

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA
BEDEN MUAYENESİ
VE
VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

Tuğba BAYZİT

Danışman
Doç. Dr. Veli Özer ÖZBEK

2007

YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “**Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması**” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin bibliyografyada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tuğba BAYZİT

İmza

YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

Öğrencinin

Adı ve Soyadı :Tuğba BAYZİT
Anabilim Dalı :Kamu Hukuku
Programı :Kamu Hukuku
Tez Konusu :Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve
Vücuttan Örnek Alınması
Sınav Tarihi ve Saati :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün tarih ve Sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliğinin 18.maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI O OY BİRLİĞİ ile O
DÜZELTME O* OY ÇOKLUĞU O
RED edilmesine O** ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır. O***
Öğrenci sınava gelmemiştir. O**

- * Bu halde adaya 3 ay süre verilir.
** Bu halde adayın kaydı silinir.
*** Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fullbright vb.) aday olabilir. Evet
Tez mevcut hali ile basılabilir. O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir. O
Tezin basımı gerekliliği yoktur. O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

..... Başarılı Düzeltme Red

ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

Tuğba BAYZİT

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Ceza muhakemesinde temel amaç, maddi gerçeğin hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde ortaya çıkarılmasıdır. Maddi gerçekliği ortaya çıkarabilmek ve adaleti sağlamak zorlu bir süreçtir. Bu sürecin sağlıklı işlemesi ise en az maddi gerçeğin ortaya çıkarılması kadar önemlidir. Bu süreçte, hukuka uygun delil elde etme en önemli hususlardan biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Hakim elde edilen delilleri inceleyerek vicdani bir karar vermektedir. Böyle bir değerlendirme ise her zaman yüzde yüz doğru bir karara ulaşılmasını sağlayamamaktadır. Gelişmiş ülkelerin pek çoğunda ise, kriminalistik biliminin gelişmesiyle birlikte, vicdani delil sisteminden “bilimsel delil aşaması”na geçilmeye başlanmıştır.

Delil elde etmekten vazgeçemeyeceğimize göre insan haklarını ihlal etmeden delil elde etmenin hukuki zeminini oluşturmaya gereksinimimiz vardır. Maddi gerçeğin ne pahasına olursa olsun araştırılması anlayışı çağdaş ceza muhakemesi öğretisine aykırıdır. Gelişen adli tıp bilimi dikkate alındığında, ceza muhakemesinde delil olabilmesi bakımından, DNA testi, kan, saç teli ve tükürük gibi örneklerin kişiden alınabilmesi, veri tabanları oluşturularak karşılaştırmalar yapılabilmesi çok önemlidir.

Ceza Muhakemesi Kanunu ile bu konudaki eksiklikler giderilmeye çalışılarak beden muayenesine yer verilmiş ve bu da bilimsel delil aşamasına geçişte büyük bir adım olmuştur. Gerçekten de, beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilecek deliller klasik delillere nazaran, maddi gerçeğin kesin veya kesine yakın bir şekilde ortaya çıkarılmasını mümkün kılmaktadır. Aynı şekilde, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin hükümlerin uygulanması ile CMK'nın benimsediği en temel ilkelere olan “delilden sanığa ulaşma sistemi”nin gerçekleştirilmesi de mümkün olabilecektir. Bu ilke gereğince önce deliller toplanacak ve yeterli delil elde edildiğinde şüpheli hakkında kamu davası açılacaktır. Böylece maddi gerçeğe ulaşma yolunda insan hakları ihlalleri de önemli ölçüde azaltılmış olacaktır.

Anahtar Kelimeler: 1) Muayene, 2) Maddi Gerçek, 3) Ceza Muhakemesi, 4) Tıbbi Müdahale, 5) Delil

ABSTRACT

Thesis of Master Degree

Examination of Human Body in Criminal Procedure

Tuğba BAYZİT

**Dokuz Eylul University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Program of Public Law**

The basic purpose of criminal procedure is to expose material fact without any suspicion. Exposing the material fact and to provide justice are very hard process. It is very important that to ensure effective process. In this context lawful evidence has reached essential position. Judge give a decision through with evidence that has obtained. But this process may sometimes fail. After evaluation of criminology, developed countries have started to accept scientific evidence.

We need to constitute juristic background for scientific evidence without human rights violation. Investigation of material fact at any cost is contrary to the doctrine of modern criminal procedure. When we take into consideration a new development in forensic medicine, it is important to form data bases concerning DNA test, copy of blood, hair and spit which will be derived from human body in order to compare.

Code of criminal procedure has tried to supply the deficiency. In order to ensure this, code of criminal procedure has regulated inspection of human body. It was a big step to get by scientific evidence stage. Actually if we have evidence which will be got by inspection of human body, material fact may be exposed without any suspicion. If the rule of criminal procedure regarding with examination of human body can be implemented, it will be possible to realize the system of accession to evidence from suspect. According to this principle evidence will be collected firstly. Therefore criminal process will be started. Consequently violation of human rights will be decreased significantly on the way of accession to material fact.

Key Words: 1)Examination, 2) Material Fact, 3) Criminal Procedure, 4) Medical Attention, 5) Evidence.

**CEZA MUHALEMESİ HUKUKUNDA BEDEN MUAYENESİ
VE VÜCUTTAN ÖRNEK ALINMASI**

YEMİN METNİ.....	II
TUTANAK.....	III
ÖZET.....	IV
ABSTRACT.....	V
İÇİNDEKİLER.....	VI
KISALTMALAR	IX
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**TERİM-KAVRAM, ÇEŞİTLERİ, TEDBİRİN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI
VE TEDBİRE HAKİM OLAN CEZA MUHALEMESİ İLKELERİ**

I.TERİM-KAVRAM.....	3
II.ÇEŞİTLERİ.....	15
III.HUKUKİ NİTELİĞİ.....	18
IV.AMACI.....	30
V.TEDBİRE HAKİM OLAN CEZA MUHALEMESİ İLKELERİ.....	33
A.HUKUK DEVLETİ İLKESİ.....	33
B.İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ.....	38
C.ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ.....	42
D.DÜRÜST İŞLEM İLKESİ.....	53
E.ORANLILIK İLKESİ.....	57

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRİN UYGULAMA KOŞULLARI, UYGULANMASI VE TEDBİRİN SONA ERMESİ

I.UYGULAMA KOŞULLARI.....	61
A.ŞÜPHE BAKIMINDAN.....	61
B.KİŞİ BAKIMINDAN.....	65
1.Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücutundan Örnek Alınması..	65
a.Tedbirin Uygulama Koşulları.....	65
(1)Tedbire Karar Verme Yetkisi.....	65
(2)Tedbirin Şüpheli veya Sanığın Sağlığına Zarar Vermemesi.....	73
(3)Muayeneyi Yapacak Kişiler ve Muayenede Uyulması Gereken Esaslar...	81
b.Muayene Yasağı ve Savunma Hakkı.....	85
2.Şüpheli veya Sanığın Dış Beden Muayenesi.....	87
3.Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması.....	93
a.Genel Olarak.....	93
b.Tedbirin Uygulama Koşulları.....	97
(1)Tedbire Karar Verme Yetkisi.....	97
(2)Cerrahi Müdahalede Bulunma Yasağı.....	98
(3)Muayeneyi Yapacak Kişiler.....	99
4.Kadının Muayenesi.....	104

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEDBİRİN DENETİMİ, ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ VE TEDBİRDEN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ

I.DENETİM MUHAKEMESİ.....	113
II.ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ.....	117
III.HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN MUAYENE VE ÖRNEK ALMA.....	126
SONUÇ.....	135
KAYNAKÇA.....	145

KISALTMALAR

AB	:Avrupa Birliği
ABD	:Amerika Birleşik Devletleri
AİHM	:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	:Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATK	:Adli Tıp Kurumu
bkz.	:bakınız
BM	:Birleşmiş Milletler
CMK	:5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu
CMUK	:1412 Sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu
DNA	:Dezoksiribonükleikasit
İÜHFİM	:İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KTK	:2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu
KVKKT	:Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Taslağı
m.	:madde
RG	:Resmi Gazete
s	:Sayfa
S	:Sayı
StPO	:Strafprozessordnung-Alman Ceza Muhakemesi Kanunu
TBMM	:Türkiye Büyük Millet Meclisi
TTB	:Türk Tabipleri Birliği
vd.	:ve devamı
YTCK	:5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu

GİRİŞ

Koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonucunda temel amaç olan maddi gerçeğe ulaşılmasını sağlamak için, karar verme yetkisine sahip makamlarca geçici olarak başvuru ve hükümden önce bazı temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yöntemlerdir. Temel haklara sınırlama ve müdahale niteliği taşıyan tüm koruma tedbirlerinde olduğu gibi, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de vücut bütünlüğü, özel hayatın gizliliği gibi temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği taşımaktadır. Bu nedenle tedbir kişi hak ve özgürlükleri bakımından büyük önem taşımaktadır.

Bu kadar önemli bir konu olmasına rağmen 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe giren Ceza Muhakemesi Kanunu'na kadar, hukukumuzda bir tedbir olarak beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hakkında doğrudan bir düzenleme yer almamaktaydı. Tedbir için Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 66/son'da çok sınırlı, yetersiz, zamana ve ihtiyaçlara uygun olmayan bir düzenleme öngörülmüştü. Oysa beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması sonucu elde edilebilecek deliller ceza muhakemesi hukukunda bilimsel delil niteliğine sahiptir. Söz konusu deliller hiçbir şüpheye yer bırakmayacak şekilde maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını mümkün kılmakta ayrıca delilden sanığa gidilmesini sağlayarak maddi gerçeğe ulaşma yolunda insan hakları ihlallerini de önemli ölçüde azaltmaktadırlar.

Ceza muhakemesinde delillere ulaşılmasını sağlayan modern yöntemlerden olan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusundaki eksiklik 5271 sayılı CMK ile giderilmiştir. Bu hükümler ile tıbbi müdahale ile delil elde edilebilmesinin yasal zemini oluşturulmuş ve CMK'nın "*Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığını taşıyan Üçüncü Bölüm'ünde ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Söz konusu maddelerde kanunun yürürlük tarihinin 1 Nisan 2005'ten 1 Haziran 2005'e ertelenmesinin ardından 5353 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunla çeşitli yenileme çalışmaları ve değişiklikler yapılmış ve maddenin ilk halinden oldukça farklı metinler ortaya çıkarılmıştır. CMK'nın 75. maddesinde "*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan*

örnek alınması”, 76. maddesinde “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*”, 77. maddede ise “*Kadının muayenesi*” düzenlenmiştir.

Çalışmamızda öncelikle, beden muayenesi kavramı, çeşitleri, hukuki niteliği ve amacına ilişkin tartışmalara yer verdik. Çalışmanın daha sonraki bölümünü ise, ceza muhakemesinin yürütülmesinde dikkate alınan ilkelerden tedbir ile sıkı ilişki halinde olanlar oluşturmaktadır. Bu değerlendirmelerin ardından, şüpheli veya sanığın beden muayenesine ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin olarak Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 75. maddesindeki düzenlemeleri, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına ilişkin 76. maddeyi ve kadının muayenesine dair 77. maddeyi incelerken, 5353 sayılı Kanun’a, Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik’e ve Sağlık Bakanlığı tarafından yayımlanan Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslara İlişkin Genelge’ye de yer verilmiştir. Konu uygulamada adli tıp alanında çalışanları da ilgilendirdiğinden yeri geldikçe adli tıp uzmanlarının görüş ve önerilerine de değinilmiştir.

Son olarak denetim muhakemesi ve tedbir sonucu elde edilen verilerin akıbeti başlığı altında ve konuyla bağlantılı olduğu kadarıyla DNA analizine de yer verilmiştir. Tedbir sonucu elde edilen delillerin hukuka aykırılığı ve tedbir karşısında başvurulabilecek kanun yollarından bahsedilerek çalışma tamamlanmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TERİM-KAVRAM, ÇEŞİTLERİ, TEDBİRİN HUKUKİ NİTELİĞİ, AMACI VE TEDBİRE HAKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ

I. TERİM-KAVRAM

Ceza muhakemesinde, muhakemenin yürütülebilmesi ve bunun sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için bazı koşullarda sanığın, şüphelinin veya üçüncü kişilerin vücudunun muayene edilmesi, bu muayene kapsamında kandan, tırnaktan, saçtan, cinsel salgı ve benzeri vücut sıvılarından örnekler alınması gerekli olabilmektedir. Anayasamızda, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ve rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı belirtilmiştir (Any. m. 17/ 2). Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddesinde belirtilen sebeplere bağlı olarak, kanunla sınırlandırılması olanaklı olduğundan¹, şüpheli, sanık veya üçüncü kişilerin bedenlerinin muayene edilmesi, 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun (CMK) 74, 75 ve 76. Maddeleri ile düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler yoluyla Anayasa hükmünün öngördüğü tıbbi zorunluluk ve kanunda yazılı haller koşullarının gerçekleştirilmeye çalışıldığı görülmektedir. Getirilen düzenlemeler tıbbi müdahale ile delil elde edilebilmesinin yasal zeminini oluşturmakta ve CMK'nın "*Gözlem Altına Alınma, Muayene, Keşif ve Otopsi*" başlığını taşıyan Üçüncü Bölüm'ünde yer almaktadır. Bu maddelerde

¹ 2001 yılında gerçekleştirilen Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin konusunun sınırlandırılmasını düzenleyen 13. maddede esaslı değişiklikler yapılmıştır. Anayasadaki tüm temel hak ve özgürlüklere yönelik olan "genel sınırlama nedenleri" kaldırılarak söz konusu madde bir genel sınırlama nedeni olmaktan çıkarılmıştır. Böylece artık her bir özgürlük sadece kendi düzenlendiği maddede yer verilen "özel sınırlama nedenleri" ile sınırlandırılabilir. Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak sınırlandırılabilir, bu sınırlamalar ise Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkelerine aykırı olamayacaktır. Bahsedilen Anayasa değişiklikleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **HAKYEMEZ** Yusuf Şevki, "İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03-10-2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri", Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt: 3, İstanbul 2003, s. 369 vd.

kanunun yürürlük tarihinin 1 Nisan 2005'ten 1 Haziran 2005'e ertelenmesinin ardından çeşitli yenileme çalışmaları ve değişiklikler yapılmış, maddenin ilk halinden bir hayli farklı metinler ortaya çıkarılmıştır². Bu değişiklikleri de aşağıda madde metinleri incelenirken yeri geldikçe ele alacağız. CMK'nın 75. maddesinde “*Şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücudundan örnek alınması*”, 76. maddesinde “*Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*”, ve son olarak 77. maddede ise “*Kadının muayenesi*” düzenlenmiştir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda CMK ile düzenlenen hükümlerden önce, öğretilerde “*vücudun muayenesi*” terimi kullanılmıştır³. Buna karşılık, gerek 2004 CMUK Tasarısında ve gerekse CMK' da “*beden muayenesi*” terimi kullanılmıştır. Kanunda muayene için “*beden*”, örnek alma için ise “*vücut*” terimlerinin kullanılıyor olması kavram kargaşasına yol açmaktadır. Bazı yazarlar tarafından da, muayene için “*beden*”; ancak, örnek alınması için “*vücut*” terimlerinin kullanılması uygun bulunmamış, bu tarz bir kullanımın sözcüklerin “*rastgele seçildiği*” izlenimini uyandırdığından söz edilmiştir⁴.

² Söz konusu değişiklikler için bkz. **ÇETİNKAYA Hakan/ UYAR Tulga**, “1412 Sayılı CMUK İle 5271 Sayılı CMK'nun, 5353 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklikler ve Bu Kanunların Gerekçeli Metinleri Çerçevesinde Karşılaştırılması”, Polis Dergisi, S. 44, Nisan- Mayıs- Haziran 2005, s. 29 vd.

³ **CENTEL Nur/ ZAFER Hamide**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003, s. 285; **CENTEL Nur**, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücudun Muayenesi”, Marmara Üniversitesi Yayın No: 543 Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993, s. 75. Doktrinde **CİHAN/ Yenisey** “vücudun incelenmesi” terimini kullanmaktadır. (**CİHAN Erol/ YENİSEY Feridun**, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997, s. 280). Tedbir salt bir inceleme işleminden ibaret olmadığı ve tıbbi yöntem ve usuller kullanıldığı için bir muayene şekline bürünmektedir. Bu nedenle tedbiri daha iyi anlattığı için bu çalışmada söz konusu tedbir için “*muayenesi*” terimi kullanılacaktır.

⁴ **ÖZBEK Veli Özer**, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 478. Bu konudaki bir diğer görüş ise aynı şekilde kanunda bahsi geçen “*beden*” ve “*vücut*” arasındaki farkın belli olmadığı yönündedir. Bununla birlikte söz konusu yazarlara göre, burada yasadaki ayrımlara bakarak, “*bedenin*” iç organları da kapsayacak şekilde düşünüldüğü, “*vücudun*” ise bütün organları kapsayacak biçimde, beden dışı olarak algılandığının anlaşılması gerekmektedir. (**KUNTER Nurullah/ YENİSEY Feridun/ NUHOĞLU Ayşe**, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006, s. 867- 868).

Beden muayenesi mevzuatımızda CMK' ya kadar çok genel bir düzenleme alanı bulmuştur. Her ne kadar, 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nda (CMUK) beden muayenesine ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiş olsa da; bu hüküm konu hakkında son derece yetersiz bir düzenleme teşkil etmekteydi. Esasen "bilirkişinin tayini" hakkındaki CMUK 66/ 5' de yer alan düzenleme şu şekilde idi; "Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır". Görüldüğü gibi bu hüküm ile, hazırlık soruşturmasında muayeneye karar verilmesi konusunda yetki sorunu çözümlenmiş, ancak muayenenin kapsam ve koşulları belirlenmemiştir⁵.

Doktrinde dile getirilen haklı eleştiriler karşısında CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının koşulları ve uygulaması detaylı bir şekilde düzenlenmiş, ancak kanun beden muayenesinin tanımını yapmamıştır. Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik⁶ (bundan sonra metin içinde "yönetmelik" olarak belirtilecektir) bedenin tıbbi muayenesini; "Tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler" olarak tanımlamıştır (Yönetmelik m. 3).

Maddede, hem "şüpheli" ve hem de "sanık" sözcüklerine yer verilmiştir. Bunun nedeni, yeni kanunun, soruşturma evresinde şüpheli, kovuşturma evresinde

5 **CENTEL**, 10. Yıl Armağanı, s. 91; **ÖZTÜRK** Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koşuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991, s. 124; **KUNTER** Nurullah/ **YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap, İstanbul 2003, s. 753. Ayrıca söz konusu düzenlemenin açık ve yeterli olmadığı gerek maddi gerçeğin araştırılması ve gerekse sanık ve insan hakları bakımından yeterli olmadığı CMK m. 75'in hükümet tasarısındaki gerekçesinde de ifade edilmiştir. Bu nedenle tasarı bu konuyu geniş bir şekilde düzenlemeyi uygun görmüştür denilmiştir. (**TOROSLU** Nevzat, "Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler", Hukuk Kurultayı 2000, s. 328; hükümet tasarısındaki gerekçeler için bkz. **NOYAN** Erdal, Ceza Muhakemesi, Ocak 2005, s. 208-209). Söz konusu hükmün yeterli olmadığı gibi, gelişen teknoloji ve delil elde etme yöntemlerinin gerisinde kaldığı da belirtilmiştir. (**ÇOLAK** Haluk/ **TAŞKIN** Mustafa, Açıklamalı- Karşılaştırmalı- Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 241).

6 01. 06. 2005 tarih ve 25832 s. R. G.

ise sanık ifadelerini benimsemiş olmasıdır. CMK 2/ a uyarınca şüpheli, “*Soruşturma evresinde, suç şüphesi altında bulunan kişiyi*”; m. 2/ b’ ye göre ise sanık, “*Kovuşturmanın başlamasından itibaren hükmün kesinleşmesine kadar, suç şüphesi altında bulunan kişiyi*” ifade etmektedir⁷.

Beden muayenesi farklı noktalara işaret edilmek suretiyle tanımlanmaya çalışılmaktadır. Bir tanıma göre, beden muayenesi tamamen veya kısmen çıplak vücudun ve vücut kısımlarının niteliklerini öğrenmek amacıyla vücut üzerinde yapılan incelemedir⁸. Bir başka tanıma göre, beden muayenesi “*şüphe sebebi*” veya “*delil*” elde etmek amacıyla, bir insanın vücut özelliklerinin sistematik bir şekilde araştırılması anlamına gelmektedir⁹. *Centel*’e göre, ceza muhakemesi hukuku açısından önemli olguların saptanması amacıyla yaşayan insan vücudunun incelenmesi veya vücuda müdahale edilmesi beden muayenesi olarak kabul edilmelidir¹⁰. *Öztürk/ Erdem* ise bir suça ilişkin delil elde etmek için, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının kararı ile kişinin vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasına ve

⁷ Ayrıca yeni kanuna göre soruşturma, kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi; kovuşturma ise, iddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evreyi ifade etmektedir. CMUK uygulamasında sanıklık statüsü, sanık haklarından bir an evvel yararlanılması amacıyla öne çekilmeye çalışılmış ve soruşturma evresinde de kişi bazı ceza muhakemesi işlemlerine maruz kalmakla sanık sayılmıştı. CMK ise sanıklık statüsünü ancak hakkında kamu davası açılan kişi açısından kabul etmektedir. Bu da bugüne değin sanık hakları olarak ifade edilen bazı haklardan önceki evre olan soruşturma evresinde de yararlanılıp yararlanılmayacağı sorunu doğurmaktadır. Kanımızca bu aşamada aynı haklar bundan böyle şüpheli hakları olarak ifade edilecektir. Bu nedenle örneğin, susma hakkı, aydınlanma hakkı, müdafî yardımından yararlanma hakkı şüpheli hakları olarak kabul edilecektir (**ÖZBEK** Veli Özer, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 15). Şüpheli hakları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBEK** Veli Özer/ **KANBUR** Nihat/ **BACAKSIZ** Pınar/ **DOĞAN** Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Ankara 2007, s. 116 vd.).

⁸ **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi, s. 286.

⁹ **KUNTER** Nurullah/ **YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005 Eki, s. 326; **KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 888-889.

¹⁰ **CENTEL**, 10. Yıl Armağanı, s. 75.

gerektiğinde vücudunun içinde tıbbi inceleme yapılmasına beden muayenesi denilir diyerek kanundaki düzenlemeye paralel bir tanım getirmektedirler¹¹.

Bir suçla ilişkin delil elde etmek amacıyla beden muayenesinde ve vücuttan örnek alınmasında göz önünde bulundurulması gereken dört temel ölçütten söz edilmektedir. Bunlar;

-Vücut bütünlüğüne müdahale edilmemesi,

-Şeref ve itibarın ihlal edilmemesi,

-Ar ve haya duygularına saygı gösterilmesi,

-Kişilerin kendi kendilerini ve yakınlarını suçlayıcı deliller göstermeye zorlanmamasıdır¹².

Henüz yasal bir düzenlemeye kavuşmadan önce de “*vücut muayenesi*” terimini kullanan yazarlardan olan *Özbek* ise vücudun muayenesini, kişinin vücut boşluklarında veya iç organlarında veyahutta vücut sıvılarında tıbbi yöntem ve araçlarla yapılan delil arama işlemi olarak tanımlamaktaydı¹³.

Bu yönüyle beden muayenesi ve üst araması arasındaki farkları ise şu noktalarda toplamaktaydı:

-Üst aramasının iki yönü mevcuttur. Bunlardan biri, doğrudan elbiselerin aranmasıdır. İkincisi ise, vücudun yüzeyine ve herhangi bir tıbbi müdahale ve araç kullanılmasını gerektirmeyen doğal vücut boşluklarına ilişkin aramadır. Buna

¹¹ **ÖZTÜRK** Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 574- 575.

¹² **TOROSLU**, Kurultay, s. 327.

¹³ **ÖZBEK** Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 534.

vücudun aranması veya incelenmesi de denilebilecektir¹⁴. Örneğin, vücutta yara izi aranması, tırnak diplerinin aranması, sadece el ve/veya gözle vajina ya/ya da makatın incelenmesi gibi. Vücudun muayenesi ise, doğal vücut boşluklarının veya organlarının tıbbi müdahale ile ve tıbbi araçlar kullanılarak incelenmesidir. Bu tedbire mide röntgeninin çekilmesi, kan alınması ve tahlili, tıbbi araçlar kullanılarak vajina ve makatın incelenmesi örnek verilebilir.

-Üst araması elbisenin, vücudun veya vücut boşluklarının elle yoklanması veya gözle incelenmesi ile sınırlandırılmıştır. Herhangi bir tıbbi araç kullanımına veya müdahaleye izin verilemez. Oysa vücudun muayenesinde, vücudun incelenmesi tıbbi araç kullanılarak yapılır.

-Üst aramasını yasayla görevlendirilmiş her memur yapabilirken, vücut muayenesini kural olarak ancak bir doktor veya bir sağlık memuru yapabilecektir¹⁵.

Maddede açıkça belirtilmiş olmamakla beraber kaleme alınış şekline beden muayenesinin iç beden muayenesi ve dış beden muayenesi olarak ikiye ayrıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim Yönetmelik açıkça iç ve dış beden muayenesi ayrımını yapmıştır. Burada dış beden muayenesi ile ilgili yasal boşluk Yönetmelik hükümleri ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Bu yöntem ülkemizde sık sık başvuru olan “şark

¹⁴ **YENİSEY** Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1991, s. 172.

¹⁵ **ÖZBEK** Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999, s. 112-113; **ÖZBEK** Veli Özer, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000, s. 330. Beden muayenesi ve arama koruma tedbiri arasındaki farkı yalnızca tıbbi araç kullanılıp kullanılmadığına bakarak belirlemek, insan onuru ar ve haya duyguları açısından sakıncalıdır. Bu durumda ülkemizde sıklıkla rastlanan bekaret kontrolü gibi uygulamalarda hukuka aykırılık doğmayacaktır. Zira bu halde sadece elle ve gözle yapılacak bir inceleme çıplak vücut üzerinde dahi olsa, uzman bir hekim veya sağlık personeline değil yasayla görevli memur tarafından yapılabilecektir. Bu nedenle bizce, vücudun aranması giyinik vücut ile sınırlandırılmalı ve çıplak vücut üzerinde gerek el ve gözle gerekse tıbbi araçlarla yapılan araştırma beden muayenesi kapsamında değerlendirilmeli ve işin uzmanı kişilerce yerine getirilmelidir. Bu konuya yeri geldiğinde tekrar değinilecektir. CMK’da yer verilen iç/ dış beden muayenesi ayrımı bu konudaki karmaşayı daha da artırmış görünmektedir.

*kurnazlıklarından birinin tipik örneğidir*¹⁶. Burada asıl sorun dış beden muayenesi kararını hangi makamın vereceği sorunudur. Konuya yeri geldiğinde tekrar dönülecektir.

Bu yasal düzenleme karşısında yazarın daha önce üst araması içinde kabul etmiş olduğu vücudun dış yüzeyinde yapılan inceleme dış beden muayenesi olarak kabul edilebilecek iken doğal vücut boşluklarının ve organlarının tıbbi müdahale ile ve tıbbi araçlar kullanılarak incelenmesi iç beden muayenesi olarak tanımlanabilecektir¹⁷.

Vücudun muayenesi ve üst araması farklı kavramlardır denilmiştir. Bir görüşe göre, vücudun muayenesinin vücudun aranmasından farkı, aramanın maksadından kaynaklanmaktadır. Nitekim vücudun muayenesi tamamen veya kısmen çıplak vücudun veya vücut kısımlarının özelliklerinin öğrenilmesi amacıyla yapılan bir incelemedir. Örneğin, vücutta tırnak ya da enjektör izi gibi suçtan kaynaklanan izleri bulmak amacıyla vücut yüzeyinin incelenmesi, bunlar açıkça göze çarpmıyorsa (el üstündeki yara izi gibi) vücudun muayenesi kavramına dahildir. Yutulmuş ya da vücut içinde bulunan maddelerin aranması ise, kuşkusuz muayene kavramına girer. Vücudun aranması ise, elbise altında veya arasında yahut vücut yüzeyinde bulunan maddeleri araştırmaktır. Diğer bir görüşe göre ise, farklılık konu bakımındandır. Muayenede çıplak vücut, aramada ise, giyinik vücut incelenir. Ağız, anüs ve vajinanın incelenmesi muayene kavramına girer¹⁸. CMK'nın bu ikinci sistemi benimsemiş olduğu söylenebilir.

Kişinin üstünde yapılan arama; örneğin ceplerinde, elbisesinde, koltuk altında, pabucunun içinde arama yapılmasıdır. Bu arama CMK m. 75 ve devamında yer alan beden muayenesine dönüşmemelidir. Dönüşürse, söz konusu

¹⁶ Yazar burada iç- dış beden muayenesi ayrımının sebebinin uygulamada ortaya çıkması olası "*bazı engelleri*" ortadan kaldırmak (!) olduğunu anlaşıldığını belirtmektedir. (**ÖZBEK** Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005, s. 253, 255).

¹⁷ **ÖZBEK**, Şerh, s. 254.

¹⁸ **CENTEL** Nur, 10. Yıl Armağanı, s. 77-78.

düzenlemelerde aranan şartlara uyulması gerekmektedir¹⁹. Gerçekten, 25 Mayıs 2005 tarih ve 5353 sayılı CMK Değişiklik Kanunu'nu Adalet Bakanlığına hazırlayan Revizyon Komisyonunun kabul ettiği metinden farklı olarak, TBMM Adalet Komisyonu, CMK m. 75'de şüpheli veya sanığın beden muayenesini iç ve dış beden muayenesi olmak üzere ikiye ayırmış; bunu sağlamak için, CMK 76'dan farklı olarak, maddede sadece iç beden muayenesinin koşullarına yer vermiş; dış beden muayenesini, dolaylı olarak arama ile ilgili hükümlere tabi tutmuştur. Buna karşılık, CMK 76'da, diğer kişilerin, özellikle de mağdurun dış beden muayenesi iç beden muayenesinden ayrı tutulmayarak aynı koşullara tabi kılınmıştır²⁰.

Dış beden muayenesi, gerektiğinde kişinin çırılçıplak soyulmasını, ağız, anüs vajina gibi vücut boşluklarına bakılmasını gerektiren son derece hassas bir muayene çeşididir. Bunun hakim veya savcı kararı olmadan yapılabilir olması kabul edilemez. Nitekim, bunu gören TBMM Adalet Komisyonu değişiklik yaparken, cinsel organlarda anüs bölgesinde yapılan muayenenin de iç beden muayenesi olduğuna dair düzenlemeye dokunmamıştır. Başka bir ifade ile, anüs ve cinsel organlar ancak hakim, gecikmesinde sakınca olan hallerde ise savcı kararı ile muayene edilebilecek, kolluk görevlileri bu işlemi yapamayacak; bu muayene tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılacaktır (CMK m. 75/3). Ancak beden muayenesini daha geniş şekilde ele alırken belirteceğimiz gibi, TBMM'de yapılan bu yeni düzenleme, ne yazık ki, şüpheli veya sanığın, adli kolluk tarafından çırılçıplak soyulabilmesine, anüs ve cinsel organlarının görülmesine engel değildir. Zira, CMK m. 75'in yeni şeklinde yasak olan görmek değil muayenedir ve bilindiği gibi muayene, müdahaleyi gerektiren bir işlemdir²¹.

O halde iç organlarda yapılan muayene ile vücuttan kan veya biyolojik örnekler alınabilmesi ve cinsel organlar veya anüs bölgesindeki muayene iç beden

¹⁹ ÖZTÜRK Bahri/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SIRMA Özge/ SAYGILAR Yasemin F., Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2006, s. 404.

²⁰ Bahsi geçen tartışmalar için bkz. TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s. 304 vd.

²¹ ÖZTÜRK/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR, s. 404-405.

muayenesi, bunun dışında kalan vücudun dış yüzeyinde yapılan muayene ile saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi ise dış beden muayenesi olarak tanımlanabilecektir. Bu durumda daha önce üst araması kavramı içinde kalan hallerin bir kısmı dış beden muayenesi içinde yer almış olmaktadır²².

Öte yandan Yönetmeliğin ise dış beden muayenesini “*vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*”; iç beden muayenesini ise “*kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” biçiminde tanımladığı görülmektedir²³.

Madde, tıbbi müdahale bakımından iki farklı durumu ele almaktadır. Birincisi beden muayenesi suretiyle delil elde etme, ikincisi ise vücuttan örnek alınması suretiyle delil elde etme. Aslında kanun “*beden muayenesi*” ve “*vücuttan örnek alınması*” terimlerini kullanmaktadır. Ancak hükmün içeriğine bakıldığında, beden muayenesi ile eş anlamlı bir şekilde “*tıbbi muayene*” terimini de kullandığı görülmektedir. Yine kanun gerek muayene gerekse örnek alınması için “*müdahale*” terimini kullanmakta ve bu müdahalelerin tabip tarafından veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabileceğini belirtmektedir. Sonuç olarak, her iki müdahale türü “*tıbbi*” nitelikte olduğundan, yapılacak müdahaleler “*tıbbi müdahale*”lerdir. Bu müdahalelerin neticesinde elde dilecek olan deliller ise “*tıbbi müdahale yoluyla delil elde etme*” olarak isimlendirilebilir²⁴.

²² ÖZBEK, Şerh, s. 254.

²³ Söz konusu Yönetmeliğin yine CMK’da yer almadığı halde beden muayenesi, müdahale ve cerrahi müdahale kavramlarını tanımladığını görmekteyiz.

Buna göre; Bedenin tıbbi muayenesi, tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeleri, Müdahale, tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbi işlemleri ve Cerrahi müdahale, tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonları ifade eder (Yönetmelik m. 3) denilmiştir.

²⁴ GÜLSOY Tefik/ KÖK Nezi, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, S. 1-2, 2005, s. 14. Yine Yönetmeliğin konuya ilişkin hükümleri ile özellikle m. 6 birlikte değerlendirildiğinde müdahalenin vücuttan örnek alınması içinde gelişen bir durum olduğu, örnek almanın müdahaleyi gerektirdiği ve örnek alma içinde ve birlikte değerlendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. (ÖZBEK, Şerh, dn. 102, s. 254).

Kanunda yer almayan ancak Yönetmelikte ifadesini bulan bir başka tanıma göre girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır denilmiştir (Yönetmelik m. 5/ son). Burada ilk olarak belirtilmesi gereken eksik, girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yönteminin ne olduğunun tanımlanmamış olduğudur. Görüldüğü gibi dış beden muayenesi konusundaki yasal boşluk Yönetmelik hükümleri ile doldurulmaya çalışılmaktadır. Burada esaslı olan sorun daha sonra da belirteceğimiz gibi dış beden muayenesine hangi makamın karar vereceğidir²⁵.

Beden muayenesi kişinin tükürük, idrar, mide içeriği veya kanının incelenmesine olanak vermekle birlikte, mesela midesinde bulunan bir şeyin ameliyatla çıkarılmasına izin verip vermediği tartışmalıdır. İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin olmaması gerekir. Burada CMK m. 76/ 1'e göre üçüncü kişilerde yapılacak muayenelerde cerrahi müdahale yasaklanmıştır. Ancak 75. madde de açık bir yasak olmadığına ve fakat söz konusu hükümde yer aldığına göre şüpheli ve sanıkta cerrahi müdahale mümkündür, bu müdahale kişinin sağlığına zarar vermemelidir. Burada karşımıza hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan oranlılık ilkesi çıkmaktadır. Buna göre, böyle bir müdahale kişinin ölümüne veya sakat kalmasına yol açabilir. Bu halde devletin suçla mücadelesinin getireceği menfaat ile kişinin yaşam hakkı veya vücut tamlığı arasında açık bir oransızlık olacağı açıktır. Bununla birlikte burada götürü bir yanıt vermektense böyle bir tedbire başvurulmasına neden olan suçun niteliğine göre hareket etmekte fayda olduğu ifade edilmektedir. Özellikle organize suçlulukla mücadele bakımından, örneğin yutulmuş şey bir suikast planı veya organizasyon üyelerinin adresini içeren bir kağıt ise ve doğal yollardan çıkmasını beklemek delilin yok olmasına neden olarsa bu durumda böyle bir ameliyat mümkün olabilmelidir denilmiştir. Burada göz önünde bulundurulması gerekenin somut olayın özellikleri ve oranlılık ilkesi olduğu belirtilmiştir²⁶.

²⁵ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 479.

²⁶ ÖZBEK, Şerh, s. 255; ÖZBEK, Kurultay, s. 340.

Tasarının gerekçesinde, “*Alman sistemine yakın ve fakat ona göre daha güvenceli bir usul*” kabul edildiği belirtilmiştir. Alman sistemi, rıza koşulu olmaksızın, fakat önkoşul olarak kişinin sağlığının riskle karşılaşmaması ve işin ağır bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemesini benimsemiştir²⁷. Kanımızca aynı sistem bizde de benimsenebilirdi. Örneğin, kişinin sağlığını tehlikeye düşürmeyecek ve ağır tıbbi müdahaleyi de gerektirmeyecek, fakat küçük bir cerrahi müdahale ile çıkarılabilecek bir kurşunun varlığı söz konusu ise ve bunun balistik incelemesi faili belirleyebilecekse, maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi adına bu müdahaleye izin verilmesi mümkün olabilmelidir denilmiştir²⁸.

Yeni düzenlemeler bakımından, korunan değer ile ulaşılmak istenen amaç arasında kısmen bir denge sağlandığı söylenebilir. Sistem, rıza unsurunu Alman sisteminde olduğu gibi sadece tanıklıktan çekinme halleri bakımından gerekli olan hallerde öngörmüştür. Bunun dışında esas olarak rıza unsuruna yer verilmeyişi özellikle insan hakları bakımından bilhassa müdahale ağır tıbbi müdahaleleri içermekte ise sakıncalı olacaktır. Elbette devlet suç ve suçluyla mücadele ve maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek amacıyla hukuki zemini oluşturacaktır. Ancak burada, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, ağır tıbbi müdahalenin kaçınılmaz olduğu durumlar bakımından herhangi bir hukuki zemin öngörülmemiştir. Rıza unsurunu aramak suretiyle ve hayati tehlike doğurmadığı sürece ağır tıbbi müdahale yapılabilmesinin de düzenlenmesi gerekirdi düşüncesindeyiz. Ayrıca ileride tekrar değinecek olmakla birlikte “*kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi*” kavramının hukuki bir kavram olmadığını ve bu nedenle hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulamayacağını belirtmek isteriz. Bu durumda hakim ya da savcının hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması kaçınılmaz olacaktır²⁹.

²⁷ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu’nda (Strafprozessordnung- StPO) yer alan sanık veya tanığın beden muayenesiyle ilgili madde metinleri için bkz. www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

²⁸ **GÜLSOY/ KÖK**, s. 17-18.

²⁹ *Dönmezer* burada rıza konusunu içtihadı bırakmak gerektiğini her konuyu halletmeye çalışmanın hatalı olacağını belirtmiştir. Yazara göre, bu durumlarda zor kullanılıp kullanılmayacağı, ne derece kullanılacağı hususunda Yargıtay içtihatlarına göre hareket edilmelidir. (**DÖNMEZER**

Karşılaştırmalı hukukta beden muayenesine ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. Yeni CMK'nın 75. madde gerekçesinde belirtildiği üzere, İngiltere'de ilgilinin rızası olmadıkça parça alınmaz; ancak geçerli bir neden olmadığı halde rıza açıklanmaması durumunda hakim, sanığa karşı bir suçluluk emaresi çıkarabilir. İtalya'da ise parça alma hem yasaktır ve hem de rıza olmaması halinde hakim bundan sonuç çıkaramaz. Almanya'da ise ilgilinin rızası olmadan bedenden kısım veya parça alınabilir. Bu işlem, hakim, savcı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polis tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak önkoşul kişinin sağlığının bir riskle karşılaşmaması ve işin ağır bir tıbbi müdahaleyi gerektirmemesidir. Fransa'da ise, gözaltına alınmış bir kimse üzerinde dahili bedensel tetkik işlemlerine girişmek için bir hekime başvurmak zorunludur. Bu tür işleme, araştırma bakımından zorunlu olduğu hallerde başvurulabilir³⁰. Bundan başka son yıllarda bazı uyuşturucu madde kaçakçılarının torbalara sarılmış uyuşturucu maddeleri yutarak veya vücut boşluklarına bu maddeleri yerleştirerek taşıma yoluna gitmeleri nedeniyle Fransız kanun koyucusu yeni bir düzenleme öngörmüştür. Buna göre; vücuduna gizlenmiş uyuşturucu madde taşıdığı konusunda ciddi bulguların olması halinde, kişinin açıkça rızası alındıktan sonra kişi üzerinde tıbbi muayene yapılabilmektedir. Kişinin rıza göstermemesi halinde ise hakim kararına başvurulur. Hakim kararına rağmen yine muayene olmaktan çekinen kişiye, hapis ve para cezası verilir³¹.

Sulhi, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000, s. 338). *Toroslu* ise, şüpheli ya da sanığın masum olabileceği ihtimalini göz ardı eden ve suçla mücadelenin her ne pahasına olursa olsun sürdürülmesi gerektiğini benimseyen bu anlayışın maddi ve manevi işkenceyi savunmak anlamına geleceğini belirtmiştir. (TOROSLU, Kurultay, s. 328). Karşı görüş için bkz. SOYASLAN Doğan, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000, s. 333.

³⁰ AYDIN Murat, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Tanıtım Seminerleri İçin Eğitim Notları”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale.164.doc, erişim tarihi: 12. 04. 2007; ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005, s. 238; YURTCAN Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005, s. 275.

³¹ Yazar, kişi özgürlüğüne müdahale oluşturan bu tür yaptırımlarda aşırıya kaçılmaması için Fransa'daki düzenlemenin benzerinin uygulanması gerektiği düşüncesindedir. (TEZCAN

Tüm bu görüşler ışığında kanımızca beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, işlendiğinden şüphe edilen bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi ve böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin vücut yüzeyleri ile vücut boşluklarının muayene edilerek, gerektiğinde tıbbi incelemelerde bulunmak üzere vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle, saç, tükürük, tırnak gibi örneklerin alınması olarak tanımlanabilir.

5271 sayılı CMK’da beden muayenesine yer verilmesi bilimsel delil aşamasına geçişte önemli bir adım olmuştur. Gerçekten de, beden muayenesi veya vücuttan örnek alınması sonucunda elde edilecek deliller diğer klasik delillere nazaran, maddi gerçeğin kesin veya kesine yakın bir şekilde ortaya çıkarılmasını olanaklı kılacaktır. Yine, söz konusu maddelerin uygulanması ile CMK’nın benimsediği en temel ilkelerden biri olan “*delilden sanığa ulaşma sistemi*”nin gerçekleştirilmesi de mümkün olabilecektir. Delilden sanığa ulaşma ilkesi çerçevesinde, ülkemizde yıllardan beri yerleşmiş olan uygulamanın aksine, önce deliller toplanmalı ve yeterli deliller elde edildiği takdirde şüpheli hakkında kamu davası açılmalıdır. Böylece, maddi gerçeğe ulaşma adına insan hakları ihlalleri de önemli oranda azaltılmış olacaktır. Tüm bu nedenlerle yeri geldikçe değineceğimiz eksikliklerine karşın CMK’da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına yer verilmiş olması, ispat hukukunda maddi gerçeğe ulaşmak bakımından ileri bir adım olmuştur³².

II. ÇEŞİTLERİ

Madde başlığı incelendiğinde aslında iki ayrı tedbirin düzenlenmiş olduğu gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır: Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması.

Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum”, Prof. Dr. Seyfullah Edis’e Armağan, İzmir 2000, s. 212-213).

³² **KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 888; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 574; **İNCİ** Zekiye Özen, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 72, S. 1, Ocak 2007, s. 134.

Ancak vücuttan örnek alma aslında bir muayeneyi gerektirdiği için örnek almanın da muayene içinde değerlendirilebileceği düşünülebilecektir.

Buna karşılık Yönetmeliğin tedbiri beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması olarak ikiye ayırdığını ve beden muayenesini de iç ve dış beden muayenesi olarak iki şekilde düzenlediğini söyleyebiliriz (Yönetmelik m. 4 vd.)

Yönetmelik hükümleri de düşünüldüğünde iç beden muayenesi ile dış beden muayenesi arasındaki farklar şunlardır:

-İç beden muayenesine hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise Cumhuriyet savcısı karar verebilir iken, dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilecektir.

-Üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılamıyor iken dış beden muayenesi bakımından herhangi bir sınır bulunmamaktadır. Bu nedenle her suç bakımından dış beden muayenesi tedbirine başvurulması mümkündür.

Bununla birlikte;

-Şüpheli veya sanığın gerek iç beden muayenesi ve gerekse dış beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılabilecektir³³.

-Gerek iç ve gerekse dış beden muayenesinin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin olmaması gerekir. Buradaki “*açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesi*” bu

³³ Burada girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri de bedenın dış muayenesi sayılır ve bu tür incelemeler tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir denilerek Yönetmelik hükmüyle bir istisna getirilmiş bulunmaktadır (Yönetmelik m. 5/son).

tedbiri uygulayan kişinin daha sonra bir zarar doğması halinde bu zararlı netice açısından taksir düzeyinde dahi kusurunun bulunmaması anlamına gelir. Aksi durumda tedbire başvuran kişi de taksirli hareketinin meydana getirdiği neticeden sorumlu olacaktır³⁴.

Vücuttan örnek alınması tedbirinin kapsamına ise şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması girer. Bununla beraber özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır. O halde KTK gereğince yapılacak alkol muayenesi bakımından söz konusu kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır diyebiliriz³⁵.

İkinci müdahale tipi olan vücuttan örnek alınması suretiyle tıbbi müdahale konusunda kanunda kişiden saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasından söz edilmektedir. Tasarının gerekçesi daha fazla örnek verdiği gibi, amacı da ortaya

³⁴ ÖZBEK, Şerh, s. 256; ÖZBEK/ KANBUR/ BACAKSIZ/ DOĞAN, s. 277-278.

³⁵ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 480. Üst sınırı iki yıldan daha az olmasına rağmen, ancak muayene veya vücuttan örnek alınmasının, suçun varlığı bakımından zorunlu olduğu suçlar söz konusu olduğunda sorun çıkabileceği belirtilmiştir. Çünkü kanuna göre üst sınırı iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda kişi üzerinde beden muayenesi yapılamayacak ve kişiden kan, saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacaktır. Örneğin 5237 Sayılı TCK'nın trafik güvenliğini tehlikeye sokma suçunun yer aldığı 179. maddesinin 3. fıkrasına göre, “Alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle ya da başka bir nedenle emniyetli araç sevk ve idare edemeyecek halde olmasına rağmen araç kullanan kişi” iki yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Bir kişinin alkol veya uyuşturucu madde etkisinde olup olmadığının tespiti bakımından ise kan alma gibi tıbbi bir incelemenin yapılması zorunlu olmaktadır. Bu eleştiriler nedeniyle yapılan değişikliklerle CMK 75/7 ile özel kanunlar bakımından istisna getirilmiş ve bu kanunlardaki hükümlerin uygulanmaması ihtimali önlenmiştir. Örneğin trafik görevlilerinin alkollü araç kullanan sürücüye alkolmetre üflettirmesi, bunun sonucuna göre sağlık kuruluşunda kan aldirarak kandaki alkol miktarının belirlenmesi gibi işlemlerin yapılabilmesi için KTK bakımından bu istisna uygulanacaktır. (SÖZÜER Adem/ TEKDAĞ Kenan, “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 52; ERKEN Sümeyye Nur/ ÖZBEK Betül, “CMK’da Beden Muayenesi”, Hukuk Gündemi, S. 2, Ağustos 2005, , s. 83; GÖKPINAR Mahmut, “Yeni CMK Bir Kaç Not ve Düşündürdükleri”, Güncel Hukuk, S. 26, Şubat 2006, s. 55; ALKAN Nevzat, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 18, S. 58, Mayıs- Haziran 2005, s. 158).

koymuştur: “...bedenden kan, cinsel salgı, sa, vücut kılları, tırnak, tükürük, nefes, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması mümkün olacaktır. Bu yolla örneğın gen teknolojisi ceza muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacaktır” (4. Paragraf). Ne var ki Yönetmelik bu konuda da yine ayrıntılı ve açıklayıcı bir hüküm getirmemektedir (Yönetmelik m. 6). Oysa ki, her iki müdahale için de, hazırlanan Yönetmeliğın CMK’nın amacına yönelik olarak hem örnekleri çoğaltması hem de tıp bilimi bakımından çerçevesini ve müdahalenin koşullarını net bir şekilde belirlemesi gerekirdi³⁶.

Yönetmelik m. 23’e göre “Kişinin vücut yüzeyinde bulunan atış artığı gibi biyolojik olmayan örnekler, elbiseleri ve diğere eşyaları üzerinde bulunan örnekler ile vücut yüzeyinden başkasına ait olduğu açıkça belli olan kıl, tüy, lif gibi örnekler olay yeri inceleme uzmanları tarafından alınabilir”. Bu durumda Yönetmeliğe göre bu haller beden muayenesi ve örnek alınması tedbiri kapsamında bulunmamaktadır³⁷.

III.HUKUKİ NİTELİĞİ

Bir görüşe göre beden muayenesi, hem bilirkişi incelemesi ve hem de keşif olarak nitelendirilebilir; yani karma bir hukuki niteliğe sahiptir³⁸. Bir başka görüşe göre ise burada amaç delil elde etmektir³⁹. Vücut dokunulmazlığına ve temel hak ve özgürlüklere müdahale niteliği de göz önünde bulundurulduğunda, CMK içinde gözlem altına alma, keşif ve otopsi ile birlikte düzenlenmiş ise de beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının daha çok koruma tedbiri niteliğinin baskın olduğu

³⁶ GÜLSOY/ KÖK, s. 14-15.

³⁷ ÖZBEK, Şerh, s. 256. Mağdur-mekan-fail arasındaki ilişkiyi kuracak delilleri tespitte olay yeri incelemesinin önemi büyüktür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.zonguldak.gov.tr/il.jandarma/olayyeri.htm>, erişim tarihi: 12. 04. 2007; KAYGISIZ Mustafa, “Suç Soruşturmasında Olay Yerinde Personel ve İşlevleri”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 5(3-4), 2003, s. 14 vd.; KAYGUSUZ Ziyaettin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Yeni Düzenlemeler Işığında Olay Yeri İnceleme Çalışmaları”, Polis Dergisi, Yıl:11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 98 vd.

³⁸ ÖZBEK, Şerh, s. 257.

