi dışında özel fiziksel örneklerin sadece kayıtlı bir tıp mesleği mensubunca alınabileceği kabul edilmektedir..(PACE md. 62/(10))

¹³⁴³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 135, no. 81a, 35, WILHELM;a.g.e., Sh,5, “Hasta bakıcı, hemşire gibi diğer kişiler sadece sanığın rızası ile veya bir hekimin sorumluluğu, gözetimi ve talimatları ile müdahalede bulunabilirler.”: JOECKS; a.g.e, sh.147, no.10

¹³⁴⁴ BENFER; a.g.e., sh. 207, no. 37 (BGHSt 8, 144, 148)

¹³⁴⁵ Burada, hakimi denetlemek için bir uzman görevlendirilmesinin düşünülebileceği, ancak bunun tıbbi kurallar kapsamında işlemin yapılması tarzı ve şekline göre bu uygulama doğru olmayacağı iddia edilmektedir. BENFER; a.g.e., sh. 207, no. 37, (Schlüchter no. 175)

¹³⁴⁶ “Hipnoz, narkoz, ve zihinsel durumunu etkileyecek herhangi bir madde zerki her zaman hukuka aykırı sayılır. Bu anlamda müdahalenin yapılabilir nitelikte olması herhangi bir önem taşımaz.” GOSSNER-MEYER sh.257 81a, No. 16 (KK. Senge, 6, L-R Krause no. 30)

¹³⁴⁷ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 133, no. 81a, 30

¹³⁴⁸ BENFER; a.g.e., sh.206, no.36(Hendel, Blutalkohol 1977, 193-195 ff),

¹³⁴⁹ WILHELM;a.g.e., sh.5

¹³⁵⁰ BENFER; a.g.e., sh.206, no.36, (LG Trier NJW 1987, 722)

¹³⁵¹ VOLK; “Studium Jura”, sh.54 NO: 24

E. MUAYENE EDİLENİN NİTELİĞİNE GÖRE VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

Hukumumuzda, önceden 1412 sayılı CMUK.'nun 66 ncı maddesinde tek fıkra halinde topluca düzenlenen vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri, 5271 sayılı CMK. da 75 nci maddede “şüpheli/sanığın muayenesi” , 76 ncı maddede “diğer kişilerin muayenesi” şeklinde iki ayrı maddede düzenlenmiş, “kadının muayenesi” ise 77. maddede müstakil şekilde tarif edilmiştir.

1- SANIĞIN MUAYENESİ

5271 Sayılı CMK ile getirilen yeni düzenleme sonrasında; hakkında suç isnat edilen kişi soruşturma aşamasında şüpheli, kamu davasının açılması ile başlayan kovuşturma aşamasında ise sanık olarak adlandırılmaktadır. Vücut muayenesi ve örnek alma açısından, şüpheli veya sanık konumunda olmanın muayeneye karar veren makam dışında fazlaca etkili bir ayrımın olmaması nedeniyle, anlatımımızda “**sanık**” tabirini kullanmayı uygun görmekteyiz.

Sanık olabilmek için önce ceza ehliyetinin bulunması gereklidir.¹³⁵²

Ceza muhakemesi anlamında sanık; “suç işlemesinden şüphelenilen ve yeterli delil varsa hakkında dava açılan kişidir.”¹³⁵³ Muhakemenin seyrine ve şüphenin güçlenmesine göre, zanlı, şüpheli sanık gibi isimler almakta ve ceza kararı verilmesi ve bu kararın kesinleşmesiyle bu kavramlar yerini suçlu–hükümlü kavramlarına bırakmaktadır. Bu kapsama, hakkında soruşturma, kamu davası açılan veya tahkikat açılanlar olduğu gibi davalı ve suçlanan kişiler de girmektedir.¹³⁵⁴ Hükümlü de sanık sayılmakta, dava inceleme kararının hazırlığında da muayene edilmesi gereken kişi olarak algılanmaktadır.¹³⁵⁵ Tahkikata başlama şekil şartına bağlı olmadığından, hazırlık soruşturmasıyla ilgili olarak şüpheli hakkında alınan herhangi bir kararla bu

¹³⁵² “...Ancak bunlara karşı yinede soruşturma yürütülüyor ise ve bu kapsamda § 81a da belirtilen önlemler uygulanıyor ise sanık gibi işlem görürler ve sanığa verilen haklar bunlara da uygulanır.”: LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 7

¹³⁵³ WILHELM; a.g.e., sh.3

¹³⁵⁴ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 6

¹³⁵⁵ “Sanık tanımı; soruşturma davasına bağlı olması gerekmeyen, 81a nın gereği yeterli suç delili varsa dava da açılabilen ve bunun için yeni delil aranmasına gerek duyulmayan kişi şeklinde anlaşılmalıdır. 81a anlamında suçlu ve davalı da sanık sayılmaktadır.. (157. md.)” :GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 2, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 6

sıfat kazanılmaktadır.¹³⁵⁶ Şüphelinin ne zaman sanık olacağı, hakkında davayı açan makamların takdirine bağlıdır.¹³⁵⁷ Önemli olan, soruşturma açılmasını gerektirecek yasal bir gerekçenin bulunması, yani; “yeterli ipucu-emare ve delilin olmasıdır”.¹³⁵⁸ Şüphe tamamen ortadan kalkana kadar bu hal devam etmektedir.¹³⁵⁹

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik md. 3’de ; **Şüpheli**: “*Soruşturma evresinde suç şüphesi altında bulunan kişi*”, **Sanık ise**: “*Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar suç şüphesi altında bulunan kişi*” olarak tanımlanmaktadır.

Şüpheli veya sanıklık sıfatlarının hangisinin bulunduğu veya şüphenin derecesi muayene ve örnek alma işleminde CMK nun 75. maddesinin uygulanmasında veya bu işlemlerin ne şekilde uygulanacağına ilişkin bir fark yaratmamaktadır. Bu fark, orantılılık ilkesi gereği, “ağır müdahalelerde bulunmanın gerektiği hallerde şüphenin güçlenmesi” şeklinde ortaya çıkabilir. Sanıklık sıfatının alınmış olması ağır müdahalelere izin verilmesini gerektirmemektedir.¹³⁶⁰ Bu, orantılılık ilkesiyle çözümü gereken bir sorundur.¹³⁶¹

Hukumumuzda sanığın muayenesi CMK. md. 75 ve Yönetmeliğin 4, 5 ve 6. maddelerinde düzenlenmektedir. CMK. md. 75/(1) ‘ e 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. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz.”

¹³⁵⁶ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 6

¹³⁵⁷ WILHELM; a.g.e., sh.3

¹³⁵⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81c, 9

¹³⁵⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 35,

¹³⁶⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 127, no. 81a, 11

¹³⁶¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 127, no. 81a, 11

Sanığa kendini usulüne uygun savunabilmesi için verilen haklar, muhakeme faaliyetinin yürütülebilmesi için katılımını da gerekli kılar. Sanığın bedensel muayenesi, dava için önem taşıyan durumun tespitine yönelik olmalıdır.¹³⁶² Sanık, aynı zamanda dava konusu ve muayene objesidir ve bedeninin keşif konusu yapılmasına (*Augenscheinobjekt*) izin vermek zorundadır.¹³⁶³ Bu nedenle, CMK. (md.75) sanığın bedeninin dış muayenesinin yapılabilmesi için izin ve karar şartı aramamış, sağlığı tehlikeye düşürme hali söz konusu olmadığı takdirde, sanığın iç muayenesinin yapılmasına karar verilebileceğini düzenlemiştir.¹³⁶⁴

Kamuoyuna da mal olan bir olayda; sanatçı G.Ö. ‘nün uyuşturucu madde etkisi altına alınıp, ırzına geçildiği sırada çekilen görüntülerinin internette yayınlanması olayında, çekilen görüntülerde yüzü görülmeyen ancak vücudu görülen şüpheli G.D.’nin olay faili olup-olmadığı konusunda, vücudunun muayenesi ile delil elde edilmesi yoluna gidilmiştir. Vekilinin karşı görüş bildirmesine karşın, sanığın rızasıyla yapılan muayenede elde edilen bulgular bu şahsın olayı gerçekleştirdiğini göstermiş ve mahkemece atılı suçlardan mahkûmiyet hükmü kurulmuştur.¹³⁶⁵ Bu olayda mahkeme sanığın kendi aleyhine delil verme yasağına aykırı şekilde elde edilen delilleri mahkûmiyetinde değerlendirmiş bulunmaktadır. Elde edilen delillerin sanığın rızası da olsa kendi aleyhine kullanılıp-kullanılmayacağı tartışmalıdır.

Benzer bir olay ABD. de yapılan bir yargılamada söz konusu olmuştur. J.S. isimli sanığın, 2006 yılı Temmuz ayında, bir otomobil galerisinde arkadaşlarıyla birlikte soygun girişiminde bulunduğu ve çıkan çatışmada galeri sahibi tarafından kafasından vurulduğu, mermi çekirdeğinin sanığın kafasında saplı olarak durduğu, polisçe merminin olay sırasında saplanan mermi çekirdeği olduğu iddia edilmektedir. Sanık ise, savunmasında, basket oynarken, kafasına nereden geldiğini bilmediği şekilde mermi saplandığını iddia etmektedir. Mahkeme çelişkinin giderilmesi için kurşunun ameliyatla çıkarılarak incelenmesine karar vermiş, sanık tarafı buna karşı çıkmaktadır. İlk ameliyat için başvuru hekimlerin aletlerin yetersizliği, ikinci ekip ise hasta istemediği gerekçesiyle müdahaleye yanaşmamışlardır.¹³⁶⁶ Hekimlerin hasta

¹³⁶² BEULKE; a.g.e., sh. 130, no.241

¹³⁶³ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 1, (Eser ZStW 86, Beih 146), VOLK; “Studium Jura”, sh. 63, no. 22

¹³⁶⁴ BEULKE; a.g.e., sh. 130, no.241

¹³⁶⁵ Sabah Gazetesi, 4.12.2005, Pazar Eki, sh. 1 ve 15

¹³⁶⁶ Hürriyet Gazetesi, 24.12.2006, sh.42

haklarına saygı ile suçun aydınlatılması arasında kalmalarının yanısıra buradaki olay sanığın kendi aleyhine delil verme hakkının sınırlarıyla da ilgilidir. Müdahalenin sanığın rızası olsa bile yapıp yapılamayacağına veya elde edilen delillerin değerlendirmeye alınıp-alınamayacağına tartışılması gereklidir.

Alman hukukunda sanığın muayenesi StPO.'nun § 81a'da düzenlenmektedir. Bu madde, kişinin bedeninin kendine ait olma hakkını ihlal etme konusundaki gücünü, Alman Federal AY' nın 2. md. 2. f. 1.c den almaktadır.¹³⁶⁷ Bu bağlamda sanık, ceza muhakemesince gerek görüldüğü hallerde, mahkemeye çıkmak (§133, §134, §230/b) , tanıma amaçlı olarak başka birisinin karşısına geçmek, (§ 58) ya da muayeneye katlanmakla yükümlüdür. Aynı şekilde, gerekirse yasa kapsamındaki zorunlu müdahalelere, gözaltına almaya (§112), aramaya (§102) ve alıkonulmaya katlanmak, kişisel durumu (*persönlichen Verhältnissen*) konusunda bilgiler (§ 243, II, 4) vermek zorundadır.¹³⁶⁸ Sanık StPO § 81a gereği zorla muayene edilebilmektedir. Alman öğreti ve uygulamasında, bu durumun temel haklara aykırılığı ileri sürülmektedir. Bu nedenle, Federal Temyiz Mahkemesi açık olarak zorla muayeneye taraf olamamış, ancak, “bu zorluğun orantılılık ilkesinin uygulanmasıyla aşılabileceğini” belirtmiştir.¹³⁶⁹ Halen, sanığın muayeneye rıza göstermesinin § 81a' nın aşılmasına yeteceği, ancak özellikle ağır müdahaleler için hakim kararı alınmasının gerekli olduğu kabul edilmektedir.¹³⁷⁰

Alman hukukunda, sanığın muayeneye katlanma zorunluluğu, aktif olarak katılmayı kapsamamaktadır.¹³⁷¹ Kendi aleyhine delil verme yasağı nedeniyle, sanık muayene sırasında normal bir muayene nedeniyle kendisinden istenebilecekleri yapmakla yükümlüdür. Ancak muayeneye aktif olarak katılmak ve sorulara cevap vermek, teste katılmak, yutmak veya içmek şeklinde herhangi bir kontrast madde almak zorunda değildir. Kan örneği vermekle zorunludur, ancak, alkol testinde

¹³⁶⁷ KÜHNE; a.g.e., sh. 63. No.103.1

¹³⁶⁸ KÜHNE; a.g.e., sh. 213. No. 402

¹³⁶⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 1, (Sax/Betterman/Nipperdey/Scheuner Die Grundrechte, III/2, 1959 S 982 ff.) (BVerufGE 47, 239, 248= NJW 1978, 1149) (Ein 20) Burada özellikle dikkate alınan ise (BVerufGE16, 194, 202 =NJW 63, 1597, BVerufGE 17, 108, 117= NJW 63, 2368, 2370, BVerufGE 27, 211= NJW 70, 505), LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 126, no. 81a, 6

¹³⁷⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 2(Löffler NJW 51, 822)

¹³⁷¹ BEULKE; a.g.e., sh.130, no.241, WILHELM; a.g.e., sh.5

üflemebilir.¹³⁷² Aynı şekilde sanık üzerinde kimlik tespitine yönelik işlemler de yapılabilmekte, bu amaçla saçlarının kesilmesi, düzenlenmesi, yüzdeki makyaj ve makyaj benzeri izlerin tanımlamaya yönelik silinmesi gibi **benzer** önlemlerin (*Ähnliche Maßnahmen*) icrasına ve bu amaca yönelik hazırlıklara da sanık zorlanabilmektedir.¹³⁷³

2. DİĞER KİŞİLERİN MUAYENESİ

Ceza Muhakemesi Hukukunda bazı hallerde sanık dışındaki kişilerin de muayene edilebilecekleri ve bu şahısların vücutları üzerinden örnek alınabileceği kabul edilmektedir.¹³⁷⁴ Ancak, bu kişilerin muayenesi sanığa oranla daha sınırlıdır. Sanık dışındaki kişilerin vücudu ancak; “suçun belli bir iz veya sonuçlarını¹³⁷⁵ bulma amacıyla” muayene edilebilir.¹³⁷⁶ Burada, gerçeğin bulunması için zorunlu olma, ilgilinin sağlığı açısından uygun bulunma şartlarının oluşması gereklidir.¹³⁷⁷

Sanık dışındaki kişilerin, tanıklıktan çekinme nedenleriyle muayene ve kan alımından çekinmesi mümkündür.¹³⁷⁸ Ceza Muhakemesi Hukukunda sanık dışındaki diğer kişiler denildiğinde ilk akla gelenler “mağdur, tanık ve bunların dışında kalan üçüncü şahıslardır.”¹³⁷⁹

Sanık dışındaki kişilerin muayenesi iz esasına ve tanıklık esasına bağlı olarak, soruşturmadaki potansiyel rolleriyle orantılı şekilde belirlenmektedir. Bu kişilerin muayeneleri iki şartın gerçekleşmesi durumunda mümkün olabilir. Kişi ya bir suçta tanık olarak (tanıklık esasına(*Zeugengrundsatz*)) dikkate alınır, ya da muayene edilecek kişinin bedeninde suça ilişkin iz veya emareler bulunmalıdır (iz esasına(*Spurengrundsatz*)).¹³⁸⁰ **İz esasına (*Spurengrundsatz*)**; “sanık dışındaki kişilerin bedeninde, suça ilişkin belirli iz veya emareler bulunması halinde, bunların tespit edilmesi veya gerçeğin araştırılması gerektiğinde, sanık durumunda olmayan

¹³⁷² BEULKE; a.g.e., sh. 130, no.241(Lesch 4/n. 66 ff., Schöch, BA, 1997 169), VOLK; “Studium Jura”, sh.53 NO: 22

¹³⁷³ VOLK; “Studium Jura”, sh.54 NO: 25, YERLİ; a.g.e., sh.6

¹³⁷⁴ ÜNVER; HAKERİ; a.g.e., sh.83

¹³⁷⁵ “Suç sonuçları, suçu işleyen kişiye ilişkin kesin bilgiler elde edilemeyen mağdurun bedeninde meydana gelen değişikliklerdir”; BENFER; a.g.e., sh.210, no. 48, CİHAN-YENİSEY; a.g.e., sh.223

¹³⁷⁶ BENFER; a.g.e., sh.207, no. 52, YENİSEY; “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, sh. 202, no. 473

¹³⁷⁷ CENTEL; “Ceza Muhakemesinde Muayene”, sh. 93

¹³⁷⁸ CENTEL; “Ceza Muhakemesinde Muayene”, sh. 93

¹³⁷⁹ BEULKE; a.g.e., sh.133, no.244

¹³⁸⁰ BENFER; a.g.e., sh.209, no.42

kişilerin de muayenesine” izin verir. Amaçlanan, mağdurun bedeninde suç nedeniyle oluşan değişiklikler ve özelliklerden suçla ilintili sonuç çıkartma, suçun işleyiş şekli ve biçimi veya sanığa ilişkin bilgi edinilmesidir.¹³⁸¹ **Tanıklık Esası** (**Zeugengrundsatz**) ise; “sanık durumunda olmayan kişilerin sadece “tanık olarak dikkate alındıklarında” muayene edilebileceklerine” ilişkindir.¹³⁸² Tanıklık esasında önemli olan, “tanığın” olayla içiçeliği değil daha çok durumla ilişkili konumunun yorumudur.¹³⁸³

Sanık dışındakilerden alınan örneklerin imhasında da sanıktan alınanlarla ilgili kurallar geçerlidir. Bu numuneler ancak soruşturma konusuyla ilgili kullanılabilirler (StPO §81c V 2,3. cümleler).¹³⁸⁴

Hukumumuzda sanık dışındakilerin muayenesi “Diğer Kişilerin Muayenesi” başlığı altında CMK. md. 76’(Değişik: 25/5/2005 – 5353/3 md.) da düzenlenmektedir. Yönetmeliğin 7. maddesi “diğer kişilerin muayenesine”, 8. maddesi ise “diğer kişilerden örnek alınmasına” ilişkindir.

a. MAĞDURUN MUAYENESİ

Ceza muhakemesi faaliyeti sırasında, suça ilişkin delil elde etmek amacıyla mağdurun vücudunun muayene edilmesi ve vücudu üzerinden örnek alınabilmesi mümkündür. Alternatif kanıtların dava ile ilişkisinde şüphe bulunduğu durumlarda, mağdurun beden muayenesi kararı alınır.¹³⁸⁵ Buradaki amaç; “suça yönelik doğru izlerin veya sonuçlarının bulunabilme olasılığıdır.”¹³⁸⁶ 5271 sayılı CMK. 76. maddesinde (Değişik: 25.5.2005 – 5353/3 md.); “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

¹³⁸¹ BENFER; a.g.e., sh.210, no.47, “Hindistan hukukunda mahkemenin yetki kapsamında olmayan suçlarda mağdurun doğrudan hekime gidebileceği veya mahkemeye yeminli beyanda bulunarak mahkemece muayene veya örnek almaya gönderilebileceği kabul edilmektedir.”; “**Points to be Remembered in Handling Clinical MLC**”, a.g.e., sh. 5

¹³⁸² “*Tanıklık esası zoraki sınırlamalar getirmektedir. Modern soruşturma yöntemleri dikkate alındığında bu sınırlamalara uzun süre bağlı kalmak mümkün olmayacaktır.*” LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 186, no. 81c, 12,

¹³⁸³ BENFER; a.g.e., sh.210, no.43

¹³⁸⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.268, no.81c, 29

¹³⁸⁵ BENFER; a.g.e., sh.207, no.52

¹³⁸⁶ VOLK; “*Studium Jura*”, sh. 55, no.25

bulunmamak koşuluyla izin verilebileceği” düzenlenmektedir. Görüldüğü gibi CMK. mağdurun muayenesinin, sağlığını tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalelerde bulunulmamak şartlarıyla mümkün görmektedir.

Yönetmeliğin 3. maddesinde Mağdur: “Suçtan veya haksız eylemden zarar gören kişi” olarak tanımlanmaktadır.

Mağdurun muayenesi kararı, hâkim veya gecikmesinde sakınca olan hallerde 24 saat içinde hâkimce onaylanmak şartıyla Cumhuriyet Savcısı tarafından verilecektir.

Vücut muayenesi ve önek alma işleminde üzerinde mağdur sıfatıyla işlem yapılacak olan, canlı bir kişi olup, maktul mağdur değildir. (Maktul üzerinde bütün işlemler CMK md. 87 gereği otopsi kuralları içerisinde yürütülmektedir.)

Mağdurun muayenesinde iz esası geçerlidir.¹³⁸⁷ Mağdur muayenesinde amaç, mağdurun vücudu üzerinde suçun doğrudan neden olduğu veya suç sonucundan oluşan izlerin ve suçun uygulanma şekli belirlenmesi veya suçlunun bulunmasına imkan sağlamak olmalıdır. (Kan izleri, sperm kalıntıları, tırnak altında deri kalıntıları)¹³⁸⁸ Mağdurun muayenesi suça ilişkin iz veya suç işleniş sonucunu tespit amacıyla sınırlanmıştır. Bu sınır sanığın muayenesinde aynı katılığa uygulanmamaktadır.¹³⁸⁹ Muayenenin yapılabilmesi için bu iz ve delillerin o an mağdurun vücudunda bulunuyor olması,¹³⁹⁰ muayene için yeterli gerekçenin ve önceden iz ve suç sonuçlarına ilişkin belirli tahminlerin ve bulguların bulunması gerekmektedir.¹³⁹¹

Mağdurun muayenesinde, mağdurun ahlaka uygun¹³⁹² rızasının bulunması hali önem taşımaktadır. Rızanın bulunması durumunda karara gerek

¹³⁸⁷ BENFER; a.g.e., sh.209, no.42, BEULKE: a.g.e., sh.133, no.244

¹³⁸⁸ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.151, no.1, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.267, no.81c, 11-13, *Akil muayenesi veya inandırıcılığının araştırılması 81c kapsamında ilgilinin rızası dışında yapılamaz.* KÜHNE; a.g.e., sh.254, no.492(dn 60= BGHSt 13, 398, 14,23), BENFER; a.g.e., sh.207, no.40, VOLK: “Studium Jura”, sh. 55, no.29(BGH 45, 164. madde, Anm. Ziegert NStZ 2000, 105 e esas teşkil eder)

¹³⁸⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 125, no. 81a, 15

¹³⁹⁰ BENFER; a.g.e., sh.211, no.51, *Vücut üzerinden aranabilen izler; kan, salya, sperm, saç teli ve zehir gibi kalıntılardır. Suçtan meydana gelen belirtiler ise yaralanma, kan akıtma, çizik veya morarma gibi normalden sapma gösteren belirtilerdir.*”;CİHAN-YENİSEY; a.g.e., sh.223

¹³⁹¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.268, no.81c, 14

¹³⁹² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 2

bulunmamaktadır.(CMK. md.76/(2)) Bu mağdurun muayenesinde hukuka uygunluk sebebidir.¹³⁹³ Verilen rıza, rıza konusunda anlattığımız özelliklerde olmalı ve rıza öncesinde aydınlatma bulunmalıdır.¹³⁹⁴ Bilgilendirmeyi karar veren makamın yapması ve tanıklıktan çekinme halinin bulunması durumunda bunu ilgiliye bildirmesi gereklidir.¹³⁹⁵ Aydınlatma olmaması halinde, elde edilen deliller hukuka uygun sayılmamaktadır.¹³⁹⁶ Rızanın mağdurca her aşamada geri alınması mümkündür. Rızanın geçerli olabilmesi için rıza gösterenin buna ehil olması, işlemin sebep ve sonuçlarını anlayabilmesi gerekir.¹³⁹⁷ Eksik bilgilendirme veya sonradan bilgilendirme ile mağdurun muayene sonucunun değerlendirmeye alınmasına ilişkin rızası veya daha sonra yapacağı tanıklıktan çekinme hakkı saklıdır.¹³⁹⁸

Mağdurun muayenede rızası, TCK. nun 288. maddesinde yer alan, genital muayenede de düzenlenmiştir. Genital muayenenin yapılabilmesi 5237 sayılı TCK. nunu 288. maddesinde mağdurun rızasına veya hakim kararına bağlı kılınmıştır. Mağdurun doğrudan hekime başvurduğu hallerde rızasının bulunması halinde hakim kararı olmaksızın hekimin muayene yapabileceği kabul edilmektedir.¹³⁹⁹ Ancak burada rızanın kendi isteği ile, bilinçli olarak ve durumun farkındalığı ile ve itiraz etme hakkı bilinciyle gösterilen nitelikte olması gereklidir.¹⁴⁰⁰ Bu şart oluşmadığı hallerde, bilirkişinin huzuruna kendi isteği ile çıkıp, muayene veya müdahaleyi kabul etmenin rıza göstermek anlamını taşımadığı kabul edilmektedir.¹⁴⁰¹ Mağdurun rızasıyla cinsel organlarında ve anüste muayene yapılmasının, her mağdurun suçun aydınlatılmasını isteyeceği ancak her mağdurun sağlıklı karar verme durumunda olamayacağı, bunun rutin uygulamaya dönüşebileceği gerekçeleriyle yanlış olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁰²

¹³⁹³ Ayşe NUHOĞLU; ” Mağdurun Rızası ve Genital Muayene”, 12 Adli Tıp Günleri Seminer, Sunum, (12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006), sh.28-30

¹³⁹⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 4(KMR- Bosch5: LR Krause 5; ANM 491; Hanack JZ 71, 128,aM BGH 13, 394,398, KK Senge 11)

¹³⁹⁵ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 4 (BGH 13,394, 399,20. 234; ANM 491; Schlüchter 203.3)

¹³⁹⁶ CENTEL-ZAFER; “Ceza Muhakemesi Hukuk-1. Baskı” , sh. 549

¹³⁹⁷ NUHOĞLU; “Mağdurun Rızası” , sh. 29

¹³⁹⁸ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.267, no.81c,8 (BGHSt 12, 235, (242); 20, 234)

¹³⁹⁹ NUHOĞLU; “Mağdurun Rızası”, sh.29

¹⁴⁰⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c,2 (BGH NjW 64,1177, uyarlama StV 85 257; Peters JR 69, 233 §81a’ ya ilaveten 4)

¹⁴⁰¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 2 (Janetzke NjW 58,534)

¹⁴⁰² M.Bedri ERYILMAZ: “Kişi Hak ve Özgürlükleri Açısından Tasarıda Görülen Eksiklikler”, **The Journal of Turkish Weekly**, 24.11.2004

AİHM Y.F./Türkiye davasında; Cumhuriyet Savcısı talimatıyla, kendisinin ve eşinin rızası dışında mağdurun kadın-doğum uzmanına muayene ettirilmesinin, kanuni bir dayanağı ve ilgilinin rızası olmadan yapılmış olması nedeniyle özel hayata saldırı oluşturduğunu kabul etmiştir.¹⁴⁰³

CMK. md. 76/(3) gereğince; “çocuğun soy bağının araştırılmasına gerek duyulması halinde; bu araştırmanın yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınması gereklidir.” Nesep araştırmasının söz konusu olduğu hallerde iz esasının değil, aydınlatma esasının söz konusu olduğu ve ilgilinin iznine veya hakim kararına ihtiyaç bulunduğu belirtilmektedir.¹⁴⁰⁴

Mağdurun muayenesinde en önemli sınırlama; “*cerrahi müdahale şeklinde bir işlemin yapılamayacak olmasıdır*”. Potansiyel tanıkların bu muayenesi sadece beden yüzeyi ve doğal beden açıklıklarının muayenesi ile sınırlıdır. Bu nedenle CMK md. 76 ve StPO § 81c I bedensel müdahaleye izin vermemektedir.¹⁴⁰⁵ Müdahalelerin hangi sınıra kadar yapılabileceği ve kastedilenin her türlü cerrahi müdahale olup-olmadığı konuları henüz hukukumuzda tam çözülmemiştir. Alman hukukunda sanık dışındakilere bedensel müdahaleler yasaktır. Ancak, özel durumlarda, hekimin yardımı olmadan, doğal vücut açıklıklarının ve beden içinin görüntülenebilir olduğu hallerde müdahalenin mümkün olabileceği ve istenen müdahalenin orantılılık ilkesine uygun olması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴⁰⁶

¹⁴⁰³ “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararların İlgili Paragrafları”, (Çeviren; Gülay ARSLAN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.471, TEZCAN; ERDEM; SANCAKDAR: a.g.e., sh. 242

¹⁴⁰⁴ WILHELM; a.g.e., sh.9

¹⁴⁰⁵ BEULKE; a.g.e., sh.134, no.245

¹⁴⁰⁶ “Dişlerin kontrolü için ağzın zor kullanılarak açılmasına, dişlere bakılmasına ve kesi yapılmasına izin verilmiştir. Ancak midenin yıkanmasına, narkoz altında muayeneye, röntgen çekilmesine izin verilmemiştir. Muayeneye katılma zorunluluğu üzerini çıkarmak, bunun kabul etmek ve ilgili bedensel şekli almak zorunluluğunu da birlikte getirir. Ancak aktif katılım zorunluluğu yoktur JOECKS; a.g.e., sh. Sh.151, no.5, (KK. Seuge 81c n. 6,SK Rogall 81c n.19), “Ancak örneğin röntgen alımı ve midenin boşaltılması zararsız müdahale sayılmaz.” BENFER; a.g.e., sh.211, no.51 Kleinknecht/Mayer 81c n.16), GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.268, no.81c, 16, 19, WILHELM; a.g.e., sh.4, “Doğal beden açıklıklarına optik veya mekanik giriş, (Optisches und/oder Mechanisches Eindringen in naturliche Körperöffnungen)(StGB 117 ye göre bir suçun açıklığa kavuşturulması için vajinal muayene veya StGB 224 I no. 1 midenin boşaltılması) veya röntgen tekniği yardımıyla beden içinin incelenmesi ilgilinin rızası dışında yapılamaz.” : KÜHNE; a.g.e., sh.254, no.290

Türk hukukunda hiç bir cerrahi girişim kabul edilmemişken, Alman hukukunda müdahalenin ilgilinin sağlığı açısından herhangi bir olumsuzluğa neden olunacağından endişe duyulmaması, izin verilen muayene ve müdahalelerin yapısı gereği bu tür bir olumsuzluk olasılığının düşünülmemesi gerekliliği kabul edilmiştir. Ancak; kan örneği alınırken “ iğne korkusu nedeniyle” psikolojik bir zarar verilmesi hali tamamen göz ardı edilmiştir.¹⁴⁰⁷

Alman hukukunda mağdurun muayenesi tanık ve diğer kişilerin muayenesiyle birlikte StPO. nun 81c maddesinde düzenlenmektedir.¹⁴⁰⁸ Sadece dış beden muayenesi esaslarının dışında kalanlar 81c II de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kaçınılmaz nesep tespiti durumlarında kan numunesi alınması ve müdahalede bulunulmasının,¹⁴⁰⁹ eğer sağlığını tehlikeye sokmuyorsa ilgilinin rızası dışında da yapılabileceği, 81c I den farklı olarak bu müdahalelerin 81c II ye göre uzman (deneyimli) hekim tarafından yapılmasının zorunlu olduğu hüküm altına alınmıştır.¹⁴¹⁰ Kan örneği dışında kalan müdahalelerin mutlaka hekimce yapılması, ilgilinin rızasının bunu değiştirmeyeceği kabul edilmektedir.¹⁴¹¹ Mağdurlar için katlanma sorumluluğu § 81c II- 3/c ile korunmuştur.¹⁴¹²

Muayene ve örnek alma kararı; “hakim”, muayene başarısının gecikme nedeniyle tehlikeye girmesi durumunda “savcı ve yardımcılarınca da” verilebilir. (81c VI) Bu karar hakim tarafından alınmamış ise, tanıklığa karşı gelenin muayenesinde zorlama yapılamaz. Bu tarz bir karar sadece hakim tarafından ve sadece gecikme tehlikesinde ve ilgili bir usulsüzlük cezası almasına rağmen itirazında ısrar ederse karara bağlanır.¹⁴¹³ (81c VII) Orantılılık prensibi muayeneye karar verildiğinde de dikkate alınmalıdır.¹⁴¹⁴ §81c IV buna tekrar açıkça değinmektedir.¹⁴¹⁵ Katlanma zorunluluğunun (81c IV) ve muayeneye (IV) katlanabilirliğinin, ilgilinin aydınlanma ve talebi ile karşılıklı tartılarak belirlenmesi,

¹⁴⁰⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.268, no. 81c, 19 (Gerchow BA 76, 392, Handell BA 76, 389 : Koblenz NJW 76, 379 buna karşıdır)

¹⁴⁰⁸ BENFER; a.g.e., sh.211, no.51

¹⁴⁰⁹ BENFER; a.g.e., sh.211, no.53

¹⁴¹⁰ KÜHNE: sh. 254, no. 493

¹⁴¹¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 2

¹⁴¹² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.266, no.81c, 1,2 (BVerfGE 13c. = NJW 56,986)

¹⁴¹³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 201, no. 81c, 52

¹⁴¹⁴ “İşlenen suç olayının açıklığa kavuşturulmasında önem ve ilgilinin kişisel hakları birbiri ile eşdeğer olmalıdır.” (BGH MRD 56,527 [D]) GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.268, no.81c, 17

¹⁴¹⁵ KÜHNE; a.g.e., 253, no.490

bu belirlemede “kişiy e ekonomik olumsuzluklar getirme olasılığının” kararı etkilememesi gerekir.¹⁴¹⁶

b. DİĞER ŞAHISLARIN MUAYENESİ VE SIRALI MUAYENE

İz ve tanıklık esaslarına dayalı olarak, tanık durumunda olanların vücutlarında suçta, suçluya veya suçun sonuçlarına ilişkin iz ve delillerin bulunması hallerinde tanık durumunda olanların, bu iz ve belirtilerin tespiti ve delillerin muhafazası amacıyla tek bir kişide veya sıralı şekilde pek çok kişide vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinin yapılması gerekebilir. Bazı durumlarda kitle gen testlerinin de yapılması zorunluluğu bulunabilir. Bu hallerde de sanık dışındaki kişiler olan mağdur hakkında geçerli olan kurallar aynen geçerlidir.

Sıralı muayeneler (*Reihenuntersuchungen*); olay hakkında bilgisi bulunan, olayı daha önceki durumlar ile ilişkilendiren, araştırmaya alınan çevrede istekli ifade vermek istemeyen kişilerin de katılımını, bu şekilde de sanık olmayan kişilerin, iz veya suç nedeni ile ilişkili olduğu tahmin edilen tanıkların, rızaları olmadığı durumlarda muayene edilmeleri halini ifade etmektedir.¹⁴¹⁷ İz taşıyıcıların da sıralı muayenesine izin verilmiştir.¹⁴¹⁸ Kesin şüphe tanımı için kanıt bulunmasa da sıralı testte muayene edilen kişiler genelde suç şüphesi ile muayene edilmektedir. Potansiyel tanıklık özelliğinde CMK. md. 76 ve StPO §81c I ve §81c II genelde sanık olmaması gereken kişilere odaklıdır. Bu maddeler sadece tanıklara uygulanabildiğinden, sanık şüphesi altında olanlardan bu maddeler gereği sıralı numune alımının uygulanabilirliği bulunmamaktadır.¹⁴¹⁹

Bazı hallerde şüphelinin kimliğinin tespiti ve suç delillerine ulaşılabilmesi, o an şüpheli olmayan çok sayıda kişiden oluşan kitlelere gen testi yapılmasını veya kişilerden örnek alınmasını gerektirebilir. Bu tür geniş katılımlı muayene ve örnek alma işlemlerine karar verilip verilemeyeceği henüz üzerinde anlaşılmış bir konu değildir. Seri cinayet ve ırza geçme olaylarını belirli bir bölgede işlenmesi durumunda, o bölgede bulunan ve ortak özellikler taşıyan tüm kişilerden örnek

¹⁴¹⁶ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.268, no.81c, 21 (KMR – Bosch 20,)

¹⁴¹⁷ WILHELM; a.g.e., sh. 4(Kleinknecht/MG 81c 10)

¹⁴¹⁸ GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.266, no.81c,14(KK- Senge GA 53,65; Krause JZ 76,124)

¹⁴¹⁹ KÜHNE; a.g.e., 254, no.490

alınması ve DNA incelemelerinin yapılması çeşitli ülkelerde zaman-zaman rastlanan uygulamalardır.¹⁴²⁰ Bunların bazılarında başarıya ulaşıldığı ve suçların aydınlatıldığı bilinmektedir.¹⁴²¹ Ancak, halen, gerek hukukumuzda ve gerekse mehz Alman hukukunda, “bu konuda karar verilmeyeceği” görüşü egemendir.¹⁴²² Çünkü, üzerinden örnek alınanlar şüpheli olmadığından sanığın muayenesi, tam anlamıyla tanık olmadıklarından tanık ve mağdurlara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, örnek alınacak kişilerin, bilgilendirme yoluyla rızalarının alınarak örnek vermelerinin sağlanması halinde bunun mümkün olabileceği, ancak sadece aydınlatma yapılabileceği, teşvik edilemeyeceği savunulmaktadır.¹⁴²³ Aynı yazara göre; “şayet bu topluluk arasında sadece bir kişi serbest numune vermeden kaçınır ise, itirazından dolayı değil durumdan dolayı şüphe oluşacağından, fiili kanıtlar gereği de ondan başka şüpheli olmayacağı düşünülerek sanıktan örnek alınmasına ilişkin hükümler (CMK. md. 75, StPO §81a) gereği zorla numune vermeye zorlanabilecektir.”¹⁴²⁴

1986 yılı Eylül ayında Tunceli Ovacık ilçesinde dokuz erin şehit edilmesi olayı ile ilgili soruşturmada faillerin kaldıklarının iddia edildiği evde kalan iki kızın hekim muayenesinden geçirilerek faillerle ilişki kurup-kurmadıklarının belirlenmesi olayında,¹⁴²⁵ suçla doğrudan bağlantılı olmayan kişilerin muayenesi söz konusu olmuştur. Bu muayenelerin hukuka aykırılığı ileri sürülebileceği gibi, örnek olaydaki gerekçeye dayanılarak yapılan muayenenin hukuka uygun olup, insan haklarını ihlal etmediği, elde edilecek şüphe sebeplerinin olayın aydınlatılmasına yardımcı olacağı kuvvetle tahmin ediliyorsa ve orantılıysa üçüncü şahıslar üzerinde

¹⁴²⁰ “Örneğin: cinsel bir suça bağlı olarak suçlu olarak sadece belli bir mahalde oturan sadece erkek nüfus söz konusu ise burada oturanların hepsinden salya örneği almak ve kitle testi yaparak hangi DNA örneğinin suç iziyle örtüştüğünü tespit etmek söz konusu olabilir.” KÜHNE; a.g.e., 253, no.490 (Dn. 54=Bu amaçla kriminalistik açıdan H. Schmeider Kriminalistik 1995, 725, Rittner ve ark. Kriminalistik. 1991, 439 Bu tür bir vaka BVerufGE StV 1996, 645 esas alınmıştır)

¹⁴²¹ Osmanlı İmparatorluğu döneminde *Kasâme* ismiyle bilinen uygulamada, bir bölgede faili belirlenemeyen bir öldürme olayı olduğunda o bölge halkı diyeti aralarında toplayıp ödemekle sorumlu tutuluyorlardı.

¹⁴²² “Zoraki kitlelere Gen testi yapılması (veya tükürük örneği alınması) sadece suç izi ve sonucunu bulmaya yardımcı olmadığından değil, bu konuda ilgili olanların tanıklık durumu söz konusu olmadığından § 81c I kapsamında izin verilmez. § 81c 1 suç ile ilişkisi olmayan herkeste iz veya suç sonucunun rıza gösterilmeden de ceza takibi içerisinde yapılabilmesini öngörür, ancak iz taşıyıcılarının sıralı muayenesine izin vermez.” : LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 186, no. 81c, 12

¹⁴²³ KÜHNE; a.g.e., 253, no.490

¹⁴²⁴ KÜHNE; a.g.e., 254, no.490

¹⁴²⁵ Cumhuriyet Gazetesi, 03.09.1986, YENİSEY; “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, sh. 202, no. 473

bu tür muayenelerin yapılmasının, (hakim kararı olmak şartıyla) hukuken mümkün olduğu da savunulmaktadır.¹⁴²⁶

c. ÇOCUKLARIN VE AKIL HASTALARININ MUAYENESİ

CMK. nun 76. maddesi (4). Fıkrasında; “çocuk ve akıl hastasının muayeneden çekinmesi konusunda kanunî temsilcisinin karar vereceği, çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşlerinin de alınacağı hükmü getirilmekte, kanunî temsilci de şüpheli veya sanık olması halinde bu konuda hâkim tarafından karar verileceği, ancak, bu hâlde elde edilen delillerin davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılmayacağı belirtilmektedir. CMK. nun 45. maddesinin (2). Fıkrasında ise; “yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, kanunî temsilcilerinin rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler. Kanunî temsilci şüpheli veya sanık ise, bu kişilerin çekinmeleri konusunda karar veremez.” hükmü yer almaktadır.

Muayene edilecek veya örnek alınacak kişinin çocuk veya temyiz kudretine sahip olmaması, akıl hastalığı ve maluliyeti gibi sebeplerle iradesinin sağlıklı olmadığı hallerde, onun menfaatlerini korumak üzere, karar yetkisi kanuni temsilcisi (veli veya vasisi)’ne bırakılmıştır.¹⁴²⁷ Kanuni temsilci tarafından verilen geçerli bir rızanın varlığı, sanık dışındakileri CMK. md. 76 daki (§ 81c) sınırlamalardan muaf tutmaktadır.¹⁴²⁸

Rıza konusunda vermiş olduğumuz bilgiler kanuni temsilcinin rızası hakkında da aynen geçerlidir. Rıza aydınlatmaya dayanmalıdır ve her an geri alınması mümkün olup geri alınana kadar elde edilen deliller geçerli sayılır.

Kanuni temsilcinin belirlenmesi ve kimin kanuni temsilci sayılacağı, Medeni Hukuk ve Kamu Hukuku hükümlerine göre belirlenir.

¹⁴²⁶ YENİSEY; “Hazırlık Soruşturması ve Polis”, sh. 203, no.473

¹⁴²⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.813, 3

¹⁴²⁸ “İlgili beyanını anlayacak ve taşıdığı değeri bilecek algılama yeterliliğine veya kabiliyetine sahip olmalıdır.” LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 184, no. 81c, 8 (BGHZ 29,33= NJW 59,811) (RG 64,160,162)

CMK., muayenenin sebep ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olan küçük ve aklen malullerin muayene öncesinde görüşlerinin alınmasını da düzenlemektedir. Bu muayene bölümünde çocukların muayenesine ilişkin anlatımımızla örtüşen bir hükümdür. Tıbbi deontolojide de, muayenenin suçlarını ve mahiyetini algılayabilecek durumdaki küçüklerin veya akıl hastalarının bu konuda bilgilendirilmeleri ve gerektiğinde fikir ve rızalarının alınmasının da gerekli olduğu belirtilmektedir. **Kanaatimizce:** Bu hüküm özellikle feodal kurallar gereği cinsel muayeneye zorlanan küçüklerin haklarının korunması anlamında yerinde bir düzenlemedir. Küçükle yasal vekili arasında uyuşmazlık durumlarında hâkimden karar almak en akıllıca yol olacaktır.