³⁹ YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, İstanbul 2005, s. 210.

söylenbilir. Nitekim yasa koyucu tedbirin uygulanmasını sıkı koşullara bağlamak suretiyle esasen bu niteliği ortaya koymuştur⁴⁰. Öğretide yer bulan bir başka görüşe göre ise, ceza muhakemesi hukukunda vücudun muayenesi, bir koruma tedbiridir. Zira vücudun muayenesi, koruma tedbirlerinin yöneldiği değerler açısından vücuda ya da vücut bütünlüğüne; amaç bakımından delil güvencelemeye; uygulanacağı kişiler bakımından ise sanığa ve üçüncü kişilere yöneliktir⁴¹.

Adil yargılamanın temel gereklerinden biri de muhakemenin olabildiğince kısa sürede sonuçlandırılması ve hükmün infaz edilebilmesidir. Ceza muhakemesi sırasında başvurulmuş tutuklama, yakalama, arama gibi koruma tedbirleri bu amacı gerçekleştirmeye yönelik en önemli araçlardır. Bu nedenle koruma tedbirleri, ceza muhakemesinin yapılmasını ve bunun sonunda verilecek kararın yerine getirilmesini ve muhakeme giderlerinin karşılanmasını sağlamak için verilen ve hükümden önce temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi gerektiren yasal çareler olarak tanımlanabilir⁴².

Türk doktrininde koruma tedbirleri terimi konusunda bir birlik bulunmamaktadır. Söz konusu tedbirler, “ceza yargılaması önlemleri”⁴³, “zorlayıcı önlem”⁴⁴, “ihtiyati tedbir”⁴⁵, “usul tedbirleri”⁴⁶, “ceza muhakemesi tedbirleri”⁴⁷

⁴⁰ **ÖZBEK**, Şerh, s. 257.

⁴¹ **MALKOÇ** İsmail/ **YÜKSEKTEPE** Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 220, **CENTEL**, 10. Yıl Armağanı, s. 77.

⁴² **ÖZTÜRK** Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **ÖZBEK** Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2004, no. 622; **YENİSEY**, s. 117 vd.; **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi, s. 204; **CİHAN/ YENİSEY**, s. 201.

⁴³ **YURTCAN** Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2005, s. 300.

⁴⁴ **YÜCE** T. Tufan, “Ceza Yargılamasında Zorlayıcı Önlem Kavramı”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, S. 1, 1980, s. 69.

⁴⁵ **TANER** Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s. 131.

⁴⁶ **EREM** Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1973, s. 411.

⁴⁷ **TOROSLU** Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2003, s. 193.

olarak da adlandırılmakla beraber genellikle kullanılan terim “*koruma tedbiri*”⁴⁸ olmaktadır.

CMK’da koruma tedbiri kavramını kullanmaktadır. Yeni kanun mevcut koruma tedbirlerinde önemli değişiklikler yapmak yanında yeni bazı koruma tedbirlerine de yer vermiştir; beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması, moleküler genetik incelemeler, fizik kimliğin tespiti bunlar arasında sayılabilir. Bunlar aynı zamanda modern delil elde etme yollarındandır ve yeni CMK’da kriminalistik biliminin soruşturma ve kovuşturma makamlarının emrine verildiğinin somut örnekleridir. Bahsedilen yeni koruma tedbirlerinin ve bilimsel delil elde etme yöntemlerinin, delilden sanığa gitme sisteminin oluşturulabilmesi için de esaslı bir temel oluşturacağı söylenebilir⁴⁹.

Koruma tedbirleri şu ortak özelliklere sahiptir:

-Henüz hüküm verilmeden önce temel bir hakkı sınırlar ve bu çoğu kez tedbire maruz kalan bakımından bir zorlama olarak algılanır. Gerçekten, koruma tedbirlerinin mutlaka kanunla düzenlenmesinin gerekmesi ve diğer ortak özelliklerin bulunmasının aranmasının asıl sebebi budur. Çünkü burada, daha suçlu olup olmadığını bilmediğimiz; bir başka deyişle suçlu olduğu yargı kararıyla sabit hale gelmeyen bir kimsenin kişi özgürlüğü kısıtlanmakta, özel hayatına müdahale edilmektedir. Ancak, bazen herhangi bir zorlama olmasa da örneğin, telefon dinleme

⁴⁸ **TOSUN** Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Cilt: I, İstanbul 1984, s. 818; **ÖZTÜRK**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 97; **TEZCAN** Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, Ankara 1989, s. 27; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, no. 622; **GÖKCEN** Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi, Ankara 1994, s. 13; **KUNTER/ YENİSEY**, Muhakeme Hukuku, s. 658; **CENTEL** Nur, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, Hukuk Araştırmaları, Cilt: 8, S. 1-3, 1994, s. 70; **KUNTER** Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1961, s. 413.

⁴⁹ Bu yeni ve teknik yolların rasyonel bir şekilde kullanılabilmesi, buna uygun bir adli kolluğun kurulmasını; yani Türkiye genelinde kolluk içinde teknik bir birim olarak adli kolluk organizasyonunu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle CMK m. 167’de adli kolluğun kurulmasını öngörmüştür. (**ÖZBEK**, Yeni CMK, s. 16-20; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 574).

de olduğu gibi temel hak ve özgürlükleri sınırlaması ona yine bir koruma tedbiri niteliği verir.

-Koruma tedbirleri geçicidir, yani bir yaptırım değillerdir. İstenilen amaca varıldığında kendiliğinden sona ererler. Böylelikle muhakeme yapılabilir, verilecek kararın uygulanabilmesi sağlanır.

-Koruma tedbirleri bir araçtır; hüküm vermenin bir aracıdır. Koruma tedbirleri delillerin elde edilmesi suretiyle muhakeme sonucunda doğru kararın verilmesine ve hükmün yerine getirilebilmesine imkan sağlamış olurlar. Bunların uygulaması sadece amacın gerçekleşmesi ile sınırlı olmak zorundadır⁵⁰.

Koruma tedbirlerinin koşullarını ise şu şekilde sıralamak mümkündür:

-Suç şüphesinin bulunması gerekir.

-Görünüşte haklılık olmalıdır. Bir koruma tedbirine başvurulması bakımından bir hakkın gerçekten varolduğu konusunda kuvvetli bir ihtimalin mevcut olması gereklidir. Bu konuda bir kesinlik aranmaz ilk bakıştaki haklılık yeterlidir.

-Oranlılık ilkesine uygun olmalıdır. Yani beklenen yarardan çok zarar umuluyorsa o koruma tedbirine başvurulmaması ya da olanak varsa daha hafif bir koruma tedbirine başvurulması gerekir. Bu şekilde ikincillik ilkesi de gözetilerek aşırılık yasağına uyulmuş olacaktır.

-Yasayla düzenlenmiş olmalıdır.

-Gecikmede tehlike olmalıdır. Burada gecikmeden maksat, o koruma tedbirine başvurulmadığında meydana gelecek olan zaman kaybının muhakemeyi güçleştirmesi ve hatta olanaksız hale getirmesidir. Delilin ortadan kaldırılması ya da

⁵⁰ **ÖZBEK**, DNA Analizi, s. 535; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 484-486; **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi, s. 205-206; **ÖZBEK**, Arama, s. 20-21; **CİHAN/ YENİSEY** no. 257.

sanığın kaçması ihtimallerinde olduğu gibi. Bu durum muhakemeyi yapılamaz, hükmü infaz edilemez veya muhakeme masraflarını tahsil edilemez duruma getirecektir⁵¹.

Beden muayenesi bir koruma tedbiri olarak kabul edildiğinde, koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikler ve koşullar beden muayenesi için de geçerli olmalıdır. Söz konusu tedbir yakından incelendiğinde koruma tedbirlerinin sahip olduğu özellikler ve koşulların hemen tamamının beden muayenesi için de geçerli olduğu görülmektedir. Burada da beden muayenesine karar verildiği aşamada şüpheli ya da sanığın suçlu olup olmadığı hakkında henüz bir hüküm verilmiş değildir. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi burada da henüz masum sayılan bir kişinin hak ve hürriyetlerinin (örneğin vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği ve kişi özgürlüğü gibi) hükümden önce kısıtlanması söz konusudur. Beden muayenesi ile amaçlanan delilin elde edilmesi ile birlikte muayene derhal sonlandırılmalıdır. Beden muayenesi de diğer koruma tedbirleri gibi delillerin toplanması amacına hizmet eden bir araçtır.

Öte yandan muayene sonucu elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılması da 5271 sayılı CMK m. 78 ile 80. maddeler ile mevzuatımıza giren bir koruma tedbiri olduğundan, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, moleküler genetik inceleme yapılması koruma tedbirinin de aracı durumunda olduğu söylenebilecektir.

Burada moleküler genetik incelemelerin de aslında bağımsız bir tedbir olmadığı; bir yönüyle vücudun muayenesi koruma tedbirinin bir parçası, diğer yönüyle keşif veya olay yeri incelemesinin bir uzantısı olduğu belirtilmelidir. Tedbirin başarısı bir önceki aşama olan tedbire yani beden muayenesi ve örnek alınması tedbirlerinin başarısına bağlıdır. Gerçekten, şüpheli ya da sanıktan ve yine mağdur üzerinden veri elde edilebilse ki, bu veri olay yerinden elde edilen verilerle

⁵¹ **ÖZBEK**, Arama, s. 21; **YÜCE**, s. 72-74; **GÖKCEN**, s. 18; **YURTCAN**, Ceza Yargılaması, s. 302-303; **ÖZTÜRK**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 98-99; **TOSUN**, s. 822-827; **ÖZTÜRK/ERDEM/ ÖZBEK**, no. 625; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 487.

sağlıklı bir şekilde karşılaştırılabilir. Burada önkoşulun DNA bankası olduğu unutulmamalıdır. Böyle bir banka olmadığı sürece zorluklar yaşanacaktır. Konuya ileride yeri geldikçe dönelecektir⁵².

Beden muayenesine başvurulabilmesi için böyle bir muayenenin, yasayla düzenlenmiş olması gerekir. Yasayla açıkça düzenlenmiş değilse, ceza muhakemesinde insan vücudunun delil toplanması amacıyla muayene edilmesi mümkün olmamalıdır⁵³. Bununla birlikte 5271 sayılı CMK öncesinde, 1412 sayılı CMUK'da söz konusu tedbir düzenlenmiş olmamasına rağmen, uygulamada bilirkişi delilini düzenleyen 66. maddeden yararlanılarak beden muayenesi yoluna gidilmiş, hazırlık soruşturmasında bu kararı verme yetkisi savcıya bırakılmıştır⁵⁴. Görüldüğü gibi burada son soruşturma safhası bakımından herhangi bir hüküm de bulunmamaktaydı. Ayrıca tedbir bakımından savcının bu talimatı hangi koşullar altında vereceği ve muayenenin hangi şartlar altında yapılacağına ilişkin bir düzenlemede öngörülmemiştir. Bu durum ciddi bir eksiklik olup uygulama bakımından da sıkıntılar yaratmıştır. Nitekim, CMK Tasarısının gerekçesinde de şu ifadeler yer almaktadır: *“Beden muayenesi, 1412 Sayılı Kanunda ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir; 1412 Sayılı Kanunun 66. maddesinin son fıkrasında yer alan*

⁵² Beden muayenesi yoluyla elde edilen vücut materyallerinin genetik incelemeye tabi tutulması bu yöntemin sadece bir yönünü anlatır. Bu durumda yöntem, beden muayenesi koruma tedbirinin bir parçası olup, bilirkişi incelemesi ile birlikte uygulanır. Öte yandan, olay yerinden elde edilen iz materyallerin de moleküler genetik incelemeye tabi tutulması olasıdır. Bu yönüyle ise yöntem, vücudun muayenesi koruma tedbirinden ayrılmakta ve daha çok keşif ve/ veya olay yeri incelemesi sonrasında başvuru bir bilirkişi incelemesi niteliğine bürünmektedir. (**ÖZBEK**, Şerh, s. 272-273). Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmelik, olay yerinde alınması gerekli tedbirler alındıktan sonra olay yerinin incelenmesine geçilir der. Bu inceleme sırasında olay yerinde, suç sanıklarının veya mağdurun bedeninden düşebilen veya akabilen madde ve parçalar (kıl, kan, tırnak...gibi)...belirlenir, etiketlenir ve not edilir (Yönetmelik m. 6). Söz konusu Yönetmelik için bkz. <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/20860.html>, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

⁵³ **ÖZBEK**, Arama, s. 21.

⁵⁴ **YILDIRIMKAL** Yener, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Yüksek Lisans Tezi, 2006, s. 8.

düzenlemenin, gerek maddi gerçeğe ulaşılması ve gerek şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli olmadığı açıktır. Tasarı bu konuyu geniş şekilde düzenlemeyi uygun görmüştür". Nitekim, CMK'nın getirdiği en önemli yeniliklerden birisi olarak bu konuda getirilenler gösterilmektedir⁵⁵.

Görüldüğü gibi bu alanda CMUK düzenlemesinin kapsamı son derece dar olup kişinin vücuduna yapılan çeşitli müdahaleler bakımından herhangi bir yasal düzenleme ve güvence söz konusu değildi⁵⁶. 5271 sayılı CMK ise 75. maddede beden muayenesi tedbirini ayrıntılı bir şekilde düzenleyerek bu soruna son vermiş görünmektedir. Ancak şüpheli ve sanık bakımından dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmeyip Yönetmelik hükümleriyle yetinilmiş olması yeri geldikçe değinecek olduğumuz gibi sorun yaratacak gibi görünmektedir. Zira, bu denli önemli bir tedbirin kanunda açıkça düzenlenerek güvenceye alınması gerekirdi düşüncesindeyiz.

Beden muayenesi tedbirinin bilirkişi incelemesi niteliğinden de bahsetmek mümkündür. Ceza muhakemesine konu olan olayın, çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulması ya da tespiti uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, hakim, mahkeme veya Cumhuriyet savcısı tarafından görüşüne başvurulmuş kişiye bilirkişi denmektedir⁵⁷. Bilirkişi her şeyden evvel belli bir konuda bilgi ve uzmanlığı olan bir kişidir⁵⁸. CMK m. 63'te, "*çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün*

⁵⁵ **GÜLSOY/ KÖK**, s. 10-11.

⁵⁶ **SÖZÜER/ TEKDAĞ**, s. 51.

⁵⁷ Bilirkişi tanımları için bkz. **DERYAL** Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri, Haziran 2001, s. 3; **GÜRELLİ** Nevzat, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler", Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982, s. 67; **ÖZTÜRK** Bahri, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Sorunu", Güncel Hukuk, Şubat 2007/ 2, s. 44; **TANRIVER** Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002, s. 34-35; **SEVÜK** Handan Yokuş, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik", İÜHFİM, Cilt: LXIV, S. 1, 2006, s. 49.

⁵⁸ **TÜRK** Hikmet Sami, "Bilirkişilik", Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, Ekim 2000, s. 6; **ÖZTÜRK**, Bilirkişilik, s. 44.

alınmasına...karar verilebilir” denilmek suretiyle bu husus ifade edilmiş olmaktadır. Bu nedenle, çözümlü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda bilirkişiye başvurmak zorunludur. CMK, 1412 sayılı CMUK’dan farklı olarak özel veya teknik bilgiyi gerektiren konuların yanında “*uzmanlık*” gerektiren konularda bilirkişi atanmasını açıkça düzenleyerek uygulamadaki hatayı gidermeye çalışmıştır denilebilir⁵⁹.

Bilirkişinin oy ve görüş bildirebilmesi için gerekli olması halinde, bilirkişi, kural olarak mağdur, şüpheli veya sanığa⁶⁰ mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir (CMK m. 66/6) denilmiştir⁶¹. Konumuz bakımından getirilen bir diğer olumlu değişiklik ise, muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişinin görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hakim, Cumhuriyet savcısı ve müdafî bulunmadan da mağdur, şüpheli ve sanığa doğrudan doğruya yöneltebilmesi imkanındır (CMK m. 66/6).

Hiç şüphesiz, insan bedeninin gerek iç ve gerekse dış muayenesi ve elde edilen bulgulardan delil teşkil eden bir sonuç çıkarılması teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren bir durumdur. Bu nedenle, beden muayenesinde bahsi geçen gerek tabip ve gerekse diğer sağlık görevlilerinin yaptığı işlemler esasen bir bilirkişi incelemesidir⁶². Ceza Muhakemesi Kanunu’nda ilk kez düzenlenen beden muayenesi

⁵⁹ Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülebilecek konularda bilirkişi dinlenemez. Ancak uzmanlığı gerektiren hukuki konularda bilirkişiye başvurulabilecektir. Örneğin, uluslararası bir hukuk kuralının uygulanması veya yabancı bir hukukun uygulanması gibi. (TÜRK, Bilirkişilik, s. 6-7; ÖZTÜRK, Bilirkişilik, s. 44; GÜRELLİ, s. 72; DERYAL s. 9). Bilirkişilik, delillerle ulaşmak için bir araç olmasının yanı sıra delillerin içeriğini öğrenme ve delilleri değerlendirme aracıdır. (SEVÜK, Bilirkişilik, s. 50).

⁶⁰ Centel – Zafer, bilirkişinin şüpheli veya sanığa soru sormasını “bilirkişinin ifade alması” olarak nitelendirmektedir. (CENTEL Nur/ ZAFER Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Aralık 2005, s. 191-192).

⁶¹ CMUK m. 73’e göre bilirkişinin raporunu hazırlayabilmesi için gerek görürse ve bu da kabul edilirse sanığı sorguya çekebilme yetkisi vardı.

⁶² Bu husus gerek CMK ve gerekse Yönetmeliğin beden muayenesi ve örnek alma konularını düzenleyen maddelerinde açıkça yazılı olmamakla beraber, moleküler genetik incelemeyi ve fizik

ve vücuttan örnek alınması ve moleküler genetik incelemeler konusunda bilirkişi incelemesi zorunludur.

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 hakim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir denmiştir (CMK m. 75/1). Ancak bu kararın yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulup, hakim veya mahkemenin de, bu kararı yirmidört saat içinde onaylaması gerekir. Aksi halde bu yolla elde edilen deliller kullanılamayacaktır. Şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılması ya da vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması gerektiğinde, hakim veya mahkeme gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet savcısı bilirkişi olarak hekime başvuracaktır. Şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesinde ise, Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamları hekime başvuracaktır. Çünkü şüpheli veya sanığın dış beden muayenesi⁶³ ve iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılır (CMK m. 75/3, Yönetmelik m. 4/2 ve 5/2).

Dış beden muayenesi, vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesini (Yönetmelik m. 3) ve girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerini ifade eder (Yönetmelik m. 5). İç beden muayenesi ise kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi (Yönetmelik m. 3) ile cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayenedir (CMK m. 75/4, Yönetmelik m. 4/4). Dış ve iç muayenenin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (Yönetmelik m. 4/3, m. 5/3).

kimliğin tespitini düzenleyen maddelerde bu yöntemlerin bilirkişi incelemesi olduğu açıkça belirtilmiş hatta bilirkişinin atanma şekli dahi gösterilmiştir. (**YILDIRIMKAL**, s. 9).

⁶³ CMK'nın 76. maddesinde mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesinden söz edilirken, 75. maddesinde şüpheli veya sanığın dış beden muayenesinden söz edilmemekte ancak Yönetmelikte bu husus düzenlenmektedir.

Kadının iç ve dış muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır (CMK m. 77). Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda ise muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık personeli bulundurulmasına özen gösterilir (Yönetmelik m. 11/2).

Şüpheli veya sanığın ve diğer kişilerin vücudundan örnek⁶⁴ alınması ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu bir kişi tarafından yapılabilecektir (Yönetmelik m. 6/2 ve m. 8/2). Yönetmeliğin 3. maddesine göre, sağlık mesleği mensubu ile kastedilen, tabip, dış tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişilerdir. Vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir (Yönetmelik m. 6/3, m. 8/1). Tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır denilmiştir (Yönetmelik m. 6/4, m. 8/3).

Mağdurun ve diğer kişilerin vücudu üzerinde dış veya iç beden muayenesi yapılabilmesi ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi, kişinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla söz konusudur (Yönetmelik m. 7/1, m. 8/1).

Tıbbi müdahaleye ilişkin işlemlerin kimin tarafından yapılacağı 75. maddede “*tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi*” denilerek açıklanmaktadır. Burada aydınlatılması gereken iki husus söz konusudur. Hekim herhangi bir hekim olabilecek midir ve diğer görevliden ne anlaşılması gerekir? Sağlık görevlisinden ne anlaşılması gerektiğinde yukarıda değinmiştik. Ancak burada sayılanlar dışında geniş

⁶⁴ Örnek, bir suça ilişkin delil elde etmek amacıyla, inceleme yapmak üzere ilgililerden alınan biyolojik ve diğer materyali ifade eder (Yönetmelik m. 3).

anlamda, hukuk düzenince tanımlanmış sağlık görevlileri kapsamına dahil olanları anlamının daha yerinde olacağı görüşü de savunulmaktadır⁶⁵.

Hekimin niteliği bakımından ise herhangi bir sınırlama ve tanımlama yapılmış değildir. Beden muayenesi ve vücuttan alınacak örnekler dikkate alındığında, bu işlemleri herhangi bir hekimin yapabileceği anlaşılmaktadır. Ancak bazen öyle durumlarla karşılaşılabilir ki, bu işlem herhangi bir hekime yaptırılmamalıdır. Dikkatli bir seçimin yapılması şarttır. Örneğin, AİHM, otopsilerin bu konuda uzman hekimlere yaptırılması gerekliliğini ifade etmektedir. Yine, işkence ve gayriinsani muamelenin önlenmesi bakımından, 1999 yılında BM İstanbul Protokolü⁶⁶ kabul edilmiştir. Burada amaç, etkin araştırma ve dokümantasyon bakımından uluslararası standartlar oluşturmaktır⁶⁷. Dolayısıyla, herhangi bir standart oluşturulmuş özellikli durumlarda, bu standartlara uygun hekimlerin seçimi gereklidir⁶⁸. Nitekim yeni CMK m. 77’de böyle bir durum düzenlenmiştir: *“Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır”*.

⁶⁵ **GÜLSOY/ KÖK**, s. 17. Ancak 5353 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde kanunda *“hekim tarafından veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir”* deniyordu. Bu durumda sağlık görevlisi kavramının bu denli geniş yorumlanmasında büyük bir sakınca yoktu, çünkü bu halde de diğer sağlık görevlilerinin yapacağı işlemler, görevlendirilmiş hekim gözetiminde yapılacak idi. Ancak yeni ifade nedeniyle artık hekim gözetimi şartı aranmadığından madde bu denli geniş yorumlanmamalıdır görüşündeyiz.

⁶⁶ Söz konusu protokol metninin tamamı için bkz. **İŞKENCE VE DİĞER ZALİMANE, İNSANLIK DIŞI, AŞAĞILAYICI MUAMELE VEYA CEZALARIN SORUŞTURULMASI VE BELGELENDİRİLMESİ İÇİN EL KILAVUZU İSTANBUL PROTOKOLÜ**, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 1990.

⁶⁷ **GÜLSOY M. Tefik**, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Türkiye İle İlgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C: VI, S. 1-4, Aralık 2002, s. 142-143.

⁶⁸ **GÜLSOY/ KÖK**, s. 17. Öztürk burada pratisyen hekimlerin bilirkişiliği kabul edilemez der. Yazara göre, CMK m. 63/1’de çözümü *“uzmanlığı”* gerektiren hallerden bahsedilmesini başka türlü anlamak mümkün görünmemektedir. Mutlaka uzman bir hekimin bilirkişiliğine başvurmak gereklidir. (**ÖZTÜRK**, Bilirkişilik, s. 44).

Tasarının konuyu düzenleyen hükümlerinin keşif içerisinde ele alındığı görülür. Mevaz Alman CMUK'da konuyu yine keşif içinde ele almıştır. Ancak bu durum ne vücudun muayenesinin ne de DNA Analizinin (CMK Moleküler Genetik İnceleme diyor) bir koruma tedbiri olmadığı sonucunu doğurmaz. Buradan DNA Analizinin kendine özgü niteliğinin varlığı ve iki farklı yönünün bulunduğu anlaşılmaktadır. DNA Analizi hakim bakımından bir keşif, analizi uygulayan doktor veya uzman (yetkili) bakımından ise bir bilirkişi incelemesidir. Gerçekten hakimin muhakeme konusu olayla ilgili hususları, beş duyusu aracılığıyla yani görerek, duyarak, tadarak, koklayarak ve dokunarak incelemesine keşif denmektedir. Bu çerçevede canlı cansız her şey keşfe konu olabilmektedir. Bu anlamda fiilden hemen sonra olay yerinde yapılan araştırma bir tür keşif niteliğindedir ancak uygulamada bu işlemi daha çok kolluk yapmaktadır. Kolluğun yaptığı olay yeri incelemesi ise artık keşif olarak değerlendirilemez. Daha çok arama, elkoyma veya vücudun muayenesi çerçevesinde gerçekleştirilen bir hazırlık soruşturması, bir delil toplama işlemidir denilebilir. Zira, CMK m. 83'e göre keşif, ancak hakim veya mahkeme veya naip hakim ya da istinabe olunan hakim veya mahkeme ile gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda Cumhuriyet savcısı tarafından yapılır. Kolluk tarafından yapılan olay yeri incelemesi ancak bir delil toplama işlemidir. Elde edilen izler bakımından moleküler genetik incelemeye başvurup başvurmamak hakimin takdirindedir. İşte hakimin moleküler genetik incelemeye başvurması halinde, artık yapılacak olan inceleme bir bilirkişi işlemidir. Ancak bu, onun hukuki niteliği hakkında farklı bir değerlendirme yapmayı gerekli kılmaz. Zira bilirkişi hakimin çözümü özel ve teknik bir bilgiyi gerektiren bir konuda başvurduğu bir yardımcı olup, bilirkişi raporu çoğu zaman sadece bir delil değerlendirme aracıdır. Bilirkişiye başvurmak tedbirden sonraki kısımdır. Moleküler genetik inceleme, özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle hakimin bilirkişiye başvurması bizzat yasa koyucu tarafından öngörülmüş; bu konuda hakime bir takdir hakkı bırakılmamıştır. Böylece beden muayenesinde olduğu gibi hakimin bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu hallere bir yenisi daha eklenmiş olmaktadır. Daha öncede belirttiğimiz gibi DNA Analizinin olay yerinden elde edilen iz materyalin ve kişilerden alınan vücut materyalinin analizi olmak üzere iki yönü vardır. Bu halde DNA Analizi sanık, şüpheli ve/veya mağdur ile bir karşılaştırmayı gerektireceği için her durumda temel haklara bir müdahaleyi

içermektedir. Kendine özgü uygulanma koşullarının varlığı DNA Analizinin farklı bir hukuki niteliğe bürünmesine neden olmakta ve onun beden muayenesi koruma tedbirinden ayrılmasına ve beden muayenesi koruma tedbirinden ayrı maddelerde düzenlenmesine neden olmaktadır. Nitekim, DNA Analizi yöntemini mehz Alman CMUK yine vücudun muayenesi gibi bilirkişi ve keşif başlığı altında ancak ayrı maddelerde düzenlemiştir. Buna karşılık 1999 CMUK Tasarısı DNA Analizini vücudun muayenesi tedbiri içinde ve aynı maddede düzenlemiş idi. Bu yönüyle eleştirilen tasarı değiştirilmiş ve yasalaşan CMK ile beden muayenesi ve moleküler genetik incelemeler olması gerektiği gibi ayrı maddelerde düzenlenmişlerdir⁶⁹.

IV.AMACI

Öncelikle şüpheli ve sanığın iç beden muayenesinin yapılabilmesi ve vücudundan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesi için bir suçla ilgili delil elde etme amacı bulunmalıdır. Nitekim bu CMK m. 75'te "*bir suçla ilişkin delil elde etmek için*" denilerek ifade edilmiştir. Örneğin, yutulan delilin elde edilmesi ya da kan örneği alınarak olay yerinden elde edilen kan, kıl vb. ile DNA analizi yapılabilmesi gibi⁷⁰. Ceza yargılamasında karar verme yetkisine sahip olanların, doğru karar verebilmelerini sağlamak amacıyla deliller toplanır. Kural olarak delillerin toplanması soruşturma aşamasında yapılmaktadır. Toplanan delillere göre Cumhuriyet savcısı ya kovuşturmaya yer olmadığına karar verir ya da iddianame hazırlayarak kamu davası açar. Kamu davasının açılmasından sonra da mevcut delilere göre hakim ya da mahkeme son kararını verir. Görüldüğü gibi, ceza yargılama sistemi deliller üzerinde işlemektedir. Maddeye göre, delil elde etmek amacıyla şüpheli ya da sanığın,

⁶⁹ **ÖZBEK**, DNA Analizi, s. 534-535, 537; **ÖZBEK**, Şerh, s. 275. Moleküler genetik inceleme, gereken tür ve miktardaki biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygun olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılmasını ifade etmektedir (Yönetmelik m. 3). Moleküler genetik inceleme söz konusu olduğunda, bilirkişiye gitmek zorunludur. (**SEVÜK**, Bilirkişilik, s. 69-70).

⁷⁰ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 480; **ÇOLAK/ TAŞKIN**, s. 242; **GÜLSOY/ KÖK**, s. 14; **ÖZTÜRK/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR**, s. 454; **YURTCAN**, Şerh, s. 210; **ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN**, s. 278.

-iç beden muayenesi yapılabilir

-vücudundan örnek alınabilir.

Delil elde etmek üzere, şüpheli ya da sanığın bedeni üzerinde yer alabilecek bazı vakıaları ve olayları, örneğin yaraları, iz ve eserleri belirlemek için muayene yapılabilecek, beden boşlukları incelenebilecektir (Gerekçe 3. Paragraf). Bu inceleme, örneğin tecavüz olayında tecavüz edilip edilmediği, cinsel ilişkinin gerçekleşip gerçekleşmediği, vajinal bölgede zorlama belirtilerinin olup olmadığı gibi, kişinin özel hayatı ve vücut dokunulmazlığına müdahale olabilecek şekilde yapılmaktadır. Maddenin uygulanacağı alan iç beden muayenesiyle ilgilidir. Hükümet tasarısında madde başlığı iç beden muayenesi şeklinde iken TBMM Adalet Komisyonundaki tartışmalarda bu kavramın tıpta yeri olmadığı gerekçesi ile çıkartılmıştır. Burada esas olgu, beden muayenesi ile kişinin özel alanına müdahalenin söz konusu oluşudur. 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklik ile iç beden muayenesi kavramı kullanılmıştır⁷¹.

İkinci olarak delil elde etmek amacıyla şüpheli ya da sanığın vücudundan değişik örnekler alınabilmektedir. Maddede “*kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler*” ifadesi yer almaktadır. Vücuttan alınabilecek materyaller sınırlı sayıda olmayıp örnekleme şeklinde sayılmıştır⁷². Bu ve buna benzer vücut sıvılarının veya örneklerinin alınması mümkündür. Tasarının gerekçesi burada daha fazla örnek verdiği gibi amacı da ortaya koymaktadır: “...*bedenden kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması mümkün olacaktır. Bu yolla örneğin gen teknolojisi ceza muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacaktır*” (4. Paragraf). Ne var ki Yönetmelik bu konuda ayrıntılı ve açıklayıcı bir hüküm getirmemiştir. Oysa ki, her iki müdahale için de, hazırlanan Yönetmeliğin CMK’nın amacına yönelik olarak hem örnekleri

⁷¹ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 242-243; TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, s. 304.

⁷² YURTCAN, Şerh, s. 210.

çoğaltması hem de tıp bilimi bakımından sınırlarını ve müdahalenin kriterlerini belirlemesi gerekirdi⁷³.

CMK m. 75'te kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınabilmesi için şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir denmiştir. Ancak vücuttan saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması için bu koşul aranmamıştır. Bu tür örneklerin alınmasının normal koşullarda kişinin sağlığı için bir zarar tehlikesi söz konusu olamaz⁷⁴.

Maddi gerçeğin araştırılması bakımından şüpheli veya sanığın dışında başka kişilerin de beden muayenesi ya da vücutundan örnek alınması gerekli olabilmektedir. Örneğin, mağdur üzerinde yapılacak olan incelemeler, iddia ve savunma açısından önemli bulguları ortaya serebilir. Bu nedenle 76. maddede, CMK'nın 75. maddesinde yer alan muayene ve örnek alma tedbirlerinin, şüpheli ve sanık dışındaki kişiler bakımından da uygulanabilmesi öngörülmüştür. Diğer kişilerin beden muayenesi ya da vücutundan örnekler alınması tedbirinin amacı suça ait delil, iz, eser ve emarelerin bulunup bulunmadığını saptamak varsa bu delilleri yargılama makamlarının değerlendirmesine sunmaktır⁷⁵.

Maddenin üçüncü fıkrasına göre, diğer kişilerin beden muayenesi ile vücutlarından kan veya biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması soybağının⁷⁶ araştırılması için de yapılabilir⁷⁷.

⁷³ GÜLSOY/ KÖK, s. 14-15.

⁷⁴ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 243.

⁷⁵ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 249; ÖZBEK, Şerh, s. 261- 262.

⁷⁶ Geniş anlamda soybağı, bir kimse ile onun ecdadı, ataları (üstsoyu) arasındaki biyolojik ve tabii bağlantıyı ifade eder. Soybağı (nesep) bir kimsenin üst soyu dar anlamı ile sadece ana ve babası ile arasındaki bağlantıyı yani kan bağıını ifade eder. Bir başka deyişle, çocuğun ana babasına nisbetini ifade eder ki, Medeni Kanunumuzun aile hukuku kitabında düzenlediği soybağı da bu dar anlamdaki soybağıdır (m. 282 vd.). Bu bağ doğal ve/veya hukuki bir bağıdır. (AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Mayıs 2004, s. 313-314; ÖZTAN Bilge, Medeni Hukuk'un Temel Kavramları, Ankara 2005, s. 486 vd.; KILIÇOĞLU Ahmet M., Medeni Kanun'unuzumun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 89 vd.).

⁷⁷ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 484; KUNTER/ YENİSEY, Ceza Muhakemesi, s. 329.

Çocuğun soybağının araştırılması için de diğer kişilerle ilgili iç ya da dış beden muayenesi veya vücutlarından örnek alınması mümkündür. Günümüzde DNA testleri ile çocukların neseplerinin belirlenmesi mümkün hale gelmiş bulunmaktadır. Bu teknolojinin ceza yargılaması sisteminde de kullanılmasının koşulları böylece belirlenmiştir. Bireylerin kişisel özgürlüklerine ve vücut dokunulmazlıklarına ciddi bir müdahale sayılan bu işlemlerin hangi koşullar halinde yerine getirilebileceği belirlenmektedir. Ceza yargılamasında çocukların soybağının araştırılmasına gerek olması halinde birinci fıkra hükümlerine göre karar verilebilecektir⁷⁸.

CMK m. 76/ 3'e göre, çocuğun soybağının araştırılmasına gerek duyulması durumunda; bu araştırmanın yapılabilmesi için ilgilinin sağlığını açıkça ve öngörülebilir bir tehlikeye düşürmemek ve cerrahi müdahalede bulunmamak koşuluyla; Cumhuriyet savcısının istemiyle ya da re'sen hakim veya mahkeme tarafından, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir.

V.TEDBİRE HAKİM OLAN CEZA MUHAKEMESİ İLKELERİ

A.HUKUK DEVLETİ İLKESİ

Anayasamızın 2. maddesinde yer alan “Cumhuriyetin nitelikleri” arasında sayılan hukuk devleti ilkesi, tüm uygar demokratik rejimlerin temel özelliklerindedir. Bu kavram, vatandaşların hukuki güvenlik içinde buldukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk kurallarına bağlı olduğu bir sistemi ifade eder. Bir başka deyişle hukuk devleti sadece yönetilenlerce uyulacak kurallar koyan devlet olmayıp, aynı zamanda koyduğu hukuk kuralları ile kendini de bağlı sayan

⁷⁸ **ÇOLAK/ TAŞKIN**, s. 249. Soybağının belirlenmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **GÜRBÜZ** Meral, “Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005, s. 57-58; **ERTEN** Rıfat/ **ACIR** Birsen/ **TAŞVEREN** Sema, “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, S. 1-4, 1996, s. 578.

devlettir⁷⁹. Bu sebeple hukuk devleti ilkesi, ceza muhakemesinde insan hakları ile ilgili tüm prensiplerin kaynağı ve aynı zamanda kalkını durumundadır. Ceza muhakemesinin temel ilkeleri ancak bir hukuk devleti söz konusuysa uygulama alanı bulabilir⁸⁰.

Hukuk devletinde devlet egemenlik yetkisini temel hak ve özgürlükleri gerçekleştirmek, adalet ve hukuki güvenliği sağlamak için kullanabilecektir. Görüldüğü gibi hukuk devletinin başlıca üç özelliği vardır. Bunlar:

-İnsan haklarının gerçekleştirilmesi

-Adaletin sağlanması

-Güvenliğin temin edilmesi olarak sıralanabilir⁸¹.

Hukuk devletinin kişi hak ve özgürlüklerine verdiği önem, bu hak ve özgürlüklerle yakından ilgili olan koruma tedbirlerini de etkilemektedir. Gerçekten

⁷⁹ Çeşitli tanımlar için bkz. **ÖZBUDUN** Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2004, s. 113; **ÖZER** Atilla, Anayasa Hukuku (Genel İlkeler), Ankara 2005, s. 104-105; **GİRİTLİ** İsmet/**SARMAŞIK** Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku, Ekim 2001, s. 109; **KABOĞLU** İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Ekim 2005, s. 397; **HAKERİ** Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2006, s. 31; **DEMİRBAŞ** Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996, s. 59; **ER** Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara 2002, s. 160-161; **GÜNDAY** Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004, s. 38; **İKİNCİOĞULLARI** Füzulan, “Hukuk Devleti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, S. 1, Haziran 1997, s. 28. Anayasa Mahkemesi de 12 Kasım 1991 tarih ve K. 1991/43 sayılı kararında hukuk devleti ilkesini, benzer bir şekilde “*yönetilenlere en güçlü, en etkin ve en kapsamlı biçimde hukuksal güvencenin sağlanması, tüm devlet organlarının eylem ve işlemlerinin hukuka uygun olması*” olarak tanımlamıştır. (Anayasa Mahkemesi, 12 Kasım 1991 Tarih ve E. 1991/7, K. 1991/43 Sayılı Karar, AMKD, S. 27, Cilt: 2, s. 652).

⁸⁰ **GÖKCEN**, s. 32-33; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 62.

⁸¹ **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, no. 106-107; **ÖZTÜRK** Bahri, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı (Yasak Sorgu Metodları)”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, S. 1-2, Aralık 2003, s. 39-40; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 62; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 156.

her bir koruma tedbirinin geçici olarak askıya almış olduğu bir veya birden fazla hak ve özgürlük vardır. Hukuk devleti kişilere huzurlu, onurlu, özgür bir ortam ve yaşam sunmayı garanti eden devlettir. Bu nedenle hukuk devletinin beden muayenesi koruma tedbirine başvurması ile söz konusu olacak kişi hak ve özgürlüklerine yapacağı müdahale adil olmak durumundadır. Hukuk devleti vatandaşına hiçbir gerekçe olmadan böyle bir tedbire maruz kalabileceği kaygısı ile yaşamak duygusunu veremez. Bu ancak polis devletinde olur⁸².

Yine bir hukuk devleti beden muayenesi gibi temel hak ve özgürlükleri yakından ilgilendiren bir koruma tedbirini yasalarda en ince ayrıntısına kadar düzenlemek zorundadır. Bunu yapmazsa uygulamada keyfilik doğar. Bu da vatandaşın devletine güvenmemesine ve adaletsizliğe yol açar. Ayrıca söz konusu tedbire maruz kalan kişi, yapılan işlem hakkında yargısal denetim yoluna başvurabilmelidir. Hatta iç hukuk yollarını tüketmiş ise, bireysel başvuru yolunu kullanma hakkı da olmalıdır. Son olarak bir hukuk devletinde hukuka aykırı yollarla yapılan beden muayenesi ve örnek alma sonucu elde edilen deliller muhakemede kullanılamamalı ve kişinin uğramış olduğu maddi ve manevi zararlar için tazminat ödenmelidir⁸³.

Beden muayenesi, 1412 sayılı yasada ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildir. CMUK m. 66'da yer alan düzenlemenin gerek maddi gerçeğe ulaşılması gerekse

⁸² **ÖZBEK** Veli Özer, “Adil Yargılanma Hakkı- Özel Hayatın Gizliliği İlişkisi Arama ve Delil Elde Etme”, Adil Yargılanma Hakkı Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayın no. 4, Aralık 2004, s. 196; **ÖZBEK**, Arama, s. 24. İdaresi hukuka bağlı olmayan ve yargı denetimine tabi olmayan, yani vatandaşlarına herhangi bir hukuki güvence sağlamayan devlet tipi için Polis Devleti terimi kullanılır. Hukuk devleti kavramı, devletin hukuk kurallarıyla bağlı sayılmadığı polis devleti kavramının karşılığı olarak kullanılmaktadır. (**ÖZBUDUN**, Anayasa Hukuku, s. 113; **GÜNDAY**, s. 36; **GİRİTLİ/ SARMAŞIK**, s. 109; **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 163).

⁸³ **ÖZBEK**, Arama, s. 24; **CENTEL** Nur, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001, s. 505; **ATAY** Ender Ethem, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S. 36, Temmuz/ Ağustos/ Eylül 2003, s. 104; **ÖZER** Atilla, “Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S. 36, Temmuz/ Ağustos/ Eylül 2003, s. 45.

şüpheli ve sanığın insan hakları açısından yeterli olmadığı açıktı. Söz konusu hükmün kapsamı son derece dar olup kişinin vücuduna yapılan çeşitli müdahaleler bakımından herhangi bir yasal düzenleme ve güvence bulunmamaktaydı. Bir hukuk devletinde temel hak ve özgürlüklere bu denli ağır müdahaleler içeren bir tedbirin yasal zemininin bulunmayışını kabul etmek mümkün değildi. Gerçekten de CMUK 66/son konuyla ilgili istisnai bir hüküm getirmişti: “*Hazırlık soruşturmasında muayeneleri icabeden kimselerin muayeneleri, Cumhuriyet savcılarının talebi ile yapılır*”. Buradan anlaşılacağı üzere, ancak Cumhuriyet savcısının talimatı ile bu müdahale yapılabiliyordu. Ancak bu durum, yalnızca hazırlık soruşturması aşamasında geçerliydi. Son soruşturma aşaması için ise herhangi bir kural bulunmamaktaydı. Vücudun muayenesi bakımından Cumhuriyet savcısının bu talimatı hangi koşullarda vereceği ve muayenenin hangi şartlar altında yapılacağına ilişkin bir düzenleme de öngörülmemişti. Şüphesiz, bu ciddi eksiklik bir olduğu gibi, uygulama bakımından da sıkıntılar yaratmıştır. Bu konudaki boşluğu doldurabilmek amacıyla 5271 sayılı CMK ile ayrıntılı düzenlemeler getirilmiştir. Nitekim, CMK’nın getirdiği en önemli yenilikler arasında bu konuda getirilen (CMK m. 75, 76, 77) düzenlemeler gösterilmektedir⁸⁴.

Anayasa’nın 17/ 2. maddesi hükmü ışığında, maddi gerçeği ortaya çıkarmak ve delil elde etmek için tıbbi bir müdahale zorunlu olmalı ve bu durum yasayla düzenlenmiş bulunmalıdır. Tıbbi müdahalenin zorunlu olması, maddi gerçeği ortaya çıkarmak bakımından ihtiyaç duyulan delili başka türlü elde edebilmenin mümkün olmamasıdır. Vücutta bulunan iz, eser ve emarelerin yanı sıra vücuttan alınacak örnekler de delil niteliğindedir. Bu delillerin elde edilmesi ise vücut bütünlüğüne müdahale olduğu gibi, tıbbi müdahale yoluyla gerçekleştirilmektedir. Anayasal hüküm zorunlu tıbbi müdahale gerektiren durumun varlığını öngördüğü gibi, hangi hallerde bu müdahalenin yapılabileceğini kanunun düzenlemesini şart kılmaktadır. Bu husus, Anayasa’nın 13. maddesinde ifadesini bulan temel hak ve özgürlüklerin korunması için sınırlamaların kanunla düzenlenmiş olma ilkesinin bir sonucudur. Bir başka deyişle, hangi hallerde ve hangi kapsamda tıbbi müdahalenin yapılabileceği kapsamı ve sınırları belirlenmek suretiyle hukuk devleti ilkesinin de gereği olarak

⁸⁴ GÜLSOY/ KÖK, s. 10-11; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 574; TOROSLU, Kurultay, s. 328.

kanun tarafından düzenlenecektir. Ayrıca, tıbbi müdahaleye ultima ratio olarak yani başka surette delil elde etme olasılığı bulunmayan hallerde başvurulabileceği belirtilmiştir (75. madde gerekçesi paragraf 6). 1982 Anayasası'nın "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlığını taşıyan II. Bölümünde ilk sırada yer alan 17. Maddesi, "*Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı*" başlığı adı altında ilk olarak ilkeyi ortaya koymakta (1. fıkra); daha sonra vücut dokunulmazlığı (2. fıkra) ile işkence ve kötü muamele yasaklarını bildirmekte (3. fıkra), nihayet yaşama hakkına getirilebilecek olan istisnaları saymaktadır (4. fıkra). Maddenin ikinci fıkrası tıbbi müdahale neticesinde ortaya çıkan vücut dokunulmazlığını düzenlemiştir. Buna göre; "*Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz*". Bu iki koşul birlikte aranır. Çünkü madde "ve" demek suretiyle her iki koşulu aradığını ortaya koymuştur. Buna karşılık, yine madde metninden tıbbi müdahaleye ilişkin olarak kişinin rızasının ise bilimsel ve tıbbi deneylerde arandığı görülmektedir. Oysa ki, tıbbi müdahale yoluyla delil elde etmede rıza unsuru hukuka uygunluk bakımından bazen vazgeçilmez nitelikte olabilmektedir⁸⁵.

Yeni düzenlemelerin korunan değer ile ulaşılmak istenen amaç arasında bir denge sağladığı söylenebilirse de sistem rıza unsurunu sadece tanıklıktan çekinme halleri bakımından öngörmüştür. Bunun dışında esas olarak rıza unsuruna yer verilmeyişi insan hakları ve hukuk devleti açısından sakıncalar yaratacak niteliktedir. Ne var ki, maddi gerçeği ortaya çıkarabilmek için, en azından ağır tıbbi müdahalelerin kaçınılmaz olduğu durumlarda söz konusu müdahalelerin ancak rıza unsurunu aramak suretiyle ve hayati tehlike doğurmadığı sürece yapılabilmesinin düzenlenmesi yerinde olurdu kanaatindeyiz. Neyse ki getirilen düzenlemelerde kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması ifadesine yer verilmiş olması bu sakıncaları bir nebze de olsa giderecek niteliktedir. Zira bu ifade hukuki değil tıbbi bir ifade olduğundan bu konuda hakim, mahkeme ya da Cumhuriyet savcısı tabip bilirkişinin görüşüne başvurmak durumundadır.

⁸⁵ GÜLSOY/ KÖK, s. 8-9-10.

CMK m. 75 ve devamında yanılıcı kenar başlıklarının kullanılmasının aksine, içeriğine bakıldığında, bedenın iç muayenesi düzenlenirken dış muayenesinin düzenlenmemiş olması önemli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Burada kıyasa başvurmak ve hatta abartılı olarak aramaya ilişkin hükümleri uygulamak son derece sakıncalı, denetimsiz, kolluğa da imkan vermesi suretiyle kurumun niteliğine aykırı ve özellikle de kıyas yapılması nedeniyle hukuka aykırı olacaktır⁸⁶. Son derece hassas bir muayene türü olan dış beden muayenesinin şüpheli ve sanık bakımından kanunla değil de Yönetmelik (m. 5) hükümleriyle düzenlenmiş olması hukuk devleti ilkesiyle çelişmektedir düşüncesindeyiz.

B.İNSAN ONURUNUN DOKUNULMAZLIĞI İLKESİ

İnsan onuru kavramının tanımı kanunlar tarafından yapılmamıştır ve bu nedenle bu kavramdan ne anlaşılması gerektiğini belirlemek doktrine kalmıştır. İnsan onuru konusunda pek çok yazarın üzerinde uzlaştığı tanıma göre: “İnsan onuru, bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendi çevresini şekillendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruhtur, manevi güçtür”⁸⁷. Görüldüğü gibi, burada öne çıkan, en önemli hususun “hür irade” olduğudur. İnsan devlet içindir biçimindeki totaliter düşünce şekli insanı ruhsuz, içi boş bir şey, adeta bir yaratık haline getirir. Oysa ancak belli hak ve özgürlüklere sahip olan kişi çevresini şekillendirebilir; bir kişilik kazanabilir. İnsan onuruna yaraşır bir yaşam, özellikle bir ruh ve düşünce özgürlüğünü gerektirir. İşte bu nedenle, insan onuru, özgürlükçü demokrasilerin, hukuk devletinin işlevini sağlayabilmesi için vazgeçilmez bir şarttır. Zira, böyle bir iradenin dokunulmazlığı ancak hukuk devletinde ileri

⁸⁶ ÜNVER Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:1, S. 2, Aralık 2006, s. 172. Kişinin üstünde yapılan aramadan maksat; daha öncede belirttiğimiz gibi örneğin ceplerinde, elbisesinde, koltuk altında, pabucunun içinde arama yapılmasıdır. Bu arama, beden muayenesine dönüşmemelidir. Dönüşürse CMK 75 vd. maddelerinde aranan şartlara uyulması gerekir. (ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 577).

⁸⁷ ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, s. 140; ÖZBEK, DNA Analizi, s. 538; ÖZBEK, Adil Yargılanma Hakkı, s. 196-197; DEMİRBAŞ, s. 62; ER, s. 160; GÖKCEN, s. 40; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 160.

sürülebileceğinden; hukuk devleti ilkesinin insan haysiyeti kavramının zırhını oluşturduğu söylenebilecektir⁸⁸.

Bir ceza muhakemesi çerçevesinde insan bir obje haline getirilmemelidir. İnsanı obje haline getiren ve kişiliği nedeniyle sahip olduğu değerinkarını anlamına gelen her türlü işlem insan haysiyetine aykırı bir işlemdir. İnsan hakları ve yükümlülükleri bulunan bir hukuk sujesidir. Devlet insan onuruna dokunmamak gibi sadece pasif bir davranışla yetinemez; onu aktif olarak korumalıdır. Devlet insan onuruna yönelik tehdidi hemen orada önlemeli, bunun için gerekli tedbirleri almalıdır⁸⁹.