Alman Hukukunda § 81c kapsamında; (§ 52 II-2 ye uygun olarak)¹⁴²⁹ eğer muayene edilenin yeterli algılama kabiliyeti yok veya reşit değilse veya gücü yok ise bu takdirde yasal vekilinin rızaya ilişkin karar verebileceği kabul edilmektedir. (§81c III C2-5)^{1430, 1431} Eğer, ilgiliye yapılacak itiraz hakkı konusu kişi tarafından tam olarak algılanamaz ise bilgilendirme yapılmayacağı,¹⁴³² (ilgilinin katlanma yükümlülüğü ifade verme yükümlülüğü gibi algılandığından)¹⁴³³ ifade verme yeterliliği bulunmayanlarda da §81c uygulanabildiğinden, ilgilinin rızasının dikkate alınamayacağı, § 81c'ye göre vasisinin karar vereceği kabul edilmektedir. Muayene edilen kişinin yeterli idrak ve muhakeme yeteneğine sahip olup olmadığı ceza hakimi tarafından kontrol edilmeli ve karar verilmelidir. Muhakeme yeteneği konusunda yaşın önemi yoktur.¹⁴³⁴ Muhakeme yeteneği halleri; **Psikolojik hastalıklar**, (hastalık, bulaşıcı hastalık, nevroz ve kişilik bozukluklarının bir sonucu olan endojen (bedensel nedenli) ve eksojen (beden ile gerekçelendirilemeyen) psikoz, ruhsal bozukluklar) ve **Zihinsel engel** (doğuştan veya bebeklikte oluşan farklı derecelerdeki akli eksiklik) olarak belirtilmekte ve her iki psikolojik engelinde psikolojik hastalıkların bir sonucu olan ruhsal engelleri gösterdiği, her durumda muhakeme yeteneğinin

¹⁴²⁹ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.8

¹⁴³⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 26, LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 184, no. 81c, 8, JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.8 (BGHSt 40, 336)

¹⁴³¹ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.8 (BGHSt 40, 336)

¹⁴³² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 26 (BGH 40336,aM Eisenberg StV 95,625,Welp JR 96,78)

¹⁴³³ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.8

¹⁴³⁴ “Eğer ilgili sanık ile içerisinde bulunduğu ailesel ilişkisini idrak edebiliyor ise; sanığın doğru olmayan bir şeyi yaptığını ve bu nedenle de muayenenin onun cezalandırılmasına yol açacağını bilebiliyor ise algılama yeteneği vardır. (dn 156) (dn 157) . Bu sadece onun emin olmasına dayalıdır (dn 158) Bu konuda şüphe bulunduğu durumlarda muhakeme yeteneğinin yok olduğu kabul edilir.” LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 198, no. 81c, 43

eksikliğinin olmayacağı,¹⁴³⁵ muhakeme yeteneğinin belirlenmesinde, gerektiğinde bir bilirkişiden görüş alınması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴³⁶

Yasal vasinin kim olduğunun kamu hukukuna göre belirleneceği kabul edilmektedir.¹⁴³⁷ Yasal vekilin itiraz veya rıza gösterme hakkını dilediği şekilde kullanabileceği, birden fazla vekil olması halinde, her birinin kararının alınmasının gerekli olduğu savunulmaktadır. Velilerden birinin itirazı muayeneyi engellemektedir. Yasal vekilin karar veremediği hallerde BGB § 1909 gereği bakıcı atanır.¹⁴³⁸ Yasal vekilin sanık olması hallerinde § 81c II- 2. cümle gereği § 52'nin II - 2. cümlesi hükmü uygulamasıyla muayenenin yapılmasına ilişkin karar veremeyecektir. Eğer yasal vekillik ebeveynlerden her ikisine de ait ise, suçlu olmayan ebeveynin kararı da geçerli kabul edilmemekte, yasal vekiller birden fazla ve diğeri sanığın eşiyse bu vekilin de karara katılmasının mümkün olmadığı ve vasi mahkemesince ceza hâkiminin belirlediği birinin yasal vekil olarak atanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴³⁹

Yasal vekilin karardan hariç tutulduğu veya herhangi bir nedenle bulunamadığı durumlarda, delil emniyetinin sağlanabilmesi amacıyla, hakimin özel bir kararla, bu kişilerin muayenesine veya kan örneği almaya karar verebilmesi mümkündür. Burada, gecikmede sakınca bulunan hallerde savcılar ve kolluk mensuplarının karar verebilmesi kabul edilmemektedir.¹⁴⁴⁰(§ 81c V) Hakimin kararında bu halin gerekçesi de yer almalıdır.¹⁴⁴¹ Sonradan hukuka uygun şekilde atanan yasal vekilin kararıyla, hakim kararıyla yapılan muayeneye rızanın geri alınması şeklinde itiraz edilebilir ve elde edilen delillerin imha edilip/edilmemesi konusunda görüş beyan

¹⁴³⁵ “Reşit olmayanlarda yeterince algılama kabiliyeti olsa dahi yasal vasinin izninin gerekli olup olmadığı yönünde tartışılan eski soru, yasa koyucu tarafından 1974 tarihli yasal değişiklik ile karara bağlanmıştır. § 81 c, III- 2 yasal vasinin izninin ilgilinin yaşı gereği değil sadece anlama kabiliyetinin eksikliği halinde istenebileceğini ortaya koymaktadır.”:LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 32

¹⁴³⁶ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 198, no. 81c, 43

¹⁴³⁷ “Psikolojik hastalarda, zihinsel veya ruhsal engelli reşit kişilerde vasi tayini mahkeme tarafından (§ 1896, 1902 BGB 129.1990 dan önce sakatlara bakmakla yükümlüler) veya sakat dernekleri (§1900 BGB) tarafından yapılır. § 1773 BGB’ nin şartlarının oluştuğu reşit olmayan kişilerde, §1789 BGB’ye göre atanan karşı vasi olmayan vasi (§ 1792 BGB), özel durumlarda § 1846 BGB vasi tayin mahkemesi yetkilidir..Diğer hallerde evlilik içerisinde doğan çocuklar genelde her iki ebeveyn bakımı altındadır(§ 1626 para 1 BGB). Birbiri ile evli olmayan ebeveyn çocuklarında BGB§ 162 a geçerlidir.:LÖWE/ ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 199, no. 81c, 45

¹⁴³⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 199, no. 81c, 46

¹⁴³⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 27, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 199, no. 81c, 47

¹⁴⁴⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.269, no.81c, 27

¹⁴⁴¹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 199, no. 81c, 48

edilebilir. Yasal vekil rıza gösterilmesini reddederse, § 81c, III - 2 gereği kanıt kullanma yasağına gerekçe oluşturur ve önceden elde edilen deliller değerlendirilemez.¹⁴⁴² Diğer hallerde, yasal vekil bilgilendirme sonrası her zaman rızasını genel esaslar dahilinde geri çekebilir.¹⁴⁴³

Çocuk ve akıl hastalarının muayeneye ve örnek alınmasına katlanma yükümlülüğü olup da bu yükümlülük dâhilindeki bir muayeneye rıza göstermeyen veya itiraz eden yasal temsilcilerine StPO § 70 de belirtilen idari cezaların uygulanıp uygulanmaması konusunda reşit olmayan kişilerin yasal temsilcileri ile muhakeme yeteneği olmayanların temsilcileri arasında farklı bir anlayış kabul edilmiştir. Reşit olmayanların yasal temsilcilerine bu tedbirlerin ve idari cezaların uygulanabileceği kabul edilmesine karşın, muhakeme yeteneği olmayanların vekillerine karşı ne usulsüzlük cezası ne de hapis cezası uygulanamayacağı kabul edilmektedir.¹⁴⁴⁴

İngiliz hukukunda PACE 65(1)-a¹⁴⁴⁵ maddesinde uygun rıza olarak; 17 yaşını tamamlamış kişilerde ilgilinin kendi rızası, 17 yaşını tamamlamamış fakat 14 yaşını tamamlamış veya 14 yaşını tamamlamamış kişiler içinse, o kişinin velisi veya vasisinin rızasının geçerli olduğu kabul edilmektedir.

d. ÇEKİNME HAKKI OLANLARIN MUAYENESİ

Sanık dışındaki kişilerin tanıklıktan çekinme halleri söz konusu olduğunda muayeneye itiraz edebilmeleri öngörülmüştür. CMK. nun 76. maddesinin (4). Fıkrasında; “tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabileceği” belirtilmektedir. Bu durumdakilerin muayeneye itiraz hakları vardır.¹⁴⁴⁶

CMK. da tanıklıktan çekinme halleri 45 vd. maddelerinde düzenlenmektedir. CMK. md. 45’ de; “*şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından*

¹⁴⁴² GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh.269, no.81c, 27, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 198, no. 81c, 49

¹⁴⁴³ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 198, no. 81c, 50

¹⁴⁴⁴ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 203, no. 81c, 58

¹⁴⁴⁵ 2001 Ceza Adaleti ve Polis Kanunu’nun 80/(5) sayılı maddesiyle değişik-wef 01/01/2003 C08 Sİ 2002/3032

¹⁴⁴⁶ BEULKE; a.g.e., sh.133, no.244

üstsoy veya altsoyu, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar”, 46. madde de; “*meslekleri ve sürekli uğraşları sebebiyle, avukatlar veya stajyerleri veya yardımcılarınun, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının*” tanıklıktan çekinme hakları bulunduğu kabul edilmektedir. CMK. nun 48. maddesinde; “*tanığın kendisini veya 45 inci maddenin birinci fıkrasında gösterilen kişileri ceza kovuşturmasına uğratabilecek nitelikte olan sorulara cevap vermekten çekinebileceği, bunu önceden bildirileceği*” hükmü yer almaktadır.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik 10. maddesinde bu konuya ilişkin olarak; “tanıklıktan çekinme sebeplerinin varlığı halinde, muayeneden veya vücuttan örnek alınmasından kaçınılabileceği (Fıkra (1)), Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanunî temsilcisi karar vereceği, çocuk veya akıl hastasının, tanıklığın hukukî anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması hâlinde, görüşü de alınacağı (Fıkra (2)), kanunî temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hâkim tarafından karar verileceği, ancak, bu hâlde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanunî temsilcinin izni olmadıkça kullanılamayacağı (Fıkra (4)), tanıklıktan çekinme sebeplerinin belirlenmesi hususunda Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanacağı” hükümlerini düzenlemektedir.

Mehaz Alman Ceza Muhakemesi Hukukunda, bunun gerekçesi olarak; “*tanığın kendini suçlu konuma düşürme tehlikesi veya bir yakınını suçlu duruma düşürme tehlikesi (§ 55) ve¹⁴⁴⁷ muayene edenin muayene edilenin bedenini izlemesiyle aynı zamanda tanıklık yaptığının da varsayılması*” gösterilmiştir.¹⁴⁴⁸ Ancak, bu görüşlere itibar edilmemesi, zira tehlike altında bulunan tanığa muayeneye itiraz hakkı vermediği belirtilerek, medeni hakların § 55’e benzer Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) § 384 No 2 talimatlarının ZPO § 372 a’ya göre uygulanamayacağı hükmünün tatmin edici olmadığı ileri sürülmektedir. Bu

¹⁴⁴⁷ “*Bu görüş tanığa yakınına suç yüklemesi tehlikesinde bunun istenemeyeceği nedeni ile muayeneye itiraz hakkı verecektir. Daha ileriye gidilerek bazen kısmen de olsa kişinin kendini suçlu duruma düşürme durumunda da bu kabul edilir.*” LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 196, no. 81c, 39,
¹⁴⁴⁸ KÜHNE; a.g.e.,sh. 255 no.493

tespitlerin, medeni hukuk sorunlarında doğruyu bulmak adına özel bir önemi varsa da, muayenenin istenmesine §55'in yasal engel teşkil etmediği belirtilmektedir. Tehlike altında bulunan tanığın muayeneye itiraz etmesi hallerinde pratikte “ zoraki olarak sanık rolüne itilmiş ve bu rol altında muayeneye katlanmak zorunda olur” görüşünün çok inandırıcı olmadığı, keza §54' de verilen hakların kullanılmasının başlangıç şüphesine bir gerekçe olamayacağı savunulmaktadır. Bu görüşe göre; StPO §54'; tanığın, kendine veya yakınlarına karşı, soruşturma sırasında sanığa uygulanacak önlemlerin alınacağı amaç ve anlamı taşımamaktadır. StPO § 55'in amacı; sadece, tanığı açıklama yükümlülüğü ile vicdani açıdan zor bir durumda bırakmayı önlemektir. Bu nedenle §55 tanığa sadece belli tehlikeli durumlarda olayın aydınlığa kavuşturmasına katılmama hakkı vermektedir. §52 ve §55 olayın aydınlatılmasına tanığın aktif katılımını sınırlar. §81c' de düzenlenen yükümlülükler ve bir muayeneye pasif katlanma bu kapsamda değildir. §55'deki yasal düşünceler nedeni ile muayenenin istenilebilirliği mutlaktır.¹⁴⁴⁹

Rızanın, ilgilinin bütün durumları bildiğinde alınabilmesi kuralı (*informed consent*) gereği, tanıklıktan çekinme hali olan durumlarda, bu konuda ifadenin reddi bilgilendirilmesinden bağımsız olarak¹⁴⁵⁰ bilgilendirme yapılmalı ve ilgili muayeneye katlanma zorunluluğu olmadığını bilmelidir.¹⁴⁵¹

3) KADININ MUAYENESİ

Muayene edilenin muhakeme hukuku içerisindeki konumu kadar, bazı durumlarda muayene edilenin ve muayene edenlerin cinsiyetleri de önem taşıyabilmektedir. Muayene edilecek kişinin kadın olması muayene açısından farklılık gösterdiği¹⁴⁵² gibi, muayene eden hekimin kadın hekim olup-olmaması da farklılık göstermektedir.

¹⁴⁴⁹ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 197, no. 81c, 40

¹⁴⁵⁰ BEULKE; a.g.e., sh.133, no.244 (StPO §52/III e göre) (BGH NTsZ 1996, 2275, Dölling NStZ 1997, 77)

¹⁴⁵¹ Federal Mahkeme tanıklığın reddi konusunda bilgilendirme yapılacak ise ilgili bildirmenin de sadece bu durumlar için geçerli olduğunu kabul eder. (dn 61=BGHSt 1990, 47 Weigend in notu ile) KÜHNE; a.g.e., sh.254, no.492, BEULKE; a.g.e., sh.133, no.244

¹⁴⁵² “KADINA UYGULANAN TETKİKLER”; www.kadinhastaliklarivedogum.com/intertilite/kadin_tetkik.asp , 15.04.2005, (çevrimiçi), ÜREME ORGANLARININ YAPISI VE İŞLEYİŞİ”; (çevrimiçi), [www.kadinhastaliklarivedogum.com/aile_planlamasi /anatomi.asp](http://www.kadinhastaliklarivedogum.com/aile_planlamasi/anatomi.asp), 15.04.2005, Cinsel Sağlık ve Bedenin Oluşumu”:İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını, www.ikgv.org/cinsellik.htm, 12.09.2005,(çevrimiçi),

CMK. nun 77. maddesi, “**kadının muayenesinin istemi halinde ve olanaklar çerçevesinde**¹⁴⁵³ **bir kadın hekim tarafından yapılacağı**” hükmünü getirmiştir¹⁴⁵⁴. Bu maddeyle ilgili olarak, “Beden Muayenesi Yönetmeliğinin” 11. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik, ilk fıkrada CMK. md. 77 metnini tekrar ederek, (kanun metninde olmadığı) ikinci fıkrasında, “*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.*” şeklinde fazladan bir düzenleme yapmıştır. Yönetmelik çalışması sırasında, kadının iç muayenesinin her şartta kadın hekimce yapılması, olanaksızlığın arkasına saklanılmaması, kadının yanında bir yakınının olmasının kadını ikinci kez mağdur edeceğini belirtilmiştir.¹⁴⁵⁵

Kadının muayenesi erkeğin muayenesine göre daha çok özel hayatın gizliliği ve utanma duygusunu ihlal eder niteliktedir.¹⁴⁵⁶ Özellikle cinsel organların muayenesi, her yaşta kadın için toplumsal kurallar ve dinin etkisiyle daha çok utanma duygusu yaratmaktadır. (Bu amaçla II. Bölümde konuyu incelerken kadının muayenesinde dikkat edilmesi gereken konuları ayrıntılarıyla belirtmiştik.) Bu tür muayenelerde, karşı cinsin muayenesini yaparken muayeneye katılan diğer bir kişinin olmasının faydalı olabileceği hekimlerce ve kolluk mensuplarınca da¹⁴⁵⁷ kabul edilmektedir.¹⁴⁵⁸ Kadının muayenesi konularında Adalet ve Sağlık Bakanlıkları ve Emniyet Genel Müdürlüğü ve Jandarma Genel Komutanlıklarınca çıkarılan

¹⁴⁵³ “Genel kurulda metne eklenen “olanaklar elverdiğinde” ibaresi, konunun hekim tarafından yapılan muayene olduğu gerçeğini ortaya çıkarmaktadır. Bu işlemin genel ahlak anlayışıyla ilgili yoktur. Gerekçedeki bu düşünceye katılmak mümkün değildir. (YURTCAN; “CMK Şerhi”, sh. 213

¹⁴⁵⁴ Bu maddenin yasaya konulması sırasında kamuoyunda yoğun tartışmalar yaşanmıştır. 02.05.2005 Sabah Gazetesi

¹⁴⁵⁵ ERYILMAZ; a.g.e,

¹⁴⁵⁶ “Hekim olmayan karşı cinsiyetten bir kişi önünde kişinin tamamen soyunması ve bu kişi tarafından cinsel organların muayenesi her halükarda utanma duygusunu zedeler.”: GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 3

¹⁴⁵⁷ “Kadının muayenesi talebinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır yapılmalıdır. Ancak kadın bizzat istemde bulunmuş ise ve muayene yapılacak yerde bir kadın hekim bulunmuyorsa erkek hekim tarafından da muayene yapılabilir. Bu durumda hekim ile bir başka sağlık personelinin bulundurulmasına özen gösterilmelidir. Ancak polisin kadını muayene için götürdüğü yere yakın aynı işlemi yapabilecek yakın bir yetkili kurumda bir kadın hekim varsa kadın muayene için bu yere götürülmeli, muayene için zorlanmamalıdır. Bu durum hekimin sorunu değil polisin ve Cumhuriyet Savcısının ilgilenmesi gereken bir konudur.”(Ramazan ERDOĞAN,; “Türkiye’de Polisin İfade Alma Yetkisi ve Güncel Sorunlar”,(çevrimiçi), www.egm.gov.tr , 21.06.2005)

¹⁴⁵⁸ POLAT: “Klinik Adli Tıp”, sh.; 25

genelgelerde, azami dikkatin gösterilmesi istenilmekteydi.¹⁴⁵⁹ Bu konu CMK. md. 77 sonrasında, yasal boyut kazanmıştır.

30.04.2002 tarihli Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Rec (2002)5 sayılı “Kadınların Şiddete Karşı Korunması” başlıklı “Tavsiye Kararı ve İzahat Belgesi”nin¹⁴⁶⁰ I. Maddesinde, üye ülkeleri; “kadınlara insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, bunları kullanma, bunlardan yararlanma ve bu hakların korunmasını teminat altına almak “ ve Ek Tavsiye kararının 3. maddesinin “c” bendinde; “bu amaçla Ceza Hukuku ve Medeni Hukuk, muhakeme usulü dâhil uyarlanması tavsiyesi” yer almaktadır. Aynı belgenin 41. maddesinde; “davanın bütün aşamalarında kurbanların fiziksel ve psikolojik durumunun göz önüne alınmasını, ve tıbbi ve psikolojik bakım görmelerini sağlayacak bütün önlemleri alma”, tavsiye ve telkininde bulunulmuştur. Belgenin 49. maddesinde ise; “gizlilik koşullarında elde edilmiş bilgi ya da muayene sonucu, işleri gereği cinsel şiddete maruz kalmış çocuk vakıalarıyla karşılaşan kişilerle ilgili, istisnai bir durum olarak, mesleki gizlilik şartından feragat edilmesine olanak verilmesi” tavsiyesi bulunmaktadır.

İslam hukukunda kadınların muayenesinde esas alınan kıtas “**zaruret**”¹⁴⁶¹ tir.¹⁴⁶² Kadınların erkek doktora muayene olması için bir zaruret olması gerekir. İslâm’da zaruretlar haram olan şeyleri mubah kılar ((Mecelle madde 21). Kadın doktorun olmaması veya olup da erkek doktor kadar uzman olmayışı bir zarurettir. İslam hukukuna göre, bakılması haram olan yeri tutmakta haramdır. Yabancı bir erkeğin Müslüman bir kadının avret sayılan yerlerine bakması haramdır. Ancak hasta olan bir kadına zaruret miktarı bakmak haram değildir. İmam Mergani’ye göre; "Doktorun zaruret zamanı hasta olan kadının hasta olan organına bakması caizdir. Ancak erkek doktorun tedavi etmeyi başka kadına öğretmesi gerekir." Molla Hüsrev aynı şeyleri söyleyerek ilaveten, "*Kadının başka bir kadının avret yerine bakması*

¹⁴⁵⁹ Adalet Bakanlığı 02.07.1928 tarih ve 19 sayılı tamim; “*İzaleyi bikir muayenelerinin kabilelere değil tabiplere yaptırılması uygundur*” ;KUMRULU; BETİL: a.g.e.,sh.52

¹⁴⁶⁰ “KADININ ŞİDDETE KARŞI KORUNMASI – 30.04.2002’ De Kabul Edilen Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2002) Ve İzahat Belgesi”: TC Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü, www.basbakanlik.gov.tr, 22.06.2005

¹⁴⁶¹ **Zaruret**; Şiddetli sıkıntı, ihtiyaç, (zerair) Muhtaç ve mecbur etmek (İbn-i Mansur) ZARURET” ;(Yazarı Bilinmiyor) “<http://www.sevde.de.islam-anstz.15.html>, 02.05.2005

¹⁴⁶² İbn’i Manzûr, Lisânü'l-Arab, Beyrut 1374/1955, IV, 483 (ZARURET” ; a.g.e.)

*günah açısından daha hafiftir*¹⁴⁶³” diyerek, tedavi amaçlı muayenelerde erkeğin kadını zaruret halinde muayenesine ve gerektiğinde (görecekları miktarla sınırlı olarak) iğne yapabilmesine imkan olduğunu bildirmektedir. İslam hukukunda insanın yaradılış gayesinin ibadet olması ve ibadetin de ancak sağlıklı yapılabileceği anlayışı dolayısıyla,¹⁴⁶⁴ sağlığa verilen önem nedeniyle, sağlığın gerektirdiği zaruret hallerinde,¹⁴⁶⁵ kadının erkeğe muayene olmasına tolerans gösterilmektedir. Ancak, hiç bir zaruret yokken bir hasta karşı cinse muayene olamaz. Karşı cinse muayene olmasını gerektiren bir zaruret varsa o da kendi miktarını aşamaz. Yani kendi cinsi ile halledemediği hastalığı ve uzvu ne kadarsa, karşı cinsten olan doktora onun ötesini açamaz, gidemez. Güzellik (estetik) operasyonları dışında, yine tedavi ile ilgili, diş sağlığı,, röntgen ve film, ultrason, tahlil test vs. gibi her türlü ameliye de muayene ve tedavi hükmündedir.

İslam hukuku, tedavi nedeniyle gösterdiği toleransı ceza yargılamaları konusunda göstermemekte ve kadınların muayenesi ile anlaşılabilir konulardaki bilirkişiliğin ancak kadın tanıklarla yapılabileceği, kadının, “kadınlarca yapılacak” muayenesi sonrasında muayene eden kadınların yapacakları tanıklıkla hüküm verilebileceği düzenlenmektedir.

Anglo-Sakson Hukukta kadının muayenesi veya muayene edenle edilenin cinsiyet farklılıklarına dayalı farklı bir düzenleme yapılması yolu benimsenmemiştir.

Bu konu, Alman hukukunda StPO § 81d maddesinde düzenlenmiştir. StPO ya 81d maddesinin eklenmesi ilk kez 24.11.1933 tarihli “Tehlikeli Mükerrir Suçlular ve Emniyet Tedbirleri Hakkında Kanunla (*AusfGz. d.Ges. gegen gefährliche Gewohnheitsverbrecher u. üb. Massgerein d. Sicherung u. Besserung*)”¹⁴⁶⁶ olmuş ve madde süreç içerisinde 1950 yılında Mahkemelerin Kuruluşu, Medeni

¹⁴⁶³M. Nuri YILMAZ; “İslam ve Kadın Hakları”, (çevrimiçi) http://www.geocities.com/kestanepazari/gelen_ismadkadın_devam1.htm , 26.07.2005 Büyük Kadın İlmihali, Rauf PEHLİVAN ve Aileye Özel Fetvalar, Mehmed Paksu dan naklen)

¹⁴⁶⁴ Hz. Peygamber; "Ey Allah'ın kulları tedavi olunuz" buyurmuştur (bk. Tirmizî, Tıbb, 2; Ebû Dâvud, Tıbb, 1, II; İbn Mâce, Tıbb, 1; Ahmed b. Hanbel, III, 156, IV, 278 (ZARURET; a.g.e.)

¹⁴⁶⁵ (bk. Muhammed el-Hatib es-Sirb"îni, Mugni'1-Muhtâc I/3) “KADININ ERKEK DOKTORA MUAYENE OLMASI” İslam Fıkıh Ansiklopedisi, (çevrimiçi) <http://www.otukenim.net/modules.php?name=Encyclopedia&op=content&tid=456> ,25.08.20005

¹⁴⁶⁶ 24.11.1933, İmparatorluk RG Sayfa No; 1000, RGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Sıra; 18 (GOSSNER-MEYER Lutz; “Strafprozessordnung” Beckliche Kommentare, Band 6, Mit GVG Und Nebengesetzen, 48. Auflage, Verlag C.H. Beck, München-2005, sh.XXXV, “Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu- Strafprozessordnung 1979”, Çeviren; Feridun YENİSEY, Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979 sh. 13, 21)

Uyuşmazlıklar, Ceza Muhakemesi ve Muhakeme Masrafları Konularında Hukukun Tekrar Birleştirilmesi Hakkında Kanun (*Ges. z. Weiderherstellung d. Rechtseinheit a.d. Gebiete d. GVG. d. Bürgerlichen Rechtspflege, d. Strafverfahrens u. d. Kostenrechts*)¹⁴⁶⁷ ve 2004 “Mağdur Hakları Reformu Kanunu (*Opferrechtsreformgesetz-OpferRRG*)¹⁴⁶⁸ ile değişiklik görmüştür. 2004 yılında yapılan değişiklik öncesinde madde başlığı Kadınların Muayene Edilmesi (*Untersuchung Einer Frau*) şeklindeydi. Madde metnine göre birinci fıkrada “*bir kadının vücudunun muayenesi kadının vücudunun muayenesi utanma duygusunu rencide edebilecek nitelikte ise, muayene işlemi bir kadına veya bir doktora tevdi edilir. Muayene edilecek olan kadının isteği üzerine, bir başka kadının veya bir yakınının muayene sırasında hazır bulunmasına izin verilmelidir*” hükmü yer alıyor ve ikinci fıkra; “*Muayeneye tâbi olan kadının araştırmaya rıza gösterse halinde bile bu hükmün uygulanacağı*” belirtiliyordu. Değişiklik öncesinde konu sadece kadınların muayenesine özgülenmişti.

2004 değişikliği sonrasında madde başlığı “Beden Muayenesini yapan kişi (*Untersuchende Person*)” olarak değiştirilmiştir. Maddenin yeni metninin birinci fıkrasına göre; “*Bir kişinin bedeninin muayenesi, utanma duygusunu rencide edebilecek nitelikte ise, muayene işlemi aynı cinsiyetten bir kişi veya bir bayan veya bay hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek olan kişinin haklı menfaati bulunduğu 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.*” İkinci fıkraya göre ise; “*Muayeneye tâbi olan kişi beden muayenesine rıza gösterse bile, bu hüküm gene uygulanır.*”

Muayeneye ilişkin § 81d hükmünün aramada da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.¹⁴⁶⁹ Bu ayırımın yapılmasının neredeyse hiçbir pratik önemi olmadığı, zira ne §102 ye göre yapılacak aramanın şartları, ne de §105’ göre yetki

¹⁴⁶⁷ 12.09.1950 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 455-629, RGBI (ab 1922Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 29 (GOSSNER-MEYER; a.g.e. XXXVI, Alman CMK.;a.g.e., sh. 16, 21)

¹⁴⁶⁸ 24.06.2004 tarih, İmparatorluk RG Sayfa No; 1354, BGBI (Teil 1), Değişiklik Gösterge Sıra; 153, (GOSSNER-MEYER; a.g.e. sh.XLIV)

¹⁴⁶⁹GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 1 WILHELM; a.g.e., sh.8, BENFER; a.g.e., sh.215, no.64, LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, no.21

düzenlemelerinin, § 81a' dakinden çok farklı olmadığı, § 81d hükmünün özellikle kişi aramalarında genel olarak geçerli olduğu savunulmaktadır.¹⁴⁷⁰

Metnin içeriğinden de anlaşılacağı gibi, değişiklik sonrasında, Alman hukukunda esas alınan kıstas; “*bedenin muayenesinin utanma duygusunu rencide edebilecek şekilde olması hali*” olarak kalmaya devam ederken, öncekinden farklı olarak, bu madde uygulaması sadece kadınlara ilişkin olmayıp, erkekler içinde kabul edilmiş ve nötr cinsli bir düzenleme halini almıştır.¹⁴⁷¹ Madde, muayene öncesinde, muayene edilecek kişiye bu maddedeki haklarının hatırlatılması zorunluluğunu getirmiş ve muayenenin utanma duygularını rencide edebileceği hallerde, aynı cinsiyetten doktora muayene edilmesini ana kural ve muayene makamlarının zorunluluğu olarak öngörmüştür. Madde metni esnek bir uygulamaya gitmeyerek aynı cinsiyetten hekim bulunamaması hallerini düzenlememiştir.

Alman hukukunda StPO 81d ye aykırılık temyiz nedeni olarak sayılmamıştır. Buna gerekçe olarak bu maddeye aykırılık nedeniyle muayene edilenin hukuki durumunun etkilenmediği gösterilmektedir.¹⁴⁷²

Utanma duygusunun rencide olabileceği haller dışında kalan ve muayene edilecek kişinin haklı menfaati bulunan durumlarda, muayene edilecek kişinin muayenenin belirli bir cinsiyetteki hekim veya kişiye yaptırma talebinde bulunabilmeye hakkı olduğu ve bu talebe uyulması gerektiği belirtilmektedir.¹⁴⁷³ Madde metnindeki “kişinin muayeneyi istediği bir kişiye yaptırabileceği” konusundaki hüküm, Alman hukukunda hekim dışındaki kişilere de muayene yetkisi tanıdığı düşüncesini akla getirmektedir. Alman hukukunda hekim ve yardımcılarının dışındaki kişilerin muayene hakkı olmadığı StPO’ nun 81a/(1) ve 81/(2) madde ve fıkralarında açıkça belirtilmektedir. Buradaki kişi tabiriyle gene bir hekimin veya yardımcısının kastedildiği kanaatindeyiz.

¹⁴⁷⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 131, no. 81a, no.21

¹⁴⁷¹ JOECKS; a.g.e., sh. 154, no. 81d, 1

¹⁴⁷² JOECKS; a.g.e., sh. 154, no. 81d, 3 (Pfeifer 81d dn.3), “Eğer tanık ile ilgili ise sadece bu kapsamda ele alınır, davalı ile ilgili ise muayene sonucu değerlendirmeye alınır.” :GOSSNER-MEYER; a.g.e., sh. 270, no. 81d, 7 ((14mwN; Gössel JZ 84,363) Rudolphi MDR 70, 97; aM Neuhaus StV 04, 621, Gössel Bockelmann- FS 816 ile karşılaştırınız)

¹⁴⁷³ BENFER; a.g.e., sh.215, no.64

Aynı şekilde muayene edilenin güvendiği herhangi bir kişinin muayene sırasında hazır bulunmasına izin verilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hazır bulunacak kişinin cinsiyeti belirtilmemiş, muayene edilenin güvendiği biri olması yeterli sayılmıştır. StPO § 81d/(2) fıkrasında rıza halinde bile birinci fıkra hükmünün uygulanacağı belirtilmektedir. Burada rızanın olması ya da olmaması önem taşımamaktadır.¹⁴⁷⁴ Bu hükme CMK.'da yer verilmemiştir. Alman kanunkoyucu ikinci fıkra ile birinci fıkradaki kesinliği rıza halinde de devam ettirme iradesini sergilemektedir.

Tıbbi uzmanlık gerektiren hallerde bu maddenin söz konusu olamayacağı, uzman hekimin bilirkişilik yapacağı,¹⁴⁷⁵ ayrıca gecikmesinde sakınca olan hallerde, iz ve delillerin kaybolması ihtimali bulunması durumlarında bu madde uygulanmasından kaçınılabileceği belirtilmektedir.¹⁴⁷⁶ Bu maddenin uygulanmasında yaş sınırı olamayacağı, 6 yaşın üzerindeki çocuklarda bile bu maddenin uygulanması gerektiği savunulmaktadır.¹⁴⁷⁷

Alman öğretisinde; muayene edilecek kişinin, bu konuda bilgisi olmayabileceğinden ve şartlar gereği tekrar (yapılan bir cinsel tacize müteakiben) utanma duygusu zedeleneceğinden. § 81d ile ilgili olarak muayene öncesinde bilgilendirilmesi zorunlu kılındığı ileri sürülmektedir.¹⁴⁷⁸

Kanaatimizce: CMK. md. 77'nin yasalaşması sürecinde kamuoyunda yapılan eleştirilerde de belirtildiği gibi, utanma duygusunun rencide edilmesini ve kişinin mahremiyetine saldırı şeklindeki bir muayene işleminde hiç olmasa aynı cinsiyetten birisine muayene olma talebini sadece kadının muayenesine özgülemek yanlış olmuştur. Gençlik dönemindeki bir erkek çocuğunun veya kırsal kesimde yetişmiş, dinsel düşünceleri ağırlıklı olan yetişkin bir erkeğin bayan bir hekim tarafından muayenesinde, kadının erkek hekimce muayenesindeki benzer şekilde sıkıntılar yaşanabilir. CMK. md. 77'yi sadece kadının muayenesine özgülemenin bu açıdan utanma duygularının rencide edilmesiyle bağlantısı yoktur. CMK.'nın hazırlanması aşamasında, StPO' dan olduğu gibi nakil yapan taslak hazırlayıcılarının, 2004 yılı

¹⁴⁷⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 1

¹⁴⁷⁵ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 2

¹⁴⁷⁶ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 4

¹⁴⁷⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 2 (SK- Rogall 7)

¹⁴⁷⁸ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.271, no.81d, 6

değişikliğini sonradan öğrenmeleriyle, söz konusu metin CMK.' ya sadece kadınlar hakkında düzenleme olarak girmiştir. Bu durumun ileride yeni bir yasal düzenleme ile düzeltileceğini, kadın değil kişi bazında konu düzenlenip, utanma duygularının ve mahremiyetin rencide edilmesi kıstasının esas alınarak Alman uygulamasına yaklaşılabacaktır.

Maddenin yasalaşması sırasında konu daha çok siyasi yönüyle tartışılmıştır.¹⁴⁷⁹ Bu hal, konunun Ceza Muhakemesi Hukuku sistematigi içerisinde tartışılabilmesini engellemiştir. Başbakanlıkça TBMM Genel Kuruluna sunulan taslak metnin 80. maddesinde yer alan; “kadın hekim bulunamadığında, muayene edilecek kadının bir yakını veya başka bir kadın muayenede hazır bulundurulur” şeklindeki metin genel kurulca kabul edilmemiş, bu metin Yönetmeliğin 11. maddesine 2. fıkra olarak eklenmiştir. Yönetmeliğin 11. maddesinin 2. fıkrası kanun metninde yer almayan bir metin olup, bu haliyle yönetmelik çıkarma tekniğine aykırılık oluşturmaktadır. Yönetmeliklerin ancak kanunda düzenlenen hallerin uygulanmasına yol gösterici nitelik taşıyabilecekleri, kanunda bulunmayan bir düzenleme yapamayacakları düşünüldüğünde, ikinci fıkranın bu anlayışa aykırılık oluşturduğu açıktır. Bizimde katılmış bulunduğumuz yönetmelik taslağı hazırlanması çalışmalarını sırasında, bu fıkra ülkemizde özellikle küçük yerlerde kadın hekim bulmanın zorlukları düşünülerek, uygulamada oluşabilecek zorlukları karşılayabilmek amacıyla, özellikle Cumhuriyet Savcıları ve kolluk temsilcilerince talep edilen bir fıkra olmuştur. Bu şekilde kanuna bir esneklik getirilerek kadın hekim bulunmadığı hallerde işlemlerin aksamaması amaçlanmıştır. Bu düzenleme (yönetmelik çıkarma tekniğine aykırılığı dışında) CMK.'daki ana düşünceye aykırılık oluşturan bir düzenleme değildir ve kanaatimizce ülke gerçekleri doğrultusunda varlığı gerekli bir düzenlemedir. Kadının muayenesi sırasında ülkemizdeki uygulamada genelde bu şekilde olmakta ve muayene sırasında hekimin yanında muayene edilenin bir yakını, o yoksa bir bayan hemşire veya hastabakıcı bulundurulması yoluna gidilmektedir. Bu, muayene edileni rahatlatacağı gibi aynı zamanda hekimin de yersiz ithamlarla karşı karşıya kalmasını engellemektedir.

4. DOKUNULMAZLIK HALİ OLANLARIN MUAYENESİ

Hukumumuzda dokunulmazlık hali olanlar için AY., CMK., TCK ve özel yasalarda bir takım ceza soruşturmasını kısıtlayıcı hükümler yer almaktadır. Bu

¹⁴⁷⁹ ÖZTÜRK: “CMK. Konferans”,

özellikle yol üstü trafik kontrollerinde kanda alkol ve uyuşturucu tespiti amaçlı alkolmetre ile tespit veya kan alma konularında sorun oluşturmaktadır. Anlatımda bütünlüğü bozmamak amacıyla bu konunun ayrıntılarına girmemek istemekteyiz.

Suçüstü hallerinde ilgili kanunlar ceza soruşturması işlemlerinde (soruşturmayı yapacak makam dışında) farklılık bulunmamaktadır. Bu hallerde dokunulmazlığı bulunan ve sanık/şüpheli durumunda bulunan bir kişinin muayenesi ve vücudundan örnek alınması mümkündür. Tanık veya mağdur olması durumunda da CMK. nun 76. maddesi hükümleri doğrultusunda işlem yapılabilir. Ancak suçüstü hali bulunmayan konularda ilgili mevzuatta belirtilen yolların ve soruşturma engelleri aşılmadan bu kişilerin muayenesi ve örnek alınması bizce mümkün görülmemektedir.

Alman hukukunda; dokunulmazlığı bulunan milletvekilleri hakkında, suç üstü durumlarında Meclisin kararı olmadan kan örneği alınmasına izin verilmekte¹⁴⁸⁰ ve Meclis izni olmadan bir milletvekilinden kan alımı ve muayene edilmeleri amacı ile karar alınabilmektedir.¹⁴⁸¹ Bir şüphelinin, kan örneği alınması amacı ile, tabibe götürülmesi, RiStBV 191/3c anlamında “özgürlük kısıtlaması” sayılmamakta, ancak diplomatik ayrıcalığa sahip elçiler (GVG 18, 20) hakkında StPO 81a'nın uygulanamayacağı, fakat konsolosluk memurları¹⁴⁸² ile NTS ve Alman yargı sistemi için sanık kabul edilenler ile konuşlandırma güçlerinin üyeleri (geri çekilme kararından önce (Madde 19 III NTS-ZA)) hakkında (GVG 19) uygulanabileceği ve kan örneklerinin alınabileceği kabul edilmektedir.¹⁴⁸³

¹⁴⁸⁰ YENİSEY; “CMH. ‘da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.5 (OLG Bremen NJW 1966, 743; OLG Oldenburg NJW 1966, 1764)

¹⁴⁸¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 35(Bremen NjW 66,743, Oldenburg NjW 66, 1764; KK – Senge 11, RiStBV 191 III h harfi)

¹⁴⁸² BMI'nin 8.5.1970 tarihli talimatı [GMBI 243] IV B 4 (GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 35a)

¹⁴⁸³ YENİSEY; “CMH. ‘da Kanda ve Nefeste Alkol”, sh.5, (KK-Pelchen Rn. 12), GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 35a

IV. BÖLÜM

DELİL NİTELİĞİYLE

VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

A. DELİL ÖĞRETİSİ AÇISINDAN VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMA

1. GENEL OLARAK

Ceza adaleti; “suç adı verilen ve toplumdaki düzeni bozduğu varsayılan bir eylemin gerçekleşip gerçekleşmediğinin araştırıldığı bir faaliyettir”.¹⁴⁸⁴ Vücut muayenesi ve örnek alma işleminin temel amacı delil serbestliği ilkesi altında,¹⁴⁸⁵ “delil araştırması” ve “keşif” tir¹⁴⁸⁶. Sadece belli çıkış noktalarından yola çıkarak, işlenen suça ve yargılama konusuna münhasır olarak¹⁴⁸⁷ yargılama konusu noktaya varmak olabilir.¹⁴⁸⁸

Kanunkoyucu vücut muayenesi ve örnek alma konularını, kaynak Alman CMK (StPO) ve 1412 Sayılı CMUK ile 5271 Sayılı CMK. da bilirkişilik ve keşif bölümlerinde ve bu başlık altında düzenlemiştir. Ceza muhakemesinde, vücut muayenesi ve örnek alma faaliyeti “**delil bulma amacına yönelik bir koruma tedbiri**” niteliğindedir.¹⁴⁸⁹ Bu nedenle, konunun anlaşılabilmesi, bilirkişilik ve delil öğretilerinin de bilinmesi ve bu sistemler içinde tartışılmasını zorunlu kılmaktadır. Ceza muhakemesinin amacının maddi olayı aydınlatmak ve bu amaçla delil tespiti

¹⁴⁸⁴ Vahit BIÇAK; “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite Ve Etkinlik (Quality and Effectiveness of Criminal Justice System)-Kamu Yönetiminde Kalite (Quality of Public Administration), (ed Book), TODAY, p. 164–176, www.geotities.com/vbicak/kaliteson.htm?200629, (çevrimiçi), 29.01.2006

¹⁴⁸⁵ KESKİN, Serap: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Serbest Delil Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Vecdi ARAL’a Armağan**, Kocaeli–2001, sh. 165–168

¹⁴⁸⁶ ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, sh.257

¹⁴⁸⁷ “Bunlar birinci bağlamda suç, suçluyu ve sanığın suçunu kesin bir biçimde kanıtlayan veya yasal sonuçlarını etkileyebilen durumlardır. Bu tür vakialarda sanığın bedeninin durumu ve kan mide sıvısı gibi beden parçalarının durumu ve bedenindeki yabancı maddeler olduğu gibi (BGH 5, 332, 336 EbSchmidt, NJW 62,664), fiziksel durumunu da kapsar. (KK Senge 5)”:GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.255, no.81a, 6

¹⁴⁸⁸ JOECKS; a.g.e., sh.147, no.4, WILHELM; a.g.e., sh.7, KESKİN; “Temyiz nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 82

¹⁴⁸⁹ YURTCAN: “CMK Şerhi 4. Baskı”, sh.210, ÖZTÜRK; ERDEM; ÖZBEK: a.g.e., sh.649, “Hatta muayenenin hekim veya sağlık mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmasının zorunlu olduğu hallerde iki nitelikte aynı anda kendini gösterir” ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, sh.257

olduğu düşünülürken, vücut muayenesi ve örnek almadaki karma niteliğe (arama ve elkoyma tedbirlerinde de olduğu gibi) koruma tedbirlerinin birçoğunda rastlanmaktadır.

Vücut muayenesi sırasında, suçun tespitine veya bilirkişi raporu yardımı ile belirli bir suç amacının elde edilip edilmeyeceğine¹⁴⁹⁰ veya tespit edilen olayın yasal durumunun saptanmasına ilişkin tespitler yapılabilir.¹⁴⁹¹

Sanık, bedeninin delil tekniği açısından keşif konusu yapılmasına (*Augenscheinobjekt*) izin vermek zorundadır.¹⁴⁹² Bu işlemler, muhakeme sırasında, yaşayan bir insanın vücudu, iç organları veya vücut sıvılarında delil araştırmaya (henüz elde olmayan bir delili bu yolla bulmaya), vücut, iç organlar veya vücut sıvılarında varlığı bilinen bir delilin varlığını tespit ve kayıt altına almaya, başka bir yerden veya vücuttan elde edilmiş ve elde bulunan mevcut bir delille kıyaslama yaparak kimliklendirmeye, karşılaştırmaya (mukayese) ve yeni delilleri bulma çabasına yönelik olabilir.¹⁴⁹³

2. DELİL KAVRAMI;

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri, delil saptanması ve delilin değerlendirilmesi amaçlarına yönelik olması nedeniyle, doğrudan delil öğretisiyle bağlantılıdır.

Ceza Muhakemesi Hukuku hiçbir şeyi “aşikâr” kabul etmez. Uygun bir yolla “*hakikatin keşfi*” zorunludur.^{1494, 1495} Maddi gerçeği bulma¹⁴⁹⁶ amacına yönelmiş bulunan ceza muhakemesinde, muhakeme makamlarınca olayın belirlenmesinde ve

¹⁴⁹⁰ BENFER; a.g.e., sh. 204, no. 32,(BGH bei Holtz MDR 1978, 988)

¹⁴⁹¹ BENFER; a.g.e., sh. 204, no. 33, WILHELM; a.g.e., sh.7

¹⁴⁹² VOLK Klaus; “**Strafprozessrecht- Grundkurs StPO**” 5. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München. 2006, sh. 63, no.22, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh. 255, no. 81a 1 (Eser ZstW, Beich 146 dan naklen), JOECKS; a.g.e., sh.147, no. 1

¹⁴⁹³ Genellikle iç muayenenin delil elde etme, örnek almanın ise olay yerinde bulunan delillerle karşılaştırma yapılması amacıyla gerçekleştirildiği iddia edilmektedir.; CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh. 227

¹⁴⁹⁴ Faruk EREM:“**Ceza Usulü Kanunu**”, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara–1973, sh. 19

¹⁴⁹⁵ Ancak “*besbellilik*” ispat gerektirmez. Bu hallerde hâkimin takdir yetkisi yoktur KUNTER-YENİSEY; “CMH. 7. Baskı”, sh. 329, No: 41.9

¹⁴⁹⁶ KUNTER-YENİSEY; “CMH. 7. Baskı”, sh. 471 No: 331, CENTEL; ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh. 181, CENTEL; ZAFER; “CMH. 1. Baskı”, sh. 170,

gerçeğe ulaşılmasında¹⁴⁹⁷ kullanılan vasıtalara “**ispat vasıtaları**” denir. İspat; fiilin fail tarafından işlenip işlenmediğinin saptanmasının hukuka uygun yollarla yapılması¹⁴⁹⁸ olduğuna göre, **delil**: maddi gerçeğe ulaşmak ve olayın fail tarafından yapılıp yapılmadığının belirlenmesi amacıyla hukuka uygun yollarla elde edilen ve karar mercii önüne getirilen her türlü vasıtaya verilen isimdir.¹⁴⁹⁹ Diğer bir tanımlamayla ise; “bir hukuki ihtilafı çözmeye veya suç fiilini ispata yarayan ve ikamesi hukuk tarafından yasaklanmamış, bugün var olan ve varlığını duyularımızla öğrenebildiğimiz¹⁵⁰⁰ her şeye veya geçmiş realiteyi inşa ederken kullanılan malzemeyi oluşturan iz ve eserlere”¹⁵⁰¹ “**delil**” denir.¹⁵⁰²

Delillerin, suç ile ilgili olması (*pertinanza*) ve suçu ispatta önemli olması (*rilevanza*) gereklidir.¹⁵⁰³ Delilin aynı zamanda; akılcı, gerçekçi, olayı temsil edici (maksada elverişlilik), ispat bakımından önemli, hukuka uygun ve müşterek olması (hakimin şahsi bilgisine dayanmaması) zorunludur.¹⁵⁰⁴ Ayrıca delillerde; ceza uyumsuzluğunu oluşturan olayın bir bölümünü açıklayacak nitelikte olma (CMK. md. 206/(2)-b) ve beş duyu organımızla algılanabilecek¹⁵⁰⁵ maddi varlığa sahip olma, elde edilebilir olma, hukuka uygun yollarla elde edilmiş olma (AY. md. 38/6, CMK. md. 206/(2)- a, 217), sağlam ve güvenilir olma, müşterek olma ve akılcı ve bilim tarafından kabul edilebilir olma özelliklerinin bulunması da gereklidir.¹⁵⁰⁶

Deliller niteliklerine, elde ediliş yöntemlerine, elde edildikleri yerlere göre çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır.¹⁵⁰⁷ Ceza muhakemesinde deliller; “beyan (tanık,

¹⁴⁹⁷ TOSUN: a.g.e., sh.755

¹⁴⁹⁸ V. Özer ÖZBEK; “Tıbbi Deliller ve Yeni CMK”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

¹⁴⁹⁹ “*Hakikati bulma yolunda kullanılan bu vasıtalarından biri de delildir*” KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh.591

¹⁵⁰⁰ KUNTER; a.g.e. sh. 322, No;41.2

¹⁵⁰¹ Hasan KÖROĞLU: “**En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları**” Ankara -Seçkin Yayınevi, 2001, sh. 55

¹⁵⁰² “*Bilim adamının gerçeği ortaya çıkarması bilimsel ispat, hakimin gerçeği ortaya çıkarması adli ispat olarak adlandırılır.*” TOSUN; a.g.e., sh. 707

¹⁵⁰³ TOSUN; a.g.e. sh.711

¹⁵⁰⁴ KUNTER; a.g.e. sh. 324 No: 41.4

¹⁵⁰⁵ “*Hakimin hisleriyle idrak ettiği her şeye delil denir*”; Cemal ÖZTÜRK; “Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı(A Diffirent View To Classfyng At Evidence)”, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**”, Ekim-2006, Sayı; 2, sh. 71

¹⁵⁰⁶ CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh.183

¹⁵⁰⁷ **OLAY YERİNİN SİSTEMATİK İNCELENMESİ DELİLLERİN TOPLANMASI VE LABORATUARLARA GÖNDERİLMESİ ESASLARI**: Jandarma Genel Komutanlığı Yayınları, JGYY: 27-6, J.Gn.K. lığı Basımevi Müdürlüğü, Ankara 2001

sanık ve sanıktan gayrı kişilerin beyanı) delilleri”, “belge (yazılı, şekil tespit eden, ses tespit eden belgeler) delilleri” ve “belirtiler (tabii belirtiler, suni belirtiler)” olarak üç ana guruba ayrılmaktadır.¹⁵⁰⁸ Tabii belirtiler (*indizio-indice*) bir olayın parçalarından biri olup, bu parça, suçu işleyenin iradesi dışında hatta ona rağmen o olayı tabii bir şekilde temsil eder. Öğretide belirti delilleri; “*genel, özel, olay öncesi-sonrası, zorunlu olan-olmayan, eşyaya ilişkin-kişiyeye ilişkin, suçun meydana getirdiği izler (iz-leke-işaret vb.) insanların durumlarından davranışlarından, biyolojik yapılarından fikir çıkartılmasına yarayan deliller*” gibi ayrımlara tabi tutulmaktadır.¹⁵⁰⁹ Şahsa ve eşyaya ait belirtiler olarak ikiye ayrılır. Tek başlarına ispat kuvvetleri yoktur. Diğer delillerle birlikte hüküm ifade ederlerse de objektif olmaları nedeniyle diğer delillerle desteklendiklerinde daha kuvvetli olurlar. Ancak bu sağlamlık bu belirtilerin şekil bakımından hakikiliği ile kaimdir.¹⁵¹⁰ Genellikle bu tür deliller bilirkişi incelemesi ve keşfe tabi olup, anlamlandırılmaları ve konuşurulmaları bu yolla mümkündür.¹⁵¹¹

Emareler (iz delilleri) ise; suçluya veya suç şekline yönelik bilgiler verecek değişimlerdir. Bu kavramla; suçla ilgili olup suç olayından geriye kalan her türlü (materyal, şekil, baskı ve durum) izler ifade edilmektedir.¹⁵¹² (Herhangi bir şeyin saplanarak yara oluşturulması, tırnak deri kalıntıları (*fingernägeln*)).¹⁵¹³ Bu anlamda, tarafların olay yerinde bıraktıkları biyolojik kalıntılar ve tarafların üzerlerinden alınan örnekler sonrası elde edilen deliller şahsa ait tabii belirti delilleri olarak kabul edilmelidir.¹⁵¹⁴ Sanığa ait mağdurun üzerinde muayene ve örnek alma işlemleri sonucu elde edilen kan, saç, sperm gibi bulgular “*şahsa ait tabii belirti niteliğinde delilleri*” oluşturmaktadır. Çoğu kez olay öncesi ve sonrası suç failleri olay yerinde, kendilerinin veya mağdur ve üçüncü şahısların üzerinde belirti delillerini bırakmamak, saklamak veya yok etmek için özel çaba sarf etmektedirler¹⁵¹⁵.

¹⁵⁰⁸ KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU: “CMH. 14. Baskı”, sh. 657, No. 43.16

¹⁵⁰⁹ TOSUN; a.g.e. sh. 719–770

¹⁵¹⁰ KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 657. No: 413.16

¹⁵¹¹ CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh.223

¹⁵¹² ÖZDEMİR; a.g.e., sh.73

¹⁵¹³ VOLK; “Studium Jura”, sh. 55, no. 27

¹⁵¹⁴ İz delilleri; şekil izler, baskı izler ve durum izleri olarak üçlü ayrıma da tabi tutulmaktadır.;

ÖZDEMİR; a.g.e., sh.76,77

¹⁵¹⁵ CENTEL-ZAFER. “CMH. 1. Baskı”, sh. 189

3. BİLİMSEL DELİL – TIBBİ DELİL

Vücudun muayenesi ve örnek alma sonrası elde edilen deliller, elde edilmiş şekline göre ise “*tıbbi delil*” olarak sayılmaktadır. **Tıbbi delil**; “*Tıp biliminin kullanılması yoluyla elde edilen delil*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵¹⁶ Vücut muayenesi ve örnek alma sonucu elde edilen deliller de tıbbi delildir. Burada delil kaynağı ile delil aynı şey olmadığı gibi, delilin içeriği ile delil de aynı değildir. Delilin tıbbi kabul edilebilmesi için “*tıp bilimi yöntemleri kullanılarak elde edilmesi*” gereklidir. Bu anlamda, vücudun üzerinde tıp bilimi gerekleri olmadan da alınabilecek bir örneğin tıbbi delil sayılması mümkün değildir. Ancak, bu örnek üzerinde adli tıp bilimi yöntemleriyle analiz sonucu alınan rapor tıbbi delil sayılmalıdır.

Delil öğretisi; ilkel dönem, dinsel anlayışlar dönemi (*jüri*) , vicdani delil aşaması, kanuni delil sistemi ve son olarak da bilimsel delil aşamalarını¹⁵¹⁷ geçirmiştir.¹⁵¹⁸ Bu aşamaları akıldışı delil aşaması (*ordel*) ve akli (*rasyonel*) delil aşaması olarak ikiye ayırmak da mümkündür. İlkel dönemden günümüze kadar delil öğretisinde en son olarak bilimsel delil aşamasına gelinmiştir. Vicdani delil sisteminde, hakim istediği vasıtalara başvurarak gerçeği ortaya çıkarabilmektedir. Bilimsel delil aşamasında ise gerçek akılla bulunmaktadır. Bu amaçla da bilimden faydalanılmaktadır.¹⁵¹⁹ Bunu sağlarken de kişi hak ve özgürlüklerine en az zarar verecek şekilde toplanmakta ve değerlendirilmektedir.¹⁵²⁰

Vücudun muayenesi ve örnek alma sırasında ve sonrasında analiz safhasında bilimsel yöntemler kullanılması ve sonucun bilimsel anlamda bir değer ifade etmesi nedeniyle, bu işlemler sonrası elde edilen deliller aynı zamanda bilimsel delil sayılmalıdır. **Bilimsel Delil**; “*Belirli bir bilim dalının kural ve yöntemlerine göre elde edilen delil*” olarak tanımlanmaktadır.¹⁵²¹ Bilimsel delilden ne anlaşılması gerektiği konumuz açısından oldukça önemlidir. Çünkü vücut muayenesi ve örnek

¹⁵¹⁶ ÖZBEK; “Tıbbi Deliller ve Yeni CMK- Sempozyum”

¹⁵¹⁷ “Tarih boyunca teknik olanakların hızla gelişmesine karşın insan vicdanı ve kitle bilincinin çok yavaş geliştiği bir gerçektir.” Pierre BOUZAT:“Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları”, Çeviren Hasan İ. Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Ocak 1977, Sayı 1, sh. 91

¹⁵¹⁸ TOSUN; a.g.e. sh. 714, KUNTER; YENİSEY; NUHOĞLU:“CMH. 14. Baskı”, sh. 593, No:41.3

¹⁵¹⁹ TOSUN; a.g.e. sh. 721–723

¹⁵²⁰ BOUZAT; a.g.e. sh. 88

¹⁵²¹ A. Kemal YILDIZ; “Trafik Suçlarında Bilimsel Delillerin Fonksiyonu”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

alma işlemi sonrası elde edilen deliller bilimsel delil niteliğindedir.¹⁵²² Özellikle, DNA- Analiz sonuçlarının %99,9 a varan kesinlikte sonuçlar verdiğinin bilimsel açıdan kanıtlanması nedeniyle, bu tür analizler sonrası elde edilen deliller öğretide bilimsel delil olarak kabul edilmektedir. Hakimin, bu tür delilleri, yargılama ve hüküm sırasında dikkate alması zorunludur. Bu delillerin sıhhati mahkemece araştırılmalı, bu araştırmada bilimsel yöntemin doğruluğu ve güvenilirliği ile olaya doğru uygulanıp uygulanmadığı değerlendirilmelidir.¹⁵²³ Bu deliller, ancak ilgili oldukları konular açısından kesin delil oluştururlar. Diğer delillerle desteklenmeleri şarttır. Bilimsel yöntemlerle elde edilen delillerde dahi hakim kesin kanaate ulaşamazsa, “*şüpheden sanık yararlanır (in dubio pro reo)*” ilkesi uygulanmalıdır.

Her tür bilimsel delil objektif olmayabilir. Her delilde yanılma payı vardır. (İzler laboratuvarda yanlış değerlendirilebilir, aynı kan gurubuna ait çok sayıda insan bulunabilir vs.)¹⁵²⁴ Büyük çoğunlukla bilimsel mütalaalar şeklindeki bilimsel delillerin de yanılma payı vardır. Ancak objektifliği kabul edilen bir delilin hakimi bağlaması gerekir.¹⁵²⁵ Hakim bir kan tahlilinde verilen raporla bağlı kalmalıdır. Ancak, kan örneklerinin karıştığına ilişkin şüphe duyan hakimin, doğru örneklerle kan tahlilinin yapıldığından emin olacağı ana kadar delilin objektifliğini araştırması gereklidir.¹⁵²⁶ Hangi delilin bilimsel olduğunun takdiri yetkisi hakimindir.¹⁵²⁷ Bu anlamda; muayene ve örnek alma sonucu tıp bilimi yoluyla elde edilen delillerin bilimselliklerinin kanıtlanacağı ana kadar “*subjektif*”, tıp bilimi ve ilgili diğer bilimlerin kurallarına uygunluklarının saptanması anından sonra ise “*objektif*” olduklarını ve bunu belirleme yetkisinin hüküm verme makamına ait olduğunu söyleyebiliriz.

Anglo-Amerikan hukuk sistemini benimsemiş ülkelerde, delillere ilişkin kurallar önceleri içtihatlarla oluşmuş ancak 70’li yıllardan itibaren konunun yasal düzenlemelere bağlanması yönünde bir eğilim gelişmiştir. ABD.’de 1973 yılında Federal Mahkemece hazırlanan ve yayınlanan ortak kurallar bütünü olan “Federal Delil Yasası (*Federal Rules of Evidence*)” 1975 te yasalaşmıştır. Bu yasa bilimsel

¹⁵²² “Olaydan arta kalan belirti delillerini iyi toplayıp açıklayan Kriminal bilirkişinin bilirkişi formatındaki veriler bilimsel delilleri oluşturur”. (CENTEL-ZAFER; “CMH. 1. Baskı”, sh. 190)

¹⁵²³ YILDIZ; a.g.s.

¹⁵²⁴ CENTEL-ZAFER; “CMH. 1. Baskı”, sh. 172

¹⁵²⁵ KUNTER-YENİSEY; “CMH. 7. Baskı”, sh. 325, N: 41.5

¹⁵²⁶ KUNTER-YENİSEY; “CMH. 7. Baskı”, sh. 335, No: 41.5

¹⁵²⁷ HANCI: a.g.e., sh. 20

delilin ölçütlerini belirlemektedir. Kanada’da 1985, Avustralya’da 1995 yıllarında bu konularda yasalar hazırlanmış, İngiltere de ilk 1968 de “*Evidence Act*” oluşturulmuş 1972 de tadil edilmiştir.¹⁵²⁸

SONUC OLARAK; verdiğimiz genel bilgiler ışığında delil öğretisi açısından; vücudun muayenesi ve vücuttan örnek alma sonucu elde edilen delilleri kısaca; “*şahsa ait tabii belirti ve maddi delil niteliğinde tıp bilimi yöntemleri ile elde edilen bilimsel deliller*” olarak tanımlamamız mümkündür.

¹⁵²⁸ Ertan DEMİRKAPI; “Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, İzmir-2003, sh. 41, YERLİ. a.g.e., sh.121

B. VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA BİLİRKİŞİLİK;

1. GENEL OLARAK

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemi, işlemi yapan tarafın konumuna göre farklı isimlerle adlandırılabilen ve farklı hukuki yapılar taşımaktadır. Hakim için “*keşif*” sayılan muayene işlemi, hekim açısından “*bilirkişi incelemesi*”, kolluk için ise “*delil toplama*” niteliğindedir.¹⁵²⁹ Bu bizzat 22.09.2005 tarih ve 13292 sayılı “Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esasları Düzenleyen” Genelgesinde belirtilmiş ve bilirkişilere ilişkin hükümler genelgede yer almıştır.

Vücudun muayenesi ve örnek alma konusu 1412 Sayılı CMUK.’ ta bilirkişi ve keşif başlıklı yedinci fasılda 66. maddenin 5 ve 6. fıkralarında düzenlenmekteydi.¹⁵³⁰ Yasa vücut muayenesi ve örnek almayı bir bilirkişi incelemesi olarak değerlendirmekte ve bu başlık altında düzenlenmekteydi. Bu kısmen de doğru bir yaklaşımdır. Bu işlemlerin genel yapısı incelendiğinde, koruma tedbiri olma özelliklerinin yanısıra hekim ve yardımcıları açısından “*bilirkişi incelemesi*”, hakimce bizzat yapıldığında ise “*keşif*” işlemi niteliğinde oldukları görülmektedir.

Ceza muhakemesi bir “*olguyu*” yargılar. Maddi olgu mahkemenin ilk çözmesi gereken konudur. Hakim maddi gerçeği ortaya koymak için bir fiili olgunun hangi hale geldiğini uzmana sormalıdır.¹⁵³¹ Mahkeme makamlarını oluşturanların sahip oldukları mefruz hayat tecrübeleri, maddi uyumsuzluğun çözülmesinde, kavranması gereken konuları anlamaya yetmediğinde, hayat tecrübeleri bakımından duyulan

¹⁵²⁹ “Eğer işlem vücut üzerinde herhangi bir durumun tespiti ise keşif, vücutta bulunan bir şeyi bulup alma amacıyla yapılırsa arama sayılmaktadır”. Hamdi ÖNER: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Tahdit Eden Kaideler” **Adliye Ceridesi**, 29.Sene, 12. Sayı, No: 108, Ankara Yeni cezaevi matbaası, 1939, sh.1976

¹⁵³⁰ 1412 S. CMUK. 66. maddede yapılan değişikliğin ve 5 ve 6. fıkraların ihdasının amacı ve gerekçesi için Bkz.; Hadi TAN: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda Yapılan Son Değişikliğin Sebepleri ve Tasarının Ana Hatları”, **Adalet Dergisi**, Yıl 41, Haziran–1950, Sayı 6, Sh: 713–721

¹⁵³¹ Feridun YENİSEY; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tıbbi Deliller ve Bilirkişilik” 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır), Selami AKDAĞ: “**Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Emsal İçtihatlar ve İlgili Konular)**”, Olgaç Matbaası 1978, sh. 140, NUR B.CENTEL; “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**”, İstanbul-Kazancı Yayınları, 1984, sh.31

eksikliği kapatmak amacıyla¹⁵³² yardımına başvuru, bilgi ve uzmanlığı bulunan kişiler bilirkişilerdir.¹⁵³³

Bilirkişi (ehlihibre¹⁵³⁴, ehli hukuk, uzman, eksper); “Bir yargılama faaliyeti sırasında hakimin uzmanlık alanına girmeyen bir konuda hakimi ve diğer yargılama süreçlerini aydınlatan ve bu vesileyle yargılamanın seyrini etkileyen, kendisine başvuru konusunda uzman ve bilgi sahibi olan kişidir”.^{1535, 1536} Kanundaki tanımlamaya göre ise; “çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünün alınmasına karar verilen kişi bilirkişidir.” (CMK. md. 63/(1))

2. BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN HUKUKİ MAHİYETİ;

Bilirkişinin hukuki niteliği öğretide tartışma konusu olmuştur. Bilirkişi mütalaasını TANER-KANTAR: “delil”¹⁵³⁷, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU¹⁵³⁸: “ispat vasıtası (delil değerlendirme aracı)”, EREM¹⁵³⁹-YURTCAN¹⁵⁴⁰-CENTEL-ZAFER¹⁵⁴¹-ÖZBEK¹⁵⁴²; “hakimin yardımcısı¹⁵⁴³ ve delilleri değerlendirme aracı”, olarak adlandırmakta, TOSUN; “bu konuda yapılacak her türlü sınıflandırmanın hatalı olacağını, temelde hakimin bilirkişiden, “büyük önermeyi bulmasını ve onu küçük önerme ile karşılaştırarak sonuç çıkarmasını istediği ve bilirkişinin bu faaliyetini denetlemek durumunda olduğunu” belirtmekte¹⁵⁴⁴, GÜRELLİ; “bilirkişi raporunun bazen delil bazen de delilleri değerlendirme aracı olduğunu, eser ve izlerin ancak bilirkişi mütalaası ile öğrenilmesi halinde eser ve izlerin kendisi imiş

¹⁵³² “Hakimlerin hukuk kurallarının uygulanmasında ihtiyaç duydukları teknik bilgi bilirkişiler tarafından giderilir”; DEMİRKAPI; a.g.e., , sh. 39

¹⁵³³ Nevzat GÜRELLİ; “Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, İstanbul-1967, sh. 15

¹⁵³⁴ 1412 sayılı CMUK. Ta 05.03.1973 tarihli ve 1696 sayılı yasayla yapılan değişiklik öncesine kadar bilirkişiye karşılık olarak “ehlihibre” terimi kullanılmıştır.

¹⁵³⁵ Hasan KÖROĞLU: “En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları” Ankara -Seçkin Yayınevi, 2001, sh. 51

¹⁵³⁶ “Bilirkişi; belli bir bilim ve fenne ilişkin olarak uzmanlık gerektiren hallerde yetkili yargı mercilerince başvuru kimsedir. KUNTER; YENİSEY; “CMH. Özet Kitap”, sh. 125

¹⁵³⁷ KUNTER YENİSEY- -NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 614, No: 42.5, dn. 21

¹⁵³⁸ “Uzmanların rolü sadece işleri yardımcıdır. Bilirkişi yazıyı okumada yardımcı olan gözlük gibidir.” KUNTER YENİSEY- -NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 614-615, No: 42.5

¹⁵³⁹ EREM: “Ceza Usulü Kanunu”, sh.389, No:232

¹⁵⁴⁰ YURTCAN: “CYH. 11. Baskı”, sh. 274

¹⁵⁴¹ “Ancak hakimin görevini üstlenmemelidir.” CENTEL-ZAFER; “CMH. 1. Baskı”, sh. 190

¹⁵⁴² ÖZBEK: “CMK İzmir Şerhi”, sh.213

¹⁵⁴³ “Bilirkişi hakimin yardımcısı değil, hakime yardım eden kişidir. Bu ikisi farklıdır. ” Çetin AŞÇIOĞLU; “Türk Hukukunda Bilirkişilik”, 12-16.01.2000 Hukuk Kurultayı Özel Hukuk Bildiri, Hukuk Kurultayı 2000, 12-16.Ocak 2000, Cilt 3, Özel Hukuk, Sh: 93-104, Ankara Barosu Yayını, Ankara-2000, sh. 97

¹⁵⁴⁴ TOSUN: a.g.e, sh. 788

*gibi delil sayılması gerektiği, delillerin değerlendirilmesinde bir araç olduğunda ise hakimın yardımcısı olup, hakimdeki bilgi eksikliğini giderdiğini ve hakimi tatmin ettiği oranda bağlayıcı olduğunu*¹⁵⁴⁵, belirtmektedir. Yargıtay'ımız ise bir kararında; *“bilirkişi görüşünün delil olmayıp, delil hakkında bir açıklama başka bir anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtası olduğunu”* belirtmekte,¹⁵⁴⁶ diğer bir kararında ise *“bilirkişilik delil değil delilleri değerlendirme vasıtasıdır. Görevi teknik sadadaki istişari yardımla hakimi aydınlatmaktır*¹⁵⁴⁷” demektedir.¹⁵⁴⁸

“Davanın hakiki bilirkişisi hâkimin kendisidir”.¹⁵⁴⁹,¹⁵⁵⁰ Bilirkişi ise, hakime, genel tecrübe kurallarını bildirme, özel bilgi sahibi kişinin gözlemleyebileceği olguları tespit ve özel bilgiyle bilimsel kuralları uygulayıp¹⁵⁵¹ sonuç çıkarma¹⁵⁵² şekillerinde¹⁵⁵³ yardımcı olur.¹⁵⁵⁴,¹⁵⁵⁵ Hakim bilirkişinin mütalaası ile bağlı değildir. Bilirkişinin belirli bir olayda sonuç çıkarması gerekir.¹⁵⁵⁶ Herkesçe bilinen genel bir bilgiyi aktarmak bilirkişilik sayılmaz.¹⁵⁵⁷

Bilirkişi raporları olayların veya olay bağlantılarının soruşturma esnasında değerlendirilmesine yönelik yardımcı araçlar olmasına rağmen ve mahkemenin olaya

¹⁵⁴⁵ GÜRELLİ; a.g.e.,sh. 18

¹⁵⁴⁶ Y 1. CD. 01.93.1991 tarih, E. 91/391, K. 91/559 (KÖROĞLU; a.g.e. sh. 55)

¹⁵⁴⁷ Y 1.CD, 04.02.1985,tarih, E. 85/93, K. 85/341 (KÖROĞLU;a.g.e., sh. 203

¹⁵⁴⁸ “Bilirkişinin, bilimsel, teknik alandaki özel bilgileri nedeniyle , yargıci yetkilerinden bir bölümünü kullanarak yargısal nitelikte bir görevi yerine getirdiği söylenebilir. AŞÇIOĞLU; “Türk Hukukunda Bilirkişilik”, sh. 83

¹⁵⁴⁹ KUMRULU; BETİL:a.g.e., sh.; 50, “Hakim bilirkişilerin bilirkişisidir”; ÖZTÜRK; ERDEM; ÖZBEK: a.g.e., sh. 434

¹⁵⁵⁰ “ABD DAUBERT kararı; Davanın bilirkişisi hakimın kendisidir. O konuyu araştırmalı ve ortaya koymalıdır” ;YENİSEY; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tıbbi Deliller ve Bilirkişilik-Seminer”

¹⁵⁵¹ AŞÇIOĞLU; “Türk Hukukunda Bilirkişilik”, sh. 94

¹⁵⁵² “ABD FREI Kararı: Bilirkişinin raporunun kabul edilmesi bilimsel yeterliliğe ve bilimsel teknoloji kullanılmasına bağlıdır” YENİSEY; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tıbbi Deliller ve Bilirkişilik-Seminer, YURTCAN: “CMK Şerhi”, sh. 160

¹⁵⁵³ “Bilirkişi hekim; karar vermek yetkisine sahip bir hakim değildir. O, herhangi bir hadiseyi tetkike davet edilen bir müşahittir. Vazifesi; görmek ve gördüklerini tefsire ve tahlile kalkışmadan göstermektir.” B. Tahsin KAMAY: “Eksper Hekimlerin Evsafı ve Rolü, Otopsinin Hekim Tarafından Yapılmasındaki Kati Zaruret”, **Adalet Dergisi**, Yıl 49, Eylül-Ekim-1958, Sayı 9-10, sh.507-518

¹⁵⁵⁴ YURTCAN; “CYH. 11. baskı”, sh. 274

¹⁵⁵⁵ “Hakim uzmanlık gerektiren konularda bilirkişiye başvurmalıdır”.(ÖZBEK; CHM İzmir Şerhi”, sh. 215), YCGK 28.04.1998, E. 98/8-68, K. 98/143, YCGK 17.04.1995 tarih, 95/118 K. (Haydar EROL: “İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu”, Ankara-PYS Matbaacılık, Ocak-2002, sh. 258,)

¹⁵⁵⁶ “Tabii”, “şüphesiz”, “tereddütsüz” gibi kelimelerin hukuki bir mütalaada yeri yoktur”. (Ernest HİRSCH: “Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir”, **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, Maarif Matbaası, Ankara-1943 sh.199)

¹⁵⁵⁷ EREM; a.g.e., sh. 392 dn. 111 (İtalyan Yargıtay kararı, 06.10.1954 (Arch. Pen. 955) II. 216

ilişkin eksik bilgisinin tamamlanmasını sağlaması amacıyla hüküm verme aşamasında etkisini sürekli bir biçimde artırmaktadır.¹⁵⁵⁸ Bilirkişilik müessesesinin zamanla yozlaştığı ve hakimın takdir yetkisinin önüne geçtiği iddiaları son dönemlerde daha yüksek sesle dile getirilmektedir.¹⁵⁵⁹ Hatta bilirkişilerin yargılamaya katılımı, bazen karar vericilerin yetkilerinin gaspına yol açacak seviyede gerçekleşebilmektedir.¹⁵⁶⁰ Bazı yazarlara göre “*bilirkişiler hem güçlü hem de yanılıcı tanıklar olabilirler. Bu nedenle hakim, bilirkişilerin kendi fikirlerini formüle etmede kullandığı teknikleri ve süreçlerdeki güvenilirliğini sorgulamalı, desteksiz spekülasyonlar ya da sübjektif doğruları içeren fikirleri ayıklamalı, mütalâanın bilimsel yöntem ve prosedürlere dayandığını doğrulamalıdır.*”¹⁵⁶¹ Uzmanın ifadesi ancak yetkin gerçekler ve verilerle desteklenirse geçerli olmalıdır. CMK.’ nun 63. maddesinin gerekçesinde de; “*madde ile güdülen amaç (maddenin “ratio legis”i); bilirkişiyi gerçek rolüne döndürmek ve bilirkişi adaleti olarak adlandırılan uygulamalara son vermektir.*”¹⁵⁶² denmekte ve bu konudaki rahatsızlık dile getirilmektedir.¹⁵⁶³

Kanaatimizce: Vücut muayenesi ve örnek alma konusunda, bilirkişi mütalâasının hukuki niteliği ile ilgili öğretilerdeki görüşlerin tamamında doğruluk payı vardır. Ancak, bizce bu konuda, söz konusu işlemlerin niteliği gereği, kısıtlayıcı bir sınıflandırma yapmak doğru olmayacaktır. Vücudun muayenesi sırasında, hekimin bilirkişi sıfatıyla elde etmiş olduğu bir bulgu, muhakeme konusu olayla ilgili çok önemli belki de tek delil teşkil edebilmektedir. Cinsel saldırı suçlarında, mağdurun üzerinden alınan örneklerde sanığa ait spermatozoitlerin çıkması halinde bu tespit tek başına delil, buna ilişkin bilirkişi mütalâası ise bu, delili değerlendirme aracıdır. Aynı şekilde, suçun işlenmesi sırasında, sanık tarafından ısırıldığı iddia edilen mağdurun

¹⁵⁵⁸ BENFER; a.g.e., sh. 195, no.1

¹⁵⁵⁹ “...bilirkişilik sistemini bu kadar yozlaşmasının temelinde, Yargıtay’ın alt dereceli yargıçlara güvensizliğinin de yattığını, bu nedenle bilirkişiliğin sınırlarını genişlettiğini...” iddia etmektedir. AŞÇIOĞLU; “Türk Hukukunda Bilirkişilik”, sh. 85-89)

¹⁵⁶⁰ ÖZBEK; “CMK İzmir Şerhi” a.g.e. sh.213, Y 1. CD 01.03.1991 tarih, E. 91/391, K. 91/559, Y 1. CD 18.03.1972 tarih, E. 72/613, K. 72/1284, YURTCAN; “**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat- Cilt I- Madde 1-146**”, İstanbul Kazancı Yayınları-1988, sh. 452 (KÖROĞLU; a.g.e. sh. 203), Y 6. CD 30.11.1985 tarih, E. 85/8104, K. 85/492; “*Mahkemeler bilimsel açıdan kesinlikle neden sonuç ilişkisi kurulamayan konularda kanıtlarını oluşturmak için bilirkişiye başvurabilirler. Ancak, olayın akışına, kanıtlara ve kendi gözlemlerine göre bu düşünceleri değerlendirmelidirler.*”(KÖROĞLU:a.g.e. sh. 206)

¹⁵⁶¹ İ. Hamit HANCI; “**Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu**”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003, sh.21

¹⁵⁶² Gürsel YALVAÇ: “**Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK vd. İlgili Kanunlar İle Yönetmelikler**”, Adalet Yayınevi, 2005, sh.656

¹⁵⁶³ DÖNMEZER; YENİSEY; “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği”, no.283

üzerinde adli dış hekimince yapılan inceleme sonucu verilen mütalaa da “delilin değerlendirilmesi aracı” olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuda TOSUN-KANTAR ve GÜRELLİ’nin görüşlerine yaklaşmaktayız. Ancak; delilin de sonuçta bir ispat aracı olduğu düşünüldüğünde, bilirkişi mütalaasının gerek bizzat delil olması ve gerekse delili açıklama çabasıyla, hakim delili değerlendirmesinde aracı ve yardımcısı olması nedenleriyle, sonuçta bir “ispat aracı” olduğu görüşü de bize yakın gelmektedir. Bu nedenle karma bir kabulle **kanaatimiz**; “*ceza muhakemesi hukukunda hekim ve yardımcılarının, bilirkişilik faaliyeti sırasında, muhakeme faaliyetinde hakikati ispat çabasındaki hakime, delilleri değerlendirmede yardımcı olarak, ispat aracı sıfatıyla faaliyet gösterdiği*” şeklindedir.

3. BİLİRKİŞİNİN NİTELİĞİ VE SAYISI;

Bilirkişinin konusunda uzman¹⁵⁶⁴, tarafsız¹⁵⁶⁵ ve güvenilir özelliklerinin olması gereklidir. Bilirkişinin niteliklerini takdir yetkisi hakimindir.¹⁵⁶⁶ Taraflarca ve ceza muhakemesi makamlarınca tarafsızlığından ve yeteneklerinden, uzmanlığından¹⁵⁶⁷ şüphe duyulmayan biri olması gerekir. Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemi (önceki hekim ve muayene bölümlerinde de belirtildiği gibi) ancak hekim veya hekimin gözetimindeki sağlık mesleği mensubu yardımcıları yapabilir.¹⁵⁶⁸ Hekimin yardımcıları hekim adına faaliyet göstermekte olup, yargılama makamlarının muhatabı hekimdir.¹⁵⁶⁹ Bu konularda görevlendirilecek hekim ve yardımcılarının da III. Bölümde belirttiğimiz niteliklere sahip olmaları gereklidir. CMK. bilirkişileri tanıklara ilişkin hükümlere tabi tutmuştur. CMK. md. 62 tanıklara ilişkin hükümlerin bilirkişiler hakkında da uygulanacağını hüküm altına almaktadır.

Hakimin reddi sebepleri bilirkişiler için de geçerlidir. Yemin vermeye ehil kişiler bilirkişi seçilmelidir.¹⁵⁷⁰ Bilirkişinin hakim veya Cumhuriyet Savcısı

¹⁵⁶⁴ Y 7. CD. E. 8427, K. 8876 (YURTCAN; “Ceza Yargılaması Hukuku”, sh. 275

¹⁵⁶⁵ Y 5. CD 15.02.1984, E. 84/4116, K. 535 (KÖROĞLU; a.g.e. sh. 211),

¹⁵⁶⁶ EREM; a.g.e. sh. 394

¹⁵⁶⁷ “Kişi yeteneği-bilgi yeteneği” GÜRELLİ; a.g.e. sh. 23

¹⁵⁶⁸ “İnsan vücudunda meydana gelen lezyonların niteliği, nasıl yapıldığının belirlenmesi, biyolojik incelenmesi, mağdurun ya da hak ehliyetini kullanmak isteyenlerin durumlarının belirlenmesi ve tanımlanması bilirkişi hekim tarafından yapılır” HANCI; a.g.e. sh. 9-10

¹⁵⁶⁹ Bu nedenlerle anlatımımızda bilirkişi olarak geçen yerler hekim olarak algılanmalıdır.

¹⁵⁷⁰ KÖROĞLU; a.g.e. sh. 58

tarafından görevlendirilmesi gerekir.¹⁵⁷¹ Bilirkişi ceza yasası uygulamasında memur sayılmamaktadır.¹⁵⁷²

Bilirkişi tanık değildir¹⁵⁷³. Ancak ek keşifler varsa tanık olabilir. Bu hallerde tanık gibi dinlenir. CMK. tanık bilirkişi kavramını getirmiştir.¹⁵⁷⁴ Bilirkişi hekimin aynı zamanda olayın tanığı olması da mümkündür.¹⁵⁷⁵ Bir trafik kazası sırasında olay yerinde yaralıya müdahale ederek acil tedavisiyle ilgilenmiş bir hekimin, daha sonra aynı kişinin yaralanmasıyla ilgili olarak bilirkişi mütalaası (adli rapor) hazırlamış olması mümkündür. Bu durumlarda tanıklık sıfatı bilirkişilik sıfatının önüne geçmektedir. Ancak sadece bilirkişinin teknik bilgisiyle yanıtlayabileceği sorular sorulduğunda ve bilirkişi olarak görevlendirilmişse artık tanık değil bilirkişidir.¹⁵⁷⁶ Burada hekime tercih hakkı tanımakta fayda olduğu görüşü savunulmaktadır.¹⁵⁷⁷

CMK.’ nun 64. maddesi uyarınca, komisyonlarca yapılacak bilirkişi listeleriyle ilgili düzenleme ile ilgili olarak, 01.06.2005 tarihli “**Ceza Muhakemesi Kanununa Göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarının Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik**” çıkarılmıştır. Bu uygulama 5271 Sayılı CMK. ile getirilen yeni bir düzenlemedir.

Bu yönetmelik uyarınca yapılan bilirkişi listeleri ve resmi bilirkişiler dışında da vücut muayenesi ve örnek almak için bilirkişi görevlendirilmesi gerekebilir. CMK.’ nun 64. maddesinin 2. fıkrası listede belirtilenler dışında da bilirkişi seçilebilmesine olanak tanımaktadır.

5271 S. CMK. ile hukukumuzda bilirkişi kurumunun yanısıra “*uzman bilirkişi-
teknik müşavirlik*¹⁵⁷⁸” kurumu da girmiş bulunmaktadır. Muhakeme taraflarının,

¹⁵⁷¹ ÖZBEK; “CMK İzmir Şerhi”, sh. 214, “*Özel bilgiye sahip olmayan ve yargıcın emriyle faaliyet göstermek özelliklerine sahip olmayan kişi bilirkişi değil tanıktır.*”(YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh. 163)

¹⁵⁷² Y 4. CD 10.09.1975 tarih, E. 75/4334, K. 75/4399 (KÖROĞLU; a.g.e. sh. 218)

¹⁵⁷³ Bilirkişi ile tanığın farkları için Bkz. EREM; a.g.e., sh.391-392

¹⁵⁷⁴ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; a.g.e.sh. 692

¹⁵⁷⁵ CENTEL-ZAFER; “CMH.1. Baskı”, sh. 178-179

¹⁵⁷⁶ CENTEL-ZAFER; “CMH. 1. Baskı”, sh. 179

¹⁵⁷⁷ ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi”, sh.215

¹⁵⁷⁸ Bu harici bilirkişiler “teknik müşavir” olarak da adlandırılmaktadır. KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU bu terimi benimsemekte, re’sen atanan bilirkişilere “bilirkişi”, CMK. md. 67/(6) hükmü uyarınca taraflarca görüşü alınan uzman bilirkişilere ise “*teknik müşavir*” karşılığının uygun olacağını belirtmektedir.(KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh.691), YURTCAN ise “*taraf bilirkişisi*” (YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh.189), ÖZBEK; “*uzmanından bilimsel mütalaa*” (ÖZBEK; “CMK-İzmir Şerhi”, sh. 229) tabirlerini kullanmaktadırlar.

hakim kararı dışında, kendilerinin tayin ederek, bilirkişi incelemesi yaptırıp yargılamada bu mütalaayı delil olarak sunması imkanı CMK. ile getirilmiş bulunmaktadır.¹⁵⁷⁹ Muayene ve örnek alma işlemlerinin de teknik müşavir hekimlere veya özel laboratuarlara -haricen yaptırılıp, bu konuda alınan mütalaaların delil olarak taraflarca dosyaya sunulması mümkündür. Hakim, bu bilirkişileri de dinlemek zorundadır.

Bu konuda sorun; “soruşturma sırasında resmi görevli bir hekimden alınan mütalaa dışında taraflarca başka bir özel hekime muayene olunarak ayrı bir rapor alınması ve bunun yargılamaya katılması durumunda” yaşanacaktır. Aynı konu hakkında teknik müşavir hekimce verilecek raporla resmi bilirkişi hekimin arasındaki çelişkilerin giderilmesi sorun yaratacaktır. Bizce bu konuda olgunun koşullarına göre hakimce iki raporun aralarında mukayese yapabilecek üst bir kurula inceletirilmesiyle sorun aşılacaktır. Bu kurul ise büyük olasılıkla Adli Tıp Kurumu ihtisas daireleri veya kurulları olacaktır.

Vücudun muayenesi ve örnek alma konularında bilirkişilerin niteliği konusu diğer bilirkişilere göre hem farklılık göstermekte hem de kişi üzerinde yürütülen bir işlem niteliği nedeniyle daha çok önem taşımaktadır. Hekim ve yardımcılarıyla ilgili bölümde¹⁵⁸⁰ (özellikle bu nedenden ötürü) tüm ayrıntısıyla aktarmaya çalıştığımız “hekim ve yardımcılarının sahip olması gerekli nitelikler” bu bahiste de aynen geçerlidir. Bilirkişi olarak görev yapacak hekim ve yardımcılarının öncelikle kendi mesleklerinde ve uzmanlık alanlarında yeterli düzeyde ve bu konularda görev tevdi edilebilir niteliklerde olmaları zorunludur.

Tıpta Bilirkişilik; “adli olaylarda, o konuda eğitim ve öğretim görmüş kişilerin özel bilgisinden yararlanılmasıdır.” Özellikle kriminal olaylarda çeşitli lezyonların saptanıp tanınmasına, yani “identifikasyonuna”, travmatik lezyonların niteliğinin belirlenmesine, insana ait her türlü kan, saç, sperm gibi biyolojik oluşumların incelenmesi¹⁵⁸¹ tıbbi araştırmanın temelini oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi kapsamında inceleme yapan hekim ve yardımcısı bilirkişiler;

¹⁵⁷⁹ CMK. md. 67/(6); “Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık , müdafii veya kanuni temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.”

¹⁵⁸⁰ Bkz.: III. Bölüm, sh. 225-243

¹⁵⁸¹ POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”,

gerektiğinde vücuda müdahale niteliğindeki araştırma işlemleri sonrasında uzmanlık bilgisi doğrultusunda (tecrübe kaidesi) bulgu ortaya koyar. Bilirkişiler bazı olguları tespit ederek, bunları değerlendiren raporlar yazarlar. Mahkeme bu raporu denetlemek mecburiyetindedir. Hakim, kabul veya redde gerekçe göstermek zorundadır. Hakimin gerekçesi bazen bilirkişinin tıbbi yeterliliğine yönelik de olabilir. III. bölümde bahsetmiş olduğumuz, bir tıp adamında ve bilirkişi durumundaki hekimde olması gereken sıfatları taşımadığına inanılan bir bilirkişinin, bu niteliğini, hakim redde gerekçe olarak kullanabilir. Bu gerekçenin oluşabilmesi gene tıp adamlarınca bilirkişinin tıbbi yeterliliğinin ölçülmesi ile mümkün olabilir kanaatindeyiz.

“Lacassagne” bir bilirkişi hekimde olması gereken özellikleri; “şüphe etmesini bilmeli, görünüşte basit sanılan olayların gerçekte çok karışık olacağına inanmalı, gözlem tahlil ve muayene sırasında sabırlı ve dikkatli olmalı, gereksiz teorilerden, hayal gücünün yarattığı yanlış kanaatlerden çekinmeli, karışık faraziyeler kurmamalı, önceden kararlaştırılmış plan içinde metot ve düzenle hareket etmeli, ihtiyatlı ve tedbirli olmalı, adli tıp kavrayış(nosyon) ve bilgisine sahip, alışkın dar bir mantıkla körü körüne takılmaktan kurtulmuş olmalı, sanat-ilim-kabiliyet sahibi olmalı” şeklinde saymaktadır.¹⁵⁸²

Bilirkişinin sayısını belirleme yetkisi; bilirkişiyi atayan makama aittir.^{1583, 1584} CMK ile mülga CMUK'ta yer alan *“en fazla üç bilirkişi görevlendirilebilmesiyle ilgili sınırlama”* da kaldırılmıştır. (CMK md. 63/(2)) Muayene ve örnek alma işleminde bilirkişilik yapacakların sayısı sınırlı değildir. CMK. “ölünün adli muayenesi ve kimlik belirleme işleminin tek hekimle yapılacağını belirterek (CMK. md. 86/3)” buna bir istisna getirmiştir. İşlemin niteliğine göre her olguda farklı değerlendirilmek üzere, yeterli sayıda bilirkişinin görev alabilmesi mümkündür. CMK. md. 63/(2); *“bilirkişilerin gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hakim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin*

¹⁵⁸² KAMAY: a.g.e., sh.512–513

¹⁵⁸³ *Bilirkişilerin seçimi ve adedinin saptanması, işi hükme bağlayacak mahkemeye aittir. Aksine bir karar olmadıkça talimatında belirlenen müessese dışına seçilen bilirkişilerin raporunun hükme dayanak yapılması yasaya aykırıdır.* (Y 8. CD, 25.06.1975 tarih, E. 75/3048, K. 75/4488; YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh.466

¹⁵⁸⁴ *“Tek olması kaide olmalıdır. Önemli ve tekrarı mümkün olmayan işlerde istisna kabul edilmelidir. Sayının tek olması şart değildir. Zira teknik bilgide sayı değil, ağırlık önemlidir.”*KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”,sh. 617, No. 42.5, Dn. 33

istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir” demektedir. Adli Tıp Kurumunda ihtisas dairelerinde de uzmanlarca birlikte değerlendirme yapılmakta ve topluca adli rapor düzenlenmektedir.

Bilirkişiliğe engel haller; “*kamu haklarından yasaklılık*” ve “*belli bir sanat veya meslekle iştigalden yasaklanma*” halleridir. Tabip odaları veya Tabipler Birliğince disiplin cezası olarak geçici veya sürekli olarak hekimlik yapmaktan yasaklanan hekimlerin bilirkişilik yapabiliyor-yapamayacakları tartışmalıdır. Ceza muhakemesi anlamında bilirkişinin üzerinde çalıştığı konuda uzman olması ve kişisel güvenilirliğinin bulunması yeterlidir. Uzmanlığını ve kişisel güvenilirliğini etkilemeyen bir hal nedeniyle disiplin cezası niteliğinde mesleğini yapması kısıtlanan bir hekimin ceza muhakemesinde bilirkişi olarak görevlendirilebilmesinde bu anlamda yasal bir engel bulunmamakta ve CMK bu konuyu engeller arasında saymamaktadır.

Kanaatimizce: Yasal olarak bir engel bulunmasa da, oda tarafından disiplin cezası niteliğinde geçici veya sürekli hekimlik yapamayacağına karar verilen bir hekimin, bilirkişi olarak görevlendirilmesi yargılama etiği açısından da uygun değildir. Ancak, gecikmesinde sakınca olan hal bulunması, başka hekim bulunmaması, söz konusu hekimin cezasının yapacağı işlemi gölgeleyecek bir suçtan kaynaklanmamış olması hallerinde, istisnai olarak, bu durumdaki hekimlerinde bilirkişi olarak görevlendirilebilmelidir.

4. VÜCUDUN MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA ZORUNLULUĞU

Bilirkişiye başvurma konusunda hakim tam bir takdir hakkı vardır. Bilirkişiye sadece maddi mesele için başvurulabilir. Hakimin kendi bilgisi ve görevi kapsamındaki konular için bilirkişiye başvurulamaz.¹⁵⁸⁵ Bilirkişi incelemesi tamamıyla özellik taşıyan ve uzmanlık gerektiren özel konular için öngörülmüştür. Bilirkişiye başvurma genel olarak ihtiyaridir. Ancak bazı hallerde ceza muhakemesi kanunları bilirkişiye gidilerek, hakim bilirkişi yardımından yararlanmasının

¹⁵⁸⁵ Y. 1. CD. 07.03.1973 tarih, E. 72/4810, 73/870, YCGK 21.07.1974 tarih, E. 73/61, K, 73/870 (KUNTER-YENİSEY; CMH. Özet Kitap”, sh. 239

zorunlu olduğunu kabul etmiştir.¹⁵⁸⁶ Bu hallerde bilirkişi mütalaası almak yasal olarak mecburidir.¹⁵⁸⁷ Tahdidi olarak sayılan bu haller sanığın şuurunun tetkiki (5271 S. CMK md. 74), otopsi ve ölü muayene işlemi (5271 S. CMK md. 86), zehirlenme olayları (5271 S. CMK md. 89), sahte para (kalpazanlık) (5271 S. CMK md. 73) ve belgede sahtecilik incelemeleri belirtilebilir. Vücudun muayenesi¹⁵⁸⁸ ve genetik moleküler incelemeler de (5271 S. CMK md. 78) bilirkişi mütalaası almanın zorunlu olduğu haller arasındadır.