Anayasanın 17. maddesinin 2. fıkrasında tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere⁹⁰ tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Ancak ceza muhakemesinde bu hak Anayasanın 13. Maddesinde belirlenen ilkelere uygun olarak sınırlandırılmakta ve şüpheli ya da sanığın vücutları üzerinde incelemeler mümkün olmaktadır. Ceza yargılamasında artık şüpheliden delile ulaşma değil, delilden şüpheliye ulaşma yaklaşımı genel kabul görmektedir. Gelişen tıp ve gen teknolojileri sayesinde saç telinden, kan damlalarından, tükürükten ya da meni bulaşığından şüphelinin tespiti mümkündür. Ancak bu uygulamaların her suçla ilgili ve gelişigüzel yapılması, insanların vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı ve hatta insan onuru gibi anayasal güvence altında olan haklarına müdahale anlamına geleceği için bu

⁸⁸ **ÖZBEK**, Arama, s. 25; **ÖZBEK**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 197; **ÖZTÜRK**, Yaşama Hakkı, s. 40; **ÖZTÜRK**, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 68; **ŞİMŞEK** Oğuz, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, Doktora Tezi, İzmir 1999, s. 47. İnsan onuru ve siyasi rejimler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **DONNELLY** Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev: Mustafa ERDOĞAN- Levent KORKUT, Ankara 1995, s. 94-97.

⁸⁹ **ÖZBEK**, DNA Analizi, s. 538; **ŞİMŞEK**, s. 50.

⁹⁰ İnsan vücudunun araştırmaya ve deneylere tabi tutulması ulusal mevzuatımızda yasaklanmış olduğu gibi; bu konuda yapılan bazı çok taraflı uluslararası sözleşmelerle de aynı yasak katı bir biçimde ortaya konulmuş bulunmaktadır (bkz. TCK m. 90, AİHS, Biyotıp Sözleşmesi, Helsinki Deklarasyonu gibi).

müdahalelerin yine Anayasanın öngördüğü güvence mekanizmaları altında yapılması gerekir⁹¹.

Gerçekten, Anayasal açıdan ahlaki değil, bağlayıcı bir hukuki değer olan insan onurundan vazgeçmek olası değildir. Bu nedenle, örneğin işkence rızaya dayansa da kabul edilemez; bu şekilde elde edilen deliller ceza muhakemesinde kullanılamaz⁹². Anayasamız 2. maddesinde bir hukuk devleti olduğunu, 5. Maddesinde insanın maddi manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmanın devletin temel amaç ve görevleri arasında yer aldığını, 12. maddesinde herkesin, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğunu, ve nihayet 17. maddesinde ise bunlardan birisinin de herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkı olduğunu, kimsenin insan onuruyla bağdaşmayacak bir muameleye tabi tutulamayacağını ifade etmektedir. Hükmün “*kimse*” terimini kullanmış olması burada insanlar arasında bir ayırım yapılamayacağını da belirtilmiş olması bakımından eşitlik ilkesine vurgu yapmaktadır. O halde eşitlik ilkesi de (Anayasa m. 10) insan onurunun bir unsurudur. Ayrıca Anayasa, başlangıç bölümünün 6. paragrafında, “*her Türk vatandaşının ...onurlu bir hayat sürdürme hak ve yetkisinin bulunduğu*” belirtmektedir. Anayasanın başlangıç kısmındaki bu düzenleme de, yine Anayasanın 176. maddesine göre Anayasanın metnine dahil kabul edilmektedir⁹³.

Bir suç işleme şüphesi altında veya bir suçun sanığı olma durumu insan onurunu asla yok etmeyeceği gibi, onun askıya alınması nedeni de olamaz⁹⁴. Dolayısıyla herhangi hukuken geçerli bir karar olmadan kişinin bedeninin muayene edilmesi ve vücudundan örnekler alınması ya da böyle bir karar olsa da kişinin, kanunen yetkili kılınmamış makamlarca vücudunun muayene edilmesi, vücut sıvılarından örnek alınması, bu şekilde elde edilen delillerin muhakemede

⁹¹ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 240-241; HAKYEMEZ, Anayasa Değişiklikleri, s. 370 vd.

⁹² ÖZTÜRK, Yaşama Hakkı, s. 40; ÖZTÜRK, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 68; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 160.

⁹³ ÖZBEK, Adil Yargılanma Hakkı, s. 197; ŞİMŞEK, s. 48.

⁹⁴ ÖZBEK, Arama, s. 27.

kullanılması kişinin temel hak ve özgürlükleri açısından sakıncalıdır. İnsan onuruna ve hukuk devleti ilkelerine de açıkça aykırıdır.

Belirtmek gerekir ki, kural olarak dokunulmaz olan insan onuru kavramı sınırsız da değildir. Bunun sınırını da yine hukuk devleti çizer. Bu nedenle, bir hukuk devletinde yaşayan ve sosyal bir varlık olan insan, yalnızca hakları olan bir suje olmayıp aynı zamanda sosyal hayatı işler kılmak amacıyla devlet tarafından hukuk devleti çerçevesinde getirilen tüm yükümlülüklerle, alınan tedbirlere uymak, toplumsal hayatın çekilmez hale gelmesini önlemek bakımından öngörülen faaliyetlere katılmakla yükümlüdür⁹⁵.

Şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından da uygulanabilecek bir tedbir olması sebebiyle beden muayenesi insan onuru ile bağlantısı çok kuvvetli olan bir tedbirdir. Özellikle yeri geldikçe ayrıntılarıyla değineceğimiz cinsel suçların tespitinde başvuru bekaret kontrolü ile insan onuru zedelenmekteydi⁹⁶. Kadın hazırlık soruşturması aşamasında bekaret denetimi gibi bir işleme maruz kalabilmekte ve bu koruma tedbirinin yasal çerçevesi pozitif hukukumuzda henüz çizilmemiş halde olduğundan, önlem sık sık gerekmediği halde uygulanmakta ve onur kırıcı boyutlara ulaşmaktaydı⁹⁷. 1412 sayılı yasanın 66/son maddesine göre gerçekleştirilen tüm bu işlemlerin hukuk devleti ve insan onuru ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktı. Nitekim yeni CMK hem beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını ayrıntılarıyla düzenlemiş ayrıca kadının muayenesini ayrı bir madde de (CMK m. 77) ele almış ve yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme veya muayeneyi yapma, YTCK'ya göre üç ay-bir yıl arasında

⁹⁵ ER, s. 161; GÖKCEN, s. 40.

⁹⁶ AYDİL Ümit/ ÇOBANOĞLU Hafize/ TERZİ Mehmet Nur, “Kadın Vücuduna ve İnsan Onuruna Saldırının Bir Türü: Kızlık Muayenesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl. 57, Ekim 1992, s. 57; TEMELKURAN Ece, “Bekaret Testi Suçtur”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyum, İzmir 1998, s. 403 vd.

⁹⁷ CENTEL Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan, İstanbul 1997, s. 61.

hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir (YTCK m. 287)⁹⁸. Tedbirin yasada açık ve ayrıntılı olarak düzenlenmesi olumludur. Bu konudaki eksikliklere ve konunun ayrıntılarına yeri geldikçe tekrar değinilecektir.

C.ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ İLKESİ

Her demokratik hukuk devletinde bireyin maddi ve manevi varlığını istediği gibi geliştirip şekillendirebileceği kendine ait bir özel hayat alanı vardır. Bu alan, bireyin küçük dünyasını ihtiva eder ve devlet müdahalesine karşı korunmuştur. Devletin müdahale alanı dışında kalan ve kişinin kendi dünyası olarak da adlandırılabilir bu alan, temel hak ve özgürlükler ile ülkenin siyasi rejimi arasındaki etkileşime dair de bir göstergedir diyebiliriz. Diğer bir deyişle, bireylerin bu özel alanları ne kadar geniş ise, o ülkenin siyasi rejimi de o kadar özgürlükçü ve demokratiktir; aksi halde rejimin otoriter olduğu açıkça söylenebilir⁹⁹.

⁹⁸ Genital muayene suçu, madde üzerinde TBMM’de yapılan görüşmeler ve gerekçesi hakkında bkz. **ARSLAN** Çetin/ **AZİZAĞAOĞLU** Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi, Kasım 2004, s. 1152 vd.; **GÜNEY** Niyazi/ **ÖZDEMİR** Kenan/ **BALO** Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Kasım 2004, s. 817 vd.; **YILMAZ** Zekeriya, Notlu- Gerekçeli-Genel Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004, s. 327.

YTCK’da kadını ilgilendiren pek çok madde de değişiklik yapılmıştır. Örneğin, evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu, kadınların evlenme vaadiyle cinsel yönden istismarını önlemeye yönelik değil, bekareti korumaya yönelik bir suç idi. Mağdur kadınlar arasında bakire olan- olmayan ayrımı yapılarak, sadece bakire olanlar korunmaya değer görülüyordu. (765 sayılı TCK m. 423). Türkiye 1985’te Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ne katılmıştır. Bu sözleşmeye üye ülkeler, kadınlara karşı ayrımcılık teşkil eden tüm ulusal ceza hükümlerini ilga etmeyi taahhüt altına almışlardır. Bu açıdan, kadınlar için onur kırıcı ve bir baskı unsuru olan ırza geçme suçunda faille evlenmenin dava ve cezanın çektirilmesini erteleme nedeni olması, kaçırılan kadın evliyse failin cezasının ağırlaştırılması gibi, evlenme vaadiyle kızlık bozmaya ilişkin hükmün de YTCK’ya alınmaması yerinde olmuştur. (**CENTEL** Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, Polis Dergisi, Yıl: 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005, s. 67; **ARSLAN** Gülay, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme Öngörülen Haklar ve Usuller”, İÜHFİM, Cilt: LXII, S. 1-2, 2004, s. 3 vd.).

⁹⁹ **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK**, no. 120; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 174; **ÖZBEK**, Adil Yargılanma Hakkı, s. 199; **ÖZTÜRK**, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 75; **DEMİRBAŞ**, s. 70; **ER**, s. 164; **DONNELLY**, s. 96; **ÖZTÜRK** Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, Manisa Barosu

İnsan hayatının genel ve özel olmak üzere iki yanının olduğu, özel yanının da özel hayat alanı ve hayatın gizli alanı olarak ikiye ayrıldığı kabul edilmektedir. Hayatın genel yanı, herkes tarafından bilinip girilen, en dış ve genel alandır yani bu alan bir kimsenin alenileşmesinde bir sakınca bulmadığı ve kamuya açık yerlerde meydana gelen olayları kapsar. Özel hayat ise istenirse ancak en yakın bir ya da birkaç kişiyle paylaşılabilen, esasen gizli olan, nisbi sırlar içeren bir alandır. Hayatın gizli alanı ise, kişinin kimseyle paylaşmadığı sır, gizli duygu ve düşünce dünyasıdır. Bu alana kişinin kendisiyle baş başa kaldığı alan, kişinin son sığınağı da denilmiştir¹⁰⁰.

Hayatın gizli alanına müdahale kişi için bir yıkımdır. Bu nedenle her türlü devlet müdahalesine karşı korunmuş ve dokunulmaz bir alandır. Buna karşılık özel yaşam alanı ise, yine devlet müdahalesine karşı korunmuş olmakla birlikte dokunulmaz değildir; bu nedenle nisbi bir korumaya sahiptir. Nihayet, en dış alan yani hayatın genel alanı bakımından herhangi bir koruma söz konusu olmamaktadır. Hayatın genel yanının korunacak bir gizliliği olmadığından, konumuz bakımından bir özelliği yoktur. Mesela, kamuya açık yerlerdeki sözlerimiz ve davranışlarımız herkes tarafından görülüp dinlenebilir¹⁰¹.

Dergisi, Yıl: 11, S. 41, Nisan 1992, s. 4; **ÖZBUDUN** Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt: 1, Ankara 1977, s. 265-269.

¹⁰⁰ **ÖZTÜRK**, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 76-77; **DEMİRBAŞ**, s. 70; **ER**, s. 164; **ÖZTÜRK/ERDEM/ ÖZBEK**, no. 120; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 175; **ÖZTÜRK** Bahri, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 6, S. 22, Temmuz 1987, s. 34; **ÖZTÜRK**, Özel Hayat, s. 5; **ÖZBUDUN**, Özel Haberleşmenin Gizliliği, s. 266; **ÖZTAN**, s. 278; **ÖZEL** Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004, s. 31-32; **KOLUKISA** Yunus Nadi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Korunması”, Balıkesir Barosu Dergisi, S. 68, Eylül 2006, s. 57; **ÖZDEMİR** Kenan, “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, S. 23, Eylül 2005, s. 3.

¹⁰¹ **ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK** no. 120; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 74; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 175; **ÖZTÜRK**, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 78; **GÖKCEN**, s. 45-46; **ÖZTÜRK**, Öntasarı, s. 34; **ŞİMŞEK** s. 182-183.

Kişinin gizli hayatı dokunulmaz olmak zorundadır. Zira bu alana müdahale, kişinin onuru ve dolayısıyla kişiliğini serbestçe geliştirme hakkını da yok eder. Ancak, bu mutlak dokunulmazlık hayatın gizli alanı için geçerli olmalıdır. Devletin suçla mücadele ederken kamu yararı nedeniyle ve oranlılık ilkesi çerçevesinde özel yaşam alanına müdahalesi mümkün olabilmelidir. Böyle bir halde oranlılık ilkesi, kamu yararı ve özel hayatın korunması arasında genel bir değerlendirme yapılması zorunluluğu ile birlikte, alınan tedbirin gerekli olup olmadığı, amacına ulaşip ulaşamayacağına da dikkat edilmesi gerekir. Şayet, alınan tedbir ile olayın önemi ve şüphenin yoğunluğu arasında makul bir denge yoksa, buna rağmen alınacak olan tedbir oranlılık ilkesine aykırı olacaktır¹⁰². Öte yandan müdahale yetkisinin tanındığı hallerde bu müdahalenin sınırları çok kesin ve hassas olarak belirlenmeli ve yasal bir niteliğe sahip bulunmalıdır¹⁰³.

Özel hayatın gizliliği, esasen bir Anayasa Hukuku ilkesi olmakla beraber yukarıda yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere ilke koruma tedbirleri bakımından önem taşımaktadır. Bu ilkenin üç unsuru olduğu söylenebilir. Bunlar: 1- Konut dokunulmazlığı, 2- Kişinin üstünün, özel kağıt ve eşyasının aranması, 3- Özel haberleşmenin gizliliği ve haberleşme özgürlüğü şeklinde sıralanabilecektir¹⁰⁴.

1982 Anayasası m. 20 ve 21 “*Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*” başlığı altında özel hayatın gizliliğine dair hükümler getirmiştir. 2001 yılında 4709 sayılı kanunla¹⁰⁵ yapılan Anayasa değişiklikleri ile 13. maddedeki, temel hak ve hürriyetlerin genel sınırlandırma sebepleri kaldırılmış, temel hak ve hürriyetlerin, özlerine dokunulmaksızın “*yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla*” sınırlandırılabilceği kabul edilmiştir. Yapılan değişiklikte; Anayasanın 20. maddesinin birinci fıkrasının “*Adli soruşturma ve kovuşturmanın gerektirdiği istisnalar saklıdır*” şeklindeki üçüncü cümlesi yürürlükten kaldırılmış ve maddenin ikinci fıkrası değiştirilmiştir. Yirminci

¹⁰² ÖZTÜRK, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 78.

¹⁰³ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 75.

¹⁰⁴ ÖZBUDUN, “Özel Haberleşmenin Gizliliği”, s. 265; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 75.

¹⁰⁵ R. G., 17. 11. 2001- 24556

maddenin ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle de, 13. maddedeki değişikliğin sonucu olarak özel hayatın gizliliğine ilişkin getirilecek özel sınırlama sebepleri maddede gösterilmiştir. Buna göre, özel hayatın gizliliği ile ilgili olarak kişilerin üstünün, özel kağıtlarının ve eşyasının aranması ve bunlara el konulması “*milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak usulüne göre verilmiş hakim kararı*” ile olabilecektir. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de yine maddede belirtilen özel sebeplerle ve kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emrinin onayına sunulması esası getirilmiş; hakimin, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklaması; aksi halde, el koymamanın kendiliğinden kalkması hükme bağlanmıştır. Anayasanın 21 ve 22. maddelerinde de, 20. maddeye paralel şekilde değişiklikler yapılmıştır¹⁰⁶.

O halde özel hayata müdahale söz konusu olacaksa böyle bir müdahaleye hangi suçlar bakımından başvurulacağı düzenlenmeli, hakim kararı aranmalıdır, ayrıca bir suç şüphesi aranmalı ve denetim mekanizması getirilmelidir. Öte yandan, denetim mekanizmasının etkin olabilmesi için de şu hususlara dikkat edilmesi gerekir: 1- Hakim kararı olmaksızın elde edilen veriler kullanma yasağına bağlı olmalı ve bunlar için yok etme yükümlülüğü getirilmelidir. 2- Hakim, tedbirin niçin gerekli ve caiz olduğunu gerekçelendirmek durumunda olmalıdır. 3- Gecikmede tehlike yetkisi istisna olduğundan dar yorumlanmalıdır¹⁰⁷.

5271 sayılı CMK ile özel hayatın gizliliğine müdahale teşkil edebilecek yeni koruma tedbirlerine yer verildiği görülmektedir. Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması ile diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması bunlar arasındadır. Söz konusu maddelere bakıldığında, CMK'nın ilk kabul edilen şeklinde; sadece fizik kimliğin tespitinin Cumhuriyet savcısının kararıyla da yapılabileceğinin, diğerlerinin ise hakim kararıyla

¹⁰⁶ HAKYEMEZ, Anayasa Değişiklikleri, s. 375 vd.; ÖZBEK, Adil Yargılanma Hakkı, s. 200; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 75; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 120; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 174-175.

¹⁰⁷ ÖZBEK, Adil Yargılanma Hakkı, s. 202.

yapılabileceğinin, bunlara başvurulabilmesi için belirli şartların bulunması gerektiğinin öngörüldüğü, bazı hallerde ise bunlara başvurulamayacağının hükmüne bağlandığı görülmektedir. Bununla birlikte, söz konusu maddelerden 75, 76, 80 ve 81. maddeler, “*Başta Yargıtay olmak üzere, hakim ve Cumhuriyet savcılarını ile yapılan bilgilendirme toplantıları sırasında 5271 sayılı CMK ile ilgili olarak ileri sürülen görüş ve eleştiriler doğrultusunda, uygulamada ortaya çıkabilecek olası sorunları giderebilmek amacıyla*” hazırlanan kanun teklifinin yasalaşmasıyla değiştirilmiştir¹⁰⁸.

Yapılan değişikliklerle; şüpheli ve sanığın beden muayenesi, iç ve dış beden muayenesi olarak ayrılmış; dış beden muayenesi için mahkeme, hakim veya Cumhuriyet savcılığı tarafından bir karar verilmesine gerek görülmeden, soruşturma ve kovuşturma makamlarının talebiyle dahi bu işlemin yapılabileceği hükmüne bağlanmıştır. Üstelik özel hayata, vücut bütünlüğüne önemli bir müdahale türü olan bu muayene hukuk devleti ilkesine de aykırı olarak yalnızca Yönetmelik hükümleri ile düzenlenmiştir. İç beden muayenesi bakımından da, CMK’nın ilk halinden farklı olarak, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, Cumhuriyet savcısının da karar verebilmesi öngörülmüştür. Mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi konusunda da benzeri şekilde değişiklik yapılmıştır.

5353 sayılı Kanunla yapılan bu değişiklikler ve kullanılan terimler ile önceki düzenlemede yer alan madde içindeki ahenk bozulmuştur¹⁰⁹.

İnsan bedeni ve bazı eşyayı taşımaya veya muhafazaya uygun olan anüs ve ağız boşluğu gibi vücutta ve vücut boşluklarında muayene konusunda CMUK’ta bir hüküm bulunmamaktaydı. Burada, CMUK m. 66/son kıyasen uygulama alanı bulmaktaydı. Ancak bu hüküm son derece yetersiz olduğundan söz konusu eksiklik CMK ile giderilmeye çalışılmıştır. Bu konudaki düzenlemenin sıkı kayıt ve şartlara tabi tutulması, insan onuru ve hukuk devleti ilkeleri gereğidir. Vücut içinde arama

¹⁰⁸ 25. 05. 2005 tarihli ve 5353 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun” (R. G., 01. 06. 2005- 25832) hakkında bkz. ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 29 vd.

¹⁰⁹ ÖZBEK, Şerh, s. 258.

yapılması, örneğin; sanık tarafından yutulduğu öne sürülen naylona sarılı bir miktar uyuşturucunun veya delil değeri olan bir cismin çıkarılabilmesi için sanığın ameliyat edilebilmesi asla kabul edilemez. Çünkü böyle bir ameliyat ne tıbbi bir zorunluluktur ne de herhangi bir kanunda öngörülmüştür; o halde Anayasanın kişi dokunulmazlığı ilkesini düzenleyen 17. maddesine aykırıdır denilmiştir¹¹⁰. Yeni Kanun ise 76. maddesinde mağdur ve diğer kişiler bakımından cerrahi müdahaleyi yasaklarken 75. maddesinde şüpheli ve sanık bakımından bu yasağa yer vermemiştir. Bu durumda cerrahi müdahale şüpheli ve sanık bakımından mümkün görünmektedir. Ancak rıza unsuruna yer verilmeyen bu madde de en azından yapılacak müdahalenin kişinin sağlığına zarar vermemesi şartı öngörülmüştür. Daha öncede belirttiğimiz gibi burada hekim bilirkişinin görüşü önemlidir. Burada en azından ağır tıbbi müdahaleler söz konusu olacaksa şüpheli ya da sanığın rızası aranmalıydı düşüncesindeyiz.

Gerçekten de, devletin suçla mücadelesinin bir gereği olarak hayatın özel alanına bir koruma tedbiri ile müdahalesi mümkün olmaktadır. Ancak, böyle bir tedbire başvururken oranlılık ilkesinin bir gereği olarak, bu tedbire başvurulması ile beklenen fayda ve ihlal edilen menfaat arasındaki denge her zaman gözetilmek durumundadır. Denge, ihlal edilen menfaat lehine bozulduğu durumda hayatın özel alanı ihlal edilmiş olur. Bu anlamda hiçbir gerekçe yokken kişinin vücudundan örnek alınması veya genital muayeneye gönderilmesi, onun özel yaşam alanının ihlalidir. Devletin suçla mücadele etmek gerekçesi bu durumlarda artık geçerli olmayacaktır¹¹¹.

Maddi gerçeğin ortaya çıkarılması ve bunu yaparken insan haklarına riayet edilmesi ne kadar önemli ise, vücut bütünlüğüne insan haklarına uygun bir şekilde müdahale edilerek delil elde edilmesi de en az bunun kadar önemlidir. Türk hukukunda sanığın veya şüphelinin ya da üçüncü kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması olarak kavramlaştırılan bu durumlar bir tıbbi müdahaleyi gerektirmektedir¹¹².

¹¹⁰ ÖZTÜRK, Özel Hayat, s. 10-11.

¹¹¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 76.

¹¹² GÜLSOY/ KÖK, s. 4.

Ülkemiz tarafından 10. 03. 1954 tarihli ve 6366 sayılı Kanunla onaylanan ve iç hukuktaki bir kanun gibi uygulama kuvveti kazanmış olan¹¹³ hatta “*Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun*”la¹¹⁴ Anayasanın 90. maddesine eklenen hükümlerle kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda esas alınacak olan AİHS’nin 8. maddesinde; özel hayat, aile hayatı, konut ve özel haberleşme koruma altına alınmıştır. AİHS’nin “*Özel hayata ve aile hayatına saygı*” başlığını taşıyan 8. maddesinin 1. fıkrası “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*” hükmünü getirirken, 2. fıkrasıyla da sınırlama koşullarını düzenlemektedir: “*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir*”¹¹⁵.

¹¹³ Bu sözleşmenin onay belgesi Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine 18 Mayıs 1954 tarihinde depo edilerek Türkiye Sözleşmeye taraf olmuştur. Türkiye, 28 Ocak 1987 tarihinden geçerli olmak üzere Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna bireysel başvuruyu kabul etmiş, daha sonra da, 22 Ocak 1990 tarihinden geçerli olmak üzere AİHM’in zorunlu yargı yetkisini tanımıştır. AİHS’nin 11 Nolu Protokolünün 01. 11. 1998 tarihinde yürürlüğe girmesi ile AİHS sistemi içinde yeni bir dönem başlamıştır ve Türkiye 11 Nolu Protokolü onayladığı için artık sürekli çalışan tek Mahkeme sistemi Türkiye bakımından da işlemektedir (TEZCAN Durmuş/ ERDEM Mustafa Ruhan/ SANCAKDAR Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004, s. 47-48, 87; GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz/ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 18; ÖZDEMİR, s. 19).

¹¹⁴ 05. 07. 2004 tarihli ve 5170 sayılı Kanun (R. G., 22. 05. 2004- 25469).

¹¹⁵ REİSOĞLU Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001, s. 87; ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2004, s. 214; KOLUKISA, s. 61; SIMMONS Alan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Başvuru Avukatlar İçin Uygulamaya Yönelik Bir Kılavuz, Çev: Defne ORHUN, Şubat 2005, s. 121; ANAYURT Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004, s. 114-115; GOMIEN Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi, Çev: Barış BIÇAKÇI, Eylül 1995, s. 66; KAYA Abdülkadir, “Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını”, Mart 2006, s. 87 vd. için bkz. <http://www.ces.boun.edu.tr/adalet/insanhaklari.pdf>, erişim tarihi: 12. 04. 2007; DÜLGER Murat Volkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel

Özel hayat kavramı AİHM' e göre bütün unsurları ile tanımlanamayacak kadar geniştir¹¹⁶. Buna karşılık, başvuru konusu olmuş somut olaylar neticesinde, AİHS'nin denetim organlarınınca 8. Maddede korunan özel hayata hangi konuların dahil olduğunun hemen hemen belirlendiği söylenebilir¹¹⁷. Bunlar arasında kişinin beden ve ruh bütünlüğüne ilişkin olanlar da özel hayat kavramına dahil edilmişlerdir. Bu bakımdan bireyin iradesine aykırı olarak zora dayalı bir şekilde yapılan her türlü (bedeni ve psikolojik- psikiyatrik) tıbbi müdahaleler ve deneyimler yanında; alkol, kan ve DNA testleri özel hayat kapsamında yer almaktadır. AİHS m. 3'te öngörülenlerden daha az yoğun olarak vücut bütünlüğüne yönelik bu tür müdahaleler, AİHS m. 8'in koruma alanında bulunmaktadır¹¹⁸.

Sözleşmenin 1. fıkrası ile korunan hakkın 2. fıkrada sınırlama sebeplerinin sıralanmış olması dolayısıyla mutlak bir hak olmadığı görülür. Bir başka deyişle, maddenin 2. fıkrası, ilk fıkrada koruma altına alınan haklara müdahalenin hangi durumlarda meşru olacağını göstermektedir. Nitekim Komisyon ve Mahkeme maddede belirtilen haklara resmi makamların müdahale ettiğine dair bir şikayet başvurusu geldiğinde, üç aşamalı bir inceleme ve irdeleme yapmışlardır. Bu organlar önce, şikayete konu olay ve işlemin maddede yer alan kavramlardan birine (özel hayat, konut gibi) dahil olup olmadığını; yani hükmün uygulanabilirliğini saptamakta; bunu takiben bu soruya olumlu cevap verilmesi halinde, yapılan işlem

Koruma Tedbirleri", s. 5, için bkz.

http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmde_organizesuc.htm, erişim tarihi. 12. 04. 2007;

¹¹⁶ **KILKELLY** Ursula, "Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz", İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, 2001, s.9; **ÖZDEMİR**, s. 21; **KOLUKISA**, s. 61; **KAYA**, s. 88.

¹¹⁷ **GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK**, s. 334; **KAYA**, s. 88; **DÜLGER**, s. 5; **ANAYURT**, s. 115. Özel hayat herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir ve ayrıca özel hayat, bedensel ve ruhsal bütünlüğü de kapsar (*X ve Y/ Hollanda*, 1985). Özel yaşama saygı bireyin başka insanlarla ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da kapsamaktadır (*Niemietz/ Almanya*, 1992). Görüldüğü gibi, Niemietz kararı özel hayata sosyal bir unsur da eklemiştir (**ERGÜL**, s. 220; **KAYA**, s. 90; **ÖZDEMİR**, s. 21; **GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK**, s. 335; **KILKELLY**, s. 9).

¹¹⁸ **GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK**, s. 335; **KILKELLY**, s. 12; **TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR**, s. 388; **DEMİRBAŞ**, s. 72; **ANAYURT**, s. 116.

ya da alınan önlemin bir müdahale teşkil edip etmediğini araştırmakta; ve nihayet, bu soruya da olumlu cevap verilmesi halinde, müdahalenin 2. fıkra karşısında meşruluk kazanıp kazanmadığını saptanmak suretiyle sonuca varmaktadırlar¹¹⁹.

AİHS'nin 8. Maddesinin 2. fıkrasından çıkan sonuçların ise şunlar olduğu söylenebilir: 1. fıkrada güvence altına alınan haklara kamu otoritelerinin bir müdahalesi olduğunda, bu müdahalenin meşru olabilmesi için öncelikle müdahalenin yasal bir dayanağı olması şarttır. İkinci olarak, 2. fıkradaki “*ancak*” kelimesinden sonra sayılan hallerle sınırlı olarak müdahale edilebilir ve nihayet müdahale demokratik bir toplumda gerekli olan ölçüde yapılabilir¹²⁰. Yine bu çerçevede, m. 8/2’de yer alan istisnaların dar yorumlanması gerekmektedir. Oranlı olmak, bir hakka müdahalenin, hakka en az zarar verecek şekilde yapılmış olmasını gerektirmektedir. Davaya bütün olarak bakarak, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için “*uygun ve yeterli nedenlere*” sahip olup olmadığını tartmak gerekir¹²¹.

Konuyla ilgili olarak AİHM’de Türkiye ile ilgili¹²² olarak görülen bir dava önemli bir örnek oluşturmaktadır (*Y. F/ Türkiye Davası*)¹²³. 22. 07. 2003 tarihli Y. F.

¹¹⁹ GÖLCÜKLÜ/ GÖZÜBÜYÜK, s. 331; KOLUKISA, s. 61;

¹²⁰ KILKELLY, s. 25 vd.; DÜLGER, S. 5-6; REİSOĞLU, s. 88-89. Mahkeme içtihatlarına göre, müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olması için, “*toplumsal, acil bir ihtiyaca cevap vermesi*” ve “*hedeflenen meşru amaçla orantılı olması*” şarttır. (SIMMONS, s. 121; KAYA, s. 93). 8. maddede yer alan hakların sınırlandırılması için yalnızca “*meşru bir amacın*” bulunması yeterli değildir. Söz konusu sınırlamaların, demokratik bir toplumda ulaşılmak istenen amaca erişmek için gerekli olduğu ölçüde yapılması zorunludur. Yani, bu kısıtlamaların meşru ve zorunlu olması halinde bile bunların “*güdülen meşru amaçla orantılı*” olması gerekir. Temel hak ve özgürlüklerin “*demokratik bir toplumda zorunlu olduğu ölçüde*” sınırlandırılması şartı, zorunluluğun ve ölçünün AİHM tarafından denetlenmesine olanak tanır. AİHM, bu denetimde, sınırlamayı gerektiren, “*zorlayıcı sosyal ihtiyacın*” bulunup bulunmadığını ve sınırlamanın Sözleşmede öngörülen meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemektedir. (METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002, s. 82).

¹²¹ KAYA, s. 93.

¹²² Türkiye ile ilgili kararlar için bkz. TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 412 vd.

¹²³ Karar metni için bkz. <http://www.avukatlarderneği.com/kararlar/39.htm>, erişim tarihi: 12. 04. 2007; TANRIKULU Sezgin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru İçin El Kitabı, Ankara 2004, s. 361 vd.

kararına konu olan olayda (24209/94), PKK'ya yardım ve yataklık suçundan Ekim 1993'de kocası ile birlikte dört gün gözaltında kalan ve bu sırada gözleri bandajla sarılan, hakaret edilip, ırzına geçmekle tehdit edilen başvuru, 20. 10. 1993'de, önce bir hekim tarafından muayene edilir, ardından bir başka muayene amacıyla kadın doğum uzmanına götürülür. Kadın doğum uzmanı tarafından bir perdenin arkasında muayene edilirken polisler orada kalırlar. 23. 03. 1994'de karı koca serbest bırakılırlar. Mahkemeye göre, başvuranın gözaltında bulunduğu sırada, kendisinin ve eşinin rızası dışında kadın doğum uzmanına kollukça muayene ettirilmesi, kanuni bir dayanağı ve ilgilinin rızası olmadan yapılmış olduğundan özel hayata saldırı oluşturur. Bu nedenle Türkiye, 4.000 Euro manevi tazminata ve 3.000 Euro dava masrafına mahkum olmuştur¹²⁴.

Mahkeme değerlendirmesini öncelikle “kanunilik” ilkesini gözeterek yapmıştır. Bu Sözleşme'nin 8/2 hükmü gereğince yapıldığı gibi, Türk iç hukukunun da bunu öngördüğünü belirtmiştir. Mahkeme, gözaltındakilerin muayene edilmesinin cinsel istismar veya kötü muamele karşısında bir güvence olduğunu kabul etmekle beraber, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesi ve söz konusu kişinin onayını gerektirdiğini, aksi halde, gözaltındaki bir kimsenin, keyfi fiillere karşı yasal garantilerden mahrum kalacağını belirtmiştir. Kanunilik şartının yerine getirilmediğini tespit eden Mahkeme, bu nedenle söz konusu müdahalenin “yasal bir amaca” hizmet ettiğini veya demokratik bir toplumda gerekli olduğunu incelemeye gerek duymayarak 8. Maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir¹²⁵.

Mahkeme'nin kararında konuyla ilgili olarak esasen iki hususa dikkat etmek gerekmektedir. İlk olarak, Mahkemenin tıbbi müdahaleye verdiği anlam üzerinde durmak gerekir. Mahkeme'ye göre tıbbi müdahale, bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmektir (Paragraf 42-43). Yine Mahkeme, çeşitli kararlarını hatırlatarak, söz konusu şikayetin 8. madde ile ilgili olduğunu ve bir kimsenin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü de içeren özel hayat kavramını karşıladığını ifade etmiştir.

¹²⁴ ÖZTÜRK/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 413.

¹²⁵ GÜLSOY/ KÖK, s. 6-7; TANRIKULU, s. 365.

Bir kimsenin vücudu özel hayatın en önemli unsurudur ve bu nedenle zorunlu bir tıbbi muayene bu hakka yapılan bir müdahale niteliğindedir (Paragraf 33).

İkinci olarak da, Mahkeme'nin davaya uyguladığı kriterler söz konusu olmaktadır. Mahkeme bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne yapılan müdahalenin kanunla öngörülmesini (Paragraf 36, 43), söz konusu kişinin onayını gerektirdiğini (Paragraf 43), AİHS 8/2'de yer alan meşru amaçlardan birini taşımasını ve demokratik bir toplumda gerekli olmasını (Paragraf 36) tıbbi müdahalenin başlıca kriterleri olarak düşünmektedir. Yine, Mahkeme Türk hukuku uyarınca bir kimsenin fiziksel bütünlüğüne müdahale etmenin tıbbi gereklilikler ve kanunla öngörülen haller dışında yasaklandığına, üstelik hazırlık soruşturmasında sadece savcının emri üzerine muayene edilebileceğine (CMUK 66/son) dikkat çekmiştir. Bir başka kriter olarak da, muayenenin uygun şartlarda ve güvenlik güçlerinin işitme ve görme imkanının olmayacağı ortamlarda gerçekleştirilmesi, sadece tıbbi personelin girmesine izin verilen binalarda ve ilgili kişiye gerekli bilgi verildikten sonra yapılması gerektiği (Paragraf 26) belirtilmiştir¹²⁶.

AİHM'in ilk kez Y.F. kararı ile gündeme gelen zorla jinekolojik muayene yapılması sonucu verilen mahkumiyet kararının tekrarlanmaması için, *Tezcan/ Erdem/ Sancakdar*'a göre, kızlık muayenesi de dahil vücudun muayenesi koruma tedbirinin ilgili yasada ayrıntılı olarak düzenlenmesi ve ilgilinin önceden rızası alınarak yapılması gerekmektedir¹²⁷. CMK' da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Ancak, tanıklıktan çekinme konusundaki hüküm hariç rıza unsuruna yer verilmemiştir. Ayrıca, YTCK m. 287 genital muayeneyi düzenlemiş ancak bu maddede de rıza unsuruna yer verilmemiştir.

¹²⁶ TANRIKULU, s. 365-367; GÜLSOY/ KÖK, s. 7.

¹²⁷ Öte yandan evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunda kızlığın bozulmasının suçun unsurunu (765 sayılı TCK m. 423); ırza geçme suçunda da ağırlaştırıcı nedeni oluşturması (765 sayılı TCK m. 418), bu tür uygulamalara neden olmaktadır. Bu nedenle YTCK'ya evlenme vaadiyle kızlık bozma suçunun alınmaması yerinde olmuştur. (TEZCAN/ ERDEM/ SANCAKDAR, s. 415; CENTEL, Kadın, s. 67).

Burada dikkat edilmesi gereken husus, nisbi bir koruma altında olan özel hayatın beden muayenesi koruma tedbiri nedeniyle müdahaleye uğramasında, beklenen fayda ile ihlal edilen menfaat arasında dengenin gözetilmesidir.

D. DÜRÜST İŞLEM İLKESİ

Dürüst işlem ilkesi ile, ceza muhakemesi işlemlerinin kandırma, yanıltma veya zorlama gibi irade serbestisini engelleyen veya savunmayı kısıtlayan yollara sapılmaksızın hukuk devleti ilkesine uygun olarak, önceden kanunlarla gösterilmiş bulunan esaslar içerisinde yapılması kastedilmektedir. Bir hukuk devletinde bu esasların, asgari olarak nelerden ibaret bulunduğu AİHS'nin 6. maddesinde gösterilmiştir¹²⁸.

İddia ve savunma makamları arasında, iddia ve savunma faaliyetlerinin gereği gibi yapılmasına engel olacak ayrımlar yapılması; örneğin iddia veya savunma makamının kayırılması, batılı ülkelerde silah eşitliği olarak anılan ve fakat bizim dürüst işlem olarak adlandırdığımız ilkeye açık bir aykırılık teşkil eder¹²⁹. Silah eşitliği demek, ülkemizin de dahil olduğu Kıta Avrupası hukuk sistemine göre, henüz iddia ve savunma makamlarının her bakımdan eşit olması demek değildir. Bugün silah eşitliği denilince akla gelen, savunma makamının bir hukuk devletinde kendisine tanınmış bulunan hakları gerçek anlamıyla kullanabilmesidir¹³⁰.

¹²⁸ ÖZTÜRK, Koğuşturma Mecburiyeti, s. 73 vd.; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 114; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 166; DEMİRBAŞ, s. 65. Özbek, dürüst işlem ilkesini ceza muhakemesi işlemlerinin yapılmasında bilhassa delillerin toplanmasında başvuru işlemlerinin ve kullanılan yöntemlerin insanın onurunu, adaletin saygınlığını zedelememesidir şeklinde tanımlamaktadır. (ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 70). 1982 Anayasasının 36. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikle adil yargılanma hakkı anayasal bir hüküm haline getirilmiştir.

¹²⁹ Silahların eşitliği kavramı için bkz. DİNÇ Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005, s. 283 vd.; MOLE Nuala/ HARBÝ Catharina, “Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları, No. 3, 2001, s. 40 vd.

¹³⁰ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 167; DİNÇ, s. 284-285; MOLE/ HARBÝ, s. 40-41; NAYIR Bülent, “Ceza Yargılamasında Mağdur Hakları”, Antalya Barosu Dergisi, Yıl: 25, S. 5/51, Şubat 2004, s. 92.

Ceza muhakemesine hakim olan delil serbestliği ve maddi gerçeğin araştırılması ilkeleri, delile her ne pahasına olursa olsun ulaşılması gerektiği şeklinde anlaşılmamalıdır. Burada dürüst işlem ilkesinin bu araştırmanın bir sınırını oluşturduğu unutulmamalıdır. Hile ile veya temel hakların ihlal edilmesi uğruna elde edilen delil dürüst ve adil değildir. Dürüstlük ilkesine aykırı olarak elde edilen delil ise aynı zamanda savunma hakkını da daraltır. Unutulmamalıdır ki, ceza muhakemesinin amacı maddi gerçeğin her ne pahasına olursa olsun değil, yalnızca insan onuruna ve hukuka saygılı olarak ortaya ıkarılmasıdır¹³¹.

Bu ilke ışığında doktrinde, tedbire maruz kalacak kişilerin tedbirin uygulanması yönünde rızaları olup olmaması durumu gündeme gelmektedir. Yani hukuken geçerli bir karara rağmen kişi muayeneye veya vücudundan örnek alınmasına razı olmaz direnecek olursa zor kullanma yoluna mı gidilecektir? Bu özellikle şüpheli veya sanığın cerrahi müdahaleye maruz kalması söz konusu olursa daha fazla önem kazanacak bir sorudur. Bir görüşe göre, kişinin masum olma ihtimalini hiçe sayan ve bu tür zor kullanmaların masum kişilere vereceği maddi ve manevi acıyı göz ardı ederek suçlulukla mücadeleyi sağlamayı hedefleyen bu anlayışı insan haklarına saygılı bir anlayıştan çok uzak görmek gerekir¹³². Aksi görüşe göre ise, örneğin bir bombalama eyleminde kişiye ait bazı koku ve kimyevi maddelerden başka iz bulunmadığında, suçluluğun ispatı için rıza olmasa da tedbire başvurulması gerekir¹³³. Bunun dışında bu tür bir soruya götürü bir yanıt vermektense böyle bir tedbire başvurulmasına neden olan suçun niteliğine göre hareket edilmelidir diyen bir görüşte mevcuttur. Buna göre bu halde somut olayın özellikleri ve oranlılık ilkesi gözetilmelidir¹³⁴. Biz burada en azından ağır tıbbi müdahaleler söz konusu ise rıza aranmalıydı düşüncesinde olduğumuzu belirtiyoruz.

¹³¹ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 71; **CENTEL** Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, S. 1-2, 2000, s. 18.

¹³² **TOROSLU**, Kurultay, s. 332.

¹³³ **SOYASLAN**, Kurultay, s. 333. Uygulamada ise muayene konusunda rıza olması halinde kuşkusuz problem yaşanmadığı ancak rıza olmayan durumlarda ise sürenin önem arz ettiği alkol muayenesi gibi basit muayenelerin zor kullanmak suretiyle yapıldığı belirtilmektedir (**DÖNMEZER**, s. 337).

¹³⁴ **ÖZBEK**, şerh, s. 255.

Neyse ki bu yöntemlerin uygulanmasının, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesini barındırdığını ifade etmek koşulu ile muayeneden ya da benzer bir koşul getirilmiş olan örnek alınmasından kaçınmak hekimler açısından olanaklı hale getirilmiştir.

Tezcan ise, bu konuda Fransız hukukundakine benzer bir düzenlemenin getirilmesini, rıza olmadığı takdirde tedbirin uygulanmamasını ancak rıza göstermeyen kişi hakkında hapis ve para cezası gibi caydırıcı cezaların uygulanması gerektiğini savunmaktadır¹³⁵.

Beden muayenesi açısından bakıldığında, dürüst işlem ilkesi son derece büyük önem kazanmaktadır. Öncelikle, vücuda yapılacak müdahalenin önceden kanunlarda belirtilmiş usul ve esaslara uyularak yapılması gerekmektedir. Bundan başka, hukuka uygun olarak yapılan bir müdahale sonucu düzenlenecek raporun da gerçeği yansıtması gerekmektedir¹³⁶. Nitekim, AİHM'in Aksoy davasında verdiği kararda yapılan işkenceye bağlı olarak çift taraflı kol felci olduğu raporla tespit edilen kişinin, ilk tabip muayenesinde sağlık durumunun sadece "*darp ve cebir izine rastlanmamıştır*" şeklinde rapor edilmesi hukuka aykırı bulunmuştur. Yine AİHM'in karara bağladığı Aydın davasında da tıbbi muayenenin ciddi bir şekilde yapılmadığı, tecavüz konusunun ve izlerinin araştırılmasına bakılmaksızın, sadece mağdurenin bekaretini kaybedip kaybetmediğinin üzerinde durulması da mahkeme tarafından eleştirilmiştir. Şikayetçinin, tecavüz mağdurlarının gösterdiği psikolojik davranışlar

¹³⁵ **TEZCAN**, Arama, s. 217.

¹³⁶ **GELGÖR** Burhan, "Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi", Adalet Dergisi, Yıl: 92, S. 6, Ocak 2001, s. 154-155; **TÜRK** Hikmet Sami, "Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele", Adalet Dergisi, Yıl. 93, S. 10, Ocak 2002, s. 3. İşkence ya da kötü muamele yapıldığını veyahut bir suç işlendiğini gizleyecek biçimde bir sağlık raporu verilemez. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞAN** İlyas, "Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu", Polis Dergisi, S. 36, Temmuz/ Ağustos/ Eylül 2003, s. 225 vd.; **TANRISEVEN** Mahmut, "İşkence ve Hekim", Batman Barosu Dergisi, S. 5, Mayıs 2004, s. 25 vd.

içerisinde olup olmadığı araştırılmamış, tıp uzmanları tarafından gerekli inceleme yapılmamıştır¹³⁷.

Muayene bulguları daha önceden hazırlanmış standart formlara yazılmalıdır. Böylece tüm bulguların hiç atlanmadan tespiti yapılabilir. Adli tıp raporlarının ceza muhakemesindeki önemi nedeniyle bilirkişi konumundaki hekimler tarafsız ve objektif rapor vermeli ve bunun için gerekli olan bilgi ve deneyimi kazanmaları sağlanmalıdır¹³⁸.

Uygulamada adli tıp raporlarında yapılan hatalar, tıbbi terimlerin açıklanmaması sonucu katiplerin rapor örneklerini çıkarırken Latince kelimelerin yanlış yazılmasına neden olması ve bu şekilde anlam değişikliğine uğraması, raparlarda yara niteliklerinin ayrıntılı olarak yazılmaması, yaranın oluşumunun ve ne tür bir aletle yapılmasının mümkün olduğunun belirtilmemesi, gereken gözlem, konsültasyon ya da sevklerin yapılmaması, olayla ilgili yeterli bilgi ve bulgu elde edinmeden, kişiyi tam olarak muayene etmeden rapor düzenlenmesi, raporların gerekçesiz yazılması veya gecikmesi, hekimlerin isim ve unvanlarını yazmaması, raporların el yazısıyla yazılmaları olarak sayılabilir¹³⁹.

Adli tıp raporlarının zamanında, ayrıntılı, gerekçeli, tarafsız ve gerektiği gibi verilmesi ceza muhakemesinde şüphelinin, sanığın ve mağdurun haklarını korumak

¹³⁷ Türkiye'nin taraf olduğu davalarda dikkati çeken ilk husus, Mahkemenin iç hukuk yolları tüketilmediği halde şikayetleri kabul etmesidir. Burada iç hukuk yollarının yapılan haksızlığı gidermeye elverişli olmadığı, yetkili makamların gerekli soruşturma işlemlerini yapmadıkları, ancak AİHM'e başvurudan sonra harekete geçtikleri tekrarlanmaktadır. Bu durumun devam etmesi, bir çok davada AİHM'in asli yargı yeri niteliğini alarak, Türk mahkemelerinin yerine geçmesi sonucunu yaratacaktır (CENTEL, Adli Tıp, s. 15-16; TÜRK, Adli Tıp, s. 4).

¹³⁸ CENTEL, Adli Tıp, s. 18; SEVÜK Handan Yokuş, "Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi", Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 100.

¹³⁹ GELGÖR, s. 160-161; HANCI İ. Hamit, "Birinci Basamak Adli Tıp Raporlarında Yapılan Hatalar (I)", http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk35.html, erişim tarihi: 12. 04. 2007; HANCI İ. Hamit, "Birinci Basamak Adli Tıp Raporlarında Yapılan Hatalar (II)", http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk36.html, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

bakımından önemlidir. Dürüst işlem ilkesinin de bir gereği olarak insan hakları ihlallerini önlemede hekimin sorumluluğu adli tıp raporlarının gerektiği gibi hazırlanmasını gerektirir¹⁴⁰.

E.ORANLILIK İLKESİ

Ceza muhakemesinde oranlılık ilkesi, alınan bir tedbirin ulaşılmak istenen amaca erişmek için mutlaka elverişli, gerekli ve orantılı olması gerektiğini ifade eder. Bir başka deyişle, ulaşılmak istenen amaca erişmek için, bireylere daha az yükümlülük getiren ya da daha elverişli olan başka bir aracın bulunmaması gerekir. Ceza yargılamasında koruma tedbirlerinin kişinin temel hak ve özgürlüklerini sınırlandırdığı bir gerçektir. Bunun bir sonucu olarak, başvuru bir önlemin ağırlığı, sanığa yüklenen eylemin ağırlığı ve o eylemden dolayı sanığa verilecek cezanın az ya da çok oluşuna göre değişebilmeli ve bununla orantılı olmalıdır. Oranlılık ilkesi, bir ceza yargılaması işleminin yapılması ile ulaşılmak istenen yarar ile ortaya çıkması muhtemel zarar arasında bir oranın bulunmasını, oransızlık halinde bu işlemin yapılmamasını ifade eder. Ceza yargılamasında bir koruma tedbirine başvurulurken öncelikle temel hak ve özgürlüklere en az müdahaleyi sağlayacak koruma tedbirine başvurulmalıdır. Başka bir deyişle, ceza yargılaması bir olayda daha hafif bir tedbire başvurulurken amacına ulaşabilecekse, bu hafif tedbirle yetinilmeli, daha ağır bir tedbirden yararlanılmamalıdır. Bu da ikincillik¹⁴¹ ilkesi

¹⁴⁰ SEVÜK, Adli Tıp, s. 102; TANRISEVEN, s. 26-27; DOĞAN, s. 229-230. Adli tıp uzmanları derneği tarafından hazırlanan “Yeni Türk Ceza Kanunu Çerçevesinde Düzenlenecek Adli Raporlar İçin Kılavuz” başlıklı bir kitapçık ile adli rapor yazacak hekimlere ve bu rapordan yararlanacak hukukçulara yol göstermek amaçlanmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. BALCI Yasemin, “Yeni TCK ve Ölümle Sonuçlanmayan Yaralanmaların Adli Tıbbi Boyutu”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005, s. 140 vd.; ARICAN Nadir/ EKİZOĞLU Oğuzhan, “Adli Raporların Hazırlanmasında Kullanılan Kılavuz”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 147-154.

¹⁴¹ Söz konusu ilkenin unsurları şu şekilde sıralanabilir: 1- Hedeflenen amaca ulaşmak için uygunluk (elverişlilik), 2- Gereklilik bir başka deyişle ikincillik olarak da nitelenebilecek olan bir başka unsura göre; hedeflenen amaca daha etkili, ancak daha az zarar veren başka bir tedbirle ulaşılabilecekse, artık o tedbire başvurulması adil olmayacaktır, 3- Tedbirin beklenebilirliği yani

olarak adlandırılmaktadır. Bu ilkenin temelini Anayasada yer alan hukuk devleti ilkesi oluşturmaktadır¹⁴².