Vücut muayenesi ve örnek alma işleminin niteliği gereği bu konularda bilirkişi mütalaası alınması zorunludur. Zira bu işlemler ancak bir tıp ve adli bilimler mensubu kişilerce yapılabilecek işlemlerdir.¹⁵⁸⁹ Hakimin bizzat kendisinin gözlemlediği taraflar üzerindeki yara izlerine ilişkin olarak da mutlaka uzman bir hekimden mütalaa alması zorunludur. Özellikle çehrede sabit eser niteliğindeki yaralanmalarda ve dışarıdan rahatça görülen kırık vb. ağır yaralanmalarda durumun bir adli hekime tespit ettirilerek muayene raporu ve bilirkişi mütalaasının dosyaya konulması gereklidir. Yaralanmanın niteliğini ve diğer hususları en iyi tespit edecek olan, konunun uzmanı hekimdir.

5. BİLİRKİŞİNİN GÖREVLERİ-YETKİLERİ;

a. GÖREV VE SORUMLULUKLARI

(1) HAZIR BULUNMA

Bilirkişi hekim, kendisine bilirkişilik görevi verildiği ve bu amaçla çağrıldığı zaman gitmek zorundadır. Bu amaçla (tanıklara ilişkin hükümler uygulanması

¹⁵⁸⁶ CENTEL-ZAFER; “CMH. 3. Baskı”, sh. 225-234 (CENTEL-ZAFER vücut muayenesi ve örnek alma konusunu bu başlık altında aktarmaktadır)

¹⁵⁸⁷ KUNTER-YENİSEY; “CMH. 7. Baskı”, sh. 551 No. 42.6

¹⁵⁸⁸ “Mağdure nüfus kaydında bakiredir. Kızlık zarı halkavi ve duhule müsait bulunduğu takdirde kızlık zarı bozulmadan ırza geçilebileceği göz önüne alınarak kızlığın bozulduğu hakkında rapor alınmadan, mağdurenin iddiasına ve sanığın ikrarına dayanılarak TCK.nun 418/2 maddesiyle cezada artıma gidilemez”.(Y 5. CD, 11.02.1975 tarih, E.75/288, K. 75/263; YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh.466)

¹⁵⁸⁹ “Epilepsi hastalığının ölüme neden olup-olmayacağı belirlenmesi tamamen özel ve tıbbi, teknik bir bilgiyi gerektirmekte olup, bu hususun hakim tarafından değerlendirilmesi de olanaksızdır.” (YCGK, 28.12.1999 tarih, E. 8-305, K. 326; Mater KABAN, , Halim; AŞANER Özcan GÜVEN; Gürsel YALVAÇ; “Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül1996- Temmuz 2001)” Ankara, Adalet Yayınevi,2001, sh. 755-761

nedeniyle (CMK. md. 62) bilirkişiyeye davetiye çıkarılır.¹⁵⁹⁰(CMK. md. 43) Davet konusunda telefon, faks vs. gibi çeşitli davet araçları da davet yerine geçerlidir.(CMK. 43/(2), (3))

Kural olarak bilirkişiliğin kabulü mecburiyeti yoktur.¹⁵⁹¹ Ancak resmi bilirkişiler, incelemenin yapılması için, bilinmesi gerekli fen ve sanatla işğali meslek edinenler veya meslek edinmeye mezun olanlar, incelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar bilirkişilik görevini kabul etmek ve çağrıya uymak zorundadırlar (CMK. md. 65).¹⁵⁹² Hekim gece gündüz fark etmeksizin adli muayeneyi geciktirmeden yapmak zorundadır.¹⁵⁹³

(2) İNCELEME-ARAŞTIRMA-MÜZAKERE-DÜRÜSTLÜK

Bilirkişi hekim, görevlendirildiği konu üzerinde inceleme ve araştırma yaparak konunun bilimsel yönünü tüm yönleriyle ortaya koymak, bu amaçla teknolojideki ve bilimdeki son gelişmeleri araştırıp olaya uygulamak zorundadır. Birden çok bilirkişi atanan olaylarda, bilirkişiler ulaştıkları sonuçları aralarında müzakere ederek ortak bir görüş oluşturmak zorundadırlar. Bütün bunları yaparken, hekim bilirkişi dürüst ve tarafsız hareket etmelidir.

(3) RAPOR DÜZENLEME

Bilirkişi rapor vermek zorundadır.(CMK. md. 71) Bunu belirlenen süre (en çok üç ay) içinde yapması gereklidir. Aksi hal CMK. nun 66/(2) maddesinin uygulanmasını gerektirir. CMUK belirlenen sürede usulüne uygun mütalaa vermemeyi suç saymaktayken, CMK bunu kaldırmıştır. Hekimin muayene sonrasında raporunu nasıl düzenleyeceği ve raporunda dikkat etmesi gereken hususlar II. Bölümde “Adli Rapor” kısmında¹⁵⁹⁴ ayrıntılı olarak belirtilmişti. Bu bölümde izah etmeye çalıştığımız gibi, adli raporun düzenlemesi veya özel hallerde

¹⁵⁹⁰ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 619, No; 42.6

¹⁵⁹¹ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 622, No; 42.8, Hindistan hukukunda bilirkişi veya serbest olarak çalışan hekimin tıbbi açıdan adli bir muayeneyi reddetme hakkının bulunmadığı kabul edilmektedir. “Points to be Remembered in Handling Clinical MLC”, a.g.e., sh.5

¹⁵⁹² 765 Sayılı TCK. nun 282. maddesi gelmek mecburiyetinden kurtulmak amacıyla asılsız mazeret ileri süren bilirkişiler hakkında cezai yaptırım öngörmekteydi. Bu yeni TCK. da yoktur.(YN)

¹⁵⁹³ “Points to be Remembered in Handling Clinical MLC”, a.g.e., sh. 5

¹⁵⁹⁴ Bkz.; II. Bölüm, sh. 98 vd.

bilirkişilik yapan hekimin inceleme konularını ve sonuçlarını bildiren mütalaasını usulüne göre hazırlayıp ceza muhakemesi makamlarına iletmesi gereklidir.¹⁵⁹⁵ Raporlar yan delillerle desteklenmelidir.¹⁵⁹⁶ Bilirkişi hekime, raporunu hazırlayabilmesi için 3 aya kadar süre verilebileceği (CMK md. 66/(1)), hekimin süresinde raporunu sunmaması hallerinde değiştirilebileceği, CMK. md. 64 gereğince hazırlanan listeden çıkarılıp, yapılan masrafların tazmin edilebileceği öngörülmüştür (CMK. md. 66/(2)).

Bilirkişi hekim, istendiği takdirde duruşmaya gelerek mütalaasını sözlü olarak dile getirmek ve duruşmada açıklamak da zorundadır. CMK. bilirkişilerin duruşmada dinlenmeleri ve gerektiğinde taraflarca çapraz sorgu yöntemleriyle sorgulanmalarını düzenlemektedir. Bu da yeni bir düzenleme niteliğindedir. CMK bu konuyu ihtiyari olarak öngörmektedir. Öğretide bunun bazı hallerde zorunlu olması gerektiği savunulmakta ve bu hüküm eleştirilmektedir.¹⁵⁹⁷

(4) YEMİN

Yemin bilirkişinin görevlerinden biridir. Bilirkişi kendisine görev verildiği ve talep edildiği takdirde yemin etmek zorundadır.¹⁵⁹⁸ Yeminle, bilirkişinin vicdani hassasiyetlerinin ortaya konulması suretiyle, görevini doğruluk ve dürüstlük içinde yapmasının sağlanması amaçlanmaktadır.¹⁵⁹⁹

Mülga CMUK bu konuyu 72. maddesinde düzenlemekteydi. Birinci fıkrada bilirkişinin, “bitarafane ve tamamen ilim ve fenne muvafık reyini beyan edeceğine vicdan üzerine yemin etmesi” gerektiği, ikinci fıkrasında ise; “önceden yemin edenlerde, evvelki yeminleri ahtında olduğunun hatırlatılmasıyla yetinilebileceği” belirtilmekteydi. Adli hekimlerde de önceden mesleğe başlarken yemin etmiş olmaları nedeniyle “umumi yeminlerinin ahtında olduklarının hatırlatılmasıyla”

¹⁵⁹⁵ Mütalaa verilmesinin hemen mümkün olduğu hallerde, bilirkişinin sözlü mütalaasının alınarak tutanağa geçirilmesiyle yetinilebileceği şeklindeki CMUK. Md. 75/1 hükmü CMK. da kabul edilmemiştir. (YN)

¹⁵⁹⁶ Ahmet HEKİMOĞLU: “İrz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Mart-Nisan 1988, Sayı 2, sh.;112

¹⁵⁹⁷ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 628. No: 42.8

¹⁵⁹⁸ “Bilirkişiye yapacağı iş konusunda yemin vermek gerekir” Y. 4. CD 06.06.1996 tarih, E. 96/4170, K. 96/5272 (KÖROĞLU: a.g.e. sh. 220)

¹⁵⁹⁹ Haluk ÇOLAK; Mustafa Taşkın: “**Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005, sh. 214, KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 621, No: 42.7

yetiniliyordu.¹⁶⁰⁰ CMK ise bilirkişilik sisteminde öncekinden çok farklı düzenlemeler getirmiştir. CMK.’nun 64. maddesi; bilirkişilerin il adli komisyonlarınca yıllık düzenlenecek listelerden seçilmesi usulünü getirmiş, listelere kayıtlı olanların il adli yargı komisyonu huzurunda “görevini adalete bağlı kalarak, bilim ve gene uygun olarak tarafsızlıkla yerine getireceğine namusum ve vicdanım¹⁶⁰¹ üzerine yemin ederim” şeklinde yemin edeceklerini ve her işte yeniden yemin verilmeyeceğini (CMK. md. 64/(5)), liste dışından görevlendirilen bilirkişilerin ise , görevlendiren merci önünde yemin edeceklerini, bunun tutanakla belirleneceğini (CMK. md. 64/(6)), engel olan hallerde (gerekçesi gösterilerek) yazılı yemin verilebileceğini (CMK. md. 64/7)) düzenlemiştir.¹⁶⁰²

Bilirkişiye yeminin istisna olması, hakim¹⁶⁰³ gerekli görür veya ilgililer isterse yemine tabi tutulması gerektiği iddia edilmektedir.¹⁶⁰⁴ Diğer görüş ise “bilirkişinin yerine başkasını koymak mümkün olduğundan yeminsiz dinlenmesi gerektiği, mecburi bilirkişiliğin olmadığı” iddiasındadır.¹⁶⁰⁵ Yargıtay bugüne kadarki bütün içtihatlarında bilirkişiye yemin vermenin zorunlu olduğunu ve yeminsiz bilirkişi dinlenmesinin hukuka aykırılık oluşturacağını söylemektedir.¹⁶⁰⁶

Resmi görevli olan hükümet tabipleri, adli tabipler, ATK uzmanları ve diğer görevlilerin, rutin muayenelerinde ve örnek alma işlemlerinde, mesleğe başlarken genel yemin etmiş olmaları nedeniyle, ayrıca her olayda yemin etmeleri gerekli değildir. Aynı şekilde, serbest çalışan hekimlerin, ceza muhakemesi sırasında, adli hekim bulunamaması nedeniyle yaptıkları muayeneler öncesinde, ayrıca yemin etmeleri zorunluluğu yoktur. Ancak, özel bir olaya ilişkin olarak bilirkişi tayin edildiklerinde, (eğer bilirkişi listesinde değilse) görev başlangıcında¹⁶⁰⁷ yemin

¹⁶⁰⁰ EREM; a.g.e. sh. 398, GÜRELLİ; a.g.e. sh. 66

¹⁶⁰¹ CMUK’ta sadece “*vicdanı*” üzerinde yemin düzenlenmekteyken, CMK. “*namus ve vicdanı*” üzerinde yemin vermeyi düzenlemektedir.(YN)

¹⁶⁰² Yazılı yeminin şekli yasa ve yönetmelikte belirtilmemiştir. Yargıtay bugüne kadarki kararlarında matbu form şeklindeki yazılı yemin tutanaklarını kabul etmemekteydi.(YN)

¹⁶⁰³ *Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde dinlediği bilirkişiye yemin verdirmesi gerekir* (Y 8. CD 24.11.1978 tarih, E. 78/7141, K.78/8679 ;YKD, Mart 19769, sh. 449-450)

¹⁶⁰⁴ EREM; a.g.e. sh. 398

¹⁶⁰⁵ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 621, No: 42.7

¹⁶⁰⁶ YCGK 05.12.1988 tarih, E. 88/8475, K.88/520 (Osman YAŞAR: “**Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni ceza Muhakemesi Kanunu**”, Ankara–2005, sh. 334) YCGK 03.06.1985 tarih, E. 85/210, K.85/333 (YAŞAR; a.g.e. sh. 337), YCGK 01.04.1985 tarih, E. 85/432, K.85/176 (YAŞAR; a.g.e. sh. 338), Y. 5 CD. 11.12.1985 tarih, E. 85/4790, K. 85/5131 (YAŞAR; a.g.e. sh. 339)

¹⁶⁰⁷ “*Yemin göreve başlamadan önce verilmelidir.*” KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”.sh. 621, no. 42.7

etmek zorundadırlar. Liste dahilindekiler için bu zorunluluk yoktur. Bilirkişiye fazladan yemin verilmesi hukuka aykırılık sayılmamaktadır.¹⁶⁰⁸

(5) GÖREVLERİNİ YAPMAMASININ YAPTIRIMI;

CMK md. 71/(1); “*Usulünce çağırıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında 60. maddenin birinci fıkrası hükmü uygulanacağı*” belirtmektedir. CMK. md. 60 çağrıya uymayan tanıkların zorla getirilmesine ilişkindir. Bu madde hükmüne göre; “yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber, yeminin veya tanıklılığının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilmeye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin cezası verilebilir. Kişi, tanıklığa ilişkin yükümlülüğüne uygun davranması halinde, derhal serbest bırakılır (CMK. md. 60/(1)”, “bu tedbirleri almaya naip hakim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh ceza hakimi yetkilidir (CMK. md. 60/(2)” şeklindedir.¹⁶⁰⁹ Ayrıca, CMK md. 66/(2) belirlenen surede raporunu vermeyen bilirkişinin değiştirilebileceğini, listelerden çıkarılabileceğini ve uğranılan zararların istenebileceğini öngörmektedir.

765 Sayılı TCK. md. 279; “bilirkişileri görevleri sırasında memur sayıyordu.” Bu düzenleme yeni TCK. da yoktur. Söz konusu hüküm yerine, bilirkişilerin gerçeğe aykırı mütalaa vermesi hali 5237 sayılı TCK Md. 276/(1) da düzenlenmiş ve bu hükümde yer alan; “*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalaaada bulunması halinde, bir yılda üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” şeklindeki düzenleme ile cezai yaptırım altına alınmıştır. Bu maddenin gerekçesinde; “*Bilirkişinin kendi bilgi ve değerlendirmesine göre vereceği mütalaaanın sadece hatalı olması, kastın bulunmaması halinde suç oluşturmayacağı*” belirtilmektedir.

¹⁶⁰⁸ EREM; a.g.e. sh. 398

¹⁶⁰⁹ ÖZBEK; “bilirkişiye CMK. md. 60 ‘ın bir bütün halinde uygulanmasının, bilirkişiye disiplin kararına itiraz hakkının kapalı olması nedeniyle hukuk aykırı olduğu düşüncesindedir.(ÖZBEK; “CMK, İzmir Şerhi”, sh. 237

38 Sayılı “Tababeti Adliye Kanunu”¹⁶¹⁰ Madde 5; “resmi bilirkişinin bulunmadığı hallerde, özel hekimlerde bu yasanın 4. maddesi gereğince bilirkişilik görevi yapmaya davet olunup bu davete gelmeyenlerin hakkında “*Kanunu Cezanın 99 uncu maddesi zeyli ahkâmı tatbik olunur*” demektedir.

b. YETKİLERİ;

(1) İSTEDİĞİ GİBİ MUAYENE VE İNCELEME YAPMA

Bilirkişi hekim, muayene bölümünde de ayrıntıları anlatıldığı şekilde, mütalaasını hazırlamak amacıyla, muayene edileni dilediği şekilde muayene etme ve uygun gördüğü şekilde üzerinden örnek alma, olayın aydınlatılabilmesi amacıyla tanıkları dinleme, sanıkların sorguya çekilmesinde hazır bulunma ve hatta bunlara doğrudan soru sorma¹⁶¹¹ ve dosya incelemesi yapma hakkına sahiptir.¹⁶¹² (CMUK 73)¹⁶¹³ Bilirkişi gerektiğinde taraflara soru sorabilmelidir. Sanık açısından bu hakim kararı ile mümkündür.¹⁶¹⁴ CMK. md. 66/(3), (4), (5), (6), (7) bilirkişilerin incelemelerini nasıl yapacaklarını düzenlemektedir.¹⁶¹⁵

(2) BİLİRKİŞİLİKTEN ÇEKİNME

Bilirkişi görevi reddedebilir. Ancak resmi bilirkişiler görevi reddedemez. İnceleme konusunda eğitim alanlar ile bu alanda çalışanlar bilirkişiliği kabule zorunludur. Bilirkişinin bilirkişilikten çekilme nedenleri varsa, bilirkişilik görevini reddedebilir. Tanıklıktan çekinme sebepleri¹⁶¹⁶ bilirkişiler içinde geçerlidir (CMK.

¹⁶¹⁰ Kanun Numarası: 38, Kabul Tarihi: 11/10/1920, Yayımlandığı RG: 12/3/1921 tarih ve 6 sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip 3, Cilt 1, sh.:69

¹⁶¹¹ Hekimin etkilenmemesi ve objektif olabilmesi için muayene öncesinde taraflarla görüşmemesinin olumlu olacağı da önerilmektedir (KAMAY; a.g.e. sh. 511)

¹⁶¹² “Bilirkişi hekim, rüzgar gelecek tarafları evvelden tıkamaya yarayacak, savcı veya sorgu hakiminin yaptığı tahkikata tamamen uygun düşecek rapor vermeye asla mecbur değildir. Kulaklarını tıkayıp, dilini kısarak ve gözünü açarak vicdanının yetkisinin sınırını ölçmeye yarar bin rüzgar gibi kullanarak gördüklerini tespit ve izah edecektir.” KAMAY; a.g.e. 512

¹⁶¹³ POLAT: “Adli Tıp Prosedürü”,

¹⁶¹⁴ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh. 622, No: 42.8

¹⁶¹⁵ Muayene kısmında ayrıntıları ile belirtilmemiz nedeniyle, bu konuda bilgi aktarımı yapılmaması yolu seçilmiştir. Bkz. II. BÖLÜM- Muayene

¹⁶¹⁶ İlhan AKBULUT: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık Ve Tanıklıktan Çekinme”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, 1996, Sayı 413, sh.:99-115,

md. 69/(1)). Bu çekinme sebeplerinin¹⁶¹⁷ birinin varlığı aynı zamanda bilirkişinin çekinme sebeplerini de oluşturmaktadır. Bu sebeplerin ilgili makama açıklanması ve yeminle desteklenmesi gereklidir.(CMK. md. 49)

Hekimin bilirkişilikten (tanıklıktan) çekinme sebepleri; “şahsi sebepler (CMK. md. 45), aynı kurumda çalışma, devlet sırrı konuları” gibi genel sebepler olabilir. Ayrıca, CMK.’da hekimin bilirkişilik ve tanıklıktan çekinebilmesi için özel bir hal olmak üzere “Meslek Sırrı” hali düzenlenmiştir.

(a) KURUMUYLA İLGİLİ DAVALARDA BİLİRKİŞİLİK YAPAMAMA;

CMK md. 64/3; “Kanunların belli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar” hükmünü getirmektedir. Bu hüküm TBMM. Genel kuruluna sunulan Başbakanlık taslağında olmayıp, sonradan (yasalaşma çalışmaları sırasında) ilgili komisyonlarca eklenmiştir. Bu nedenle, yasa gerekçesine bu hükmün neden konulduğuyla ilgili net bir açıklama yoktur. Ancak, bilindiği kadarıyla, kanunkoyucu, bağlı olduğu kurumla ilgili bir konuda bilirkişilik yapma durumunda kalanların, kurumlarıyla olan bağlarının tarafsızlıklarını etkileyeceği düşüncesiyle bu hükmü koymuştur.

Ancak, CMK. md. 64/(3) hükmü konulması sonrasındaki hukuki yapı, (belki de kanun koyucunun da öngörmediği şekilde) bütün Emniyet ve Jandarmaya ait Kriminal Laboratuvarlarının bilirkişilik işlemlerini tartışılır hale gelmiştir. Bu, özellikle -bizimde komisyon üyesi olarak katıldığımız- “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi Hakkında Yönetmelik” çalışmaları sırasında ana tartışma konularından birini oluşturmuştur. Polis bölgesinde meydana gelen ve polisçe soruşturma işlemleri yapılan bir tahkikat sırasında, tarafların üzerlerinden alınan

¹⁶¹⁷ Tanıklıktan çekinme halleri CMK. md. 45, 48 de sayılmış olup bu haller; “ *tanığın şüpheli veya sanığın nişanlısı, evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi, şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoy, şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları, şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar, yaş küçüklüğü, akıl hastalığı veya tanıklıktan çekinmenin önemini anlayabilecek durumda olmayanlar, (kanuni temsilcilerini rızalarıyla tanık olarak dinlenebilirler), kendisini veya yukarıda sayılan yakınlarını ceza kovuşturmasına uğratacak bir cevap verme durumundakiler, avukatlardır..* (KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh.643–644, No; 43.5)

örneklerin, Emniyet Genel Müdürlüğü Kriminal Daire Başkanlığına bağlı laboratuvarlarda incelenmesi (keza ayı şekilde Jandarma bölgesindeki olaylarda Jandarma Kriminal laboratuvarları) hallerinde bu hükme aykırılık bulunup-bulunmadığı tartışılmıştır. Bu konu yönetmelikte 13. madde ile çözülmeye çalışılmıştır. Yönetmeliğin “*Moleküler Genetik İncelemeler*” başlıklı Üçüncü Bölümünün “*Bilirkişi İncelemesi Yapılması*” başlıklı 13. maddesi üçüncü fıkrasına göre; “*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 teşkilat yapısı itibarıyla ve objektif olarak ayrı bir birimine mensup olan görevliler, bilirkişi olarak görevlendirilebilirler,* ” son fıkrasına göre ise; “*Üçüncü fıkranın uygulanması açısından, teşkilat yapısı itibarıyla üniversiteler, Emniyet Genel Müdürlüğü, Jandarma Genel Komutanlığı ve Adli Tıp Kurumu objektif olarak ayrı birimler sayılır.*”

CMK. Md. 64/(3) ve yönetmelikteki hükümler birarada değerlendirildiğinde de görülebileceği gibi; yönetmelik, CMK. nun 64. maddesinin (bizce gereksiz ve çok sert) üçüncü fıkrasındaki kesin ve kısıtlayıcı halini, uygulayıcıya rahatlık sağlayabilmek için yumuşatabilmek amacıyla, yasa metninde olmayan ve aykırılık teşkil eden birçok düzenlemeyle donatmıştır. CMK. düzenlemesi gerek metninde ve gerekse gerekçesinde üçüncü fıkra ikinci cümleden ne anlaşılması gerektiğini belirlemediği için, bunun karşılığının yorumla ve bugüne kadarki uygulamayla doldurulması gereklidir.

Kamunun idari yapılanması incelendiğinde de görüleceği gibi, hiyerarşik yapı içerisinde bütün kamu kurum ve kuruluşları sistematik bir yapı içerisinde birbirleriyle üst noktalarda buluşmaktadırlar. Eğer doğrudan bir yorumlama anlayışıyla gidilirse, Emniyet Genel Müdürlüğü teşkilatlanması bir bütün halinde düşünüldüğünde, Batman’ın Sason ilçesindeki bir polis memuru ile Genel Müdürlük Kriminal Daire Başkanlığı laboratuvarında görevli bir biyokimya uzmanının aynı kurumda görevli sayılmaları gerekir. Sason polisince yapılan bir soruşturma sırasında elde edilen bir delilin analiz için laboratuara gönderilmesi hali ise doğrudan CMK. nun 64/(3) fıkrasının ihlali olacaktır. Daha uç bir örnekle, ATK’nun Adalet Bakanlığı bünyesinde olması nedeniyle, bakanlık aleyhine açılan bir davada ATK’ dan görüş

alınması istenmesi veya bir Cumhuriyet Savcısının yaptığı delil tespitine itiraz halinde ATK' nın bilirkişilik işlemi yapması halleri de yasaya aykırı sayılmalıdır. Bunun hukukun genel yapısıyla ve mevcut uygulama ve bilirkişilik kurumunun ana yapısı ile ilgili değerlendirmelerle kabulüne imkân yoktur.

Burada asıl olanın, bilirkişinin bağlı olduğu kurumla olan ilişkisinin yapacağı bilirkişilik faaliyetinin sıhhati ve tarafsızlığını etkileyip-etkilemeyeceğidir. Bu konu yönetmelik çalışması sırasında yapılan tartışmalar sonrasında ancak yukarıda belirtilen düzenlemelere yönetmelik metninde yer verilmesiyle çözülmeye çalışılmıştır.

Kanaatimizce: Bu sorunun aşılması, asıl olarak, Yargıtay'ın (yaşayan hukuku oluşturma çabasında), bu maddeyle ilgili bundan sonra yaratacağı içtihatlarla mümkün olacaktır. Mevcut haliyle, yönetmeliğin düzenlemesi, uygulamada CMK.' nun metnine dayalı olarak çıkabilecek aksilikleri önleme çabasına yöneliktir. Yönetmelik 13. maddesi düzenlemesi, hukuk tekniği ve yönetmelik yapma usulü açısından; kaynağı kanunu, kanun metninde olmayan hükümler koyarak aşması niteliğiyle hukuka uygun ve sağlıklı bir metin niteliğinde değildir". Ancak, mevcut sorunu aşma çabasında zorlamayla da olsa çözüm getiren bir niteliği olmadığı da söylenememektedir. Bahsettiğimiz itirazlarımız saklı kalmak kaydıyla (yönetmelik çalışmaları sırasında da yaptığımız açıklamalarımızda da belirttiğimiz gibi) yönetmelikteki bu konuya ilişkin düzenlemelere genel olarak katılmaktayız.

Hekimin çekinmesiyle ilgili olarak, CMK. hükmünü dar yorumlamak ve hekimin, bilirkişilik yapacağı olguyla ilgili olarak, bağlı olduğu kurumun diğer birimlerinin, hekimi ne şekilde etkileyebileceği ve tarafsızlığına zarar verip-vermeyeceğinin, her olayda ayrı-ayrı değerlendirilerek, konunun hekimi bilirkişi olarak görevlendirecek makamca takdir edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

(b) MESLEK SIRRI

Meslek sırrının saklanmaması, ceza hukukunda "sırrın ifşası (açıklanması-dile getirilmesi)" şeklinde suç olarak sayılmış, ceza muhakemesinde ise tanıklıktan ve dolayısıyla bilirkişilikten çekinme sebebi olarak düzenlenmiştir. Ceza muhakemesindeki çekinme hakkının temel amacı; "hekimle muayene edilen

(hastası)¹⁶¹⁸ arasındaki güven ilişkisini güvenceye almaktır.” Bu hak, yüksek bir sosyal amaçla toplu halde yaşamayı koruma maksadıyla konulmuştur.¹⁶¹⁹

Sır: işitmek, görmek veya hissetmekle öğrenilen, maddi varlığa sahip olmayan, aleni olmayan bir şey olup, maddi şeyler (suçtan doğan maddi deliller) sır oluşturmaz.¹⁶²⁰ Hekimle hastası arasında muayene sırasında oluşan mahrem alan içinde pek çok sırlar barındırmaktadır. Sır kavramı nisbi bir kavramdır.¹⁶²¹ Güven ve insani bir sebep gerektirmediği hallerde hekimle hastası arasında sır yoktur.¹⁶²² Hasta şifa bulmasına yardımcı olabilmesi amacıyla, hekime çoğu kez kimseyle paylaşmadığı sırlarını vermekte, vücudu üzerinde kendisince önemli bir takım işaretlerin, izlerin yapı bozukluklarının hekimce paylaşılmasına rıza göstermekte, vücudu üzerinden alınan örnekler sonrasında kendisi ve ailesi açısından sır oluşturacak nitelikli analiz sonuçlarını hekimin öğrenmesine izin vermektedir.¹⁶²³ Bu ortamın sağlıklı yürüyebilmesi; hastanın, hekimin sırrı saklama konusunda özen göstereceğini, bu konuda hiçbir kurum ve kuralla zorlanamayacağını bilmesine bağlıdır.¹⁶²⁴

Bu amaçla, ceza muhakemesinde, “hekimin hastasıyla arasındaki sırrı saklaması, (sırrın masuniyetine saygı) anlayışı” getirilmiştir. Bu anlayış tıp tarihi kadar eskidir.¹⁶²⁵ EREM’in tanımlamasıyla “*Sıhhat Koruyucuları Grubunda*” bulunan eczacılar¹⁶²⁶, diş hekimleri ve ebeler de¹⁶²⁷ muayene ettikleri kişilerin

¹⁶¹⁸ “Mesleki sırdan faydalananlar hastalardır. Bu sır ailelerin rahatını ve sükununu teminat altına alır ve onlara itimat telkin eder.” C. SİMONİN :“Hekimlikte Meslek Sırrı ve Meslek Masuniyeti”, (Çeviren: Behçet KAMAY), *Adalet Dergisi*, Yıl 45, Mayıs-1954, Sayı 5, sh.571

¹⁶¹⁹ T. Tüfan YÜCE: “Ceza yargılama Hukukunda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme hakkı”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 6, Ocak- Nisan 1980, Sayı 1-2, sh.;52, SİMONİN; a.g.e. sh. 576

¹⁶²⁰ Faruk EREM: “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı” *AÜHF Dergisi*, Yıl 1, Sayı 1, Ankara-Maarif Matbaası, 1943, sh. 36

¹⁶²¹ SİMONİN; a.g.e. sh. 576

¹⁶²² “ Pratisyen hekim hasta itiraz etmez ise ve menfaati varsa hastanın eşine veya yakınlarına bilgi verebilir.” SİMONİN; a.g.e. sh. 576

¹⁶²³ “Aynı zamanda hekimin yardımcıları ve stajyerleri de bu sırlara şahit olmaktadır.” EREM: “Meslek Sırrı”, sh. 47

¹⁶²⁴ “Gizli bir hadiseyi ifşa etmektense, hekim vizite paralarını toplamadan veya mesleki şerefini müdafaaadan vazgeçmelidir(Dr. Watalet Meselesi CC. 18.12.1885 Fransız C. K. 57,58) SİMONİN; a.g.e. sh. 577

¹⁶²⁵ EREM: “Meslek Sırrı”, sh. 43 (“Sıhhat koruyucular grubunun” meslek sırrı anlayışının tarihsel gelişimi konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz. A.g.e. sh. 43)

¹⁶²⁶ “Tabiplerden başka sıhhat koruyucular meyanında eczacıları da saymak gerekir. Meslekleri icabı hangi ilaçların hangi hastalıklar için kullandıklarını bildiklerinden eşhas sırrına kolayca vakıf olabilirler. Her ne kadar hastalar eczacılara doğrudan-doğruya sır vermeseler de eczacıların bir çok sırrı öğreneceklerinden şüphe edilemez. Bilhassa kan ve diğer madde tahlillerinde tabiplerden daha evvel müşterinin hastalığını keşfettikleri vakadır”.(EREM;“Meslek Sırrı”, sh. 44)

sırlarını saklamakla yükümlüdürler. Bu anlayıştan hareket eden CMK. md. 46/(1)-b bendi; **“meslek ve uğraşları sebebiyle tanıklıktan çekinme yetkisi olanlar arasında hekimler, diş hekimleri, eczacılar ve ebeler ve bunların yardımcıları ile diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının¹⁶²⁸ bu sıfatları dolayısıyla hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler konusunda çekinme hakkı olduğunu”** hüküm altına almıştır.¹⁶²⁹

Sırrın meslek sırrı sayılabilmesi ve çekinme gerekçesi olabilmesi için; “hekim ve diğerlerince hastayla aralarındaki muayene ve örnek alma işlemi sırasında öğrenilmiş olması” gereklidir. Aralarında herhangi bir mesleki bağ ve muayene örnek alma işlemi olmadığı bir şahısla ilgili olarak, hekim veya sağlık mensubunun haricen öğrendikleri sırlar mesleki sır kavramı içerisinde değerlendirilemez.¹⁶³⁰

Belçika, Macaristan, İngiltere ve ABD.’ de bu tür bir çekinme sebebi kabul edilmemiş ve adliye huzuruna çağırılan herkesin tanıklık yapmak zorunda olduğu anlayışı benimsenmiş, Fransa, İtalya ve İsviçre ise bizdeki gibi sayılan kişilere ve diğer meslek gruplarına tanıklıktan çekinme hakkı tanımışlardır¹⁶³¹.

CMK md. 46/(2) ise “ilgilinin rızası olduğu takdirde bu kişilerin tanıklıktan çekinemeyeceklerini” söylemektedir.

Meslek sırrı nedeniyle çekinme, ancak tedavi nedeniyle yapılan muayenelere ilişkindir. Tedavi eden hekim ile mahkemenin tayin ettiği bilirkişi arasında fark vardır.¹⁶³² Hekimler ve ebeler bilirkişi olarak görev yaptıkları olaylarda tanıklıktan

¹⁶²⁷ “Ebeler durumu sırta, hatta en feci olanlarına vukuflarını temin edecek mahiyettedir. Kişinin gebeliğinin bilinmesi sosyal ilişkilerini bozabilir.” EREM; “Meslek Sırrı”, sh. 44

¹⁶²⁸ SİMONİN a.g.e. sh. 575

¹⁶²⁹ Mülga 1412 S. CMUK. Md. 48 sadece hekimler ve ebeler için çekinme öngörmekteydi. CMK. ile diş hekimleri ve eczacılar ile tüm yardımcıları ve tıp mesleği mensupları dahil edilerek çekinmenin kapsamı genişletilmiştir. (YN)

¹⁶³⁰ “Burada illiyet bağı araştırılmalıdır.” EREM; “Meslek Sırrı”, sh. 37

¹⁶³¹ EREM; “Meslek Sırrı”, sh. 60

¹⁶³² “Bilirkişi hekim adliyenin temsilcisidir. Şahsı tedavi için değil, yalnız mevcut bir dunumu saptamak amacıyla olaya müdahale eder. Kendisine tevdi olunan görevin sınırları içinde olmak şartıyla ilgililerin aleyhinde olan konuları bie açıklayabilir.” SİMONİN; a.g.e. sh. 575, “Fransız Ceza Kanunu 378 . maddesi ne için meslek sırrının ifşasını men etmiştir. Çünkü serbestçe seçilen bir kimseye tevdi edilmiş bir sır söz konusudur. Halbuki muayeneyi yapanlar bakımından serbest seçim mevzu bahis değildir. Sır verilmiş (tevdi edilmiş değil) keşfedilmiştir. Meslek sırrı kaidesi suçlunun ilmi muayenesine mani olmaz ve olmamalıdır.” KUNTER: “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 99, “Mahkemece bir işi aydınlatıp bilgi vermekle görevlendirilen hekimin incelediği konuda ne susma yükümlülüğü, ne de tanıklıktan çekinme hakkı vardır.” YÜCE; a.g.e. sh. 54

kaçınmazlar.¹⁶³³ Meslek sırrı sırdaş vaziyetinde olan kimselere aittir. Bilirkişi gerçeğin ortaya çıkarılması için atanmıştır.¹⁶³⁴

Bir şahsı muayene eden hekim veya diğerleri, aynı şahısla ilgili bilirkişi olarak çağırılırsa çağrıya uyararak gitmek zorundadır.¹⁶³⁵ Ancak bu kişiyle arasında hasta hekim ilişkisi sırasında kendisine verilen sırlarla ilgili olarak, sır saklama mecburiyeti vardır.¹⁶³⁶ Hekimin çekinmesinin ona verilen yetki mi? yoksa zorunluluk mu? olduğu konusunda öğretilerde farklı düşünceler vardır. Bir anlayışa göre; “yasada “çekinilebilir” denildiği için hekimin meslek sırrına dayanarak çekinmesi ihtiyaridir.” KUNTER, meslek sırrı nedeniyle beyan mecburiyetine getirilen istisnaları, “çekinme yetkisi” ve “çekinme mecburiyeti” olarak iki grupta toplamakta ve kanunda “çekinilebilir” denmesinin “*ihiyârî*” değil “*iktidârî*” ifade ettiğini ve hekimler ve ebelerin bu sıfatları ve sanatları dolayısıyla öğrendikleri sırları sır sahibi rıza göstermedikçe açıklayamayacaklarını iddia etmektedir.¹⁶³⁷ Alman hukukunda da ağırlıklı olan diğer görüşe göre ise; “tanıklık edip etmemek sır taşıyıcının görev anlayışına ve meslek ahlakına kalmaktadır.”¹⁶³⁸

Hastanın kendisine ilişkin sırrı açıklamasıyla ilgili rızası, hekimin çekinme yetkisini kaldırmaktadır. Öğretilerde, bazı sırların hastanın rızasına karşın saklanması gerektiği konusunda görüşler vardır. Ancak CMK, müdafiler dışındaki kişilerin sırrın verilmesine izin halinde çekinme yetkisinin kalkacağı belirtmektedir.(CMK. md. 46/(2)) Bu hallerde hekim sır saklama gerekçesine dayanarak bilirkişilikten ve tanıklıktan çekinemez.

(c) HEKİMİN İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ;

Hekimin, tedavi nedeniyle muayene veya tıbbi müdahale işlemleri sırasında sırasında, öğrenmiş olduğu suçları veya suç delillerini ihbar etme zorunluluğu vardır. Bu zorunluluk 5237 S. TCK.’nun 279. maddesinde genel olarak, 280. maddesinde ise

¹⁶³³ EREM; “Meslek Sırrı”, sh. 62

¹⁶³⁴ “Özel bilirkişiler, müfettiş hekimler, sigorta şirketleri hekimleri, asker hekimleri, bir idareye bağlı hekimler vb. aynı hükümlere tabidirler.” SİMONİN; a.g.e. sh. 576

¹⁶³⁵ EREM; “Meslek Sırrı”, sh. 62

¹⁶³⁶ 5271 S. CMK. da meslek sırrı kavramının çok genişletilmiş olduğu iddia edilmektedir. ; ÜNVER; “Delillerin Değerlendirilmesi”, sh. 2889

¹⁶³⁷ KUNTER; “Suçluların Muayenesi Semineri”, sh. 501-502, no. 346

¹⁶³⁸ YÜCE; a.g.e. sh. 53-54

“Sağlık Mesleği Mensubu” niteliğiyle düzenlenmiş hükümlerden doğmaktadır. TCK. md. 280/(1); “Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği 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.” demekte, (2) fıkrası ise “Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılacağını belirtmektedir. Bu düzenleme hekimlerin sır saklama yükümlülükleriyle çelişen bir düzenlemedir.¹⁶³⁹ 765 S. TCK. nun 530. maddesinde getirilen bu konuya ilişkin istisnai düzenleme yeni hükümde bulunmamaktadır. Ayrıca bu hükümle hekime görevli olduğu sırada **muttali** olduğu tüm suçlar hakkında ihbar yükümlülüğü getirmektedir. Bu düzenlemenin insan haklarına aykırı olduğu, hekimleri suçluları yakalamakla görevli kolluk durumuna düşüreceği, hastaların bu hükümler dolayısıyla sağlıklarını riske atacakları veya acil hallerde tedavi için hekimi tehdit ve cebirle kaçırabilecekleri iddia edilmekte,¹⁶⁴⁰ bu maddede yeniden yapılacak bir değişiklik; ihbar yükümlülüğünün, “hastayı soruşturma veya kovuşturmaya uğratacak hallerde” olmaması, istisnai ve re’sen takibi gereken bazı suçlarda kabul edilmesive sadece kamu görevlisi hekimler için geçerli olmasının düzenleme altına alınması önerilmektedir.¹⁶⁴¹

Bu eleştirilerde doğruluk payı bulunmaktadır. Hekime tüm suçlar için ihbar yükümlülüğü getirmek doğru olmamıştır. İhbar yükümlülüğüne ilişkin yasal düzenlemenin; insan hak ve hürriyetleri, tıp etiği ve meslek sırrı kavramlarıyla uyumlu ve bağlantılı şekilde ve istisnai suçlar için getirilmesi bizce de doğru olacaktır.

(3) ÜCRET

Bilirkişinin kaybettiği vakit, çalışmasıyla orantılı ücretler ve seyahat ve tetkik masraflarının ödenmesi gereklidir¹⁶⁴² (CMK md. 72). Görevi gereği bilirkişilikle

¹⁶³⁹ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, 2886

¹⁶⁴⁰ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirmesi”, sh. 2887

¹⁶⁴¹ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirmesi”, sh. 2886–2889

¹⁶⁴² “Bilirkişiye tayin edilen seyahat ve konaklama giderleri tayinde paranın satın alma gücü gözetenmelidir.” (YCGK, 22.11.1982,E. 82/391, K. 82/440, ;YAŞAR; a.g.e., sh. 390

İlgili çalışan hekimlerin mesai saatleri içinde ücret talep etme hakkı yoktur.¹⁶⁴³ Mesai saati dışında ve tatil günlerinde bilirkişilik hizmeti veren resmi bilirkişi hekimlerin ücret talep hakları vardır. Bağlı oldukları kurumda resmi nöbetçi olarak görevli oldukları sırada, vücut muayenesi ve örnek alma işlemi yapmış olan hekimlerin ek ücret isteme hakkı kabul edilmemiştir. Ancak, bu hekimlerin bağlı oldukları kurumdan çıkmalarını gerektirecek şekilde, bir yere götürülerek muayene ve örnek alma konularında yardımlarının talep edilmesi halinde, kendilerine emeklerine ve mesailerine karşılık ücret verilmesi gereklidir. Hekimin ücreti, paranın o günkü değerine göre fahiş olmamak kaydıyla, görevlendiren makamca belirlenecektir.¹⁶⁴⁴

38 Sayılı Tababeti Adliye Kanunu 2. maddesinde; “adli olaylarda (cürmü meşhutta) hekimin ilk yardım için sarf ve istihlak ettikleri malzeme bedeli, harcırah ve sair harcamaların ileride haksız çıkan taraftan alınmak üzere Hükümetçe ödenir.” demektedir. Aynı yasanın 4. maddesi gereği, resmi hekimin bulunmadığı hallerde görevlendirilecek özel hekimlere harcırahlarının yanısıra mahkemece ek bir ücret verilmesi gerektiği de düzenlenmiştir.

Bilirkişi hekimin ücreti yargılama giderleri içinde yer alıp yargılama sonrasında mahkûm olan taraftan alınır.¹⁶⁴⁵ Yargıtay’a göre; Bilirkişi ücreti nedeniyle sanık aleyhine temyiz mümkün değildir.¹⁶⁴⁶

6. VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA RESMİ BİLİRKİŞİLER;

Vücut muayenesi ve örnek alma ve diğer bilirkişilik işlemleri için, resmi bilirkişi varken başkası atanamaz.¹⁶⁴⁷ Hakim resmi bilirkişiden başkasını seçemez. Bilirkişinin mazereti olan hallerde keşif ve muayene işlemleri özel hekimlerce yapılabilir. Bu nedenle resmi hekimlerin göreve zorlanmaması gerekir.¹⁶⁴⁸

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemleri için tüzel kişi resmi bilirkişiler ve özel kişi resmi bilirkişiler görevlendirilebilir.

¹⁶⁴³ “Bilirkişinin mütalaasını bildirmesi resmi görevi ise kendisine ücret verilmez. (SCHWARZ 84, n. 45/B)” KANTAR: a.g.e., sh. 125

¹⁶⁴⁴ Y. 4. CD. , 23.05.1975 tarih, E. 75/2982, K. 2996 (KÖROĞLU; a.g.e., sh. 62)

¹⁶⁴⁵ ÇOLAK-TAŞKIN; a.g.e. sh. 232

¹⁶⁴⁶ YCGK, 29.11.1998, E. 98/11-330, K. 98/397 (YAŞAR; a.g.e., sh. 390)

¹⁶⁴⁷ ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi” sh. 217

¹⁶⁴⁸ AKDAĞ; a.g.e., sh. 148

a. ÖZEL KİŞİ RESMİ BİLİRKİŞİLER

(1) ADLİ TIP UZMANLARI

Ceza Muhakemesi Hukukunda, vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerin asıl bilirkişisi “*adli tıp uzmanı hekimler*”¹⁶⁴⁹ dir. Adli tıp uzmanı hekimler bu amaçla lisans eğitimi sonrasında Adli Tıp konusunda uzmanlık eğitimi almış ve tıbbın bu dalında faaliyet gösteren hekimlerdir. Eğitimlerinin bir kısmı vücut üzerinde delil aramak ve adli muayenenin ayrıntılı ve usulüne uygun yapılmasına yönelik olduğu kadar, aynı zamanda ceza muhakemesi ve tahkikatın seyri konularında bilgilendirilmiş , uzmanlıklarını bu yöne yoğunlaştırmışlardır. Bu uzmanlık alanının, diğer alanlardan ekonomik getirisinin daha az oluşu, doğrudan insan hayatı ve hukukuyla ilgili olduğundan, sorumluluğunun fazla olması gibi nedenlerle fazla talep olmadığından, mevcut uzman sayısı ülke ihtiyacının neredeyse % 5 veya 10’unu karşılar niteliktedir. 2005 yılı rakamlarıyla Adli tıp uzmanlarının Türkiye’deki toplam sayısı yaklaşık 300 civarındadır. Bunların 150 tanesi ATK bünyesinde çalışmakta, diğer 150 uzman ise üniversiteler ve diğer kurumlarda bulunmaktadır. Bu kişilerin 100’ ü ise halen İstanbul’dadır.¹⁶⁵⁰ Adli tıp uzmanlarının sayısının azlığı nedeniyle, adli muayeneler ve örnek alma işlemleri, genellikle işin uzmanı olmayan hekimlerce yapılmakta, bu da çoğu kez önemli ölçüde delillerin kaybına neden olmaktadır.

38 Sayılı “Tababeti Adliye Kanunu” adli görev alacak hekimlerin ilk işlemleri yapacak kadar tıbbi alet ve edevatı hazır bulundurmaya mecbur olduklarını (md. 1), yargılama makamlarının, resmi hekimin bulunmadığı yahut bulunup da mazereti nedeniyle gelemediği hallerde, serbest hekimleri de bu kanun gereğince görevlendirilmeye yetkili olduklarını (md. 4), bu hekimlere de harcırahlarından ayrı olarak mahkemece takdir edilecek bir ücret verileceğini düzenlemektedir.

¹⁶⁴⁹ Lütfü MUSLUOĞLU: “Resmi Bilirkişi ve Adli Tıp”, **Adalet Dergisi**, Yıl 46, Temmuz 1955, Sayı 7, sh.759

¹⁶⁵⁰ YAVUZ; “Cinsel Saldırıları Ve Muayenesi- Seminer”, sh. 95

(2) SAĞLIK OCAĞI TABİPLERİ

224 Sayılı “Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun”¹⁶⁵¹; takriben 5000 - 10000 kişinin köyler grubu veya bir kasaba veya şehir ve büyük kasabalarda (il içinde idari taksimata uyması gerekmeden) mahalle gruplarında sağlık ocakları kurulmasını, burada yeterince hekim ve yardımcı sağlık personelinin görevlendirilerek sağlık hizmetlerini bu ekiplerce yürütülmesini, her ilçede enaz bir sağlık ocağı kurulmasını (md. 11) düzenlemektedir. Bu yasanın 10. maddesinin ikinci fıkrasına göre; “ocak hekimleri yalnız kendi ocakları içinde adli tabiplik hizmetlerini yürütmekle görevlendirilmişlerdir.”¹⁶⁵² Aynı kanuna ait “Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirildiği Bölgelerde Hizmetin Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik”¹⁶⁵³ md. 5/h-(1)/(c)’de; “.....Hekim kendi bölgesinde adli tabiplik görevi yapar” demektedir. Aynı şekilde 657 Sayılı “Devlet Memurları kanunu” 88. maddesi “Adli tabiplik görevi sağlık ocağı tabiplerine verilebilir” demektedir.¹⁶⁵⁴

(3) HÜKÜMET TABİPLERİ

Aynı şekilde “Sıhhat Ve İçtimai Muavenet Vekaleti Teşkilat Ve Memurin Kanunu”¹⁶⁵⁵ 31. maddesi; “Her vilayet merkezinde ve kazalarda ve gerektiğinde tam teşekküllü nahiyelerde lüzumuna göre bir veya daha fazla “Hükümet Tabibi” bulunacağını, adli tabip bulunmayan yerlerde “*munzam vazife olarak*” bunlara ait işleri de hükümet tabiplerinin yapacaklarını” düzenlemektedir. Bu hüküm karşısında, sağlık ocağı hekimleri gibi hükümet tabipleri de resmi olarak adli tabip, bir diğer anlatımla ceza muhakemesinin resmi bilirkişileridir.

¹⁶⁵¹ Kanun No:224, Kabul Tarihi: 05.01.1961, Yayımlandığı RG : 12/01/1961 tarih, 10705 sayı, Yayımlandığı Düstur ; Tertip 4, Cilt 1, sh. 1486

¹⁶⁵² Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü “Avrupa İşkenceyi Önleme Komisyonu Tavsiyesi” doğrultusunda çıkardığı 20.05.1997 tarih /B.030.CİG.0.00.0-33/11-60 Ankara sayılı genelgesi duyurulan Sağlık Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğünün 14.03.1997 tarih ve 2705 sayılı genelgesinde; diğer konuların yanısıra “*ATK ve adli tıp uzmanlarınca tüm ülkede 24 saat esasına dayalı olarak adli muayenelerin yapılamadığı, bu işlemlerin genellikle 224 SY. Hükümleri içerisinde yürütüldüğü, bu nedenle, mesai saatleri içinde tüm adli hizmetin Sağlık Ocaklarınınca yürütülerek desteklenmesi, mesai saatleri dışındaki otopsi işlemleri için sağlık ocakları tabibinin, adli rapor hizmetinin ise Devlet Hastanesi Başhekimliğinin belirleyeceği birimlerce yürütülmesi gerektiği*” bildirilmiştir. (Genelge metni için Bkz. KÖROĞLU; a.g.e. sh.177-178)

¹⁶⁵³ Bakanlar Kurulu Kararının Tarihi: 17.8.1964, No: 6/3470 Dayandığı Kanunun Tarihi: 05.1.1961, No: 224, Yayımlandığı RG; 09.09.1964 tarih, 11802 Sayı, Yayımlandığı Düsturun Tertibi :5, Cilt 3,sh. 3130

¹⁶⁵⁴ Bu hüküm aynı yasanın 87. maddesindeki ikinci görev yasağının istisnasını oluşturmaktadır.

¹⁶⁵⁵ Kanun Numarası: 3017, Kabul Tarihi: 09/6/1936, Yayımlandığı RG; 23/06/1936 tarih ve 3337 Sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip III, Cilt 17, sh. 1217

(4) ASKERİ HEKİMLER

353 Sayılı “Askeri Mahkemeler Kuruluşu Ve Yargılama Usulü Kanunu”;¹⁶⁵⁶ “Askeri hekimlerin de askeri mahkemeler ve Askeri savcılıklarca yapılacak soruşturmalarda adli tıbbı ilişkin konularda mümkün olduğu kadar askeri tabiplerin bilirkişi olarak görevlendirileceğini” (353 SY. Md. 62/2) belirterek, bilirkişi mütalaaları yazı ile beyan olunacak ise, rapor bilirkişiler tarafından birlikte; eğer görüş ayrılığı varsa, her biri tarafından ayrı-ayrı düzenleneceğini, belli hususlarda oy ve mütalaalarını beyan ile görevlendirilmiş resmi bilirkişi mevcut ise, özel sebepler olmadıkça başkası tayin edilemeyeceğini (2. fıkra) hükmetmiştir. Bu hüküm karşısında askeri yargılama makamlarının görevi kapsamına giren tahkikat ve yargılamalarda vücut muayenesi ve örnek alma gereken durumlarda resmi bilirkişi aslen “askeri hekimlerdir” denilebilmektedir.¹⁶⁵⁷

(5) BELEDİYE HEKİMLERİ

1593 Sayılı “Umumi Hıfzıssıhha Kanunu”¹⁶⁵⁸ 22. maddesinde; “*Belediyeler ve vilayetler hususi idarelerince sıhhi ve içtimai hizmetlerden hangilerinin ifası mecburi ve hangilerinin ihtiyari olduğu hususi kanunlarına tevfikan tayin ve bu hizmetlerde istihdam edilecek tabip ve memurların kadroları İcra Vekilleri Heyetince musaddak bir talimatname ile tespit olunur. Hükümet tabipleri olmayan yerlerde belediye tabipleri nizamnamesine tevfikan hükümet tabiplerinin ifasıyla muvazaf oldukları vazifelerle mükelleftirler.*” demekle hükümet tabibi ve adli tabip bulunmayan yerlerde resmi bilirkişi olarak belediye tabiplerinin de görevlendirilebileceğini belirtmektedir.

b. TÜZEL KİŞİ RESMİ BİLİRKİŞİLER;

Kural olarak tüzel kişiler bilirkişi olamaz. Ancak bazı kuruluşlar resmi bilirkişi kabul edilmelidir. Adli Tıp Kurumu (ATK) ve Yüksek Sağlık Şurası (YSS)

¹⁶⁵⁶ Kanun Numarası: 353, Kabul Tarihi: 25/10/1963, Yayımlandığı RG: 26/10/1963 TARİH,11541 (Mükerrer) Sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip 5, Cilt 2, sh. 2123

¹⁶⁵⁷ *Askeri Mahkemelerde askeri hekimlerin bilirkişilik yapacaklarına dair olan hüküm Adli Tıp Müessesine başvurma imkanını kaldırır.*(Askeri Yargıtay 2. Daire, 04.09.1969 tarih, E. 69/439, K. 69/441 YURTCAN; “CMK. Şerhi”, sh.469)

¹⁶⁵⁸ Kanun Numarası:1593, Kabul Tarihi: 24/4/1930, Yayımlandığı RG:6/5/1930 tarih, 1489 Sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip 3, Cilt 11, sh.:143

bunlardandır.¹⁶⁵⁹ Bu kurumlar belli hususlarda düşüncelerini bildirmekle resmen görevlendirilmişlerdir.

(1) ADLİ TIP KURUMU (ATK)

Adli Tıp Kurumu (ATK) “Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adlî tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda diğer adlî bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamakla görevli olarak (2659 SY. Md. 1)¹⁶⁶⁰ 2659 Sayılı¹⁶⁶¹ “Adlî Tıp Kurumu Kanunu”¹⁶⁶² ile Adalet Bakanlığı bünyesinde kurulmuş resmi bir bilirkişilik kurumudur.^{1663,1664} Başkanlık, Başkanlar Kurulu, Genel Kurul, İhtisas Kurulları, İhtisas Daireleri, Grup Başkanlıkları ve Şube Müdürlüklerinden (2659 SY. md. 3 (Değişik: 19/2/2003–4810/3 md.) oluşur.

ATK, mahkemeler ile hakimler ve savcılar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdür. Her türlü

¹⁶⁵⁹ KANTAR: a.g.e. sh. 89, Avrupa Birliği içinde adli tıp uygulamaları için Bkz.; Kimho HIMBERG; “Adli Bilimler Alanında Avrupa Birliği Kriterleri”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 30.09.2005 günlü Konferans “**12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh.85-88

¹⁶⁶⁰ 2659 SY. Madde 2 – (Değişik: 19/2/2003-4810/2 md.) Adlî Tıp Kurumunun görevleri şunlardır:

- a) Mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adlî tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,
- b) Adlî tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini Tıpta Uzmanlık Tüzüğü çerçevesinde vermek,
- c) Adlî tıp ve adlî bilimler alanlarında çalışmalarını yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adlî tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,
- d) Adlî tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermek.

¹⁶⁶¹ 2659 SY. yürürlüğe girmeden önce Adli Tıp Kurumu, 08.07.1953 tarihli 6119 Sayılı Adli Tıp Müessesesi Kanunu ile kurulmuş ve işlemlerini yürütmekteydi. Bu yasa ile ilgili düzenlemeler konusunda ayrıntılı bilgi için Bkz.; Muhtar ÇAĞLAYAN: “**Ceza Muhakemeleri Kanunu- Cilt I**”, Ankara- Güzel Sanatlar Matbaası, 1966, sh. 399 vd.

¹⁶⁶² Kanun Numarası; 2659, Kabul Tarihi: 14/4/1982, Yayımlandığı RG: 20/4/1982 tarih, 17670 sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip 5, Cilt 21, Sh 301

¹⁶⁶³ 1953 yılında 6119 Sayılı “**Adli Müessese Kanunu**”, 1982 yılında 2659 Sayılı, 2003 yılında 4810 Sayılı “**Adli Tıp Kanunu**” ile bugünkü hukuki yapısına kavuşmuştur.

¹⁶⁶⁴ Y 1. CD , 30.10.1992 tarih, E. 92/2310, K. 92/2539 (YAŞAR; a.g.e. sh. 384)

delille karşı-karşıya olan hakime muhtevanın tayininde yardımcı olmak ve onu inandırmak tatmin etmek durumundadır.¹⁶⁶⁵

Adlî Tıp Başkanlar Kurulu, ATK Başkanının başkanlığında, başkan yardımcıları, adlî tıp ihtisas kurulları başkanları ve Kurum merkezinde bulunan adlî tıp ihtisas daireleri başkanlarından (2659 SY. Madde 5 – (Değişik: 19/2/2003-4810/5 md.),¹⁶⁶⁶ Adli Tıp Genel Kurulu, ATK Başkanı başkanlığında, adlî tıp ihtisas kurulları başkan ve üyelerinden, (2659 SY. Md.6 (Değişik: 19/2/2003-4810/6 md.)¹⁶⁶⁷ oluşur.¹⁶⁶⁸

ATK’ da altı ihtisas kurulu bulunur. İhtisas kurulları, bir başkan ve adlî tıp uzmanı iki üye ile;

- * Birinci Adlî Tıp İhtisas Kurulu birer; tıbbî patoloji, iç hastalıkları, kardiyoloji, genel cerrahi, beyin ve sinir cerrahisi, anesteziyoloji ve reanimasyon, kadın hastalıkları ve doğum, çocuk sağlığı ve hastalıkları,
- * İkinci Adlî Tıp İhtisas Kurulu birer; radyoloji, göz, kulak burun boğaz hastalıkları, genel cerrahi, göğüs cerrahi, kalp ve damar cerrahi, plastik, rekonstrüktif ve estetik cerrahi, nöroloji, ortopedi ve travmatoloji,
- * Üçüncü Adlî Tıp İhtisas Kurulu birer; ortopedi ve travmatoloji, genel cerrahi, nöroloji, iç hastalıkları, çocuk sağlığı ve hastalıkları, göğüs hastalıkları, enfeksiyon hastalıkları,
- * Dördüncü adlî tıp ihtisas kurulu; ruh sağlığı ve hastalıkları için iki, çocuk psikiyatrisi için bir, nöroloji için bir,
- * Beşinci adlî tıp ihtisas kurulu birer; tıbbî mikrobiyoloji, tıbbî farmakoloji, tıbbî biyokimya, analitik kimya, allerji hastalıkları, immünoloji, tıbbi genetik, enfeksiyon hastalıkları, halk sağlığı,
- * Altıncı Adlî Tıp İhtisas Kurulu birer; kadın hastalıkları ve doğum, radyoloji, üroloji, ruh sağlığı ve hastalıkları, çocuk psikiyatrisi, adlî antropoloji, çocuk cerrahisi,

¹⁶⁶⁵ MUSLUOĞLU: a.g.e., sh.766-771

¹⁶⁶⁶ Ancak başkan yardımcıları ve adlî tıp ihtisas daireleri başkanları oylamaya katılamaz.(Fıkra 2)

¹⁶⁶⁷ Genel Kurulda görüşülen konu, daha önce Kurum merkezinde veya taşradaki adli Tıp ihtisas dairelerinde karara bağlanmış ise, Adli Tıp Genel Kuruluna Kurum merkezindeki ilgili ihtisas dairesi başkanı, yokluğunda vekili iştirak eder ve oylamaya katılır.(Fıkra 2)

¹⁶⁶⁸ 2659 SY.md. 26– (Değişik birinci fıkra: 19/2/2003-4810/22 md.) Adlî Tıp Kurumu Başkanı, başkan yardımcıları, adlî tıp ihtisas kurulları başkan ve üyeleri, Adalet Bakanının inhası üzerine uzman elemanlar veya üniversitelerin ilgili fakülte öğretim üyeleri veya yardımcıları arasından müşterek kararnameyle atanırlar.

uzmanlarından oluşmaktadır. (2659 sy. Md. 7)

Adli Tıp İhtisas Daireleri ise; Morg, Gözlem, Kimya, Biyoloji¹⁶⁶⁹, Fizik, Trafik, daireleri başkanlıkları ile bu başkanlıkların şubelerinden oluşur.

ATK' nın Adalet Bakanlığınca belirlenen yerlerde, ATK grup başkanlıkları¹⁶⁷⁰ bulunmaktadır. Halen Kartal, Ankara, Adana Antalya, Bursa, Diyarbakır, Edirne, İzmir, İzmit, Malatya, Samsun, Trabzon, Denizli ve Kayseri'de 14 grup başkanlığı olup¹⁶⁷¹, ayrıca 55 bölgede ATK Şube müdürlükleri¹⁶⁷² vardır. ATK grup başkanlıkları ve şubelerinin sayılarının artırılması yoluna gidilmekte ve sürekli grup başkanlıkları ve şubeler kurulmaktadır.

ATK Genel Kurulu; ihtisas kurulları ve daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmadığı, sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri, ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, ihtisas kurulları ile adli tıp ihtisas dairelerinin ve adli tıp şube müdürlüklerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, ihtisas kurulları ile ATK dışındaki sağlık

¹⁶⁶⁹ Biyoloji İhtisas Dairesi hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz.: "Adli Biyoloji", Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Sunumu, Mart-2005 Yayınlanmamıştır,

¹⁶⁷⁰ Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı, adli tıp uzmanı bir Başkan ile buna bağlı bürodan oluşur.

¹⁶⁷¹ Ramazan; AKÇAN vd.:"Türkiye'de Adli Bilimler Hizmeti Veren Birimlerin Yapılanması", 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005-02.11.2005 Antalya) 29.09.2005 tarihli Poster Sunumu ("Adalet Bakanlığı ATK, 12. Adli Tıp Günleri- Paneller ve Poster Sunuları, Antalya 28 Eylül-2. Ekim.2005, Adli Tıp Kurumu Yayınları-15, sh.;196

¹⁶⁷² Adli Tıp Kurumu şube müdürlükleri, Adalet Bakanlığınca ağır ceza mahkemesi bulunan yerlerde kurulur. Ancak, ağır ceza mahkemesi bulunmayan ilçelerde de coğrafi durum ve iş yoğunluğu da göz önünde tutularak, adli tıp şube müdürlükleri kurulabilir. Adli Tıp Kurumu şube müdürlükleri, iş hacmine göre bir veya birden fazla adli tıp uzmanı ve diğer personelden oluşur.(2659 SY. Md. 10 (Değişik: 19/2/2003-4810/10 md.)) Adli Tıp Kurumu şube müdürlüğünde görevli personel, Adalet Bakanlığınca görev sınırları belirlenen yerlerde bulunan mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından adli tıpla ilgili olmak üzere gerekli görülecek otopsi, muayene ve keşifleri, gerekirse olay yerine de gitmek suretiyle yaparak bu hususta rapor vermek ve yapılan davet üzerine sözlü görüşlerini bildirmekle yükümlüdür. Adli Tıp Kurumu şube müdürlüğü bulunmayan yerlerde bu görevler adli tabip ve diğer personel tarafından yerine getirilir.

kuruluşlarının verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri¹⁶⁷³ konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceleyip kesin karara bağlamakla görevlidir.¹⁶⁷⁴

ATK İhtisas kurulları ise; Fizik ve Trafik İhtisas Dairelerinin tüpla ilgili olmayan raporları hariç olmak üzere, adlî tıp ihtisas dairelerince, adlî tabip veya adlî tıp uzmanlarınca verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayan ve aralarında çelişki¹⁶⁷⁵ olduğu belirlenen raporları inceleyip, bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle görevlidir.¹⁶⁷⁶ Ayrıca 2659 SY. ile her ihtisas kurulunun görevi 15–22 maddelerle ayrıntılı olarak belirlenmiştir.¹⁶⁷⁷

ATK İhtisas kurulları veya daireleri tarafından verilip de kanaat verici bulunmayan işlerin ATK Genel Kurulunca incelenmesi istenebilir.¹⁶⁷⁸ Genel kurula yazılacak yazılarda önceki raporlarda neden kanaat getirilmediğinin gerekçe ve sebeplerinin açıklanması gerekir.¹⁶⁷⁹

ATK Genel Kurul ve İhtisas Kurullarının, gerek gördükleri takdirde, kararlarını vermeden önce, inceledikleri konu ile ilgili olarak mahallinden belge örnek veya asıllarını isteyebilme,¹⁶⁸⁰ ilgili kişileri gerektiğinde muayene ve bunları usulüne göre

¹⁶⁷³ Y. 1 CD 26.4.1977 tarih E. 77/1558, K.77/1500 AKDAĞ: a.g.e., sh. 157

¹⁶⁷⁴ “Hastane ile Adli Tıp ihtisas Dairesi arasında görüş farkı olursa ATK genel kuruluna başvurulmalıdır.” (Y 5. CD 27.04.1983 tarih, E. 83/772, K. 83/1933)

¹⁶⁷⁵ “Mahallindeki raporlarda duraksama halinde bu rapor ATK’dan geçirilerek mağdurenin suç tarihindeki yaşının bilimsel olarak saptanması ve bu şekilde karar zorunludur.”(Y 5. CD 20.04.2000 tarih, E. 2000/6208, K. 2000/1347; Haydar EROL: “İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu”, Ankara-PYS Matbaacılık, Ocak-2002, sh. 256, Bilirkişi raporlarının bilim ve fenne uygunluğunun ATK tarafından yapıldığına dair...; Y1.CD 07.03.2000 tarih, E. 00/4742, K. 01/695 (EROL: a.ge., sh. 256-257

¹⁶⁷⁶ “İhtibarati adliyede son sözü söylemeye yetkili Adli Tıp işleri Meclisinin görüşü içeriğine nazaran, ölümü oluşturan dalak yırtulmasını hadiseden 5-6 gün evvel meydana gelen darp fiiline raptetmeye imkan olmayacağı taayyün eylemişken yazılı şekilde mahalli tabiplerinin mütalaasını tercih ederek karar verilmesi yolsuzdur.” (Y 4. CD. 24.4.1942 1046/1098; KANTAR: a.g.e.,sh. 124)

¹⁶⁷⁷ “Bu kanunda da Adli Tıp Kurumuna ayrıcalıklı görev ve onay yetkisi verilmesi üniversitelerde adli tıp alanında yapılan insan ve malzeme yatırımının az olmasına bu da sonuç olarak ülkemiz adli tıp uygulamalarının batı ülkelerinin gerisinde kalmasına sebep olmaktadır.” Nevzat ALKAN: “5275 Sayılı Ceza ve güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, sh. 235

¹⁶⁷⁸ Bu istek sonrası genel kurul inceleme yapılip görüş belirtmek durumundadır. KUNTER-YENİSEY -NUHOĞLU; “CMH. 14. Baskı”, sh.624, No; 42.8, dn.66

¹⁶⁷⁹ YCGK 23.10.1989 tarih, E. 89/4-229, K. 89/294 (YKD, Ocak 1990, sh. 104-106

¹⁶⁸⁰ “İlk raporda yaralanmaların neler olduğu açıklanmadığından, hastaya ait tüm müşahade evrakları ile varsa grafipleri getirilip ATK. Dan rapor alınmalıdır”(Y 2. CD 22.05.2001 tarih, E. 01/7523, K. 01/9290 EROL; a.g.e., sh. 249

dinleyebilme ve her türlü araştırmayı yapma veya yaptırabilme(2659 SY. Md. 23), ATK’ da bulunmayan tıp ve diğer uzmanlık dallarında, kurum dışından uzman bilirkişiler davet ederek görüş alabilme (2659 Y. Md. 24) yetkileri vardır. ATK Genel Kurulu kararları nihai olmakla birlikte, mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hakkı¹⁶⁸¹ ve YSS. kararları bunun istisnalarıdır.¹⁶⁸²

AB’ ye giriş sürecinde ATK.’ nın da AB standartlarına uygunluğuyla ilgili çeşitli çalışmalar yapılmakta ve bu amaçla zaman-zaman AB görevlilerince incelemeler yapıp, gözlem raporları düzenlenmektedir.¹⁶⁸³

(2) YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI (YSS)

Yüksek Sağlık Şurası (YSS) 1212 SY.’nin 75 ve 1593 S. Umumi Hıfzısıhha Kanununun 10. maddelerinden alınan yetkiyle, hekimlerin mesleklerini icra sırasında tedavi nedeniyle kusur oranlarının¹⁶⁸⁴ belirlenmesi amacıyla, TC. Sağlık Bakanlığı bünyesinde kurulmuş bir kurul olup, sadece bu konularda sınırlı yetkili resmi adli bilirkişilik kurumu niteliğindedir.¹⁶⁸⁵

YSS hekimlikte tanınmış, saygın 9 bilim adamından oluşmaktadır(1593 SY.11). Sağlık Bakanlığı Müsteşarı, danışma ve inceleme kurul başkanları ile Sağlık İşleri ve Sosyal Yardım İşleri Genel Müdürleri de kurulun doğal üyeleridir (1593 SY. 14/2).

¹⁶⁸¹ “Adli Tıp Meclisinden verilen kararların yargıyı bağlayacağı zannedilmemelidir. Meclisin kararı sadece yargıcın kanaatinin oluşmasına yardım edebilir yoksa yargıcı bağlamaz. YCGK da bu fikirdedir.(YCGK 942 18/22)” KANTAR:, a.g.e. sh.122

¹⁶⁸² *Hakim hangi husus hakkında görüş istemiş ise, onun açıklanması dışında kanaat verici nitelikte olmadığı yolunda ayrıntılı gerekçe göstermek zorunda değildir. Yargı bağımsızlığı ile ilgili olarak AY. nun 138. maddesinin hükümleri de nazara alındığında mahkemeler, hakimlikler ve savcılıkların Genel kurula gitme isteğini hiçbir kurum engelleyemez.ve Adli Tıp Kurumunun içtihat adı altında aldığı kararın hiçbir dayanağı ve bağlayıcılığı yoktur.”(Y. 1. CD. 25.09.1985 tarih, E. 85/2692, K. 85/3273; KÖROĞLU; a.g.e. sh. 210)*

¹⁶⁸³ 02.05.2005 Sabah Gazetesi

¹⁶⁸⁴ “Hekimlerin kusur oranlarının belirlenmesi için YSS. den mütalaa alınması zorunludur.” (Y 2. CD, 24.04.1996 tarih, E. 96/4493, K. 96/ 4682 YKD, Ekim 1996, sh. 1647 vd.)

¹⁶⁸⁵ 1593 SY. md.10;” Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tevdi edilecek yüksek sıhhi ve içtimai meseleler hakkında rey ve mütalaasını beyan ve sıhhi ve içtimai hizmet ve muavenetlere ait kanun, nizamname ve talimatnameleri birinci derecede tetkik eylemek ve tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtibar vazifeleriyle mükellef olmak üzere bir Yüksek Sıhhat Şurası teşkil olunmuştur.”

YSS çalışmalarını 1219 Sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz ve İcrasına Dair Kanun”, 1593 Sayılı Kanun ve 181 Sayılı Kanun hükümleri içerisinde yürütür. YSS dosya üzerinden karar verir. İlgililerin muayene ve dinlenmesi yapılmaz. Bu nedenle kurula giden dosyaların tam olarak oluşturulması zorunlu olup, aksi durumlarda işlemler aksamakta ve gecikmektedir.¹⁶⁸⁶

Hekimlerin tıbbi sorumluluğunun tespiti için YSS’ den mütalaa almak zorunludur.(1219 SY. Md. 75)¹⁶⁸⁷ Ancak bu zorunluluk mahkemenin başka bilirkişilere başvurma ve değerlendirme yapma hakkının ortadan kaldırılması demek değildir¹⁶⁸⁸. Adalet Bakanlığı bu konuyu çeşitli tamimlerinde belirtmektedir.¹⁶⁸⁹

YSS’ nin yetkisi sadece hekimlerin tedavi nedeniyle kusurlarının saptanması olup, bunun dışındaki adli olaylarda görüş bildirme yetkisi yoktur.¹⁶⁹⁰

(3) ÜNİVERSİTELER VE ADLİ TIP ENSTİTÜLERİ

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinde en önemli resmi bilirkişilik kurumları arasında Üniversitelerin “Adli Tıp Kursüleri” ve “Adli Tıp Enstitüleri” gelmektedir. Bu kuruluşların asıl amacı adli tıp uzmanı yetiştirmek olduğu kadar, adli tıp işlemlerinde bilirkişilik de yapmaktır. 2659 SY. md. 31; “*Yükseköğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir.*” demekte ve bu kuruluşlara resmi bilirkişilik sıfatı vermektedir.

¹⁶⁸⁶ HANCI- ÖZDEMİR: a.g.e.

¹⁶⁸⁷ “Doktorların doktorluk icrasından doğan suçlarda YSS. nin görüşü alınması zorunludur.(Y 4. CD. 28.11.1947 tarih, E. 47/11543, K. 47/14851), Y 4. CD, 06.11.1973 TARİH, 73/5007, 73/8579 (AKDAĞ: a.g.e.;sh. 144),

¹⁶⁸⁸ “1219 SY. nun 75. maddesine göre bu sanatların icrasından doğan suçlarda mahkeme bilirkişi tayininde serbest olmakla birlikte Yüksek Sağlık Şurasının düşüncesini de sormak zorundadır.” (AKDAĞ: a.g.e.;sh. 139) Ayrıca; “Y 1. CD 12.12.1967 tarihli bir kararında: “Tıbbi sorumluluğun tespiti amacıyla YSS na gidilmesinin zorunlu olduğunu, ancak bu zorunluluğun mahkemenin başka bilirkişilere başvurmak ve değerlendirme yapmak hakkını ortadan kaldırmayacağını belirtmiştir”(HANCI-ÖZDEMİR; a.g.e.)

¹⁶⁸⁹ Adalet Bakanlığı 25.01.1934 t. 9/16 sayılı Tamimi; “Tababet ve şuabatı sanatlarının tarzı icrasına dair olan 1219 sayılı kanun 75. madde mucibince bu sanatların icrasından mütevellit cürümlerde, mahkemelerin muvafık görecekları mütehassısın rey ve mütalaaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak kaydıyla, meclisi Ali Sıhının mütalaaasını almak iktiza eder.” (Sadık PERİNÇEK; Fehmi TÜZÜN: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Temyiz Mahkemesi İçtihatları”, Ankara, Yıldız Matbaası, 1954,sh. 73)

¹⁶⁹⁰ YSS 11.02.1960 tarih ve 2397 Sayılı Kararı (Necmettin BİLECEN: “Ceza Davalarında Usul ve Tatbikati”, Ankara-Olgaç Matbaası, 1982, sh. 85)

2547 SY. “Yüksek Öğretim Kanunu”¹⁶⁹¹ 38. maddesine (Değişik: 29/11/1983 - KHK - 243/46 md.) göre; “Öğretim elemanları; ilgili kurumlar ile kendisinin isteği, Üniversite Yönetim Kurulunun uygun görmesi ve rektörün onayı ile ihtiyaç duyulan konularda, özlük işlemleri kendi kurumlarınca yürütülmek kaydıyla, Adli Tıp Kurumunda geçici olarak görevlendirilebilirler. Aynı şekilde 2. fıkrayla Yüksek Öğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilmektedirler.

Üniversitelerin Adli Tıp Kürsüleri ve Adli Tıp Enstitülerine ve akademisyen ceza ve ceza hukukçularına uygulamada daha fazla öncelik ve ağırlık verilmesinin ve desteklenmesinin, bilimin ceza muhakemesinin hizmetine girmesini daha çok hızlandıracağını ve uzman yetiştirmede teşvik edici olacağını düşünmekteyiz. Bu aynı zamanda ATK ve bağlı kuruluşları ile diğer sayılan resmi bilirkişilik kişi ve kurumlarının da iş yükünü azaltacaktır. Bu amaçla üniversite ve enstitülerin adli muayeneleriyle ilgili maddi mağduriyetlerinin¹⁶⁹² giderilmesi maddi ve manevi anlamda desteklenmeleri gerekmektedir. Akademisyen anlayışıyla ve bilimle kolkola yürümeyen muhakeme faaliyetinin, kendini geliştirme şansı olmadığını kanaatindeyiz.

¹⁶⁹¹ Kanun Numarası; 2547, Kabul Tarihi:04.11.1981, Yayımlandığı RG: 06.11.1981 tarih, 17506 sayı, Yayımlandığı Düstur: Tertip 5, Cilt 21, sh. 3

¹⁶⁹² Gürçan ALTUN: “Adli Raporlar ve Üniversite Hastanelerinin Uğradığı Ekonomik Kayıplar”, 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005-02.11.2005 Antalya) Poster Sunumu, “**Adalet Bakanlığı ATK, 12. Adli Tıp Günleri- Paneller ve Poster Sunuları, Antalya 28 Eylül-2. Ekim.2005**” Adli Tıp Kurumu Yayınları-15, sh. 187 vd.

C. VÜCUT MUAYENESİ VE ÖRNEK ALMADA KARAR VE KARAR MAKAMLARI

Vücudun muayenesine veya vücuttan (vücuda müdahale de oluşturacak şekillerde) kan, kıl, tükürük, idrar gibi örneklerin alınmasına karar verme bir anlamda hekim ve yardımcılara bilirkişilik görevi verme kararı da niteliğindedir.

Bilirkişi görevlendirme konusunda asıl yetki her zaman hakimindir.¹⁶⁹³ Hakim re'sen veya tarafların talebi halinde uygun görürse hekim ve yardımcılarını bilirkişi olarak görevlendirebilir. Kovuşturma aşamasında istisnasız tüm yetki hakimde iken, soruşturma aşamasında (CMK. Md. 63/(1)) gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sulh ceza hakim ve Cumhuriyet Savcısının da delilin bozulması endişesi¹⁶⁹⁴ ve muayene başarısının tehlikede olduğu hallerde¹⁶⁹⁵ bilirkişi görevlendirebilmesi mümkündür (CMK. md. 63/(3)).¹⁶⁹⁶

5271 Sayılı CMK. muayene ve örnek almaya karar verme ve bu işlemlerle ilgili hekim ve yardımcılarını görevlendirme konusunda ayrıntılı düzenlemeler getirmiştir. CMK. nun 75/(1) ve 76/(1) madde ve fıkralarında şüpheli üzerinde iç, diğer kişiler üzerinde dış ve iç beden muayenesi yapılmasına ve bu kişilerin vücutlarında kan ve benzeri biyolojik örneklerle saç tükürük ve tırnak gibi örnekler alınmasına Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen “hakim” veya “mahkemece” karar verilebileceğini, eğer, “*gecikmesinde sakınca bulunan hal varsa Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilip bu kararın yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacağı, hakim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını vereceği, onaylanmayan kararların hükümsüz kalıp ve elde edilen deliller kullanılmayacağı*” hükmü getirilmiştir. Mağdurun rızasının bulunduğu hallerde hakim veya savcı kararı aranmayacaktır.(CMK. md. 76/(2))¹⁶⁹⁷ CMK. nun Başbakanlıkça TBMM.'ye sunulan ilk taslak metninde de, Cumhuriyet Savcısının gecikmesinde sakınca bulunan hallerde muayene ve örnek alma talimatı verebileceği düzenlenmiş ve bu kararların hakim onayına sunulması zorunluluğu

¹⁶⁹³ EREM; a.g.e. sh. 393

¹⁶⁹⁴ BENFER; a.g.e., sh.60, no.108

¹⁶⁹⁵ BENFER; a.g.e., sh.130, no.241

¹⁶⁹⁶ CMK. md. 63/(3): “Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bu yetkileri kullanabilir.”

¹⁶⁹⁷ CMK MADDE 76/(2); “*Mağdurun rızasının varlığı halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur.*”

getirilmemişti.¹⁶⁹⁸ Buna karşın, taslak metinde muayene ve örnek alma kararının verilmesi öncesinde, şüpheli veya sanığın, diğer kişilerin *avukatının dinlenmesi şartı* getirilmekteydi (taslak md. 79/1).¹⁶⁹⁹ 5353 SY. İle yapılan değişiklik sonrası son halini alan mevcut metinde, avukatın dinlenmesi şartı bulunmamaktadır. Bu isabetli bir değişiklik olmuştur.

Mağdurun rızasının bulunduğu hallerde, karara ihtiyaç olmama hükmünün yanısıra,¹⁷⁰⁰ CMK. ya göre şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi için de hakim veya Cumhuriyet Savcısının kararına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bir görüşe göre, dış muayeneden kasıt, üst aramasıdır. Doğal vücut boşlukları veya organların tıbbi müdahale ile ve tıbbi araçlar kullanarak incelenmesi ise iç muayenedir.¹⁷⁰¹ CMK. düzenlemesine göre şüpheli/sanığın dış muayenesini, kolluk da izin almaksızın yaptırabilmektedir. Mağdurun rızası olmadığı hallerde ve diğer kişilerin her türlü muayenelerinde ise hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca olan hallerde¹⁷⁰² Cumhuriyet savcısının izni (sonradan yirmidört saat içinde hakimce onaylanmak şartıyla) gereklidir.

Dış beden muayenesinin ne olduğu ve kimin karar vereceği CMK.’ da düzenlenmemesine karşın, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin” 5. maddesiyle bu boşluk doldurulmaya çalışılmıştır. Yönetmeliğin 5. maddesi; “ *Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile emrindeki kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir.*” demekte, dış muayeneyi 2. fıkra ile “*dış muayenenin ancak tabipçe yapılabileceği*”, 3. fıkra ile; “*dış muayene yapılabilmesinin ancak kişinin sağlığına açıkça zarar*

¹⁶⁹⁸ “ADALET BAKANLIĞINCA HAZIRLANAN CEZA MUHAKEMELERİ USULÜ KANUNU TASARISI VE GEREKÇESİ, 07.03.2003 tarih B.02.0.KKG.0.10/101-508 No” Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü (Yayımlanmamıştır), sh. 192 vd., Gerekçe; sh. 45 vd., Diğer Metinler için Bkz.; “**TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU**”, Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı, Ankara-2005

¹⁶⁹⁹ **Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı**; “Sempozyum, Ceza Hukuku Derneği Yayınları”, No; 1 Baskı 1, San Ofset, 2004, sh.28

¹⁷⁰⁰ “Yönetmelik hükmünden mağdurun dış muayenesi talebinde bulunulamayacağı gibi bir sonuç çıkarılmamalıdır. Zira, yasayla verilen bir hakkın yönetmelikle geri alınması mümkün değildir.” ÖZBEK; “CMK. İzmir Şerhi”, sh. 259

¹⁷⁰¹ ÖZBEK; “CMK İzmir Şerhi”, a.g.e., sh. 296

¹⁷⁰² “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 3. maddesinde, **Gecikmesinde Sakınca Bulunan Hal**; “Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun, iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali” olarak tanımlanmıştır.(YN)

verme tehlikesi bulunmaması şartlarına bağlı olduğu” belirtilerek, son fıkrada “girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerini dış muayene sayıp, bu incelemelerin ancak hekim veya onun gözetiminde sağlık mesleği mensubunca yapılabileceği” düzenlenmiştir. “Yönetmeliğin 5.maddesinin bu haliyle CMK.’nun vücut muayenesi ve örnek alma konusundaki ana formülünden uzaklaşma olduğu, yönetmelikte talep edilebilir dediği için halâ kimin muayeneye karar verebileceğinin belli olmadığı, eğer Cumhuriyet savcısı ve kolluk karar verecekse bunun yasaya aykırı olamayacağı ve ileride AİHM’ den cezai kararlara sebep olacağı, iç muayeneye ilişkin hükmün kıyasen uygulanması gerektiği, şayet kolluk karar verecekse bu kararın da Cumhuriyet Savcılığı kanalıyla gerçekleştirilmesi gerektiği” iddia edilmektedir.¹⁷⁰³

Alman Hukukunda da; *“muhakeme hukukunda önem taşıyan olguların tespiti amacıyla şüphelinin bedeni üzerinde bedenın muayene edilmesi emri verilebileceği, bu yetkinin hakime ait olduğu (StPO §162-163)¹⁷⁰⁴, gecikme dolayısıyla delil araştırmadan olumlu sonuç elde edememe tehlikesi ortaya çıkması hallerinde ise savcılığa ve savcılığın soruşturma memurlarına (GVG md. 152) ait olduğu” belirtilmektedir.(StPO §81a/(1))¹⁷⁰⁵ Ceza kararının gecikmesi tehlikesi bulunduğu durumlarda kesin karar hakimin olup, önsoruşturmada soruşturma hakimi (StPO §162-169, kovuşturma aşamasında ise dava hakimi, ana duruşmada ise mahkeme heyeti yetkilidir.¹⁷⁰⁶ Hakimin kararında tespiti istenen durumun belirtilmesi gereklidir.¹⁷⁰⁷ Hakim kararının infazı için sanığın mahkeme hazır edilmesi mümkündür.¹⁷⁰⁸*

Savcı ve kolluğun kararları sözlü olarak¹⁷⁰⁹ verilebilir. Bu karar –ancak gecikmesinde tehlike bulunan hallerde verilebildiğinden- derhal yerine getirilmelidir. Öğretide, hukuka aykırılık denetiminin sonradan yapılması gerektiği ileri

¹⁷⁰³ ÖZBEK; a.g.e. sh. 258

¹⁷⁰⁴ JOECKS; a.g.e., sh. 148, no.15–16

¹⁷⁰⁵ BENFER; a.g.e., sh.130, no.241, KÜHNE; a.g.e., sh. 217, no. 409.1, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 25 (Karlsruhe Justiz 04, 493, 494)

¹⁷⁰⁶ JOECKS; a.g.e., sh. 148, no.15, “Sanığın karardan önce sadece §33 III gereğince ifadesi alınır.”: GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 25

¹⁷⁰⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 27 (Hamm JMBINW 53, 117)

¹⁷⁰⁸ JOECKS; a.g.e., sh. 148, no.16 (36. mdd. Abs. 2, s.1. OLG Hanm NJW 1974, 713)

¹⁷⁰⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 26; (Neustadt MDR 62, 593) Bay 63, 15 NJW 63, 772)

sürülmektedir.¹⁷¹⁰ Hakim kararının yerine getirilmesi ise savcının görevi olup,¹⁷¹¹ hekimin davetine gelmeyen sanığın polis tarafından zorla getirilmesi emrini savcı verebilmektedir.¹⁷¹² Burada StGB § 51 I 1, c gereği zorla getirilip tutulduğu sürenin cezasından düşülmeyeceği, bu amaçla gözaltında bulunduğu sürelerin cezasından düşülebileceği kabul edilmiştir.¹⁷¹³

Alman Hukukunda ağır müdahalelere karar yetkisi sadece hakime verilmiş,¹⁷¹⁴ ağır müdahale kararlarının gerekçeli olması istenilmiştir.¹⁷¹⁵ Hekimin müdahalenin türü hakkında takdir yetkisinin¹⁷¹⁶ olmadığı, bu konuda bir öneri getirilmediyse, sadece teknik uygulamayı kendi takdirine göre yapabileceği kabul edilmektedir. Bu işlem sırasında, özel bir karar gerektirmeden ikinci bir kan örneği alabileceği¹⁷¹⁷ bunun sanığın rızasına bağlı olduğu, rızanın olmaması halinde müdahaleye izin verilemeyeceği belirtilmektedir.¹⁷¹⁸

Şüpheli dışındaki diğer kişiler için de aynı düzenleme getirilmiştir.¹⁷¹⁹ (StPO §81c/(5)) Şüpheli dışındaki kişilerin işlemi reddetmesi halinde StPO § 70. maddenin kıyasen uygulanacağı, ancak, doğrudan doğruya zor kullanmanın, sadece hakim bu konuda vereceği özel bir emirle mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu emrin verilebilmesi ise; “*ilgili kişinin kendisine uygulanan disiplin para cezasına (Ordnungsgeld- StPO § 203) rağmen ısrarlı şekilde işlemi reddetmesi şartına*”

¹⁷¹⁰ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 31 (BayVerfGH, NjW,69,229; Stuttgart NjW 72, 2146 Gensel NjW 69,1565; Strubel/ Sprenger NjW 72,1736)

¹⁷¹¹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 28 (Bay VerfGHE 21, 2, 178, NJW 269, 229, Hamm NJW 74, 713, Wendisch JR 78, 447)

¹⁷¹² GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 28 (Kleinknecht NJW 64, 2183 Bay VerfGH aynı şekilde AG München MDR 71, 596, KMR Paulus 38)

¹⁷¹³ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.260, no.81a, 28 (LG Oldenburg RPfeleger 70, 175 Pohlmann Waldschmidt NJW den alıntı ile

¹⁷¹⁴ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 25, (BVerufGE 16, 194, NJW 63, 1597, Gensel NJW 69, 1562)

¹⁷¹⁵ JOECKS; a.g.e., sh. 148, no.16, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 27

¹⁷¹⁶ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 27 (Bay 56, 180, NJW 57, 272, 274, Hamm StrFo 04, 92 (Münchafften desteğiyle))

¹⁷¹⁷ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 27 (Park 702, aM SK Pogall 104)

¹⁷¹⁸ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh.259, no.81a, 27 (BGH VRS 29, 203, Hamm NJW 74, 713)

¹⁷¹⁹ “*Bu düzenleme şimdye kadar aramalarda,alıkoymada, ve kan örneği alınmada hakim kararı olmadan gecikme tehlikesi olduğu kabul edilerek kapsamlı bir şekilde uygulanmıştır. (Dn. 28=70 li yıllarda mesken aramalarının ve alıkoymalarının %90 ı StPO1980 düzenleme ile Neles’in belirttiğine göre de (yasayı aşan uygulama) 25.980 kan örneğinin 1.10/31.12.1977 tarihleri arasında yeni düzenleme gereğince tek bir kan örneğinin bile hakim kararı ile alınmadığı tespit edilmiştir. (Asbrock Kritiği 1997, 255, 258 hızlı kararların %95 i Bremen’de yapılan aramalarda alınmıştır.); KÜHNE: a.g.e., sh. 217, no. 409.1*

bağlıdır.¹⁷²⁰ Alman Hukukuna göre şüpheli dışındaki diğer kişilere StPO § 81c/(1) ve (2). fıkralarında belirtilen muayene ve örnek alma tedbirlerine karar verilebilmesi için **“olaydaki bütün koşullar bir arada değerlendirildiğinde, bunun ilgiliden beklenemez bir şey olmaması (beklenebilir bir şey olması-yeterli şüphe bulunması)”** gereklidir (StPO § 81c/(4)). Bu hükmü hukukumuzda uyguladığımızda, şüpheli ve sanık dışındaki bir kişi için muayene veya örnek alınmasına karar verilebilmesi için, olayın bütün delilleri bir bütün halinde değerlendirildiğinde, o kişinin o olayla ilgisi olabileceğinin ve o kişinin vücudunun muayenesi ve üzerinden alınan örneklerle olayın aydınlatılabileceği konusunda yeterli kanaatin oluşması gereklidir denilebilir. Bu konuda net bir kıstas koymak mümkün olmadığından, bunu olayın ve soruşturmanın koşullarına göre her olay için ayrı-ayrı belirlemekte fayda görüyoruz.