Hakim kararını verirken oranlılık ve ikincillik ilkeleri ile bağılı bulunmaktadır: *Tıbbi muayenenin yapılabilmesi veya vücuttan örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. O halde hakim ya da gecikmede sakınca bulunan durumlarda savcı beden muayenesi ve/veya örnek alınması ile elde edilecek yarar ve verilmesi imkan dahilinde bulunan zarar arasında oran bulunup bulunmadığına bakacak tedbire sadece yararın daha fazla olması durumunda başvurabilecektir. Bununla beraber kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi var ise her durumda artık tedbire başvurulmamalıdır. “Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi” hukuki bir kavram olmadığından burada kanımızca hukuki bir değerlendirmeye de tabi tutulamaz. Bu halde hakim ya da savcının hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması gerekmektedir¹⁴³.*

Nihayet her tedbir gibi beden muayenesi ve örnek alınması, özellikle de beden muayenesi ikincil bir nitelik taşımakta diğeri bir deyişle başka bir tedbir ile aynı sonuca ulaşmak mümkün ise bu tedbire başvurmamak gerekmektedir. Bununla beraber iz bilim de denin kriminalistik biliminin gelişmesi özellikle şüpheli, sanık ve hatta mağdur üzerinden elde edilecek izlerin maddi gerçeğe üstelik insan haklarına en az müdahale ile ulaşılabilmesine imkan sağladığı ve bunun için de söz konusu tedbire başvurma kaçınılmaz olduğu vurgulanmalıdır¹⁴⁴.

ölçülü olması. (ÖZBEK Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön alan Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, S. 2, İzmir 2002, s. 72; HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Ölçülülük İlkesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 1316 vd.).

¹⁴² ÖZTÜRK, Koğuşurma Mecburiyeti, s. 73; METİN, s. 70-72; HAKYEMEZ, Ölçülülük, s. 1306 vd.; NAYIR, s. 91; ÖZBEK, Adil Yargılanma Hakkı, s. 198; ÖZBEK, Ön Alan, s. 73; ÖZBUDUN, Anayasa Hukuku, s. 104.

¹⁴³ ÖZBEK, Şerh, s. 259.

¹⁴⁴ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 483; kriminalistik konusunda bkz. ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 372 vd.

Bu noktada ceza muhakemesinin insan haklarını her zaman çatışma içinde bulunan sanık ve mağdur hakları denklemini gerçekleştirmek yoluyla sağlamak sanatı olduğu unutulmamalıdır¹⁴⁵.

Oranlilik ilkesi ceza muhakemesinde hemen her işlem ve tedbir için geçerli bir ilke olsa da 76. maddede üçüncü kişilerde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine ilişkin olarak oranlilik ilkesini ifade eden açık bir düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre, böyle bir tedbire *üçüncü kişilerin sağlığını açıkça ve öngörülebilir şekilde tehlikeye düşürmemek ve cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla başvurulabilir (CMK m. 76/1)*.

Görüldüğü gibi üçüncü kişilerde söz konusu tedbire başvurmak cerrahi bir müdahale niteliği taşıyamayacaktır. Tedbire şüpheli ve sanık bakımından başvurulması halinde böyle bir sınırlamanın olmadığı söylenmelidir¹⁴⁶. Oysa aynı koşullar 75. maddede de yer almalıydı düşüncesindeyiz. En azından ağır tıbbi müdahaleler bakımından bu koşul konulmalı rıza aranması şartıyla müdahale gerçekleştirilebilmeliydi.

Son olarak belirtmek gerekirse Anayasa *“kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağını”* belirtmektedir (Anayasa m. 17/2). Ancak örneğin DNA¹⁴⁷

¹⁴⁵ ÖZBEK, Şerh, s. 259.

¹⁴⁶ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 485.

¹⁴⁷ DNA (dezoksiribonükleik asit), hücrenin çekirdeğinde bulunan kimyasal bir maddedir ve bireysel tüm genetik özelliklerin temel yapı taşıdır. Bir insanın tüm hücrelerinde bulunan DNA'lar aynıdır ve bunlar yaşa ve ortama göre değişmezler. Bu nedenle farklı zamanlarda, farklı yerlerde ve farklı örneklerden elde edilen örneklerin aynı kişiye ait olup olmadıklarının her zaman karşılaştırılması mümkündür. Örneğin, bir insanın kanındaki DNA ile deri hücresindeki, spermdeki veya tükürüğündeki DNA aynıdır. Bu aynı zamanda çok güçlü bir delildir. Kişiye ait genetik bilgiyi nesilden nesile taşıyan bir yapı olan DNA, hem anneden hem de babadan gelen özellikleri taşımakta olup tek yumurta ikizleri hariç hiçbir insanın DNA'sı birbirine benzemez. Bu konuda 1985'te dünyada suçla mücadelenin kaderini değiştirecek olan bir olay gerçekleşti. Daha sonra 2005'te Lasker ödülünü de alacak olan Leicester Üniversitesi'nden Alec Jeffreys, iki meslektaşıyla, Nature dergisinde *“Hypervariable Minisatellite Regions in Human DNA”* (İnsan DNA'sında Çokdeğişken Minisatelit Bölgeler) adlı bir makale yayımladı. Kısa süre sonra

analizinin icrası ve suçun işlendiği yerde bulunan izlerle karşılaştırılabilmesi için kişinin hücre materyalinin elde edilebilmesi amacıyla ondan vücut materyali alınır. DNA bir insanın tüm hücrelerinde aynı olduğu için analizde herhangi bir vücut materyali kullanılabilir. Sonuç olarak vücuda müdahale yoluyla materyal almanın vücut dokunulmazlığını ihlal edeceği ortadadır. Bununla beraber böyle bir müdahalenin yasal düzenlemelerle hukuka uygun hale getirilebilmesi mümkündür. Nitekim anayasa kanunda yazılı hallerin varlığı halinde vücut bütünlüğüne dokunulabileceğini belirtmektedir (Anayasa m. 17/2). İşte bu aşamada bireylerin muhakeme işlemlerine katılma yükümlülükleri ortaya çıkmaktadır. Ancak burada öncelikle aşırılık yasağı dikkate alınmalıdır. Bu yasak vücut dokunulmazlığı ve suçla korunan hukuki yarar arasında denge olmasını gerektirir. Bu anlamda somut bir müdahale yani örneğin DNA analizi gerekli, uygun ve oranlı olmak durumundadır¹⁴⁸.

kriminal laboratuvarlar, “DNA parmak izi” denen Jeffreys’in tekniğini kullanmaya başladılar. Bu tarihte henüz kurumuş lekelerden DNA elde edilmiyordu. 1998’de İngilizler, “az kopyalı” DNA adını verdikleri yeni bir yöntemle, iğne ucu kadar büyüklükte olsa bile, kurumuş kan ve sperm lekelerinden DNA analizi yapabilmeyi başardılar. 26 Haziran 2000’de ABD Başkanı Bill Clinton “tüm çağların en özel günü” diyerek insanın gen haritasının tamamlandığını tüm dünyaya ilan etti. Söz konusu teknoloji her geçen gün ilerlemektedir. Faili meçhul dosyaların kapanmadığı ve delillerin atılmadığı ülkelerde bu teknoloji sayesinde pek çok olay çözüme kavuşturulmuştur. Bu teknoloji ayrıca yargılama dışı amaçlarla da kullanılabilir. Örneğin, 11 Eylül saldırısında ölenlerin günümüz DNA teknolojisi ile kimliklendirilemeyen 9 726 parça kemiği şu an New York Adli Tabipliği’nde tutulmaktadır. Küçük, yanmış kemik parçalarından DNA eldesinde kullanılacak yeni bir teknik geliştirildiğinde, yeniden çalışılacak ve daha önce 1 585 kişiye ait 19 916 parçada olduğu gibi, ailelere teslim edilecektir. (ATASOY Sevil, Labirent Adli Bilimlerin Gizemli Dünyası, Ekim 2006, s. 83-85, 123; POLAT Oğuz, Klinik Adli Tıp, Ankara 2004, s. 373-376; GÜNENDİ Oya, “DNA’dan Kaçış Yok”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004, s. 193; 1996’DAN 2006’YA TÜRKİYE VE DÜNYADA FOTOĞRAFLARLA 10 YIL NTV ALMANAĞI, Aralık 2005, s. 133).

¹⁴⁸ ÖZBEK, DNA Analizi, s. 543.

İKİNCİ BÖLÜM

TEDBİRİN UYGULAMA KOŞULLARI, UYGULANMASI VE TEDBİRİN SONA ERMESİ

I. UYGULAMA KOŞULLARI

A. Şüphe Bakımından

Şüphenin ansiklopedik anlamı *zihnin birçok düşünce arasında bir tercih yapmada duraksamasıdır*. Buna göre, bir kanıyı destekleyen nedenler, karşıt kanıyı destekleyenlerle eşit değerde olunca veya bize eşit değerde görününce, bu nedenler arasında seçim yapamaz, ortada kalırız; yani şüphe duyarız¹⁴⁹.

Ceza muhakemesinde söz konusu olan şüphe ise, soruşturmanın başında, yetkililerin delillere dayanan bir tahmininden ibaret iken, soruşturmanın daha sonraki devrelerinde ve kovuşturma evresinde iddiayı destekleyen delillerin yetkililere eşit değerde görünmesinden ve bu yetkililerin bu yüzden savunma veya iddia lehinde veya aleyhinde kesin bir kanıya varamamalarından ibarettir. Demek ki, hukuk devleti ilkesi esasları çerçevesinde yapılan bir ceza muhakemesinde delil olmadan ceza muhakemesinin çarkları dönmeye başlayamaz; hiçbir Ceza Muhakemesi Hukuku işlemi yapılamaz. Çünkü böyle bir ceza muhakemesi yapılmasının varlık nedeni suç şüphesidir. Bir hukuk devletinde böyle bir şüphe yalnızca delillerle tarif edilebilir. Bu delillerin kuvveti, şüphenin kuvvetini belirtir¹⁵⁰.

Şüphe basit şüphe, bir başka deyişle başlangıç şüphesi ve yoğun şüphe olmak üzere ikiye ayrılır. Yoğun şüpheyi de yeterli şüphe ve kuvvetli şüphe olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür¹⁵¹.

Basit şüphe, dayandığı deliller basit, yetersiz ve/veya sayıca az olan şüphe çeşididir. Soruşturmaya başlanabilmesi için, belli ve yaşanmış somut olayların en

¹⁴⁹ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 484; GÖKCEN, s. 66.

¹⁵⁰ ÖZBEK, Arama, s. 60; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 485.

¹⁵¹ ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 627.

azından belirti¹⁵² şeklindeki delillerin belli bir suçun işlendiği yolunda bir şüphe oluşturması şarttır. Belirli olaylara ve belirti şeklindeki delillere dayanmayan ve sadece tahminden ibaret olan şüphe soruşturmaya başlanabilmesi için yeterli değildir; yeterli kabul edilirse keyfiliğin önlenmesi mümkün olmaz¹⁵³.

Eldeki deliller sayıca az değil ve/veya delil kuvveti yeterli veya kuvvetli ise yoğun şüpheden bahsedilir. Yeterli şüphe eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması ihtimali beraat etmesi ihtimalinden daha kuvvetli ise söz konusudur¹⁵⁴. CMK, iddianamenin düzenlenebilmesi için yeterli şüphenin bulunması koşulunu aramaktadır. Gerçekten CMK 170/2'ye göre, soruşturma evresi sonunda toplanan deliller, suçun işlendiği hususunda yeterli şüphe oluşturuyorsa Cumhuriyet savcısı iddianamesini düzenler¹⁵⁵.

Eldeki delillere nazaran, yapılacak bir duruşmada sanığın mahkum olması kuvvetle muhtemel ise bu halde kuvvetli şüphe vardır¹⁵⁶.

¹⁵² İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan ve olaydan geriye kalan her türlü iz ve esere belirti denir. Sanığın veya mağdurun beden muayenesi neticesinde elde edilen veriler, bir fren izi, suç mahallinde bulunan eşya ve izler belirtidir ve öteki delil ve belirtilerle desteklendiğinde bir anlam ifade ederler. İz, belirti bilimi de denen kriminalistik belirtilerin değerini daha da arttırmıştır. CMK' da belirtiler çok daha önemli hale gelmişlerdir. Bunlar tanık açıklamaları gibi klasik delillere nazaran çok daha güvenilir sonuçlar verdiğiinden insan hakları ihlallerine yol açmadan, adil yargılanma ilkesini zedelemeyen maddi gerçeğe ulaşmayı olanaklı kıldığından artık ülkemizde de delilden sanığa ulaşma yolunda vazgeçilmez ispat araçlarındandır. (ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 368; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU; s. 637; CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 222).

¹⁵³ ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 628; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 485; GÖKCEN, s. 68; ÖZTÜRK, Özel Hayat, s. 9.

¹⁵⁴ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 485; ÖZTÜRK, Özel Hayat, s. 9; GÖKCEN, s. 69; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 630.

¹⁵⁵ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 486.

¹⁵⁶ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 486; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 631; GÖKCEN, s. 70; ÖZTÜRK, Özel Hayat, s. 9.

Temel hak ve özgürlüklere müdahaleye yol açan koruma tedbirlerine hükmedilebilmesi için genel olarak, kuvvetli şüphe aranır. Bu ifade genel olarak söylendiğinde ve özellikle de tutuklama (CMK m. 100), gözlem altına alınma (CMK m. 74) gibi koruma tedbirleri söz konusu olduğunda doğru bir ifadedir. Zaten söz konusu maddelerde yasa koyucu, kuvvetli şüphelinin varlığını aradığını açıkça belirtmiştir. Ancak örneğin arama elkoyma gibi bazı koruma tedbirlerinde, somut olay dikkate alındığında, yeterli şüphe hatta bazen ispatı son derece güç olan istisnai hallerde, örneğin organize suçların söz konusu olduğu durumlarda basit şüphe ile de yetinilebilmiştir. Bu düşüncenin kaynağında oranlılık ilkesi yatar¹⁵⁷.

Bununla birlikte temel haklara müdahaleyi gerektiren bir tedbir olan beden muayenesine başvurulabilmesi bakımından yasa koyucu gerekli şüphe derecesini açıkça belirtmiş değildir. Bu nedenle sorun genel hükümler çerçevesinde ve tedbirin niteliğine göre çözümlenmelidir. Temel hak ve özgürlüklere köklü müdahale gerektiren bu tedbir için kuvvetli şüphelinin aranması gerektiği şeklinde bir görüş mevcuttur¹⁵⁸.

Centel'e göre, suç şüphesinin bulunup bulunmadığı ancak beden muayenesi ile ortaya çıkacaksa, bu işleme başvurmak yerinde olmayacaktır¹⁵⁹. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına, kişinin araştırılan suçu işlediği konusunda var olan delilleri daha da güçlendirerek kamu davası açılması için gereken yeterli delil seviyesine ulaşmak için ihtiyaç duyulacaktır. Diğer bir ifadeyle, bu işlemlerin yapılması sonucu elde edilen delille o kişinin araştırılan suçu işleyip işlemediği net olarak ortaya konamayacaksa bu delilin elde edilmesinde mutlak zorunluluk olduğu söylenemez¹⁶⁰.

¹⁵⁷ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 485; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 629.

¹⁵⁸ YILDIRIMKAL, s. 39.

¹⁵⁹ CENTEL, 10. Yıl Armağanı, s. 80.

¹⁶⁰ ERYILMAZ M. Bedri, “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) İle Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarımın Düşündürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 57, S. 1, 2000, s. 57-58.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'na bakılacak olursa, şüphelinin bedeninin muayenesi sadece muhakeme için önemli olguların saptanması ile sınırlandırılmıştır (m. 81a). Şüpheli dışındaki diğer kişilerin muayeneleri ise sadece vücutlarında belirli iz ya da suçlama nedenini gösteren bir

Gerçekten burada tedbirin uygulanması ile ulaşılmak istenen maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Beden muayenesi bu işlem sonucunda maddi gerçeğin ortaya çıkarılacağı hususunda somut bazı veriler varsa gerçekleştirilebilmelidir. Daha önce de değindiğimiz gibi oranlılık ilkesi bunu gerektirir.

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasında incelemeye başvurabilmek bakımından, tedbire maruz kalan kişinin sanık olması gerekmediğine, hatta üçüncü kişilerin dahi gerekli tedbire katlanması zorunlu bulunduğuna göre basit bir başlangıç şüphesi incelemeye başvurmak için yeterli olmalıdır. Ancak yine de bunun için söz konusu tedbire neden olan suçun niteliği ve ağırlığına dikkat edilmelidir. Özel hayatın gizliliği, vücut dokunulmazlığı gibi bazı temel hak ve özgürlükleri sınırlandıran bu tedbire başvurmak için başta oranlılık ilkesi olmak üzere ceza muhakemesine hakim olan ilkeler daima gözetilmelidir. Gerçekten böyle bir tedbire başvurmak için inceleme amaca ulaşmaya elverişli, bunun için gerekli ve elde edilmek istenen amaç ve verilmesi imkan dahilinde olan zarar ölçülü olmalıdır. Başka bir deyişle, incelemeye başvurulabilmesi, soruşturması yapılan fiilin ağırlığı ile muayenenin olası verimliliği arasındaki orana bağlıdır¹⁶¹.

Beden muayenesi ve örnek alınması ancak, bir suça ilişkin delil elde etmek ya da soybağının araştırılmasına gerek duyulması halinde ve bu amaçlarla sınırlı olarak kabul edilebilir¹⁶².

emare bulunuyorsa, kapsamı bunun olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olarak yapılabilir (m. 81c). (CENTEL, 10. Yıl Armağanı, s. 79-85; GÜLSOY/ KÖK, s. 8; madde metinleri için bkz. <http://www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61>, s. 2-5, erişim tarihi: 12. 04. 2007).

¹⁶¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 492; ÖZBEK, Arama, s. 64; ÖZBEK, DNA Analizi, s. 544.

¹⁶² Moleküler genetik incelemeler ise 75 ve 76. maddelerde öngörülen işlemlerle elde edilen örnekler üzerinde, soybağının veya elde edilen bulgunun şüpheli veya sanığa ya da mağdura ait olup olmadığının tespiti için zorunlu olması halinde yapılabilir. Moleküler genetik inceleme beden muayenesi ve örnek alınması tedbirinin devamı niteliğinde bulunduğundan söz konusu düzenlemenin bu tedbirlere ilişkin koşullara ek bir koşul getirdiği söylenmelidir. Aslında bu oranlılık ilkesinin zorunluluk, gereklilik ve amaca uygunluk biçimindeki üç alt ilkesini ifade etmektedir (ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 492).

B.KİŞİ BAKIMINDAN

1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren CMK'ya kadar, hukukumuzda bir tedbir olarak beden muayenesi hakkında doğrudan bir düzenleme yer almamaktaydı. Bunun için CMUK 66/son'da çok sınırlı, yetersiz, zamana ve ihtiyaçlara uygun olmayan bir düzenleme mevcuttu. Bu eksikliği gideren 5271 sayılı CMK 75, 76 ve 77. maddelerinde beden muayenesine ilişkin ayrıntılı hükümler getirmiştir. Bu maddelerde, kanunun yürürlük tarihinin 1 Nisan 2005'ten 1 Haziran 2005'e ertelenmesinin ardından çeşitli değişiklikler yapılmış, maddelerin ilk hallerinden oldukça farklı metinler ortaya çıkarılmıştır. Bu kanun değişikliklerini de aşağıda maddeleri incelerken yeri geldikçe kısaca ele alacağız.

CMK'nın 75. maddesinde “Şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması”, 76. maddesinde “Diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması”, 77. maddede ise “Kadının muayenesi” düzenlenmektedir.

1.Şüpheli veya Sanığın İç Beden Muayenesi ve Vücudundan Örnek Alınması

a.Tedbirin Uygulama Koşulları

(1)Tedbire Karar Verme Yetkisi

Şüpheli ve sanığın beden muayenesini düzenleyen CMK m. 75, hazırlık çalışmaları esnasında ve TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda daha sonra da 5353 sayılı Kanunla belki de üzerinde en çok değişiklik yapılan metin olmuştur. CMK m.75'in 5353 sayılı Kanun ile değişiklik yapılmadan önceki halinde “...*bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanığın bedeninin tıbbi muayenesine ya da vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınmasına, Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hakim tarafından karar verilebilir...*” şeklinde bir hüküm yer almaktaydı¹⁶³. Görüldüğü gibi burada, şüpheli veya sanığın “*bedeninin*

¹⁶³ ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 29.

tıbbi muayenesi”nden söz edilmiş ve fakat iç beden dış beden muayenesi ayrımları yapılmamıştır¹⁶⁴. Maddenin 5353 sayılı Kanun ile değişmeden önceki halinde *eğer tıbbi muayene ya da vücuttan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınması söz konusu ise*, tedbire sadece hakim veya mahkeme tarafından karar verilebiliyor *iken vücuttan saç, tükürük ve tırnak gibi örnekler alınabilmesine* hakim yanında Cumhuriyet savcısı da karar verebiliyor idi¹⁶⁵.

Burada sorunlu bir düzenleme olduğundan bahsedilmiştir. Zira tıbbi bir bilgiyi gerektiren ve vücut bütünlüğüne müdahale anlamına gelen iç beden muayenesi ile, tıbbi bilgi gerektirmeyen ve arama koruma tedbirine daha yakın bulunan dış beden muayenesine karar verme yetkisi orantısız bir şekilde aynı makama, yani hakime bırakılmıştı. Bu da uygulamada örneğin; vücuttaki morlukların incelenmesi gibi basit bir dış beden muayenesinin bile hakim kararı gerektirmesi nedeniyle ceza yargılamasını aksatabilecek nitelikte durumlara yol açabilecekti. Kanuna yapılan bu eleştiriler sebebiyle, 5353 sayılı Kanunla maddede farazi bir iç beden-dış beden ayrımı yapılmış ve iç beden muayenesi kanunla düzenlenirken, dış beden muayenesinden bahsedilmemiştir¹⁶⁶. Yine *Centel/ Zafer*’e göre, CMK m.

¹⁶⁴ Yönetmelik, dış beden muayenesini, “*Vücutun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi*”, iç beden muayenesini ise, “*Kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesi*” olarak tanımlamıştır (Yönetmelik m. 3).

¹⁶⁵ **ÖZBEK**, Şerh, s. 258; **KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 865. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (StPO) ise beden muayenesi konusunda 81a maddesinde şu hükümlere yer vermektedir: 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 tıbbi kurallara göre bir hekim tarafından vücuttan kan alma veya bedene başka türlü müdahale yapılabilir (m. 81a/1). Emir verme yetkisi hakime, gecikme dolayısıyla delil araştırmadan olumlu sonuç elde edememe tehlikesi ortaya çıkarsa savcılığa ve savcılığın soruşturma memurlarına (Mahkeme Teşkilat Kanununun (GVG) 152. maddesi) aittir (m. 81a/2). 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 derhal yok edilmeleri zorunludur (m. 81a/3). (**GÜLSOY/ KÖK**, s. 8; www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61, s. 2, erişim tarihi: 12. 04. 2007).

¹⁶⁶ **İNCİ**, s. 138; aynı yönde **YURTCAN**, Ceza Muhakemesi, s. 53.

75'te, beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda kolluğa yetki tanınmamış olması amaca uygun değildir. Gecikmede tehlike bulunması, ceza muhakemesinde kuralların istisnalarını yaratma gerekliliğini doğuran bir kavramdır. Aksi halde soruşturmanın gerektiği gibi yapılamaması ve delil kaybı tehlikesi doğar. Örneğin Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, beden muayenesinde, gecikmede tehlike bulunan hallerde savcı dışında, onun yardımcısı sıfatıyla kolluk amiri konumundaki memurlara da karar alma yetkisi tanınmıştır (Alman CMK m. 81a/2)¹⁶⁷.

5353 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle iç beden muayenesi tedbirine başvurulması halinde gecikmede sakınca bulunan hallerde tedbire Cumhuriyet savcısının karar verebilmesi imkanı getirilmiştir. Kanımızca yapılan değişiklik ve kullanılan terimler ile önceki düzenlemelerde bulunan madde içindeki ahenk bozulmuştur. Gerçekten bu düzenleme ile iç ve dış beden muayenesi arasındaki tedbire karar verecek makam bakımından söz konusu olan farkın bir anlamı kalmamış ve özellikle iç beden muayenesi ve iç beden muayenesi gibi kabul edilen durumlar bakımından daha güvenceli olan eski düzenleme anlamını yitirmiştir¹⁶⁸. Ayrıca dış beden muayenesi son derece hassas bir muayene türü olup, gerektiğinde kişinin çırılçıplak soyulmasını ve vücut boşluklarına bakılmasını da gerektirir. CMK m. 75 ise sadece iç beden muayenesinden söz ederek dış beden muayenesini dolaylı olarak aramaya ilişkin hükümlere tabi tutmaktadır. Kanunda bedenın dış muayenesinin yer almayışı önemli sakıncaları beraberinde getirmektedir. Burada

¹⁶⁷ **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 227-228. Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda belirttiğimiz gibi genel olarak sadece beden muayenesi denilmiş (m. 81a/1) ve beden muayenesi hakim kararına, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde ise savcılığın veya onun emrindeki memurların kararına tabi tutulmuştur (m. 81a/2). (bkz. www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61, s. 2, erişim tarihi: 12. 04. 2007). Oysa ki, vücudun muayenesi içinde hem iç hem de dış beden muayenesi vardır. Bu bakımdan, Alman Ceza Muhakemesi Kanununda vücuttaki şişliklerin, morlukların incelenmesi gibi basit dış beden muayenesi işlemlerinin de hakim kararına bağlanmış olması orantısız bir düzenleme oluşturmakta olduğundan ve ayrıca iç beden muayenesinin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcılığa veya onun memurlarına bırakılması da, iç beden muayenesine ilişkin kararların polise bırakılması anlamına geleceğinden eleştirilmiştir. (İNCİ, dn. 13).

¹⁶⁸ **ÖZBEK**, Şerh, s. 258.

kıyasa başvurmak ve hatta abartılı olarak aramaya ilişkin hükümleri uygulamak son derece sakıncalı, denetimsiz, kolluğa da imkan veriyor olması nedeniyle kurumun niteliğine aykırı bir durum olacaktır¹⁶⁹.

Yapılan değişikliklerle öncelikle, bedenın tıbbi muayenesi ifadesinden vazgeçilmiş ve dış beden muayenesi hakim kararı dışında bırakılmıştır. Yeni düzenlemede açıkça bir ayırmadan söz edilmese de, iç beden ve dış beden muayenelerinin ayrı usullere tabi tutulmak istendiği açıktır. Maddenin son haline göre, gerek iç beden muayenesi yapılması gerekse vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine kural olarak hakim veya mahkeme; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde¹⁷⁰ Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Hemen tüm koruma tedbirlerinde kabul edilmiş bulunan bu formül beden muayenesi için de kullanılmıştır. Bu kararı hakim kendiliğinden verebileceği gibi Cumhuriyet savcısının veya mağdurun istemiyle de verebilecektir. Gecikmede tehlike bulunması halinde Cumhuriyet savcısınca verilmiş olan karar, yirmidört saat içinde hakim ya da mahkemenin onayına sunulur. Hakim ya da mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Aksi halde onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz¹⁷¹.

Burada, gecikmede sakınca bulunan hallerde, savcının vermiş olduğu kararı hakim veya mahkemenin onayına sunması için geçecek olan yirmidört saatlik süre ile hakimın karar vereceği yirmidört saatlik sürenin ayrı olduğu kanaatindeyiz. Zira Cumhuriyet savcısı vermiş olduğu kararı yirmidört saatin bitmesine bir saat kala da hakim veya mahkeme onayına sunmuş olabilir. Mahkemelerin ve hakimlerin iş yoğunluğu da dikkate alınacak olursa, son bir saat kala tüm dosyayı okuyup onay vermelerini beklemek doğru değildir. Gerçekten de, söz konusu dosya kalın ve teknik bir dosya olabilecek ve hakim incelemek için bir ya da iki saatten çok daha fazla

¹⁶⁹ ÜNVER, s. 172; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 577-578.

¹⁷⁰ “Derhal işlem yapılmadığı takdirde suçun iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması veya şüphelinin kaçması veya kimliğinin saptanamaması ihtimalinin ortaya çıkması hali”nde gecikmede sakınca vardır (Yönetmelik m. 3).

¹⁷¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 481.

süreye gerek duyabilecektir. Son bir saat veya son iki saat içinde hakimden karar vermesini beklemek demek hakimin yanlış bir karar vermesine sebebiyet vermek suretiyle dolaylı olarak şüpheli veya sanık aleyhine sonuç doğurmak demektir. Bu nedenle maddeyi, savcının kararını vermesinden itibaren yirmidört saat içinde ilgili kararı hakim onayına sunması ve hakimin de kararın kendisine onay için sunulmasından itibaren yirmidört saat içinde karar vermesi şeklinde anlamak gerekir¹⁷².

Bundan başka, şüpheli veya sanığın rızasının bulunması durumunda; yani savunmasını gerçekleştirebilmek için vücudundan örnek alınmasına razı olması halinde ise, hakim veya savcının kararına ihtiyaç olmayacağı yönünde bir görüş mevcuttur. Ancak, CMK m. 75 iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alma işlemleri için mutlaka Cumhuriyet savcısı, hakim veya mahkemenin kararını aramaktadır. Kanun karar olmadan, şüpheli ya da sanığın iç beden muayenesinin yapılmasını ve vücuttan örnek alınmasını düzenlemiş değildir¹⁷³. Ayrıca Yönetmelik m. 17/3'te *“Bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden rıza göstermeleri halinde, soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir”* denilmişken 17/2'de ise *“Mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7'nci ve 8'inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur”*

¹⁷² İNCİ, s. 139-140; YAŞAR Osman, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005, s. 409. Şüpheli veya sanığın muayenesinde, yüklenen suçun ve yapılacak olan müdahalenin niteliği belirtilerek “aydınlatma ilkesi” ve müdahalenin zorunluluğu ve başkaca bir biçimde delil elde etme olanağının bulunmamasının belirtilmesi ile de “oranlılık” ilkesini gerçekleştirmeye yönelik hizmet edilmiş olacaktır. Zira suçun şüpheli veya sanık tarafından işlendiği beden muayenesine gerek olmadan ispatlanabiliyor ise bu yola başvurulmamalıdır. Hakim veya Cumhuriyet savcısının kararlarında bu hususlara yer verilmelidir. (ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 483; İNCİ, s.141-142).

¹⁷³ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 864; SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 252.

denilmiştir. Mağdura iddiasını ispatlaması için tanınmış bu hakkın şüpheli, sanık ve diğer kişilere tanınmamış olduğu görülmektedir¹⁷⁴.

“*Gecikmesinde sakınca bulunan hal*”, kanunumuzda istisnai olarak yetki veren bir durum olmasına rağmen, uygulamada bilinmektedir ki; gecikmesinde sakınca bulunması sebebine dayalı olarak yetki verildiğinde bu istisna olmaktan çıkıp kural olarak uygulanmaya başlanmaktadır. Bu nedenle, vücut dokunulmazlığı, insan onuru gibi değerleri yakından ilgilendiren beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına ilişkin kararların çoğunlukla hakim tarafından verilmesine ve “*kural-istisna*” hallerinin kanunun özüne ve sözüne uygun bir şekilde uygulanmasında büyük yarar vardır¹⁷⁵.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka husus ise CMK m. 75'ten anlaşılması gerekenin; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının sadece soruşturma evresinde beden muayenesine karar verebilecek olmasıdır. Yargılama aşaması demek olan kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısının dosya üzerinde bir karar verme yetkisi söz konusu değildir. Bu evrede Cumhuriyet savcısı, şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yapılmasını veya vücudundan örnek

¹⁷⁴ İlgilinin kendisi açıkça böyle bir işlemin yapılmasına rıza gösterirse veya sanık hakkında devam eden soruşturmada aklanmak amacıyla böyle bir delil incelemesini isterse özellikle iki yıldan az cezayı gerektiren suçlarda sanık üzerinde yapılacak incelemelere sınır koyan düzenlemeler önem kazanmaktadır. Kişinin üzerine atılı suçun cezasının iki yıldan az olması nedeniyle örnek alınmadığında kişinin şüphe altında kalması nasıl önlenecektir? Zira bu tedbirlerde rızanın geçerli olmayacağı söylendiğinde hakim kararı ile dahi bu tür suçlarda örnek alma veya muayene söz konusu olmayacaktır. Tüm bu nedenlerle; kişinin rızası halinde hakim veya savcı kararı olmaksızın bedeninin muayenesinin veya örnek alınmasının mümkün olacağı savunulmuştur. Burada ortaya çıkacak bir başka sorun da elbette bu rızanın gerçeği yansıtmıyorsa yansıtmadığının tespit edilmesidir. Böyle bir halde soruşturma evresinde asıl yetkili olan savcı pek çok işlemi bizzat yapacağından kişinin bu konudaki rızasını kendisi alıp bunu zapta bağladığında rızanın serbest irade ile verilip verilmediği konusunda tartışma kalmayacaktır denilmiştir. Kişilerin beden muayenelerine veya vücutlarından örnek alınmasına rıza göstermeleri halinde, sağlıklarına zarar verme tehlikesi yoksa işlemlerin yapılabilmesi için hakim, mahkeme ya da savcı kararı alınmasına gerek olmadığı vurgulanmaktadır (AYDIN, CMK Seminer Notları).

¹⁷⁵ İNCİ, s. 140.

alınmasını mahkemeden sadece talep edebilecektir. Ancak madde metni bizi teknik anlamda aksi anlayışa götürmektedir. Zira soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı CMK m. 75'in uygulanması yönünde karar verirse, bu kararını sulh ceza hakiminin onayına sunması gerekecektir. Sulh ceza mahkemeleri soruşturma işlemleri sırasında koruma tedbirlerinin uygulanabilmesi için karar veren veya savcılıkça verilmiş kararları onaylayan tek hakimli mahkemelerdir. Bu durumda CMK'da hakimden başka ayrıca "*mahkemenin onayına sunulur*" ifadesine niçin gerek duyulmuştur? Bu ifadeden, sanki kovuşturma evresinde Cumhuriyet savcısı, CMK m. 75'in uygulanmasına karar verebiliyormuş da, bu kararını mahkeme onayına sunabiliyormuş gibi bir anlam çıkarılmaktadır. Oysa Cumhuriyet savcısı yalnızca soruşturma evresinde karar verebilecek olan bir mercidir¹⁷⁶.

Yine, 5353 sayılı Kanun ile yapılan değişikliklerle "*cinsel organlar veya anüs bölgesinde*" yapılan muayene de iç beden muayenesi kapsamına alınmıştır. Vücudun bu kısımlarının aslında dış bedene ait doğal vücut boşlukları olarak isimlendirilmesi mümkündür. Bedenin bu bölümlerinde yapılacak olan muayenenin ise kişinin ar ve haya duygularını zedeleme olasılığı yüksek olduğundan bu şekilde daha sıkı koşullara bağlanmış olması yerinde bir düzenlemedir denilmiştir. Oysa dış beden muayenesi gerektiğinde kişinin çırılçıplak soyulmasını ağız, anüs, vajina gibi vücut boşluklarına bakılmasını gerektiren son derece önemli bir muayene türüdür. Bu nedenle hakim veya savcı kararı olmadan yapılması kabul edilemez. Nitekim işte bu nedenle, bunu gören TBMM Adalet Komisyonu değişiklik yaparken, cinsel organlarla anüs bölgesinde yapılacak muayenenin iç beden muayenesi olduğuna ilişkin düzenlemeye dokunmamıştır. Başka bir ifadeyle anüs ve cinsel organlar ancak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile muayene edilebilecek; adli kolluk amiri bu konuda emir veremeyecek, kolluk görevlileri bu işlemi yapamayacaktır. Ancak bu yeni düzenleme ne yazık ki, şüpheli ya da sanığın, adli kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından çırılçıplak soyulmasına, anüs ve cinsel organlarının görülmesine engel olamayacak gibi görünmektedir.

¹⁷⁶ CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 228; ŞAHİN, s. 241.

Çünkü CMK m. 75'in ifadesinden anlaşılan burada yasak olan görmek değil muayenedir. Bilindiği gibi muayene ise müdahaleyi gerektiren bir işlemdir¹⁷⁷.

Burada üzerinde durulması gereken bir başka konu ise her ne kadar 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikler ile cinsel organlar veya anüs bölgesinde yapılan muayene iç beden muayenesi kapsamında olsa da, bu bölgelerden cinsel salgı gibi vücutsal örneklerin alınmasından bahsedilmiş değildir. O halde vücuttan cinsel salgı alınması iç beden kapsamı içerisinde değil; vücuttan biyolojik örnek alma işlemleri içerisinde düşünülmelidir denmiştir. Gerçekten 5353 sayılı kanunla yapılan değişiklikten önce, şüpheli veya sanığın vücudundan kan veya cinsel salgı gibi örnekler alınması ayrı bir kategoriye sokulmuş ve savcıya emir verme yetkisi verilmemişti. Buna karşılık; saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınması emrini Cumhuriyet savcısı da verebilmekteydi. Bu emir yargılama makamının onayına tabi tutulmuştu. Ancak 5353 sayılı kanun ile CMK m. 75'te yapılan değişiklikle "*cinsel salgı*" kelimesi çıkartılmıştır ve cinsel organlar ve anüs bölgesinde muayene yapılması kabul edilmiştir. Cinsel salgı biyolojik örnek kapsamında kabul edilse dahi, dördüncü fıkrada sadece muayeneye izin verildiğinden artık cinsel salgının alınması kararı verilemeyecektir denmiştir¹⁷⁸. Ancak cinsel suçların aydınlatılmasında bu tür verilerin incelenmesinin taşıdığı büyük önem nedeniyle bu sonuca varmanın doğru olmadığını düşünmekteyiz.

Burada kanun kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasından bahsetmiştir. Tasarının gerekçesi ise hem daha fazla örnek vermiş hem de amacı ortaya koymuştur. Buna göre; "*...bedenden kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, deri döküntüsü, gaita, sümük, balgam gibi örneklerin alınması mümkün olacaktır. Bu yolla örneğin gen teknolojisi ceza*

¹⁷⁷ ÖZTÜRK/ ERDEM/ SIRMA/ SAYGILAR, s. 459.

¹⁷⁸ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 865. Buna karşılık Özbek'e göre, CMK'da yer almamasına rağmen Yönetmelikte yer alan bedenın tıbbi muayenesi, müdahale ve cerrahi müdahale kavramları ve bu hükümlerin özellikle 6. madde ile birlikte değerlendirilmesinden müdahalenin vücuttan örnek alınması içinde gelişen bir durum olduğu, örnek almanın müdahaleyi gerektirdiği ve örnek alma içinde ve birlikte değerlendirilmesi gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. (ÖZBEK, Şerh, dn. 102).

muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacaktır". Maddenin hareket noktası delil elde etmek olduğuna göre bu çerçevede şüpheli ya da sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılması söz konusudur. Ayrıca vücuttan kan ya da benzeri biyolojik örnekler alınması, söz gelimi cinsel salgı, idrar, mide sıvısı, dışkı da hükmün içerisinde. Bunlara saç, tükürük, tırnak ve benzeri örnekleri de ekleyebiliriz. Görüldüğü gibi, maddede sayılan tüm örnekler sınırlı sayı ilkesi içinde değerlendirilmemektedir. Ne var ki, Yönetmelik yine de daha açıklayıcı ve ayrıntılı olabilirdi kanaatindeyiz. Burada her iki müdahale için de, hazırlanan Yönetmeliğin CMK'nın amacına yönelik olarak örnekleri çoğaltması ve müdahalenin kriterlerini belirlemesi gerekirdi¹⁷⁹. Yönetmelikte yer alan tek olumlu ifade 6. maddede yer alan "*Tıbbi müdahaleler hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır*" ifadesidir. Geri kalan düzenlemenin ise kanunun tekrarından ibaret olduğunu söyleyebiliriz.

(2) Tedbirin Şüpheli veya Sanığın Sağlığına Zarar Vermemesi

İç beden muayenesi yapılabilmesi ve vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin oranlılık ilkesi gereği bazı şartlar taşınması gerekmektedir. Burada *iç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir*. O halde hakim ya da gecikmede sakınca olan hallerde savcı beden muayenesi ve/veya örnek alınması ile elde edilecek yarar ve verilmesi imkan dahilinde olan zarar arasında oran olup olmadığına bakacak, tedbire ancak yararın daha fazla olması halinde başvurabilecektir. Bununla beraber, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa artık her halde tedbire başvurmayacaktır¹⁸⁰.

Şüpheli veya sanığın rızası olmadan beden muayenesi ancak sağlığını tehlikeye düşürmüyorsa yapılabilir. "*Kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi*" hukuki bir kavram olmadığı için hukuki bir değerlendirmeye tabi tutulmamalıdır. Bu

¹⁷⁹ YURTCAN, Şerh, s. 210; GÜLSOY/ KÖK, s. 14-15.

¹⁸⁰ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 483.

durumda, hakim ya da savcının, hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması gerekmektedir. Gerçekten de, şüpheli veya sanığın daha önce geçirmiş olduğu hastalıkların, ameliyatların belirlenmesi ve bu kişiler üzerinde gerekli olması durumunda bazı testlerin yapılması, müdahalenin sağlığı tehlikeye düşürüp düşürmeyeceğinin belirlenmesi yönünden zorunludur¹⁸¹.

Burada özellikle adli tıp¹⁸² uzmanlarının ve adli tıp alanında çalışan öğretim üyelerinin uygulamada karşılaşmaktan çekindikleri bir takım konular bulunmaktadır. Örneğin, sağlığını tehlikeye düşürmemek şartıyla, beden muayenesi yapılması veya vücuttan örnek alınması zorunluluğu uygulamacılar tarafından tartışılmaktadır. Özellikle, adli tıp uzmanlarınca dünyada adli tıp literatüründe “iç beden-dış beden” muayenesi tarzında bir ayrımın olmadığı; ayrıca, iç beden muayenesinin de canlı bir organizma üzerinde ne şekilde yapılabileceği sorulmaktadır. Canlı bir kişinin karın boşluğunu ya da göğüs boşluğunu kişinin rızası olmadan açmak, hekimlerin ağır sorumluluklarının doğmasına neden olabilecektir. Ayrıca, çoğu zaman zorla

¹⁸¹ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 483; **ÇOLAK/ TAŞKIN**, 245.

¹⁸² Hukuk ve tıbbın kesişim kümesini oluşturan ve multidisipliner bir uzmanlık alanı olan adli tıbbın amacı, insan haklarının gelişimine paralel olarak, hukuk devletinin kurulmasına yönelik çabaların, özellikle de bireyin hak ve özgürlüklerinin sağlanmasıdır. Olayların aydınlatılmasında, dolayısıyla da suçluluğun tespitinde adli tıp uzmanlarının katkısı olmaksızın adaleti sağlamanın güçlüğü ortadadır. Bunlar cinsel saldırılarda durumun belirlenmesi, DNA çalışmaları ile faillerin, babalığın tespiti gibi çağdaş bir hukuk devletinde en üst seviyede gerçekleştirilmesi gereken hususlardır. (**GÜLSOY**, s. 137-138; **KÖK Nezi/ ÇANKAYA Hasan**, “Hukukun Üstünlüğünün Gerçekleştirilmesinde Adli Tıp’ın Yeri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, S. 1-4, 2001, s. 5). Adli Tıp Kurumu, Adalet Bakanlığı’na bağlı bir kuruluştur ve görevi hakimler, mahkemeler ve Cumhuriyet savcıları tarafından adli tıpla ilgili olarak istenecek konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmektir. Adli tıp kurumu alanında resmi bilirkişilik kurumudur. Ancak Adli Tıp Kurumu, bu alanda tek değildir. Onun yanı sıra yükseköğretim kurumları ve Sağlık Bakanlığı hastaneleri yine aynı görevi gerektiğinde yerine getirmektedirler. O bakımdan bu kurumların işbirliği içinde beraber çalışması gerekir. Oysa Adli Tıp Uzmanları Derneği’nin tespitlerine göre; Türkiye’deki adli tıp uzmanı ve asistanlarının %45’i üniversitelerde, %40’ı adli tıp kurumunda iken; üniversitelerin adli tıp hizmetlerine katkısı adli raporlarda %15, otopsielerde ise %5’tir. (**TÜRK**, Adli Tıp, s. 1; **BALCI Yasemin**, “Üniversitelerin Kurumsal Olarak Adli-Tıbbi Hizmetlere Katılımı İsteniyor mu? Eskişehir Deneyimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 17, S. 51, Mart-Nisan 2004, s. 280).

muayene veya kişiden zorla vücutsal örnek alınması deontolojik olarak da mümkün olamayabilecektir. Örneğin, muayene olmak istemeyen bir cinsel saldırı mağdurunun elbiselerinin zorla çıkarılarak dış muayenesinin yapıldığını varsayalım kişi daha sonra jinekolog masasına yatırılacak, etkisiz hale getirilebilmesi için bağ, zincir vb. kısıtlayıcı aletler kullanılacak ya da kendini kasmayı ve korkmayı sonucu belki de kişiye anestezi verilerek muayenenin yapılabilmesi durumu gündeme gelebilecektir. Oysa kişiye anestezi verilmesi başlı başına ölümüne bile neden olabilecek büyük bir risk taşımaktadır. Dolayısıyla hem kısıtlayıcı araçlarla muayene yapılmasını engelleyen etik ilkelere aykırı bir tutum alınmış olacak, hem de hastanın isteği dışında ilaç verilmesi gibi etik ilkelere aykırılığı yanı sıra uluslararası sözleşmelere de açıkça aykırı bir davranış gerçekleştirilmiş olacaktır. Bu durumun ise kişinin sağlığını önemli ölçüde tehlikeye sokarak yine CMK'ya aykırılık oluşturabileceği açıktır. Bu yöndeki bir uygulamanın da ne insan hakları, ne tıbbi etiğe¹⁸³, ne alınan eğitime ne de edilen Hipokrat yeminine uygun bir davranış olmayacağı belirtilmektedir. Kişinin muayenesi kendisinin izin verdiği kadarıyla yapılabilmelidir. Çağdaş ceza muhakemesi hukuku sırf maddi gerçeğin elde edilmesi amacıyla kişiliği yok sayamaz ve saymamalıdır. Bu nedenle vücudun muayenesi ancak kişinin açık rızasıyla başvurulabilecek bir işlem olmalıdır¹⁸⁴.

¹⁸³ Tıp biliminin gerektirdiği kurallar; hekimlik uygulamasında tanımlanan standart muayene kuralları ve bu kuralların uygulanmasında uyulması beklenen etik ilkelerdir. Tıbbi etik ilkeler, hekimlik uygulamaları içinde tarih boyunca geliştirilmiş ve uluslararası kabul görmüş ilkeler olup, ulusal sağlık mevzuatı içinde de benimsenmiş ve gerek yasalar, gerekse Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve Hasta Hakları Yönetmeliği gibi düzenlemeler ile hekimlik uygulamasının çerçevesini meydana getirmiştir. (FİNCANCI Şebnem Korur/ YORULMAZ A. Coşkun, “Beden Muayenesi”, İ. Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi, No: 48, Şubat 2006, s. 142; ayrıntılı bilgi için bkz. POLAT, Adli Tıp, s. 421 vd.; POLAT Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Ankara 2005, s. 525 vd.).

¹⁸⁴ GÜRSEL Çetin, “Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı İle Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı İle Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 24, 27-28; BİRGEN Nur, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansımaları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 8, Eylül 2006, s. 27; KARAKAYA Naim, “Ceza Muhakemesi Kanunu

Beden muayenesi ve örnek alma ile ilgili düzenlemeler yapan son Yönetmelikte, ulusal sağlık mevzuatı ve tıbbi etik ilkeler ile çelişen tanımlar yer almaktadır. Hekimi muayene yapmaya zorlayan, hasta onam vermediğinde dahi muayene ve örnek almayı zorunlu kılan, gerektiğinde Cumhuriyet savcısı tarafından ihtiyaç duyulan tedbirlerin alınacağını ifade eden yönetmelik uygulama gerçekleri ile bağdaşmamaktadır. Ulusal hukukun bir parçası olmasa da bütün sağlık çalışanları ahlaki olarak profesyonel meslek kuruluşlarının koyduğu standartlara uymakla yükümlüdürler ve ahlaken bu kurallarla bağlı durumdadırlar. Makul bir mazeretleri olmadan, mesleki standartlara uymazlarsa yetkilerini kötüye kullanmaktan suçlu bulunurlar¹⁸⁵. Ulusal veya uluslararası etik ilkeler açıklamalarında, hukuk da dahil olmak üzere diğer zorunluluklar nedeniyle sağlık çalışanlarının tıbbi etiğe ve

Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005, s. 50; **FİNCANCI/YORULMAZ**, s. 145.

¹⁸⁵ Bahsi geçen uluslararası kurallara genel olarak bakmak gerekirse; -Lizbon Bildirgesi m. 3: Hasta yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya reddetme hakkına sahiptir. - Amsterdam Bildirgesi m. 3: Hastanın bilgilendirilmiş onayı herhangi bir tıbbi girişimin ön koşuludur. Hasta tıbbi girişimi reddetme veya durdurma hakkına sahiptir. Reddedilen veya durdurulan tıbbi girişimin getireceği sonuçlar hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır. -Bali Bildirgesi m. 3: Hasta kendi kaderini belirleme ve kendisi ile ilgili özgürce karar verebilme hakkına sahiptir. Hekim hastayı verdiği kararların sonuçları hakkında bilgilendirmekle yükümlüdür. Zihinsel yeterliliği olan erişkin bir hasta herhangi bir tanı veya tedaviye yönelik girişimi onaylama veya kabul etmeme hakkına sahiptir. Hastanın kendi kararını verebilmesi için gerekli şekilde bilgilendirilmeye hakkı vardır. m. 5: Hasta çocuk ise veya yasal ehliyeti yoksa bir yasal temsilcinin onayının alınması gereklidir. Bununla beraber bu hastalar durumlarının izin verdiği ölçüde yine de karar alma sürecine dahil edilmelidir. Eğer yasal ehliyeti olmayan hasta rasyonel kararlar verebiliyorsa, hastanın verdiği karara saygı gösterilmelidir. -Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi (İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi) m. 5: Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir. m. 6: Muvafakat verme yeteneği bulunmayan bir kimse üzerinde tıbbi müdahale, sadece onun doğrudan yararı için yapılabilir. Bu kişilere, sadece temsilcisinin veya kanun tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahalede bulunulabilir. İlgili kişi mümkün olduğu ölçüde izin verme sürecine katılacaktır. (**POLAT**, Tıbbi Uygulama Hataları, s. 563, 564-565, 569; **FORSMAN** Zeynep Kıvılcım, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 21-22, 1999-2000, s. 99-100).

vicdanlarına aykırı davranmaya zorlanamayacakları konusunda yaygın bir uzlaşma vardır. Sağlık çalışanları bu tür durumlarda, temel etik kuralları tehlikeye atmaktan ya da hastaları ciddi tehlikelere maruz bırakmaktansa, hukuka ya da yasal düzenlemeye uymayı reddetmelidirler denilmektedir. Ancak burada sağlığa zarar verme durumunda muayene ve örnek almanın gerçekleştirilemeyeceği ifade edilerek, hekimlik uygulamalarının standart kurallarının benimsendiği koşullar da olanaklı kılınmış görünmektedir¹⁸⁶.

CMK m. 75/3'te yer alan “*ancak tabip...tarafından yapılabilir*” ifadesi, karşı çıkıldığı takdirde muayene yapılmayacağı konusundaki adli tıpçıların tezini kuvvetlendirir niteliktedir. Eğer kanun “*yapılır*” deseydi muayenenin zorla yapılacağı söylenebilirdi. Yönetmelik ise muayeneye tabi kişilerin, bu konuda aydınlatılmış olmalarına rağmen, rıza göstermemeleri halinde, kararın infazını sağlamak için ilgili Cumhuriyet başsavcılığının “*gerekli önlemleri*” almasını öngörmektedir (Yönetmelik m. 18/1). Yine suç mağdurunun rıza göstermesi halinde hakim kararına gerek görmeyen Yönetmelik, şüphelinin, sanığın ya da diğer kişilerin rıza göstermeleri halinde ise gene de karar alınmasını istemektedir (Yönetmelik m. 18/2, 18/3). Burada öncelikle gerekli önlemler alınır ifadesinden ne anlaşılması gerektiği, bu ifadenin içeriği açıklıkla ortaya konulmalıdır. Ayrıca kanunda yer almayan bir düzenlemenin Yönetmelik düzeyinde ortaya konulması doğru olmamıştır. Zira buradaki rıza sıradan bir rıza değil, kişinin kendi bedeni veya verileri üzerinden bir delil elde edilmesi konusundaki rızasıdır. Bu konudaki usul kanunla düzenlense daha doğru olurdu düşüncesindeyiz¹⁸⁷.

Vücuttan kan veya benzeri örneklerin alınması sırasında şüpheli veya sanık üzerinde zorlama olmamalıdır. Bu vücut sıvı ya da salgıları ilk olarak şüpheli ya da sanıktan istenmeli ve şüpheli ya da sanığın iradesi ile elde edilmelidir. Bu örnekler zorlama yolu ile ancak artık iseler ve bu kişinin sağlığına zarar vermeyecek ise ya da bilirkişi sıfatıyla hekimin elinde bulunuyorsa alınabilir. Şüpheli veya sanığın rıza göstererek bu muayeneyi kabul etmemesi veya vücudundan örnek vermemesi

¹⁸⁶ FİNCANCI/YORULMAZ, s. 143-144, 146.

¹⁸⁷ KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 866-867; KARAKAYA, s. 51.

durumunda ise, bu kişi takip edilmeli ve dış dünyaya bıraktığı vücutsal artıkları ele geçirilmeye çalışılmalıdır. Bu olmazsa; yani kişi bir türlü ihtiyaç olan artığını bırakmazsa; bunları vermesi kendisinden istenmelidir. Bu safhada da başarılı olunamazsa ancak son çare olarak zorla alma yoluna gidilmelidir denilmiştir¹⁸⁸.

Örneğin, uyuşturucu madde ticareti yapan şüphelinin uyuşturucu hap dolu bir poşeti yuttuğunu ya da gene organize suçlulukla mücadele bakımından yutulan şeyin bir suikast planı veya organizasyon üyelerinin adresini içeren bir kağıt olduğunu varsayalım. Böyle bir durumda suça ait olan ve şüphelinin midesinde bulunan delili elde etmek için doğal yollardan çıkmasını beklemek delilin yok olmasına neden olarsa örneğin bir ameliyat yapmak mümkün müdür? Burada karşımıza hukuk devleti ilkesinin bir uzantısı olan oranlılık ilkesi çıkmaktadır. Buna göre, böyle bir müdahale kişinin ölümüne veya sakat kalmasına yol açabilir. Bu halde devletin suçla mücadelesinin getireceği menfaat ile kişinin yaşam hakkı veya vücut tamlığı arasında açık bir oransızlık olacağı açıktır. Ancak bu halde götürü bir yanıt vermektense böyle bir tedbire başvurulmasına neden olan suçun niteliğine göre hareket etmekte fayda olduğu da ifade edilmektedir. Bu örnekte yutulan şeyin normal yollardan çıkmasını beklemek delilin ortadan kalkmasına yol açarsa böyle bir ameliyat mümkün olabilmelidir denilmiştir. Göz önünde bulundurulması gerekenin somut olayın özellikleri ve oranlılık ilkesi olduğu belirtilmiştir¹⁸⁹.

¹⁸⁸ **ŞAHİN**, s. 237 vd.; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 575. Karşılaştırmalı hukukta beden muayenesine ilişkin hükümler farklılık arz etmektedir. CMK m. 75'in gerekçesinde de yer verildiği üzere, İngiltere'de ilgilinin rızası olmadıkça parça alınmaz; ancak geçerli bir neden olmadığı halde rıza açıklanmaması durumunda hakim, sanığa karşı bir suçluluk emaresi çıkarabilir. İtalya'da ise parça alma hem yasaktır hem de rıza olmaması halinde hakim bundan sonuç çıkaramaz. Almanya'da ise, ilgilinin rızası olmadan bedenden kısım veya parça alınabilir. Bu işlem, hakim, savcı veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde polis tarafından gerçekleştirilebilir. Ancak önkoşul kişinin sağlığının bir riskle karşılaşmaması ve işin ağır tıbbi müdahaleyi gerektirmemesidir. Fransa'da ise, gözaltına alınmış bir kimse üzerinde dahili bedensel tetkik işlemlerine girişmek için bir hekime başvurmak zorunludur. Bu tür bir işleme, araştırma bakımından zorunlu olduğu hallerde başvurulabilir. (**ŞAHİN**, s. 238; **YURTCAN**, Ceza Muhakemesi, s. 275).

¹⁸⁹ **ÖZBEK**, Şerh, s. 255; **ÖZBEK**, Kurultay, s. 340. Kaldı ki, örneğin ameliyat yapmayıp, vücudun uyuşturucu maddeyi kendiliğinden dışarıya atmasının beklenmesi şüphelinin yaşama hakkını ve

Suç delili olması bakımından adli makamlar elbette uyuşturucu maddeyi ele geçirmek için şüphelinin vücudu üzerinde ameliyat yaptırarak bu sayede delile ulaşmayı amaçlarlar. Öncelikle şüphelinin rızası yoksa ve/veya böyle bir ameliyat yapılmasında tıbbi bakımdan bir sakınca varsa, delil elde etmek amacıyla kişinin vücut bütünlüğüne kesinlikle müdahale edilemeyeceği ifade edilmektedir. Şüpheli rıza gösterse dahi burada eğer yaşama hakkının ve vücut bütünlüğünün tehlikeye girme durumu var ise, ceza muhakemesinde delil elde etmenin kişinin yaşama hakkından ve vücut bütünlüğünden daha önemli olduğu savunulamayacağından ameliyat yapılamayacağı belirtilmiştir¹⁹⁰.

Bu durumda yukarda değindiğimiz gibi uygulamada yer alan hekimlerin kaygıları gündeme gelmektedir. Bir görüşe göre, kişiye anestezi verilerek muayenesinin yapılması, hem hekimliğin etik kurallarına aykırıdır hem de kişinin sağlığını tehlikeye düşürebilecek bir uygulamadır¹⁹¹. Örneğin, kişinin vücudunda

vücut tamlığını tehlikeye atabilir. Şüphelinin vücudundaki uyuşturucu torbalarının patlama tehlikesinin olması veya patlaması durumunda tıbbi zorunluluk nedeniyle şüpheli ameliyat edilebilecektir. Bu halde sanığın rızasına gerek olmadığı gibi, Anayasanın 17/2 maddesi anlamında şüphelinin vücuduna müdahale için tıbbi zorunluluk vardır. Bu zorunluluğun olup olmadığı somut olaya göre tespit edilebilir. Tıbbi zorunluluklar nedeniyle yapılan müdahaleler hukuka uygun sayılacağından, bunun sonucunda elde edilen delillerin de yargılamada hukuka uygun delil olarak değerlendirilmesi gerekecektir. (ŞEN Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku Ceza Özel Hukuku Ceza Yargılaması Hukuku Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998, s. 439).

¹⁹⁰ ŞEN, s. 438. Fransız kanun koyucusu bu konuda bir yasal düzenleme öngörmüştür. Buna göre; vücuduna gizlenmiş uyuşturucu madde taşıdığı konusunda ciddi bulguların olması halinde, kişinin açıkça rızası alındıktan sonra kişi üzerinde tıbbi muayene yapılabilmektedir. Kişinin rıza göstermemesi halinde ise hakim kararına başvurulur. Hakim kararına rağmen yine muayene olmaktan kaçınan kişiye, hapis ve para cezası verilir. (TEZCAN, Arama, s. 212-213). Yazara göre, kişi özgürlüğüne müdahale oluşturan bu tür yaptırımlarda aşırıya kaçılmaması için Fransa'daki düzenlemenin benzerinin bizde de uygulanması gerekmektedir.

¹⁹¹ Bir başka görüşe göre ise burada narkoz verilmesinin amacı büyük öneme sahiptir. Amaç, şüpheli veya sanığı konuşturmak ve bu yolla gerçeği öğrenmek ise bu eylem CMK m. 148/1'de yer alan "yasak sorgu metotları" içinde değerlendirilecektir. Bu şekilde elde edilen beyanlar ise delil olarak kabul edilemeyecektir. Ancak, vücuda yapılan bedensel müdahaleler anlamında narkoz verilmesinin amacı, gerçekleştirilecek bir başka işlemi kolaylaştırmak veya mümkün kılmak

kalmış bir mermi çekirdeği kendisinin yaşamını tehdit etmiyorsa, çıkartılma zorunluluğu yoksa ve soruşturma makamı delil olarak bu mermi çekirdeğini kullanmak isterse anestezi verilerek kişi üzerinde cerrahi bir işlem uygulanması gerekecektir; ki her anestezi uygulamasının ölüm riski olduğu düşünülmeli ve bu tipte bir uygulamaya gidilmemelidir denilmiştir¹⁹².

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, oranlılık ilkesinin sağlanmasıdır. Beden muayenesi veya örnek alınması sağlanırken kişinin vücut bütünlüğünün zedelenmemesi ve sağlığının tehlikeye düşürülmemesi gerekir. Beden muayenesi yoluyla elde edilecek delilleri başka bir şekilde elde etme olanağı varsa öncelikle o yollara gidilmelidir. Burada amaç şüpheli ya da sanığın sağlığını korumakla elde edilecek delilden beklenen menfaat arasındaki oranın sağlanmasıdır¹⁹³.

CMK ile getirilen yeni düzenlemeler açısından korunan değer ile elde edilmek istenen amaç arasında kısmen bir denge sağlandığı görülmektedir. Sistem rıza unsurunu sadece tanıklıktan çekinme halleri bakımından öngörmüştür. Bunun dışında esas olarak rıza unsuruna yer verilmemiş olması bilhassa ağır tıbbi müdahalelerde insan hakları bakımından sakıncalı olacaktır. Burada maddi gerçeği ortaya çıkarmak bakımından ağır tıbbi müdahalenin kaçınılmaz olduğu durumlar için herhangi bir hukuki zemin öngörülmemiştir. Kişinin sağlığına zarar vermeme kavramı hukuki bir kavram değildir bu nedenle hakim ya da savcının hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması gerekecektir. Bu bir anlamda sanık ve şüpheli için güvenceli ve olumlu bir düzenlemedir denilebilir. Her ne kadar kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa tedbirin uygulanmayacağı düzenlenmişse de gene de rıza unsurunu aramak koşuluyla ve hayati tehlike doğurmadığı sürece ağır tıbbi müdahale yapılabilmesi şeklinde bir hükmün kanunda yer alması olumlu olurdu düşüncesindeyiz.

amacını taşıyorsa bu halde artık bu yönde bir müdahalenin geçerli olduğunu söylemek gerekecektir. (İNCİ, dn. 20).

¹⁹² BİRGEN, s. 27; ÖZEN Mustafa, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, S. 68, Ocak-Şubat 2007, s. 395.

¹⁹³ İNCİ, s. 146.

(3) Muayeneyi Yapacak Kişiler ve Muayenede Uyulması Gereken Esaslar

CMK m. 75/3'te oranlılık ilkesinin bir gereği olarak, iç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasının, ancak *tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi* tarafından yapılabileceği belirtilmiştir. Sağlık mesleği mensubu diğer kişiden, tabip, dış tabibi, eczacı, ebe veya hemşire anlaşılmalıdır (TCK m. 280/2; Yönetmelik m. 3). Her ne kadar, vücuttan örnek alınmasının çok detaylı bir tıp eğitimini gerektirmediği öne sürülse de, kanımızca iç beden muayenesi detaylı bir tıp eğitimi ve bilgisini gerektirdiğinden, iç beden muayenesinin sadece hekimler tarafından yapılabileceğinin düzenlenmesi daha yerinde olurdu¹⁹⁴.

Sağlık görevlisi kavramından burada belirttiklerimizin dışında geniş anlamda, hukuk düzenince tanımlanmış sağlık görevlileri kapsamına dahil olanları anlamının daha doğru olacağı görüşü de savunulmaktadır¹⁹⁵. CMK'nın 5353 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde bu muayenelerin ya da örnek almanın "*hekim veya hekim gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından*" yapılabileceği kabul edilmişti. Değişiklikten sonraki madde de ise sağlık mesleği mensupları da bu işlemleri artık tek başlarına yapabilir hale getirilmişlerdir¹⁹⁶. 5353 sayılı kanunla değiştirilmeden önceki halinde sağlık görevlisi kavramının bu denli geniş yorumlanmasında büyük bir sakınca yoktu; bu halde de diğer sağlık görevlilerinin yapacağı işlemler görevlendirilmiş hekim gözetiminde yapılacak idi. Ancak yeni ifade nedeniyle artık hekim gözetimi şartı aranmadığından madde bu denli geniş yorumlanmamalıdır görüşündeyiz.

Yönetmeliğe göre ise şüpheli veya sanığın iç beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılabilir (Yönetmelik m. 4/2). Yine Yönetmelik hükmüne göre şüpheli

¹⁹⁴ Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, vücudun muayenesinin bir tıp asistanı, sağlık mesleği mensubu bir kişi ya da hasta bakıcı tarafından değil, yalnızca hekim tarafından yapılabileceği belirtilmiştir (m. 81a/1; m.81c/2). (GÜLSOY/ KÖK, s. 8).

¹⁹⁵ GÜLSOY/ KÖK, s. 17.

¹⁹⁶ ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 29.

veya sanığın vücudundan örnek alınması ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilecektir (Yönetmelik m. 6/2). Bu yönüyle Yönetmeliğin yasal düzenlemeden daha ileri olduğu vurgulanmalıdır¹⁹⁷.

Sağlık Bakanlığı tarafından yayınlanan Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslara İlişkin Genelge'nin (metin içinde "genelge" olarak belirtilecektir)¹⁹⁸ 3. maddesinin 1. fıkrasının 6. bendinde "Adli vakaların muayenesi ve rapor tanzimi işlemi, mutlaka tabiplik yapma yetkisine sahip kişilerce ve muayeneyi yapanın çalıştığı kurumun bu işe uygun bir mekanında yapılacaktır" şeklinde bir hüküm yer almaktadır. Görüldüğü gibi kanunda yer alması gereken hususlara Yönetmelik ve Genelge hükümlerinde yer verilmiştir.

Tedbire ilişkin olarak işlemlerin kimin tarafından yapılacağı 75. maddede "tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi" denilerek açıklanmaktadır. Hekimin niteliği bakımından ise herhangi bir sınırlama ve tanımlama yapılmış değildir. O halde hekim herhangi bir hekim olabilecek midir? Burada beden muayenesinin "hekim" tarafından değil; "alanında uzman bir hekim" tarafından yapılması gerektiği savunulmuştur¹⁹⁹.

Hiç şüphesiz, söz konusu tedbirin uygulanması ve elde edilen bulgulardan delil teşkil eden bir sonuç çıkarılması teknik bilgi ve uzmanlığı gerektiren bir durumdur. Bu nedenle, beden muayenesinde bahsi geçen gerek hekim ve gerekse diğer sağlık görevlilerinin yaptığı işlemler esasen bilirkişi incelemesidir. CMK ile ilk kez düzenlenen beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda bilirkişi

¹⁹⁷ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 482.

¹⁹⁸ 20. 09. 2000 tarihli ve B100TSHO130000-13243 (2000/93) sayılı Genelge metninin tamamı için bkz. http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/00_gen_genelge.pdf, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

¹⁹⁹ ÜNVER Yener/ HAKERİ Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006, s. 76.

incelemesi zorunludur²⁰⁰. Bilirkişinin atanmasına ilişkin CMK m. 63/1’de çözümü “uzmanlığı” gerektiren hallerden bahsedilmesi nedeniyle burada mutlaka uzman bir hekimin bilirkişiliğine başvurmak gereklidir denilmiştir²⁰¹.

²⁰⁰ Bu durum gerek CMK ve gerekse Yönetmeliğin beden muayenesi ve örnek alma konularını düzenleyen maddelerinde açıkça yazılı olmamakla beraber, moleküler genetik incelemeyi ve fizik kimliğin tespitini düzenleyen maddelerde bu yöntemlerin bilirkişi incelemesi olduğu açıkça belirtilmiş hatta bilirkişinin atanma şekli dahi gösterilmiştir.

ATK mahkemeler, hakimlikler ve Cumhuriyet savcılarının istemi üzerine adli tıpla ilgili konularda resmi bilirkişilik yapan ve Adalet bakanlığına bağlı olan bir kurumdur. Her ne kadar yargı makamları ATK dışında üniversiteler ile diğer kurum ve kişilere başvurabilirlerse de uygulamada ATK başlıca resmi bilirkişilik kurumu durumundadır. Dünyada adli tıp alanındaki eğitim ve bilirkişilik görevleri, Adalet ve İçişleri Bakanlıkları dışında, esas olarak üniversiteler bünyesinde yürütülmektedir. Ülkemizde Adalet Bakanlığı Adli Tıp Kurumu’nu hiçbir zaman üniversitelere devretmeyi düşünmediği gibi; bu kurumu kendinden özerk, akademik bir yapıya kavuşturmak şeklinde bir amacı da yok gibi görünmektedir. ATK kanunu m. 31’e göre “Yükseköğretim kurumları veya birimleri, adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Kanununa göre “resmi bilirkişi” sayılır”. Ancak üniversiteler, uygulamada dünyadaki yaygın örneklerin aksine etkili bir bilirkişilik yapılanmasına sahip olmayıp bu görevlerini adeta Adli Tıp Kurumu’na havale etmiş görünmektedirler. Gerçekten üniversitelerin adli tıp hizmetlerine katkısı adli raporlarda %15, otopilerde ise %5’tir. ATK’nın akademik, özerk bir üst yapıya kavuşması gerektiği belirtilmektedir. Bu değişim ATK bünyesinde gerçekleştirilemeyecek ise, en akılcı çözüm, bu aşırı merkeziyetçi yapının görev ve sorumluluklarının sınırlandırılması; belirli rutin hizmetler dışında kalan, eğitim ve bilirkişilik görevlerinin tüm dünyada olduğu gibi üniversitelere bırakılması olacaktır denilmiştir. (SEVÜK, Adli Tıp, s. 90; KOÇ Sermet, “Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004, s. 144, 150-151).

Öte yandan ülkemizde yargılamanın yavaşlamasına ve masraflı olmasına neden olan bu çok başlı (ATK ve üniversitelerin Adli Tıp Anabilim Dalları ile Yüksek Sağlık Şurası resmi bilirkişi olarak görev yapmaktadır. Tıbbi konularda 38 sayılı Tababeti Adliye Kanununun 4. maddesi gereğince, adli tabiplerin olmadıkları yerlerde hükümet ve belediye tabipleri, bunların olmadıkları yerlerde sair resmi hekimler (Adli tabip bulunmayan yerde adli tabibin görevini sağlık ocağı hekimi yapar. 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanununun 10/2. maddesine göre; ocak hekimleri yalnız kendi ocakları içinde adli tabiplik vazifesi görürler. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirildiği Bölgelerde Hizmetin Yürütülmesi Hakkında Yönetmeliğin 5. maddesine göre ise hekim kendi bölgesinde adli tabiplik görevi yapar) bunlarında olmadıkları yerlerde diplomalı serbest hekimler resmi bilirkişilik sıfatına sahiptir) adli hekimlik hizmetlerinden vazgeçilmesi gerektiği belirtilmiştir. Örneğin Adli Bilimler Akademisi adı altında kurulacak idari ve ekonomik

Alman ceza muhakemesi kanununda muayenenin veya örnek almanın “*tıp biliminin kurallarıyla uyumlu olarak*” olarak yapılması gerektiği belirtilmiştir (m. 81a/1)²⁰². Bizde bu ifadeye CMK’ da yer verilmemiş olmasına karşın, Yönetmeliğin şüpheli veya sanığın vücudundan örnek alınmasına ilişkin 6. maddesinde “*tıbbi müdahaleler, hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır*” denilmiştir. Benzer bir düzenleme Genelge’nin 3. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendinde “*...adli vakaların muayenesinde tıbbi deontoloji kurallarına titizlikle uyulacaktır*” şeklinde ifade edilmiştir.

Genelgede muayenenin diğer kişilerin göremeyeceği ve duyamayacağı bir ortamda yapılması, muayene sırasında tabip ile muayene edilen kişinin yalnız kalmaları ve muayenenin hekim-hasta ilişkileri çerçevesinde gerçekleştirilmesi esastır şeklinde bir düzenleme yer almaktadır (m. 3.2.4/c). Ancak burada hekimin can güvenliğinin bulunmaması, şüphelinin veya sanığın veyahutta diğer kişinin saldırgan olabilmesi gibi bir ihtimalin bulunması hali için de bir düzenlemeye yer verilmiştir. Tabip, kişisel güvenlik endişesiyle muayenenin kolluk görevlisinin

açından özerk bir kurumla ilgili yasal düzenlemeler yapılarak bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanabilir. Adli tıp bu yapılanma içerisinde yerini almalı, ülke çapında, mahkemelerin iş yüküne ve niteliğine bağlı olarak üniversitelerle işbirliği içinde, özellikle tıp fakültelerinin olanakları da kullanılarak bölgesel merkez konumdaki bazı il merkezlerinde yeterli uzman ve yardımcı personelle, yeterli teknik donanıma sahip çağdaş binalarda hizmet vermelidir. Böylelikle, olanakları kısıtlı ilçe ve illerde adli tıp konusunda deneyimsiz hekimlerce işlemlerin gerçekleştirilmesi, nitelikli raporların işin uzmanı olmayan hekimlerce verilmesi önlenmiş olacaktır. Bu da, adli raporlarda birlikteliği sağlayacak ve günümüzde çok sık görülen çelişkili raporların verilmesini önleyecek ve güven duygusunun gelişmesine yardımcı olacaktır. Ayrıca, her iddia sahibinin, uzman bilirkişilerin teknik bilgilerinden yararlanması sağlanmış olacak ve bu durum adil ve eşit yargılama ile hukukun üstünlüğüne katkı sağlamış olacaktır. (**KÖK/ÇANKAYA**, s. 10; **SEVÜK**, Adli Tıp, s. 88).

²⁰¹ Öztürk burada pratisyen hekimlerin bilirkişiliği kabul edilemez demiştir. Yazara göre CMK m. 63/1 hükmünü başka türlü anlamak mümkün görünmemektedir (**ÖZTÜRK**, Bilirkişilik, s. 44). Öte yandan, Türkiye’nin her bölgesinde her alanda özellikle moleküler genetik alanında ya da DNA araştırmaları üzerinde çalışan uzmanlaşmış hekimlerin bulunmayacağı da belirtilmiş ve bu durumun önerinin sadece doğal hukuk; yani, olması gereken hukuk anlamında kalmasına sebebiyet vereceği de söylenmiştir. (**İNCİ**, s. 148).

²⁰² **GÜLSOY/ KÖK**, s. 8.

gözetiminde yapılmasını isteyebilecektir. Bu halde, tabibin isteği belgelendirilerek yerine getirilecektir (Genelge m. 3.2.4/c). Ayrıca, muayenenin kolluk görevlisinin gözetiminde yapılması ve muayene edilenin talebi durumunda, müdafii de – muayenede gecikmeye neden olmamak kaydıyla- muayene sırasında hazır bulunabilecektir (Genelge m. 3.2.4/c).

Kişinin vücut dokunulmazlığına önemli bir müdahale oluşturan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda 5353 sayılı yasayla hakim teminatından vazgeçilerek gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceğine ilişkin düzenleme; ardından da hasta bakıcı gibi tıp eğitimi dahi almamış kişilerin müdahaleyi gerçekleştirmesine olanak tanıyabilecek hükümlerin getirilmiş olması temel hak ve özgürlüklere müdahalenin yoğunluğu ile bağdaşmamaktadır. Önceki düzenlemede bir hekimin gözetimi şartı yer almakta idi. Yani işlemleri gerçekleştiren fiilen sağlık mesleği mensubu bir kişi olsa da müdahale hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yapılmış olacaktı. Ancak yapılan değişikliklerle muayenede hekim gözetimi zorunluluğu da kanuna alınmamıştır. Böylelikle burada kişinin hekime muayene olma hakkından da geri adım atılmış olduğu söylenebilir.

b.Muayene Yasağı ve Savunma Hakkı

CMK m. 75'in beşinci fıkrası tedbirin uygulanmasını yasaklayıcı nitelikte bir hüküm getirmektedir. Buna göre, soruşturma veya kovuşturma konusu olan suçun üst sınırı iki yıldan az hapis cezasını gerektiriyor ise, kişi üzerinde iç beden muayenesi yapılması ve kişiden her türlü vücutsal örneğin alınması yasaktır (CMK m. 75/5). Söz konusu yasağın ceza muhakemesi ilkelerine ters düştüğü ileri sürülmüştür. Bu yasağın öncelikle ceza muhakemesinde her şeyin delil olması, delillerin elde edilmesinin sınırlanmaması ilkesine aykırı olduğu belirtilmiş ve bunun masum olan bir şüpheli ya da sanığın suçsuzluğunu kanıtlamak için vücudundan örnek verme ve vücudunun muayene edilmesini istemesi ile, yani "*savunma hakkı*" ile bağdaşmadığı belirtilmiştir²⁰³. Böyle bir anlayışı benimsemek mümkün değildir kanaatindeyiz. Zira

²⁰³ YURTCAN, Şerh, s. 211; SOYASLAN, Ceza Muhakemesi, s. 253.

masumluğunu ispat etmeye çalışan bir kişinin kendi rızasıyla verdiği örneklerin alınmaması ve incelenmemesi söz konusu olmamalıdır. Buradan anlaşılması gereken, üst sınırı iki yıldan az olan suçlarda şüpheli ya da sanıktan zora dayalı olarak vücutsal örneklerin alınmasının yasaklanmış olduğudur. Gerçekten, bu derece az cezayı gerektiren suçlarda kişinin rızası dışında beden bütünlüğüne müdahale edilmesi kabul edilmemelidir. Burada kişinin menfaati çok daha önce korunması gereken hukuki bir değerdir. Ancak, unutmamak gerekir ki, bu sınırlama yalnızca iç beden muayenesi ve vücuttan her türlü örnek alınması ile ilgili bir sınırlamadır. Dış beden muayenesine ise her suç bakımından başvurulabilecektir.

CMK'nın 75. maddesi 5353 sayılı kanun ile değişiklik yapılmadan önce trafik suçları konusunda eleştiri konusu yapılmaktaydı. Gerçekten de örneğin TCK 179/3'te yer alan "*trafik güvenliğini tehlikeye sokma*" suçu gibi iki yıldan daha az hapis cezasını gerektiren suçlarda polisin şüpheli üzerinde alkol testi yapması imkansız hale gelmiş bulunmaktaydı. Düzenlemeye göre, suç için öngörülen hapis cezasının üst sınırının iki yıldan az olması durumunda, bu tedbire başvurulamayacaktı. Bu bağlamda iç beden muayenesi yapılamayacak, vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacaktı. Söz konusu eleştiriler nedeniyle yapılan değişiklikle CMK 75/7 ile özel kanunlar bakımından istisna getirilmiş ve bu kanunlardaki hükümlerin uygulanmaması ihtimali önlenmiştir. Söz konusu hüküm "*Özel kanunlardaki alkol muayenesine ve kan örneği alınmasına ilişkin hükümler saklıdır*" şeklindedir. Görüldüğü gibi burada alkol muayenesi istisna haline getirilmiştir. Nitekim özellikle 2918 sayılı KTK hükümleri bakımından böyle bir istisnaya ihtiyaç duyulmuştur. Zira trafik görevlileri, alkollü araç kullanan sürücülere, öncelikle alkolmetre üflettirmekte, bundan sonuç alınamazsa en yakın sağlık kuruluşunda kan aldirarak, laboratuvarında kandaki alkol miktarının belirlenmesi yoluna gidilmektedir²⁰⁴.

²⁰⁴ SÖZÜER/ TEKDAĞ, s. 52; ERKEN/ ÖZBEK, s. 83; GÖKPINAR, s. 55; ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 246-247. KTK 48/2 hükmü "*Uyuşturucu veya keyif verici maddelerin cinsleri ile alkollü içkilerin etki dereceleri ve kandaki miktarlarını tespit amacıyla, trafik zabıtasınca teknik cihazlar kullanılır. Tespit usulleri ve muayene şartları, Sağlık Bakanlığının görüşüne uygun olarak hazırlanacak yönetmelikte düzenlenir*" şeklindedir.

2.Şüpheli veya Sanığın Dış Beden Muayenesi

CMK'nın 75. maddesinde dış beden muayenesi düzenlenmiş değildir. Kanun burada "*iç beden muayenesi*" tabirini kullanarak, sanki dış beden muayenesi de kanunda düzenlenmiş gibi bir izlenim oluşturmakta ise de aslında durum böyle değildir. 5353 sayılı kanundan önce CMK'nın ilk halinde, iç beden-dış beden muayenesi ayrımı yapılmış ve bu ayrım oldukça eleştirilmişti. Bunun üzerine, dış beden muayenesi kanun metninden çıkarılmış ve yalnızca "*iç beden muayenesi*" kanundaki yerini korumuştur. Kanun bu şekliyle, dış beden muayenesini düzenleme dışı bırakmıştır. Bu durum Anayasa m. 17'de düzenlenen "*kanunla düzenleme*" konusunda dayanağını bulamamaktadır²⁰⁵.

Şüpheli ya da sanığın dış beden muayenesinin kanunda düzenlenmemiş olması bu muayenenin yasaklandığı anlamına gelmemektedir. Ancak bir düzenleme olmadığı için, dış beden muayenesine ilişkin işlemlerin arama tedbirinde yapıldığı gibi yapılabileceği görüşü de savunulmuştur²⁰⁶.

Burada kıyasa başvurmak hatta abartılı olarak aramaya ilişkin hükümleri uygulamak son derece sakıncalı, denetimsiz, kolluğa da imkan tanınması suretiyle kurumun niteliğine aykırı bir yaklaşım olacaktır²⁰⁷. Kanunun burada dış beden muayenesine yer vermeyişinin anlamı açıktır. Bu tedbiri aramaya ilişkin kurallara tabi tutarak, savcıya ulaşılamayan ve gecikmede sakınca bulunan hallerde adli kolluk amirinin emri ile de bu muayenenin yapılabilmesi amaçlanmıştır. Ancak, kişinin üstünde yapılan aramadan maksat; daha önce de değindiğimiz üzere örneğin ceplerinde, elbisesinde, koltuk altında, pabucunun içinde arama yapılmasıdır. Bu arama beden muayenesine dönüşmemelidir. Dönüşürse, CMK m. 75 vd. maddelerinde aranan şartlara uyulması gerekecektir²⁰⁸.

²⁰⁵ KARAKAYA, s. 50; TUTANAKLARLA CEZA MUHALEMESİ KANUNU, s. 303 vd.; ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 29.

²⁰⁶ KARAKAYA, s. 50.

²⁰⁷ ÜNVER, s. 172.

²⁰⁸ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 577.

Dış beden muayenesi, gerektiğinde kişinin çırılçıplak soyulmasını ağız, anüs, vajina gibi vücut boşluklarına bakılmasını gerektiren son derece hassas bir muayene türüdür. Bunun hakim veya savcı kararı olmadan yapılabilmesi mümkün olmamalıdır. Nitekim bunu gören kanun koyucu değişiklik yaparken, cinsel organlarda anüs bölgesinde yapılan muayenenin iç beden muayenesi olduğu şeklinde bir düzenlemeye ihtiyaç duymuştur. TBMM’de yapılan bu yeni düzenleme, ne yazık ki, şüpheli ya da sanığın adli amirin yazılı emri ile kolluk görevlileri tarafından çırılçıplak soyulabilmesine, anüs ve cinsel organlarının görülmesine engel değildir. Zira CMK m. 75’te yasaklanan görmek değil muayene etmektir. Bilindiği üzere muayene, müdahaleyi gerektiren bir işlem türüdür. Bedene müdahale teşkil etmeyen, vücuttan örnek almayan bir inceleme yöntemi, bir insanın vücuduna dıştan bakarak inceleme yöntemidir. Bu düzenlemeler karşısında böyle bakarak inceleme söz konusu olduğunda, arama ile ilgili genel kurallar geçerli olabilecektir denilmiştir²⁰⁹.

Bu konuda CMK’ da yer verilmeyen düzenlemeye Yönetmelikte rastlıyoruz²¹⁰. Yönetmelik m. 5/1 ile; *“Bir suça ilişkin delil elde etmek için, şüpheli veya sanık üzerinde dış beden muayenesi Cumhuriyet savcısı ile, emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının talebiyle yapılabilir”* şeklinde bir düzenleme getirilerek CMK’daki formülden ayrıldığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Burada bu düzenlemeye karşın hala dış beden muayenesine kimin karar vereceğinin belirsiz olduğu öne sürülmüştür. Zira Yönetmelik hükmünde *“talebiyle yapılabilir”* demekle, bu konuda karara yetkili makam gösterilmemiştir. Şayet bu düzenleme ile söz konusu tedbire Cumhuriyet savcısı ile emrindeki adli kolluk görevlileri veya kovuşturma makamlarının da karar verebileceği kastediliyor ise Yönetmeliğin kanuna aykırı olamayacağı belirtilmektedir. Kanunda bu konuda açık bir düzenleme olmasa bile iç beden muayenesine ilişkin düzenlemenin burada kıyasen uygulanabileceği söylenmektedir. Kaldı ki, koruma tedbiri niteliği ağır basan beden muayenesi bakımından her koruma tedbirinde olduğu gibi tedbire karar verecek

²⁰⁹ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 578.

²¹⁰ Yönetmelik dış beden muayenesini *“vücudun dış yüzeyi ile kulak, burun ve ağız bölgelerinin gözle ve elle yapılan yüzeysel tıbbi incelemesi”* biçiminde tanımlamaktadır (Yönetmelik m. 3).

makamın yasada açıkça yer alması zorunludur. Aksi halde yapılacak uygulamalar nedeniyle ülkemizin AİHM tarafından tazminata mahkum edilmesi kaçınılmaz olacaktır. Sonra, eğer Yönetmelik hükmü kolluğun da muayene talebinde bulunmasını sağlamayı amaçlıyor ise yasada bu açıkça düzenlenmiş olmasa da savcılık makamı aracılığıyla kolluğun bu yöndeki talebinin sonuçlanması mümkün olacaktır denilmiştir. Nihayet Yönetmelik hükmünden mağdurun dış beden muayenesi talebinde bulunamayacağı tarzında bir sonuca da ulaşmamak gerekir. Zira yasa ile verilmiş bir hakkın Yönetmelik ile alınmasının mümkün olamayacağı ifade edilmiştir²¹¹.

Yürürlükteki düzenleme dikkate alındığında bu yoruma katılmakla birlikte kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun Yönetmelikle kaleme alınmış olması kanun yapma tekniği açısından uygun olmamıştır düşüncesindeyiz. Bu konuda yasaya hiçbir yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir hüküm getirilmelidir.

Yönetmeliğin 5/2. maddesinde her ne kadar dış beden muayenesinin ancak tabip tarafından yapılacağı hükme bağlanmış olsa da, bu konunun da Yönetmeliğe bırakılmadan yasa metninde düzenlenmesinin zorunlu olduğu kanaatindeyiz. Burada muayenenin tabip tarafından yapılacağı şeklindeki Yönetmelik hükmü de mutlak değildir. Yönetmelik m. 5/4 hükmü ile “*girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri*” de beden dış muayenesi olarak kabul edilmiş ve bunların tabip veya tabip gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılacağı belirtilmiştir. Burada ayrıca girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemlerinin neler olduğu da açıklanmış değildir.

Yönetmelikte yer alan girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleriyle görüntüleme yapılabilecek tek alanın kişinin ağzı, burnu ve kulağı olması gerektiği aksi halde iç beden muayenesine dönüşeceği belirtilmiştir²¹².

²¹¹ ÖZBEK, Şerh, s. 258-259.

²¹² KARAKAYA, s. 51.

Yönetmeliğin 5/3 maddesinde dış beden muayenesinin yapılabilmesi için; müdahalenin, kişinin sağlığına açıkça ve öngörülebilir bir zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerektiği belirtilmiştir. Bu konudaki değerlendirme hukuki bir kavram olmadığından tıpkı iç beden muayenesi ve kan veya benzeri biyolojik örnekler alınmasında olduğu gibi hekim tarafından yapılmalıdır.

Öğretide, bir başka cevap aranan soru ise şüpheli veya sanığın üzerinde yapılan beden muayenesinin ve bu kişilerden zorla örnek alınmasının Anayasa m. 38/5’de düzenlenen “hiç kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanmayacağı” ilkesi ile uyuşup uyuşmayacağıdır. Kanunun sözüne bakıldığında CMK m. 75’in Anayasa’ya aykırı olduğu düşünülebilecektir. Ancak bilindiği gibi, her koruma tedbirinin temel unsurlarından biri de “zorlama” unsuru barındırmasıdır. Delilden sanığa ulaşma sisteminin gereği gibi uygulanabilmesi için ve bu ilkenin uygulanması sonucunda delil elde etmek amacıyla işkenceye başvurulmasının engellenmesi gibi faydalar göz önünde bulundurulduğunda bu zorlamanın kabul edilebilir bir nitelik taşıdığını söylemek mümkündür denilmiştir²¹³.

Bu görüşe karşı çıkan bazı yazarlar ise, şüpheli veya sanığın beden muayenesinin zorla yapılmasının veya bu kişilerden vücutsal örneklerin zorla alınmasının Anayasa m. 38’i ihlal ettiğini belirtmektedirler. Ancak kişinin var olan örnekleri varsa bunlara usulüne uygun olarak ulaşmak mümkün olmalıdır. Zira Anayasa m. 38’in varlık nedeni delilden sanığa gidilmesi gerekliliğidir. Örneğin kişiden tükürüğünün istenmesi aktif hareketi gerektiren bir eylemdir. Bu imkanı sağlayamadığımız noktada bunun karar ile aşılması 38. maddeyi ihlalden korumayacaktır. Anayasa m. 38’in CMK’daki uzantısı susma hakkına ilişkin olup; nasıl ki şüphelinin susma hakkı elinden alınamıyorsa kendisi aleyhine vücudundan örnek vermeye de zorlanamaması gerektiği belirtilmektedir. Gerçekten de “kişiye

²¹³ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 575. Bu tedbirin uygulanması sonucu elde edilecek delillerin yanılma olasılığı çok zayıftır. DNA, parmak izi gibi vücutsal örnekler belki de milyonda bir aynı olabilir. Bu örnekler kişiye özeldir. Adeta kişinin etiketidir. Gerçekten dünya üzerinde, tek yumurta ikizleri hariç, DNA’sı aynı olan iki kişi yoktur. Böylesine kısa, kesin ve güvenilir yoldan delil elde etmek suretiyle, hukukla ve insan onuruyla hiçbir şekilde bağdaşmayan başka yöntemlerin uygulanması önlenmiş olacaktır denilmiştir (GÜNENDİ, s. 193; İNCİ, s. 153).

susma hakkını ifade almada sağlayarak kişinin bu işleme katılmamasını sağlamak, bunun yanı sıra alınan karar ile kişinin vücuduna dokunmak, kişinin kendisine özgü tüm verileri hakim kararıyla aşabilmek bir anlamda susma hakkının hakim kararıyla aşılabileceği sonuç ve anlamını taşımaktadır” düşüncesi ileri sürülmektedir. Susma hakkının hakim kararı ile kaldırılması nasıl kabul edilemez ise Anayasa m. 38 karşısında kişinin vücut bütünlüğüne sonuna kadar dokunmak ve vücuttan o kişiye özgü verileri almak da hukuken kabul edilemez²¹⁴.

Örnek vermeye ve muayeneye rızası olmayan bir şüpheliden herhangi bir zor kullanma olmadan örnek alınamayacağı ve muayene yapılamayacağı açıkken, diğer bir ifadeyle şüphelinin sağlığına zarar vermeden muayenenin yapılması ve bu örneğin alınması mümkün değilken, kanun koyucunun, şüphelinin fikrini alma ihtiyacı hissetmeden onu;

²¹⁴ **KARAKAYA**, s. 51. Ayrıca düzenleme CMK m. 48’de yer alan tanığın kendisi ya da yakınları aleyhine tanıklıktan çekinme hakkını düzenleyen maddeyle de çelişki içindedir denilmiştir. Bu imkanın suçun faili olmayan bir kimseye tanınmakta iken, suçun faili olan bir kimseye tanınmaması açık bir çelişkidir. Çünkü bu hüküm, savunma hakkının kullanılması şekillerinden biridir. Henüz, hakkında ceza kovuşturması başlamamış, ileride beyanına dayanılarak kovuşturma başlatılma ihtimali doğabilecek bir tanığa bu hak tanınmasına rağmen, suçta delil olabilecek bir bulgunun elde edilmesinde, sanık veya şüpheliye kendileri aleyhine delil olabilecek böyle bir bulgunun elde edilmesine rıza göstermeme hakkı tanınmaması çelişki doğurmaktadır. Böyle bir hak şüpheli ve sanığa öncelikle tanınmalıdır. Bu bir savunma hakkıdır. Ayrıca CMK 147/e “*Yüklenen suç hakkında açıklamada bulunmamasının kanuni hakkı olduğunun*” şüpheli veya sanığa bildirileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme, savunma hakkını koruma altına almıştır. Niteliği itibarıyla aynı olan iki konuda farklı sonuçlara götürecek düzenlemeler sağlıklı sonuçlar vermez. 147. maddenin e bendi esas olarak kişinin kendi aleyhine olabilecek herhangi bir bilgiyi vermeme hakkını düzenlemektedir. Aynı durum, 75. madde için de geçerli kılınmalıdır. Çünkü 147.maddenin e bendi kapsamında elde edilebilecek delil beyan delilidir. 75. madde kapsamında elde edilecek bilgi ise bulgudur. Ceza Muhakemesinde deliller arasında bir üstünlük sıralaması olamayacağı için ister beyan ister bulgu delili olsun bütün delillerin eşit nitelikte olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Sonuçta şüpheli ya da sanığın beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması mutlaka özgür iradelerine dayanmalıdır denilmiştir (**ÖZEN**, s. 394-395; **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 230).

-örnek verme ve muayeneye veya

-kötü muamele çeşitlerinden birisine maruz kalmaya razı olmak alternatiflerinden birisini seçme ile karşı karşıya bırakmakla ulaşmak istediği amacı anlamanın oldukça zor gözüktüğü de ifade edilmiştir²¹⁵.

Burada ayrıca CMK m. 75'in susma hakkıyla kıyaslanmaması gerektiği de savunulmuştur. Çünkü, 75. madde bir koruma tedbiridir ve diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi kişinin aleyhine bazı delilleri vermesine neden olabilmektedir. Kaldı ki, tıpkı diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi 75. madde kapsamında yapılacak müdahaleler de oranlılık ilkesi çerçevesinde bazı şartların varlığına bağlanmakta ve yine diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi kişinin rızası hilafına yapılmaktadır. Bundan başka, şüpheli veya sanığın vücudu üzerinde soruşturma ve kovuşturmanın herhangi bir aşamasında gerçekleştirilecek bir tıbbi muayenenin veya alınacak bir örneğin laboratuarda incelemesi gerçekleşmeden kişinin lehine ya da aleyhine olacağını bilmenin de mümkün olmayacağı belirtilmiştir²¹⁶.

CMK ile getirilen yeni düzenlemeler ile özel hayat ve vücut bütünlüğü bakımından önemli bir nitelik taşıyan tıbbi müdahale yoluyla delil elde edilmesi konusunda korunan değer ile ulaşılmak istenen amaç arasında kısmen bir denge sağlandığını söyleyebiliriz. Ancak 5353 sayılı kanunla hakim teminatından vazgeçilmesi ve iç beden-dış beden muayenesi ayırımına yer verilmesi üstelik dış beden muayenesinin kanunla değil Yönetmelik hükmüyle düzenlenmiş olmasını geri adımlar olarak değerlendirmek mümkündür. Sistem, rıza unsurunu Alman sisteminde olduğu gibi sadece tanıklıktan çekinme halleri bakımından öngörmüştür. Bunun dışında esas olarak rıza unsuruna yer verilmeyişi insan hakları bakımından özellikle müdahale ağır tıbbi müdahaleleri içermekte ise sakıncalı olacaktır. Bu konuda düzenleme yapılırken hekimlerin tereddütleri de dikkate alınmalıydı. Her ne kadar "*kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi*" varsa tedbirin uygulanmayacağı

²¹⁵ ERYILMAZ, s. 54.

²¹⁶ İNCİ, s. 153-154.

düzenlenmişse de gene de rıza unsurunu aramak koşuluyla ve hayati tehlike doğurmadığı sürece ağır tıbbi müdahale yapılabilmesi şeklinde bir hükmün kanunda yer alması gerekirdi düşüncesindeyiz. Daha öncede değindiğimiz üzere “*kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi*” kavramı hukuki bir kavram olmadığından hakim ya da savcının bu aşamada hekim ya da sağlık personelinin görüşüne başvurması gerekecektir.

3.Diğer Kişilerin Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması

a.Genel Olarak

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine şüpheli veya sanık için başvurulabildiği gibi suçun araştırılması ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi bakımından diğer kişiler üzerinde de bu tedbire başvurmak mümkün hatta zorunlu olabilmektedir. Gerçekten de, faile ait bazı izler, diğer bir ifadeyle failin kimliğine yönelik bilgi ve emareler bu kişilerin üzerinde mevcut olabilir. İşte, bazı hallerde diğer kişilerin vücutlarında bulunan bu izlerden yararlanılarak faile ulaşmak mümkün olabilmektedir. Özellikle iz bilim bakımından söz konusu tedbire başvurmak kaçınılmazdır. Zira makro izlerden ziyade mikro izler gözle görülemediğinden ve ancak böyle bir muayene ile ortaya çıkarılabileceğinden soruşturmanın hızla ilerlemesine katkıda bulunurlar²¹⁷.

²¹⁷ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 484; **ÖZBEK**, Şerh, 261-262. Alman Ceza Usul Kanunu'nun 81c hükmü, diğer kişilerin muayenesini düzenlemektedir. Kanun şüpheli ya da sanık dışındaki kişiler açısından tedbire daha sınırlı hallerde izin vermektedir. İlk fıkraya göre, diğer kişilerin rızaları alınmaksızın muayeneleri, ancak vücutlarında belirli iz ya da suçlama nedenini gösteren bir emare bulunuyorsa, kapsamı bunun olup olmadığını tespit etmekle sınırlı olarak yapılabilir ve ayrıca muayene gerçeğin bulunması açısından zaruri olmalıdır. İkinci fıkra soybağının tespitini düzenlerken, üçüncü fıkra hükmü de tanıklıktan çekinme nedenleri ile tıbbi müdahalenin reddedilebileceğini hükme bağlamıştır. Muayene edilecek kişi, bu konuda aydınlatılmalıdır aksi halde muayene sonuçları delil olarak kullanılamayacaktır. (**GÜLSOY/ KÖK**, s. 8; **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 231; madde metninin tamamı için bkz. www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61, s. 3-5, erişim tarihi: 12. 04. 2007).

CMK m. 76'nın başlığında yer alan “*diğer kişiler*” ifadesinden ne anlaşılması gerektiği tartışılmıştır. Her ne kadar, hükmün başlığı “*diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması*” olsa da madde metninde, bu işlemin konusu olarak mağdur gösterilmiştir. Maddenin başlığındaki “*diğer kişiler*” teriminden anlaşılması gereken “*şüpheli veya sanık dışındaki herkes*” olmalıdır. Gerçekten de kanunun uygulanmasını göstermek amacıyla çıkarılan Yönetmeliğin 7 ve 8. maddelerinde de “*mağdur ve diğer kişiler*” ifadesine yer verilmiştir. Öte yandan kuşkusuz ki, mağdurun yaşayan bir kişi olması gerekir. Mağdurun rızasının olması halinde, bu işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığı şeklindeki düzenleme (m. 76/2) de bunu ortaya koymaktadır. Zira ölü mağdurun izninin alınması mümkün olamaz. Eğer mağdur ölü ise bu halde m. 76 değil, m. 86 ve 87, yani ölünün kimliğini belirleme ve adli muayene ile otopsi hükümleri uygulama alanı bulacaktır²¹⁸.

Kanunun ifadesinden öncelikle mağdur anlaşılrsa da, bazen mağdur dışındaki kişilerin de beden muayenesi veya vücutundan örnek alınması gündeme gelebilecektir. Örneğin, tecavüz suçunda mağdur tecavüz sonucunda hamile kalmışsa, ceninin ya da doğacak bebeğin de muayenesi veya vücutundan örnek alınması gerekebileceği ileri sürülmektedir²¹⁹.

Bir cinsel suçun delili olarak soybağı araştırmalarının konusunu sadece çocukların oluşturacağı yanılgısına düşülmemesi gerektiği belirtilmektedir. Burada düşük yahut kürtaj materyalinin dahi suçun aydınlatılmasında ciddi bir yer tuttuğu göz ardı edilmektedir. Cinsel saldırılarda, hele yabancı biri tarafından gerçekleştirilmişse, yaşanan en büyük sorun, eylemin delillendirilmesidir. Bu suçun mağduru olanların, üzerlerindeki hiçbir eşyayı çıkartmadan, idrar yapmadan, yaparsa bir kapta toplayarak (uyutucu-uyuşturucu madde verilmiş olabilir), hatta saçını bile taramadan muayene edilebilmesi ve usulüne uygun biçimde delil toplanması elbette çok önemlidir. Saldırıya uğrayanlara verilecek tıbbi desteğin, gebeliği ve başta

²¹⁸ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 485; ÖZBEK, Şerh, s. 263; CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 229.