İngiliz Hukukunda PACE’in (İngiliz Polis ve Cezai Kanıt Yasası–1984 – **Police And Criminal Evidence–1984**) 62. maddesinde polis nezaretinde bulunan bir kişinin **“Özel fiziksel örneklerinin’ sadece, “en azından başkomiser rütbesindeki bir polis memurunun bu örneğin alınmasına izin vermesi ve gerekli muvafakatin verilmiş olması”,** (PACE md. 62/(1) a-b), **“polis nezaretinde bulunmayan ancak bir suçun soruşturulması sırasında kendisinden yetersiz olduğu anlaşılan aynı analiz yöntemi için uygun olan iki veya daha fazla özel olmayan fiziksel örnek alınan bir kişiden fiziksel örneğin, ancak en azından başkomiser rütbesindeki bir polis memurunun bu örneğin alınmasına izin vermesi ve gerekli muvafakatin verilmesi durumunda alınabileceğini”** (PACE md. 62/(1/A) a-b)¹⁷²¹ kabul etmektedir. Bir kişiden, rızası olmaksızın özel olmayan bir örneğin alınabilmesine karar verme yetkisinin, herhangi bir polis memuru tarafından kullanılabilmesi mümkündür.(PACE md. 63/(9ZA))

Bir görevlinin bu izni ancak **“kendisinden örnek alınacak kişinin (sabıka kaydına geçebilecek bir suç) karıştığı konusunda şüphelenmek ve alınan örneğin suça katıldığını teyit edeceği ve katılmadığını göstereceğine ilişkin makul sebepleri olması halinde verilebileceği”** de PACE md.,62/(2)- a, b)¹⁷²² hüküm altına alınmıştır.

¹⁷²⁰ Alman Hukukunda soybağı araştırmaları amacıyla yapılacak genetik incelemelerin de ancak hakimin kararıyla mümkün olabileceği belirtilmektedir. (StPO § 81f/(2))

¹⁷²¹ **“Police and Criminal Evidence Act 1984 (s.60(1)(a) and s.66(1))”,** Home Office, Codes Of Practice A-E, Revised Edition, London;TSO, April-2003

¹⁷²² PACE 1984; a.g.e. Part;62

Kanaatimizce: Yukarıda da bahsedildiği gibi; hukukumuzda 5271 Sayılı CMK. nun 75. maddesi 1. fıkrasının mevcut haliyle, sanığın vücudunun iç beden muayenesi dışında kalır şekildeki muayene işlemi(dış muayene), hakim veya C. Savcısı kararına tabi değildir. Zira; kanun metni muayenede hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde (sonradan 24 saat içinde hakimce onaylanmak kaydıyla) Cumhuriyet Savcısı kararını sadece iç beden muayenesi hallerinde istemektedir. Kanunkoyucunun, iç beden muayenesiyle invaziv-girişimsel olan ve vücuda müdahale niteliğinde olan muayeneleri kastettiği şeklindeki düşüncemizin de doğrultusunda, ancak bu hallerde hakim ve Cumhuriyet Savcısı kararı zorunludur. Aynı şekilde, örnek almada da karar zorunluluğu sadece vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük tırnak gibi örnekler için getirilmiş olup, bunların dışındaki örneklerin karar olmaksızın da alınabileceği sonucu çıkmaktadır. Hukukumuzda CMK. nun 75/(4) madde ve fıkrasında cinsel organlarda ve anüs bölgesinde yapılan muayeneler iç muayene sayıldığından, Vajinal veya anal sürüntü yöntemiyle vücuttan alınacak örneklerin, kan veya benzeri biyolojik örnek sonucu sayılmasa da (-ki bizce öyledir), bu tür örneklerin alınması karar olmaksızın mümkün değildir.

CMK. nun 75. maddesindeki bu hal sadece sanık veya şüpheli için söz konusu olup, 76. maddenin 1. fıkrası mağdur için hem dış hem de iç muayene için karar zorunluluğu getirmiş, örnek almada daha geniş bir tanımlamayla karar zorunluluğu aramıştır. Ancak ikinci fıkra rıza bulunması halinde karar alınmasına yer olmayacağı hükmünü içermektedir.

CMK. 'nun 75/1 madde ve fıkrasındaki düzenleme "kanuniçi boşluk" niteliğindedir. Bunun kasıtlı bırakılmış bir boşluk olduğu söylenebilir. Zira maddenin 5353 SY. 2. maddesiyle değiştirilmeden önceki ilk halinde karar zorunluluğu bütün muayeneler için getirilmişti. Yapılan değişiklikle bu tür bir boşluğun yaratılmasıyla kanunkoyucunun uygulamada dış muayene olarak nitelendirilecek ve müdahale niteliği taşımayan muayenelerde karar şartı aramamak suretiyle uygulayıcıya esnek çalışma olanağı vermek istediği sonucu çıkabilmektedir. Keza; yönetmeliğin 5. maddesinde buna ilişkin açık hüküm getirilmesi de bu anlayışın sonucudur. Burada iç muayene kavramı hukukumuzda ve diğer ülke hukuklarına yabancı bir kavram olup, (muayene kısmında da detaylı bir şekilde anlatıldığı gibi) sistematik muayene

protokolü ve tıp literatüründe tam karşılığı olan bir kavram olmadığından, hukukumuzda bu kavramın tanımlaması ancak yorumla mümkün olacaktır. Bu anlamda Yargıtay içtihatları ve öğretisi belirleyici olmalıdır. YENİSEY, bu konuyu Alman Ceza Muhakemesi uygulamasında olduğu gibi (StPO 81/a) üç aşamalı olarak ele alarak; vücuda dışardan bakma niteliğinde olanlar, vücudun müdahale niteliğinde olmayan muayeneler, vücuda müdahale niteliğinde olan tıbbi müdahaleler olarak sınıflandırmaktadır.¹⁷²³ Bizce 5353 SY ile CMK. 75. madde de yapılan değişiklik sırasında kanunkoyucu Alman uygulamasına yaklaşmak istemiş ancak yasalaşma sırasındaki müdahaleler yüzünden bunu başaramamıştır.¹⁷²⁴ Vücutta (*PACE'de mahrem muayene veya mahrem yerlerden örnek alma (PACE md. 63/(9)) diye de adlandırıldığı haliyle*) kişinin özel hayatına müdahale şeklinde sayılmayacak ve vücuda müdahale oluşturmayan muayene ve örnek alma işlemlerini bir tür vücut üzerinde arama gibi sayarak, bu konuda kolluğun rahat hareket etmesini sağlamak istemiştir. Aksi halin varlığında ise, hakim ve gecikmesinde sakınca olan hallerde, hakimce sonradan onanacak savcı kararına bırakmakla da kişi hürriyetlerine karşı güvence yaratmayı amaçlamıştır.

Bizce; maddenin bu haliyle, izin verecek makam konusu halen tartışmalı halini sürdürmektedir. İlgili bölümlerde de bahsedileceği üzere, henüz iç muayenenin niteliği hem öğretide hem de yasa metninde tam olarak belirlenmemiş olduğundan, bu haliyle madde metni bu sorunu çözmekten uzaktır. Konu vücuda müdahale kavramı içinde ve bu sınıflandırmaya dayalı olarak ele alınarak, müdahale niteliğinde olup kişinin sağlığını tehlikeye düşürebilme olasılığı olanlar için hakim veya Cumhuriyet Savcısı kararı aranmalı, diğer hallerde ise kolluğa kontrollü takdir yetkisi tanınmalıdır. Muayene edilecek veya vücudundan örnek alınacak kişinin açık rızasının bulunması halinde ise, her durumda (kısıtlılar, küçükler ve tanıklıktan çekinme hakkı olanlar hariç olmak üzere) karar gerekmeksizin muayene ve örnek alma işlemi yapılabilir.

¹⁷²³ KUNTER-YENİSEY-NUHOĞLU; a.g.e. sh. sh. 890 vd. No57.1

¹⁷²⁴ Değişiklik yapan kanunun yasalaşma faaliyeti sırasındaki tartışmalar için Bkz.; Bahri ÖZTÜRK; Ceza Muhakemeleri Kanunu Konferansı, 28.02.2005, Aydın Polis Meslek Yüksekokulu, www.aydinpmyo.edu.tr/topic.asp? (çevrimiçi). **“TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU”**; Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı, Ankara-2005

D. CMK MD. 75/(5) ve (7). FIKRALARI HÜKÜMLERİ

Basit cürümlerle, kabahatler konusunda hukukumuzdaki özellik oluşturan düzenleme, 5271 Sayılı CMK. nun 75. maddesinin (5) ve (7). Fıkralarında yer almaktadır. 5271 Sayılı CMK. 75/5 madde ve fıkrasının 5353 SY. İle değiştirilmeden önceki hali; “üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezası gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamayacağı ve kan, saç, tükürük, tırnak, cinsel salgı gibi örnekler alınmayacağı” şeklinde düzenlenmişti. Bu hükümlerle kanunkoyucu kendince önemsiz saydığı iki yıla kadar hapis cezası gerektiren suçlarda iç muayene yapılarak kişilerin mağdur edilmesini engellemek istemiştir. Ancak CMK. nun yürürlüğe girmesi sonrasında trafik suçlarının da bu kapsamda olması ve sınır altında kalması nedeniyle bu suçların en önemli delili olan alkol muayenesi ve kan örneklerinin alınması tedbirinin uygulanamayacağı sonradan anlaşılınca, 5353 SY. Nun 2. maddesiyle yapılan değişiklikle; “bu suçlarda kişi üzerinde **iç beden muayenesi yapılamayacağı** ve kişiden **kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak** gibi örneklerin alınmayacağı “ hükmü getirilmiş, ayrıca 75. maddeye fıkra eklenen 7. fıkrayla; “*özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu*” hükmü getirilmiştir.

5353 SY. düzenlemeleri öncesinde kanun metninin ilk haliyle uygulamada, özellikle trafikte alkollü veya uyuşturucu madde etkisi altında araç kullanma suçlarının takipsiz kalması olasılığı doğmuştur. Önceki metne göre, yasakoyucunun iç muayene ayırımı yapmamış olması nedeniyle, iki yıldan az ceza öngörülen tüm suçlarda muayene ve örnek alma işlemi yapılamayacak, bu sınır altındaki suçlar bu yollarla delillendirilemeyecekti. Para cezasını gerektiren suçlar için bir ölçüye kadar kabul edilebilir görülen bu düzenlemenin, hapis cezaları için uygun olmadığı ileri sürülmektedir.¹⁷²⁵ Özellikle uygulayıcıların yoğun itirazları üzerine, kanun metnindeki bu tıkanıklık 5353 SY. ile aşılmaya çalışılmıştır.

Alman hukukunda StPO § 81a paragraf 1, cümle 2 para cezası davalarında sadece kan örneği alımı ve diğer küçük müdahalelere izin verilmesi sınırlaması ile geçerlidir. (OWiG § 46, paragraf 4)¹⁷²⁶

¹⁷²⁵ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, sh. 2891

¹⁷²⁶ LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 125, no. 81a, 15

Kanaatimizce: CMK. nun 75/(5) madde ve fıkrası üzerinde yeterince düşünülmeden hazırlanmış bir düzenlemedir. Maddenin yarattığı hukuki boşluk 5353 SY ile giderilmiş olmasına karşın, bu suçlarda sorun tam anlamıyla çözülmüş değildir. Yeni düzenlemeyle bu suçlarda sadece iç muayene yasaklanmış ve özel kanunlardaki alkol muayenesi ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümlerin saklı olduğu belirtilmişse de, bu düzenlemelerin de boşluklar yaratıcı nitelikte olması, alkol muayenesi ve kan örneği alınması dışında -özellikle cinsel sınırlar gibi- başka herhangi bir örnek alınmasının engellenmesi ceza yargılamasının genel ilkeleriyle uygunluk göstermemektedir. Kabahatleri ayrı bir yasal düzenlemeyle takip eden genel ceza hukuku sistematiği anlayışında, CMK içerisinde bu tür yapay bir sınıflandırma yapılması (iç muayene-dış muayene ayrımında olduğu gibi) bizce hatalı olmuş ve kanunun genel sistematiği bozulmuştur. Bu suçlarda da ceza muhakemesinin genel sistematiğinden ayrılarak bu tür bir düzenleme yapılması yerine, konunun genel kurallarla çözümlenmesine bırakılması en doğru yol olacaktır. Kanunda öngörülen ceza miktarı az olmasına karşın toplumda karışıklık yaratabilecek nitelikli bazı suçlarda bu düzenleme sorun yaratacaktır.

Özel kanunlar dışındaki düzenlemeler haricinde, hakim veya gecikmesinde sakınca olan hallerde, Cumhuriyet Savcısı üst sınır olarak iki yıla kadar hapis öngörülen suçlar için iç muayene ve maddede belirtilen örneklerin alınması kararı veremeyeceklerdir. Burada sayılan kan ve benzeri örneklerle, saç, tırnak tükürük gibi örnekler alınamaz ibaresi ile kanunkoyucunun tahdidi bir düzenleme mi yoksa genişletilebilecek bir düzenleme mi yaptığı konusu tartışılabilir bir konudur. Öncelikle fıkra metninde belirlenen örnek tanımlamalarının bilimsel yapıya uygun düşmediğini belirtmek gerekir. Zira kan örneği veya biyolojik örnekler tabiri birbirini tamamlayan usulleri kastetmemektedir. Vücuttan alınabilecek biyolojik numuneler çok farklı şekillerde alınabileceği gibi çok farklı biyolojik örnekler de olabilir. **Bizce;** burada kanunkoyucu kan almaya benzer yöntemleri kastetmek istemiştir. Alman uygulamasındaki kabulle, vücuda müdahale niteliğinde olanlar kastedilmek istenmiş de olabilir. Ancak, fıkranın devamında sayılan tırnak, saç ve tükürük gibi örnekler vücuda müdahale kapsamında olmadan alınan örneklerdir. Bu ise kan veya benzeri biyolojik örnek almayla tezat oluşturmaktadır. Bu şekilde madde içindeki ana yapıyla da çelişilmektedir. Bu sorunun da temelinde kanunkoyucunun muayene ve örnek alma kavramlarını tam oturtmadan düzenlemelere gitmiş olması yatmaktadır.

Uygulamada yaratacağı ve yarattığı karışıklık, ceza muhakemesinde küçük suç büyük suç ayrımı olmayıp her suçta korunan bir hukuki değerin mutlaka olacağı düşüncemiz ve yer alan terim ve yöntemler aralarındaki çelişkiler nedenleriyle, bizce bu hükmün yasa metninden çıkarılması gereklidir. Halen bu madde cinsel taciz gibi bazı suçlarda sorun yaratmaktadır.¹⁷²⁷ Ancak, bu haliyle, maddenin uygulaması sırasında, madde metninde yer alan örnek sayma çeşitlerine bağlı kalmaksızın, (1). fıkrada yapılan iç muayene ve dış muayene ayrımı kriterinden hareket ederek, cezası iki yıldan az suçlarda, şüpheli/sanık üzerinde, iç muayene niteliğindeki muayene işlemlerinin ve örnek almanın yapılamayacağını, arama olarak nitelendirdiğimiz dış muayene işlemiyle yetinilebileceğini söylememiz mümkündür.

¹⁷²⁷ ÜNVER; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, sh. 2895

E. YASAYOLLARI - CEZAI HÜKÜMLER

1. İTİRAZ

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerine karşı kanun yollarının belirlenmesi, işleme karar veren soruşturma organının niteliğine veya hangi aşamada yapıldığına bağlı olarak değişebilmektedir. Genel anlamıyla; hakim kararı olması ve koğuşturma tedbiri niteliği nedeniyle, bu işlemlere karşı olağan kanunyolu olarak itiraz yolu öngörülmektedir. Ancak, bu işlemler temyiz davasının da konusunu oluşturabilmektedir. Bu, muayene ve örnek alma işlemiyle elde edilen delilin hukuka aykırılığı ve değerlendirmeye alınmaması gerekmesine karşın, değerlendirmeye tabi tutulması iddialarına dayalı temyiz gerekçeleri şeklinde olabilir.

Muayene ve örnek alma işlemlerine itirazı

*Muayene ve örnek alma işleminin öncesinde veya sırasında işlemin yapılmasına karşı itiraz

*Muayene ve örnek alma işleminin yapılması sonrasında, işlemin hukuka aykırı yapıldığına ve sonuçlarının değerlendirilmesine karşı itiraz olarak ikiye ayırmak mümkündür.

İşlem sırasında, işlemi yapan veya yaptıran koğuşturma birimine yapılan itiraz, koruma tedbirleri konusunda ayrıntılarıyla anlatılmıştır. Burada söz konusu olan itiraz; hakim veya mahkemece verilmiş bulunan bir muayene veya örnek alma kararına karşı kanunyolu niteliğiyle yapılan itirazdır.

CMK 76/(5) madde ve fıkrasında bu madde gereğince verilen hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edileceği hükmedilmektedir. Bu, mehz StPO'nun § 81c V madde ve fıkrasına benzer bir düzenlemedir. Aynı hüküm "Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik" md. 24'de; "Bu Yönetmeliğin 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10 uncu maddeleri gereğince alınacak hâkim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebilir. İtiraz hâlinde Ceza Muhakemesi Kanununun ilgili hükümleri uygulanır." şeklinde yer almaktadır.

İtiraz, hukukumuzda "hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde mahkeme kararlarına karşı" CMK. nun 267 ve devamı maddelerinde düzenlenmektedir. İtiraz,

ilgilinin kararı öğrendiğinden itibaren 7 gün içinde kararı veren makama yapılmalıdır.(CMK. md. 268/1) İtiraz üzerine, itiraz edilen makam, kararını düzeltme veya itirazı yerinde görmese 3 gün içinde CMK. 268/(3) de belirtilen makama inceleme için göndermek zorundadır. İtirazın, itiraz edilen kararın infazını (itirazı inceleyen buna ilişkin karar vermedikçe) durdurmamaktadır.(CMK. md. 269) İtiraz üzerine duruşma yapılmaksızın Cumhuriyet Savcısı ve muayene edilecek ilgilinin vekilinin görüşleri de alınarak karar verilmektedir.(CMK. md. 270, 271) Vücut muayenesi ve örnek alma kararlarına karşı itirazlarında bu süreç izlenerek sonuçlandırılması gerekmektedir. İtirazdan davalı aleyhine sonuçlar çıkarılmamalıdır.¹⁷²⁸

Muayene kararlarına karşı tarafların itirazları kabul edildiği gibi, Cumhuriyet Savcısının da muayene talebinin reddi kararlarına karşı itiraz etme hakkı bulunmaktadır.

Muayene kararına itiraz edilmesi halinde, itiraz sonucunun beklenip beklenmemesi konusu tartışmalıdır. Şüpheli/sanığın dış muayenesi için karar alma gerekmediğinden bu konuda sorun bulunmamaktadır. CMK. nun 76. maddesi kapsamında bulunan sanık dışındaki kişilerin muayenesine ilişkin kararlara itiraz halinde, bu itirazın sonucunun beklenip beklenmeyeceği önem taşımaktadır. İtiraz sonucunun beklenmesi durumunda delillerin kaybolması, beklenmemesi durumunda ise itirazın kabulü halinde yapılan muayene ve örnek alma işleminin yok yere kişinin haklarını ihlal etmesi olasılıkları vardır.

Alman hukukunda, hakimin kararına karşı StPO § 304 gereği itiraz hakkı tanınmıştır. Mahkeme kararına ise; talimatın içeriği § 305 II de tanımlanan zorunlu müdahaleye eşdeğer oranda bir müdahale yapılabilecek ise itiraz edilebilmektedir.¹⁷²⁹ §304 IV' de sözü edilen bir durum olmadığı hallerde ise § 304 II'ye göre basit bir şikayette bulunma hakkı düzenlenmiştir. Bu durum ilgili mahkeme kararı için de geçerlidir.¹⁷³⁰ § 304 II'ye göre; karara itiraza kararı veren hakim bakacaktır. İtiraz üzerine verilen kararlar kesindir. (§304 III/ 4. cümle). Sadece delillerin güvenceye alınması talebine karşı savcılığın § 304 I' e göre basit bir itirazda bulunma yetkisi

¹⁷²⁸ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 194, no. 81c, 33

¹⁷²⁹ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.148, no.17 (OLG Koblenz NSTZ 1994- 355)

¹⁷³⁰ LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 204, no. 81c, 61

vardır.¹⁷³¹ Bu hukuk sisteminde de; itirazın işlemi öteleyici etkisi bulunmadığı kabul edilmektedir.(§ 307 I)¹⁷³²

StPO § 81c III/4 cümle hükmüne göre; § 81c, III/3 cümle gereği hemen yapılması gereken muayene ve kan örneği alınmasına ilişkin mahkeme kararlarına itiraz edilememektedir. Mahkemenin savcılığın buna ilişkin karar alınması talebini reddetmesi hallerinde, (§ 304 IV/ 2. cümleye aykırılık teşkil etmediğinde) § 304 I'e göre basit bir şikayete izin verilmektedir.

Kanaatimizce: bu sorun CMK. nun 76, 269 maddeleri birlikte değerlendirilerek aşılabilir. CMK. nun 76. maddesi, bu durumda olan kişilerin muayenesini hakim kararına bağlamıştır. Gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından verilen kararların , en geç 24 saat içinde hakimce onaylanması şartını getirmekte, ayrıca 76/(1)-son cümle ile hukuka aykırı delillerin değerlendirme kapsamına alınamayacağını belirtmektedir. Aynı maddeye göre, bu kişiler üzerinde zaten “sağlığı tehlikeye düşürecek veya cerrahi müdahale niteliğinde işlemler” yapılamamaktadır. Bu nedenle, 76 ncı madde kapsamına uygun yapılan bir muayene ve örnek alma işleminde kişinin temel hak ve özgürlüklerine aykırılık halinin doğması zor bir olasılık olmaktadır. CMK. nun 269. maddesindeki, “itirazın kararın infazını erteleyemeyeceği” kuralının burada uygulanmasıyla, itiraza rağmen hakim kararının uygulanarak kişinin muayene edilmesi gereklidir. İtiraz sonucunun muayene edilen lehine çıkması durumunda, zaten muayene sonucu delil olarak kullanılamayacağından, kanaatimiz doğrultusunda işlem yapılması hukuka aykırılık oluşturmayacaktır. İtirazın mahkemece reddedilmesi durumunda ise, delillerin kaybolmaması ve güvenceye alınmaları gibi ceza muhakemesi için çok önemli faydalar ortaya çıkacaktır.

¹⁷³¹ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.148, no.11

¹⁷³² “Buna daha önce yaygın olan görüşe göre eğer muayene veya müdahale yapıldıktan sonra böyle bir itirazda bulunulması halinde izin verilmiştir. Bu görüş artık yerine getirilen ceza davalarına ilişkin uygulamaların kontrolü için takip edilemez. Bundan sonra eğer ilgilinin hukuki haklarını koruma söz konusu ise, şikâyete izin verilir.” :LÖWE/ROSENBERG(Krause);a.g.e.,sh.204,no.81c, 61

2. TEMYİZ

Mahkemeler hukukun laboratuarlarıdır.
KUNTER¹⁷³³

Mahkemelerce verilmiş kararlara karşı olağan kanun yolu olarak temyiz düzenlenmiştir. Temyiz nedeni olarak hukuka aykırılık maddi hukuka aykırılık¹⁷³⁴ ve muhakeme hukukuna aykırılık olarak ikiye ayrılmakta¹⁷³⁵ ve ceza muhakemesine aykırılıklara ilişkin temyiz nedenleri, mutlak temyiz nedenleri dışında, “nispi temyiz nedenleri” arasında sayılmaktadır.¹⁷³⁶ Temyiz kanun yolu CMK.’un 286 vd. maddelerinde düzenlenmiştir.

İtirazla temyiz arasındaki fark itirazın henüz soruşturma veya kovuşturma aşamasında ve hakim kararlarına karşı söz konusu olabilmesi, temyiz ise verilen bir nihai hükme yönelik olarak yargılama bitiminde ileri sürülebilmesidir.

Ceza muhakemesi sırasında soruşturma veya kovuşturma aşamalarında yapılan vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerindeki hukuka aykırılıklar da temyiz davasının konusunu oluşturabilmektedir.

Alman hukukunda, temyiz gerekçesi olarak öğretide kabul edilmiş nedenler; faydalanma ve imha kurallarına aykırılık, ilgilinin yanlış bir biçimde muayeneye itiraz hakkı olmadığı yönünde bilgilendirmiş olması,¹⁷³⁷ 81c, para 1 ve 2 cümle 1 deki şartlar oluşmamasına rağmen elde edilen muayene sonuçları dikkate alınması,¹⁷³⁸ değerlendirilmeyecek olmasına rağmen muayene sonucunun kararda dikkate alınması¹⁷³⁹ olarak sayılmış ve temyizle kişinin bu konularda kendisine fayda sağlayamayacağı kabul edilmiştir.¹⁷⁴⁰

¹⁷³³ Nurullah KUNTER: “Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 13, Temmuz–1987, Sayı 3, sh. ; 202

¹⁷³⁴ “Maddi Sorun :Müşahhas olayla ilgilidir. Hukuki Sorun; Olayın hukukun hangi normuna uyduğu sorunudur.” KUNTER: “Hukuki Hatayı Gidermek”, sh. 208

¹⁷³⁵ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 110

¹⁷³⁶ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 166

¹⁷³⁷ “İlgili kendi rızasıyla gelip muayene olmuşsa bu nedene dayanarak temyiz talebinde bulunamaz.”; LÖWE/ROSENBERG(Krause); a.g.e., sh. 206, no. 81a, 67, GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh. 260, no.81a, 32

¹⁷³⁸ “Çünkü yasa bu şartları sadece ilgilinin korunması amacı ile oluşturmuştur. Davalının hukuki çevresine bu şekilde temas edilmemiştir. Bu durum özellikle ilgilinin katlanma yükümlülüğü bulunmadığı bir muayeneye rızası dışında tabi tutulması halinde (dn 208) veya § 81c,para 2 cümle 2’ye karşı kan örneğinin hekim tarafından alınmaması durumunda söz konusudur.” LÖWE/ROSENBERG (Krause); a.g.e., sh. 205, no. 81a, 64

¹⁷³⁹ GOSSNER-MEYER;a.g.e., sh. 260, no.81a, 34

¹⁷⁴⁰ JOECKS; a.g.e., sh. Sh.153, no.13

Alman Hukukunda ceza muhakemesine aykırılıkların ileri sürülmesi, ve hukuka aykırılık bakımından temyiz mahkemesinde bu yönde bir incelemenin yapılabilmesi talebin bu yöne ilişkin gerekçelendirilmesine ve katı şekil ve süre koşullarına bağlı tutulmasına karşın (StPO § 344-345) bizim hukukumuzda o denli sert kurallar bulunmamaktadır.¹⁷⁴¹ Hukukumuzda göre, temyiz mahkemesi kanaatine göre böyle bir aykırılığın saptanması ve aykırılığın temyiz edilen hükme dayanak yapılanlardan olması şartlarının gerçekleşmesi gereklidir. Daha başka bir deyişle; aykırılığın ceza muhakemesinin sonucunu değiştirip-değiştirmeyeceğinin anlaşılması gereklidir.¹⁷⁴² Bu da, temyiz incelemesinin muayene ve örnek alma işleminin hukuka aykırı yapılmış olmasına karşın değerlendirmeye alınması ve bu sonuçların hükmün sonucuna doğrudan etki etmesi hallerine özgü olduğu sonucunu doğurmaktadır. Ancak hukuka aykırı delilin hükme esas alınması da mutlak bir temyiz nedenidir ve bu durumda hüküm, nispi temyiz nedenlerinden farklı olarak başka bir şeye bakılmaksızın bozulur.

Vücudun muayenesi ve örnek alma işlemlerinin kovuşturma tedbiri olmaları nedeniyle ihlal edebilecekleri hak ve hürriyetler, muayene sonuçlarının doğrudan kararı etkilemesi ve delillerin değerlendirilmesiyle doğrudan ilişkili olduklarından, temyiz davasında da ileri sürülebilmektedirler. Burada tahdidi bir görüş ve düzenlemenin uygun olmayacağı kanaatindeyiz.

3. CEZAI HÜKÜMLER

Vücudun muayene ve örnek alma işleminin hukuka ve insan haklarına aykırı şekilde icra edilmesi, bu muameleye maruz kalanlara, bu hatalı işlemi yapanları şikayet hakkı da vermektedir. 5237 Sayılı TCK.'nun 210/(2) madde ve fıkrası; gerçeğe aykırı belge düzenleyen, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire veya diğer meslek mensuplarının cezalandırılacaklarını, belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması halinde, resmi belgede sahtecilik hükümlerine göre cezalandırılacaklarını belirtmektedir. Aynı şekilde TCK. nun 287. maddesinin 1. fıkrasında; “Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında hapis cezasına hükmedileceğini”, aynı maddenin 2. fıkrası ise;

¹⁷⁴¹ KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 110

¹⁷⁴² KESKİN; “Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”, sh. 111

“bu hükümlerin bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler için uygulanamayacağını “ belirtmektedir. Bu işlemlerin özel hayatın gizliliğine aykırılık oluşturduğu düşünüldüğünde, şartları bulunması halinde TCK. nun 134. maddesinde düzenlenmiş bulunan “özel hayatın gizliliğinin ihlali” suçunun gerçekleşebileceği kıyasen yasadan çıkarılacak sonuçlardandır.

Kanunda özel olarak düzenlenen hallerin dışında, soruşturma makamlarınca işlenmeleri halinde işkence, efrada sui-muamele, görevi ihmal ve görevi kötüye kullanma suçları da bu işlemler sırasında işlenebilir. Bu hallerde de işleme maruz kalanların şikayet veya haber aldıkları andan itibaren Cumhuriyet savcılarının re’sen soruşturmaya başlama yetki ve zorunlulukları vardır.

Hukuka uygun bir karar olmadan yapılan bedensel müdahale niteliğindeki muayenelerin muayene edilenin vücudunda bir hasar meydana getirmesi halinde TCK. nun İkinci Kitap İkinci Bölümde belirtilen “Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar” ’ın oluşması da mümkündür. Bu hallerin hangisinin olduğu ve sorumluluk hallerinin duruma göre belirlenmesi gereklidir.

SONUÇ

Ceza Muhakemesi Hukukumuzda, vücudun muayenesi ve örnek alma işlemleri önceden CMUK. 66. maddesinde tek fıkrada yer almaktayken, 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren CMK. nun 75–77. maddelerinde ayrıntılı şekilde düzenlenmektedir. Ayrıca CMK. nun 82. maddesi gereği çıkarılan yönetmelikte bu konularda ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Vücudun muayenesi kavramıyla anlatılmak istenen; *“kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahut ta vücut sıvılarında, delil elde etmek veya tespit yapmak amacıyla “tıbbi yöntem ve araçlar” kullanılmak suretiyle özelliklerinin sistematik şekilde incelenmesidir.* Örnek alma ise, aynı şekilde *“vücut üzerinden suçun, suçlunun ve suç sonuçlarının belirlenebilmesi amacıyla biyolojik materyalin alınması”* işlemidir.

Ceza muhakemesi açısından, muayene ve örnek alma işlemleri koruma tedbiri ve bilirkişi incelemesi niteliklidir. Bu nedenle bu tür işlemlere karar verilme aşamasında, temel insan hak ve özgürlüklerini kısıtlayıcı nitelikleri nedeniyle hukuka uygunluğun araştırılması özel önem arz etmektedir. Bu değerlendirmede kovuşturma tedbirleri şartlarının oluşmasının yanısıra işlemin tıbbi deontolojiye de uygun yapılması gerekmektedir. Aynı şekilde delil elde etme ve bilirkişi incelemesinde söz konusu olan yollar *“hukuka uygun şekilde”* katedilmelidir.

Hukukumuzda muayene iç ve dış muayene olarak ikiye ayrılmış, şüpheli/sanığın ve diğer kişilerin muayenesi şeklinde iki ayrı maddede, kadının muayenesi ise; *“kadının muayenesinin istemi halinde bir kadın hekimce yapılacağına”* ilişkin ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerde Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPO. nun 81a, 81c ve 81d maddeleri kaynak alınmış, ancak yasalaşma sırasında mehzadan bazı temel noktalarda önemli ölçüde ayrılmıştır. Özellikle, örnek alma işlemlerinde, örnek alma yöntemlerinin ve alınacak örneklerin sınıflandırılmasında dağınıklık bulunmaktadır.

Hukukumuzda, konunun yeni düzenlenmiş olması nedeniyle, henüz uygulama ile yasal yapı arasındaki farklılıklar tam belirginleşmemiştir. Yerel mahkemeler ve Temyiz Mahkemesi kararlarıyla bu boşluk zaman içinde doldurulacaktır. Olması gereken hukuki yapının belirlenebilmesi, hukuk, tıp ve hümaniter anlayışla gelişen

insan hakları düzenlemelerinin birlikte değerlendirilmeleri ve bilimlararası çatışma noktalarının en aza indirilmesiyle mümkündür.

CMK. 'daki mevcut düzenlemenin bizce yanlış yönlerinin, ilgili bölümlerde sunmaya çalıştığımız anlatımlarımız ve önerilerimiz doğrultusunda, ilgili maddelerinin yeniden ele alınarak, özellikle iç ve dış muayene kavramları terk edilerek, basit muayene ve vücuda müdahale oluşturanlar şeklinde olmak üzere ikili ayırım benimsenmelidir. CMK. md. 77 hükmü sadece kadının muayenesi için değil, talep edildiğinde her iki cins içinde geçerli olmak üzere, “*nötr*” bir düzenlemeye dönüştürülmelidir.

CMK. ile yönetmelik arasındaki bir takım aykırılıklar giderilmeli ve yönetmeliğin uygulamayı rahatlatabilmek saikiyle barındırdığı, ancak yasayla çelişik hükümleri yeniden düzenlenmelidir. Yönetmelikte yer alan ve bizce net olmayan bazı kavram tanımları yeniden yapılmalıdır. Yönetmeliğin hazırlanması sırasında, düzenleme yapılmasından kaçınılmış bulunan bazı konular yeniden ele alınarak, uygulamaya ilişkin olarak, uygulayıcılara yol gösterecek şekilde yöntem ve kalıplar belirlenip, özellikle örnek alma işlemlerinde kullanılacak malzeme ve dökümanların standartları ile muayene raporlarının standart örneklerinin hazırlanıp yönetmeliğe dahil edilmesi gereklidir.

Hızla gelişen DNA teknolojisinde, vücut üzerinden tek bir kök hücreli biyolojik materyalin elde edilmesinin yeterli olması ve vücudun neresinden alındığının artık eski önemini yitirmesi nedeniyle,¹⁷⁴³ -birtakım zorunlu ayrımlar saklı kalmak kaydıyla- örnek alma işlemlerinde, özellikle, trafik kontrollerinde kanda ve nefeste alkol kontrolü ile ilgili hukuki yapıda sadeleştirilmiş düzenleme ve tanımlamalara gidilmelidir. DNA bankacılığıyla ilgili Kara Avrupası ve Anglo-Sakson sistemine dâhil pek çok ülkeye benimsenmiş yapı benimsenmelidir.¹⁷⁴⁴ Ulusal veri bankaları oluşturulup tek elde toplanmalı, AB. bünyesinde yürütülmekte olan DNA veri bankacılığı çalışmalarına aktif olarak katılıp bu çalışmalar desteklenmeli ve halen Adalet Bakanlığınca hazırlanmış bulunan “DNA VERİLERİ VE TÜRKİYE MİLLİ DNA VERİ BANKASI KANUNU TASARISI” bir an önce yasalaşmalı,

¹⁷⁴³ BAĞDAT; a.g.s., sh.125

¹⁷⁴⁴ HIMBERG; a.g.k., sh.89

“KİŞİSEL VERİLERİN GÜVENLİĞİNİN SAĞLANMASI YASASI” hazırlanıp yasalaşmalıdır.

Mehaz Alman Ceza Muhakemesi Hukuku öğretisi ve uygulaması ile StPO.’daki mevcut normatif düzenleme, olması gereken hukuki yapının belirlenmesi konusunda bize yardımcı olmaktadır. Bunun yanısıra Anglo-Sakson hukukta son dönemlerde başlayan normatifleşme akımıyla, bu konularda özellikle örnek alma ile ilgili yapılan yasal düzenlemelerin niteliği de yol gösterici niteliktedir. Ancak, ülkemiz için en uygun hukuki yapının, gene ülkemizin örf adet hukuku, emsal uygulamaları, ahlaksal değerleri, mevcut teknik yapısı ve imkânlarıyla birlikte düşünülerek saptanması zorunluluğu vardır. Özellikle muayeneyi yapacak hekimin ve kurumun belirlenmesi konularında mevcut adli tıp uygulamalarımız ve özellikle nüfusu 5000 den küçük ilçelerdeki imkânlar bilinerek ve o imkânlar içerisinde çözüm yolları üretilmesinde fayda bulunmaktadır.

Öncelikle; kavramlar tanımlanıp, hukuk ve adli bilimler mensuplarınca müştereken içleri doldurulmalıdır. Bu anlamda; hekim, yardımcıları, örnek, muayene, örnek alma yöntemleri, delil ve bilirkişilik, muayene ve örnek alma sonucu elde edilen delillerin hukuki kıymeti, imhası gibi kavram ve konuların net tanımlarının yapılması gereklidir. Yapılacak normatif düzenlemeler ve uygulamalarda, orantılılık ilkesi öne çıkarılarak, bireysel ve kamusal yararların denge noktasının bulunmaya çalışılması, zorunluluk kavram ve ilkeleri ile kullanılan yöntemlerin uzlaştırılması sağlanmalıdır. Rıza kavramı tam olarak tanımlanarak, hangi hallerde aranacağı, olmaması halinde muhakemenin gerekleriyle nasıl aşılacağı belirlenmelidir. Teknikteki son gelişmelerin hukuki niteliği teknolojinin gelişimiyle aynı hızda ve belki de önceden belirlenmeli, yeni tekniklerin hukuki yapı içerisindeki yapısı tanımlanmalıdır.

Adli tıp uzmanlığı, bireysel ve kurumsal temelde geliştirilmeli, özlük hakları ve teknik imkânlar artırılmalı, bir uzmanlık dalı olarak parametreleri netleştirilmeli, mesleki kurumsal yapısı oluşturulmalı, mesleğe girmeden ve meslek içinde eğitime ağırlık verilerek uzmanlaşma sağlanmalıdır.¹⁷⁴⁵ Amaç; birey haklarına ciddiye yaklaşım, tek ve etkin muayene, ayrıntılı sistematik muayene, multidisipliner

¹⁷⁴⁵ KIZILARSLAN: a.g.s.

çalışma, tamı tedavi ve profilaksi, tatmin edici adli raporlar¹⁷⁴⁶ olmalıdır. Bu konuda üniversiteler adli tıp kürsüleri ve enstitüleri desteklenerek sisteme katılmaları sağlanmalıdır.¹⁷⁴⁷

Tüm ceza muhakemesi ve adli bilimler sistemlerinin unsurlarını bağlayıcı, ana yöntem ve standartlar belirlenmeli, bu anlamda, adli raporların, örnek alma ve DNA analizi yöntemlerinin standartları ve şekilleriyle hukuki yapıları birlikte saptanmalıdır.

Vücut muayenesi ve örnek alma işlemlerinde; insan hakları ihlallerine, işkence ve fena muameleye “sıfır tolerans” anlayışı yerleştirilmeli ve bu anlayış temel alınarak, olmazsa-olmaz kabul edilmelidir. Kanaatimizce; bu anlayışın yerleşmesi ile, Ceza Muhakemesi Hukuku nihai hedefine daha kolay varacaktır.