²¹⁹ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 249.

HIV/AIDS olmak üzere, cinsel yolla bulaşan hastalıkları önleyecek biçimde genişletilmesi gereklidir. Tecavüze uğramış kadının, gebe kaldığının anlaşılması üzerine güvenlik birimlerine başvurulduğu ve failin kim olduğunun bulunabilmesi amacıyla çocuğu doğurmasının beklendiği günlerin tarihe gömülmüş olmasını diliyoruz. Gerçekten de belirttiğimiz gibi günümüzde, kürtaj materyalinden bile DNA analizi yapılabilmekte ve gebeliğe neden olanın profili elde edilebilmektedir²²⁰.

CMK 5353 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce, 76. maddenin başlığı “*diğer kişilerin beden muayenesi*” şeklinde olup, her ne kadar metnin içinde vücuttan örnek alınması konusu düzenlenmiş olsa da, başlıkta vücuttan örnek alınması ifadesine yer verilmiş değildi. Ancak, 5353 sayılı kanun ile CMK’nın değiştirilmesiyle maddenin başlığında “*vücuttan örnek alınması*” ifadesine de yer verilmiştir²²¹.

Maddenin bir diğer amacı ise soybağının²²² araştırılmasıdır. Çocuğun soybağının araştırılması gerektiğinde bu işlemlerin 76. maddenin ilk fıkrasındaki hükümlere göre gerçekleştirileceği belirtilmiştir.

76. maddenin dördüncü fıkrası gereğince, tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden veya bedenden örnek alınmasından kaçınılabilecektir²²³. Bu

²²⁰ **ATASOY**, s. 143; **POLAT**, Adli Tıp, s. 380; **BAŞKAN** Tanıl, “Hekimlerin Ceza Hukuku Karşısındaki Durumları”, İ. Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 25.

²²¹ **ÇETİNKAYA/ UYAR**, s. 30.

²²² Soybağı bir kimsenin üst soyu dar anlamı ile sadece ana ve babası ile arasındaki bağlantıyı yani kan bağımlı ifade eder. (**AKINTÜRK**, s. 313-314; **ÖZTAN**, s. 486 vd.; **KILIÇOĞLU**, s. 89 vd.). Çocuğun soybağının araştırılması amacı ile diğer kişilerin iç ya da dış beden muayenelerinin yapılması veya vücutlarından örnek alınması mümkündür. Günümüzde DNA testleri ile çocukların neseplerinin belirlenmesi mümkün hale gelmiştir. CMK ile gelişen gen teknolojisi ve % 99'lara varan isabetteki DNA testleri ceza yargılamasının hizmetine sunulmuş çocukların neseplerinin belirlenmesi kolaylaştırılmaktadır. Bu teknolojinin ceza muhakemesinde de kullanılabilmesinin çerçevesi böylece çizilmiş olmaktadır. (**ÇOLAK/ TAŞKIN**, s. 249; **GÜRBÜZ**, s. 57-58; **ERTEN/ ACIR/ TAŞVEREN**, s. 578; **ERKEN/ ÖZBEK**, s. 83).

düzenlemenin “*kimsenin kendisini ve yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı*” ilkesinin bir yansıması olduğunu belirtmek gerekir. Zira muayene veya örnek alınması ile elde edilecek delil kişi veya yakını bakımından aleyhe sonuç doğurabilir. Çocuk ve akıl hastasının çekinmesi konusunda kanuni temsilcisi karar verir. Çocuk ve akıl hastasının, tanıklığın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayabilecek durumda olması halinde, görüşü de alınır²²⁴. Kanuni temsilci de şüpheli veya sanık ise bu konuda hakim tarafından karar verilecektir. Ancak, bu halde elde edilen deliller davanın ileri aşamalarında şüpheli veya sanık olmayan kanuni temsilcinin izni olmadıkça kullanılamayacaktır²²⁵.

²²³ Burada dikkat edilmesi gereken husus, tanıklıktan çekinme sebepleri ile muayeneden ve örnek vermeden kaçınmanın, şüpheli veya sanık için kabul edilmemiş olduğudur. Ayrıca kanunun tanıklıktan çekinme sebeplerinin tamamını ifade etmiş olması (CMK m. 45-48) ve bazılarını hariç tutmaması ileride sorun yaratabilecektir denilmiştir. Tanıklıktan çekinme hakkı; akrabalık (45. madde), meslek ve sanat gereği edinilen bilgiler (46. madde), devlet sırrı niteliğindeki bilgiler (47. madde) ve kendisini ya da yakınlarını suçlayıcı bilgiler bakımından tanınmış bulunmaktadır. Niteliği gereği meslek ve sanat gereği edinilen bilgiler ve devlet sırrı niteliğindeki bilgiler bakımından tanıklıktan çekinme ile bedenin iç veya dış muayenesi veya vücudundan örnek alınması arasında bir bağlantı olması olası gözükmemektedir. (**KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 869; **ÇOLAK/ TAŞKIN**, s. 251, 252).

²²⁴ Söz konusu düzenleme Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesi ile paraleldir. Buna göre, çocukların yargı önünde buldukları konumda görüşlerini ifade edecek yetenek ve becerileri var ise, görüşlerinin alınması gerekir. Bahsi geçen Sözleşme Türkiye tarafından da imzalanmış ve Bakanlar Kurulu onayından geçmesinin ardından 1995'te yürürlüğe girmiştir. (**ERKEN/ ÖZBEK**, s. 83; **FORSMAN**, s. 100).

²²⁵ Burada 76. maddenin dördüncü fıkrasında çekinebileceklerin kim olduğu tam bir netlikte ortaya konulmalıydı denilmiştir. Ayrıca son cümlede yer alan davanın ileri aşamasından ne anlaşılması gerektiğinin belli olmadığı belirtilmiş ve burada delili değerlendirme kanuni temsilcinin iradesine bırakılmamalı, hakim hukuka uygun delili izne bağlı olmadan değerlendirebilmeliydi düşüncesi de ifade edilmiştir. Hakim bu konuda karar verdikten sonra artık bu kesin olmalıydı. Kanuni temsilcinin bu durumu bazı hallerde suistimal edebileceği söylenmiştir. Son cümle hatalı veya hatalı ifade edilmiştir denilebilir. Buradaki hüküm bu şekilde elde edilen bir delil var ve fakat sonradan bu delilin dördüncü fıkradaki kişilere ilişkin olduğu görüldüğünde, kanuni temsilcinin rızasıyla kullanılabileceği biçiminde anlaşılmalıdır (**ÜNVER**, s. 165, 178-179).

b.Tedbirin Uygulama Koşulları

(1)Tedbire Karar Verme Yetkisi

Madde metninde iç beden-dış beden muayenesi ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasının ayrımı yapılmaksızın her biri aynı madde içinde düzenlenmiş ve aynı hükümlere tabi kılınmıştır. Buna göre, 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 kural olarak Cumhuriyet savcısının istemiyle, ya da re'sen mahkeme ya da hakim tarafından karar verilecektir²²⁶. Ancak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bu karar, Cumhuriyet savcısı tarafından da verilebilecektir. Cumhuriyet savcısının kararı yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulacaktır. Hakim veya mahkeme yirmidört saat içinde kararını verecektir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller ise kullanılamaz hale gelecektir²²⁷.

5353 sayılı kanun öncesinde bu istisnaya yer verilmiş değildi²²⁸. Bu da, uygulamada bazı suçların aydınlatılmasını engelleyici veya geciktirici durumlar yaratabileceği gerekçesiyle eleştirilmişti. Örneğin, özellikle cinsel suçlar bakımından, sperm gibi bazı vücut sıvılarının insan vücudundaki yaşam sürelerinin kısalığı göz önünde bulundurulduğunda, kayıtsız-şartsız hakim kararını beklemenin delillerin elde edilmesini geciktirmek suretiyle suçun aydınlatılmasını engelleyecek nitelikte olduğu ileri sürülmektedir. İşte bu sakıncalar nedeniyle yeni metinde gecikmesinde sakınca bulunan hallerde diğer kişilerin beden muayenesine veya vücudundan örnek alınmasına Cumhuriyet savcısının da karar verebilmesinin

²²⁶ Burada da 75. maddede olduğu gibi hakim ve mahkeme kavramları doğru kullanılmamıştır. (CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 229).

²²⁷ “Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca tabip tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbi muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hakim kararı aranmaz” (Yönetmelik m. 19).

²²⁸ ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 30.

eklenmesinin olumlu bir düzenleme olduğu ifade edilmektedir²²⁹. Ancak biz burada vücut dokunulmazlığı, insan onuru gibi değerleri yakından ilgilendiren beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına ilişkin kararların çoğunlukla hakim tarafından verilmesinde ve kural-istisna hallerinin kanunun özüne ve sözüne uygun bir şekilde uygulanmasında büyük yarar olduğu görüşündeyiz. Gecikmede sakınca bulunması sebebine bağlı olarak yetki verildiğinde bu istisna olmaktan çıkmamalı ve kural olarak uygulanmaya başlanmamalıdır.

(2) Cerrahi Müdahalede Bulunma Yasağı

Oranlılık ilkesi ceza muhakemesi hukukunda hemen her işlem ve tedbir bakımından geçerli bir ilke olsa da maddede üçüncü kişilerde beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine ilişkin olarak oranlılık ilkesini ifade eden açık bir düzenlemeye yer verilmiştir²³⁰. Buna göre, söz konusu muayene ve örnek almanın kişinin “sağlığını tehlikeye düşürmemek” şartıyla ve 75. maddeden farklı olarak ayrıca “*cerrahi bir müdahalede bulunmamak koşuluyla*” yapılabileceği belirtilmiştir. Cerrahi müdahale Yönetmeliğin 3. maddesinde “*tıbbi aletler yardımıyla vücutta yapılan tanı ya da tedaviye yönelik operasyonlar*” şeklinde tanımlanmıştır. Şüpheli veya sanığın beden muayenesini ve vücudundan örnek alınmasını düzenleyen 75. maddede bu yönde bir sınırlama bulunmamaktadır. Şüpheli veya sanığın beden muayenesinin yapılabilmesi veya vücudundan örnek alınabilmesi için yalnızca “*sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması*” şartı kabul edilmişken, diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınması daha sıkı koşullara bağlanmıştır ve “*cerrahi müdahalede bulunma yasağı*” kabul edilmiştir. Bu durumda, her ne kadar sağlığı tehlikeye sokmayacak olsa da, cerrahi müdahale niteliği taşıyan işlemler şüpheli ve sanıktan farklı olarak diğer kişiler üzerinde gerçekleştirilemeyecektir. Yine oranlılık ilkesinin bir gereği olarak yapılan müdahaleler sonucu kişinin sağlığı tehlikeye düşmemelidir.

²²⁹ CENTEL, Eleştiri, s. 507; İNCİ, s. 156.

²³⁰ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 485.

Burada ayrıca mağdurun rızasının olması halinde işlemlerin yapılabilmesi için birinci fıkraya hükmüne göre karar alınmasına gerek olmadığı da belirtilmiştir (CMK m. 76/2)²³¹. Yani mağdur bedeni üzerinde muayene yapılmasına ya da vücudundan örnek alınmasına razı ise bu halde artık hakim ya da savcı kararına gerek yoktur.

Bu durum yalnızca kararın alınması bakımındandır. Yoksa tedbirin uygulanma şekli konusundaki sınırlamalar varlığını korumaya devam etmektedirler. Yani bu halde de savcı adına soruşturma işlemlerini yapan kolluk, Yönetmelik hükümleri gereği (m. 7 ve 8) muayenenin mutlaka hekim tarafından ya da onun gözetiminde sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılmasını gözetmek durumundadır²³².

Öte yandan, bir suçun aydınlatılmasını sağlamak amacıyla, şüpheli, sanık ve diğer kişilerin kendiliğinden başvurmaları ve rıza göstermeleri halinde dahi soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısının istemi, kovuşturma aşamasında ise hakim veya mahkeme kararıyla tıbbi muayeneleri yapılabilir ya da vücutlarından örnek alınabilir (Yönetmelik m. 18/son)²³³.

(3) Muayeneyi Yapacak Kişiler

CMK m. 75'ten farklı olarak diğer kişilerin beden muayenesini ve vücudundan örnek alınmasını düzenleyen 76. madde bu tip müdahaleleri kimlerin yapabileceğine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir. Konuya Yönetmelikte değinilmiştir. Buna göre mağdurun ve diğer kişilerin beden muayenesi ancak tabip tarafından yapılabilir (Yönetmelik m. 7/2). Diğer kişilerin vücudundan örnek alınması şeklindeki müdahaleler ise ancak tabip tarafından veya tabip gözetiminde

²³¹ Yönetmelik m. 18/2 hükmü de aynı hususu düzenlemektedir. Buna göre, “Mağdurun rızasının varlığı halinde bu işlemlerin yapılabilmesi için Yönetmeliğin 7’nci ve 8’inci maddeleri uyarınca karar alınmasına gerek yoktur”. Mağdurun rızası konusunda bkz. **DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, Nisan 1986, s. 51 vd.

²³² **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 486; **ÖZBEK**, Şerh, s. 263.

²³³ **ÖZBEK**, Şerh, s. 264.

sağlık mesleği mensubu bir diğer kişi tarafından yapılabilecektir (Yönetmelik m. 8/2). Ayrıca tıbbi müdahaleler hekimlik sanatının ve tıp biliminin kabul ettiği yöntem ve araçlarla yapılır denilmiştir (Yönetmelik m. 8/3). Görüldüğü gibi burada da kanunla düzenlenmesi gereken hususlar Yönetmelikte yer almaktadır²³⁴.

CMK m. 76/2’de mağdurun rızasının varlığı halinde yukarıda bahsettiğimiz işlemlerin yapılmasına ve bahsi geçen makamlardan karar alınmasına gerek olmadığı belirtilmiştir. Tedbire karar verilmesi usulüne ilişkin olan bu durum, daha önce de belirttiğimiz gibi şüphesiz tedbirin oranlılık, kişinin sağlığına zarar vermeme gibi esasına ilişkin unsurlarına yönelik değildir²³⁵.

Uygulamamızda sıklıkla rastlanan “kızlık muayenesi” yasa koyucuyu TCK m. 287’de yer alan “genital muayene”²³⁶ suçunu düzenlemeye itmiştir. Suç mağduru üzerinde gerçekleşen söz konusu muayene CMK m. 76’ya tabi olarak gerçekleştirilecektir. Dolayısıyla ancak hakim kararı ve gecikmesinde sakınca varsa savcı kararı ile yapılabilecektir. Mağdurun rızası böyle bir karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır (CMK m. 76/2). Ancak bu durumda rızanın

²³⁴ Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliğinin (01. 06. 2005 tarih ve 25832 s. R. G.) sağlık kontrolü başlıklı 9. maddesine göre, yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hallerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenecektir. Aynı şekilde gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilecektir. Bunun konumuz bakımından önemi ise Yönetmelik m. 9/9’da ifade edilmiştir. Buna göre, hekim muayene esnasında 5237 sayılı TCK’nın 94. maddesinde belirtilen işkence, 95. maddesinde belirtilen neticesi sebebiyle ağırlaşmış işkence ve 96. maddesinde belirtilen eziyet suçlarının işlendiği yolunda herhangi bir bulguya rastlarsa, keyfiyeti derhal Cumhuriyet savcısına bildirir. Bu halde Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmeliğin 7 ve 8. maddelerine göre işlem yapılır. İşkence ya da kötü muamele yapıldığını veyahut bir suç işlendiğini gizleyecek biçimde sağlık raporu verilmemelidir. İşkencenin önlenmesinde hekimin sorumluluğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **DOĞAN**, s. 225 vd.; **TANRISEVEN**, s. 25 vd.

²³⁵ **İNCİ**, s. 157.

²³⁶ Söz konusu düzenleme için bkz. **YILMAZ**, s. 327; **ARSLAN/ AZİZAĞAOĞLU**, s. 1152 vd.; **GÜNEY/ ÖZDEMİR/ BALO**, s. 817 vd.

varlığının belgelenmesi önemlidir. Özellikle kolluğun son derece dikkatli hareket etmesi gereklidir. Aksi halde m. 287'nin uygulanması tehlikesi söz konusu olabilir. Aynı tehlike muayeneyi yapan doktor bakımından da geçerli olacaktır²³⁷.

Tabip raporları üç nüsha halinde düzenlenecektir. Raporu düzenleyen sağlık kuruluşunca iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili Cumhuriyet başsavcılığına, hakimliğe veya mahkemeye en seri şekilde iletilecektir. Raporun bir nüshası raporu düzenleyen sağlık kuruluşunda kalacaktır (Yönetmelik m. 20). Bu konuda Genelge'nin 3.3.4/a hükmünde de bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre; *“Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik kapsamında bir suça ilişkin olarak şüpheli veya sanık ile mağdur ve diğer kişilerin beden muayenesi, bu kişilerin vücudundan örnek alınması ve muayene sonucunda rapor tanzimi isteniyorsa, raporun bir nüshası sağlık kuruluşunda kalacak, muayene sonrasında hemen rapor tanzim edilmesi mümkün ise iki nüshası kapalı ve mühürlü zarf içerisinde ilgili hakimliğe, mahkemeye veya Cumhuriyet savcılığına iletmek üzere getiren kolluk görevlisine teslim edilecek, ileri tetkik ve benzeri nedenlerle hemen rapor tanzimi mümkün değilse raporun iki nüshası kapalı ve mühürlü bir zarf içinde sağlık kuruluşunca ilgili adli makama en kısa sürede iletilecektir”*.

Burada değinilmesi gereken bir başka hususta kişilerin psikolojik muayenelerine ilişkindir. CMK'da psikolojik muayeneye ve bu muayenenin esaslarına ilişkin yeterli bir düzenleme bulunmamaktadır²³⁸. Oysa, psikolojik

²³⁷ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 487; ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 251.

²³⁸ Türkiye bu konudaki eksikleri ve adli raporlardaki hatalar nedeniyle AİHM tarafından mahkum edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu çoğu davada dikkati çeken şey, Mahkemenin iç hukuk yolları tüketilmediği halde şikayetleri kabul etmiş olduğudur. Burada iç hukuk yollarının yapılan haksızlığı gidermeye yeterli olmadığı ve yetkili makamların gerekli soruşturma işlemlerini yapmadıkları tekrarlanmaktadır. Örneğin Aydın kararında tıbbi muayenenin ciddi bir şekilde yapılmadığı, tecavüz konusunun ve izlerinin araştırılmasına bakılmaksızın, sadece mağdurenin bekaretini kaybedip kaybetmediğinin üzerinde durulması mahkeme tarafından eleştirilmiştir. Şikayetçinin, tecavüz mağdurlarının gösterdiği psikolojik davranışlar içerisinde olup olmadığı araştırılmamış, tıp uzmanları tarafından gerekli inceleme yapılmamış denilmiştir. (CENTEL, Adli Tıp, s. 15-16; TÜRK, Adli Tıp, s. 4).

muayenenin ve bunun sonucunda elde edilecek bulgu ve sonuçların, sanık hakkında cezaya hükmolunması veya beraat kararı verilmesi veyahut cezanın miktarının tayininde büyük önemi olduğunu söylemek mümkündür²³⁹.

Psikolojik muayeneden bahsedince burada CMK m. 74'te düzenlenen gözlem altına alınmanın belki psikolojik muayene olarak düşünülebileceği akla gelebilir. Ancak, CMK m. 74'te yer alan gözlem altına alma bahsedilen psikolojik muayeneyle aynı anlama gelmemekte ve yeterli ihtiyacı karşılamamaktadır. Öncelikle, 74. madde sadece şüpheli veya sanık bakımından uygulanabilecek bir hükümdür. Oysa, mağdurun da psikolojik muayenesinin yapılması bazı suçlarda ağırlatıcı nedenin uygulanabilmesi bakımından önemlidir. Bundan başka, gözlem altına alma şüpheli veya sanığın sadece akıl hastası olup olmadığını veya akıl hastası ise ne zamandan beri akıl hastası olduğunu tespit etmeye yönelik olarak uygulanabilmektedir. Buna karşılık, şüpheli veya sanığın veyahut da mağdurun psikolojik muayenesi mutlaka akıl hastalığını tespitiye yönelik olmayabilir. Keza, bazen akıl hastalığı boyutuna ulaşmayan ruhsal rahatsızlıkların varlığı da söz konusu olabilmektedir²⁴⁰.

Görüldüğü gibi şüpheli, sanık veya mağdur üzerinde yapılacak psikolojik muayene de cezanın tayini açısından önemlidir. Bu konu, TCK'da yoğun bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen; CMK'da psikolojik muayenenin ne şekilde yapılacağı belirtilmiş değildir. Özellikle cinsel saldırı suçları gibi mağdurda psikolojik bakımdan derin yaralar açan eylemlere ilişkin soruşturma veya

²³⁹ Örneğin TCK m. 86/2-b gereğince, suçun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi kasten yaralama suçunun ağırlatıcı sebebidir. Yine, TCK m. 89/1 uyarınca, taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişiye taksirle yaralama suçunun cezası verilir. Veya, TCK m. 94/2-a'ya göre, işkence suçunun beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak kişiye karşı işlenmesi durumunda suça ağırlatılmış olarak hükmedilir. Bundan başka, TCK m. 102'de düzenlenmiş bulunan cinsel saldırı suçunun mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulmasına neden olması halinde cezada artırım uygulanacaktır. Ayrıca, TCK m. 32'de, "*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur*" denilmiştir.

²⁴⁰ ÖZBEK, Şerh, s. 145-150; İNCİ, s. 158.

kovuşturma aşamalarında psikiyatrik muayenenin mutlaka yapılması ve tanıların ortaya koyulması uzman kişiler tarafından dile getirilen eksikliklerdendir. Gerçekten de, bazen bir olayda fiziksel olgu saptanamayabildiğinden, uğranılan travma sonrasında ortaya çıkan psikolojik durumlara ilişkin tanı eldeki tek delil olabilmektedir²⁴¹.

²⁴¹ Uğradığı cinsel saldırı sonrası oluşan fiziksel ve psikolojik durum nedeniyle mağdur büyük bir taravmaya maruz kalmış bulunmaktadır. Bu travma polis soruşturması, hekim muayenesi, savcı ve mahkeme aşamalarında çeşitli derecelerde tekrarlanmaktadır. Özellikle uygun olmayan koşullarda bu süreç için zaman zaman “*ikinci tecavüz*” benzetmesi yapılmaktadır. Cinsel saldırı olgularında, ideal olan mağdurların, yeterli fiziki ve teknik olanakları olan birimlerde adli tıp uzmanı, psikiyatr, psikolog, jinekolog ve hemşirelerden oluşan bir ekip tarafından muayene edilmesidir. Destek sunulmalı, önerilerde bulunulmalı, güveni tazelenmelidir. Türkiye’de bunun için oluşturulmuş tam donanımlı merkezler yoktur. Genital muayene uzmanlık ve deneyim gerektiren bir muayene çeşididir. Özellikle normal anatomik bulgular, zaman zaman yanıltıcı olabilmekte yetersiz bir muayenede sonuçlar tamamen farklı çıkabilmektedir. Burada ayrıca Sağlık Bakanlığı’nın 2005 yılında revize ettiği rapor formlarının kullanılmasına özen gösterilmelidir. Söz konusu rapor formları herhangi bir eksikliğe fırsat vermeden olguların belirli bir düzen ile muayene edilmelerine olanak sağlamaktadır. Kadınlar ve erkekler için ayrı ayrı düzenlenen formun ilk kısımları genel adli muayene rapor formu ile aynıdır. Söz konusu formların doldurulmasının zor ve zaman alıcı olduğu ileri sürülmüşse de yapılan denemeler formların kullanımının son derece kolay olduğunu göstermiştir. Çünkü, formlar açıklamalar ve yönlendirici notlarla bir rehber niteliğinde hazırlanmıştır. Diğer taraftan standart form kullanımının faydası tüm sağlık kuruluşlarında uygulama birlikteliği sağlayacak olması daha da önemlisi, adli tabiplik hizmeti sunan kişilere rehberlik ederek bazı hususların unutulmasını önleyecek ve adli muayenenin eksiksiz yapılmasını sağlayacak olmasıdır. Böylece, hem adli olayın aydınlatılmasında daha çok katkıda bulunmak, hem de adli tabiplik hizmeti sunanların olası hatalarını ve bundan doğacak mağduriyetleri en aza indirmek mümkün olacaktır. (YORULMAZ A. Coşkun/ ŞANYÜZ Ömür/ KETENCİ H. Çetin, “Cinsel Saldırıları”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 132-133, 136, 139; rapor formları için bkz. <http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/index.php?p=raporform>, erişim tarihi: 03. 05. 2007).

4.Kadının Muayenesi

CMK'nın yasalaşma sürecinde gerek mecliste gerekse basında en çok tartışılan konulardan biri kadının muayenesi olmuştur. Kadının muayenesini düzenleyen 77. madde hükmü “*Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılır*” şeklinde bir düzenlemeye yer vermiş bulunmaktadır. Maddenin Meclis Adalet Alt Komisyonu'nda tartışılması esnasında bazı milletvekilleri tarafından maddenin başlığıyla bile bir cinsiyet ayrımcılığı maddesi olduğu, üstelik iki yönlü bir cinsiyet ayrımcılığına yol açtığı, hem hekimlik mesleğine karşı yapılan bir cinsiyet ayrımcılığı hem de şüpheli veya sanık konumundaki kişiye karşı yapılan bir ayrımcılık olduğu ve Anayasanın 10. maddesinde yer alan eşitlik ilkesine aykırı olduğu öne sürülmüştür. Söz konusu muayenenin tıbbi bir muayene olduğu, yani tıp eğitimi almış ve tıp etiğine sahip bir kişinin yaptığı muayene olduğu belirtilmiştir. Tıp etiğine sahip birinin karşısındaki kişiyi kadın veya erkek olarak değil, hasta bir insan olarak gördüğü ve bu nedenle böyle bir düzenlemenin hekimlik mesleğine saygısızlık anlamına geleceği ifade edilmiştir. Bunun anlamının bütün hekimleri dolaylı olarak cinsel tacizci sınıfına sokmak olacağı belirtilmiştir. Suçlu ya da şüpheli bir kişiye böyle bir hakkın tanınması ile ileride normal vatandaşında bu haktan yararlanmak isteyebileceği ve bunun da uygulamada kadına kadın, erkeğe erkek hekim anlayışı gibi laiklikle bağdaşmayan bir anlayış doğurabileceği öne sürülmüştür²⁴². Maddeye yapılan eleştirilerin yönü söz konusu düzenlemenin laiklikle ve eşitlik ilkesiyle bağdaşmadığına ilişkin olmuştur. Ayrıca düzenlemenin gerekçesinde “*genel ahlak*” anlayışına uygun bir hüküm olduğu belirtilmiştir. Oysa kanımızca bazı yazarların²⁴³

²⁴² TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, s. 311; NOYAN, s. 212. Hekimleri, uzmanlıklarına göre değil de cinsiyetlerine göre ayrıma tabi tutmak yanlış bir yaklaşımdır denilmiştir. Hekimlik mesleğinin dil, din, ırk, cinsiyet farkı gözetmeden yapılan bir meslek olması karşısında, böyle bir düzenlemeye gerek olup olmadığının tartışılabilir olduğu ifade edilmiş ve kanun koyucunun, yalnızca ahlak kurallarını göz önünde tutarak bu hususu düzenlediği, gerek hekimlik mesleğinin niteliğini, gerek herkesin istediği hekime muayene olabilme hakkını göz ardı ederek kadın ve erkek ayrımı yaptığı belirtilmiştir (CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, dn. 113; SEVÜK, Adli Tıp, dn. 60).

²⁴³ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 154.

savunduğunun aksine düzenlemenin genel ahlak anlayışı ile ilgisi yoktur. Burada korunmak istenen sadece kadının utanma duygusudur²⁴⁴.

Özellikle cinsel saldırı suçlarının mağduru kişiler olay nedeniyle depresyon içerisinde olabilir, psikolojik sıkıntılar yaşayabilirler. Cinsel kimliğe yönelik saldırılar insanların yalnız bedenlerinde değil, ruhlarında da ağır hasara yol açmaktadır. Bu kişiler cinsel kimliklerini ve uğradıkları saldırıyı anımsatacak her türlü etkenden kaçınmak isterler. Bu kişilerin karşı cinsten birine muayene ettirilmesi, ikinci bir depresyona neden olabilir. Bu nedenle, erkek hekim tarafından muayene edilen kadınların muayene sırasında hekimi ile iletişim kurması ve iletişimin yeterli olması zorlaşmaktadır. Ayrımcılık yapan hekim değil, içinde bulunduğu durum nedeniyle kadın olmaktadır. Kısacası bu madde pozitif ayrımcılık ilkesine dayanmaktadır. Kişinin travma sonrası ruhsal durumu ile ilgili şartlar gözetilerek düzenlenmiş olan bu madde, uluslararası uygulamada da, özellikle bir erkeğin şiddetine maruz kalmış olan kadınlarda muayeneyi zorlaştıran, hastanın hekimle iletişimini olanaksızlaştıran bir durumu ortadan kaldırmak, hasta hekim ilişkisinde muayene ve örnek alma sürecinde hastanın katılabileceği bir ortam yaratmayı amaçlayan bir önlem olarak kanunda yer bulmuştur²⁴⁵.

Burada sadece jinekolojik muayene kastedilmemektedir. Kulak, burun, boğaz ya da nöroloji uzmanlarının muayenelerinde de istek ve olanak bulunuyorsa bayan hekimin muayene etmesi sağlanacaktır denilmiştir. Zira günümüzde normal bir hastaya dahi doktorunu seçme hakkı verilmeye çalışılmaktadır. Aynı anlayış ile

²⁴⁴ ÖZBEK, Şerh, s. 266; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 579; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s. 282.

²⁴⁵ FİNCANCI/ YORULMAZ, s. 146; YORULMAZ/ ŞANYÜZ/ KETENCİ, s. 131. Örneğin, havaalanlarında, alışveriş merkezleri girişinde, cezaevi gibi kurumlarda dahi kadının üstü kadın, erkeğin üstü ise erkek bir güvenlik görevlisi tarafından aranmaktadır ki; bu durum, bugüne kadar hiç kimse tarafından tartışma konusu yapılmamış, rahatsız edici bulunmamış veya bu uygulamanın laikliği zedelediği öne sürülmemiştir. Beden muayenesi gibi insanın utanma duygusunu çok daha fazla rencide edebilecek vücut bütünlüğüne yönelik ciddi bir müdahale hakkında böyle bir düzenlemeye gidilmiş olması yerinde olmuştur denilmiştir. (ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 253; İNCİ, s. 163).

burada istek ve imkanın bulunması halinde bu hakkın verilmiş olduğu belirtilmiştir²⁴⁶.

Kadının muayenesinin kadın bir hekim tarafından yapılması mutlak bir zorunluluk değildir. Bunun için;

-Kadının isteminin olması ve

-Olanakların elverişli bulunması gerekmektedir.

Bu nedenle kadın istese dahi, eğer kadın hekime ulaşmak mümkün olmuyorsa artık kadının muayenesi de erkek bir hekim tarafından yapılacaktır. Kadının isteminin olup olmadığının her durumda belgelenmesinin yerinde olacağı düşünülmektedir²⁴⁷. Muayene edilecek olan kadının istemi olması halinde olanaklar elvermiyorsa zaten muayenesi erkek bir hekim tarafından yapılacaktır. Burada olanakların elvermesinden, sadece muayene yapılacak yerde bir kadın hekimin bulunması değil; aynı zamanda, muayeneyi yapacak kadın hekimin bu alanda uzman olması ve bu muayeneyi yapacak yeterliliğe sahip olması anlaşılmalıdır²⁴⁸.

Çağdaş ülkelerin Ceza Muhakemesi kanunlarında kadının muayenesinin ayrı bir biçimde düzenlendiği belirtilmektedir. Örneğin, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81d maddesinde de kadının muayenesi ayrı bir biçimde düzenlenmiş ve bir kadının beden muayenesinin kadın hekime değil, bir kadına ya da hekime yaptırılması öngörülmüş bulunmaktaydı²⁴⁹.

2004 yılında Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda kadının muayenesi konusundaki hükmün yeniden ve daha ilerici bir biçimde düzenlenmesi ile, vücudun muayenesinin, kişinin utanç duygusunu zedelemesi halinde, istem ile kişinin

²⁴⁶ ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 254.

²⁴⁷ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 488.

²⁴⁸ MALKOÇ/ YÜKSEKTEPE, s. 226.

²⁴⁹ CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, dn. 113.

kendisiyle aynı cinsiyetten bir hekim tarafından da muayene edilebileceği belirtilmiştir. Görüldüğü gibi, Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 81d maddesinin alanı daha da genişletilmiştir. Kadının bir kadın hekim tarafından muayenesini isteme ve bunun olanaklara bağlı tutulması karşısında, aynı düzenleme erkeğin muayenesi içinde söz konusu olabilirdi düşüncesindeyiz²⁵⁰. Örneğin bir Birleşmiş Milletler belgesi olan İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlık Dışı, Aşağılayıcı Muamele veya Cezaların Etkili Biçimde Soruşturulması ve Belgelendirilmesi İçin İstanbul Protokolü'nün 154. maddesinde tecavüze uğrayan erkeklerle ilgili bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, “*Mağdur erkeğe, çoğunlukla ya da tümüyle erkekler tarafından taciz edilmiş olacaktır. Bazı erkekler, diğer erkeklere yönelik korkuları çok yoğun olduğu için başlarından geçenleri kadınlara anlatmayı tercih edeceklerdir. Bazıları ise, bu tür kişisel meseleleri bir kadının önünde konuşmak istemeyebileceklerdir*”²⁵¹. Görüldüğü gibi tüm bu halleri gözetken Alman Ceza Muhakemesi hükmü çok daha güvenceli ve yerinde bir düzenleme niteliğindedir²⁵².

²⁵⁰ Vücudun muayenesinin kişinin vücut bütünlüğüne müdahale etmek anlamında olduğu ve düzenlemenin istem ve olanakların elverişliliği şartına bağlı tutulduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenleme kadın veya erkek ayrımı yapılmadan her iki cinsi de kapsayacak biçimde kişinin istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde kadın veya erkek hekim tarafından muayene edilebileceği şeklinde düzenlenmeliydi (SEVÜK, Adli Tıp, s. 95-96).

²⁵¹ **İŞKENCE VE DİĞER ZALİMANE, İNSANLIK DIŞI, AŞAĞILAYICI MUAMELE VEYA CEZALARIN SORUŞTURULMASI VE BELGELENDİRİLMESİ İÇİN EL KILAVUZU İSTANBUL PROTOKOLÜ**, s. 39.

²⁵² Alman Ceza Muhakemesi 81d/1 hükmü şu şekildedir: “*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 cümlesindeki haklar hakkında bilgi verilir*”. 81d/2 ise, muayeneye tabi olan kişi beden muayenesine rıza gösterse bile, sözü geçen hüküm gene uygulanır demektedir. (www.hukukturk.com/fractal/hukukTurk/pages/dwnldCntHT.jsp?pFileNum=61, s. 6, erişim tarihi: 12. 04. 2007).

Öte yandan, Yönetmelik madde 11/2' de “*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 bir hükme yer verilmiştir. Bu şekilde bulundurulmuş kadın sağlık mesleği personeli işlem tanığı niteliğine sahip olmaktadır. Ancak, özen gösterilir dendiğine göre, burada bir zorunluluk yoktur denilebilir. Bununla beraber, tutanakta kadın personelin neden bulundurulmadığının açıkça belirtilmesinin yararlı olacağı ifade edilmiştir²⁵³.

Burada özellikle cinsel suçların tespitinde başvuru bekaret kontrolüne de değinmek gerekmektedir. Kişi soruşturma aşamasında bekaret denetimi gibi bir işleme maruz kalabilmekte ve bu koruma tedbirinin yasal çerçevesi pozitif hukukumuzda henüz çizilmemiş halde olduğundan, önlem sık sık gerekmediği halde uygulanmakta ve onur kırıcı boyutlara ulaşabilmektedir²⁵⁴. 1412 sayılı yasanın 66/son maddesine dayanılarak yapılan bu işlemlerin hukuk devleti ve insan onuru ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır. Nitekim, yetkili hakim ve (kanımızca veya olmalı)²⁵⁵ savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderme veya muayeneyi yapma, YTCK'ya göre üç ay-bir yıl arasında hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir (YTCK m. 287). Maalesef ülkemiz tarihinde bu yeni düzenlemeye uymayan genital muayene uygulamaları sebebi ile hiç de azımsanmayacak sayıda kişi ya intihar etmiştir ya da cinayete kurban gitmiştir²⁵⁶. Keyfiyete bağlı durumların önlenmesi açısından yasada ayrıntılı ve açık bir düzenlemenin yer alması önemlidir.

²⁵³ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 488; ÖZBEK, Şerh, s. 266; YORULMAZ/ ŞANYÜZ/ KETENCİ, s. 134. Yönetmeliğin bu hükmünün gerekli olmadığı da savunulmuştur. (ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 579).

²⁵⁴ CENTEL, Kadının Korunması, s. 61.

²⁵⁵ ÖZBEK, Şerh, s. 265; ÜNVER, s. 170.

²⁵⁶ ALKAN, s. 161. “Tecavüze Uğrayan Kızını Boğazını Keserek Öldürdü”, <http://www.arsiv.sabah.com.tr/2004/02/15/gun108.html>, erişim tarihi: 12. 04. 2007; “Doğu’da Bekaret İçin Öldürülenler Otopside Bakire Çıkıyor”, <http://www.sabah.com.tr/2007/03/05/gny/sagl01-20070305-200.html>, erişim tarihi: 12. 04. 2007; “Bekaret Kontrolü İntihar Ettirdi”, http://www.internethaber.com/news_detail.php?id=16097, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

Geçmişte okul-yurt müdürleri gibi birçok otoritenin, bu muayeneleri gelişigüzel, keyfi kararlarla talep etmeleri ciddi bir insan hakları ihlali olarak değerlendirilmiş olup söz konusu maddenin kanuna eklenmesinde etkili olmuştur²⁵⁷.

Türk Tabipleri Birliği Etik Kurulu'nun Kızlık Zarı Denetimi Konusunda Tutumu (07. 02. 1994) şu şekilde ifade edilmiştir: “Yirmibirinci yüzyıla hazırlıklı olmak, toplumsal ve etik sorunlar konusunda çağdaş ve açık düşünce yapısına sahip olmayı gerektirmektedir...Kızlık zarının insan organizmasının sağlık yönünden önem taşıyan bir parçası olmadığı bilinmektedir. Bu konu ilgililere, eğitimciler, kolluk güçleri, savcılar, yargıçlar ve hekimler tarafından uygun bir biçimde anlatılmalıdır. Ancak bu da, söz konusu grupların gerekli bilgi ve duyarlılığa sahip olmalarına bağlıdır. Bu nedenle eğitimciler, kolluk güçleri, savcılar, yargıçlar ve hekimlerin konu ile ilgili eğitimi son derece büyük bir önem taşımaktadır...Kızlık zarı denetimini yapabilecek hekimleri belirlemek ve yasal düzenlemeyi bu biçimde düşünmek kızlık zarı denetimine evet demek olacaktır. Böyle bir denetim ancak adli olaylar nedeniyle ve sadece ilgilinin rızası ile kabul edilebilir. Adli gerekçeler dışında kalan gerekçelerle ya da kaygılarla kızlık zarı denetimi rıza olsa bile yapılmamalıdır. Çünkü özellikle çok genç yaşlarda kızlık zarı denetimine maruz kalan kız çocuklarının bu işleme kendi özgür iradeleriyle katlandıkları söylenemez. Hekimler, böyle bir uygulamanın özellikle küçüklerde neden olacağı ruhsal zedelenmeleri önlemek amacıyla, adli zorunlulukların gereğini yerine getirme halleri dışında, küçüğün veli ya da vasisinin ya da eğitim kurumlarının yöneticilerinin istekleriyle kızlık zarı denetiminden kesinlikle kaçınılmalıdır”²⁵⁸.

²⁵⁷ YORULMAZ/ ŞANYÜZ/ KETENCİ, s. 131; TEMELKURAN, s. 406; “Devlet Bakanı Işıl Saygın, Bekaret Kontrolünde Geri Adım Atmıyor Amaç Çocukları Korumak”, <http://www.milliyet.com.tr/1998/03/08/yasam/sohbet.html>, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

²⁵⁸ POLAT, Tıbbi Uygulama Hataları, s. 559. Yeni yasal düzenlemelerle, cinsel suçlar karşısında, evli kadın ile olmayan arasındaki farklı düzenlemelerden vazgeçilmesi yerindedir. Önceki yasada evli kadın, bekar kadına göre daha fazla korunmaktaydı. Bu ayrıcalıklı korumanın, ne yazık ki bireye değil evlilik kurumuna yönelik olduğu açıktı. Oysa, tecavüz ya da taciz fiilleri karşısında kız ya da kadın olmak daha ağırlaştırıcı sonuçlar yaratmayacak, haksızlık medeni durumları ne olursa olsun tüm mağdurları eşit şekilde etkileyecektir.

Rızası olmayan ya da herhangi bir nedenle rızası kabul edilmeyen bir kişinin, farklı zorlamalarla cinsel içerik taşıyan bir davranışa maruz kalması olarak tanımlanabilecek cinsel saldırılarda²⁵⁹, her şeyden önce cinsel suçun gerçekleşip gerçekleşmediğinin aydınlatılması ve bu aydınlatma aşamasında mağdur ya da sanık konumundaki kişiler üzerinde delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi gerekecektir. Öyle ki bir cinsel suç muayenesinin odak noktası sadece bekaret denetimi olmamalıdır. Burada tüm vücudun muayene edilmesi, kişinin vücudunda zor kullanımına ilişkin belirtiler olup olmadığı, sanıktan mağdura ve mağdurdan sanığa geçebilen sperm, kan, kıl, tırnak aralarına giren deri dokusu vb. materyalin incelenmesi de gerekecektir²⁶⁰.

Gerçekten de cinsel saldırı kişinin temel hak ve özgürlüklerine, bireysel özerkliğine ve bütünlüğüne yönelmiş en ağır fiziksel saldırı türlerinden biridir. Bu tür suçlarla mücadelede en önemli stratejilerden biri ve yaşanan en önemli sorun etkin belgelemedir. Belgelemede kullanılan raporların uluslararası standartlarda olması, yeniden değerlendirmelere olanak tanınması; bu tür olguların yargılama aşamasında son derece önemlidir. Cinsel saldırı muayenelerinde aydınlatılmış onam muayenesinin olmazsa olmaz şartıdır. Muayeneye başlamadan önce her tür muayene için kişiden izin alınmalıdır. Burada hasta muayene sürecinin kontrolünün kendinde olduğunu, isterse her an vazgeçebileceğini bilmelidir. Güven duygusu sağlanmadan yapılacak incelemenin yararlı olma olasılığı yoktur. Kişi muayene ve muayene ile saptanabilecek muhtemel bulguların önemi hakkında açık ve makul biçimde bilgilendirilmelidir. Burada deneyimli bir hekimden beklenen; olayı tüm açıklığı ile mağdura anlatması, muayene olmadığında kaybedecekleri ve olduğunda elde edilecek delillerin yargılama sürecindeki önemi konusunda bilgilendirmesidir. Saldırıya uğrayanlara verilecek tıbbi destek, gebeliği ve başta HIV/AIDS olmak üzere, cinsel yolla bulaşan hastalıkları önleyecek biçimde genişletilmelidir. Fizik muayene ilk anda genital bölgeye yönelmemelidir. Sağlık bakanlığının hazırladığı

(http://www.ucansüpürge.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2140&itemid=87, erişim tarihi, 12. 04. 2007).

²⁵⁹ YORULMAZ/ ŞANYÜZ/ KETENCİ, s. 127.

²⁶⁰ BALCI, Adli Tıp, s. 279.

formlarda ilk sırada bu bölüm yer almasına rağmen daha sonraki bölümdeki sistem muayeneleri ile başlamak hastanın tam bir muayene için daha rahat davranmasını sağlayacaktır. Cinsel saldırı sonrasında beden muayenesi ile birlikte mutlaka psikiyatrik muayene de yapılmalıdır. Pek çok olguda fiziksel bulgu saptanamayacağı düşünüldüğünde uğranılan travma sonrası stres sendromu gibi bir tanı olayın tek delili olabilir. Bu kapsamda psikiyatrik değerlendirmenin cinsel saldırı muayenesinin ayrılmaz bir parçası olduğu belirtilmektedir. Çok zorunlu haller dışında muayene bu konuda uzman deneyimli bir ekibe yaptırılmalıdır. Bu ekip Adli Tıp, Kadın Doğum, Üroloji, Çocuk Cerrahi, Çocuk ve Ergen Ruh Sağlığı uzmanları tarafından oluşturulmuş olmalıdır. Fiziksel bulgular açısından ilk 72 saatin kritik önem arz ettiği bilinmektedir. Bu süre aşılmadan olgunun tekrar tekrar muayenesini gerektirmeyecek bir planlama yapılmasının en doğru yaklaşım olacağı ifade edilmiştir²⁶¹.

Suç mağduru üzerinde gerçekleştirilecek genital muayenenin CMK madde 76 hükümlerine tabi olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla ancak hakim kararı ve gecikmede sakınca bulunan hallerde savcı kararı ile mümkün olabilecektir. Ancak mağdurun rızası böyle bir karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Ancak bu durumda rızanın varlığını belgelemek gerekir²⁶².

Her ne kadar kanunda yer verilmemiş olsa da mağdurun muayenesinde aydınlatılmış onamının alınması gerektiği görüşünderiz. Kişinin beden bütünlüğü ve ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin yapılabilmesi, normal kendi rızası ile masaya yatmış ancak örneğin utanması sebebiyle kendisini sikan, rahat bırakmayan bir kişi de bile mümkün değildir. Rızası olmadan sadece vagina derinliklerinden örnek alınmaya çalışılması dahi ciddi yaralanmalara neden olabilecektir. Bu durumda yapılabilecek tek şey, kişiye zorla anestezi vermektir ki, bu durumun kişinin sağlığını tehlikeye düşüreceği açıktır²⁶³. Cinsel saldırı

²⁶¹ ATASOY, s. 143; BİRGEN, s. 31; YORULMAZ/ ŞANYÜZ/ KETENCİ, s. 131-133, 135, 139-140.

²⁶² ÖZBEK, Şerh, s. 265; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 487.

²⁶³ ÇETİN, s. 28. TTB 47. Genel Kurulunda kabul edilen Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (10-11 Ekim 1998) içerisinde yer alan “cinsel ilişki muayeneleri” başlıklı 39. maddede de hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene

mağdurlarının muayeneleri özel bir önem ve özeni gerekli kılar. Mağdur psikolojik olarak da zor durumdadır. Fiziksel ve psikolojik travmaya maruz kalmıştır. Muayene bulguları daha önceden hazırlanmış standart formlara yazılmalıdır. Böylece tüm bulguların atlanmadan tespiti kolaylaşır. Adli rapor cinsel saldırı suçunun mağduruna yargılama aşamasında en büyük katkıyı sağlayacak olan belgedir. Bu nedenle adli rapor, cinsel suç olgularında durumu saptayan bulguların tümünü içermelidir. Söz konusu raporların yeterli, açık ve tanımlayıcı şekilde yazılması kişilerin mağduriyetlerinin giderilmesinde ve gereken cezanın verilmesinde temel unsur olacaktır²⁶⁴.

istemlerini dikkate alamaz, hekim ilgilinin veya ilgili reşit değilse, veli veya vasisinin aydınlatılmış onamı olmadıkça cinsel ilişki muayenesi yapamaz hükmü yer almaktadır. (Söz konusu belge için bkz. <http://www.hukuki.net/www.saglikhukuku.net/index.php?article=53>, erişim tarihi: 12. 04. 2007).

²⁶⁴ **CELBİS** Osman/ **KARACA** Mehmet/ **ÖZDEMİR** Bora/ **ISIR** Aysun Baransel, “Cinsel Suçlarda Muayene”, http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/18_kay_cinselsuclardamuayene.pdf, s. 49-51, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TEDBİRİN DENETİMİ, ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ VE TEDBİRDEN KAYANAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ

I.DENETİM MUHAKEMESİ

Davaya bakan mahkemenin muhakeme esnasında hata yapması ve gerçeğe uygun olmayan karar alması mümkündür. İşte bu hataların giderilmesi ve maddi gerçeğe uygun kararların istikrarlı bir şekilde verilebilmesi için hukuki bir denetime ihtiyaç duyulmaktadır. Bir yargılama makamınca verilen kararların hukuka aykırı olabileceği ihtimali karşısında kural olarak bir başka yargılama makamı tarafından incelenmesi yararlı olacaktır. Bu husus hukuk devleti ilkesinin de bir gereğidir ve bunu sağlamak için ceza muhakemesi hukukunda kanun yolları kabul edilmiştir²⁶⁵.

CMUK'dan farklı olarak²⁶⁶ CMK kanun yollarını, olağan kanun yolları ve olağanüstü kanun yolları olarak tasnif etmiştir. İtiraz, temyiz ve istinaf ilk gruba; olağanüstü itiraz (Yargıtay Cumhuriyet başsavcısının itirazı), kanun yararına bozma (yazılı emir) ve yargılamanın yenilenmesi ikinci gruba girmektedir. CMK kanun yolları bakımından CMUK'a göre farklılıklar içermektedir. CMUK'ta yer verilmeyen bir kanun yolu olarak istinaf öngörülmekte; buna karşılık CMUK'da düzenlenmiş bir kanun yolu olan karar düzeltme CMK ile kaldırılmış bulunmaktadır²⁶⁷. Kesinleşmemiş kararlara karşı gidilebilen kanun yolları olağan;

²⁶⁵ Çeşitli tanımlar için bkz. **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 688-689; **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 697; **ÖZBEK/ KANBUR/ BACAĞIZ/ DOĞAN**, s. 435; **KUNTER/ YENİSEY**, Ceza Muhakemesi, s. 443; **EREM**, s. 492 vd.; **TANER**, s. 353 vd.

²⁶⁶ CMUK döneminde kanunda açık bir tasnif yapılmış değildi. Kararın kesinleşip kesinleşmemesine göre başvuru kanun yolunun olağan veya olağanüstü olduğu belirtilmekteydi. Buna göre; olağan ve olağanüstü kanun yolları şu şekilde tasnif edilmekteydi: Olağan Kanun Yolları: -itiraz, -temyiz, Olağanüstü Kanun Yolları: -muhakemenin yenilenmesi, -karar düzeltme, -olağanüstü temyiz (yazılı emir), -olağanüstü itiraz.

²⁶⁷ **ÖZTÜRK/ ERDEM**, s. 700; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 700-701. Öğretide karar düzeltmeye CMK'nın getirmiş olduğu denetim muhakemesi sistemi bakımından artık ihtiyaç kalmadığı

kesin veya kesinleşmiş kararlara karşı gidilebilen denetim muhakemesi yolları ise olağanüstü kanun yolu olarak adlandırılmaktadır²⁶⁸.