¹⁷⁴⁶ YAVUZ; a.g.s., sh. 99

¹⁷⁴⁷ “4. Anadolu Adli Bilimler Kapanış bildirgesi”, **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3,Sh: 78

KAYNAKÇA

12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006

“2002 Avrupa Yargı Sistemleri: Avrupa Etkin Yargı Komisyonu (CEPEJ) Avrupa Konseyi’ne Üye 40 Ülkede Yapılan Alan Araştırmasından Çıkarılmış İstatistikî Veri Ve Bilgiler” Tercüme eden:Dr. Ömer Faruk ALTINTAŞ Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hâkimi, (çevrimiçi), [http://: www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

AÇIKGÖZ, N.: HANCI, İ. Hamit: “Adli Biyoloji Dosyası-1.Bölüm”, (çevrimiçi) http://www.biyoturk.com/grup_adlibiyoloji.htm, 28.07.2005

AÇIKGÖZ, N.: HANCI, İ. H.: ÇAKIR, A. H.: “DNA Laboratuar İşleyişi”: **STED**, 2002, Cilt 11: sayı 4 (ayrıca www.medicine.ankara.edu.tr/internalmedicine/forensicmedicine/dnalabis.html.21.06.2005, <http://www.ttb.org.tr/STED/dted0402/dna.pdf>)

“Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Bilgi Notu”, (Yayınlanmamıştır),: Nisan 2005

“Adalet Bakanlığınca Hazırlanan Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı Ve Gerekçesi, 07.03.2003 Tarih B.02.0.Kkg.0.10/101–508 No” Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü (Yayınlanmamıştır)

ADALET DERGİSİ 1962 3-4 Sayı sh.: 358-360 (Yargıtayın Adli tıpla İlgili Kararı İçin)

“ADİL YARGILANMA HAKKI VE CEZA HUKUKU”: Proje Yöneticisi Kayıhan İçel, Prof. dr. Nurullah KUNTER’ e Armağan, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 3, Ankara-Seçkin Yayınevi, 2004

“Adli Biyoloji”: Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Biyoloji İhtisas Dairesi Başkanlığı Sunumu, Mart–2005 (Yayınlanmamıştır)

“Adli Tıp Terimleri Sözlüğü”: **Sendrom III**, Cilt 3, Sayı 12, (Editör: Cengiz YAKINCI), Aralık–2005

“Adli Raporlar”: <http://forensic.freeservers.com/ADLI.HTM>, (çevrimiçi), 08.05.2005

“Adli Biyoloji Ve Uygulamaları”: “Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Brifingi (Yayınlanmamıştır)

AFŞİN, Hüseyin: **“Adli Diş Hekimliği”** Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:10, İstanbul–2003

AFŞİN, Hüseyin: YAŞAR. Z. Füsün: “Hayvan Isırık İzleri (Animal Bite Marks), **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3, sh. 53–57

AKBULUT, İlhan: “Osmanlı Devletinde Adalet Düzeni”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1–2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh. 219–256

AKBULUT, İlhan: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık Ve Tanıklıktan Çekinme”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, 1996, Sayı 413, sh.:99-115

AKÇAN Ramazan vd. : Türkiye’de Adli Bilimler Hizmeti Veren Birimlerin Yapılanması”, 12. Adli Tıp Seminer, 29.09.2005 tarihli Sunumu, **(12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005)**, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006)

AKDAĞ Selami: “**Ceza Muhakemeleri Kanunu Şerhi (Emsal İçtihatlar ve İlgili Konular)**”, Olgaç Matbaası 1978

AKDENİZ, Ahmet; “Yargılama Usullerinin Kanuniliği Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, Temmuz–1985,

AKGÜR A.Serap: ÖZTÜRK Pembe: YEMİŞGİL Ali: “Madde Etkisi Altında Trafikte Taşıt Kullanımı İle İlgili Yaklaşımlar”, **Toksikoloji Dergisi**, Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No:IV, Published Quarterly, sh. 37-40

AKILLIOĞLU, Tekin: “**İnsan Hakları – I Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri**” Ankara–1995

AKINCI, Murat: “Hukuka Aykırı Elde Edilen Delil”, 27.01.2006 tarihli Hukuka Aykırı Deliller Semineri Sunumu, www.inisiyatif.net/document/30.asp, (çevrimiçi), 03.02.2006

AKINCI, Şahin:“**Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde(Organ-Dok) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar**” Ankara-Yetkin Yayınevi, 1996

AKINCI, Yılmaz,: ATAKAN Tahsin: “**Psikolojik-Pedagojik-Hukuki Yönleriyle Suça Giden ve Suç İşleyen Çocuklar**”, Minnetoğlu Kitapevi-1968-İstanbul

AKMUT, Akdemir: “Yargılama Usullerinin Kanuniliği Sorunu, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 11, Temmuz–1985, Sayı 3, sh. 252–264

AKSOY, Ercüment: “**Cinsel Saldırıların Muayenesi**” İstanbul 2004 Yayınlanmamıştır

AKTAŞ, E. Özgür: KOÇAK, Aytaç: “İlaç Kullanımında Hekim Sorumluluğu” **Toksikoloji Dergisi** Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No:IV, Published Quarterly, sh.: 19-30

AKTAY, Göknur: “Toksikolojik Deliller Açısından Olay Yeri İncelemesi”, **Toksikoloji Dergisi (The Journal Toxicology)**, Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3, sh. 39–42

ALABAY, Rifat: “Müdafaa Masuniyeti”, **Adliye Ceridesi**, 29. Sene, Sayı 11, No: 95, sh.1722-1743

ALİKSANYAN, Vahe vd.; “**Abaoğlu-Aliksanyan Teşhiste Temel Bilgi *PROPEDÖTİK*- Endokrin Sistem-Hemopoetik Sistem- Sınır Sistemi**”, 3. Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul-1988

ALKAN, Nevzat: “Olay Yerinde Kimyasal Ve Biyolojik Delillerin İncelenmesi, Toplanması Ve Laboratuarda Değerlendirilmesi”, NBC Tehdidinde Hazırlıklar Semineri Sunumu, Mayıs- 2005, Oturum - VII:

ALKAN, Nevzat: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 58, Mayıs-Haziran 2005, sh. 149–162

ALKAN, Nevzat: “5275 Sayılı Ceza ve güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun’un Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı 57, Mart-Nisan 2005, sh. 230–242

“Almaata Bildirgesi-Temel Sağlık Hizmetleri Uluslararası Konferansı 12-Eylül–1978”: <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler>, (çevrimiçi), 03.05.2005

“**Alman Federal Cumhuriyeti Ceza Muhakemesi Kanunu-Strafprozessordnung 1979**”, Çeviren: Feridun YENİSEY, Ankara, Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1979

ARI, Elçin: “Estetik Cerrahin Hukuki Sorumluluğu”, İzmir Barosu Avukatlık Staj Bitim Tezi, www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a042.asp, (çevrimiçi), 22.06.2005

ARIKAN, Baha: “**Belçika Adliyesi**”, Ankara, Yeni Ceza Evi Matbaası, 1939

ARIKAN, Baha: “**Avrupa Adliyesine Dair Notlar**”, Ankara, Yeni Ceza Evi Matbaası, 1941

ARIKAN, Baha: “İslam Ceza Hukukunun Esasları”, **Adalet Dergisi**, Yıl 53, Kasım-Aralık–1962, Sayı 11–12, 1189–1201

ARIKAN, Baha: “**Avrupa Adliyesine Ait Notlar**”, Ankara Yeni Cezaevi Matbaası, 1941

ARISAN, Kazım: “**Propedötik-Kadın Doğum**”, 1, Baskı, İstanbul–1993

AŞÇIOĞLU, Çetin: “**Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Doktorların Devletin ve Özel Hastanelerin Sorumluluğu (Cezai-Hukuki)**”, Ankara–1993

AŞÇIOĞLU, Çetin: “Türk Hukukunda Bilirkişilik”, **12–16.01.2000 Hukuk Kurultayı Özel Hukuk Bildiri, Hukuk Kurultayı 2000, 12–16.Ocak 2000, Cilt 3, Özel Hukuk**, Sh: 93–104, Ankara Barosu Yayını, Ankara–2000

AŞÇIOĞLU, Çetin: “**Trafik Kazalarından Doğan Hukuk ve Ceza Sorumlulukları**”, Sözkese Matbaacılık, Ankara–2005

AŞIK, Hakan: “Viktoloji”, <http://cagipolisi.com.tr/27754-55-56-57.htm> , (çevrimiçi), 01.10.2005

ATASOY, Sevil: “Kriminal Amaçlı DNA Analizleri”,(çevrimiçi), www.kriminoloji.com , 01.06.2005

ATASOY, Sevil: “Kriminal Amaçlı DNA Analizleri”, (çevrimiçi), www.istanbul.edu.tr/enstituler/adli/themes/themes1011-1254.css , 26.05.2005

ATK, ATUD, ATD: “Yeni Türk Ceza Kanununda Tanımlanan Yaralama Suçlarının Adli Tıp Açısından Değerlendirilmesi”, (Çevrimiçi), Çalıştay Raporu, www.adlibilimler.com/Mart-2005, 04.04.2005

ALTUN, Gürcan: “Adli Raporlar ve Üniversite Hastanelerinin Uğradığı Ekonomik Kayıplar”, 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005–02.11.2005 Antalya) Poster, (**12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006), sh. 187

AVCI, Mustafa: “Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler”, **KHUKA, Kamu Hukuku Arşivi, Uluslar arası Sempozyum, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, 11–12.Kasım 2005**, Kasım 2005, Yıl 8, S. 99–201,2–2005, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, ISSN NO:1303–6076 WEB ISSN NO:1304–2416, sh. 142–152

AVCI, Mustafa: “Türk Hukukunda Hakimin Görevi İhmal Suçu”, www.abchukuk.com/makale/makale34.html , (çevrimiçi),15.06.2005

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Batı Ve Diğerleri / Türkiye Davası (Başvuru No: 33097/96 Ve 57834/00) Nihai Kararın Özet Çevirisi”: (çevrimiçi), <http://www.yargitay.govtr/aihm/tcyabatvediger.html> , 22.06.2005

“**Avrupa İşkencenin Ve İnsanlıkdışı Veya Onurkırıcı Ceza Veya Muamelenin Önlenmesi Komitesi (Cpt) Standartları**: “CPT Genel Raporlarının Temel Bölümleri, (çevrimiçi) <http://www.cpt.coe.int/lang/tur/tur-standards.doc>, 22.06.2005

“Avrupa Birliği Temel Haklar Bildirgesi-28.Eylül 2000/07.Aralık.2000” Nice Zirvesinde Onaylanan Metin”: <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler>, (çevrimiçi), 03.05.2005

“Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Özel Yaşam Hakkına Müdahaleyle Elde Edilmiş Deliller Hakkındaki Güncel Kararların İlgili Paragrafları”, (Çeviren; Gülay ARSLAN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.465-471

“Avrupa’da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi”: Amsterdam, 28–30 Mart 1994, (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler> 03.05.2005

“Avrupa İçin Bir Anayasa Oluşturan Antlaşma Taslağı” AVRUPA KONVANSİYONU, Sekreterlik

AVŞAROĞULLARI, Levent: “Acil Servislerde Adli Toksikoloji”, **Toksikoloji Dergisi (The Journal Toxicology)**, Temmuz 2005, Cilt 3, Sayı 3, sh. 42–44

AYDIN, Berna: “Beden Muayenesi ve Örnek Alma”, 4. Adli Bilimler Sempozyumu Bildirisi, 20.05.2005, Elazığ

AYDIN, Erdem: “Çocuklarda Aydınlatılmış Onam Sorunu”, <http://www.saglik.gov.tr/extras/hastahaklari/erdemaydin1/htm>, 25.11.2006, (çevrimiçi)

BABAN, Nevzat vd.: “Adli Toksikoloji”, Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:8, İstanbul-2003

BAĞDATLI, Yaşar: “Materyal Alma Yöntemleri”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 01.10.2005 günlü Sunumu, (12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2 Ekim 2005”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006, 121–131

BAKICI, Sedat: “Adli Tıp- Adli Tıp Kurumları ve Önemi” , **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl 1980, Sayı 1, sh. 28–33

BARLAS, Yasemin: “Ceza Yargılamasında Çapraz Sorgu”, http://www.izmirbarosu.org.tr/dergi/word/20014_01.doc, (çevrimiçi) , 25.08.2005

BAŞ, Murat: “Çağdaş Evliyalara: Tıp Doktorları”, <http://www.doktoruz.com/gundem/ayrinti.asp?id=89>, (çevrimiçi), 05.12.2005

BAŞKAN, M.Tanı: DEMİRCAN, Y. Tunç: “Psikiyatride Hasta Hakları” <http://www.hayad.org.tr/haklar/02.htm>, (Çevrimiçi) 22.06.2005

BAYINDIR, Abdülaziz: “Örneklerle Osmanlı’da Ceza Yargılaması”, (çevrimiçi) www.suleymaniyevakfi.org/modules/nsections/index.php?op=viarticle&artid=25, 25.07.2005

BATTAL, Dilek vd.: “Postmortem Kan Vitröz Sıvı Etanol Düzeylerinin Saptanması ve Adli Tıpta Önemi”, **Toksikoloji Dergisi**, Ocak 2005, Cilt 3, Sayı 1, Volume II, No:IV, Published Quarterly, sh.: 31-36

BAYRAKTAR, Köksal: “Suç İşlemeye Tahrik Cürmü”, Formül Matbaası, İstanbul–1977

BAYRAKTAR, Köksal: “Hekimin Tedavi Nedeni ile Cezai Sorumluluğu”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No. 768, 1972

BAYRAKTAR, Köksal; “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunun’da Yer Alan Koruma Tedbirlerine Genel Bakış”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ağustos–2005, Sayı; 33, sh.2876-2884

BEANEY, William M.; “Yüksk Mahkeme Kararlarında Anayasal Bir Hak Olarak Mahremiyet Hakkı”, (Çeviren; Recep GÜLŞEN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007

BENFER, Jost: “**Grundrechtseingriffe im Ermittlungsverfahren**”, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990

BENGİDAL, M.S. vd.: “Acil Servislerde Hekimin Adli Sorumluluğu” **STED** 10/8, sh. 301-305, 2001

BEULKE, Werner: “**Strafprozessrecht**”, 7. neu bearbeitete Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg

BIÇAK, Vahit: “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akibeti- Katı Ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi” (çevrimiçi), <http://www.bilkent.edu.tr/vahit/ar5/htm>, 23.04.2005

BIÇAK, Vahit: “Ceza Adaleti Yönetiminde Kalite Ve Etkinlik (Quality and Effectiveness of Criminal Justice System)-Kamu Yönetiminde Katle (Quality of Public Administration), (ed Book), TODAI, p. 164-176, www.geotities.com/vbicak/kaliteson.htm?200629, (çevrimiçi), 29.01.2006

BIÇAK, Vahit: “İnsan Hakları İhlallerinde Yönelimler: Baskıdan Hileye”, (çevrimiçi), <http://www.bilkent.edu.tr/~vahit/ar6.htm>, 24.05.2005

BIÇAK, Vahit: “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü**”, Liberal Düşünce Topluluğu Avrupa Komisyonu Yayını, Temmuz 2002

BİÇER, Faruk: “Analitik Toksikoloji’nin Adli Tıp’taki Uygulaması”, **Toksikoloji Dergisi**, (**The Turkish Journal Of Toxicoloji**), Ekim–2005, Cilt 3, Sayı 4, sh. 49-54

BİÇER, Yılmaz: “İngiltere’de (Wales’te) Polisin Adli Görevler”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Şubat-Mart,1973, Sayı 2-3, sh. 190–202

BİÇER, Ümit: HANCI, İ. Hamit,: “Adli Psikiyatri” http://www.medicine.ankara.edu.tr/internalmedical/forensic_medicine/tk, (çevrimiçi), 25.09.2005

BİLGE, Yaşar: “**Adli Tıp**”, Birinci Baskı, Üçbilek Matbaası, Ankara–2005

BİLGE, Yaşar: “**Adli Bilimlere Ait Kaynaklar Özet Kitabı**”, Birinci Baskı, Ankara -Palme Yayıncılık, 2003

BİLECEN, Necmettin: “**Ceza Davalarında Usul ve Tatbikatı**”, Ankara-Olgaç Matbaası, 1982

BİLEN, S. Akço: “Tanık Sorgulama- Seminer Notları”, , (çevrimiçi) www.britishcouncil.org.tr/turkish/society/seminer%25.doc , 14.06.2005

BJORNBERG, Kjell: RICMOND, Paul: “**Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi- İstisari Ziyaret Raporu: 28 Eylül 2003–10 Ekim 2003**”,Avrupa Birliği Komisyonu/Brüksel Ayrıca ,(çevrimiçi), www.abgm.adalet.gov.tr, 15.06.2005

BJORNBERG, Kjell: RICMOND, Paul: “**Türkiye Cumhuriyeti Yargı Sisteminin İşleyişi- İstisari Ziyaret Raporu: 11/19.Temmuz.2004**”, Avrupa Birliği Komisyonu/Brüksel, Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını, 2005- Ankara, ayrıca (çevrimiçi), www.abgm.adalet.gov.tr, 15.06.2005

BOUZAT, Pierre: “Ceza Muhakemesi Hukuku ve Kanıtların Toplanması Doğruluk Kuralları”, Çeviren Hasan İ. Bıyıklı, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Ocak 1977, Sayı 1, sh. 85–113

BUDAK, A. Cem: “MUHK” da Tıbbi Deliller”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

“Bunalımlarda(Krizlerde)Müdahale”: (Yazarı bilinmiyor), <http://www.acilveilkaydirm.com/acilbakim/krizstres.htm> , (çevrimiçi), 22.07.2005

BÜKEN Nüket Ö.: “Uluslararası Sağlık Bakışıyla Hekimi Uluslararası Bildirilere Karşı Sorumluluğu” HÜTF Deontoloji –Tıp Etiği ve tarihi AD. tarafından düzenlenen 23.Aralık.2005 tarihli HÜSEM etkinliği Sunum, Yayınlanmamıştır.

“**Büyük Larousse**”: Gelişim Yayınları 1986, Cilt 9-14-20

CANDAR, Sabri: ELMA, Cüneyt: DOĞAN, Bülent: “Adli Palinoloji (Forensic Palynology), **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3,Sh: 67–73

CANTÜRK, Gürol: DENER, Yücel: “Madde İle İlişkili Bozukluklar ve Madde Analizi”, Adli Tıp Kurumu Ankara Grup Başkanlığı Yayınlanmamıştır.

CANTÜRK, Gürsel, DENER, Yücel: Madde İle İlgili Bozukluklar ve Madde Analizi (Substance-Related Disorders And Chemical Analyse), **Adli Psikiyatri Dergisi (Turkish Journal of Forensic Psychiatry)**, Nisan 2005, Cilt 2, Sayı 2,Sh: 31–40

CELEX NO: 3200160703 (01) : “**DNA Analiz Sonuçlarının Değişimine Dair 25.06.2001 tarihli Konsey İlke Kararı, RG. C. 187, 03.07.2001, S.0001-0004, Konsey İlke kararı**”, (Çeviren: ““Ceza Yargılamasında Muayene Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik Tasarısı” çalışmaları sırasında Adalet Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Müdürlüğü Tetkik Hakimi Ömer Faruk Altıntaş) (çevrimiçi), <http://www.abgm.adalet.gov.tr> , 07.03.2005

CENGİZ, Salih: “Adli Analitik Toksikoloji”, **Toksikoloji Dergisi**,(The Turkish Journal of Toxicology), Ekim 2005, Cilt 3, Sayı 4, sh. 43–46

CENTEL, Nur: “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”. **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1–2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh.3–19

CENTEL, Nur: “**Türk Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu**”, İstanbul-Beta Yayınevi, 1992

CENTEL, Nur: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi”,**Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını**, İstanbul–1993, sh. 75–93

CENTEL, Nur: ZAFER, Hamide:“**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 3. Baskı İstanbul-Beta Yayınevi, Aralık- 2005

CENTEL, Nur; ZAFER, Hamide: “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, İstanbul-Beta Yayınevi, 1. Baskı, Ocak 2003

CENTEL, Nur: “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Tutuklama ve Yakalama**” İstanbul-Beta Yayınevi, 1992

CENTEL, Nur: “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii**”, İstanbul-Kazancı Yayınları, 1984

CENTEL, Nur: “**Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuat**”, 2. Baskı, İstanbul- 1986,

“**Ceza Hukuku El Kitabı**”, Derleme, Birinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, Eylül,1989

“**Ceza Muhakemesi Hukukunda Uzlaşma**”: Yayına Hazırlayan: Feridun Yenisey, Arıkan Yayınevi, Ekim–2005

“**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı- Sempozyum**”, Ceza Hukuku Derneği Yayınları”, No: 1 Baskı 1, San Ofset, 2004

“**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (Tadilleri Esbabı Mucibeler)**”: Adalet Vekâleti Yayını, Ankara Hapishane Matbaası, 1936

CHAUVEAU, M.: “Ceza Hakiminin İhtisası Ne Şekilde Derinleştirilebilir”, (Çeviren Nafiz Z. Başak), **Adliye Ceridesi**, Sene 30, 1939,Sayı 1-12, No: 34, sh. 705–720

CİHAN, Erol; YENİSEY, Feridun: “**Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 1. Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 1996

CİHAN, Erol: “**Cebir Kullanma Cürmü (TCK.m.188)**”, İstanbul-Fakülteler Matbaası, 1978

CILLERON, Ch.: “Sorguda Gdlmesi Gereken Metot (İsviçre Ceza Mevzuatı Açısından Bir İnceleme” (eviren: Reşat D. TESAL), **Adalet Dergisi**, Yıl 40, Temmuz 1949, Sayı 7, sh.1121-1128

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: “Cesedin Adli Muayenesi ve Otopsi zerine İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Mayıs-Haziran 1964, sayı 5-6, sh.: 336-349

ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: “**Ceza Muhakemeleri Kanunu- Cilt I**”, Ankara- Güzel Sanatlar Matbaası, 1966

ÇİNKO, M.S.: “Hukuki ve Tıbbi Açıdan Hasta Hakları” **Adalet Dergisi**, 2001, Yıl 93 sayı 9 sh. 193–211

“Cinsel Sağlık ve Bedenin Oluşumu”:İnsan Kaynağını Geliştirme Vakfı Yayını,(evrimii) <http://www.ikgv.org/cinsellik.htm>, 12.09.2005

ÇAKMUT, (YENERER)zlem: “**Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku ABD. Legal Yayıncılık, 1. Baskı, Ocak–2003

ÇAKMUT, (YENERER) zlem: “Türk Ceza Kanununa Göre Uyuşturucu Madde Kullanımının Yasal Sonuçları ve İptila Halinde Verilecek Hüküm” **Prof. Dr. etin zek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul 2004 sh.225–238

EKER, Mustafa:“Tıbbi Müdahalelerde Hukuka Uygunluk Sorunu”, www.adalet.org/bekran.php?idno=165&id=413(makaleler-CMK), (evrimii) 26.06.2005

ÇETİN, Grsel: **Adli Tıp Kurumu Başkanlığı, Adli Tıp Uzmanlar Derneği, Adli Tıp Derneği alışması**, Yayınlanmamış alıştay Raporu, Mart–2005

ÇETİN, Grsel, “Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti” Panel, 14.11.2005 tarihli Sunum,

ÇETİN, Grsel:“Ceza Muhakemesinde Muayene”, 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005–02.11.2005 Antalya) 29.09.2005 tarihli Sunumu, **12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül–2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006, 56–59

ÇETİN, Grsel: “Post Mortem Toksikoloji”, **Toksikoloji Dergisi**,(The Turkish Journal of Toxicology), Ekim 2005, Cilt 3, Sayı 4, sh. 41–42

ÇINAR, lk; “Tıp EĞitiminde Yan Dal Uzmanlık EĞitimi”, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**”, Ekim–2006, Sayı; 2, sh. 91–110

ÇOLAK, Haluk: Taşkın, Mustafa: “**Açıklamalı-Karşılaştırmalı-Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu**”, Seçkin Yayınevi, Ankara 2005

ÇOLTU, Atınç: “PROMİL NEDİR? SÜRÜCÜLERDE ALKOL MİKTARININ DEĞERLENDİRİLMESİ”, **Polis Dergisi**, Sayı 41, Temmuz-AĞustos-Eylül 2004,

ÇOLTU, M.A.: DURAK, D. R. Fedakar: “Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesi Acil Servisinde Düzenlenen Adli Tıp Formlarının Değerlendirilmesi”, **Adli Tıp Bülteni**, 2000, 5/1, sh. 32–35

DAGUIN, Fernand: “**Ceza Usulü Muhakemeleri Kanununun Ana Hatları**” Çev.: Baha Arıkan, Ankara Hapise Matbaası, -1938

DEĞERLİ, Ünal: EMRE, Ali: “**Cerrahi Semiyoloji**”, 2. Baskı, İstanbul- Nobel Tıp Kitapevi, 1990

“DEMİRKAPI, Ertan: “Anglo Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, İzmir–2003, sh. 39–77

DEMİRCAN, Y. Tunç: “Psikiyatride Hasta Hakları”, <http://www.hayad.org.tr/haklar/02.htm>, (çevrimiçi), 01.06.2005

DEMİRTAŞ, Erkan: “İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. Maddesi ve İlgili Yargı Kararları”, <http://www.adalet.gov.tr>, (çevrimiçi), 25.07.2005

DEMİRTAŞ, Timur: “**Kriminoloji**”, 2. Baskı, -Ankara, Seçkin Yayınevi, 2005

DENER, Yücel: “Alkol ve Madde Analizi”, Adli Tıp Ankara Grup Başkanlığı, İç Sunumu, Mayıs–2005, Yayınlanmamıştır

DERDİMAN, Cengiz: “Yakalama, Gözaltında Bulundurma ve İfade Alma Konusunda Hukuksal Alandaki Yeni Değişiklikler Düzleminde Genel Bir Değerlendirme”, (çevrimiçi), www.egm.gov.tr 31.07.2005

DERDİMAN, Cengiz: “Polisin Parmak İzi ve Fotoğraf Alma Yetkisi” **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, Haziran 1996, Sayı 411, sh. 177–187

DERYAL, Yahya: “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk şartı olarak Hastanın Rızası”, <http://www.saglik.gov.tr/extras/hastahaklari/riza2.htm>, (çevrimiçi), 15.03.2006

DOĞAN, İlyas: “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, <http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/cezamuhakemeriesulukanunu/ilyasdogan.htm> (çevrimiçi), 22.06.2005

DOKGÖZ, Halis: SÜNER, Çiğdem: BÜTÜN, Celal: “Çocuk İstismarı Olgularında “Çocuk Dostu Muayene ve Değerlendirmenin Önemi”, **III. Ulusal Çocuk ve Suç Sempozyumu, “Bakım Gözetme ve Eğitim”, 22–25 Ekim 2003, Bildiriler**, Ankara, Yorum Matbaacılık, 2005

DONAY, Süheyl: “**İnsan Hakları Açısından Sanığın Hakları ve Türk Hukuku**” İstanbul–1982

DONAY, Süheyl: **“Açıklamalı Ceza Muhakemesi Kanunu- Eski Yasa İle Karşılaştırmalı İlgili Yönetmeliklerle Beraber”**, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2005

DOYLE, Carolyn; BAGARIC Mirko; “Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu” (Çeviren; Esra DEMİR), **“Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku”**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayıma Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara–2007, sh. 91-131

DÖNMEZER, Sulhi: **“Özel Ceza Hukuku Dersleri”** Fakülteler Matbaası, İstanbul–1984

DÖNMEZER, Sulhi; ERMAN, Sahir: **“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım- Cilt III”** İstanbul-Fakülteler Matbaası, 1980

DÖNMEZER, Sulhi.; ERMAN, Sahir: **“Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku- Genel Kısım- Cilt 1”** Sekizinci Baskı, Formül Matbaası İstanbul-1982

DÖNMEZER, Sulhi; YENİSEY, Feridun: “Ceza Adalet Sisteminin Etkinliği”, (çevrimiçi), www.kriminoloji.com, 25.05.2005

DURUKAN M. Yaşar; ARSLAN A.Yavuz: **“Dikkat! DNA' mızı Çalışıyorlar”**, (çevrimiçi), <http://64.233.183.104/search?q=cache:OC1gjBTBUKYJ:arsiv.aksiyon.com.tr/arsiv/232/pages/dosyalar/dos4.html> , 23.03.2005

DÜLGER, M. Volkan: “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”, (çevrimiçi), www.bilimler.com, mvd@hotmail.com, 04.04.2005

DÜNDAR, Nihat: “Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesinin Ziyaret ve İncelemelerinde Tespit Edilen Hususlar”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 69, Haziran 1997, Sayı 415, sh.:57-112

DÜNYA TIP BİRLİĞİ HELSİNKİ BİLDİRGESİ- İnsan Denekleri Üzerindeki Tıbbi Araştırmalarda Etik İlkeler”: <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler>, (çevrimiçi), 03.05.2005

“DÜNYA TABİPLER BİRLİĞİ LİZBON İNSAN HAKLARI BİLDİRGESİNİN GÖZDEN GEÇİRİLMİŞ ŞEKLİ-Dünya Tabipler Birliğinin Eylül 1995 Bali Endonezya Toplantısında Kabul Edilmiş Olan Metin”: (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler>, 03.05.2005

ELÇİOĞLU, Ö. : GÜNDÜZ, T. : “Hasta Rızasının Tıbbi ve Hukuki Yönü”, **Anadolu Tıp Dergisi**, 13 cilt Sayı 2 1991, sh. 213-220

EN, Murat: “Önceki Hukukumuzda Şahitliğin Tanımı Şartları ve Nisabı” **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi 75.Yıl Armağanı**, Cilt 2, Sayı 1 Erzincan 1998, sh: 283-312, ayrıca www.jura.uni-sb.de/turkish/MSen6.htm , 22.06.2005

ERDOĞAN, Ramazan: “Türkiye’de Polisin İfade Alma Yetkisi ve Güncel Sorunlar”,(çevrimiçi), www.egm.gov.tr , 21.06.2005

ERDURAK, Yılmaz G.: “**Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu-Notlu İçtihatlı**”, 2. Baskı, Ankara-1988

EREM, Faruk:“ **Ceza Usulü Kanunu**”, 4. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara-1973

EREM, Faruk: “ Türk Ceza Kanununda Emniyet Tedbirleri”, **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Maarif Matbaası, Ankara–1943, sh. 351–378

EREM, Faruk “Ceza Hukukunda Meslek Sırrı” **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, Ankara-Maarif Matbaası, 1943, sh. 35-72,

EREM, Faruk: “ Mağdurun Korunması”, **Adalet Dergisi**, Yıl 57, Nisan 1966, Sayı 4, sh. 277–279

EREM, Faruk: “Usul Hiylesi”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Nisan 1977, Sayı 2, sh.171-174

ERMAN, Barış: “**Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**”, Seçkin Yayıncılık I. Baskı, Nisan 2003

EROL, Haydar: “**İçtihatlı Ceza Muhakemeleri Usulü kanunu**”, Ankara-PYS Matbaacılık, Ocak-2002

ERSOY, N.: “Tıbbi Gizlilik İlkesi”, **Sendrom Dersgisi**, Nisan 1998, sh. 24-28

ERSOY, N.: “Aydınlatılmış Onam Öğretisinin Gelişimi”, **Türkiye Klinikleri Dergisi Tıbbi Etik**, Yıl 1 Sayı 4, 1994

ERYILMAZ, M. Bedri: “Kişi Hak ve Özgürlükleri Açısından Tasarıda Görülen Eksiklikler”, **The Journal of Turkish Weekly**, 24.11.2004

ERYURT, Selahattin: “İngiliz Mahkemeler Kanunu(Courts Act. 1971) ÖNSÖZ”, **Adalet Dergisi**, Yıl 69, Ocak 1978, Sayı 1, sh.8-23

EVİK, Hakan A.: “Ceza Kanunumuz ve Kadın” **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:349-364

EVİK, V. Sonay: “**Çıkar Amaçlı Örgütlenme Suçu**”,1. Bası, İstanbul Beta Yayınevi,Ocak-2004

EVİRGEN, H. Rıfat: “Adli Tababet- Saç ve Kıl Muayeneleriyle Suçlu Nasıl Bulunur”, **Adalet Dergisi**, Yıl 42, Haziran 1951, Sayı 6, sh. 840-842

EVİRGEN, H.Rıfat: “Amerika’daki Adli Tabipler Suçluyu da Meydana Çıkıyorlar”, **Adalet Dergisi**, Yıl 43, Haziran 1952, Sayı 6, sh.796-801

FİNCANCI, Şebnem, K, “İnsan Hakları, Adli Tıp ve Hekim Sorumluluğu”, **Toplum ve Hekim Dergisi**, 1996, 1175-76, sh. 56-60

FIRAT, Tarık: “İç Hukukta Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Yakalama Ve Gözaltına Alma”, **Adalet Dergisi**, Yıl 91 Nisan 2000, Sayı 3 sh.: 93-107

FİNCANCI, Şebnem K.: “İşkence Ve Hekim Sorumluluğu İstanbul Protokolü Kullanım İlkeleri”, [http://: www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), (çevrimiçi), 25.07.2005

FISCHER, Getfried: “Somut Olaylarla Tıp Hukukunda Aydınlatma (Aufklärung im Medizinnerecht) 2. Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22. Nisan. 2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

GIESEN, Dieter: “Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu” Çeviren Salim Özdemir, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Nisan 1977, Sayı 2, sh. 217-228

GİFFARD, Camile: “İşkencenin Rapor Edilmesi”, Çev: Orhan Kemal Cengiz, Essex Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, 1. Baskı, Uşşak Matbaacılık, Mart-2001

GİRAY, A. Ümit: “Malpraktis Açısından Hekimlerin Karakteristikleri Ve İşyeri Fiziksel Koşullarının Akciğer Tüberküloz Hastalığı Teşhisinde Kullanılan Muayene Protokolü Uygulama Yeterliliğine Etkisi”, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü Yönetmeliğinin Sağlık Kurumları Yönetimi Programı İçin Öngördüğü Doktora Tezi, Ankara-1999

GOMİEN, Donna: HARİS David: “Avrupa insan hakları sözleşmesi'nde işkence yasağı”, İşkencenin Doğru Ve Etkin Belgelemesi İçin Rehber”, www.ihd.org.tr, (çevrimiçi), 10.06.2005

GOREA, Rakesh Kumar: SİNGH, Gagandeep: JASUJA, Om Prakash: “Forensic Examination of Bite Marks-Satate of The Art (Adli ısırık izi incelemesi-Son Teknikler): **Adli Bilimler Dergisi (Turkish Journal of Forensic Sciences)**, Nisan 2005, Cilt 4, Sayı 3, Sh: 61-66

GOSSNER-MEYER, Lutz: “**Strafprozessordnung**” Beckliche Kommentare, Band 6, Mit GVG Und Nebengesetzen, 48. Auflage, Verlag C.H. Beck, München-2005

GÖKÇE, Teoman: “Karşılaştırmalı Hukukta Savcılık”, **Adalet Dergisi**, 2005 sh. 70-84

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: GÖZÜBÜYÜK, Şeref,: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”, Ankara ,Adalet Matbaası, Eylül/1994

GÖK, Şemsi: “**Adli Tıp**”, Filiz Kitabevi, 4. Baskı, İstanbul, 1980

GÖZLER Kemal: “**Genel Hukuk Bilgisi**”, Bursa-Ekin Kitabevi Yayınları, 2002

GÖZ TRAVMALARI İLE İLGİLİ ADLİ RAPORLARIN HAZIRLANIŞI: <http://www.med.ege.edu.tr/optihal/rapor.html>, (çevrimiçi), 25.05.2005

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: “Ceza’da Bilirkişi İncelemesine Gerek Olan ve Olmayan Haller”, **Adalet Dergisi**, Yıl 65, Ocak-Şubat-1974, Sayı 1-2, sh.239-241

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: “Ceza Muhakemesinde Yenileşme”, **Adalet Dergisi**, 1985, Sayı 4, sh. 67

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: “**Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi**”, 5. Baskı, Kazancı Yayınları

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: “İsviçre Vaud Kantonu – Küçükler Ceza Muhakemesi Usulü Kanunu”, **Adliye Ceridesi**, 33.Sene, 1. Sayı, No: 56, Ankara Yeni cezaevi matbaası, 1942, sh.866-878

GÖZÜBÜYÜK, A.Pulat: “Ceza Hukukunda Yeni Cereyanlar, Yeni İsviçre Ceza Kanunu”, **Adliye Ceridesi**, 32. Sene, No:48, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, sh. 935-949

GÜLDOĞAN, Muzaffer: “Adli Tıp Araştırmaları – Suç Aleti ve Suçlunun Tespitinde Röntgen”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Temmuz-1973, Sayı 7, sh.556-557

GÜLDOĞAN, Muzaffer: “Baz Morfinin Adli Tıp Yönünden Niteliği”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Ağustos-1973, Sayı 8, sh.875-879

GÜLTAŞ, Veysel: “**Geçmişten Günümüze İnsan Hakları (Belgeler, Bildirgeler, Sözleşmeler)**”, Ankara -Bilge Yayınevi, 2004

GÜLTEPE, Hilal:“Soybağı Kavramında Genetik İnceleme”, 12/10/2003 Tarihleri Arasında Antalya’da Yapılan "Ulusal Adli Tıp Sempozyumu Tebliği, , <http://haber.intrattem.gen.tr/content/view/984> , (çevrimiçi), 03.05.2005

GÜNDÜZ, T.: “Pratisyen Hekimlerin Adli Tıp Uygulamalarında Karşılaştıkları Sorunlar”, **Tıbbi Etik Dergisi**, 5 Yıl 1997-2. Sayı, sh. 56-63

GÜRAKAR, Özlem: “Ses ve Görüntü Kayıtlarının Delil Değeri” **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:443-456

GÜRELLİ, Nevzat: “**Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik**”, İstanbul-1967

GÜRELLİ, Nail: “Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna Ait Meseleler”, **Doğanay’ a Armağan**, İstanbul,-1982

GÜRSOY, Elif: “Kızlık Zarı Muayenesi-Bekaret Denetimi”, www.huksam.hacettepe.edu.tr/muayene.htm , (çevrimiçi), 02.05.2005

GÜNDOĞAN, Ü. N.: ERDEN, H.: ERSOY, N.: GÜNDOĞMUŞ, A.: “Tıbbi Bilirkişilik Uygulamalarında Kişilik Haklarının Korunması”, **Yıllık Adli Tıp Toplantıları, 25-27 Nisan 2001**, İstanbul 2001, sh. 131-134

HAKERİ, Hakan: “**Haksız Yakalanan ve Tutuklanana Tazminat Verilmesi**”, Ankara-Seçkin Yayınları, 1999

HAKYEMEZ, Yusuf Şevki: “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağani**, C.II, İstanbul, 2001, s.1287 vd..

HAMSON, C. J.: “İngiliz Hukukunda Maznunun Yeri”, Çev.: Münci Kapani, **AÜHF**, CiltIX, 1952, Sayı 1-2, sh.:324-330

HANCI, İ. Hamit: “Adli Tıp ve Adli Bilimler”, Ankara 2002

HANCI, İ.Hamit: “**Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları (Tıp ve Sağlık Hukuku)**”, Genişletilmiş 2. Baskı, İzmir, Toprak Ofset Matbaacılık, Eylül-1999

HANCI, İ. Hamit: “Birinci Basamak Adli Raporlarında Yapılan Hatalar(1)”, **Türkiye Klinikleri Dergisi**, Hamit’in Yeri, Sayı 175, 26.4.2004

HANCI, İ. Hamit.: “**Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu**”, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2003

HANCI, İ.Hamit: “Otopsi ve Hekimin Bilirkişilik Görevi”, www.ttb.org.tr/saglikhukuku , (çevrimiçi),15.04.2005

HANCI, İ. Hamit vd.: İstanbul Tabip Odası: “Hekimlerin Yasal Sorumlulukları”, (çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr/adli/1.html> , 02.05.2005

HANCI, İ. Hamit: “**Adli Psikiyatri**”, Türkiye Klinikleri, Hamit’ in Yeri, Sayı 144, 22.09.2003, http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk22.html, (çevrimiçi), 15.03.2005

HANCI, İ. Hamit: Hakan Özdemir: “Hekim Hastaları ve Yüksek Sağlık Şurası”, **Hekim Forumu**, Sayı: 142, Temmuz-Ağustos/2001

HANCI, İ. Hamit: “**Malpraktis- Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**”, 2. Baskı, Ankara-Seçkin Yayınevi, 2005

“Hasta Bir Kadının Erkek Doktor Veya Hasta Bir Erkeğin Kadın Doktora Muayene Olması Caiz Midir?” İslam Fıkıh Ansiklopedisi, (çevrimiçi), <http://www.otukenim.net/modules.php.name=Encyclopedia&op=content&tid=459> , 25.08.2005

“Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü (Ana Sözleşmesi)- Temel Doküman- Roma Kasım 2002”: (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler>, 03.05.2005

“Hasta Hakları Konusunda Avrupa’daki Gelişmeler”: (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/haklar/06.htm> , 03.05.2005

HATEMİ, Hüseyin:“**Hukuka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları**” Sulhi Garan Matbaası, İstanbul–1976

“Hekimin Bilirkişilik Görevi”: <http://med.ege.edu.tr/~ophthal/bilirkisi.html> (çevrimiçi), 22.06.2005

HEKİMOĞLU, Ahmet: “İrz ve Namusa Yönelik Cürümler Üzerine Bir İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Mart-Nisan 1988, Sayı 2, sh.: 106-139

HIMBERG, Kimho; “Adli Bilimler Alanında Avrupa Birliği Kriterleri”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 30.09.2005 günlü Konferans “**12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, sh.85-88

HİRSCH, Ernest: “Pratik Hukukta İlmî İspat ve Tefsir”, **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 1, Maarif Matbaası, Ankara-1943 sh.192-199

İNANICI, M. Akif: “Beden Muayenesi ve Örnek Almada Uluslararası Uygulamalar”, 4. Adli Bilimler Sempozyumu Bildirisi, 20.05.2005 Elazığ

INHULSEN, C.H.P: “**İngiliz Ceza Muhakemeleri Usulü-Bugünkü Tatbikat Üzerine Bir Tetkik**”, Çeviren Rifat Taşkın, Ankara -Hapisane Matbaası, 1938

“İnsan Hakları Sözleşmesinin Tıbbi Karar Alma Sürecine Etkileri (1998)”; (Çeviren; Seda KOÇ), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.395-399

“**INVESTIGATIVE TESTS- Criminal Law**”, Law Reform Comission of Canada, Working Paper 34, Canada-1984

INTERPOL, 67th General Assembly Session Cairo, 22nd – 27 October 1998, DNA Profiling, 10-15

İÇEL, Kayıhan.; ÜNVER, Yener: “**Tıp ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 2, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Nisan 2004

İÇEL, Kayıhan, YENİSEY, Feridun: “**Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları**”, İstanbul, Der Yayınları, 1987

İÇEL, Kayıhan: YENİSEY, Feridun: “**Ceza Kanunları**”, 10. Baskı, İstanbul Beta Yayınları, 1999

İÇEL, Kayıhan: “**Suçların İctimar**”, İstanbul-Sermet Matbaası, 1972,

İÇEL, Kayıhan: DONAY, Süheyl: “**Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku-Genel Kısım**”, İstanbul, Beta Yayınevi, Mayıs-1987

“**İfade Özgürlüğü ve Türk Ceza Hukuku**”, Ceza Hukuku Derneği Yayınları, No:1, I. Baskı, Beta Yayınları, Aralık- 2003

“**İnsan Hakları Ve İnsancıl Hukuk Bağlamında İşkence Yasağı Ve Yaşam Hakkı (Prohibitor Of Torture And Right To Life- At The Scope Of Human Rights And Humanitarian Law)**(Seminer) 16.11.1996: İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 10, İzmir-Ekim 1997

“İnsan Hakları Hukukunda İşkence Yasağı”: İzmir Barosu İnsan Hakları Hukuku ve Hukuk Araştırmaları Merkezi Yayını: 5 İzmir- Kasım 1996

“İnsan Hakları Koordinatör Üst Kurulu Çalışmaları: Türkiye’de Ve Dünyada İnsan Hakları”: (çevrimiçi), <http://members.fortunecity.com/guraba/calisma10a.htm> , 22.06.2005

“İSTANBUL PROTOKOLU: Manual on the Effective Investigation and Documentatation of Tarture and Other Cruel Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, The İstanbul Protocol (İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin El Klavuzu)”, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 2. Baskı Mart-2003

JACOBS, Francis G.: Robin, C: WHITE,. A: **“The European Convention On Human Rights”** Second Edition, Clarendon Pres- Oxford 1996

JOECKS, Wolfgang: **“Studienkommentar StPO”**, Verlag C.H. Beck, München. 2006

JASUJA, O.P: **“Hindistan: Birlik İçinde Farklılık, Hindistan’da Adli Bilimler Teşkilatı”**, 09.06.2005, Konferans, Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi 50. Yıl Amfisi, Ankara

JESCHECK, H. Heinrich, İÇEL, Kayıhan:, BAYRAKTAR, Köksal: **“Almanya Federal Cumhuriyeti Ceza Hukukuna Giriş”**, Çeviren Feridun Yenisey), Beta Yayınevi, Nisan 1989-İSTANBUL

KABAN, Mater: Halim: AŞANER, GÜVEN, Özcan: YALVAÇ, Gürsel: **“Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları (Eylül1996- Temmuz 2001)”** Ankara, Adalet Yayınevi, -2001

“Kadının Erkek Doktora Muayene Olması” İslam Fıkıh Ansiklopedisi, , <http://www.otukenim.net/modules.php.name=Encyclopedia&op=content&tid =456> (çevrimiçi) ,25.08.20005

“Kadının Şiddete Karşı Korunması – 30.04.2002’ De Kabul Edilen Bakanlar Komitesinin Üye Devletlere Kadınların Şiddete Karşı Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı Rec(2002) Ve İzahat Belgesi”>: TC Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü, www.basbakanlik.gov.tr, (çevrimiçi), 22.06.2005

“Kadına Uygulanan Tetkikler”:, www.kadinhastaliklarivedogum.com/intertilite/kadin_tetkik.asp , (çevrimiçi), 15.04.2005

KALABALIK, Halil:“Yetki Genişliği Yerinden Yönetim Sisteminin Bir Uygulaması Sayılır mı?”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl 68, Aralık 1996, Sayı 413, sh. 128-146

KAMAY, Behçet: ÖZEN, Cahit: “Adli Tıp Bakımından Vücut Organlarındaki Hususiyetle Cinsiyet Tayini”. **Adalet Dergisi**, Yıl 45, Temmuz–1954, Sayı 7, sh.842–848

KAMAY, B. Tahsin: “Eksper Hekimlerin Evsafı ve Rolü, Otopsinin Hekim Tarafından Yapılmasındaki Kati Zaruret”, **Adalet Dergisi**, Yıl 49, Eylül-Ekim–1958, Sayı 9–10, sh.507–518

KAMAY B. Tahsin:“Adli Tıbbın Tarih ve Tekamülü(1)” **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Haziran–1957, Sayı 6, sh.523–535

KAMAY, B. Tahsin: “Adli Tababetin Tarih ve Tekamülü(1)” **Adalet Dergisi**, Yıl 48, Ocak–1957, Sayı 1, sh.12-28

KANTAR, Baha: “**Ceza Muhakemeleri Usulü- I. Kitap-Umumi Hükümler**”, 3. Baskı, Ankara Güney Matbaacılık, Ankara–1950

KARABEL, S.Sıtkı: “Amerika Birleşik Devletlerinde adli Teşkilat, Federal Cezaevlerinde Patronaj ve Nevileri”, **Adalet Dergisi**, Yıl 42, Ağustos 1951, Sayı 8, sh.1269–1293

KALAÇ, Rüştü: “Malpraktis Yasa Tasarısı Üzerine Değerlendirmeler”, (çevrimiçi), <http://www.ssto.org.tr/belgeler/malpraktis.htm>

KALAÇA, Çetin: “Tıbbi Girişimin Reddi, Hastanın Karar Verme Yetersizliği ve Psikiyatristlerin İlgili Tıbbi Etik ve Hukuksal Bilgiye Sahip Olma Açısından Kendilerini Tanımladıkları Konum” **Türkiye Klinikleri Dergisi Tıbbi Etik**, 4. Cilt 2. Sayı 1996 sh. 55-60

KALAMAN, Nizamettin: “Yakalama Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğine Genel Bir Bakış”, **Adalet Dergisi**, Yıl 91, Nisan 2000, sayı 3, sh.: 38-53

KARAGÖZ, M.Y: AKMAN, R.: ATILGAN, M.: “Adli Tıp Uzmanları Dışında Verilmiş Adli Raporların, Adli Yargı Üzerindeki Etkileri”, **Adli Tıp Bülteni**, 2000, Sayı 5(3), sh.247-250.

KAYGUSUZ, Ziyaettin: “Olay Yeri İnceleme Çalışmalarında Bilimsellik ve Hukukilik”,<http://www.suc.gen.tr/modules.php?name=Content&d-op=showpage&pid=148>, (çevrimiçi), 22.06.2005

KAZUK, Kemalettin: “Fransa’da İspat Hakkı Müessesesi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 51, Ekim 1960, Sayı 10, sh.: 871-881

KENDİ, Özer: BİLGE, Yaşar: “Alkolün Metabolizması ve Trafik Kazalarındaki Önemi”, **Adli Tıp Bülteni**, 5/1, 2000, sh. 32–35

KENDİ, İ.Özer: BİLGE, Yaşar: “Alkolün Metabolizması ve Trafik Kazalarındaki Önemi”, **Adli Tıp Bülteni**, 5. Cilt 1. Sayı 2000, sh. 32–35

KENDİ, Özer., BİLGE, Yaşar: “Çehrede Sabit Eser”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 47, 1998,Sayı 1–4, Ankara Üniversitesi Basımevi–2000, sh.171–183

KESKİN, Serap: **“Ceza Muhakemesi Hukukunda Temyiz Nedeni Olarak Hukuka Aykırılık”**, Alfa Yayınevi, İstanbul–1997

KESKİN Serap: “Türk Ceza Hukukunda Müessir Fiiller”, Yüksek lisans Tezi, İÜSBE, Kamu Hukuku AB. , (Yayınlanmamıştır)

KESKİN, Serap: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Serbest Delil Değerlendirmesi”, **Prof. Dr. Vecdi ARAL’a Armağan**, Kocaeli–2001, sh. 165–168

KESKİN, Serap: **“İnsan Hakları-Kişi Özgürlüğü Ve Güvenliği Hakkı”**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul–2000, sh. 64–97

KESKİN, Serap: “Der Revisionsgrund im Strafverfahrensrecht”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Volume:36, No:53, 2004, sh.119–130

KESKİN, Serap: “AİHM’de Hukuka Aykırı Deliller ve AİHM Schenk Örneği”, **“18-20.Ekim.2002 18. Hukuk İhtisas Semineri, Özel Hayatın Korunması”**, Polis Akademisi Yayınları, Yayın No; 7, sh.107 vd.