CMK madde 75/6'da, şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin alınacak hakim veya mahkeme kararlarına karşı itiraz yolunun açık olduğu belirtilmiştir. Aynı şekilde CMK madde 76/son diğer kişilerin beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına ilişkin hakim veya mahkeme kararlarına itiraz yolunun açık olduğunu hükme bağlamıştır. Yine Yönetmeliğin 24. maddesinde söz konusu Yönetmeliğin 4, 5, 6, 7, 8, 9 ve 10'uncu maddeleri gereğince alınacak hakim veya mahkeme kararlarına itiraz edilebileceği ve ikinci fıkrasında da itiraz halinde CMK'nın ilgili hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir. İtiraza ilişkin hükümler kanununun 267 vd. maddelerinde düzenlenmiş bulunmaktadır. İtiraz kanun yoluna gidilmesi halinde söz konusu hükümler uygulanacaktır.

Olağan kanun yollarından biri olan itiraz, bir hakim veya mahkeme kararına karşı, kanunda gösterilen kişiler tarafından²⁶⁹ yedi gün içinde kararı veren mercie yapılacak başvuru üzerine, kararın yeniden incelenmesine ilişkin kanun yoluna denir²⁷⁰.

İtiraz, kural olarak, hakim kararlarına karşı gidilebilen bir kanun yoludur. CMK m. 267/1'de yer alan "*hakim kararları ile kanunun gösterdiği hallerde*

belirtilmiştir. Çünkü CMK, ilk derece mahkemesinin kararını hem maddi yönden hem de hukuki yönden incelemeye tabi kılmaktadır. Artık karar düzeltmeye yer verilmesi gerekmemektedir. (KUNTER/ YENİSEY, Ceza Muhakemesi, s. 484).

²⁶⁸ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 701; ÖZTÜRK/ ERDEM/ ÖZBEK, no. 917.

²⁶⁹ CMK itiraz kanun yoluna gidebilecekleri tek tek göstermiş değildir. Denetim muhakemesine gidebilenlerin itiraz kanun yoluna da gidebilecekleri açıktır. Tanık, bilirkişi ve öteki kişilerin de kendilerini ilgilendiren kararlara karşı itiraz edebileceklerini düzenleyen CMUK m. 297/2'ye paralel bir düzenlemeye CMK yer vermiş değilse de, bunların da kendilerini ilgilendiren kararlara karşı itiraz edebilecekleri açıktır (ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 701).

²⁷⁰ Tanımlar için bkz. ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 701; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 700; CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 589; KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 1273; KUNTER/ YENİSEY, Ceza Muhakemesi, s. 449; YURTCAN, Ceza Yargılaması, s. 456; YURTCAN, Şerh, s. 746.

mahkeme kararlarına karşı itiraz edilebilir” hükmü ile bu hususa açıklık getirilmiştir. Buradan anlaşılacağı üzere, kural olarak mahkeme kararlarına karşı itiraz yoluna gidilemez. Mahkeme tarafından verilen bir karara karşı itiraz yoluna gidilebilmesi kanunda bu konuda açıklık olması hali ile sınırlandırılmıştır. Böyle bir açıklık beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri (CMK m. 75/6, 76/son) bakımından mevcuttur²⁷¹.

CMK itiraz kanun yolu bakımından çeşitli yenilikler getirmiştir. Bunlar şu şekilde sıralanabilir:

-CMUK’da yer alan adi-acele itiraz ayırımına son verilmiştir.

-İtiraz için 7 günlük süre öngörülmüştür.

-Hangi kararlara karşı itiraz kanun yoluna gidileceği kanunda açıkça belirtilmiştir.

-İtiraz, itiraza konu kararı alan hakim/mahkemeye verilecek bir dilekçe ya da o hususta bir tutanak tutulmak üzere zabıt katibine yapılacak bir beyan ile olur. Söz konusu hakim/mahkeme kararının hukuka aykırı olup olmadığını kendisi incelemektedir. Hukuka aykırı bulursa kararını düzeltmekte, aksi takdirde hemen ve nihayet en geç 3 gün içinde itirazı inceleyecek mercie göndermektedir. 1412 sayılı CMUK’da ise sadece adi itiraz için öngörülmüş olan bu durum artık itirazı mümkün her karar bakımından geçerlidir²⁷².

İtiraz dilekçesinin verilmesi, aleyhine itiraz olunan kararın yerine getirilmesinin geri bırakılması sonucuna yol açmaz. Ancak, kararına itiraz edilen makam veya itirazı inceleyecek olan merci (bu makamlar CMK m. 268/3’te gösterilmiştir) kararın yerine getirilmesinin geri bırakılmasına karar verebilir (CMK m. 269). Görüldüğü üzere, kural olarak, itiraz dilekçesi vermenin durdurma etkisi

²⁷¹ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 701; YURTCAN, Şerh, s. 747.

²⁷² ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 702; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 701-703.

yoktur. Ancak, bu kuralın istisnaları yok değildir. Örneğin şüpheli veya sanığın gözlem altına alınma kararına karşı yapılan itiraz kararın yerine getirilmesini durdurur (CMK m. 74/4). İtirazı inceleyecek merci, yazı ile cevap verebilmesi için itirazı Cumhuriyet savcısı ve karşı tarafa bildirebilmektedir (CMK m. 270)²⁷³.

İtiraz incelemesi kural olarak duruşmasız olmaktadır (CMK m. 271/1). Bununla beraber itirazı inceleyen merci gerekli gördüğünde Cumhuriyet savcısı ve daha sonra da müdafî veya vekili dinleyebilir. İtirazı inceleyen merci inceleme ve araştırma yapabileceği gibi, bu konuda inceleme ve araştırma yapılmasını da isteyebilir (CMK m. 270). Bu amaçla naip hakim veya istinabe yoluna gidilebileceği gibi kolluk veya savcıya da emir verilebilmektedir²⁷⁴.

İtiraz üzerine yapılan hukuki ve maddi inceleme sonucunda iki tür karar verilebilir: 1-İtiraz haklı görülmediğinde red kararı verilir, 2-İtiraz haklı görülürse, hukuka aykırı karar kaldırılır ve hukuka uygun karar yine itirazı incelemiş olan makam tarafından verilir (CMK m. 271/2). İtiraz makamının verdiği kararlar kesindir. Ancak merci sanığın tutuklanmasına karar verirse, bu karara karşı itiraz yolu açıktır (CMK m. 271/3)²⁷⁵.

Burada ayrıca yasa koyucu savcılık kararları bakımından bir de zorunlu yasal denetim öngörmüştür. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının tedbire karar vermesi durumunda bu kararın yirmidört saat içinde hakim veya mahkemenin onayına sunulması zorunluluğu isabetli olarak hükme bağlanmıştır. Onaylanmayan kararlar ise, hükümsüz kalacak ve elde edilen deliller kullanılamayacaktır (CMK m. 75/1, 76/1).

²⁷³ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 703; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 705-706.

²⁷⁴ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 703; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 706.

²⁷⁵ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 703; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 707; YUTCAN, Ceza Yargılaması, s. 459.

II. ELDE EDİLEN VERİLERİN AKİBETİ

CMK 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 kişilerce bir başkasına verilemez (CMK m. 80/1; Yönetmelik m. 14/1).

Kişisel veri tanımı bu konuyu ayrıntılı olarak düzenleyen TCK m. 135 ve devamı maddelerinde bulunmamaktadır. 135. maddenin gerekçesinde “*Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, kişisel veri olarak kabul edilmelidir*”²⁷⁶. Bu konuya ilişkin hususlar 2004 yılından bu yana tasarı halinde buluna Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Taslağı'nda yer almaktadır. Elde edilen deliller üzerinde ne gibi bir işlem yapılacağı, bu delillerin yok edilip edilmeyeceği ve buna ilişkin bir denetim mekanizması oluşturulması gerekmektedir. Söz konusu taslağın yasalaşması sorunun çözümünde yararlı olacaktır. Buna göre kişisel veri, belirli veya kimliği belirlenebilir bir kişiye ilişkin bütün bilgileri ifade etmektedir (KVKK m. 3/a). TCK m. 135'e göre, hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Gene 136. maddede bu verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır hükmü bulunmaktadır. Peki, kişisel verilerin kaydı hukuka uygun olarak nasıl gerçekleştirilecektir? İşte bu sorunun cevabı TCK'da yoktur. Hukuka uygun kaydın nasıl yapılacağı henüz yasalaşmayan Kişisel Verilerin Korunması Kanun Taslağı'nda yer almaktadır²⁷⁷.

Bu bilgiler, kovuşturmayaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması, itirazın reddi, beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilip kesinleşmesi

²⁷⁶ ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 868.

²⁷⁷ Taslak metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/kisiselveriler.htm>, erişim tarihi: 12. 04. 2007. 28. 01. 1981 tarihli Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşme ile, kişisel nitelikteki verilerin korunması amaçlanmış bulunmaktadır. Türkiye'de bu sözleşmeye 28 Ocak 1981 tarihinde imza atmıştır. Sözleşmenin 2. maddesinde, kişisel nitelikteki verinin, kimliği belirtilen veya belirtilebilen gerçek kişiyle ilgili tüm bilgileri ifade edeceği belirtilmiştir. (ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 260).

durumlarında Cumhuriyet savcısının huzurunda derhal yok edilir ve bu husus dosyasında muhafaza edilmek üzere tutanağa geçirilir (CMK m. 80/2). Maddede verilerin ne şekil ve usulde yok edileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Yönetmeliğe göre veriler Cumhuriyet savcının uygun göreceği usullerle yok edilecektir (Yönetmelik m. 14/2). Bu durumda mahkumiyet kararı verilmesi halinde inceleme sonuçlarının yok edilmesi zorunluluğu bulunmamaktadır²⁷⁸.

5353 sayılı yasa ile yapılan değişiklik ile, 5271 sayılı yasanın 80. maddesinin ikinci cümlesi yukarıda belirttiğimiz şekilde düzenlenmiş ve maddeye ikinci fıkra eklenmiştir. Maddede vücuttan alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçlarının hükmün kesinleşmesi durumunda yok edileceği öngörülmekte idi. Dolayısıyla, hüküm çeşitleri arasında herhangi bir ayırım bulunmamaktaydı. Bu düzenlemeyle, her türlü hükmün değil, sadece;

-kovuşturmaya yer olmadığı kararına itiraz süresinin dolması,

-itirazın reddi,

-beraat veya

-ceza verilmesine yer olmadığı kararlarının kesinleşmesi durumlarında bu bilgilerin yok edilmesi kabul edildiğinden böylece mahkumiyet halinde bilgilerin muhafazası mümkün hale gelmiştir. Bu durumda verilerin saklanması tedbiri daha çok bir önleme tedbiri niteliğini almaktadır. Aslında bunu ceza muhakemesiyle bağdaştırmak zordur. Çünkü ceza muhakemesi bir suçun işlenmesiyle devreye girer. Ancak burada bir suçun önlenmesinden çok, işlenmesi muhtemel bir suçun kısa sürede aydınlatılması amaçlanmaktadır ve mutlak anlamda hiçbir suçun önlenmesi

²⁷⁸ Yönetmeliğin 22. maddesinde Cumhuriyet başsavcılıklarınca yapılan iş bölümlerinde, bu Yönetmelik kapsamında elde edilen verilerin imha edilmesi ve diğer işlemlerin yürütülmesi amacıyla yeterli sayıda Cumhuriyet savcısı görevlendirilir ve kovuşturma sonunda verilen beraat ve mahkumiyet kararları, bu Yönetmelik hükümlerince öngörülen işlemlerin yerine getirilmesi için mahkemece ilgili Cumhuriyet başsavcılığına gönderilir hükmü yer almaktadır.

mümkün olamayacağından tedbirin yine ceza muhakemesi sınırları içerisinde kaldığı kabul edilmelidir²⁷⁹. 5353 sayılı yasa ile değiştirilmeden önce inceleme sonuçlarının en geç on gün içinde yok edileceğinden bahsedilmekteyse de hükmün son halinde bu sürenin de kaldırıldığı görülmektedir²⁸⁰.

Yönetmeliğe göre, “*Bilirkişi tarafından yapılan analizler sonucu elde edilen bulgular ilgili makama gönderilir; bulgular üzerinden moleküler genetik analizler için izole edilen DNA örnekleri bilirkişi tarafından rapor hazırlandıktan sonra imha edilir ve bu husus raporda açıkça belirtilir*” (Yönetmelik m. 14/3). Ayrıca moleküler genetik incelemelerin özel kalıtsal karakterler hakkındaki açıklamayı içermediği bilinen kromozom bölgesi ile sınırlı kalmasına özen gösterilir şeklinde bir hüküm de bulunmaktadır (Yönetmelik m. 14/4)²⁸¹.

Ülkemizde suçla hukuka uygun bir şekilde mücadele etmek suçların işlenmesini önlemek için mutlaka DNA veri bankaları olmalıdır. Ancak bu bilgilerin depolanması özel hayata müdahale teşkil edeceğinden, kanunla düzenleme yapılması şarttır. DNA analizi yönteminin daha etkin ve hızlı bir biçimde kullanılması, böyle bir veri bankasının oluşturulmasıyla mümkün olacaktır. Ancak, bir banka oluşturulabilmesi ve buradaki verilerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi

²⁷⁹ ÖZBEK, Şerh, s. 286; ÖZBEK, DNA Analizi, s. 556.

²⁸⁰ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 494-495; ÇETİNKAYA/ UYAR, s. 30; ERKEN/ ÖZBEK, s. 85.

²⁸¹ Kişisel Nitelikteki Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Şahısların Korunmasına Dair Sözleşmede de kişisel nitelikli verilerin, meşru ve yasal yollardan elde edilmesi ve işleme tabi tutulmaları, belli ve meşru amaçlar için kaydedilmeleri ve bu amaca aykırı şekilde kullanılmamaları, uygun ve elverişli olmaları ve kaydedildikleri amaca göre aşırı olmamaları, doğru ve icabında güncel olmaları, ilgili kişilerin kimliklerini belirtecek bir biçim altında ve kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak bir süre için muhafaza edilmeleri kararlaştırılmıştır. Yine iç hukukta, uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırk menşeyini, politik düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel nitelikteki verilerle, sağlık veya cinsel yaşamla ilgili kişisel nitelikteki verilerin otomatik bilgi işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Bu verilerin korunması için, gereken önlemlerin alınması aksi halin cezalandırılması kararlaştırılmıştır. (ÇOLAK/ TAŞKIN, s. 260-261).

imkanının yasal sınırları çizilmeli, yani koşulları da titizlikle belirlenmelidir²⁸². Nitekim konuyla ilgili olarak DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı²⁸³ hazırlanmış bulunmaktadır. Bu kanunun amacı birinci maddesinde “*kimlik tespiti veya adli amaçla DNA örneklerinin alınması, analiz yapılması, verilerin saklanması, verilerden yararlanılması ile Türkiye Milli DNA Veri Bankasının kuruluş ve görevlerine ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*” olarak belirlenmiştir. Tasarı hakkında birçok eleştiri olmasına rağmen²⁸⁴ suçla etkin mücadele için bu şekildeki veri bankalarının kurulması zorunludur. Söz konusu tasarının yasalaşması elde edilen bu verilerin akıbetinin belirlenmesi açısından önemlidir. Tasarıda kişisel veri niteliğindeki DNA örneklerinin hangi usul ve esaslar çerçevesinde saklanacağı veya yok edileceğine, ilgili yok etme işlemlerinin yetkililerce gerçekleştirilmemesi halinde hangi yaptırımların uygulanacağına dair ayrıntılı düzenlemelere yer verilmiştir. Tasarıya göre, CMK’nın 75 ve 76. maddeleri uyarınca şüpheli, sanık, mağdur veya diğer kimselerden alınmış DNA örnekleri DNA

²⁸² **ÖZBEK**, DNA Analizi, s. 557; **ÖZBEK**, Şerh, s. 288; **GÜLSOY/ KÖK**, s. 20; **SÖZÜER/ TEKDAĞ**, s. 53. Kasım 2005 itibarıyla, FBI’nın denetimindeki Ulusal DNA Veri Tabanı CODIS’teki profil sayısı 2.900.000’e yaklaşmıştı. İngiltere’nin DNA bankasındaki profil sayısı ise 3 milyonu çoktan geçmiş bulunmaktaydı. (**ATASOY**, s. 92).

²⁸³ Tasarı metni için bkz. <http://www.kgm.adalet.gov.tr/gorus/dnaveribankasi.htm>, erişim tarihi: 11. 04. 2007. Tasarı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **ÖZBEK** Veli Özer, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 3, Nisan 2007, s. 47 vd.; **ALTAŞ** Ebru, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 3, Nisan 2007, s. 78 vd.

²⁸⁴ Bahsedilen eleştirilerden birkaçı şu şekildedir: Üniversitelere bağlı Tıp Fakültelerinin Adli Tıp ve Tıbbi Biyoloji Anabilim dallarındaki laboratuvarların devre dışı bırakılmış olması, ölüm durumunda kaydın silinmesi ile ilgili bir düzenleme olmaması, banka başkanının Başbakanca atanmasının öngörülmesi doğru bulunmamış siyasetle gelen yürütmenin başının özerk bir yapılanmanın başkanını ataması uygun bulunmamıştır. DNA suç dünyasıyla mücadele eden teknik personel için en önemli silahlardandır. Bu denli önemli ve etkin kullanılabilecek sistemin başındaki kişi siyasi tercihle değil daha objektif bir biçimde atanmalıdır denilmiştir (**ALKAN** Nevzat/ **ZENGİN** Nurullah/ **HANCI** İ. Hamit/ **TUĞ** Ayşim/ **ALAKOÇ** Yeşim/ **VAROL** Nezi, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkında Adli Bilimciler Derneği Görüşü”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_443.htm, erişim tarihi: 11. 04. 2007).

analiz sonuçları ortaya çıktıktan sonra analizin yapıldığı laboratuvar²⁸⁵ yetkilileri tarafından yok edilecektir. Tutanağın bir sureti ve DNA analizi sonuçlarının yorumunu içeren rapor ilgili mercie gönderilecektir (Tasarı m. 10/1)²⁸⁶.

Belirtmek gerekir ki; bu örneklerin yok edilmemesi TCK m. 138'deki “verileri yok etmeme” suçunun oluşmasına neden olabilir. Buna göre “kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir”. Yine TCK m. 139 gereğince kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçları re’sen kovuşturulan suçlar arasındadırlar. Belirtilen delillerin hukuka aykırı deliller olacağı ve imha edilerek ortadan kaldırılması gerektiği kuşkusuzdur.

DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı’nda da bazı eylemler için cezai yaptırımlar öngörülmüştür. Bu tasarının 36. maddesinin ilk fıkrasına göre; tasarıda öngörülen usule aykırı olarak DNA analizi için biyolojik örnek alanlar ya da tasarıya göre DNA analizi yapmaya yetkili olmadığı halde DNA

²⁸⁵ Tasarı m. 6/1 Sağlık Bakanlığı’nın bankanın görüşünü almak suretiyle, diğer gerçek ve tüzel kişilere ait olan laboratuvarlarda da bu Kanun hükümlerine göre DNA analizi yapılmasına izin verilebileceğini belirtmektedir. Bu düzenlemenin ülkemiz uygulamasında sakınca yaratabilecek nitelikte olduğu ifade edilmiştir. Zira özel laboratuvarların DNA analizi yapabilmesi uygulamada istismar edilebilecek niteliktedir. Bu nedenle belki zorunluluk olarak görülen bu düzenleme gözden geçirilmeli etkin, yaygın, gerçek ve uygulanabilir bir denetim-kontrol sistemi getirilmeden izin verilmemelidir denilmiştir (ÖZBEK, Tasarı, s. 76).

²⁸⁶ Tasarı “biyolojik örnekler ile bu biyolojik örneklerden elde edilen izolatlar”ın saklanması ile “DNA profilleri” nin saklanması olarak iki ayrı saklama usulünü düzenlemektedir. Buna göre örnekler ve izolatlar laboratuvarlarda (Tasarı m. 10), DNA profilleri ise Bankada saklanacaktır (Tasarı m. 12). Söz konusu Tasarının biyolojik örnek ve DNA analiz sonuçlarının kişinin beden tamlığı ve özel hayatının gizliliği haklarını sağlamak olduğu düşünüldüğünde biyolojik örnek ve izolatların saklanmasına imkan tanınması ve 10. madde ile bunun kapsamının genişletilmesi tümüyle amaca aykırı bir yaklaşımı ortaya koymaktadır denilmiştir. Ayrıca iki ayrı saklama usulüne yer verilmesinin ve özellikle örnek ve izolatların saklanmasının veri bankasını anlamsızlaştıracak olmasının bir başka eleştiri konusu olduğu ve kanun yapma tekniğine uygun olmadığı da belirtilmiştir. (ÖZBEK, Tasarı, s. 74).

analizi yapanlar TCK m. 135’de düzenlenen “*kişisel verilerin kaydedilmesi*” suçuna göre cezalandırılacaklardır. Tasarının 36/2 maddesine göre, hukuka aykırı olarak DNA verilerini açıklayan, yayan, bir başkasına veren, ele geçiren veya aktaranlar TCK m. 136’da yer alan “*verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme*” suçundan cezalandırılacaklardır. Son olarak tasarının 36/3. maddesi söz konusu biyolojik örneklerin saklanmasına veya yok edilmesine dair hükümlere aykırı hareket edenler TCK m. 138’de yer alan “*verileri yok etmeme*” suçundan dolayı cezai yaptırıma uğrayacaklardır hükmüne yer vermiştir.

Avrupa Birliği’ne üye ülkelerin çoğunda daha kapsamlı DNA veri bankalarına rastlanmaktadır²⁸⁷.

²⁸⁷ Avrupa Birliği’nin 9 Haziran 1997 tarihinde AB üyesi ülkelerin aynı standartlarda DNA veri tabanı oluşturmalarının uygun olacağı, aynı lokusların kullanılarak DNA analiz sonuçlarının bildirilmesi gerektiği yönünde ve 25 Haziran 2001 tarihinde ise bu bilgilerin ülkeler arası paylaşımına açılması yönünde tavsiye kararları bulunmaktadır (**BİRGEN**, s. 27-28). DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı m. 11’de ifade zafiyeti vardır. Bu maddenin daha iyi anlaşılabilmesi için 3. fıkra şu şekilde değiştirilmelidir denilmiştir. “*Bu durumda DNA profilleri Banka tarafından ancak yabancı ülke makamlarının, eşdeğer ve uygun bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmesi halinde yurt dışına aktarılabilir*”. Bu suretle uluslararası hukukta önemli bir ilke olan karşılıklılık ilkesi çerçevesinde hareket edilmesi mümkün olacaktır. Kaldı ki, m. 11/5 “*Suç soruşturması ve kovuşturmasına ilişkin hükümler saklıdır*” şeklinde bir düzenleme getirerek sanki hiçbir güvence öngörülmesizin, m. 11’deki usuller gözetilmeksizin DNA profillerinin yabancı ülkeye verilebileceği gibi bir izlenim yaratmaktadır. (**ÖZBEK**, Tasarı, s. 74-75).

Nisan 1998'den itibaren “*tehlikeli suçlar*” işleyenlerin DNA profillerini²⁸⁸ bankada tutan Alman Federal Kriminal Dairesi, başta cinsel saldırılar olmak üzere, suçların aydınlatılması amacıyla geniş kitlelerden alınan örneklerin DNA profillerini, olay yerinden elde edilen profiller ile karşılaştırdıktan sonra imha ettiğini belirtse de, bu Ali Abdullah örneğinde böyle olmamıştı. Dünyanın en ünlü ve en zengin modacılarından Rudolph Moshammer'i öldürdüğünü daha sonra polisin ve savcının yaptığı sorgularda ve mahkemede de ikrar eden bu kişi Irak'lıydı. 2001'de Almanya'ya gelmiş ve sığınma hakkı talep etmişti. Bu sıralarda, mahallesinde gerçekleşen bir cinsel saldırıyı aydınlatacak DNA analizleri yapmak üzere, polis belli yaş aralığındaki rızası olan erkeklerden örnek almaya başlamış ve Ali Abdullah'da onlardan biri olmuştu. Polis önce bir form okutuyor, imzalayanlar DNA sonuçlarının federal veri tabanında muhafazasına izin veriyordu. Ali Abdullah da formu imzaladı. Analizler sonucu gerçek fail yakalandı ancak, rıza gösterdiğinden yaklaşık yarım milyon profil bulunan bankada kaldı. Moshammer'in boğularak ölmesine neden olan boynundaki siyah kabloyu inceleyen Kriminal Laboratuvar Uzmanları, orta kısmında Moshammer'in, her iki yana doğru bir başka erkeğin DNA'sını buldular. Elde edilen bu profil tüm eyaletlerden gelen profillerin bir arada olduğu Federal Kriminal Dairesi'ne gönderildi. Katilin DNA profiline işte bu veri tabanında rastlanmıştı. Bu kişi daha önce hiç suç işlememiş Ali Abdullah'dı. Avukatı, Abdullah'ın yeterince Almanca bilmediğini formda yazılanları anlamadan imzaladığını ve DNA profilinin bankada tutulmasının hukuka aykırı olduğunu ileri sürse de Ali Abdullah canavarca duygularla adam öldürmekten 21 Kasım 2005'te ömür boyu hapse mahkum oldu. Polise ve savcıya daha geniş yetkiler verilmesini ve bankanın genişletilmesini savunanlar, suçlu olmadığı halde Ali Abdullah'ın DNA profilinin bankada tutulması

²⁸⁸ Tasarı “*DNA verileri*”, “*DNA analizi*”, “*DNA profili*” vb. terimleri kullanmakta iken Yönetmelik “*moleküler genetik inceleme*” terimini kullanmaktadır. Böylece mevzuatımızda aynı konuyu düzenleyen farklı terimler yaratılmış bulunmaktadır. Yasakoyucu terim konusunda bir tercih yapmak zorundadır. Yine Yönetmelik m. 3'de yer alan moleküler genetik incelemeyi “*Gereken tür ve miktarda biyolojik materyali kullanarak, kişiyi diğer kişilerden ayıran ve kalıtım kurallarına uygu olarak aktarılan hastalık dışındaki özelliklerinin moleküler düzeyde araştırılması*” olarak tanımlamıştır. Buna karşılık aynı konu Tasarıda “*DNA analizi: DNA profili elde etmek amacıyla DNA örneği üzerinde yapılan bilimsel test*” olarak tanımlanmıştır. Bu da aynı konuda iki ayrı tanımın varlığına yol açacaktır (ÖZBEK, Tasarı, s. 71).

sayesinde Moshammer cinayetinin çözülebildiğini her platformda dile getirdiler ve liberallerin tüm karşı çıkışlarına karşın, Angela Merkel'in başbakan olmasından hemen önce 1 Kasım 2005'te Ceza Muhakemesi Kanunu'nun ilgili maddelerindeki değişiklikleri yürürlüğe sokabildiler. Söz konusu değişiklikler, Alman polisine her ne kadar İngiliz meslektaşları kadar olanak getirmese de önceki kısıtlamaları büyük ölçüde ortadan kaldırdı²⁸⁹.

Adam öldürme, ırza geçme gibi suçları işleyenlerin, daha önce oto boyası çizme, ufak hırsızlıklar gibi mala karşı basit suçları işlemiş olduklarını defalarca kanıtlayan İngiliz DNA bankası 3 milyona yaklaşan kaydıyla, dünyanın ilk kurulan ve en büyük veri tabanı olma özelliğini taşımaktadır. Banka sayesinde İngiliz polisi, haftada 1500'e yakın olayı aydınlattığı gibi, tutukladığı kişinin yıllar önce işlenmiş başka bir suçun faili olduğunu da kanıtlayabiliyor. Yasal olarak tüm şüphelilerin ve mahkumların bilgisini bankada tutabilen ve bunları hiçbir zaman silmeyen İngilizler, sadece DNA verilerini değil, biyolojik örnekleri de sürekli muhafaza hakkına sahip bulunmaktadırlar.

1990'ların sonunda İngilizlerden sonra Avrupa'nın diğer ülkelerinde de birbiri ardı sıra DNA bankaları kuruldu. Muhafazakarlar ve liberaller arasındaki tartışmalarda kim üstün olduysa, bankalar da o yönde şekillendi. Ancak Fransa gibi, insan hakları, kişisel bilgilerin gizliliği ve etik kaygıları güvenliğin önünde tutan ülkeler bile giderek sertleşmeye ve bankaya girişi kolaylaştırırken, çıkışı zorlaştırmaya başladılar.

Avusturya, Hırvatistan, Slovenya, İsviçre tıpkı İngiltere gibi, her şüphelinin DNA'sını bankada muhafaza etmektedir.

²⁸⁹ Örneğin, olay yerlerinden DNA delillerinin toplanmasında ya da rızası olması durumunda şüpheliden DNA örneklerinin alınmasında yargıç kararı ön koşul olmaktan çıkartılmıştır. Halbuki önceki yasa, her koşulda yargıç kararı aramaktaydı. Ayrıca yargıç kişinin tekrar suç işleyeceğine inandığı takdirde, suç, araç boyası çizmek gibi hafif bir suç olsa bile, DNA profili banka da tutulabilecek. Önceki düzenleme, sadece adam öldürme, cinsel saldırı gibi suçlar da profilin korunmasına izin vermekteydi (ATASOY, s. 137-140).

Fransa, Almanya, Belçika, Hollanda, Danimarka, İsveç suçun niteliğine göre, mahkum edilenin bilgisini 5-40 yıl boyunca bankada saklamaktadır.

Norveç, Hırvatistan ve İngiltere bir kez bankaya giren bilgiyi, hiçbir zaman silmemektedir.

Fransa, DNA analizine gönüllü olmayana hapis ya da ağır para cezası vermektedir.

Almanya'nın Plüm kentinde imzalanan antlaşma ile Belçika, Almanya, İspanya, Fransa, Hollanda, Lüksemburg ve Avusturya, 27 Mayıs 2005'ten itibaren birbirlerinin sadece parmak izi veri tabanlarına değil, DNA bankalarına da doğrudan ulaşabilir hale geldiler. 3 yıl sonunda yapılacak bir değerlendirmenin ardından, tüm AB ülkeleri bu işbirliğine katılacak. Bu bir anlamda, Avrupa genelinde artık tek bir bankaya doğru gidildiğine işaret etmektedir²⁹⁰.

Türkiye'de suçla mücadelenin en önemli olanaklarından biri olan DNA analizini, bankayı ve bunların denetimini düzenleyen özel bir yasanın çıkartılması gerekmektedir. Bu konudaki hassasiyet hukuk devletine aykırı uygulamaların önlenmesi açısından büyük önem taşıyacağı gibi, Avrupa Birliği'ne uyum süreci çerçevesinde iç hukuk mevzuatımızın birlik normlarına uygun hale getirilmesi bakımından da gereklidir²⁹¹. DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı'nın yasalaşması söz konusu verilerin akıbetinin belirlenmesi açısından önemli olacaktır. Bankanın kimin kontrolünde olacağı, veri tabanına bilgi giriş ve çıkışının nasıl güvence altına alınacağı, bilgilerin ne kadar süre saklanacağı, jandarma, polis, Adli Tıp Kurumu ve üniversitelerde elde edilen profillerin ulusal bir bankada ne şekilde birleştirileceği açıklığa kavuşturulmalıdır. Uygulamaya ilişkin önemli konuların Yönetmeliklere bırakılmadan, ayrıntılı ve açık yasa hükümleriyle düzenlenmesi yerinde olacaktır. Konuyla ilgili istismar yaratabilecek en ufak bir açık kapı bırakılmamalıdır. Zira DNA verileri ait olduğu kişiyle ilgili kalıtsal pek çok

²⁹⁰ ATASOY, s. 140-141; BİRGEN, s. 27-28.

²⁹¹ ÖZBEK, Şerh, s. 288.

bilgiyi de içerdiğinden söz konusu işlemler özel hayatın gizliliğini doğrudan etkilemektedirler. Bu nedenle bu verilerin elde edilmesi, saklanması ve kullanılmasının sıkı yasal koşullara bağlanması çok önemlidir²⁹².

III. HUKUKA AYKIRI OLARAK YAPILAN MUAYENE VE ÖRNEK ALMA

Ceza muhakemesi, geçmişte yaşandığı iddia edilen bir olayın gerçekten meydana gelip gelmediğini, meydana gelmiş ise ne şekilde ve kim tarafından meydana getirilmiş olduğunu ortaya çıkarmak ve bu olayın hukuk normları karşısındaki durumunu tespit etmek için yapılmaktadır. Gerek savcının iddia görevini ve gerekse hakimin yargılama görevini yapabilmesi için, geçmişte ne olduğunu bilmek mecburiyetleri vardır. Geçmişte kalmış bir olay, deliller vasıtasıyla bugün adeta gerçeğine uygun olarak tekrar canlandırılacaktır. Ceza muhakemesinde, esas olarak, fiilin fail tarafından işlendiği veya işlenmediği hususunda, hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla, yargılama makamının tam bir kanaate ulaşmasını temin etme işine ispat, ispata yarayan ve hukuk düzenince kabul edilen vasıtalarla ise delil adı verilmektedir²⁹³.

Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşılmasında çok önemli olan delillerin toplanması, korunması ve bozulmadan olayı yargılayacak olan makamın önüne

²⁹² **ÖZBEK**, DNA Analizi, s. 557; **ALTAŞ**, s. 102; **ATASOY**, s. 141. Tasarı m. 3/2’de yer alan “meşru amaç” terimi de açıklanmaya muhtaçtır. Benzer tereddüt Tasarı m. 4 için de geçerlidir. Böyle bir düzenleme yerine elde edilen DNA verilerinin ırk, renk, cinsiyet, politik inanç, sosyal ya da ekonomik durum ya da cinsel tercih ile ilgili olarak işlenemeyeceği, aktarılamayacağı ya da kullanılmayacağına ilişkin açık bir düzenleme getirilmesi yerinde olacaktır. Buna kısaca “genetik ayrımcılık” denilebilir. Yani genetik ayrımcılık yapılamaz. Sonuç olarak Tasarıda “Genetik ayrımcılık yasağı” başlığı altında yukarıda yer alan düzenlemelere yer verilmesi doğru olacaktır kanaatindeyiz. (**ÖZBEK**, Tasarı, s. 72).

²⁹³ **CENTEL/ ZAFER**, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 181 vd.; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 602; **ÖZBEK**, Şerh, s. 820-821; **YURTCAN**, Şerh, s. 523. Polisin Adli Görevlerinin Yerine Getirilmesinde Delillerin Toplanması, Muhafazası ve İlgili Yerlere Gönderilmesi Hakkında Yönetmeliğin 3. maddesinin ikinci fıkrasında delil: “Meydana gelen bir suçun aydınlatılması ve suç sanıklarının tespitine yarayan her türlü ispat vasıtaları” olarak tanımlanmıştır.

getirilmesi önemli bir sorun teşkil etmektedir. 5271 sayılı CMK ile sanıktan delile değil “*delilden sanığa ulaşılması*” yöntemi benimsenmiş ve soruşturma aşamasında delilleri toplamakla görevli savcılık ve onun emrindeki adli kolluk makamlarına önemli araştırma ve tedbire başvurma yetkisi verilmiştir. Bu anlamda özellikle şüpheli, sanık ve diğer kişilerin beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması (CMK m. 75, 76), elde edilen örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler yaptırılması (CMK m. 78) gibi delillere ulaşılmasını sağlayan modern yöntemler son derece önemlidir²⁹⁴.

Maddi gerçeği arayan ceza muhakemesinde, her şey delil olabilir, yani “*delil serbestliği ilkesi*” geçerlidir. Bununla beraber hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Hakim, delil olarak ileri sürülen hususların delil değerini vicdani kanaatiyle serbestçe takdir eder. Buna “*delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi*” denir. Bu iki ilke “*vicdani delil sistemi*”ni oluşturur²⁹⁵.

CMK m. 217/1’de “*hakim kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimin vicdani kanaatiyle serbestçe takdir edilir*” denilerek, vicdani delil sistemi açıklıkla belirtilmiştir. Hakim değerlendirmelerinin gerekçesini hükmünde makul bir şekilde göstermek durumundadır. Aksi halde vicdani delil sistemi keyfi karar verme sistemine dönüşür²⁹⁶.

²⁹⁴ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 368, 574. Yazarlar bu yeni ve teknik yolların rasyonel bir şekilde kullanılabilmesi için buna uygun bir Adli Kolluğun kurulması, Türkiye genelinde kolluk içinde teknik bir birim olarak adli kolluk organizasyonu yapılmasını zorunlu görmekte dirler. CMK m. 164 ila 167’de de adli kolluğun kurulması öngörülmüş bulunmaktadır.

²⁹⁵ CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 181; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 345-347.

²⁹⁶ CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 181; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 669. Vicdani kanaat, maddi uyumsuzluğu çözmeye yetkili makamın, son soruşturmada, muhakeme faaliyeti sonucunda, aklını rehber yaparak ve hukukun koyduğu usul ve esaslar içerisinde kalarak, maddi olayın oluş biçimine dair ulaştığı, kendi açısından şüpheye yer vermeyen bir kanaattir şeklinde tanımlanmıştır. (FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 109).

Vicdani delil sistemini zayıflatacak ve zamanla onun yerini alacak olan sistem “bilimsel delil sistemi”dir. Bilimsel yöntemlerle elde edilen deliller, delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesinin sınırlarını zorlamaya başlamıştır. Nitekim Danimarka ve Almanya gibi ülkeler büyük ölçüde bilimsel delil aşamasına geçmiş bulunmaktadır²⁹⁷. Bilimsel yöntemler kullanılarak elde edilen delil konusunda herhangi bir tereddütün olmaması ve tamamen objektif biçimde ortaya konması gerekmektedir. Örneğin, öldürülen kişinin tırnakları arasında bulunan deri parçasının sanığa ait olduğu bilimsel olarak ispatlandığında, hakimin bunu reddetmesi artık kolay olmayacaktır. Ancak bilimsel incelemeler bunun muhtemelen sanığa ait olabileceği sonucunu veriyorsa, hakim sırf buna dayanarak mahkumiyet hükmü veremeyecektir²⁹⁸. Şayet ceza muhakemesinin sonunda toplanan delillerden hareketle olay belirliliğe kavuşmamışsa, hakim olayın gerçekleştiği konusunda şüphesini %100 yenememişse “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince, mahkumiyet kararı veremeyecektir. Bu ilkenin kaynağı suçsuzluk karinesidir²⁹⁹.

Delil serbestliği hiçbir şekilde akla gelebilecek her şeyin ceza muhakemesinde delil olarak kabul edilebileceği biçiminde anlaşılmalıdır. Olayda delil yasaklarının gerçekleşmiş olması, delilin yargılamada kullanılmasını engeller³⁰⁰. Ceza muhakemesinde ispat için kullanılmak istenen bir vasıtanın delil olarak kabul edilebilmesi için; gerçekçi olması, akılcı olması, olayı temsil edici nitelikte olması ve hukuka uygun olması gerekmektedir. Bu itibarla olayı temsil etmeyen, akla, gerçeğe

²⁹⁷ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 368-369; KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 2, Aralık 2006, s. 209.

²⁹⁸ İspat edilecek olayın dolaylı olarak ispatına yardımcı olan vakıalara ve izlere belirti denilmektedir. Belirtiler günümüz ceza muhakemesinde çok önemlidir. Sanığın veya mağdurun beden muayenesi sonucu elde edilen veriler, suç mahallinde bulunan eşya ve izler belirtidir ve öteki delil ve belirtiler ile desteklendiğinde bir anlam kazanırlar. Bazı belirtiler teknolojinin yardımıyla önemli delil niteliği kazanmaktadırlar. Nitekim olay yerinden elde edilen kan, kıl, tükürük, meni örneğinin DNA analizine tabi tutulması ile önemli bir delil elde edilmiş olacaktır. Ancak daha önce de belirttiğimiz gibi bunun için veri tabanına yani DNA bankasına ihtiyaç bulunmaktadır (ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 427-428, 368; ÖZBEK, Şerh, s. 823; KUNTER/ YENİSEY, Ceza Muhakemesi, s. 227).

²⁹⁹ KOCA, s. 209-210.

³⁰⁰ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 669.

ve hukuka uygun olmayan bir delilin değerlendirilmesi mümkün değildir. Delilin hukuka uygun olmaması, yani delil yasaklarının varlığı, delilin muhakemede değerlendirilmesine engel teşkil edecektir³⁰¹.

Ceza muhakemesinde sadece hakimin değil, savcının da delilleri değerlendirme yetkisi vardır. Savcı artık soruşturma evresinde toplanan delillerin kamu davası açılmasına yeterli olup olmadığını takdir etmek durumundadır. Bu nedenle delillerin serbest değerlendirilmesi ilkesi sadece hakimler için değil, savcılar için de söz konusu olmaktadır. Soruşturma evresinin sonunda toplanan deliller, kamu davasının açılmasına yeterli değilse veya kamu davasının açılması için yeterli delil elde edilememişse savcı kovuşturmayaya yer olmadığına karar verecektir (CMK m. 172). Buna karşın deliller yeterli ise bir iddianame düzenleyip görevli ve yetkili mahkemeye sunacaktır (CMK m. 170). Her durumda savcının bir karar verebilmesi için delilleri değerlendirmesi zorunludur³⁰².

Duruşmada ortaya konulmak istenen delil, kanuna aykırı olarak elde edilmişse hakim böyle bir delilin ikamesini reddedecektir (CMK m. 206/2-a). Anayasanın 38. maddesine 03. 10. 2001 tarih ve 4709 sayılı Kanunla³⁰³ ilave edilen hükme göre ise “*kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular, delil olarak kabul edilemez*”. Bu hüküm sadece hakim değil, kolluk, savcı, mağdur, müdafî de dahil olmak üzere tüm ceza muhakemesi sujeleri bakımından delil yasağı getirildiği anlamına gelmektedir. Anayasanın bu hükmü, ceza muhakemesinin gerek soruşturma, gerek kovuşturma evrelerinde kanuna aykırı olarak elde edilen bulguların herhangi bir karara esas teşkil edemeyeceği, kullanılamayacağı anlamına gelmektedir. Muhakemenin hiçbir aşamasında kanuna aykırı delile dayanılması

³⁰¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 669; KOCA, s. 213, 221-222; ÖZTÜRK Bahri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 131.

³⁰² ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 427.

³⁰³ 17. 10. 2001 tarih ve 24556 s. R. G.

mümkün değildir. Bu hüküm, aynı zamanda, sadece ceza muhakemesinde değil, diğer muhakemeler bakımından da etkili olacaktır³⁰⁴.

Diğer yandan, CMK'nın 217. maddesinin ikinci fıkrası ile de genel bir delil değerlendirme yasağı getirilmiştir. Buna göre “*Yüklenen suç, hukuka uygun bir şekilde elde edilmiş her türlü delille ispat edilebilir*”. Bu hüküm suçun her türlü delille ispatının mümkün olabileceğini belirtmek suretiyle ceza muhakemesinde delil serbestliği ilkesine vurgu yaparken, aynı zamanda bunun sınırını da çizmektedir. Suçun ispatında kullanılacak olan delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi şarttır. Bu düzenlemeyi, aynı konuyu düzenleyen CMUK 254/2’de yer alan ve “*Soruşturma ve kovuşturma organlarının hukuka aykırı şekilde elde ettikleri deliller hükme esas alınamaz*” şeklindeki düzenleme ile karşılaştırdığımızda, yeni kanunda yer alan düzenlemenin muhatabının sadece hakim değil, aynı zamanda savcı ve diğer kişiler de olduğu görülmektedir³⁰⁵.

CMK'nın 217/2 maddesindeki düzenlemenin karşıt anlamından, hukuka aykırı olarak elde edilmiş bir delil ile yüklenen suçun ispatlanmasının yasak olduğu sonucu çıkmaktadır. Hakim kim tarafından elde edilirse edilsin, yüklenen suçun ispatı için ortaya konulan bir delilin hukuka aykırı olarak elde edildiğini belirlediği takdirde, artık bu delili kararına dayanak yapamayacaktır. Böylece CMUK 254/2’de yer alan “*soruşturma ve kovuşturma organları*” ifadesinin neden olduğu ve özel kişiler tarafından elde edilen hukuka aykırı delillerin muhakemede kullanılıp kullanılmayacağına dair tartışmalar da sona ermiş bulunmaktadır. Anayasanın 38. maddesindeki düzenleme de herkesi bağladığından bu konuda yapılan tartışmalar konusuz kalmış bulunmaktadır³⁰⁶.

³⁰⁴ ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s. 134; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 443; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 670; SOYASLAN Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, S. 3-4, Aralık 2003, s. 13 vd.

³⁰⁵ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 675.

³⁰⁶ ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 443. Aksi görüş için bkz. KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU, s. 1016 vd. Yazarlara göre, CMK’da yer alan bu hükümler, devletin kovuşturma organlarını sınırlayan hükümlerdir. Bu bakımdan özel kişilerce elde edilen delillerin hükümde kullanılması genellikle kabul edilmelidir.

Anayasa m. 38 ve CMK m. 206'da kanuna aykırılıktan bahsedilirken, CMK m. 217'de ve CMK m. 230/1-b'de hukuka aykırılıktan söz edilmesi kavram birliğinin olmaması nedeniyle eleştirilmiştir³⁰⁷. Anayasanın 38. maddesine eklenen hükümden sonra delil elde edilirken yapılacak şekli bir aykırılık, hiçbir hak ihlali söz konusu olmasa da, elde edilen delili delil olmaktan çıkaracaktır³⁰⁸. CMK'ya göre tüm deliller hukuka uygun şekilde elde edilmiş olmalıdır. Bir suçun ispatında ancak hukuka uygun olarak elde edilen deliller kullanılabilir. Dolayısıyla yeni kanuna göre delilin elde edilmesindeki hukuka aykırılık, onun değerlendirilmesini de doğrudan etkilemekte ve bir değerlendirme yasağına neden olmaktadır. Şayet hukuka aykırı yöntemler kullanılarak elde edilen delile dayanılarak hüküm tesis edilirse, bu hüküm mutlak surette bozulacaktır (CMK m. 289/1-i)³⁰⁹.

Özel olarak delil elde etme yasağı (örneğin CMK 75/1 ve 76/1-4'te olduğu gibi) getirilmeyen hallerde, CMK 217/2 hükmü delil elde etme sonucu doğuran tüm muhakeme işlemleri açısından geçerli olacaktır³¹⁰.

Hukuka aykırı olarak elde edilen delilin dosyadan çıkartılıp çıkartılmayacağı tartışmalı bir konudur. CMK, hukuka aykırı olarak elde edilen delilin dosyadan çıkartılması anlayışını kabul etmemektedir. Buna göre mahkumiyet hükmünün

³⁰⁷ **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 670

³⁰⁸ **ÖZTÜRK**, Delil Yasakları, s. 135. Aksi görüş için bkz. **BIÇAK** Vahit, "Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi", <http://www.geocities.com/vbicak/uudakibeti.htm>, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

³⁰⁹ **KOCA**, s. 224. Bir temel hak ve özgürlüğü ihlal edip etmediğine bakılmaksızın kanuna aykırı olarak elde edilen delil muhakemede kullanılamaz denilmiştir. (**ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 670). Burada hukuka aykırılık kavramının bir bütün olduğu hukukun bir dalına ya da kanuna aykırı sayılan bir hususun, diğer bir kanuna veya hukuka uygun sayılmayacağı belirtilmiştir. Ayrıca hukuka aykırılık bir dereceleme tabii tutularak hukuka aykırılığın azından ya da çoğundan da bahsedilemez denilmiştir. (**SOYASLAN**, Delil, s. 15). Buna karşılık, yapılan muhakemenin bir bütün olarak değerlendirilmesi ve hukuka uygun veya aykırı olarak elde edilen delillerin kullanılarak verilen hüküm adil ise, delilin hukuka aykırı da olsa kullanılabilmesi de belirtilmiştir. Sonuç adil yargılama hakkının ihlaline götürmüyorsa kullanma mümkün olmalıdır denilmiştir. (**KUNTER/ YENİSEY/ NUHOĞLU**, s. 986 vd.). Ancak yapılan Anayasa değişikliği karşısında artık bu tartışmalar da konusuz kalmış görünmektedir.

³¹⁰ **KOCA**, s. 225.

gerekçesinde hakim dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delilleri ayrıca ve açıkça gösterecektir (CMK m. 230/1-b). O halde CMK'ya göre dosyada bulunan ve hukuka aykırı olarak elde edildiği belirlenen delillerin dosyadan çıkartılması mümkün olmayacaktır³¹¹. Delil yasaklarının varlığı halinde söz konusu delil hükme esas alınmamaktadır. Bu durum “*mutlak bir delil değerlendirme yasağı*”dır. Aynı zamanda delil yasaklarının uzak etkisi gereği delil yasakları elde edilmesini sağladığı diğer delilleri de hükme esas alınamaz duruma getirmektedir. Hukuka aykırılığın dolaylı ya da doğrudan oluşu arasında bir fark bulunmamaktadır. Anayasa değişikliğinden sonra delil yasaklarının uzak (dolaylı) etkisi bakımından da değerlendirme yapılmasına gerek kalmamıştır³¹².

Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanması CMK m. 75 ve 76'da bazı şartların varlığına bağlanmıştır. Tedbirin uygulanması sonucunda elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için bu şartların mutlaka yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde, hukuka aykırı yapılmış bir muayene veya örnek almadan söz edilecektir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bu işlemler sonucu elde edilen deliller de yasak deliller kapsamında değerlendirilecek ve ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır.

Tedbirin haksız uygulanması durumunda haksız uygulayanlar hakkında görev suçu oluşabilecektir. Bu görev suçu memuriyet görevini ihmal şeklinde ortaya çıkabilir. Burada zarar görenin şikayetinden veya dosya içeriğinden suçun işlendiği kanaatini edinen Cumhuriyet savcısının, oluşan görev suçuna ilişkin soruşturma başlatılması için lüzumlu işlemleri yapması gereklidir³¹³. Hukuka aykırı beden

³¹¹ ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 676; ÖZTÜRK/ ERDEM, s. 445.

³¹² ÖZTÜRK, Delil Yasakları, s. 135; ÖZBEK, Ceza Muhakemesi, s. 676; CENTEL/ ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, s. 559.

³¹³ YTCK m. 257'de (Görevi Kötüye Kullanma suçu), önceki kanunun farklı maddelerinde düzenlenen çeşitli benzer suç tipleri bir arada toplanmıştır. Gerçekten, YTCK m. 257/1'de önceki kanunun 240. maddesinde yer alan görevi kötüye kullanma; YTCK m. 257/2'de önceki kanunun 230. maddesinde yer alan görevi ihmal; YTCK m. 257/3'te ise, kısmen önceki kanunun 212/1. maddesinde yer alan basit rüşvet suçunun karşılığı kısmen de yeni bir suç tipi düzenlenmiştir. Yine önceki kanunun 228. maddesinde yer alan keyfi muamele suçu da, YTCK m. 257/1-2'ye

muayenesine maruz kalan kişinin, tedbiri haksız uygulayanlar hakkında kamu davası açılması halinde davaya CMK m. 237 vd. gereğince müdahil sıfatı ile katılması mümkündür.