KESKİN, Serap: Die Richterliche Unabhaengigkeit”, **Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul**, Volume:36, No:53, 2004, sh.131–140

KESKİN, Serap: “22.Kasım.2000 Tarihli Alman Anayasa Mahkemesi Kararında Sosyal ve Hukuk Devleti İlkesi ve Keyfilik Yasağı”, **“Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Aysel ÇELİKEL’e Armağan**, Yıl 19–20, Sayı 1-2, 505-512, 1999, 2000

KESKİN, Serap: “Kişi Özgürlüğü ve Güvenliği Hakkına İlişkin Anayasal Değişiklikler”, **“İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası”**, LX/1-2, 2001, sh.155-180

KESKİN, Serap; “Çocuk Muhakemesinde Gizlilik İlkesi ve Federal Almanya ceza Muhakemesi Hukukunda’ki Düzenlenişi”, **Prof. Dr. Sahir ERMAN’a Armağan**, İstanbul-1998, sh. 519-525

KESKİN, Serap:“Federal Almanya Çocuk Ceza Hukukunda Bir Olay İncelemesi”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:561-566

KESKİN, Serap: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Reformatio In Peius Kuralı”, **“Prof. Dr. Turhan Tufan YÜCE’ye Armağan”** , Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir-2001, sh. 409–420

KILKELLY, Ursula: **“Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:1”**, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, 2003

KIVILCIM-FORSMAN, Zeynep: “Genetik Teknolojisi ve İnsan Hakları”, Türkiye’de İnsan Hakları Konferansı, 7-9.12.1998, Türkiye’de İnsan Hakları,,

Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi,sh.511-528

KILIÇÇIOĞLU, Barış vd.: “Sürüntü Yöntemiyle Deri Üzerindeki Tükürük Kalıntılarında Amino Enzim Aktivitesinin Tespiti”, **Adli Tıp Dergisi**, Cilt 19, Sayı 3, 2005, sh. 23–28

KIZILARSLAN, Hakan:“Türkiye’de Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele ve “Türkiye Terör ve Örgütlü Suçla Mücadele Başsavcılığının Kurulmasının Zorunluluğu Hakkında”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:535-584

KIZILARSLAN, Hakan: “Vücut Muayenesi Ve Örnek Almaya Metodolojik Yaklaşım”, Ankara Üniversitesi Adli Tıp AB. 14.11.2005 tarihli Seminer Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

KIZILARSLAN, Hakan: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücut Muayenesi Ve Örnek Alma” İle İlgili Yasa Ve Yönetmelikteki Düzenlemelere Kronolojik Bir Bakış, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 30.09.2005 günlü Sunumu, **12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2 Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006, 53–56

“KIZLIK ZARI – HYMEN”: http://www.neyokki.com/cinselbilgi/kizlik_zari/kizlikzari.htm, (çevrimiçi), 01.06.2005

“Kimyasal İncelemelere Esas Delillerin Toplanması ve Laboratuarlara Gönderilme Esasları”: Adli Tıp Kurumu İç Talimatnamesi, 2005, Yayınlanmamıştır

“**Kopenhag Siyasi Kriterleri Ve Türkiye (Mevzuat Taraması)**”: İnsan Hakları Derneği Yayınları, Ankara,- Barışcan Ofset, Ekim 2000

KOCA, Mahmut: “Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı” <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca.html>, (çevrimiçi), 25.03.2005

KOCA, Mahmut: “Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde Bir Koruma Tedbiri Olarak Yurtdışına Çıkarmama”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1–2, sh. 161–198, aynı zamanda, (Çevrimiçi) <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/MKoca1.html> 25.05.2005, 31.05.2005

KOCA, Mahmut: “Tutuklamada Orantılılık İlkesi Çerçevesinde 2002 CMUK tasarısının “Adli Kontrol” Tedbirinin Değerlendirilmesi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 5, Sayı 2, İzmir–2003, sh. 109–143

KOÇAK, Aytaç vd.: “EÜTF Adli Tıp Anabilim Dalında Düzenlenen Kesin Raporların Retrospektif Olarak İncelenmesi”, 12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005-02.11.2005 Antalya) Sunumu, **12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül-2 Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006, 231

KÖK, Ahmet N.: “İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesine Göre Aydınlatma ve Rıza”, **KHUKA, Kamu Hukuku Arşivi, Uluslar arası Sempozyum, 1. Türk**

Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, 11-12.Kasım 2005, Kasım 2005, Yıl 8, S. 99-201,2-2005, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, ISSN NO:1303-6076 WEB ISSN NO:1304-2416, sh.116-121

KÖK, Ahmet N.: “Hekimin Sorumluluğu”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 30.09.2005 günlü Sunumu, (**12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül-2.Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul-2006), 33-38

KÖK, A.Nezih,: ÇANKAYA H.: “Hukukun Üstünlüğünün gerçekleşmesinde Adli Tıbbın Yeri”, **Adalet Dergisi**, Nisan2001-İstanbul sh. 25-27,

KÖROĞLU, Hasan: “**En Son Değişikliklerle Uygulamada ve İçtihatlarda Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları**” Ankara -Seçkin Yayınevi, 2001

KUÇURADİ, İoanna: “Etik İlkeler Ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları” (çevrimiçi), [http://: www.adalet. gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

KUFACI, Ahmet: “Sanığın Şuur ve Hareket Serbestîsinden Mahrumiyet Halleri, Şuurun Tetkiki” **Adalet Dergisi**, Mayıs-Haziran 1989, Yıl 1980, Sayı 3 sh. : 59-77 Ankara-Yarı açık Cezaevi Matbaası, 1989

KUMRULU, Zeki: BETİL Zihni:“**Ceza Muhakemeli Usulü Kanunu**”, 2. Baskı, Ankara, Yeni Cezaevi Matbaası, 1945

KUNTER, Nurullah: YENİSEY Feridun: NUHOĞLU Ayşe: “**Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 14. Baskı, Arıkan Yayınevi, Mart-2006
KUNTER, Nurullah: YENİSEY, Feridun: “**Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuk, Özet Kitap**”, Arıkan Yayınevi, 2005

KUNTER, Nurullah: “Hukuki Hatayı Gidermek İçin Ceza Muhakemesinin Yenilenebilmesi Sorunu”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 13, Temmuz-1987, Sayı 3, sh. : 201-208

KUNTER, Nurullah: “Suçluların Muayenesi Mevzuunu Tetkik Eden Avrupa Semineri”, **İÜHFİM**, 1952, 1-2, sh. 41 vd.

KUNTER, Nurullah: YENİSEY, Feridun: “**Yakalama ve İfade Alma**”, 12. Baskı, İstanbul- Beta Yayınları, Nisan 2000

KUNTER, Nurullah: YENİSEY, Feridun: “**Arama, Elkoyma ve İletişimin Denetlenmesi**”, 12. Baskı, İstanbul, Beta Yayınları, Nisan 2000

KUNTER, Nurullah: YENİSEY, Feridun: “**Ceza Muhakemesi Hukuku-I. Kitap (Öğrenme Kitabı), Ceza Muhakemesinin Genel Hükümleri**”, 12, Baskı, İstanbul-Beta Yayınları, 2002

KUNTER, Nurullah: “**Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku**”, 7. Baskı, İstanbul,Kazancı Yayınları, 1981

KÜÇÜKÇALLI, Nevin: “Uzun Süreli Açlıkların Adli Tıptaki Yeri Ve Önemi” T.C. Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Uzmanlık Tezi, İSTANBUL-2003, yayınlanmamıştır, http://www.ttb.org.tr/aclik_grevleri/tez_nevin_k.doc, (çevrimiçi), 25.09.2005

KÜHNE, Hans-Heiner: “**Strafprozessrecht- Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrenrechts**”, 6. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, C.F.Müller Verlag, Heidelberg

“Kürtaj Veya Gebeliğin Devam Kararı”: (çevrimiçi), www.kadinhastaliklarivedogum.com/aile_planlamasi/karar.asp, 15.04.2005

LARGUIER, Jean: “Fransa’da Ceza Yargılama Mercileri”, Çeviren: Salim ÖZDEMİR, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Şubat–1975, Sayı 2, sh. 221-241

LÖWE/ROSENBERG:“**Die Strafprozessordnung und das Gerichtverfassungsgesetz, Grosskommentar**”, 25. neubearbeitete, Auflage, herausgegeben von Peter Riess, Zweiter Band, 72-136 a, Bearbeiter 72-93 Daniel M. KRAUSE, De Gruyter Recht- Berlin

Mağdurların cezai takibatlardaki durumu hakkındaki 15 Mart 2001 tarihli Konsey Çerçeve Kararı (2001/220/JHA)

MAHMUTOĞULLARI, Haluk: “İnsan Hakları Kavramının Felsefi Yönden Tahlili”, www.adalet.gov.tr., (çevrimiçi), 02.06.2005

MALKOÇ, İsmail; YÜKSEKTEPE, Mert: “**Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**”, Malkoç Kitabevi, 2005

MARPET, M.I.: PRIMEAUX, P. : “Using Desicion Science To Gain Insight İnto Ethical Issues: an Example Involving Treshold In Workers Compensation”, **J. Forensic Science**, 46/4, 2001, 969-977

MOCAVEI, Monica: “**İfade Özgürlüğü - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 10. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:2**”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara- Açık Cezaevi, Kasım 2003

MOCAVEI, Monica: “**Kişinin Özgürlük ve Güvenlik Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 5. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:5**”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, Kasım 2003

MOLE, Nuala; HARBY, Catharina: “**Adil Yargılanma Hakkı - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El Kitapları No:3**”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, 2003

“**MUAYENEDEN TANIYA**”: Editör: İsfendiyar Candan, 2. Baskı, Ankara, Antıp Yayınları, 2004

MUSLUOĞLU, Lütfü: “Resmi Bilirkişi ve Adli Tıp”, **Adalet Dergisi**, Yıl 46, Temmuz 1955, Sayı 7, sh.758-774

NARUTÇU, N.: YAVUZ, M.F.: ÇETİN, G.: “Cinsel Suç Sonrası Mağdurun Karşılaştığı Sorunlar”, **Adli Tıp Bülteni**, 4. Yıl 2. Sayı, 1999 sh. 41–53

NAVİLLE: “İsviçre’de Adli Tıp”(Çeviren Saide ALPAR), **Adalet Dergisi**, Yıl 41, Haziran–1950, Sayı 6, sh.815–819

NUHOĞLU, Ayşe: “Türk Ceza Kanununda ve 2002 Tasarısında Cinsel Suçlar”, **Prof. Dr. Çetin Özek Armağam**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:609-640

NUHOĞLU, Ayşe ” Mağdurun Rızası ve Genital Muayene”, 12 Adli Tıp Günleri Seminer, Sunum, (12. **Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2 Ekim 2005**”, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006), sh.28-30

NUHOĞLU, Ayşe: “Vücut Muayenesi”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

OĞURLU, Yücel: “İngiliz ve Türk İdare Hukuklarında İdari Faaliyetin Denetlenmesinde Ölçülülük İlkesinin Rolü Hakkında Bir Değerlendirme” **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1–2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh. 147–180

OĞURLU, Yücel: “İdari Yaptırımlara Genel Bir Bakış Ve İdari Yaptırım-Ceza Yaptırımı Ayrımı” (Çevrimiçi), <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/yogurlu.html>, 15.05.2005

OKÇUOĞLU, Nuri: “(Saki- Adli) Ceza Tatbikatı, Ankara Akın Matbaası, 1949

“**Olay Yerinin Sistematik İncelenmesi Delillerin Toplanması Ve Laboratuarlara Gönderilmesi Esasları**”: Jandarma Genel Komutanlığı Yayınları, JGYY: 27-6, J.Gn.K. 1.ığı Basımevi Müdürlüğü, Ankara 2001

OPTİCAN, Scott L.: MPHİL, BA, JD: GOTLİEB, David: “**Mukayeseli Hukukta Arama, İfade Alma ve Hukuka Aykırı Deliller**”, Yayına hazırlayanlar: Feridun YENİSEY vd.: Bahçeşehir Üniversitesi IGUL Kitabı No: 10, İstanbul, Ocak-2006

ÖĞEL, Ragıp: “Arjantin Ceza Hukukunun Umumi Hükümleri”, **Adliye Ceridesi**, 33.Sene, 1. Sayı, No: 76, Ankara Yeni cezaevi matbaası, 1942, sh. 1116–1137

ÖNDER, Akil: “İngiltere Mahkemeleri Hakkında Kısa Bir Etüt”, **Adliye Ceridesi**, Sene 30, 1939,Sayı 1-12, No: 65, sh. 1343–1354

ÖNDER, Ayhan: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama”, **İÜHFİM**, 1963, C: XXIX, Sayı 3, sh. 425

ÖNDER, Ayhan: **“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II”**, İstanbul-Beta Yayınevi- Eylül 1989

ÖNDER, Ayhan, :**“Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt III”**, İstanbul-Beta Yayınevi- Eylül 1989

ÖNDER, Ayhan: **“Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler”**, İstanbul Beta Yayınevi - 1986

ÖNEN, Yaşar: ŞANBEY, Ziya: **“Almanca-Türkçe Sözlük 1 A-N”** Baskıya Hazırlayan: Vural Ülkü, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu Yayınları: 546, Ankara,1993

ÖNEN, Yaşar: ŞANBEY, Ziya: **“Almanca-Türkçe Sözlük 2, O-Z”**, Baskıya Hazırlayan: Vural Ülkü, Atatürk Kültür, Dil ve Tarih Yüksek Kurumu, Türk Dil Kurumu Yayınları: 546, Ankara,1993

ÖNER, Hamdi:“Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda Hürriyet ve Mülkiyeti Tahdit Eden Kaideler” **Adliye Ceridesi**, 29.Sene, 12. Sayı, No: 108, Ankara Yeni cezaevi matbaası, 1939, sh.1971-1986

ÖZBEK, V. Özer: **“CMK İzmir Şerhi Yeni Ceza Muhakemesi Kanununun Anlamı (Gerekçeli –İçtihatlı)**, Seçkin Yayınevi, Ankara–2005

ÖZBEK, V. Özer: “Tıbbi Deliller ve Yeni CMK”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslararası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

ÖZBEK, V Özer: “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi”, www.hukuki.net, Sağlık Hukuku Web Sitesi, (çevrimiçi) 21.03.2005

ÖZCAN, Vahdettin: ÇAKIR, Fikret: “4483 Sayılı Memurlar Ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanmaları Hakkındaki Kanunun 6 Ncı Maddesi Hükmü Çerçevesinde, Ön İnceleme Yapmakla Görevlendirilenlerin CMUK’ daki Hangi İşlemleri Yapabilecekleri Ve Hangi Yetkilere Sahip Olduklarına İlişkin İçişleri Bakanlığı Araştırması”, 07.05.2004 Yayınlanmadı, (çevrimiçi) www.icisleri.gov.tr,11.04.2005

ÖZDEMİR, Kenan: “Türk Hukukunda Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, **Adalet Dergisi**, yıl 97, Eylül 2005, sayı 23, sh.1–35

ÖZDEMİR, H. Enver:“**Trafik Kazaları, Taksirle Ölüm ve Yaralanmaya Sebepiyet Davaları**”, Şark Matbaası, 1969

ÖZDEMİR, Çağlar vd: “ Otoerotik Eylem Sonucu Ölüm-Olgü Sunumu”, **Adli Bilimler Dergisi**, Mayıs–2005, Cilt 1, Seçkin Yayınları, 2005 sh. 47-50

ÖZEN, Hayri: GÜLDOĞAN, Muzaffer: “ Farmakopendans ve Toksimonojen Etkenlerin Tanımında Çeşitli Kimya Metotlarının Değerlendirilmesi ve Alınan Sonuçların Kararlaştırılması Üzerine İnceleme”, **Adalet Dergisi**, Yıl 67, Haziran 1976, Sayı 6, sh.474-497

ÖZGENÇ, İzzet: “**Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**”, 3. Bası, Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Başkanlığı, Ankara-2005

ÖZGENÇ, İzzet: ŞAHİN, Cumhur: “İşkence Suçu”, (çevrimiçi), www.egm.org.tr, 21.06.2005

ÖZTÜREL, Adnan: “Trafik Kanunumuz ve Alkol”, **AÜHF**, Cilt XXIV, 1967, sh.: 275-286

ÖZTÜRK, Bahri: “**Yeni Yargıtay Kararları Işığında Delil Yasakları**”, Ankara-1995

ÖZTÜRK, Bahri: ERDEM, Ruhan: ÖZBEK, V. Özer: “**Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**” 5. Baskı, Ankara Seçkin Yayınları, -2001

ÖZTÜRK, Bahri: ERDEM, Ruhan: ÖZBEK, V. Özer: “**Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku**” 7. Baskı, Ankara-Seçkin Yayınları, 2002

ÖZTÜRK, Bahri: “Ceza Muhakemeleri Kanunu Konferansı”, 28.02.2005, Aydın Polis Meslek Yüksekokulu, (çevrimiçi), www.aydinpmyo.edu.tr/topic.asp? 25.06.2005

ÖZTÜRK, Bahri: “Hukuki Mütalaa”, 28.09.2000, (çevrimiçi) http://www.bav-savunma.org/m1_bo.html, 22.07.2005

ÖZTÜRK, Bahri: “**Yaşama Hakkı Ve İşkence Yasağı(Yasak Sorgu Metotları)**, (çevrimiçi), [http://: www.adalet.gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

ÖZTÜRK, Cemal; “**Ceza Muhakemesinde İz Bilimi Kriminalistik Gerçeği**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2006

ÖZTÜRK, Cemal; “Delillerde Farklı Bir Sınıflandırma Anlayışı(A Diffirent View To Classfying At Evidence)”, **Terazi Aylık Hukuku Dergisi**”, Ekim-2006, Sayı; 2, sh. 71-78

PARRY, Clive: “İngiliz Hukuk Sistemi”, Çeviren: Fadıl H. Sur. **AÜHF Dergisi**, Yıl 1, Sayı 2, Maarif Matbaası, Ankara-1943, sh. 442-458

PERİNÇEK, Sadık: TÜZÜN, Fehmi: “**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ve İlgili Temyiz Mahkemesi İçtihatları**”, Ankara, Yıldız Matbaası, 1954

PICTET, Charles: “Kan Muayenesi Federal Mahkeme İçtihatlarının Tekamülü”, (Çeviren: Amil Artuş), **Adalet Dergisi**, Yıl 37, Temmuz 1946, Sayı 4, sh.920-930

PISAPIA, Gian Domenico: “**İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri- Genel Kısım Padova 1965**”, Çeviren Atıf AKGÜÇ, Ankara, Yarı Açık Cezaevi Matbaası, 1971

PİŞKİNSÜT, Sema: “**Filistin Askısından Fezlekeye-İşkencenin Kitabı**” Bilgi Yayınevi, Ekim 2001

“Plon Yayınları V. Fransa davası”(Çeviren; Özen ATLIHAN), “**Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku**”, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara-2007, sh.363-394

“**Points to be Remembered in Handling Clinical MLC**”, Section 179, IPC and Section 161, CR. PC, INDIAN

POLAT, Oğuz: “**Klinik Adli Tıp – Adli Tıp Uygulamaları**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı Eylül-2004

POLAT, Oğuz: “**Tıbbi Uygulama Hataları**”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Mart-2005

POLAT, Oğuz: “Adli Tıp Prosedürü”, **Hekim Forumu**, Sayı:142 Temmuz-Ağustos 2001

POLAT, Oğuz: “Olay Yeri İncelemesi”, (çevrimiçi) http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/kriminoloji/olay_yeri_incelemesi.htm, 24.06.2005

POLAT, Oğuz: “İnsan Hakları İhlallerinde Adli Tıp Uygulamalarının Önemi”,(çevrimiçi), <http://www.adlitip.org>, 22.06.2005

“**Police and Criminal Evidence Act 1984 (s.60 (1) (a) and s.66 (1))**”, Home Office, Codes Of Praticce A-E, Revised Edition, London:TSO, April-2003

POROY, Nazım: “**İsviçre Hukuki Hayatı**” Cilt I, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul Arkadaş Matbaası, 1943

POYRAZ, Raşit:“Farklı Bir Perspektiften Olay Yeri İnceleme Hizmetlerine Bir Bakış”, (çevrimiçi), http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/41/web/kriminoloji/Rasit_Poyraz.htm,13.05.2005

PRİMEAUX, M.I. Marpet P.: “Using Desicion Science To Gain Insight İnto Ethical Issues: an Example Involving Treshold In Workers Compensation”, **J. Forensic Science**, 46/4, 2001, 969-977

READ, Tom: “**Scientific And Demonstrative Evidence**”, Sulhi DÖNMEZER-Feridun YENİSEY Ceza Hukukunun Güncel Yayınları, Güncel Ceza Hukuku Makaleleri”, Bahçeşehir Üniversitesi Yayınları, Şubat-2004

REIDY, Aisling: “**İşkencenin Yasaklanması - Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 3. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz - İnsan Hakları El**

Kitapları No:6', Avrupa Konseyi İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Yayınları, 2. baskı, Ankara-Açık Cezaevi, Temmuz 2003

REZAKİ, Sait:“Finlandiya’da Hukuk ve Adalet Sistemi”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Ocak 1974, Sayı 1, sh.94–103

“Sağlık Reformlarına Dair Ljubljana Bildirgesi”: (çevrimiçi), <http://www.hayad.org.tr/bildirgeler/02.htm>, 03.05.2005

SAYGI, Şahan: “Analitik Toksikoloji ve Uygulama Alanları” (Analytic Toxicology And Application Fields), **Toksikoloji Dergisi,(The Turkish Journal of Toxicology)**, Ekim 2005, Cilt 3, Sayı 4,sh. 23-30

SCHNAIDERBACH: “Alman Ceza Hukukunda Yenilikler”, (Çeviren İbrahim Hisabi), **Adliye Ceridesi**, Şubat 1936, Sayı 14, sh. 890-894

SCHÖCH, Heinz; “Trafikte Alkol, Uyuşturucu Madde ve İlaç”, (Çeviren; Hakan HAKERİ), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 41–53

SCHÖCH, Heinz; “Uyuşturucu Madde Etkisi Altında Araç Kullanmanın Kriminolojik Görünümleri”, (Çeviren; Ali Kemal YILDIZ), “**Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku**”, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 133-143

SELÇUK, Sami: “Kanıtların Toplanmasında Yasallık, Dürüstlük ve Total Ceza Adaleti”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Nisan 1977, Sayı 2, sh. 49–70

SELÇUK, Sami: “Ceza Adaletinde Bunalım” **Yargıtay Dergisi**, Ekim–1985 sh. 1373

SELÇUK, Sami “İnsandan Yana Adalette ve Fransa’da Suçlunun Kişilik Dosyası”, **Adalet Dergisi**, Yıl 64, Ekim–1973, Sayı 10, sh.808-817

SELÇUK, Sami: “Cumhuriyet Döneminden Önce Türklerde Ölüm Cezası”, **Adalet Dergisi**, Cilt 3, Temmuz-Ekim 1977, Sayı 3–4, sh.53–87

SELVİLİ, Şevket: “**Normal Anatomi- Disseksiyon Kılavuzu**”, Ufuk Matbaası-İstanbul–1983

SENCER, Muzaffer: “İnsan Hakları Açısından İngiliz Devrimi”, **Türkiye Ortadoğu ve Amme İdaresi Enstitüsü Amme İdaresi Dergisi**, Cilt 23, Sayı 2, Haziran 1990, sh.: 3-21

SENGİR, Turgut:“Anglosakson Memleketlerinde Adli Teşkilat”, **Adalet Dergisi**, Yıl 47, Şubat–1956, Sayı 2, sh.203–215

SİMONİN, C. :“Hekimlikte Meslek Sırrı ve Meslek Masuniyeti”, (Çeviren: Behçet KAMAY), **Adalet Dergisi**, Yıl 45, Mayıs–1954, Sayı 5, sh.575–591

SOYASLAN, Doğan: “Vücut Muayenesi Ve Örnek Alma”, Ankara Üniversitesi Adli Tıp AB. 14.11.2005 tarihli Seminer Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

SOYER, Ata; BALTA, Evren: “**Hekimlik, Tıbbi Etik ve İnsan Hakları-Uluslararası ve Ulusal Belgeler**”, Türk Tabipler Birliği Yayını, Eylül 1996

SOYSAL, Zeki: “**Adli Obstetrik\Jinekoloji Cilt: I, II, III**” Adli Tıp Kurumu Yayınları, No:9, İstanbul–2003

“**StPO-Straffprosezordnung mit EINFÜHRUNGSGERICHTVERFASSUNGSGEGGVG STRAßENVERKEHRSRG**”, 35. Auflage, 2003 Beck-Texte im dtv,

SUR Haydar: “Sağlık Hizmetlerinin Geçmişi ve Gelişimi”, (çevrimiçi), www.merih.net/m1/whaysur12htm-33k-EkSonuç 31.07.2005

ŞAFAK, Ali: “Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun Hakkında Bir Kısa Değerlendirme”, (Çevrimiçi) <http://www.ozelguvenlik.com/makale1.htm> , 13.06.2005

ŞAHİN Cumhur: ÖZGENÇ İzzet: “**Türk Ceza Hukuku Gazi Külliyyatı**”, Ankara, Seçkin Kitabevi, 2005

ŞAHİN, Cumhur: “**Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi** ”, Seçkin Kitabevi, Ankara-2005

ŞAHİN, Figen,: “Okul Sağlığı”, (çevrimiçi), bebekhaber.com/content/view/76/31-46k 11.06.2005

ŞAHİNOĞLU, Pelin, S.: “Şiddetin Bir Başka Adı- BEKARET KONTROLÜ”, (çevrimiçi) <http://eski.ucansüpürge.org/newhtml/bulten10/sayfa8.php> 14.06.2005

ŞAYLIGİL, Ö.: ”Ceza Hukuku Açısından Hekim Sorumluluğu”, **Anadolu Tıp Dergisi**, 10. cilt 1. Sayı 1988, sh. 333–338

ŞEKER, Hilmi: “Strazburg Yargı Kararlarında, İç Hukuk Ve Öğretide Doğru Haklı Ve Yasal Gerekçe Biçimleri”, (çevrimiçi), www.turkhukuk sitesi.com/hukukforum/index 12.03.2005

ŞEN, Ersan: “**Hukuka Aykırı Deliller**”, İstanbul–1998

ŞEN, MURAT: “Eski Yargılama Hukukumuzda Şahidin Yükümlülükleri ve Başkasından Naklen Şahitlikte Bulunma”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt IV, Sayı 1-2, Yıl 2000, Erzincan- 2000, sh. 181–195

TAG, Brigitte: “Tıp Ceza Hukukunda Özerklik, Rıza ve Etik (Autonomie, Einwilligung und Ethik im Medizinstrafrecht)”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

TAHTACI, Hidayet: **“Türkiye’de Biyolojik Materyallere İlişkin Yasal Düzenlemeler”**, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp ABD. Yüksek Lisans Tezi, (Yayımlanmamıştır), İstanbul–2003

TAN, Hadi: “Sanığın Hüviyetinin: Antropometri, Daktiloskopi Sistemleriyle ve Adli Fotoğraf Usulile Tespiti”, **Adalet Dergisi**, Yıl 39, Eylül, 1948, Sayı 9, sh.1014–1021

TAN, Hadi: “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunumuzda Yapılan Son Değişikliğin Sebepleri ve Tasarımın Ana Hatları”, **Adalet Dergisi**, Yıl 41, Haziran–1950, Sayı 6, Sh: 713–721

TANER, Tahir: **“Ceza Muhakemeleri Hukuku”**, 3. Basım, İstanbul, İsmail Algan Matbaası, 1955

TAŞKIN, Rıfat: İtalyan Ceza Mahkemelerinin Teşkilatı, **Adliye Ceridesi** 32. Sene, No. 13, Sayı 1, 2, 3, Ankara Yeni Cezaevi, 1941, sh. 279–286, 341–349, 439–449

TERZİ, M. Nur: “Gözaltı ve Tutuklamaya İtiraz”, İzmir Barosu Seminer 3 Sunumu, (çevrimiçi) www.britishcouncil.org.tr/turkish/society/seminer3 , 25.06.2006

“Textbook Of Forensic Medicine”, Chapter 19, Mediollegal Examination Of The Living, INDIAN

TEZCAN, Durmuş: ERDEM M. Ruhan: SANCAKDAR Oğuz: **“Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması”**, T.C. Adalet Bakanlığı Eğitim Dairesi Yayınları, Ankara , Ankara Açık Cezaevi, 2004

“Toplum Destekli Güvenlik Hizmeti Modeli”: TC İçişleri Bakanlığı, Strateji Merkezi Başkanlığı, (çevrimiçi), <http://www.icisleri.gov.tr/strateji/icguven/toplumdesteklipolis.htm>, 22.06.2005

TOPRAK Vamık:“Çin’de Garp Kanunlarının İktibas ve Tatbikattaki Neticeleri (1)”, **Adalet Dergisi**, Yıl 48, Eylül–1957, Sayı 9, sh.827–832

TOPRAK, Vamık:“Kadim Çin Anlayışı İle Muasır Garp Hukuk Zihniyeti Arasında Bir Mukayese(1)”, **Adalet Dergisi**, Yıl 48, Mayıs–1957, Sayı 5, sh. 485–473

TOROSLU, Nevzat: “Şüpheli Sanık ve Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, **12.01.2000 Hukuk Kurultayı Ceza Hukuku Bildiri X, Hukuk Kurultayı 2000, 12–16.Ocak 2000, Cilt 2, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi Hukuku**, Sh: 323–340, Ankara Barosu Yayını, Ankara–2000

TOSUN, Öztekin: **“Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt I, Genel Kısım”** Dördüncü Baskı, İstanbul–1984

TOSUN, Öztekin :“Alkol ve Uyuşturucu Madde Kullananların Araç Kullanma Suçu”, **İÜHFİM XXXII**. Sayı, İstanbul Sulhi Garan Matbaası, 1966 sh. 487–510

TOVEN, M.Bahattin: **“Yeni Türkçe Lügat”**, Hazırlayan Abdülkadir Hayber, Türk Dil Kurumu Yayını, Ankara–2004

TUNALI, İbrahim, ZENTÜRK, H. Cahit: “Etil Alkol ve Adli Tıp”, **Adalet Dergisi**, Ocak-Şubat 1989 Yılı 80 Sayı 1 Ankara-Yarıaçık Cezaevi Matbaası, 1989, sh.: 145-154

TUNÇBİLEK, Ergül vd.: **“Çocuk Sağlığı-Propedötik”**, Editör: Ergül Tunçbilek, 2. Baskı, Güneş Kitapevi, İstanbul-1992

“Tutanaklarla Ceza Muhakemesi Kanunu”: Adalet Bakanlığı Yayın Dairesi Başkanlığı, Ankara–2005

“Türkçe Sözlük”, Türk Dil Kurumu, 10. Baskı, Ankara 2005

“Türk Tıbbının Batılılaşması-Gülhane’nin 90. Kuruluş Yıldönümü Anısına 11-15.Mart. 1988’ de Ankara ve İstanbul’da Yapılan Sempozyuma Sunulan Bildiriler”, Yayına hazırlayanlar: Arslan TERZİOĞLU-Erwin LUCIUS, Arkeoloji Ve Sanat Yayınları, İstanbul-1993 (Semavi Eyice: Dr. Karl Ambros Bernard ve Mekteb-i Tıbbiye-i Adliye-i Şahane’ye Dair Birkaç Not. sh. 97 vd.)

“Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi- 1. Cilt”: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, No:5, Yörük Matbaası, İstanbul–1972

TÜZÜN, Zeren: GÜLDOĞAN, Muzaffer: “Adli Tıp Yönünden TCUM Kanununun 81–83. maddelerinin Uygulanması” , **Adalet Dergisi**, Yıl 66, Mart 1975, Sayı 3, sh.651–658

ULUSOY, Erol: “Modern Türk Hukukunun Oluşumu ve Gelişimi (Aufbau Und Entstehung Des Modernen Türkischen Rechts)”, (çevrimiçi), www.jura.uni-sb.de/turkisch/ulusoy.html , 13.06.2005

“Uygulamalar”: (çevrimiçi), <http://forensic.freesevers.com./UYGULAMALAR.HTH>, 01.04.2005

“Uluslararası İnsan Geni Verileri Bildirgesi”: Unesco Genel Konferansının 16.10.2003 tarihindeki 32. oturumunda kabul edilen bildiri. Koichiro Matsuura önsözleriyle Sağlık Bakanlığı Avrupa Birliği Koordinasyon Daire Başkanlığı Çalışması,(çevrimiçi), www.saglik.gov.tr/abkdb, 22.06.2005

UNISEF Türkiye Temsilciliği Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkanlığı (1998), **“Çocuklara Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Uzman Görevliler İçin İnterpol İyi Uygulamalar El Kitabı”**, Ankara, Aydoğdu ofset,

UNICEF-ADLİ TIP KURUMU: **“Çocuk İstismarı ve İhmali”**, Hazırlayanlar: S. Akço ve diğerleri) İstanbul, UNICEF-ADLİ TIP KURUMU

“Uyuşturucu Ve Kimyasal Maddeler”: TC Başbakanlık Gümrük Müsteşarlığı, Gümrükler Muhafaza Genel Müdürlüğü, Kaçakçılıkla Mücadele Daire Başkanlığı Yayını, Ankara–2003

ÜNVER, Yener; **“Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”**, Beta Basım Yayın, İstanbul- 1998

ÜNVER, Yener; “Deliller ve Değerlendirilmesi”, **Legal Hukuk Dergisi**, Ağustos, 2005, Sayı;32, 2885-2913

ÜNVER, Yener; HAKERİ, Hakan; **“Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku-Sorularla hukuku Dizisi 5”**, Türkiye barolar Birliği Yayını, Şen Matbaası–2007

ÜNVER, Yener: TCK Kapsamında Hekimin Cezai Sorumluluğu”12. Adli Tıp Semineri (28.10.2005–02.11.2005 Antalya) Sunumu, **“12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28.Eylül–2.Ekim 2005”**, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006”, 100–107

ÜNVER, Yener: “Uluslararası Bir Ceza Hukuku Sempozyumundan Notlar”, Khuka Kamu Hukuku Arşivi, (çevrimiçi), www.khuka.cjb.net, 31.05.2005

ÜNVER, Yener: “Avrupa Biyo-Hukuku Sözleşmesinin Türk Hukukuna Etkileri”, “Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslam Hukukundaki Görüşler”, **KHUKA, Kamu Hukuku Arşivi, Uluslar arası Sempozyum, 1. Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, 11–12.Kasım 2005**, Kasım 2005, Yıl 8, S. 99-201,2-2005, Akademik Araştırma ve Dayanışma Derneği Yayını, ISSN NO:1303-6076 WEB ISSN NO:1304-2416, sh.182-198

ÜNVER, Yener: “Türk Tıp Hukukunda Rıza”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21–22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

“Üreme Organlarının Yapısı Ve İşleyişi”: ,(çevrimiçi), www.kadinhastaliklarivedogum.com/aile_planlamasi /anatomi.asp, 15.04.2005

VOLK, Klaus: **“Strafprozessrecht- Studium Jura”** 3. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München. 2002

VOLK, Klaus: **“Strafprozessrecht- Grundkurs StPO”** 5. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, München. 2006

WARREN Samuel D. ; BRANDEİS Louis D. ; “Mahremiyet hakkı” (Çeviren; Gülay ARSLAN), **“Prof. Dr. Hans Joachim HIRSCH’ a Armağan Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku”**, Karşılaştırmalı Güncel Ceza hukuku Serisi 7, (Proje Yöneticisi; Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER) Seçkin Yayınevi, Ankara–2007, sh.19-42

WEIGEND, Thomas; “Ceza Hukukunun Karayolu Trafikindeki Rolü”, (Çeviren; Yener ÜNVER), **“Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku”**, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 27–40

WILHELM, Jens Philip: **“Strafprozeßrecht Vorlesung (insbesondere strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen)”** - Teil 2, Herbst, 2001

WIRTH, Klaus; SWOBODA, Sabine; “Trafikte Esrar Kullanımı (Birinci ve İkinci Bölüm)”, (Çeviren; Hakan HAKERİ), **“Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku”**, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat–2006, sh. 55–88

YALKUT, Necdet: “Mukayeseli Hukuk Açısından Yetkili Merciiin Emrini İfa”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 3, Temmuz-Ekim 1977, Sayı 3–4, sh. 157–170

YALVAÇ, Gürsel: **“Karşılaştırmalı Gerekçeli TCK, CMK, CGTİK vd İlgili Kanunlar İle Yönetmelikler”**, Adalet Yayınevi, 2005

YALÇINKAYA, Hakkı: “Hukuka Aykırı Delillerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Uygulamasındaki Yeri” (çevrimiçi), [http://: www.adalet. gov.tr](http://www.adalet.gov.tr), 25.07.2005

“Yaralama Suçlarının Adli-Tıbbi Açından Değerlendirilmesi 2. Yargıtay-Adli Tıp Sempozyumu”, Adli Tıp Kurumu Yayınları, Yayın No:14 Ankara- Şubat 2005

YAŞAR, Osman: **“Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni ceza Muhakemesi Kanunu”**, Ankara–2005

YAŞAR, Hakkı: “Ceza Sistemleri ve Bu Konudaki Milletlerarası Çalışmalar”, **Adalet Dergisi**, Yıl 60, Ocak–1969, Sayı 1, sh. 73-81

YAVUZ Fatih: “Cinsel İstismara Uğramış Çocuğa Yaklaşım, Muayene, Delillerin Toplanması ve Adli Rapor Düzenlenmesi”, **Çocuk Hakları Toplantıları Kitabı**, İstanbul Tabip Odası Yayınları, İstanbul–2000 sh. 11–18

YAVUZ, Fatih: “Cinsel Saldırıları Ve Muayenesi”, 12. Adli Tıp Günleri 28.09.-02.10.2005 Semineri 30.09.2005 günlü Sunumu, **(12. Adli Tıp Günleri - Paneller ve Poster Sunumları- Antalya 28 Eylül–2 Ekim 2005”**, Adli Tıp Kurumu Yayınları 15, İstanbul–2006), sh. 96–100

YELKEN, Nimet: TUNALI, Gülsün: GÜLTEKİN, Gülümser: “Adli Hemşireliğin Türkiye/deki Durumu”, Değerlendirme Formu, **STED** 2004.Cilt 13, Sayı 5, sh. 171-172

YEMİŞÇİGİL, A.: ÖZKARA, E.: “Adli Tıp Eğitimi ve Uygulamadaki Etkileri”, **Klinik Adli Tıp Dergisi**, 1. Cilt 1. Sayı, 2001, sh. 37–42

“Yeni Türk Ceza Kanunu Ve Ceza Muhakemesi Kanunu Hakkında Milliyetçi Hareket Partisinin Değerlendirmesi”: Basın Açıklaması, 31.Mart.2005 (çevrimiçi), [http://www.mhp.org.tr/basin/basin2005/ bsaciklama31032005.php](http://www.mhp.org.tr/basin/basin2005/bsaciklama31032005.php), 25.06.2005

“Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu”: Editörler: Gürsel ÇETİN: Coşkun YORULMAZ, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No: 48, İstanbul–2006

YENİSEY, Feridun: **“Hazırlık Soruşturması Ve Polis (Uygulanan ve Olması Gereken Ceza Muhakemesi Hukuku)”**, Beta Yayıncılık, 1. Baskı, Mayıs-1987

YENİSEY, Feridun: NUHOĞLU, Ayşe: **“CMK Soruşturması- Cep Kanunu”** 8. Bası, Beta Yayınevi, Eylül,2005

YENİSEY, Feridun: YURTCAN, Erdener: **“Ceza Yargılaması Hukuku Pratik Çalışmaları”** 1. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, Şubat-1987

YENİSEY, Feridun: **“Avrupa Birliği Sürecinde Ceza Hukukunun Güncel Kaynakları A II” Jandarma ve Polisi İlgilendiren Temel Hukuk Normları”**, Birinci Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, Ekim-2001

YENİSEY, Feridun; “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi”, **“Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 6, Prof. Dr. Öztekin TOSUN’a Armağan Trafik ve Ceza Hukuku”**, (Proje Yöneticisi, Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan; Yener ÜNVER), Seçkin Yayınevi, Şubat-2006, sh. 13-26, aynı kaynağın farklı şekli için Bkz; YENİSEY, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Kanda ve Nefeste Alkol Yoğunluğunun Belirlenmesi (Blut und Atemalkoholkonzentration)”, <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/fHm.jsp?pIndxLvl=5>, (Çevrimiçi), 29.01.2006

YENİSEY, Feridun: “Hukuka Aykırı Deliller”, 27.01.2006 tarihli Hukuka Aykırı Deliller Semineri Sunumu, (Kunter/Yenisey/Nuhoğlu “Muhakeme Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku” 14. Baskı, Arıkan Yayınları, İstanbul-2006 kitabından 64.Paragraf)

YENİSEY, Feridun; “Hukuka Aykırı Deliller”, **Polis Dergisi**, 1995 Yıl 1, Sayı 1., sh.. 17-35

YENİSEY, Feridun: “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tıbbi Deliller ve Bilirkişilik” 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

YERLİ, F.Kemal: **“Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller ve Adli Tıp Yönünden İncelenmesi”** İstanbul Üniversitesi Adli Tıp ABD. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2001, (Yayınlanmamıştır)

“Y.F/Türkiye Davası”:(24209/94)” Dış İşleri Bakanlığı Çok Taraflı Siyasi İşler Genel Müdürlüğü Çevirisiyle (Yayınlanmamıştır)

YILDIZ, A. Kemal: “Trafik Suçlarında Bilimsel Delillerin Fonksiyonu”, 2.Türk-Alman Tıp Hukuku Uluslar arası Sempozyumu, “Hekimin aydınlatma Yükümlülüğü İlgilinin Rızası ve Diğer Güncel Konular”, 21-22.Nisan.2006, Sempozyum Sunumu, (Yayınlanmamıştır)

YILDIZ, A.Kemal: “Mevzuatımızdaki Son Değişiklikler ve Özellikle Adli Önleme Aramaları Yönetmeliği Çerçevesinde Arama ve Uygulaması”,(çevrimiçi), <http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/36/web/cmK>, 02.05.2005

YILDIZ, Akın: “**Klinik Önbilgisi (Propedötik)**”, Ankara- Nobel Tıp Kitabevleri, 2001

YILMAZ, Ejder: “**Hukuk Sözlüğü**”, 3. Bası Ankara–1985

YILMAZ, M. Nuri: “İslam ve Kadın Hakları”, (çevrimiçi) http://www.geocities.com/kestanepazari/gelen_islamdakadin_devam1.htm , 26.07.2005

YILMAZ, Halim: “İşkencenin Tespiti ve İstanbul Protokolü” Tebliğ, (Mazlumder Hukuk Komitesi 04.10.2002 tarihli toplantıda sunum), (çevrimiçi), www.tihd.gov.tr, 06.06.2005

YILMAZ, Zekeriya: “**Tüm Değişikliklerle Notlu-Açıklamalı-Karşılaştırmalı 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu**”, Seçkin Yayınevi, Ankara-2005

YURTCAN, Erdener: “**CMK Şerhi**”, 4. Baskı, Vedat Kitapçılık, Kasım–2005

YURTCAN, Erdener: “**Ceza yargılaması Hukuku- 1982 Anayasası İle 1985 Ceza Muhakemeleri Kanununa Göre Yazılmış**” 2. Baskı, İstanbul-Beta Yayınevi, 1986

YURTCAN, Erdener: “**Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Şerhi ve İlgili Mevzuat- Cilt I- Madde 1–146**”, İstanbul Kazancı Yayınları–1988

YURTCAN, Erdener: “**Ceza Yargılaması Hukuku Pratik Çalışma ve Sınava Hazırlanma El Kitabı**”, 4. Baskı, Alfa Yayınları, 1995

YURTCAN, Erdener: “**Ceza Yargılaması Hukuku CMK. na Göre Yapılan**” 11. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık - 2004

YÜCE, T. Turan: “Sanığın Savunması ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Yıl 1988, sayı 1, sh.:156-176

YÜCE, T. Tûfan: “Ceza yargılama Hukukunda Meslek Adamının Tanıklıktan Çekinme hakkı”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt 6, Ocak- Nisan 1980, Sayı 1–2, sh.:50–62

YÜCE, T. Tufan: “Alman-Türk Ceza Muhakemeleri Usulünün Prensipleri”, **Adalet Dergisi**, Yıl 51, Eylül 1960, Sayı 9, sh.: 636-646

YÜCE, T.Tufan: “Sanığın Savunması Ve Korunması Açısından Ceza Soruşturmasının Ümanist İlkeleri”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Hak Arama Özgürlüğü ve Savunma**, Yıl 1988, Sayı 1, sh.: 156-176

YÜCE, T.Tufan: “Ceza Yargılamasında Zorlayıcı Önlem Teorisi”, **EÜHFD**, I, Yıl 1980. Sayı: 1, sh. 67 vd.

YÜCEL, Mustafa T.: “Japon Ceza Adaleti Sistemi”, **Yargıtay Dergisi**, 1985, Sayı 1–4, sh. 50–79

YÜCEL, Mustafa T.: “**Kriminoloji- Suç ve Ceza**”, Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfı Yayını, Emekli Ofset, 1986

YÜRÜTEN, N. Mehmet; KESMEN İ. Osman: “**Deutsch-Türkisches Wörterbuch Der Rechtswissenschaft (Almanca-Türkçe Hukuk Terimleri Sözlüğü)**, - İstanbul, Norda Yayınevi, 1983

ZAFER, Hamide: “Meşhut Suç Muhakemesinin Özellikleri Üzerine Bir İnceleme”,**Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 32, İstanbul-2004, sh.:1067-1085,

“Zaruret”: (Yazarı Bilinmiyor) “<http://www.sevde.de.islam-anstz.15.html>, (çevrimiçi), 02.05.2005

ZAVAREH, H.T.: “Medical Practice in Islamic Punishment Act”, **6. TH., Indo Pasific Congress on Legal Medicine and Forensic Sciences-INPALMS-1988 KOBE** (Yaşar BİLGE:“Adli Bilimlere Ait Kaynaklar Özet Kitabı”, Birinci Baskı, Ankara -Palme Yayıncılık, 2003 sh. 239 ve 520)

ZEYFEOĞLU, Y.: HANCI, İ.H: “İnsanlarda Kimlik Tespiti”, **STED** 2001,cilt 10, sayı 10, 375-377,(ayrıca Bkz:http://medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/kimlik.html, <http://www.ttb.org.tr/sted1001/kimlik.pdf> 22.06.2005)

ÖZGEÇMİŞ

Hakan KIZILARSLAN; 1962 yılında Ankara’da doğdu. İlk, orta, lise eğitimini yurdun çeşitli bölgelerinde tamamladıktan sonra, 1979 yılında başladığı İ.Ü.Hukuk Fakültesinden 1984 yılında mezun oldu. 1985–1987 yılları arasında İ.Ü. SBE. AB.’den “Hileli İflas Suçları” teziyle mezun olması sonrasında 1987 yılında aynı yerde Kamu Hukuku AB. de Doktora eğitimine başladı.

1984 yılında hakim-savcı stajyeri olarak başladığı meslek hayatında, sırasıyla Devrekâni, Sason, Şebinkarahisar Cumhuriyet Savcılıkları, Yargıtay 16. Hukuk Dairesi ve 8. Ceza Dairesi Tetkik Hakimlikleri, Ankara Devlet Güvenlik Mahkemesi Cumhuriyet Savcılığı görevlerinde bulundu. Halen 2004 yılından bu yana Ankara Cumhuriyet Savcısı olarak çalışmaktadır.

“Hileli ve Taksiratlı İflas Suçları” isimli kitabı Ekim–2006 tarihinde yayınlanmış olup, hukuki ve edebi konularda yayınlanmış çeşitli yazı ve makale çalışmaları bulunmaktadır.

Kendi gibi hukukçu bir eşi, biri hukuk eğitimi almakta olan Ş. Kağan ve Aykan adlarında iki erkek çocuğu vardır. Hayatı değerli kılan her şeye ilgi duymaktadır.