Daha önce de belirttiğimiz gibi TCK m. 287'ye göre yetkili hakim veya savcı kararı olmadan, kişiyi genital muayeneye göndermek veya böyle bir muayeneyi yapmak da suç olarak düzenlenmiştir. Uygulamamızda sıklıkla başvuru olan “kızlık muayenesi” yasa koyucuyu böyle bir düzenlemeye itmiştir. Suç mağduru üzerinde gerçekleştirilecek söz konusu muayene CMK m. 76 hükümlerine tabidir. Dolayısıyla ancak hakim kararı ve gecikmede sakınca varsa savcı kararı ile mümkün olacaktır. Ancak mağdurun rızası böyle bir karar alınması zorunluluğunu ortadan kaldırmaktadır (CMK m. 76/2). Ancak bu durumda rızanın varlığının belgelenmesi gerekir. Aksi halde, TCK m. 287'nin uygulanması tehlikesi ortaya çıkacaktır. Aynı tehlike muayeneyi yapacak doktor bakımından da geçerli olacaktır³¹⁴.

Hukuka aykırı olarak yapılan beden muayenesi veya örnek alma sonucunda CMK m. 141'e göre tazminata³¹⁵ başvurma olanağı bulunmamaktadır. Zira beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması koruma tedbiri ne yazık ki CMK m. 141'e göre tazminat hakkının kapsamında yer alan bir tedbir değildir. Vücut dokunulmazlığı, özel hayatın gizliliği gibi temel haklara müdahale sonucunu doğuran bu tedbir karşısında ilgililerin uğradıkları zararı tazmin ettirebilme imkanını sağlayacak bir düzenlemenin CMK'da yer almaması önemli bir eksikliktir. Ancak bu hallerde genel hükümlere göre tazminat talep edilebilecektir³¹⁶. Hukuka aykırı beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına maruz kalan kişi Borçlar Kanunu hükümleri doğrultusunda tazminat davası açmak ve gördüğü maddi ve manevi zararların

eklenmiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEZCAN** Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **ÖNOK** R. Murat, 5237 Sayılı Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006, s. 631-651.

³¹⁴ **ÖZBEK**, Şerh, s. 265; **ÖZBEK**, Ceza Muhakemesi, s. 487.

³¹⁵ CMK m. 141'de yer alan düzenleme konusunda bkz. **HAKERİ** Hakan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005, s. 128-130.

³¹⁶ **ÖZBEK**, Şerh, s. 260, 264.

tazminini talep etmek hakkına sahiptir. Hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin varlığı halinde, bu delilleri elde edenler hakkında gerek idari gerekse cezai soruşturma açılmalıdır.

SONUÇ

1. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması hukuki nitelik bakımından Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilk defa ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olan bir koruma tedbiridir. Ceza muhakemesinde, işlendiğinden şüphe edilen bir suça ilişkin iz, eser, emare ve delillerin elde edilmesi ve böylece maddi gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi için şüpheli, sanık, mağdur ve diğer kişilerin vücut yüzeyleri ile vücut boşluklarının muayene edilerek gerektiğinde tıbbi incelemelerde bulunmak üzere vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerin alınması olarak tanımlanabilecek tedbirin uygulanabilmesi için, koruma tedbirlerinin sahip olması gereken temel koşulların varlığı gereklidir.

2. Ceza muhakemesinde maddi gerçeğe ulaşmak için her yola başvurulması kabul edilemez. Gerçeğe ulaşırken, bir yandan devletin diğer yandan bireyin menfaatleri göz önünde bulundurularak hukuk devleti ilkesi ve insan haklarına aykırı uygulamalardan kaçınmak şarttır. Diğer koruma tedbirlerinde olduğu gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbiri de hüküm verilmemiş olmasına rağmen kişinin temel hak ve özgürlüklerine müdahaleyi gerektirir. Bu nedenle yasada koşulları açıkça belirlenmelidir. Böylece kişinin temel hak ve özgürlükleri açısından müdahale ve sınırlama en aza indirgenmiş olacaktır. Buna göre, öncelikle beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının yasada düzenlenmiş olması gerekir. Suç şüphesinin belli bir yoğunlukta olması halinde tedbire karar verilebilmesi, henüz hüküm verilmeden kişinin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması söz konusu olduğundan mutlaka oranlılık ilkesine riayet edilmesi gerekmektedir. Suç şüphesinin bulunup bulunmadığı ancak beden muayenesi ile ortaya çıkacaksa, bu işleme başvurmak yerinde olmayacaktır. Tedbir ile amaçlanan delilin elde edilmesi ile birlikte tedbire derhal son verilmelidir. Diğer tedbirler gibi beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması da delillerin toplanması amacına hizmet eden bir araçtır.

3. 5271 sayılı CMK ile uygulamamıza ilk kez giren beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin ceza muhakemesi açısından önemi büyüktür. Bu düzenlemelere yer verilmesi ile bilimsel delil aşamasına geçişte önemli bir adım

atılmıştır. Gerçekten de, bu tedbir uygulanarak elde edilecek deliller diğer klasik delillere nazaran maddi gerçeğin kesin ya da kesine yakın bir şekilde ortaya çıkarılmasını olanaklı kılacaktır. Bu aynı zamanda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun temel ilkelerinden olan delilden sanığa ulaşma ilkesini de gerçekleştirmiş olacaktır. Kişinin suçluluğuna dair yeterli bir delil bulunmadan yakalanması ve bu kişi vasıtasıyla delillerle ulaşılmaya çalışılması son derece yaygın ve yanlış bir uygulamadır. Bu durum haksız gözaltılara ve dolayısıyla insan hakları ihlallerine neden olmaktadır. Bu olumsuzlukları giderebilmek için CMK 'da söz konusu koruma tedbirine yer verilmiştir. CMK m. 75'te şüpheli veya sanığın beden muayenesi ve vücudundan örnek alınmasının, m. 76'da diğer kişilerin beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasının, 77. maddede ise kadının muayenesinin hangi koşullarda yapılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur. Yeni kanun çerçevesinde şartları mevcut ise alınan örnekler üzerinde moleküler genetik incelemeler yapılması da mevzuatımıza girmiştir. Tüm bu nedenlerle eksikliklerine karşın CMK'da beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine yer verilmiş olması insan hakları ihlallerine neden olmadan maddi gerçeğe ulaşmak bakımından olumlu bir adım olmuştur.

4. Tedbire hakim veya mahkeme tarafından karar verilmesi ve hekim tarafından yerine getirilmesi gerekli olan güvencelerdir. Bu konularda yasa koyucunun 5353 sayılı kanun ile istisnalar getirmiş olması önemli bir eksikliktir. Şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi veya vücuttan örnek alınmasına ilişkin işlemlerin yapılabilmesi için, kural olarak hakim, gecikmesinde sakınca bulunan istisnai hallerde ise Cumhuriyet savcısının kararı bulunmalıdır. Cumhuriyet savcısı tarafından verilen kararların yirmidört saat içinde hakim onayına sunulması ve hakim tarafından da yirmidört saat içinde onaylanması gerekmektedir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. Burada gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının da tedbirin uygulanmasına karar verebilmesi sadece soruşturma evresi bakımından geçerlidir. Kovuşturma evresinde ise Cumhuriyet savcısının mütalaa verebilme yetkisi varken karar verebilme yetkisi bulunmamaktadır. Tedbire karar verenler bakımından *“gecikmesinde sakınca bulunan hal”* kavramının yerinde kullanılması

gerekmektedir. Bu yetki istisnai olarak verilen bir yetki olmasına karşılık, uygulamada adeta kural haline gelmektedir. Bu nedenle vücut dokunulmazlığı, insan onuru gibi değerleri yakından ilgilendiren beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirine ilişkin kararların hakim veya mahkeme tarafından verilmesinde ve kural-istisna hallerinin kanunun özüne ve sözüne uygun bir şekilde uygulanmasında büyük yarar vardır.

5. 5271 sayılı CMK'nın 75. maddesinde "Şüpheli veya sanığın beden muayenesi veya vücutundan örnek alınması düzenlenmiştir. Ancak madde metninde sadece iç beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasına yer verilmiş, dış bedene ilişkin olarak bir düzenleme getirilmemiştir. Bu durum Anayasanın 17. maddesinde düzenlenen kanunla düzenleme konusunda dayanağını bulamamaktadır. Dış beden muayenesi gibi hassas bir muayenenin hakim kararı olmadan yapılabilmesi mümkün olmamalıdır. Bu konuda CMK'da yer verilmeyen düzenlemeye Yönetmelikte rastlıyoruz. Yönetmelikte yer alan düzenleme ile CMK'daki formülden ayrıldığı izlenimi ortaya çıkmaktadır. Kanunla düzenlenmesi gereken bir konunun Yönetmelikle kaleme alınmış olması kanun yapma tekniği açısından uygun olmamıştır. Bu konuda yasayla hiçbir yoruma yer bırakmayacak açıklıkta bir hüküm getirilmelidir.

6. Koruma tedbirlerinde aranan oranlılık ilkesi gereğince beden muayenesi ve vücuttan örnek alınabilmesi için bu işlemlerin şüpheli veya sanığın sağlığına zarar verme tehlikesinin olmaması gerekir. Bu hukuki bir kavram olmadığından hakim veya savcı tarafından karar verilirken bir hekimin görüşü alınmalıdır. Bu işlemler sırasında kişinin vücut bütünlüğüne zarar verilmemeli ve sağlığı tehlikeye düşürülmemelidir. Başka türlü delil elde etme olanağı varsa, artık başka bir koruma tedbirine başvurulmalıdır. Ayrıca, diğer kişilerin ve mağdurun beden muayenesi ve vücutlarından örnek alınması halinde sadece sağlığı tehlikeye düşürmemek değil cerrahi müdahalede bulunmamak koşulu da getirilmiştir. Bu yasak daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Aynı yönde bir düzenlemenin 75. maddede de yer alması gerekirdi düşüncesindeyiz.

7. Tedbiri uygulayan kişiler bakımından ise bir takım tereddütler bulunmaktadır. Rıza unsuruna 76. maddede yer alan tanıklıktan çekinme halleri hariç yer vermemiş olan CMK şüpheli yahut sanığa kendi aleyhine delil vermeme yani muayene ve örnek vermektan kaçınma hakkı tanımamıştır. Buna karşılık yine CMK m. 75 hükmüne bakılacak olursa cerrahi müdahalede bulunmak bazı durumlarda mümkün olabilecektir. Rıza olmadan kişiyi bu işleme tabi tutmanın sağlığını tehlikeye sokacağı ise açıktır. Bu nedenle sanık ya da şüpheliye kendi aleyhine delil vermeme ve muayene ve örnek vermeden kaçınma hakkı tanınmalıydı görüşünderiz. Bu konuda düzenleme yapılırken hekimlerin tereddütleri de dikkate alınmalıydı. Her ne kadar kişinin sağlığına zarar verme tehlikesi varsa tedbirin uygulanmayacağı düzenlenmişse de gene de rıza unsurunu aramak koşuluyla ve hayati tehlike doğurmadığı sürece ağır tıbbi müdahale yapılabilmesi şeklinde bir hükmün kanunda yer alması olumlu bir düzenleme olurdu.

8. CMK'da şüpheli veya sanığın beden muayenesinin ancak bir hekim veya sağlık mesleği mensubu tarafından yapılması hükmü yer almaktadır. Ancak hekim dışında sağlık mesleği mensupları bakımından da bu tip muayenelerin yapılabilecek olması yerinde bir düzenleme değildir. Zira sağlık mesleği mensuplarından hemşire, hasta bakıcı, sağlık memuru, ebeler de anlaşılmaktadır. Ne var ki, bazı muayene ve tıbbi işlemlerin bu kimselerce yapılabilmesi mümkün olmamalıdır. Kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da sadece hekim yetkili kılınmıştır. CMK'daki hüküm uygulamada bazı sorunlara yol açacak niteliktedir.

9. Soruşturma ve kovuşturma konusu suç üst sınırı iki yıldan daha az cezayı gerektiren bir suçsa, şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılamayacak ve kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınamayacaktır. Bu yasak zora dayalı olarak muayene yapılmasına veya örnek alınmasına ilişkin olarak anlaşılmalıdır. Bunun dışında kişi masum olduğunu ispatlamak isterse ve kendi iradesi de varsa üst sınırı iki yıldan daha az cezayı gerektiren bir suç olsa da talebi halinde, böyle bir kısıtlama olmamalıdır.

10. Şüpheli veya sanık üzerinde zora dayalı olarak beden muayenesi yapılmasının veya bu kimselerden örnek alınmasının Anayasa m. 38/5'te yer alan kimsenin kendisini veya yakınlarını suçlayıcı beyanda bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi ile bağdaşmadığına ilişkin görüşler mevcuttur. Her koruma tedbiri elbette bir zorlama unsuru barındırır. Burada oranlılık ilkesi gözetilerek hareket etmek gereklidir. Örnek vermeye ve muayeneye rızası olmayan bir kişiden herhangi bir zor kullanma olmadan örnek alınamayacağı ve muayene yapılamayacağı açıktır. Diğer bir ifadeyle kişinin sağlığına zarar vermeden muayenenin yapılması ve örneğin alınması mümkün değildir. CMK getirdiği yeni düzenlemeler ile özel hayat ve vücut bütünlüğü bakımından önemli bir nitelik taşıyan tıbbi müdahale yoluyla delil elde edilmesi konusunda korunan değer ile ulaşılmak istenen amaç arasında kısmen bir denge sağlamıştır. Ancak 5353 sayılı kanunla hakim teminatından vazgeçilmesi ve iç beden-dış beden ayırımına yer verilmesi üstelik dış beden muayenesinin kanunla değil Yönetmelikle düzenlenmiş olmasını olumlu olarak değerlendirmek mümkün değildir. Sistem rıza unsurunu Alman sisteminde olduğu gibi sadece tanıklıktan çekinme halleri bakımından öngörmüştür. Bunun dışında rıza unsuruna yer verilmeyişi insan hakları bakımından özellikle müdahale ağır tıbbi müdahaleleri içermekte ise sakıncalı olacaktır.

11. CMK'da şüpheli ve sanıktan başka diğer kişilerin beden muayenesine ve vücutlarından örnek alınmasına da yer verilmiştir. Bazı hallerde şüpheli ve sanık dışındaki kişiler bakımından da bu tedbirin uygulanması gerekebilir. Diğer kişiler ifadesinden sadece mağdur değil şüpheli ve sanık dışındaki herkes anlaşılmalıdır. CMK m. 76 iç beden-dış beden ayırımına yer vermemiş, hem iç hem dış beden muayenesini ve hem de vücuttan örnek alınmasını düzenlemiştir. 5353 sayılı kanun ile değiştirilmeden önce diğer kişiler için bu tedbirin uygulanmasına yalnızca hakim karar verebiliyor iken, değişiklik sonrasında Cumhuriyet savcısı da gecikmesinde sakınca bulunan hallerle sınırlı olmak üzere yetkili kılınmıştır. Kanımızca değişiklikten önceki daha güvenceli olan düzenlemenin terk edilmesi yerinde olmamıştır.

12. Vücuttan örnek alınması suretiyle tıbbi müdahale konusunda kanunda kişiden kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınmasından söz edilmektedir. Tasarının gerekçesinde ise kan, cinsel salgı, saç, vücut kılları, tırnak, tükürük, deri döküntüsü, gaita, balgam gibi örneklerin alınabileceğinden ve bu yolla gen teknolojisinin ceza muhakemesinin hizmetine sokulmuş olacağından bahsedilmiştir. Maddede sayılan tüm örneklerin sınırlı sayı ilkesi içinde değerlendirilmediği görülmektedir. Ne var ki, Yönetmelik bu konuda da yine ayrıntılı ve açıklayıcı bir hüküm getirmemektedir. Oysa ki her iki müdahale için de, hazırlanan Yönetmeliğin CMK'nın amacına yönelik olarak hem örnekleri çoğaltması hem de müdahalenin koşullarını net bir şekilde belirlemesi gerekirdi. Oysa bu haliyle Yönetmelik adeta kanunun tekrarıdır.

13. CMK 75 ve 76 gereğince verilen kararlara CMK m. 276 vd.'da yer alan hükümlere göre itiraz yoluna gitmek mümkündür. Söz konusu maddelerde yer alan hükümlere aykırı olarak elde edilen delillerin ceza muhakemesinde kullanılmayacağı söylenmekte ise de bu örneklerin ne yapılacağı, hangi usullerle yok edileceği CMK'da belirtilmiş değildir. Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Bankası Kanun Tasarısı'nın yasalaşmasıyla belirtilen eksiklikler giderilmiş olacaktır. Bu örneklerin yok edilmemesi ayrıca 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda suç olarak düzenlenmiştir. TCK m. 138'de; verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına rağmen görevlerini yerine getirmediğinde altı aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir denilmiştir. Yine, TCK m. 139 hükmü gereğince bu suç re'sen kovuşturulan suçlar arasındadır.

14. Ülkemizde suçla hukuka uygun bir biçimde mücadele etmek suçların işlenmesini önlemek için mutlaka DNA veri bankaları olmalıdır. Bu bilgilerin depolanması özel hayata müdahale niteliğinde olduğundan kanunla düzenleme yapılması şarttır. Böyle bir banka oluşturulmasıyla DNA analizi yöntemi daha etkin ve hızlı bir biçimde kullanılabilir. Suçla mücadelenin en önemli olanaklarından olan DNA analizini, bankayı ve bunların denetimini düzenleyen özel bir yasa çıkarılmalıdır. DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanun Tasarısı'nın

doktrindeki eleştiriler de dikkate alınarak yeniden gözden geçirilerek ve eksiklikleri giderilerek yasalaşması söz konusu verilerin akıbetinin belirlenmesi açısından önemli olacaktır. Konuyla ilgili istismar yaratabilecek en ufak bir açık kapı bırakılmamalıdır.

15. Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kuruluş olan Adli Tıp Kurumu hakimler, mahkemeler ve Cumhuriyet savcıları tarafından adli tıpla ilgili olarak istenecek konularda bilimsel ve teknik görüş bildiren resmi bilirkişilik kurumudur. Ancak ATK bu alanda tek değildir. Ayrıca gerektiğinde yükseköğretim kurumları ve Sağlık Bakanlığı hastaneleri de yine aynı görevi yerine getirmektedirler. Bu nedenle bu kurumların işbirliği içinde beraber çalışması önemlidir. Türkiye'deki adli tıp uzman ve asistanlarının çoğu üniversitelerde iken üniversiteler etkili bir bilirkişilik yapılanmasına sahip değildir bu nedenle adli tıp hizmetlerine katkıları da son derece sınırlı kalmaktadır. Olayların aydınlatılmasında ve suçluluğun tespitinde adli tıp uzmanlarının katkısı olmaksızın adaletin sağlanması çok zordur. Bu nedenle çok başlı adli hekimlik hizmetlerinden vazgeçilerek kurulacak idari ve ekonomik açıdan özerk bir kurumla bilirkişiliğin kurumsallaşması sağlanmalıdır. Adli tıpta bu yapı içerisinde yerini almalı ve ülke çapında üniversitelerle işbirliği içinde hizmet vermelidir. Böylece adli tıp konusunda deneyimsiz hekimlerce işlemlerin yapılması, raporların işin uzmanı olmayan hekimlerce verilmesi önlenmiş olacaktır. Ayrıca herkesin uzman bilirkişinin teknik bilgilerinden yararlanması sağlanarak adil ve eşit yargılama ile hukukun üstünlüğüne katkı sağlanmış olacaktır.

16. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması tedbirinin uygulanması CMK m. 75 ve 76'da bazı şartların varlığına bağlanmıştır. Tedbirin uygulanması sonucunda elde edilecek delillerin ceza muhakemesinde kullanılabilmesi için bu şartların mutlaka yerine getirilmesi gerekmektedir. Aksi halde hukuka aykırı yapılmış bir muayene ve örnek almadan söz edilecektir. Hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen bu işlemler sonucu elde edilen deliller de yasak kapsamında değerlendirilecek ve CMK m. 217/2 uyarınca ceza muhakemesinde kullanılamayacaktır. Suçun ispatında kullanılacak delillerin hukuka uygun olarak elde edilmesi şarttır. Ayrıca kişinin hukuka aykırı olarak beden muayenesinin

yapılması veya vücudundan örnek alınması durumunda CMK m. 141 vd. uyarınca tazminat istemesi mümkün olmayacaktır. Çünkü ne yazık ki beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması CMK m. 141 kapsamında yer alan bir koruma tedbiri değildir. Tedbire hukuka aykırı olarak başvurulduğu takdirde, ilgililerin zararlarının tazmini konusunun CMK'da düzenlenmemiş olması önemli bir eksikliklerdir.

17. CMK m. 77'de ise kadının muayenesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Kadının muayenesinin ayrı bir maddeyle düzenlenmiş olması eşitlik ilkesi ve laikliğe aykırı bir düzenleme olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir. Oysa, maddenin asıl amacı kadının utanma duygusunu en aza indirmektir. Söz konusu maddeye göre, kadının muayenesi istemi halinde ve olanaklar elveriyorsa yine kadın bir hekim tarafından yapılacaktır. Bu nedenle, kadın istemiş olsa bile, eğer kadın hekime ulaşmak mümkün değilse artık kadının muayenesi de erkek bir hekim tarafından yapılacaktır. Buradan hem kadının muayenesinin yapılacağı yerde kadın bir hekimin olması, hem de bu kadın hekimin ilgili muayeneyi yapabilecek alanda uzman bir hekim olması anlaşılmalıdır. Benzer bir düzenleme kaynak Alman Ceza Muhakemesi Kanunu'nda da bulunmaktadır. Alman CMK 81d'de, kadının muayenesi düzenlenmiştir. Söz konusu maddede 2004 yılında yapılan değişiklik ile yalnızca kadın için değil, beden muayenesi yapılacak kişinin kendisiyle aynı cinsiyetten olan bir hekim tarafından muayenesine de olanak tanınmıştır. Bu düzenleme daha ilerici bir yaklaşımdır. Beden muayenesine başvurulması ile kişinin vücut bütünlüğüne müdahale edilmektedir. Söz konusu düzenlemenin kişinin istemi ve olanakların elverişliliği koşuluna tabi olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu düzenleme kadın veya erkek ayrımı yapılmadan her iki cinsi de kapsayacak şekilde kişinin istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde kadın veya erkek hekim tarafından muayene edilebileceği şeklinde düzenlenmelidir.

18. Şüpheli, sanık ve diğer kişiler bakımından da uygulanabilecek bir tedbir olması nedeniyle beden muayenesi insan onuru ile bağlantısı çok güçlü olan bir tedbirdir. Özellikle cinsel suçların tespitinde başvurulacak bekaret kontrolü ile insan onuru zedelenmekteydi. Kişi hazırlık soruşturmasında bekaret denetimi gibi bir işleme maruz kalabilmekte ve bunun yasal koşulları pozitif hukukumuzda henüz

belirlenmemiş olduğundan, önlem sık sık gerekmediği halde uygulanmakta ve böylelikle onur kırıcı boyutlara ulaşmaktaydı. 1412 sayılı yasanın 66/son maddesi gereğince gerçekleştirilen bu işlemlerin insan onuru ve hukuk devleti ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktı. Nitekim CMK hem beden muayenesi ve vücuttan örnek alınmasını ayrıntılarıyla düzenlerken ayrıca kadının muayenesini ayrı bir maddede ele almış ve yetkili hakim ve savcı kararı olmadan kişiyi genital muayeneye gönderme veya muayeneyi yapma, YTCK'ya göre üç ay-bir yıl arasında hapis cezasını gerektiren bir suç olarak düzenlenmiştir. Maalesef ülkemiz tarihinde bu yeni düzenlemeye uymayan genital muayene uygulamaları nedeniyle hiç de azımsanmayacak sayıda kişi ya intihar etmiş ya da öldürülmüştür. Keyfiyete bağlı durumların önlenmesi açısından yasada açık bir düzenlemenin yer alması önemlidir. Geçmişte okul-yurt müdürleri dahi bu muayeneleri gelişigüzel keyfi kararlarla talep etmişler; ciddi bir insan hakları ihlali olan bu durum söz konusu maddenin kanuna eklenmesinde etkili olmuştur. Gerçekten hiçbir gerekçe yokken kişinin genital muayeneye gönderilmesi onun özel yaşam alanının ihlalidir.

19. Türkiye adli raporlardaki eksiklikler nedeniyle AİHM tarafından mahkum edilmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu çoğu davada Mahkeme iç hukuk yolları tüketilmediği halde şikayetleri kabul etmektedir. Burada iç hukuk yollarının yapılan haksızlığı gidermeye elverişli olmadığı ve yetkili makamların gerekli soruşturma işlemlerini yapmadıkları belirtilmektedir. Sağlık Bakanlığı'nın 2005 yılında revize ettiği rapor formlarının kullanılmasına özen gösterilmelidir. Söz konusu rapor formları hiçbir eksikliğe neden olmadan olguların belirli bir düzen ile muayenelerine imkan sağlamaktadır. Bu formların doldurulmasının zor ve zaman alıcı olduğu ileri sürülse de formlar açıklamalar ve yönlendirici notlarla bir rehber niteliğindedir. Ayrıca standart form kullanımı tüm sağlık kuruluşlarında uygulama birlikteliğini ve adli muayenenin eksiksiz yapılmasını sağlayacaktır. Böylece hem adli olayın aydınlatılmasına daha fazla katkıda bulunacak ve hem de adli tabiplik hizmeti sunanların hatalarını ve bundan doğacak mağduriyetleri en aza indirmek mümkün olacaktır. Ayrıca özellikle cinsel saldırı suçları gibi mağdurda psikolojik açıdan derin yaralar açan eylemlere ilişkin soruşturma veya kovuşturma aşamalarında psikiyatrik muayenenin mutlaka yapılması gerekmektedir. Gerçekten de, bazen bir olayda

fiziksel olgu saptanamayabileceğinden eldeki tek delil uğranılan travma sonrasında ortaya çıkan psikolojik durumlara ilişkin tanılardır. Yapılacak muayenenin başka kimsenin göremeyeceği veya duyamayacağı bir ortamda gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak hekimin can güvenliğinin söz konusu olabileceği istisnai durumlarda ve hekimin isteğiyle bu durum belgelenmek şartıyla muayenede kolluk görevlisi de hazır bulunabilecektir.

20. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu ile ayrıntılı olarak düzenlenmiş değildi. CMUK 66/son'da yer alan düzenleme gerek maddi gerçeğe ulaşılması gerekse şüpheli ve sanığın insan hakları bakımından yeterli değildi. Bu konudaki boşluk 5271 sayılı CMK ile ayrıntılı düzenlemeler getirilerek giderilmeye çalışılmıştır. Bu düzenlemeler son derece önemli ve olumludur. Ancak, vücut dokunulmazlığına önemli bir müdahale oluşturan beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması konusunda 5353 sayılı yasayla değişiklikler yapılmış ve 5271 sayılı yasanın ilk haline oranla geri adım olarak değerlendirilebilecek düzenlemeler yapılması isabetsiz olmuştur. Örneğin hakim teminatından vazgeçilerek gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebileceğine ilişkin düzenleme; ardından da hasta bakıcı gibi tıp eğitimi dahi almamış kişilerin müdahaleyi gerçekleştirmesine olanak tanıyabilecek hükümlerin getirilmiş olması oranlılık ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Önceki düzenlemede bir hekimin gözetimi şartı yer almakta idi. Yani işlemleri gerçekleştiren fiilen sağlık mesleği mensubu bir kişi olsa da müdahale hekimin gözetimi ve sorumluluğu altında yapılmış olacaktı. Ancak yapılan değişikliklerle muayenede hekim gözetimi zorunluluğu kaldırılmıştır. Böylelikle burada kişinin hekime muayene olma hakkından da geri adım atılmış olduğu söylenebilir. Ayrıca, yasal düzenlemenin şart olduğu bazı hususların Yönetmeliğe bırakılmış olması da kanun yapma tekniği açısından uygun olmamıştır. Bu konularda yasayla hiçbir yoruma yer bırakmayacak açıklıkta hükümler getirilmelidir.

KAYNAKÇA

AKINTÜRK Turgut, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, Mayıs 2004.

ALKAN Nevzat, “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Yönünden Değerlendirilmesi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 18, S. 58, Mayıs-Haziran 2005.

ALKAN Nevzat/ **ZENGİN** Nurullah/ **HANCI** İ. Hamit/ **TUĞ** Ayşim/ **ALAKOÇ** Yeşim/ **VAROL** Nezih, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Taslağı Hakkında Adli Bilimciler Derneği Görüşü”,

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_443.htm, erişim tarihi: 11. 04. 2007.

ALTAŞ Ebru, “Bir Koruma Tedbiri Olarak Moleküler Genetik İncelemeler ve DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl:2, S. 3, Nisan 2007.

ANAYURT Ömer, Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu, Ankara 2004.

ARICAN Nadir/ **EKİZOĞLU** Oğuzhan, “Adli Raporların Hazırlanmasında Kullanılan Kılavuz”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006.

ARSLAN Çetin/ **AZİZAĞAOĞLU** Bahattin, Yeni Türk Ceza Kanunu Şerhi Kasım 2004.

ARSLAN Gülay, “Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme Öngörülen Haklar ve Usuller”, İÜHF, Cilt: LXII, S. 1-2, 2004.

ATASOY Sevil, Labirent Adli Bilimlerin Gizemli Dünyası, Ekim 2006.

ATAY Ender Ethem, “İnsan Haklarının Gerçekleştirilme Şartı Olarak Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S. 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

AYDIN Murat, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Tanıtım Seminerleri İçin Eğitim Notları”, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/makale/164.doc, erişim tarihi: 12. 04. 2007. (CMK Seminer Notları şeklinde kısaltılmıştır).

AYDİL Ümit/ **ÇOBANOĞLU** Hafize/ **TERZİ** Mehmet Nur, “Kadın Vücuduna ve İnsan Onuruna Saldırının Bir Türü: Kızlık Muayenesi, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 57, Ekim 1992.

BALCI Yasemin, “Yeni TCK ve Ölümle Sonuçlanmayan Yaralanmaların Adli Tıbbi Boyutu”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005. (Yeni TCK şeklinde kısaltılmıştır).

BALCI Yasemin, “Üniversitelerin Kurumsal Olarak Adli-Tıbbi Hizmetlere Katılımı İsteniyor mu? Eskişehir Deneyimi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 17, S. 51, Mart-Nisan 2004. (Adli Tıp şeklinde kısaltılmıştır).

BAŞKAN Tanıl, “Hekimlerin Ceza Hukuku Karşısındaki Durumları”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006.

BIÇAK Vahit, “Usulsüz Ulaşılan Delillerin Akıbeti Katı ve Esnek Yaklaşımların Değerlendirilmesi”, <http://www.geocities.com/vbicak/uudakibeti.htm>, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

BİRGEN Nur, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nun Adli Tıp Uygulamalarına Yansıması”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 8, Eylül 2006.

CELBİS Osman/ **KARACA** Mehmet/ **ÖZDEMİR** Bora/ **ISIR** Aysun Baransel, “Cinsel Suçlarda Muayene”,

http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr/include/dosyalar/18_kaycinselsuclardamuayene.pdf, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

CENTEL Nur/ **ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2003. (Ceza Muhakemesi şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur/ **ZAFER** Hamide, Ceza Muhakemesi Hukuku, Aralık 2005. (Ceza Muhakemesi Hukuku şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Vücutun Muayenesi”, Marmara Üniversitesi Yayın No: 543 Facultatis Decima Anniversaria 10. Yıl Armağanı, İstanbul 1993. (10. Yıl Armağanı şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur, “Koruma Tedbirlerinde Gelişmeler”, Hukuk Araştırmaları, Cilt: 8, S. 1-3, 1994.

CENTEL Nur, “Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu 2000 Tasarısına Eleştirel Yaklaşım”, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal’e Armağan, İzmir 2001. (Eleştiri şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur, “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Prof. Dr. Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997. (Kadının Korunması şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur, “Yeni Türk Ceza Yasası ve Kadın”, Polis Dergisi, Yıl: 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005. (Kadın şeklinde kısaltılmıştır).

CENTEL Nur, “Adli Tıp Bilimleri ve İnsan Hakları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IV, S. 1-2, 2000. (Adli Tıp şeklinde kısaltılmıştır).

CİHAN Erol/ **YENİSEY** Feridun, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1997.

ÇETİNKAYA Hakan/ **UYAR** Tulga, “1412 Sayılı CMUK ile 5271 Sayılı CMK’nun, 5353 Sayılı Kanun İle Getirilen Değişiklikler ve Bu Kanunların Gerekçeli Metinleri Çerçevesinde Karşılaştırılması”, Polis Dergisi, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005.

ÇOLAK Haluk/ **TAŞKIN** Mustafa, Açıklamalı- Karşılaştırmalı- Uygulamalı Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.

DEMİRBAŞ Timur, Sanığın Hazırlık Soruşturmasında İfadesinin Alınması, İzmir 1996.

DERYAL Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporu Örnekleri, Haziran 2001.

DİNÇ Güney, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne Göre Silahların Eşitliği”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 57, 2005.

DOĞAN İlyas, “Gözaltında Yaşama Hakkına Saygı ve İşkencenin Önlenmesinde Hekimin Rolü ve Sorumluluğu”, Polis Dergisi, S. 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003.

DONNELLY Jack, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev: Mustafa ERDOĞAN- Levent KORKUT, Ankara 1995.

DÖNMEZER Sulhi, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000.

DÖNMEZER Sulhi/ **ERMAN** Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Cilt: II, Nisan 1986.

DÜLGER Murat Volkan, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Organize Suçla Mücadelede Özel Koruma Tedbirleri”,
http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/aihmd_organizesuc.htm, erişim tarihi:
12. 04. 2007.

ER Deniz Erol, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Hukukumuzda Sanık Hakları, Ankara 2002.

EREM Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1973.

ERGÜL Ergin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması, Ankara 2004.

ERKEN Sümeyye Nur/ **ÖZBEK** Betül, “CMK’da Beden Muayenesi”, Hukuk Gündemi, S. 2, Ağustos 2005.

ERTEN Rıfat/ **ACIR** Birsen/ **TAŞVEREN** Sema, “Gen (DNA) Testinin İspat Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 45, S. 1-4, 1996.

ERYILMAZ M. Bedri, “Kolluğun Yetkileri Açısından Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu (CMUK) İle Yeni CMUK Tasarısının Karşılaştırılması ve Yeni Tasarının Düşündürdükleri”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl: 57, S. 1, 2000.

FEYZİOĞLU Metin, Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanat, Ankara 2002.

FİNCANCI Şebnem Korur/ **YORULMAZ** A. Coşkun, “Beden Muayenesi”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006.

FORSMAN Zeynep Kıvılcım, “Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyo-Tıp Sözleşmesi”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt: 21-22, 1999-2000.

GELGÖR Burhan, “Ceza Hukukunda Tıbbi Bilirkişiliğin Önemi”, Adalet Dergisi, Yıl: 92, S. 6, Ocak 2001.

GİRİTLİ İsmet/ **SARMAŞIK** Jale, Anayasa Hukuku Genel Esaslar- Türk Anayasa Hukuku, Ekim 2001.

GOMIEN Donna, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kısa Rehberi, Çev: Barış BIÇAKÇI, Eylül 1995.

GÖKCEN Ahmet, Ceza Muhakemesi Hukukunda Basit Elkoyma ve Postada Elkoyma Özellikle Telefonların Gizlice Denetlenmesi, Ankara 1994.

GÖKPINAR Mahmut, “Yeni CMK Bir Kaç Not Ve Düşündürdükleri”, Güncel Hukuk, S. 26, Şubat 2006.

GÖLCÜKLÜ A. Feyyaz/ **GÖZÜBÜYÜK** A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 2004.

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, Anayasa Hukuku Anayasa Metni ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Ankara 2000.

GÜLSOY M. Tefvik, “İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’nin Türkiye İle İlgili Kararlarında Adli Tıp Konusundaki İçtihatları”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VI, S. 1-4, Aralık 2002.

GÜLSOY Tefvik/ **KÖK** Nezh, “Tıbbi Müdahale Yoluyla Delil Elde Etme”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: IX, S. 1-2, 2005.

GÜNDAY Metin, İdare Hukuku, Ankara 2004.

GÜNENDİ Oya, “DNA’dan Kaçış Yok”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004.

GÜNEY Niyazi/ **ÖZDEMİR** Kenan/ **BALO** Yusuf Solmaz, Gerekçe ve Tutanaklarla Karşılaştırmalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Kasım 2004.

GÜRBÜZ Meral, “Bir İspat Aracı Olarak Gen ve DNA İncelemeleri”, Eskişehir Barosu Dergisi, S. 7, Haziran 2005.

GÜRELLİ Nevzat, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Kurumuna İlişkin Meseleler”, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay’ın Anısına Armağan I, İstanbul 1982.

GÜRSEL Çetin, “Kişinin Rızası Dışında Savcı veya Mahkeme Kararı İle Yapılan Beden Muayenesinin Tıbbi Bakış Açısı İle Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005.

HAKERİ Hakan, Ceza Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2006.

HAKERİ Hakan, “Koruma Tedbirleri Nedeniyle ve Yargılamanın Yenilenmesi Halinde Tazminat”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005.

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “İnsan Hakları Standardının Yükseltilmesi ve Demokratikleşme Açısından 03-10-2001 Tarihli Anayasa Değişiklikleri”, Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: 3, İstanbul 2003. (Anayasa Değişiklikleri şeklinde kısaltılmıştır).

HAKYEMEZ Yusuf Şevki, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Ölçülülük İlkesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt: II, İstanbul 2001. (Ölçülülük şeklinde kısaltılmıştır).

HANCI İ. Hamit, “Birinci Basamak Adli Tıp Raporlarında Yapılan Hatalar (I)”, http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk35.html, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

HANCI İ. Hamit, “Birinci Basamak Adli Tıp Raporlarında Yapılan Hatalar (II)”, http://www.medicine.ankara.edu.tr/internal_medical/forensic_medicine/tk36.html, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

İKİNCİOĞULLARI Füzuran, “Hukuk Devleti”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 1, S. 1, Haziran 1997.

İNÇİ Zekiye Özen, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, İzmir Barosu Dergisi, Yıl: 72, S. 1, Ocak 2007.

İŞKENCE VE DİĞER ZALİMANE, İNSANLIK DIŞI, AŞAĞILAYICI MUAMELE VEYA CEZALARIN SORUŞTURULMASI VE BELGELENDİRİLMESİ İÇİN EL KILAVUZU İSTANBUL PROTOKOLÜ, Türkiye İnsan Hakları Vakfı, 1990.

KABOĞLU İbrahim Ö., Anayasa Hukuku Dersleri, Ekim 2005.

KARAKAYA Naim, “Ceza Muhakemesi Kanunu Kapsamında Yürürlüğe Konulan Yönetmeliklerin Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005.

KAYA Abdülkadir, “Adalet Erişim İçin Sürekli Mesleki Gelişim: İnsan Hakları, Boğaziçi Üniversitesi Avrupa Çalışmaları Merkezi Proje Yayını”, Mart 2006, <http://www.ces.boun.edu.tr/adalet/insanhaklari.pdf>, erişim tarihi: 12. 04. 2007.

KAYGISIZ Mustafa, “Suç Soruşturmasında Olay Yerinde Personel ve İşlevleri”, Polis Bilimleri Dergisi, Cilt: 5 (3-4), 2003.

KAYGUSUZ Ziyaettin, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları ve Yeni Düzenlemeler Işığında Olay Yeri İnceleme Çalışmaları”, Polis Dergisi, Yıl: 11, S. 44, Nisan-Mayıs-Haziran 2005.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Aile- Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.

KILKELLY Ursula, “Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, 2001.

KOCA Mahmut, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 2, Aralık 2006.

KOÇ Sermet, “Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 50, 2004.

KOLUKISA Yunus Nadi, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi Kararları Işığında Özel Hayatın Korunması”, Balıkesir Barosu Dergisi, S. 68, Eylül 2006.

KÖK Nezih/ **ÇANKAYA** Hasan, “Hukukun Üstünlüğünün Gerçekleştirilmesinde Adli Tıp’ın Yeri”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, S. 1-4, 2001.

KUNTER Nurullah, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 1961.

KUNTER Nurullah/ **YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku İkinci Kitap, İstanbul 2003. (Muhakeme Hukuku şeklinde kısaltılmıştır).

KUNTER Nurullah/ **YENİSEY** Feridun, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 2005 Eki. (Ceza Muhakemesi şeklinde kısaltılmıştır).

KUNTER Nurullah/ **YENİSEY** Feridun/ **NUHOĞLU** Ayşe, Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2006.

MALKOÇ İsmail/ **YÜKSEKTEPE** Mert, Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.

METİN Yüksel, Ölçülülük İlkesi Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi, Ankara 2002.

MOLE Nuala/ **HARBY** Catharina, “Adil Yargılanma Hakkı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi’nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz”, İnsan Hakları El Kitapları, No. 3, 2001.

NAYIR Bülent, “Ceza Yargılamasında Mağdur Hakları”, Antalya Barosu Dergisi, Yıl: 25, S. 5/51, Şubat 2004.

NOYAN Erdal, Ceza Muhakemesi, Ocak 2005.

ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006. (Ceza Muhakemesi şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, CMK İzmir Şerhi, Ankara 2005. (Şerh şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Hukuk ve Adalet Eleştirel Hukuk Dergisi, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005. (Yeni CMK şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukukunda DNA Analizi”, Prof. Dr. Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001. (DNA Analizi şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “DNA Verileri ve Türkiye Milli DNA Veri Bankası Kanunu Tasarısı Hakkındaki Görüşlerimiz”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 2, S. 3, Nisan 2007. (Tasarı şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koruma Tedbiri Olarak Arama, Ankara 1999. (Arama şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000. (Kurultay şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “Organize Suçlulukla Mücadelede Ön Alan Soruşturmaları”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, S. 2, İzmir 2002. (Ön Alan şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer, “Adil Yargılanma Hakkı- Özel Hayatın Gizliliği İlişkisi Arama ve Delil Elde Etme”, Adil Yargılanma Hakkı Global Hukuk Eğitimi Programları Direktörlüğü Yayın No: 4, Aralık 2004. (Adil Yargılanma Hakkı şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBEK Veli Özer/ **KANBUR** Nihat/ **BACAKSIZ** Pınar/ **DOĞAN** Koray, Ceza Muhakemesi Hukuku Bilgisi, Ankara 2007.

ÖZBUDUN Ergun, “Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, Cilt: 1, Ankara 1977. (Özel Haberleşmenin Gizliliği şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZBUDUN Ergun, Türk Anayasa Hukuku, Ankara 2004. (Anayasa Hukuku şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZDEMİR Kenan, “Türk Hukukunda ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi İle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Özel Hayatın Gizliliği”, Adalet Dergisi, Yıl: 97, S. 23, Eylül 2005.

ÖZEL Sibel, Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004.

ÖZEN Mustafa, “5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu Üzerine Düşünceler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl: 19, S. 68, Ocak-Şubat 2007.

ÖZER Atilla, Anayasa Hukuku Genel ilkeler, Ankara 2005. (Anayasa Hukuku şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZER Atilla, “Hukuk Devleti”, Polis Dergisi, S. 36, Temmuz-Ağustos-Eylül 2003. (Hukuk Devleti şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZGENÇ İzzet, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi Genel Hükümler, Ankara 2005.

ÖZTAN Bilge, Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, Ankara 2005.

ÖZTÜRK Bahri, Ceza Muhakemesi Hukukunda Koğuşturma Mecburiyeti, Ankara 1991. (Koğuşturma Mecburiyeti şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri, “Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik Sorunu”, Güncel Hukuk, Şubat 2007/2. (Bilirkişilik şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri, “Yaşama Hakkı ve İşkence Yasağı Yasak Sorgu Metodları”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 2, S. 1-2, Aralık 2003. (Yaşama Hakkı şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri, “Özel Hayatın Gizliliği ve Arama”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 11, S. 41, Nisan 1992. (Özel Hayat şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri, “Türk Ceza Kanunu Öntasarısı ve Hayatın Gizli Alanına ve Özel Hayata Karşı Suçlar”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl: 6, S. 22, Temmuz 1987. (Öntasarı şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri, “Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu’nda Delil Yasakları”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005. (Delil Yasakları şeklinde kısaltılmıştır).

ÖZTÜRK Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

ÖZTÜRK Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **ÖZBEK** Veli Özer, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2004.

ÖZTÜRK Bahri/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **SIRMA** Özge/ **SAYGILAR** Yasemin F., Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2006.

POLAT Oğuz, Klinik Adli Tıp, Ankara 2004. (Adli Tıp şeklinde kısaltılmıştır).

POLAT Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları Klinik- Sosyal- Hukuksal- Etik Boyutları, Ankara 2005. (Tıbbi Uygulama Hataları şeklinde kısaltılmıştır).

REİSOĞLU Safa, Uluslararası Boyutlarıyla İnsan Hakları, İstanbul 2001.

SEVÜK Handan Yokuş, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik”, İÜHFİM, Cilt: LXIV, S. 1, 2006. (Bilirkişilik şeklinde kısaltılmıştır).

SEVÜK Handan Yokuş, “Ceza Muhakemesi ve Adli Tıp İlişkisi”, Hukuk ve Adalet, Yıl: 2, S. 6-7, Ekim 2005. (Adli Tıp şeklinde kısaltılmıştır).

SIMMONS Alan, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Başvuru Avukatlar İçin Uygulamaya Yönelik Bir Kılavuz, Çev: Defne ORHUN, Şubat 2005.

SOYASLAN Doğan, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006. (Ceza Muhakemesi şeklinde kısaltılmıştır).

SOYASLAN Doğan, “Hukuka Aykırı Deliller”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: VII, S. 3-4, Aralık 2003. (Delil şeklinde kısaltılmıştır).

SOYASLAN Doğan, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkanı Veren Hükümler ve Tedbirler, Hukuk Kurultayı 2000. (Kurultay şeklinde kısaltılmıştır).

SÖZÜER Adem/ **TEKDAĞ** Kenan, “Ceza Muhakemesi Kanunu Neler Getiriyor?”, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 3, Nisan 2005.

ŞAHİN Cumhur, Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Ankara 2005.

ŞEN Ersan, Anayasa Mahkemesi Kararlarında Ceza Hukuku Ceza Özel Hukuku Ceza Yargılaması Hukuku Ceza İnfaz Hukuku, İstanbul 1998.

ŞİMŞEK Oğuz, “Anayasa Hukukunda İnsan Onuru Kavramı ve Korunması”, Doktora Tezi, İzmir 1999.

TANER Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955.

TANRIKULU Sezgin, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru İçin El Kitabı, Ankara 2004.

TANRISEVEN Mahmut, “İşkence ve Hekim”, Batman Barosu Dergisi, S. 5, Mayıs 2004.

TANRIVER Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002.

TEMELKURAN Ece, “Bekaret Testi Suçtur”, Farklı Cinslerin Eşitliği Sempozyum, İzmir 1998.

TEZCAN Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **SANCAKDAR** Oğuz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye’nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2004.

TEZCAN Durmuş/ **ERDEM** Mustafa Ruhan/ **ÖNOK** R. Murat, 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'na Göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006.

TEZCAN Durmuş, “Fransız Hukukunda Vücutta Arama ve Türk Hukukunda Durum”, Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan, İzmir 2000. (Arama şeklinde kısaltılmıştır).

TEZCAN Durmuş, Türk Hukukunda Haksız Yakalama ve Tutuklama, Ankara 1989.

TOROSLU Nevzat, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2003.

TOROSLU Nevzat, “Şüpheli, Sanık veya Üçüncü Kişilerin Bedenlerine Delil, Eser, İz ve Emare Elde Etmek Amacıyla Müdahale İmkânı Veren Hükümler ve Tedbirler”, Hukuk Kurultayı 2000. (Kurultay şeklinde kısaltılmıştır).

TOSUN Öztekin, Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri, Cilt: I, İstanbul 1984.

TUTANAKLARLA CEZA MUHAKEMESİ KANUNU, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005.

TÜRK Hikmet Sami, “Bilirkişilik”, Adalet Dergisi, Yıl: 91, S. 5, Ekim 2000. (Bilirkişilik şeklinde kısaltılmıştır).

TÜRK Hikmet Sami, “Adli Tıp, İnsan Hakları İhlalleri ve Terörle Mücadele”, Adalet Dergisi, Yıl: 93, S. 10, Ocak 2002. (Adli Tıp şeklinde kısaltılmıştır).

ÜNVER Yener, “Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulaması”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl: 1, S. 2, Aralık 2006.

ÜNVER Yener/ **HAKERİ** Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara 2006.

YAŞAR Osman, Uygulamalı ve Yorumlu 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, Ankara 2005.

YENİSEY Feridun, Hazırlık Soruşturması ve Polis, İstanbul 1991.

YILDIRIMKAL Yener, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Beden Muayenesi ve Vücuttan Örnek Alınması”, Yüksek Lisans Tezi, 2006.

YILMAZ Zekeriya, Notlu- Gerekçeli- Genel Açıklamalı Yeni Türk Ceza Kanunu, Ankara 2004.

YORULMAZ A. Coşkun/ **ŞANYÜZ** Ömür/ **KETENCİ** H. Çetin, “Cinsel Saldırıları”, İ. Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006.

YURTCAN Erdener, Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ve Yorumu, İstanbul 2005. (Ceza Muhakemesi şeklinde kısaltılmıştır).

YURTCAN Erdener, CMK Şerhi, İstanbul 2005. (Şerh şeklinde kısaltılmıştır).

YURTCAN Erdener, Ceza Yargılaması Hukuku, İstanbul 2005. (Ceza Yargılaması şeklinde kısaltılmıştır).

YÜCE T. Tufan, “Ceza Yargılamasında Zorlayıcı Önlem Kavramı”, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1, S. 1, 1980.

1996’DAN 2006’YA TÜRKİYE VE DÜNYADA FOTOĞRAFLARLA 10 YIL NTV ALMANAĞI, Aralık 2005.

<http://www.adlitabiplik.saglik.gov.tr>

<http://www.arsiv.sabah.com.tr>

<http://www.avukatlardernegi.com.tr>

<http://www.hukuki.net>

<http://www.hukukturk.com.tr>

<http://www.internethaber.com.tr>

<http://www.kgm.adalet.gov.tr>

<http://www.mevzuat.adalet.gov.tr>

<http://www.milliyet.com.tr>

<http://www.saglikhukuku.net>

<http://www.ucansupurge.org.tr>

<http://www.zonguldak.gov.tr>

